

REFLEXIONES SOBRE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Héctor Olásolo Alonso¹

I. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE ATAQUE DESPROPORCIONADO Y EL CRECIENTE ÉNFASIS EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD.

El derecho internacional humanitario, derecho de la guerra o *ius in bello* está formado por el conjunto de reglas que las fuerzas armadas de los Estados y los grupos armados organizados deben respetar durante los conflictos armados con el fin de limitar los sufrimientos y daños derivados de los mismos. Constituye una segunda barrera de protección que sólo entra en funcionamiento cuando el *ius ad bellum*, que prohíbe que los Estados recurran en sus relaciones al uso de la fuerza armada excepto en caso de legítima defensa (individual o colectiva) o de actuación en el marco del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de las Naciones Unidas, no puede evitar el inicio de un conflicto armado.

¹ El autor es doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor honorario del departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

El derecho internacional humanitario obliga de la misma manera a todas las partes involucradas en un conflicto armado con independencia de quién inició el conflicto y de si la manera en que éste fue iniciado constituye o no una violación del llamado *ius ad bellum*. Así, la idea de que todas las acciones militares de la parte que se embarca en una guerra de agresión son ilícitas fue ya rechazada por los tribunales establecidos al término de la segunda guerra mundial como lo demuestra los casos de los rehenes² y del ministerio de justicia alemán³.

Por lo tanto, se puede afirmar que el derecho internacional humanitario no establece ningún tipo de distinción basada en la presunta culpabilidad o inocencia de las partes contendientes en la iniciación del conflicto armado, lo que significa que las presuntas infracciones de su normativa deberán ser analizadas únicamente a la luz de los estándares adoptados por dicha normativa. Este principio de igualdad entre las partes contendientes a la hora de aplicar el derecho internacional humanitario se encuentra en última instancia íntimamente ligado a su finalidad de reducir en la medida de lo posible la muerte, los sufrimientos y la destrucción causados por los conflictos armados⁴.

Los estándares de derecho internacional humanitario, y particularmente aquellos recogidos en las normas penales que tipifican sus infracciones graves, deben ser particularmente sensibles a las circunstancias especiales en que se llevan a cabo las operaciones militares en situación de

² Ver el caso de los Rehenes (Hostage Case, United States v. Wilhelm List *et al.*, en United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, y en particular pp. 1246-1248), donde se afirma que cualquiera que sea la causa que haya dado lugar al conflicto armado, y con independencia de que dicha causa sea o no aceptada por el *ius ad bellum*, las mismas reglas de derecho internacional regulan las relaciones entre los beligerantes y los Estados neutrales. Ver también a este respecto Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, Law Reports of Trial of War Criminals, Vol. 8, 1948, pp. 34 y ss, pp. 59-60.

³ Ver el caso del Ministerio de Justicia (*Justice Case (Alstotter)*) en United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. III, 1950, pp. 139 y ss. Del mismo modo tampoco podría ser aceptada la proposición de que todas las operaciones realizadas por los serbo-bosnios en el marco del conflicto que les enfrentó en Bosnia y Herzegovina a los bosnio-croatas y a los bosnio-musulmanes entre 1992 y 1995 fueron ilegales por el mero hecho de que los primeros pudieran ser considerados como iniciadores de una guerra de agresión.

⁴ Entre los numerosos autores que consideran al principio de igualdad entre las partes contendientes en la aplicación del derecho internacional humanitario cabe destacar H. Lauterpacht (Coord.), *Oppenheim's International Law*, Longmans, Séptima Edición, Vol II, 1952, Londres, pp. 217-22; D.W. Bowett, *United Nations Forces*, Praeger, Nueva York, 1964, pp. 493-99; y L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Segunda Edición, Manchester University, Manchester, 1993, p. 54.

combate, de manera que se evite que sus destinatarios últimos, los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto, lleguen a la conclusión de que se trata de estándares irrazonables o de imposible cumplimiento impuestos por civiles que no tienen conocimiento alguno de las circunstancias en que se desarrollan las hostilidades⁵. De lo contrario se corre el riesgo de que, a pesar de que los mismos puedan incluirse en las llamadas reglas de combate («*rules of engagement*») que las partes en conflicto distribuyen a su inicio entre las unidades desplegadas en el frente de combate, se conviertan en letra muerta, y de que las normas penales que recogen sus infracciones graves pierdan su eficacia preventiva general.

A este último resultado lleva en nuestra opinión la práctica de calificar como crímenes contra la humanidad, o incluso como delitos ordinarios, aquellos ataques que se ajustan a la normativa del derecho internacional humanitario por el mero hecho de que hayan podido causar bajas o daños civiles. Esta práctica, además de ser contraria a la normativa que regula la conducción de las hostilidades, introduce estándares de imposible cumplimiento que elimina todo incentivo para cumplir con los mismos. Desafortunadamente, estas consideraciones no han sido siempre tenidas en cuenta por la jurisprudencia del TPIY⁶.

Los motivos por los que ciertas operaciones militares desarrolladas en situación de combate se convierten en ilícitas se pueden subdividir en generales y específicos. Entre estos últimos destaca la utilización de armas o métodos de combate cuyo uso se encuentra específicamente prohibido por el derecho internacional humanitario. Este sería el caso, por ejemplo, de los ataques lanzados con gases asfixiantes, los ataques sin cuartel o los ataques pérfidos que se llevan a cabo engañando al enemigo mediante el uso de la bandera blanca o de emblemas internacionalmente reconocidos como el del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o el de las Naciones Unidas.

Al margen de estos supuestos específicos, se puede afirmar que el elemento clave para determinar la licitud de un ataque es la medida en que el

⁵ L.C. Green, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 211-212.

⁶ El mejor ejemplo de la influencia jugada por el presunto contexto de limpieza étnica en el análisis de legalidad de ciertos ataques específicos contra pueblos y aldeas se encuentra en la sección relativa al ataque al pueblo Donja Veceriska de la Sentencia de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Kordic y Cerkez (párrafos 645-649), sobre todo si estudia a la luz del análisis que del mismo ataque realizó la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic (párrafos 531-533).

mismo ha respetado la normativa que desarrolla el principio de distinción entre objetivos militares y personas o bienes que no tienen dicha condición⁷.

Así, son lícitos aquellos ataques dirigidos contra objetivos militares que no causan daños civiles colaterales excesivos. Conforme a la noción de objetivo militar recogida en los arts. 43, 51(3) y 52(2) del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra (PA I), tendrían este carácter los ataques dirigidos contra: (i) quienes tengan la condición de combatiente de acuerdo con la definición que de los mismos hace el art. 43 PA I; (ii) quienes sin tener la condición de combatiente participan directamente en las hostilidades y mientras se prolongue dicha participación⁸; y (iii) los objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar, y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida⁹.

Por el contrario, son ilícitos los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, los que tienen naturaleza indiscriminada porque no distinguen entre objetivos militares y personas o bienes civiles, y los que a pesar de dirigirse contra objetivos militares causan daños civiles colaterales excesivos¹⁰. En este contexto, entendemos por ataques desproporcionados

⁷ Ver a este respecto J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Limitaciones al Empleo de Medios y Métodos de Combate: Armas Convencionales Excesivamente Dañinas o de Efectos Indiscriminados*, en Derecho Internacional Humanitario, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, 2004, pp. 189-210, p. 197 y F. Alonso Pérez, *La Protección de la Población Civil* en Derecho Internacional Humanitario, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), pp. 335-362, pp. 343-347.

⁸ Art. 51(3) PA I.

⁹ Art. 52(2) PA I. Conviene, subrayar que la versión española de esta definición contiene un error de traducción particularmente relevante puesto que al utilizar la conjunción «o» da la impresión que dentro de la misma se incluyen todos los bienes que cumplan con una de las siguientes dos condiciones alternativas: (i) que contribuyan eficazmente a la acción militar debido a su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización; o (ii) que su neutralización total o parcial, captura o destrucción ofrezca al enemigo en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. Sin embargo, cuando se revisan las versiones inglesa y francesa del texto se puede observar que la conjunción utilizada es «y» («or»/ «et») de manera que se exige la concurrencia de ambas condiciones para que un bien o infraestructura pueda ser calificado como objetivo militar. El carácter cumulativo de ambas condiciones es también defendido por Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 635

¹⁰ El art. 85(3) y (5) PA I considera como infracciones graves del PA I y atribuye la condición de crímenes de guerra a las siguientes violaciones de la normativa que desarrolla el principio de distinción cuando se cometan intencionalmente y causen la muerte o atente gravemente contra la integridad física o la salud:

i) Hacer objeto de ataque a la población o a personas civiles;

aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos»¹¹ específicamente dirigidos contra objetivos militares que se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener de los mismos¹². A pesar de que el art. 51(5)(b) PA I no los trata autónomamente, sino que los considera como una subcategoría más de los ataques indiscriminados, entendemos que los ataques desproporcionados- en cuanto que dirigidos contra un objetivo militar concreto - son perfectamente distinguibles tanto de los ataques dirigidos contra personas¹³ o bienes civiles¹⁴ como de los ataques

-
- ii) Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil, o que se encuentre dirigido contra fuerzas o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a sabiendas que causará colateralmente muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada del ataque;
 - iii) Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas o desmilitarizadas; y
 - iv) Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que se encuentra fuera de combate;

No existe, sin embargo, en el PA II con respecto a los conflictos armados de carácter no internacional disposición alguna relativa a las infracciones graves del mismo en general o de la normativa que desarrolla el principio de distinción en particular, ni, por consiguiente, a la configuración de las mismas como crímenes de guerra.

¹¹ La reciente Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafo 47) ha ratificado la definición contenida en el art. 49(2) PA I conforme a la cual «se entienden por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos».

¹² Art. 51(5)(b) PA I.

¹³ El art. 51(1),(2), (6) y (7) PA I establece que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, que no serán objeto de ataque, de represalias o de actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarlos, y que su presencia o movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertas zonas o puntos - en particular objetivos militares - a cubierto de operaciones militares del enemigo ni para favorecer u obstaculizar operaciones militares propias. Además, el art. 50(1) y (3) PA I prevé que la presencia entre la población de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil y en caso de duda acerca de la condición de una persona como civil, se la considerará como civil.

Aunque el principio de distinción ha tenido un menor desarrollo en la normativa convencional que regula los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 13(1) del Protocolo Adicional II (PA II) señala que la población civil y las personas civiles gozarán de una protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y el art. 13(2) PA II impone a las partes contendientes la obligación de no hacer objeto de ataque a la población civil como tal, ni a las personas civiles, y de no llevar a cabo actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Si bien, el art. 13(3) PA II deja fuera de dicha protección a las personas civiles que participen directamente en las hostilidades durante el tiempo que dure su participación en las mismas.

¹⁴ El art. 52(1) y (3) PA I prevé que los bienes de carácter civil, es decir todos aquellos que no son objetivo militar de acuerdo con el art. 52(2) PA I, no serán objeto de ataque ni de represalias y que en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles - como por ejemplo lugares de culto, escuelas o viviendas - se utiliza para

indiscriminados entendidos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil¹⁵.

Finalmente, a la hora de valorar la licitud de un ataque es importante tener también en consideración que el art. 57(1), (2) y (3) PA I dispone que las operaciones militares deberán siempre llevarse a cabo con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil, e impone a las partes contendientes la obligación de adoptar ciertas medidas de precaución en la preparación y desarrollo de sus ataques¹⁶. Además el art. 58 PA I impone a la parte contendiente atacada la

contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal finalidad. Además, los arts. 53 a 56 PA I desarrollan esta disposición mediante la prohibición de los ataques a bienes especialmente protegidos.

Por su parte, en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 14 PA II prohíbe la utilización del hacer padecer hambre a la población civil como método de combate, mientras que los arts. 14 a 16 PA II prohíben los ataques contra: (i) los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; (ii) las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, o centrales nucleares de energía eléctrica si tales ataques pueden ocasionar la liberación de aquéllas y causar de esta manera pérdidas importantes a la población civil; y (iii) los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos. Finalmente, el art. 16 PA II prohíbe expresamente a las partes contendientes la utilización de los monumentos históricos, las obras de arte y los lugares de culto en apoyo al esfuerzo militar.

¹⁵ El art. 51(4) y (5) PA I prohíbe los ataques indiscriminados que define como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- i) Aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- ii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto;
- iii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate cuyos efectos no pueden ser limitados como requiere el PA I; y
- iv) Aquellos que consisten en bombardeos que tratan como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados que se encuentran situados en una misma ciudad, pueblo, aldea o en cualquier otra zona en la que haya una concentración análoga de personas o bienes de carácter civil.

Por su parte, el PA II en relación con los conflictos armados de carácter no internacional no contiene ninguna referencia expresa a las nociones de «ataques indiscriminados» y de «ataques desproporcionados».

¹⁶ Estas medidas de precaución son las siguientes:

- i) Hacer todo lo posible por verificar que los objetivos contra los que se pretenden lanzar los ataques son de hecho objetivos militares y que ninguna disposiciones del PA I prohíbe atacarlos;
- ii) Rechazar el lanzamiento de un ataque - o suspender el mismo en el caso de que haya sido ya iniciado - si: (i) se advierte que su objetivo no es militar - o que aun siendo militar goza de protección especial como es el caso de las infraestructuras que contienen fuerzas peligrosas; o (ii) es de prever que el ataque causará colate-

obligación de adoptar, hasta donde sea posible, una serie de medidas de precaución contra los efectos de los ataques, tales como alejar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil de los alrededores de los lugares donde se encuentran los objetivos militares, evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas y cualquier otra medida que sea necesaria para proteger a aquéllos contra los peligros resultantes de las operaciones militares.

La preocupación por los daños civiles colaterales ocasionados a personas y bienes de la parte enemiga es un fenómeno relativamente reciente¹⁷, que ha ido adquiriendo progresivamente mayor relevancia desde la guerra del Vietnam. Pero ha sido a raíz de la emisión en directo por televisión de operaciones militares a partir de la operación *tormenta del desierto* en la primera guerra del golfo en 1991 que se ha convertido en objeto de particular atención de la opinión pública. Así, ya con respecto a la operación *tormenta del desierto* algunos autores¹⁸ realizaron fuertes críticas por los excesivos daños colaterales que en su opinión se habían ocasionado a la infraestructura económica iraquí - y sus presumibles efectos negativos a largo plazo en la población civil – como resultado de los bombardeos aéreos de la Coalición contra objetivos que, según la definición del art. 52(2) PA I, podían ser calificados en principio como militares¹⁹. La

ralmente daños a la población civil, a las personas civiles o a los bienes civiles que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que espera obtener del mismo;

- iii) Tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar o, al menos, para reducir en la medida de lo posible el número de muertes, lesiones y daños que el mismo puede provocar colateralmente a personas y bienes civiles. Entre estas precauciones se incluyen en particular el dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre que las circunstancias no lo impidan, de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, así como la elección, siempre y cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares equivalentes, de aquél cuyo ataque se prevea vaya a presentar menos riesgos para las personas y bienes civiles.

¹⁷ W. H. Parks, *The Protection of Civilians from Air Warfare*, en *Israeli Yearbook of Human Rights*, Vol. 27, 1997, pp. 65 y ss, p. 97.

¹⁸ Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991. Ver también J. G. Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 391 y ss.

¹⁹ Algunos autores, como por ejemplo F. J. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, in *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, P. Rowe (Coord.), 1993, pp. 89 y ss, p. 100, han propuesto a este respecto una modificación de la actual normativa que desarrolla el principio de distinción a los efectos de incluir una de las dos siguientes medidas: (i) que la regla de proporcionalidad recoja expresamente la obligación de tener en cuenta el efecto cumulativo y a largo plazo en la población civil de los daños colaterales derivados de un ataque (particularmente cuando el objetivo del mismo es son infraestructuras económicas); o (ii) que la definición de objetivo militar requiera que

presión de la opinión pública para limitar los daños civiles colaterales se ha visto notablemente incrementada en relación con las operaciones en Kosovo en 1999, en Afganistán en 2001 y en Iraq en 2003.

En respuesta, en los últimos años ciertas fuerzas armadas occidentales han establecido nuevos procesos de selección de objetivos que requieren la previa aplicación de la regla de proporcionalidad²⁰. Así se refleja, por ejemplo, en las *reglas de combate* elaboradas por la OTAN en relación con sus más recientes operaciones²¹, así como en ciertos manuales de selección de objetivos, particularmente los norteamericanos, que requieren la presencia de miembros del cuerpo jurídico del ejército en unidades operacionales²².

Sin embargo, al mismo tiempo, existe en determinados círculos militares, especialmente en los EEUU, la preocupación de que se están intentando aplicar estándares que ni son realistas ni son actualmente exigidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso por ejemplo de los nuevos procedimientos de selección de los objetivos de los ataques aéreos que tanto la OTAN como los EEUU han utilizado en su más recientes campañas en Kosovo, Afganistán e Iraq²³.

La creciente preocupación de la opinión pública por los daños civiles colaterales causados al enemigo ha venido acompañada por las primeras investigaciones y enjuiciamientos de ataques ilícitos - incluidos los resultados de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad - llevados a cabo por un órgano jurisdiccional internacional (en este caso el TPIY) desde la segunda guerra mundial²⁴. Si bien, el análisis realizado por la Fiscalía de la TPIY del ataque de un caza de la OTAN contra el puente de

la destrucción, captura o neutralización de los bienes objeto de ataque ofrezca una ventaja militar definida a la luz de los objetivos político-estratégicos de la parte atacante.

²⁰ Sobre los procedimientos de selección de objetivos en la OTAN ver, por ejemplo, T. Montgomery, *Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 189-197.

²¹ Como W. H. Parks, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 282.

²² T. Boyle, *Proportionality in Decision Making and Combat Actions*, en *Protecting Civilians in 21st Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, 2001, pp. 29 y ss, p. 37.

²³ *Idem*.

²⁴ Como la Comisión sobre Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas señaló en su análisis de las investigaciones y enjuiciamientos realizados tras la segunda guerra mundial, hasta 1949 las infracciones graves a las reglas de derecho internacional humanitario que regulan la conducción de las hostilidades habían sido muy raramente el objeto de procesos por crímenes de guerra (Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, Vol. XV, 1949, p. 109). A pesar de ello, cabe encontrar ciertos precedentes jurisprudenciales en los procesos desarrollados por crímenes come-

ferrocarril de Leskovac²⁵, que acabó provocando la muerte de diez personas que viajaban en un tren de pasajeros que resultó alcanzado, es quizá el mejor ejemplo de la reticencia aún existente a investigar y enjuiciar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad²⁶.

tidos durante la segunda guerra mundial, entre los que destaca el caso de los rehenes (Hostage Case, *United States v. Wilhelm List et al.*, en *United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, y en particular pp. 1230-1319) y el caso de Shimoda (*Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, District Court of Tokyo, 7 de diciembre de 1963, *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss). Así, mientras el caso de los rehenes es relevante en cuanto declara la legalidad de la destrucción de ciertos bienes civiles en el desarrollo de operaciones militares, en el caso Shimoda uno de los tribunales del distrito de Tokio condenó a los querrelados – se trataba de una demanda civil – porque consideró que los objetivos militares en Nagasaki y Hiroshima eran insuficientes para justificar los daños civiles producidos por el lanzamiento de las dos bombas atómicas.

²⁵ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafos 58-62.

²⁶ A las 11.40 h. del día 12 de abril de 1999, un caza de la OTAN lanzó dos bombas guiadas por láser contra el puente de ferrocarril de Leskovac, situado en el desfiladero de Grdelica sobre el río Juzna Morava en el este de Serbia, alcanzando en ambas ocasiones a un tren de pasajeros que cruzaba el puente en el momento de ataque y causando la muerte de al menos diez personas y heridas a otras quince. La Fiscalía del TPIY, sobre la base de los factores que se describen a continuación, consideró que el ataque no se había dirigido intencionadamente contra el tren de pasajeros sino contra el puente de Leskovac y que este último constituía un objetivo militar en cuanto que formaba parte de la red de abastecimiento utilizada por el Ejército Federal de la República Federal Yugoslava - actualmente Serbia y Montenegro - (VJ). En primer lugar, al tratarse de bombas guiadas, éstas son lanzadas desde miles de kilómetros de distancia y dirigidas por control remoto a través de una pequeña pantalla de menos de quince centímetros cuadrados. En segundo lugar, en la película de la pantalla se podía observar como la cruz que marcaba el punto de impacto permaneció fija en el puente en todo momento y sólo se podía observar con claridad que un tren avanzaba hacia el puente una vez que la primera bomba había sido ya lanzada y se encontraba a seis o siete segundos de alcanzar su objetivo. Solo en este momento se podía observar un pequeño cambio en la posición de la cruz de manera que el punto de impacto se desplazó hacia abajo algo menos de un metro. En tercer lugar, si bien no quedaba claro si la tripulación del caza estaba formada por una o por dos personas, incluso en esta segunda hipótesis, que supondría la presencia de un oficial especializado cuya misión principal sería guiar la bomba a través del control remoto, el tiempo de reacción (6-7 segundos) era demasiado corto como para desviar la bomba hacia un área sin presencia de civiles – sobre todo si se tiene en cuenta que el caza estaba volando a gran velocidad y que los miembros de la tripulación debían realizar al mismo tiempo otras tareas como, por ejemplo, mantener la seguridad del caza en una zona de combate. Por lo tanto, en opinión de la Fiscalía no se podía apreciar que la tripulación del caza hubiera actuado con la suficiente falta del deber de cuidado como para haber incurrido en responsabilidad penal.

Tras el primer impacto, la tripulación del caza se dio cuenta de que no había conseguido destruir el puente de ferrocarril que tenía aproximadamente tenía unos 50 metros de largo. Como quiera que el caza disponía de una segunda bomba guiada por láser, la tripulación consideró que todavía podía cumplir con su misión y el caza regresó en dirección al puente. En esta ocasión la mira se colocó en el extremo del puente opuesto a aquel en el

Esta reticencia ha sido provocada, por una parte, por la tendencia tradicional a considerar únicamente como penalmente relevantes aquellos supuestos de daños civiles colaterales que eran tan excesivos que no cabía sino considerarlos como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles²⁷, y, por otra parte, por los problemas que plantea la aplicación de la regla de proporcionalidad en un caso concreto²⁸.

Así, por ejemplo, en la parte de la ecuación relativa a los daños civiles colaterales uno se pregunta si las bajas civiles esperadas han de computarse conjuntamente con los posibles daños a bienes de carácter civil, así como qué criterios utilizar, en su caso, para proceder a su cuantificación. Igualmente, uno se pregunta también qué elementos han de tenerse en cuenta a la hora de calcular la ventaja militar anticipada. Y lo que es más importante, qué criterios utilizar para comparar ambos conceptos de la ecuación de proporcionalidad, sobre todo si se intenta evitar una mera comparación numérica entre el número de muertos y heridos civiles y el número de soldados enemigos poner fuera de combate que se espera como consecuencia del ataque²⁹. Además, íntimamente ligadas a esta última

que se encontraba el tren de pasajeros que había resultado alcanzado. Sin embargo, para cuando la segunda bomba alcanzó el puente, éste se encontraba cubierto de humo y no se podía apreciar en la pantalla que el tren se había movido hacia delante acercándose al extremo del puente que estaba a punto de sufrir el segundo impacto. Como resultado, el tren de pasajeros resultó nuevamente dañado.

Con respecto a este segundo incidente, los miembros del comité de la Fiscalía que realizó el informe no pudieron llegar a un acuerdo sobre si los miembros de la tripulación del caza habían actuado con la suficiente falta de cuidado como para incurrir en responsabilidad penal. Por su parte, no apreciaron ningún indicio de criminalidad en el comportamiento de superiores jerárquicos de la tripulación del caza.

La pregunta que surge es por qué si la Fiscalía había considerado que el ataque se dirigió contra el puente de Leskovac que, en su opinión, constituía un objetivo militar no realizó ningún tipo de análisis de proporcionalidad – particularmente si consideramos que, al menos en el momento de lanzar la segunda bomba, era evidente que había un riesgo de provocar daños civiles colaterales puesto que un tren de pasajeros se encontraba en el otro extremo del puente objeto del ataque.

²⁷ W. H. Parks, *Linebacker and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 15, 1983, p. 13. Una descripción general de la jurisprudencia relativa a la aplicación de la regla de proporcionalidad se puede encontrar en W.J. Fenrick, *The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operational Allied Force: A View from the Outside*, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, pp. 53 y ss, p. 57. Ver también a este respecto W.J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, en *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 91 y ss, p. 96.

²⁸ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 48.

²⁹ Esta comparación numérica puede, sin embargo, resultar de cierta utilidad para realizar un análisis preliminar de proporcionalidad. Este método ha sido, por ejemplo, utilizado por la Fiscalía del TPIY en el informe sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 54.

cuestión se encuentran aquéllas sobre los valores relativos que han de asignarse a cada uno de los elementos de la ecuación de proporcionalidad y la medida en que un superior militar se encuentra obligado a exponer sus propias fuerzas para limitar las bajas o daños civiles colaterales.

El mayor problema se deriva del hecho de que a la hora de analizar si ha habido o no una infracción grave de la regla de proporcionalidad, el art. 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma (ER) nos obliga a comparar dos elementos que no tienen prácticamente nada en común: (i) «la ventaja militar concreta y directa de conjunto» que se anticipaba se podría obtener del ataque; y (ii) « las pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente» que se preveía podía causar el ataque. Además, en la aplicación de la regla de proporcionalidad surgen numerosas cuestiones adicionales entre las que se pueden citar las siguientes: ¿deben incluirse en la columna de daños civiles colaterales aquellos daños debidos al despliegue ilícito por el enemigo de soldados, armas, municiones u otro tipo de material militar, como por ejemplo la colocación de un mortero en el patio de una escuela infantil?; y ¿cuál es el contexto temporal y espacial que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar la ecuación de proporcionalidad - de cuya respuesta depende, por ejemplo, si ha de distinguirse o no entre los daños ocasionados en la primera oleada del ataque contra una población bajo el control del enemigo y los producidos en sucesivas «operaciones de limpieza» realizadas por la parte atacante para consolidar su control sobre la población atacada, o si la regla de proporcionalidad ha de aplicarse al nivel táctico (incidentes aislados), operacional (ataques en su conjunto) o estratégico (campañas militares en su conjunto)?

II. EL TIPO OBJETIVO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS: EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS DAÑOS CIVILES COLATERALES PREVISTOS Y LA VENTAJA MILITAR ESPERADA.

II.1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA.

El tratamiento jurídico de los ataques ilícitos en la jurisprudencia del TPIY ha venido determinado por la interpretación de su jurisdicción material como limitada, en principio, a las violaciones graves de las normas de

derecho internacional humanitario que en el momento de cometerse los hechos imputados (1991-1995) tenían indiscutiblemente la condición de normas consuetudinarias³⁰. En este sentido, el TPIY no ha considerado que los ataques indiscriminados y los ataques que causan daños civiles colaterales desproporcionados estuvieran tipificados de manera autónoma por la costumbre internacional en el momento en que se produjo el conflicto en la antigua Yugoslavia³¹. En consecuencia, la jurisprudencia del TPIY ha considerado estos ataques como un mero elemento probatorio³²

³⁰ Ver a este respecto las siguientes decisiones en apelación del TPIY: *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Caso Núm. IT-94-1-AR72, de 2 de octubre de 1995 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic), párrafos 111, 126, 127, 134 y 143; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Decision on Interlocutory Appeal, Caso Núm. IT-01-42-AR72, de 22 de noviembre de 2002 (decisión interlocutoria de apelación del TPIY en el caso Strugar), párrafos 9, 10 y 13; *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Decision on Interlocutory Appeal, Case Núm. IT-99-37-AR72.2, de 12 de mayo de 2004 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común en el caso Ojdanic), párrafo 9; y *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Case Núm. IT-01-47-AR72, de 16 de julio de 2003 (decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic).

³¹ Las razones por las que los ataques indiscriminados y los ataques desproporcionados no son tratados como crímenes autónomos en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez tienen su origen en el distinto desarrollo del principio de distinción en el PA I y en el PA II - y en particular en el hecho de que el PA II no contiene ninguna referencia expresa a las nociones de «ataques indiscriminados» y de «ataques desproporcionados». Además, las respectivas Salas de Primera Instancia entendieron desde un principio que actos de violencia que no eran específicamente dirigidos contra objetivos militares (ataques indiscriminados) o que causaban excesivos daños civiles colaterales podían ser considerados de hecho como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles. Véase a este respecto, por ejemplo, la discusión sobre la proporcionalidad del ataque contra Donja Veceriska antes de la retirada de las fuerzas del ABiH al analizar si el mismo fue un ataque ilícito llevado a cabo contra las personas o los bienes civiles que se encontraban en dicha localidad (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 543).

³² Así, las Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic entendieron que la comisión del crimen de atacar personas o bienes civiles se puede probar de las siguientes maneras: (i) probando que sólo personas o bienes civiles han muerto o han sido destruidos a consecuencia del ataque - si bien las dificultades probatorias de este elemento son evidentes si se tiene en cuenta que en los conflictos armados modernos existe una tendencia a que combatientes - o personas que sin tener la condición de combatientes participan directamente en las hostilidades - y bienes de carácter militar se encuentren entremezclados con personas y bienes civiles; (ii) probando que bien por la falta de precisión o la imposibilidad de controlar los efectos del arma utilizada (por ejemplo morteros caseros de pequeño calibre o bombas de racimo) bien por las características del método de combate elegido (por ejemplo las técnicas de bombardeo utilizadas por los aliados contra ciertas ciudades alemanas como Hamburgo o Dresde al final de la segunda guerra mundial) el ataque fue dirigido contra combatientes (o contra personas que sin tener la condi-

que puede servir para mostrar que se ha producido un ataque dirigido contra personas o bienes civiles³³.

ción de combatientes participaban directamente en las hostilidades) y civiles sin distinción alguna; o (iii) probando que el ataque, si bien dirigido contra un objetivo militar específico, fue desproporcionado puesto que causó daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar definida que se esperaba del mismo. Particularmente ilustrativa a este respecto resulta la discusión mantenida en los párrafos 321 a 328 de la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic.

Más recientemente, la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic (párrafos 57 a 61) ha señalado que los ataques indiscriminados - es decir, aquellos que afectan a personas o bienes civiles y a objetivos militares sin distinción alguna - pueden incluirse dentro de la categoría de ataques dirigidos contra personas o bienes civiles³³. Por otra parte, en relación con los ataques desproporcionados, la Sala afirmó que ciertos ataques aparentemente desproporcionados pueden, dependiendo de las circunstancias del caso, llevar a la conclusión de que personas o bienes civiles fueron en realidad el objeto del ataque. Además, la Sala subrayó que el incumplimiento por el enemigo de su obligación, conforme al derecho internacional humanitario, de alejar en la medida de lo posible a la población, a las personas y a los bienes civiles de las áreas donde se encuentran objetivos militares, no afecta de ninguna manera a la obligación que tiene la parte atacante de preparar y desarrollar sus ataques respetando los principios de distinción y proporcionalidad.

Por su parte, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar (párrafo 281) no tuvo la necesidad de pronunciarse sobre si los ataques dirigidos contra objetivos militares que ocasionan daños colaterales excesivos pueden ser considerados en ciertas circunstancias como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

³³ La inclusión de los ataques indiscriminados entre aquellos ataques que dan lugar a un delito de atacar a personas o a bienes civiles parece razonable si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del TPIY ha configurado dicho delito como un delito de resultado que, como veremos más adelante al analizar el elemento subjetivo del tipo, pueden ser cometido con dolo eventual - es decir sin pretender que el ataque provoque la muerte o heridas a personas civiles o destruya bienes de carácter civil pero siendo consciente de la probabilidad de que el mismo acabe causando dicho resultado y aceptando su posible producción. De esta manera, la persona que ataca un centro de comunicaciones del enemigo que se encuentra colindante con un asilo de ancianos siendo consciente de la absoluta falta de precisión del armamento utilizado debe ser considerada como que acepta el riesgo de destrucción total o parcial del asilo de ancianos. Esta conclusión se desprende del hecho de proceder al ataque a pesar de ser consciente de la imposibilidad de dirigir el mismo exclusivamente contra el centro de comunicaciones así como de la alta probabilidad de que los proyectiles acaben impactando contra el asilo de ancianos en lugar de contra el centro de comunicaciones.

Ahora bien, lo mismo no puede afirmarse del tratamiento de los ataques dirigidos contra objetivos militares que terminan causando daños civiles colaterales desproporcionados como mero elemento probatorio del crimen de atacar a personas o a bienes civiles. En nuestra opinión, este tratamiento confunde las infracciones graves a las dos manifestaciones más importantes del principio de distinción: (i) la obligación de las partes contendientes de dirigir sus ataques contra objetivos militares y la consiguiente prohibición de atacar a personas o a bienes civiles; y (ii) la prohibición de lanzar ataques contra objetivos militares que se prevea producirán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar anticipada.

En este sentido hay que señalar que ya en 1995, la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic en 1995 (párrafos 111, 126, 127 y 134) parecía abrir la puerta al reconocimiento del carácter consuetudinario del crimen de lanzar ataques desproporcionados al señalar que: (i) ciertos principios fundamentales relativos a la protección de la población civil,

Al mismo tiempo, las Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez establecieron que para que un ataque dirigido contra la población civil o contra personas civiles diera lugar a responsabilidad penal era necesario que en el transcurso del mismo se hubiese causado la muerte o lesiones graves a uno o varios civiles³⁴. Esta interpretación, que tiene su origen en que el art. 85(3) AP I sólo considera como una infracción grave del principio de distinción los ataques dirigidos contra la población civil o contra las personas civiles que «causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud», ha sido posteriormente adoptada también por la Sentencia de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic³⁵ y por la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en los casos Galic³⁶ y Strugar³⁷.

incluidos aquellos recogidos en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2675 (1970) de 9 de diciembre de 1970, se aplican a todo tipo de conflicto armado; (ii) ciertas reglas de derecho internacional consuetudinario se aplican también a los conflictos armados no-internacionales, entre las que se encuentran aquellas relativas a áreas tales como la protección de las personas civiles durante la conducción de las hostilidades (en particular de los ataques indiscriminados), la protección de los bienes civiles (en particular la propiedad cultural), la protección de todos aquellos que no toman parte – o no toman parte más – en las hostilidades, así como la prohibición de los medios y métodos de combate que se encuentran prohibidos en relación con los conflictos armados internacionales; y (iii) el derecho internacional consuetudinario atribuye responsabilidad penal por ciertas violaciones del derecho aplicable en los conflictos armados no-internacionales, incluyendo ciertos principios fundamentales relativos a los medios y métodos de combate.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha sido notablemente más cautelosa a la luz del diferente nivel de desarrollo del principio de distinción en el PA I y el PA II, y particularmente ante la falta de cualquier referencia a la noción de «ataques desproporcionados» en el PA II. Por ello tanto la decisión interlocutoria de apelación en el caso Strugar (párrafos 9, 10 y 13) como la Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafo 54), si bien afirman que los crímenes de atacar a personas o a bienes civiles tenían un carácter consuetudinario en el momento en que se produjo el conflicto en la antigua Yugoslavia, no abordan expresamente la cuestión de si el lanzamiento de ataques contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales excesivos da lugar también a responsabilidad penal conforme al derecho internacional consuetudinario. Como resultado, mucho nos tememos que el valor de los precedentes jurisprudenciales del TPIY en materia de ataques ilícitos, y particularmente su aplicación de la noción de objetivo militar y de la regla de proporcionalidad tenga un valor ciertamente más limitado del que en un principio podría presumirse. Ver a este respecto, W.J. Fenrick, *Prosecuting Violations of Combat Limitations*, en *Protecting Civilians in 21st Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, H. Mireille/J. Martine (Coord.), CICR/Wolf Legal Productions, 2001, pp. 77 y ss., p. 79.

³⁴ Sentencias de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 180) y Kordic y Cerkez (párrafo 328).

³⁵ Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafo 67.

³⁶ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 56 y 62. La reciente Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Galic ha seguido en este punto la interpretación de la Sentencia de Primera Instancia.

³⁷ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafo 280. Si bien las consideraciones recogidas en el párrafo 221 pudieran ser entendidas como un primer paso hacia la redefinición de este crimen como un delito de mera actividad.

Por lo tanto, a diferencia del art. 8(2)(b)(i) y (e)(i) ER que configura este delito como un delito de mera actividad que se perfecciona por el uso ilícito de la violencia contra la población civil o contra personas civiles con independencia de que produzca o no un resultado lesivo, la jurisprudencia del TPIY lo ha considerado como un delito de resultado que sólo se consumó cuando a consecuencia del uso ilícito de la violencia contra la población civil o contra personas civiles se ocasiona la muerte o lesiones graves a uno o más civiles.

Lo mismo ha sucedido con el crimen de dirigir un ataque contra bienes civiles que también ha sido definido por la jurisprudencia del TPIY como un delito de resultado que exige la destrucción total o parcial o la producción de daños extensos a un bien civil como consecuencia del lanzamiento de un ataque contra el mismo³⁸. En este sentido, se diferencia también de su configuración como un delito de mera actividad en el art. 8(b)(2)(ii) ER³⁹

II.2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS EN EL ESTATUTO DE ROMA.

A diferencia de la jurisprudencia del TPIY, el ER tipifica de manera autónoma los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades, es decir: (i) los ataques dirigidos contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; (ii) los ataques dirigidos contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares⁴⁰; y (iii) los ataques desproporciona-

³⁸ Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafos 40 a 68 y en particular párrafo 67; y Sentencia de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 180), Kordic y Cerkez (párrafo 328), Galic (párrafos 56 y 62) y Strugar (párrafo 280).

³⁹ Como ya hemos señalado el párrafo 221 de la reciente Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar pudiera ser entendido como un primer paso hacia la redefinición de este crimen como un delito de mera actividad.

⁴⁰ Arts. 8(2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) ER. Surge la cuestión de si los ataques indiscriminados pueden considerarse incluidos dentro del crimen de atacar a la población y a las personas civiles, así como dentro del crimen de atacar a los bienes de carácter civil. A este respecto sí que entendemos que el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER permite acoger la interpretación adoptada por la jurisprudencia del TPIY puesto que los delitos recogidos en esta disposición admiten también como elemento subjetivo del tipo el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual siempre y cuando el ataque no haya sido dirigido específicamente contra un objetivo militar concreto. En consecuencia, quien dispara con un mortero de

dos contra objetivos militares, es decir, aquellos que se prevé que produzcan pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural que se prevé que sean manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se espera obtener de los mismos⁴¹.

De esta manera desaparece la necesidad de representar el uso desproporcionado de la fuerza contra objetivos militares como si se tratara de un ataque dirigido contra las personas o bienes civiles⁴². Además, se reconoce la distinta naturaleza entre los ataques ilícitos dirigidos contra personas o bienes que no tienen la condición de objetivo militar y aquellos otros ataques que, si bien podrían ser en principio considerados como lícitos en cuanto que lanzados contra objetivos militares, terminan por ser punibles debido a los excesivos daños civiles colaterales que cabe esperar de los mismos⁴³.

fabricación casera que no tiene precisión alguna contra un depósito de municiones del enemigo que se encuentra junto a una escuela infantil, puede no haber deseado que se produzcan los daños finalmente ocasionados a la escuela, pero si se puede probar que era consciente de la absoluta imprecisión del mortero utilizado no cabrá sino afirmar que: (i) tenía conocimiento de la imposibilidad de dirigir el ataque únicamente contra el depósito de municiones; (ii) tenía conocimiento de la alta probabilidad de que los proyectiles disparados acabaran impactando contra la escuela infantil en lugar de contra el depósito de municiones; y (iii) aceptó la potencial destrucción total o parcial de la escuela infantil.

⁴¹ Art. 8(2)(b)(iv) ER.

⁴² Si bien por otras razones, el tratamiento autónomo de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad era la regla general con anterioridad a la aprobación de los protocolos adicionales en 1977. Así, en el caso *Einsatzgruppen*, el tribunal señaló: «A city is bombed for tactical purposes: communications are to be destroyed, railroads wrecked, ammunition plants demolished, factories razed, all for the purpose of impeding the military. In these operations it inevitably happens that non-military persons are killed. This is an incident, a grave incident to be sure, but an unavoidable corollary of battle action. The civilians are not individualised. The bomb falls, it is aimed at the railroad yards, houses along the tracks are hit and many of their occupants killed. But that is entirely different, both in fact and in law, from an armed force marching up to these same railroad tracks, entering those houses abutting thereon, dragging out the men, women and children and shooting them» (United States v. Otto Ohlendorf *et al.*, *Einsatzgruppen* Trial, in United States, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Volume IV, 1950, pp. 1 y ss, p. 467). Una opinión diferente puede encontrarse en S. Oeter, *Methods and Means of Combat* en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Fleck, D. (Coord.), Oxford University Press, 1995, pp. 105-208, p. 184.

⁴³ Una opinión diferente es sostenida por J. G. Gardam, *Proportionality*..., p. 410, cuando afirma que: «negligent behavior in ascertaining the nature of a target or the conduct of the attack itself» as tantamount to the «direct targeting of civilians»; y por J. F. Murphy, *Some Legal (And A Few Ethical) Dimensions Of The Collateral Damage Resulting From NATO's Kosovo Campaign*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 244-245 y 248.

Como se especifica en los Elementos de los Crímenes (EC), el tipo del art. 8(2)(b)(iv) ER se limita a castigar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad que debe observarse en las operaciones militares desarrolladas en el contexto de un conflicto armado⁴⁴. El carácter lícito o ilícito del conflicto armado es irrelevante a la hora de determinar si una operación militar determinada se adecua o no a las exigencias de la regla de proporcionalidad. Por ello, al describir la conducta típica «no se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *ius ad bellum*»⁴⁵.

A primera vista, el art. 8(2)(b)(iv) ER parece establecer una exigencia superior a la prevista en el art. 51(5)(b) PA I en relación al volumen de bajas y daños civiles colaterales que deben producirse para que un ataque dirigido contra un objetivo militar acabe por dar lugar a responsabilidad penal⁴⁶. Así, en primer lugar, el art. 8(2)(b)(iv) ER exige que los daños civiles colaterales sean «manifiestamente excesivos» en lugar de simplemente «excesivos» como se exige en el art. 51(5)(b) PA I, si bien para el CICR no existe una diferencia substancial entre ambos estándares⁴⁷. Mientras que en segundo lugar, el art. 8(2)(b)(iv) ER añade la expresión «de conjunto» a la parte de la ecuación de proporcionalidad relativa a la ventaja militar concreta y directa, con lo que parece exigirse una mayor atención al contexto en el que se produce el ataque a la hora de valorar la ventaja militar concreta y directa de la destrucción, captura o neutralización del objetivo atacado.

Por otra parte, El ER, a diferencia del TPIY, configura los ataques desproporcionados, así como los ataques contra personas o bienes civiles, como delitos de mera actividad que se consuman con el mero lanzamiento del ataque - es decir con la realización de actos de violencia contra personas o bienes protegidos pertenecientes a la parte adversa y que

⁴⁴ Ver nota 36 de los EC.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ El art. 51.5 (b) PA I prevé que «se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataques: (b) los ataques, cuando sea 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». Ver a este respecto, D. Pfirter, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 147-150, p. 149.

⁴⁷ K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, pp. 169-170.

no se encuentran bajo el control de la parte contendiente a la que pertenece el autor⁴⁸.

El art. 8(2)(b)(iv) ER introduce a su vez una novedad importante en cuanto que recoge el delito medio-ambiental al referirse a los «daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural» en la descripción de la regla de proporcionalidad. Sin embargo, separándose de la regulación contenida en el art. 55 PA I,⁴⁹ el art. 8.2(b)(iv) ER introduce un elemento de proporcionalidad en el tipo objetivo⁵⁰. Así, el lanzamiento intencionado de ataques a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente sólo será constitutivo de delito si dichos ataques se presentan como «manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

En cualquier caso es importante subrayar que tanto los ataques dirigidos contra bienes civiles como aquellos dirigidos contra objetivos militares que provocan daños civiles colaterales desproporcionados no son tipificados en el ER en relación con cualquier clase de conflicto armado. Así, el ER establece una distinción muy importante entre los conflictos armados internacionales en cuyo contexto son aplicables los tres tipos penales arriba mencionados - ataques dirigidos contra la población o las personas civiles, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil y ataques desproporcionados - y los conflictos armados de carácter no internacional en cuyo contexto sólo se tipifican expresamente los ataques dirigidos contra la población o las personas civiles (Art. 8(2)(e)(i) ER). Por lo tanto, se puede afirmar que el esfuerzo de los redactores del ER por tipificar de manera autónoma los ataques que más gravemente atentan contra el principio de distinción se ha quedado a medio camino.

⁴⁸ En el mismo sentido, D. Frank, *Attacking Civilians*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 140-143, p. 142; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 130

⁴⁹ Conforme al párrafo primero del art. 55 PA I: « En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población». Además el párrafo segundo de esta disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias».

⁵⁰ H. Von Hebel/ D. Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues-Negotiations-Results*, Roy S. Lee (Coord.), Kluwer Law International, 1999, pp. 76-129, p. 111; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 176.

Ahora bien, el hecho de que los ataques dirigidos contra bienes civiles y los ataques desproporcionados contra objetivos militares no hayan sido tipificados como delitos autónomos en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, y el hecho de que el ER no permita una interpretación extensiva de los ataques dirigidos contra la población o las personas civiles a los efectos de cubrir dichos ataques - tal y como ha realizado la jurisprudencia del TPIY⁵¹-, no significa necesariamente que los mismos no den de ninguna manera lugar a responsabilidad penal confor-

⁵¹ Como resultado algunos podrían pensar que la jurisprudencia de la Corte, siguiendo la jurisprudencia del TPIY, no tendrá más remedio que ampliar, en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional, el crimen de atacar a la población o a las personas civiles para cubrir, como mínimo, los ataques contra objetivos militares de carácter desproporcionado y, muy posiblemente también, los ataques contra bienes civiles. Sin embargo, en nuestra opinión no cabe llevar a cabo en el contexto del ER la aplicación extensiva del crimen de atacar a la población o a las personas civiles que ha realizado la jurisprudencia del TPIY - y ello con independencia de que cómo afirma la jurisprudencia del TPIY dicha interpretación sea conforme a la costumbre internacional. Así, en primer lugar, existen importantes diferencias entre la configuración típica del crimen de atacar a la población o a las personas civiles en el ER y en la jurisprudencia del TPIY - que por lo demás son también aplicables al crimen de atacar a objetos civiles previsto en el art. 8(2)(b)(ii) ER. Entre ellas destaca el hecho de que ni el ER, ni los EC, exigen ningún tipo de resultado lesivo derivado del ataque para la consumación del delito, por lo que se puede afirmar que en el ER se configura como un delito de mera actividad que se consuma con la mera realización de un ataque - acto de violencia - con la intención de afectar a la población o a personas civiles que no se encuentran bajo el poder de la parte contendientes a la que pertenece el autor (ver a este respecto D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 142; y K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 130). Esta particular configuración del crimen de atacar a la población o a las personas civiles en el ER impide en nuestra opinión su aplicación extensiva para cubrir supuestos de ataques desproporcionados que se caracterizan por el propósito de atacar un objetivo militar concreto.

En segundo lugar, el art. 22(2) ER, en cuanto que manifestación del principio *nullum crimen sine lege*, obliga expresamente - a diferencia del Estatuto del TPIY - a una interpretación «estricta» de los elementos del tipo sin que en ningún caso quepa su interpretación extensiva por analogía. Además, conforme a esta misma disposición, en caso de ambigüedad los elementos del tipo deberán ser interpretados en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

En tercer lugar, la interpretación extensiva del crimen de atacar a la población o a las personas civiles para cubrir supuestos de ataques desproporcionados o incluso de ataques dirigidos contra bienes civiles echaría por tierra lo que para muchos constituye uno de los elementos más positivos del ER y que consiste en la tipificación autónoma, al menos en relación con los conflictos armados internacionales, de los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades, evitando de esta manera la confusión entre: (i) la obligación de las partes contendientes de dirigir sus ataques contra objetivos militares, y la consiguiente prohibición de atacar personas o bienes civiles; y (ii) la prohibición de lanzar ataques contra objetivos militares cuando sea de prever que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Por estas razones, entendemos que no cabe seguir la jurisprudencia del TPIY en este punto.

me al ER cuando se lancen en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional.

Esto es así porque, conforme al ER, al menos en relación con los conflictos armados de carácter no internacional⁵², cualquier resultado lesivo a personas o bienes civiles podría dar lugar a un delito de homicidio, tratos crueles o destrucción de bienes del enemigo siempre y cuando se derive de un ataque que conforme al derecho internacional humanitario debe ser calificado como ilícito porque: (i) infringió la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de las hostilidades; (ii) se dirigió contra personas, objetos o áreas especialmente protegidos; (iii) se llevó a cabo a través de ciertos métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario; o (iv) se realizó mediante el uso de ciertas armas que causan heridas superfluas o sufrimientos innecesarios al enemigo o tienen un efecto indiscriminado.

Por lo tanto, en aquellos supuestos en que el ataque no se haya dirigido contra personas, objetos o áreas especialmente protegidos, ni se haya desarrollado a través de medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario, será necesario determinar que el uso de la fuerza armada se dirigió contra personas o bienes civiles o, en caso de que se dirigiera contra un objetivo militar, que los daños civiles colaterales esperados fueron manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar esperada. De ser este el caso las muertes, lesiones o daños derivados del ataque podrán ser imputados como un delito contra la vida como el homicidio, contra la integridad física como los tratos crueles o contra la propiedad como la destrucción de bienes del enemigo. En caso contrario, las muertes, lesiones o daños producidos, aunque desafortunados, serán lícitos conforme al derecho internacional humanitario y por lo tanto no podrán en ningún caso dar lugar a responsabilidad penal conforme al ER.

⁵² Sin embargo, en relación con los conflictos armados internacionales, la distinción entre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra recogidas en el apartado 2(a) del art. 8 ER, y las demás infracciones graves de las leyes y costumbres de la guerra en los conflictos armados internacionales previstas en el apartado 2(b) del art. 8 ER, va a provocar a buen seguro ciertos problemas imprevistos de particular consideración. Así, por ejemplo, delitos como el de «homicidio intencional» previsto en el art. 8(2)(a) ER, el de «tratos inhumanos» previsto en el art. 8(2)(b) ER o el de «causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud» previsto en el art. 8(2)(c) ER, sólo aparecen tipificados en relación con los conflictos armados internacionales como graves violaciones de los Convenios de Ginebra, que, por regla general como ya hemos señalado limitan su ámbito de protección a personas u objetos que se encuentran en poder de la parte contendiente a la que pertenece el autor.

Diferente es el caso de las muertes, lesiones y daños ocasionados por una parte contendiente contra las personas y bienes protegidos que se encuentren en su poder. En esta situación la regla general es que tales resultados podrán ser imputados a sus autores como delitos contra la vida, la integridad física o la propiedad, a no ser que excepcionalmente concurre una causa de justificación como que la destrucción de los bienes de las personas protegidas pertenecientes a la parte adversa sea imperativa por las necesidades de la guerra. De ahí que la aplicación de ciertos delitos de resultado como el homicidio, los tratos crueles o la destrucción de los bienes de las personas pertenecientes a la parte adversa - aplicables tanto cuando la víctima no se encuentra en poder de la parte contendiente que ocasiona el daño (delitos cometidos durante la conducción de las hostilidades) como cuando la víctima se encuentra en poder de la misma - varíe dependiendo de si la muerte, las lesiones o el daño se infringe durante la conducción de las hostilidades o tras la toma del control de la localidad o área donde se encuentra la persona o bien civil afectado.

De particular importancia en nuestro estudio es el caso del delito de «destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo»⁵³ y del ámbito de aplicación de la causa de justificación incorporada en su definición. Se trata éste de un crimen de guerra aplicable tanto durante la conducción de las hostilidades como cuando el bien afectado se encuentra en poder de la parte contendiente a la que pertenece el autor. Ahora bien, durante la conducción de las hostilidades los daños ocasionados al enemigo sólo podrán dar lugar a responsabilidad penal si son el resultado de un ataque ilícito según el derecho internacional humanitario. Por lo tanto, si el ataque de que se trate se dirige contra un objetivo militar, y en el mismo no se emplean medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario, será necesario probar que los daños civiles colaterales que se preveía dicho ataque produciría son excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se esperaba del mismo. Sólo entonces podrá analizarse si la destrucción causada por dicho ataque a los bienes del enemigo –cualquiera que sea la naturaleza de tales bienes– se encontraba o no justificada por los imperativos de las necesidades de la guerra.

Lógicamente, cuando la destrucción de los bienes del enemigo se produce en un contexto en que los bienes afectados se encuentran bajo el control de la parte contendiente a la que pertenece el autor, no existirá ataque

⁵³ Art. 8(2)(b)(xiii) y (2)(e)(xii) ER.

alguno cuya legalidad haya que analizar antes de pasar a estudiar si la destrucción ocasionada a bienes de personas pertenecientes a la parte adversa se encuentra o no justificada por la necesidad militar⁵⁴.

Las importantes diferencias entre la aplicación del delito de destrucción de bienes del enemigo durante la conducción de las hostilidades y su aplicación en situaciones en las que los bienes afectados se encuentran en áreas bajo el control de la parte contendiente que los destruye, obliga a analizar por separado la relevancia penal de la destrucción producida en ambos contextos. Esta separación resulta de particular relevancia cuando se pretende analizar la destrucción producida por operaciones militares ofensivas compuestas de dos fases bien diferenciadas: (i) el ataque contra la población o área que no se encuentra bajo el control de la parte atacante y que se pretende tomar por asalto; y (ii) la destrucción de bienes de personas pertenecientes a la parte adversa (ya sean civiles ya sean prisioneros de guerra) una vez que la parte atacante ha tomado el control de la población o área objeto del ataque. Además, como demuestra el conflicto en la antigua Yugoslavia, cada una de estas fases suele ser ejecutada por diferentes unidades de las fuerzas armadas de la parte atacante. Desafortunadamente, la jurisprudencia del TPIY en esta materia no siempre ha respondido a esta distinción⁵⁵.

⁵⁴ En este sentido, hay que subrayar que los límites al alcance de esta causa de justificación no son claros ni en el ER, ni en los EC, ni tan siquiera en la propia Convención de la Haya IV de 1097 y en su Reglamento Anexo.

⁵⁵ Esto se aprecia en particular en el análisis de conjunto que las Salas de Primera Instancia del TPIY en los casos Blaskic y Kordic y Cerkez realizaron de todos los daños producidos durante la primera y segunda oleadas de ciertas operaciones militares. Así, por ejemplo, la Sala en el caso Blaskic, al analizar los daños producidos durante el ataque de las fuerzas bosnio-croatas (HVO) al pueblo de Rotilj (municipalidad de Kiseljak en Bosnia Central), se limitó a afirmar que el 18 de abril de 1993 unidades del HVO atacaron el pueblo una vez que sus líderes habían aceptado entregar las pocas armas que tenían sus habitantes. El ataque comenzó con fuego de artillería y a continuación la infantería tomó el control de la aldea, registró las casas en busca de armas, mató a varios civiles, detuvo a la mayoría del resto de habitantes en un espacio abierto, saqueó sus casas y finalmente las incendió. Igualmente, esta misma Sala, al analizar los daños causados durante el ataque del HVO al pueblo de Ocehnici (municipalidad de Busovaca en Bosnia-Central), se limitó a declarar como probado que el 19 de abril de 1993 por la tarde soldados del cuarto batallón de la policía militar del HVO habían entrado en Ocehnici disparando, prendiendo fuego a aquellas casas y granjas pertenecientes a los bosnio-musulmanes, matando a cinco civiles (incluidas algunas mujeres) - y quemando a continuación sus cuerpos - e hiriendo a otros habitantes del pueblo (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafos 571- 573).

Del mismo modo al analizar los ataques del HVO a los pueblos de Gomionica, Hercezi, Svinjarevo, Visnjica, Grahovci y Han Ploca (todos ellos en la municipalidad de Kiseljak en Bosnia Central) en junio de 1993, la Sala en el caso Blaskic concluyó que incluso

II.3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN EL USO DE LA FUERZA Y LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD

Como venimos señalando es mucho más fácil definir en términos generales la regla de proporcionalidad que aplicarla a un caso concreto puesto que no es fácil comparar variables tan dispares como el valor de vidas humanas inocentes y la ventaja militar que se espera obtener de la destrucción, captura o neutralización de un cierto objetivo militar en una situación de combate⁵⁶. De entre los principios que han de tenerse en cuenta para realizar esta comparación merece particular atención el principio de economía en el uso de la fuerza porque se trata de un principio universalmente aceptado en la doctrina militar que es aplicado en todo momento y con independencia de los cambios en la circunstancias de combate por cualquier ejército del mundo y por cualquier grupo armado organizado por muy incipiente que sea.

El principio de economía en el uso de la fuerza exige que todo superior militar utilice el mínimo nivel de fuerza requerida –hombres, armas, municiones y cualquier otro tipo de material militar– para alcanzar el objetivo con tan pocas bajas como sea posible. De esta manera el esfuerzo que debe ser dedicado a cualquier tarea es el estrictamente necesario para llevarla a cabo, lo que requiere una adecuada selección y utilización del armamento, la maximización del rendimiento de las piezas de artillería (y en su caso de los aviones de combate), y un adecuado equilibrio en la distribución de las tareas⁵⁷. Como resultado, todo superior militar se abstendrá, en principio, de llevar a cabo cualquier actividad que no facilite la

en aquellos pueblos que se encontraban cercanos a las líneas de confrontación con los serbio-bosnios y en los que había presencia de las fuerzas bosnio-musulmanas (ABiH), la naturaleza y la escala de los crímenes cometidos por los miembros del HVO mostraba que estos últimos no sólo lucharon para superar la resistencia de los miembros del ABiH, sino que pretendían expulsar de estos pueblos a la población civil musulmana y asegurarse de que nunca más regresaría. Así, las tropas del HVO: (i) aterrorizaron sistemáticamente a los civiles bosnio-musulmanes mediante intensos bombardeos, asesinatos y violencia gratuita, (ii) quemaron y destruyeron sistemáticamente sus viviendas y sus lugares de culto, normalmente tras haberlos saqueado; (iii) mataron su ganadería y se apropiaron de sus reservas de alimentos; y (iv) los arrestaron y detuvieron en campos de detención para posteriormente intercambiarlos o expulsarlos al territorio controlado por el ABiH (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 630). Del mismo tenor es el análisis que de estos mismos ataques realiza la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafos 658-660, 665-669, y 720-723.

⁵⁶ Ibid, párrafo 48.

⁵⁷ United States, Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 1997, pp. 65-66, nota 9.

consecución del objetivo y valorará en todo momento los recursos de los que dispone a la luz no sólo de las exigencias del momento sino también de cualquier necesidad futura. En aplicación de este principio, por ejemplo, peticiones de uso de artillería o de apoyo aéreo para tomar un bloque de apartamentos o una aldea sin valor estratégico alguno donde aparte de la población civil se encuentran un puñado de soldados de permiso que no constituyen una amenaza inmediata para las fuerzas atacantes, serían rechazadas por constituir un uso ineficiente de los recursos limitados de los que dispone toda unidad para afrontar una situación de combate en la que a buen seguro se podrán atacar numerosos bienes del enemigo que tienen un valor militar muy superior⁵⁸.

Algunos autores han subrayado la estrecha relación entre el principio de economía en el uso de la fuerza y la regla de proporcionalidad. Esta relación sería fruto de la interacción entre los principios de inmunidad de las personas y bienes civiles y de economía en el uso de la fuerza en el art. 52(2) PA I, que prevé que «los ataques se limitarán a estrictamente a los objetivos militares» y añade que a estos efectos «los objetivos militares se limitan aquellos objetos que... contribuyan eficazmente a la acción militar» y «cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

Ahora bien, una cosa es subrayar su estrecha relación y otra muy distinta es intentar equiparar la regla de proporcionalidad con el principio de economía en el uso de la fuerza. Esta equiparación no es, en nuestra opinión, posible puesto que ataques que no presentan ningún tipo de riesgo de provocar daños civiles colaterales - y cuyo ataque sería perfectamente lícito desde la perspectiva de la regla de proporcionalidad - pueden terminar no llevándose a cabo por resultar incompatibles con el principio de economía en el uso de la fuerza puesto que ofrecen una ventaja militar insuficiente en comparación con los recursos necesarios para su ejecución⁵⁹.

Así, en el ejemplo arriba mencionado, incluso si los civiles hubieran sido evacuados del bloque de apartamentos o de la aldea cuyo ataque se está evaluando - de manera que la posible infracción de la regla de proporcionalidad no constituya una variable a tener en cuenta al tomar una decisión - es más que probable que se decida no llevar a cabo la operación puesto que la ventaja militar de dejar fuera de combate a un puñado de soldados de permiso es insuficiente para justificar el gasto de parte de los

⁵⁸ W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, pp. 1 y ss, p. 168.

⁵⁹ T. Montgomery, *Legal Perspective...*, p. 194.

recursos limitados de artillería y la puesta en peligro de aquellas unidades de infantería que serían necesarias para ejecutar la operación. En este sentido, no se puede olvidar que el principio de economía en el uso de la fuerza requeriría al superior militar tener particularmente en consideración el alto coste de las municiones de artillería y su limitado abastecimiento - sobre todo si se encuentra en una zona de combate alejada de las bases de retaguardia - así como la dificultad de reemplazar a los soldados caídos en combate.

Las diferencias entre las exigencias derivadas del principio de economía en el uso de la fuerza y aquéllas derivadas de la regla de proporcionalidad se hacen todavía más manifiestas si se considera que esta última pretende, como mínimo, hacer que todo superior militar interiorice que todo daño civil colateral tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para la propia posición profesional del superior, y que dicho coste derivado de consideraciones humanitarias debe ser siempre tenido en cuenta junto con los costes tácticos y logísticos a la hora de analizar la idoneidad de un ataque a la luz del principio de economía en el uso de la fuerza. Lógicamente, cuanto mayor sea la presión de la medios de comunicación y del público en general para la adecuada aplicación de la regla de proporcionalidad, y cuanto más numerosas sean las investigaciones y los enjuiciamientos tanto a nivel nacional como internacional de sus infracciones graves, mayor será la inclinación de los superiores militares a tener en cuenta los costes derivados de los posibles daños civiles colaterales en el proceso de selección de objetivos y en la preparación y ejecución del ataque.

De otra manera, si se acepta el sofisma de que la regla de proporcionalidad no hace sino reafirmar el principio de economía en el uso de la fuerza⁶⁰, se corre el riesgo de que la norma penal que tipifica sus infracciones graves pierda su eficacia preventiva general y que las consideraciones humanitarias tengan a lo sumo un carácter secundario, siempre sometidas a las consideraciones de carácter táctico y logístico⁶¹.

⁶⁰ General G. S. Brown, antiguo jefe del estado mayor norteamericano, citado en C. A.F. Jocknick/R. Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, en Harvard International Law Journal, Vol. 35, 1994, pp. 49 y ss., p. 54.

⁶¹ En este sentido algunos autores como E.L. Gonsalves, *Armed Forces and the Development of the Law of War*, en Military Law and Law of War Review, Vol. de 1982, p. 192, han subrayado que la distinción entre objetivos militares y no militares y la aplicación de la regla de proporcionalidad conlleva un esfuerzo importante que supone, logísticamente, el empleo de más personal y municiones en el desarrollo de las operaciones militares y, tácticamente, «la pérdida de tiempo» en su ejecución. En consecuencia, los superiores militares, particularmente aquellos a niveles más bajos - pelotón, compañía o incluso batallón - tenderán de manera natural a prestar una menor atención a dichas obligaciones.

II.4. LA EVALUACIÓN DE LOS DAÑOS CIVILES COLATERALES

II.4.1. Cuestiones generales

Algunos autores han preferido hacer mayor hincapié en la parte de la ecuación de proporcionalidad referida a los daños civiles colaterales. Para su análisis es importante tener en cuenta que la condición de objetivo militar recae no sólo en los combatientes enemigos sino también en todos los que sin tener la condición de combatientes estén tomando parte directa en las hostilidades. Entre los primeros se encuentran los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de cualquier otro cuerpo del Estado que se incorpore a las fuerzas armadas una vez iniciado el conflicto por declaración expresa de una parte contendiente (por ejemplo ciertos cuerpos de policía que tienen un estatuto paramilitar, las fuerzas especiales de policía y ciertas unidades del cuerpo de bomberos)⁶².

Por lo tanto, la muerte o lesiones producidas a miembros de las fuerzas armadas o de cualquiera de los cuerpos que se incorporan a las mismas durante un conflicto armado, así como los daños causados a las infraestructuras que utilizan, no podrán ser incluidas en la columna de daños civiles colaterales a menos que afecten a su personal sanitario o religioso o a individuos que se encuentren fuera de combate (por ejemplo heridos convalecientes en un hospital o prisioneros de guerra recluidos en un campo de detención). Mientras que, por el contrario, la muerte o lesiones producidas a miembros de los cuerpos de seguridad o de otros cuerpos del Estado, incluido el personal perteneciente a los servicios de protección civil, que no se incorporen a las fuerzas armadas durante el desarrollo del conflicto armado (por ejemplo las unidades de policía encargadas del control del tráfico), así como los daños ocasionados a las infraestructuras que utilizan, sí deberían incluirse en la columna de daños civiles colaterales.

Además, es importante señalar que la condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día y hasta que se deja de pertenecer a los cuerpos arriba mencionados, de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentren durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños civiles colaterales. Como tampoco podrán incluirse en dicha columna las muertes o lesiones ocasionadas a personas que sin pertenecer a ninguno de los cuerpos arriba mencionados estuviesen participando directamente en las hostilidades,

⁶² Art. 43 PA I.

puesto que desde el mismo momento en que comienza su participación directa en el conflicto y hasta que la misma concluye definitivamente, su neutralización supone una ventaja militar para el enemigo y, por lo tanto, dichas personas constituyen un objetivo militar.

Mención especial merecen, sin embargo, los supuestos en que, conforme al art. 31(1)(c) ER, personas no combatientes actúan en una situación puntual en legítima defensa para salvar sus vidas o las de terceros ante el uso ilícito de la fuerza armada por el enemigo. En estos casos no puede decirse que tales personas participen directamente en las hostilidades, de manera que cualquier lesión o daño ocasionado a las mismas o a sus bienes deberá ser incluido en la columna de daños civiles colaterales.

Finalmente, tampoco se incluirán en la columna de daños civiles colaterales, los daños ocasionados a infraestructuras de carácter dual, es decir, aquellas que normalmente se utilizan para fines no militares pero que en tiempos de conflicto armado son utilizadas también para fines militares – por ejemplo centrales de energía, sistemas de comunicación o plantas industriales reconvertidas para la fabricación de armamentos, municiones o materiales de uso militar.

En consecuencia, en una situación de combate como la acaecida en los alrededores de Dubrovnik a finales de 1991, donde no existían centrales de energía o plantas industriales que pudieran ser reconvertidas para fabricar municiones, armamento o material de uso militar, y donde los puentes que unían las distintas partes de la ciudad no tenían un valor militar importante dada la naturaleza estática del conflicto y el posicionamiento de las partes en el frente, entendemos que se deberían incluir en la columna de daños civiles colaterales todos los daños producidos a cualquiera de los edificios o infraestructuras que no estuviesen siendo ocupados o utilizados por unidades del ejército federal de la antigua Yugoslavia (JNA).

III.4.2. Los daños indirectos a largo plazo y su inclusión en la columna de los daños civiles colaterales

Particular atención merecen las cuestiones relativas a la inclusión o no de los daños indirectos, que normalmente sólo dejan sentir sus efectos a medio y largo plazo, y de los daños derivados de actos ilícitos del enemigo. Con respecto a la primera cuestión surge la pregunta de si el concepto flexible de objetivo militar que se prevé en el art. 52(2) PA I se puede hacer depender de la magnitud de la ventaja militar esperada de la destrucción o neutralización del objetivo.

Una primera posición defiende que la lista de objetivos militares debe extenderse o reducirse de acuerdo con los objetivos político-estratégicos de la campaña militar de las partes contendientes. De esta manera, aquella parte contendiente que tiene el control del territorio donde se desarrollan las hostilidades tiene una obligación especial de evitar los daños civiles colaterales. Por lo tanto, si por ejemplo analizamos la primera guerra del golfo, el hecho de que las fuerzas de la Coalición, debido a su absoluto control del espacio aéreo, gozaran de una capacidad sin precedentes para ubicar y destruir objetivos militares importantes sin miedo a una respuesta del enemigo, hizo que jurídicamente se hiciese más exigente la obligación de las tropas de la Coalición de tomar las medidas de precaución necesarias para evitar en todo lo posible los daños colaterales a personas y bienes civiles iraquíes.⁶³ Del mismo modo, cuando haya una disparidad tecnológica importante entre las partes contendientes, la obligación de minimizar los daños civiles colaterales, si bien existirá para ambas partes, será más exigente para la parte que cuenta con una tecnología más desarrollada⁶⁴.

Los orígenes de esta posición se encuentran en las críticas recibidas por los EEUU a raíz de sus campañas aéreas en Vietnam del Norte durante los años setenta. Estas críticas estuvieron basadas en una concepción fluctuante de la noción de objetivo militar que se expandía y restringía de acuerdo con la intensidad, la duración, el equipamiento de los participantes y la ubicación del conflicto armado. Así, mientras el bombardeo de un amplio complejo industrial podría ser perfectamente apropiado en un conflicto de las dimensiones de la segunda guerra mundial, no cabría decir lo mismo en conflictos de dimensiones más limitadas como el bombardeo de Trípoli en 1988 por parte de cazas norteamericanos o los conflictos ocurridos en las islas Malvinas, en Nicaragua o en Granada. En consecuencia, según esta posición, las partes contendientes deben analizar las características del conflicto para determinar qué personas, bienes e infraestructuras pueden tener la condición de objetivo militar⁶⁵.

Lógicamente, esta posición tiene el potencial de incrementar la protección ofrecida a las personas y los bienes civiles, particularmente en con-

⁶³ R. Normand/C.A.F. Jochnick, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 387 y ss, p. 393.

⁶⁴ Teniente Coronel S. W. Belt, *Missiles Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, en *Naval Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 115 y ss, p. 173.

⁶⁵ Declaración de Hamilton DeSaussure que se puede encontrar en M. Matheson et al., *The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, en *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, pp. 419 y ss, p. 512. Otros como J. G. Gardam han señalado en relación con la campaña de la OTAN en Kosovo que las leyes y costum-

flictos armados de corta duración donde los objetivos estratégicos y políticos de una o varias de las partes contendientes son limitados. Con ello, quienes apoyan esta posición defienden que la falta de precisión en la actual codificación de la regla de proporcionalidad no debería redundar en favorecer los intereses del ejército en lugar de aquellos de la población civil⁶⁶.

Una segunda posición, defendida por la mayoría de los comentaristas norteamericanos, subraya que la vinculación de la noción de objetivo militar a la de ventaja militar, y la definición de esta última a la luz de los objetivos de la campaña militar de las partes contendientes, reduce el alcance del concepto de objetivo militar de manera contraria a su definición en el art. 52(2) PA I. Para estos autores, este intento de limitar el contenido de la noción de objetivo militar se enfrenta con el problema de que los oficiales y los soldados en el terreno, sobre todo aquellos inmersos en situación de combate, tendrán graves dificultades en analizar la entidad de la amenaza a la que creen enfrentarse a la luz del más amplio contexto operacional, táctico y estratégico del conflicto armado. Por lo tanto, no se puede esperar que, aparte de un reducido grupo de oficiales de alta graduación, el resto de oficiales y soldados sobre el terreno sea capaz de distinguir entre un conflicto armado de alta intensidad y un conflicto armado de baja intensidad, particularmente en el caso de las fuerzas del ejército de tierra para las que la existencia de un conflicto de baja intensidad y de alcance limitado no significa necesariamente la ausencia de bajas – especialmente aquellas producidas por el llamado «fuego amigo»⁶⁷.

bres de la guerra se aplican si cabe de manera más estricta en aquellos conflictos iniciados en nombre de la paz y de la humanidad (ver J. G. Gardam, *Proportionality...*, p. 407). Sin embargo, en nuestra opinión, este argumento, que se encuentra vinculado con la teoría de la guerra justa, no hace sino mezclar, de manera contraria a la separación existente en la actual regulación jurídica, la normativa del *ius ad bellum* y aquella del *ius in bello* para así intentar fortalecer la protección atribuida a las personas y bienes civiles.

⁶⁶ Judith G. Gardam, *Proportionality...*, p. 407.

⁶⁷ Así, para los defensores de esta segunda posición es difícil pensar que el comandante de las fuerzas norteamericanas objeto de una emboscada en Mogadishu (Somalia) el 3 de octubre de 1993 dedicara mucho tiempo a analizar si sus hombres se encontraban en una situación de guerra total o en una misión de mantenimiento de la paz. Como también es difícil ver la influencia que la respuesta a tales preguntas pudiera haber tenido en la determinación de los objetivos a atacar y del nivel de fuerza a emplear para obtener la ventaja militar que se buscaba - es decir sacar sanas y salvas a las tropas emboscadas del centro de Mogadishu. En otras palabras, las fuerzas de tierra que, a diferencia de las fuerzas de aire que hoy en día sólo actúan contra objetivos cuidadosamente predeterminados a través de un cuidadoso proceso de selección, actúan al nivel táctico-operacional tienden a desarrollar operaciones militares dirigidas a destruir, capturar o neutralizar objetivos de oportunidad de acuerdo con las instrucciones genéricas dadas en las *reglas de combate*.

Por otra parte, los autores que apoyan esta segunda posición afirman que las teorías sobre la existencia de conflictos de baja intensidad y de carácter limitado no han sido todavía aceptadas entre las fuerzas armadas de los países no occidentales⁶⁸, como lo demuestran los ejemplos de los conflictos del Sahara o de Chechenia. Además, podría darse la paradoja de que, si dichas teorías fuesen finalmente aceptadas universalmente, un conflicto como el de la guerra del Vietnam pudiera tener un carácter limitado para los EEUU al tiempo que tuviera la entidad de una guerra total para el Vietnam del Norte y el Vietnam del Sur⁶⁹. Finalmente, según estos autores, ni el carácter lícito o ilícito de una operación militar se encuentra sometido a ningún tipo de doctrina de equidad, ni el derecho internacional humanitario impone la obligación legal o moral a una nación de sacrificar hombres, armamento o superioridad tecnológica en favor del enemigo⁷⁰.

En cualquier caso, la amplia definición de la noción de objetivo militar en el art. 52(2) AP I y la ausencia de precedentes jurisprudenciales hacen que las consideraciones humanitarias sobre las que sustenta el principio de distinción deban resultar un complemento necesario del principio de economía en el uso de la fuerza armada como criterio clave para interpretar la noción de objetivo militar. De esta manera, se puede afirmar que el objeto y fines del PA I, que no son otros sino limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados a quienes no participan directamente en las hostilidades, requieren que la determinación de lo que constituye o no un objetivo militar se supedita a lo que, además de contribuir al esfuerzo militar del enemigo, ofrezca en las circunstancias del momento «una ventaja militar definida». En consecuencia, entendemos que el conjunto de personas y bienes que en un determinado momento pueden incluirse dentro de la definición de objetivo militar es variable y puede, por tanto, extenderse o reducirse dependiendo de las características concretas del conflicto armado de que se trate, tales como su intensidad, su duración, la capacidad tecnológica y los objetivos político-estratégicos de

⁶⁸ Coronel W. Hays Parks, *Air War...*, p. 52.

⁶⁹ Teniente Coronel B. M. Carnahan 'Linebacker II' and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism, en *American University Law Review*, Vol. 31, 1982, pp. 861 y ss, p. 867.

⁷⁰ Coronel W. H. Parks, *Air War...*, pp. 169-170. También rechazan la adaptación de la noción de objetivo militar de acuerdo con los objetivos estratégicos y políticos de la campaña militar de las partes contendientes: M. N. Schmitt, *The Principle of Distinction in 21st Century Warfare*, en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 2, 1999, pp. 143 y ss, pp. 176-177; y F. J. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, Peter Rowe (Coord.), 1993, pp. 89 y ss., p. 98.

las partes contendientes y la ubicación geográfica de la zona de combate en que se producen las hostilidades.

Por otra parte, la inclusión del delito medio-ambiental en el marco de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad tipificadas en el art. 8(2)(b)(iv) ER da a entender que los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural» deben ser tenidos necesariamente en consideración al valorar el conjunto de daños civiles colaterales provocados por la operación militar de que se trate.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta disposición no responde completamente a las preocupaciones mostradas por los autores arriba mencionados puesto que los daños a infraestructuras claves en el desarrollo de la vida civil, que en el marco de un conflicto armado son utilizadas con fines militares y cuya destrucción propicia por tanto una ventaja militar directa y concreta, no parece que vayan a poder ser siempre calificados como daños al medio-ambiente natural⁷¹. En cualquier caso, entendemos que el hecho de que el art. 8(2)(b)(iv) ER declare expresamente que, al menos, ciertos daños indirectos de carácter duradero deban ser contabilizados al aplicar la ecuación de proporcionalidad, puede dar pie a una interpretación de esta disposición en el sentido de exigir que otros daños extensos de carácter indirecto que no afecten el medio ambiente natural pero que tengan importantes efectos negativos a largo plazo en las personas o bienes civiles deban ser tenidos también en cuenta al aplicar la regla de proporcionalidad.

II.4.3. Los daños derivados de la actuación ilícita del enemigo y su inclusión en la columna de los daños civiles colaterales

La cuestión relativa a si los daños civiles colaterales que pudieran producirse como consecuencia de actos ilícitos del enemigo deben tenerse o

⁷¹ Por otra parte, desde la perspectiva del delito medio-ambiental, el art. 8(2)(iv) se separa de la regulación contenida en el art. 55 PA I, en cuanto que la producción de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural sólo da lugar a responsabilidad penal si los mismos son «manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». En este sentido conviene recordar que el apartado primero del art. 55 PA I señala que «en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población». Mientras que el apartado segundo de dicha disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias.

no en consideración al aplicar la ecuación de proporcionalidad tiene una particular relevancia dada la frecuencia con que soldados, armamento u otro tipo de material militar son desplegados, o infraestructuras de carácter militar son construidas, en las inmediaciones de áreas donde se encuentran personas y bienes civiles, por no hablar de los casos de congregación voluntaria o involuntaria de civiles en el interior o en los alrededores de objetivos militares. Ni el art. 8(2)(b)(iv) ER ni los EC resuelven expresamente esta cuestión en cuanto que ambos se limitan a referirse genéricamente a «perdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural». De ahí que para responder a esta cuestión sea necesario recurrir una vez más a la normativa que desarrolla el principio de distinción en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.

En cualquier caso, es de destacar que el art. 8(2)(b)(xxiii) ER tipifica, si bien únicamente en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, la utilización de «la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares». De esta manera, se atribuye cuando menos responsabilidad penal a la parte que con su actuación ilícita pone en peligro la vida o la integridad de personas civiles.

El art. 58 PA I impone a las partes en el conflicto, a los efectos de proteger a la población civil, la obligación de «hasta donde sea factible»: (i) esforzarse por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control; (ii) evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas; y (iii) 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. Por su parte, el art. 51(7) PA I establece que «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, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares». Y a continuación añade que «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». Finalmente, el art. 51(8) PA I prevé que «ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el art. 57».

En consecuencia, tal y como ha señalado el CICR⁷², el PA I parece exigir que no se pueden dejar fuera de la columna de los daños civiles colaterales aquellos daños que se espera se produzcan en relación con personas o bienes civiles que han sido puestos en peligro por actos ilícitos del enemigo⁷³. De esta manera, si, por ejemplo, las fuerzas de la Coalición hubieran sido conscientes en 1991 de los numerosos civiles que se encontraban alojados en el mismo edificio donde estaba situada la instalación de mando y control del bunker de Al-Firdus, no hubieran tenido más remedio que tener en cuenta las numerosas muertes de civiles que el ataque a dicha instalación muy probablemente ocasionaría al decidir sobre su inclusión o no en la lista de objetivos a atacar⁷⁴.

Existen, sin embargo, ciertos autores que han criticado abiertamente la idea de atribuir al atacante la responsabilidad por los daños civiles colaterales producidos como resultado de actos ilícitos del enemigo⁷⁵. En sus críticas, estos autores subrayan los siguientes problemas. En primer lugar,

⁷² Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 628.

⁷³ Como Y. Sandoz, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 276 ha señalado recientemente, los atacantes no pueden simplemente ignorar el hecho de que civiles está siendo utilizados como escudos humanos. En este mismo sentido, Human Rights Watch, *Needless Deaths...*, p. 34, ha defendido tras la primera guerra del golfo que el uso deliberado de civiles por la parte defensora para obtener una ventaja militar no autoriza a la parte atacante a no adoptar las precauciones consuetudinarias que pretenden evitar o al menos minimizar las bajas civiles. Por su parte, H. P. Gasser, *Protection of the Civilian Population*, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (Coord.), Oxford University Press, 1995, pp. 209-292, p. 224, ha afirmado que la presencia de un soldado en una infraestructura civil no convierte a esta última en un objetivo militar. Por el contrario, el objetivo militar continúa siendo el soldado mismo y cualquier daño que se ocasione a la infraestructura civil como resultado de intentar neutralizar al soldado debe ser incluido en la ecuación de proporcionalidad.

⁷⁴ En el mismo sentido, W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 489 y ss, p. 501.

⁷⁵ W. H. Parks, *Air War...*, p. 59, ha sido particularmente crítico con la manera en que ha evolucionado la responsabilidad por la protección de la población civil, de manera que de ser una responsabilidad compartida se ha convertido en responsabilidad exclusiva del atacante. En su opinión, mientras los Convenios de Ginebra recogen un sistema de responsabilidad compartida debido a la influencia que en los mismos tuvieron personas experimentadas en la guerra, este enfoque fue desafortunadamente abandonado en las negociaciones que concluyeron con la aprobación de sus dos protocolos adicionales en 1977. Por su parte, Y. Disntein, *Comment*, *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 216 ha señalado que una parte contendiente que protege un objetivo militar con personas civiles es plenamente responsable por los daños civiles colaterales producidos como resultado del ataque del enemigo contra dicho objetivo militar.

las dificultades que todo superior militar que selecciona el objetivo y prepara el ataque encuentra para determinar donde se encuentran los civiles que residen en territorio enemigo⁷⁶. De ahí que en aquellos casos en los que las fuerzas defensoras se hayan entremezclado con la población civil, el superior militar medio se vea en la tesitura de decidir entre suspender el ataque y asumir el riesgo de un mayor número de bajas propias⁷⁷ o lanzar un ataque sobre la base de información insuficiente asumiendo con ello el riesgo de producir daños civiles colaterales superiores a los esperados⁷⁸. En segundo lugar, todo superior militar se encontrará con graves dificultades si por un lado se quiere contrarrestar efectivamente los movimientos de las fuerzas enemigas, pero al mismo tiempo no se admite un nivel superior de daños civiles colaterales en aquellos supuestos en que las fuerzas enemigas se hayan entremezclado con la población civil⁷⁹. Finalmente, advierten estos autores que una regulación demasiado exigente podría privar a la ecuación de proporcionalidad de toda eficacia puesto que los miembros de las fuerzas armadas se volverían contrarios a su aplicación al dar la impresión de que atribuye a la parte que la incumple ventajas tácticas importantes sobre la parte que se ajusta a la misma⁸⁰.

Así, un superior militar razonable intentará evitar exponer la vida de sus hombres siempre que sea posible, aunque al mismo tiempo no tendrá más remedio que aceptar la posibilidad de que sus hombres resulten muertos o heridos en el fragor del combate. En este contexto, se encontrará dispuesto a asumir el riesgo de que algunos de sus hombres sean alcanzados a los efectos de evitar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Ahora bien, la aceptación de ese riesgo tendrá probablemente unos límites claros: (i) el mantenimiento de la eficacia de su unidad en la conducción de las hostilidades, que podría verse afectada en caso de sufrir bajas numerosas; y (ii) el mantenimiento de la cohesión interna dentro de su propia

⁷⁶ W. H. Parks, *Air War...*, p. 197.

⁷⁷ A esta respecto, W. H. Parks, *Air War...*, p. 54, ha advertido que las leyes de la guerra no son un pacto suicida, de manera que los atacantes no están obligados a adoptar riesgos excesivos para minimizar los daños civiles colaterales.

⁷⁸ En este contexto, A.V.P. Rogers, *Zero-Casualty Warfare*, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, 2000, pp. 165 y ss, p. 177, ha señalado que, a la luz de la normativa internacional existente, no está claro cuál es el nivel de cuidado que se requiere del atacante y cuál es el nivel de riesgo que debe estar dispuesto a asumir. Así mismo, A.V.P. Rogers defiende que al analizar si se ha producido o no una infracción de la regla de proporcionalidad, todo tribunal competente debería considerar en favor del atacante cualquier tipo de actividad ilícita llevada a cabo por las fuerzas defensoras (A.V.P. Rogers, *Zero-Casualty...*, p. 179).

⁷⁹ S. Oeter, *Methods and Means...*, p. 180.

⁸⁰ W. H. Parks, *Air War...*, p. 14.

unidad, que podría verse erosionada si los subordinados consideran que su superior los expone a riesgos innecesarios. Lógicamente, cuanto mayor sea la proporción de daños civiles colaterales derivados de actos ilícitos del enemigo menor será el nivel de riesgo aceptable para un superior militar medio con el fin de evitar esos daños. Por ello, los defensores de esta segunda posición consideran que no tiene sentido continuar incluyendo en la columna de daños civiles colaterales aquellos daños provocados por actos ilícitos del enemigo puesto que se trata ésta de una regla que no es sociológicamente aceptada por los sujetos a los que va destinada: el personal militar encargado de seleccionar los objetivos y de preparar los ataques que es de quien depende en última instancia la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario⁸¹.

En esta misma línea se encuentra la posición oficial del ejército norteamericano que defiende que las fuerzas defensoras deben ser consideradas responsables por los daños civiles colaterales producidos a raíz del despliegue de hombres, armamento y material militar junto a bienes civiles o en las inmediaciones de áreas dónde reside la población civil⁸². Esta posición ha sido defendida por el departamento de defensa norteamericano para atribuir a las autoridades iraquíes la responsabilidad por las muertes civiles ocasionadas durante el ataque al bunker de Al-Firdus⁸³. Igualmente, un informe previo del Pentágono afirmaba que el derecho internacional de los conflictos armados permitía el ataque a dos cazas iraquíes que habían sido emplazados junto al antiguo templo de Ur, correspondiendo a las autoridades iraquíes la responsabilidad por los daños que se pudieran causar al templo⁸⁴. En consecuencia, para el ejército norteamericano, una vez que el enemigo decide colocar objetivos militares como misiles tierra aire, baterías antiaéreas, tanques o armas de destrucción masiva en un área protegida por el derecho internacional humanitario, dicha área pierde su pro-

⁸¹ T. Taylor, *The Concept of Justice and the Laws of War*, en Colorado Journal of Transnational Law, Vol. 13, 1974, pp. 189 y ss, p. 203. Ver también, W. H. Parks, *Air War...*, p. 50).

⁸² Ya durante la Conferencia Diplomática en la que se negoció el PA I la delegación norteamericana dejó clara su posición de que los estados deberían ser ellos mismos responsables si utilizan ilícitamente su población civil para proteger sus objetivos militares del ataque del enemigo.

⁸³ Informe enviado al Congreso por el Departamento de Defensa (United States, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, en International Law Materials., Vol. 31, 1992, pp. 612 y ss, p. 627.

⁸⁴ United States, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: An Interim Report to Congress* (1991), citado por C. Greenwood, *Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, P. Rowe (Coord.), Routledge, 1993, pp. 63 y ss, p. 80.

tección, y por lo tanto ha de entenderse que en lugar de atacarse un área protegida se ataca la infraestructura militar situada en la misma, si bien se intentará minimizar en la medida de lo posible el daño causado en dicha área a raíz del ataque⁸⁵.

La solución propuesta por los defensores de esta segunda posición, es decir, la exclusión de la protección ofrecida por la regla de proporcionalidad a las personas y bienes civiles afectados por aquellos daños civiles colaterales derivados de actos ilícitos del enemigo resulta, en nuestra opinión, contraria a la finalidad última del principio de distinción, que se encuentra a la base de la regla de proporcionalidad y que se dirige a limitar los sufrimientos y daños causados por las operaciones militares a quienes ni son combatientes ni toman parte directamente en las hostilidades. Por ello, consideramos que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debería seguir en este punto la opción acogida por el PA I.

Además, a los efectos de limitar el alcance de los problemas arriba mencionados, nos parece necesario que de forma paralela la jurisprudencia de la Corte adopte otra serie de medidas que incluyan: (i) la efectiva investigación y enjuiciamiento de los últimos responsables del crimen de guerra de utilización de escudos humanos, de manera que se elimine toda posible apariencia de que quienes infringen las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario en esta materia adquiere ventajas tácticas importantes sobre quienes las respetan⁸⁶; (ii) la adecuada valoración dentro de la columna de la ventaja militar anticipada de los beneficios que se esperan obtener del ataque en términos de la reducción del riesgo de sufrir bajas o daños en el armamento, municiones o material de uso militar de que se dispone, así como en términos del aseguramiento de la eficacia en el combate y de la cohesión interna de la unidad de que se trate; y (iii) la efectiva investigación y enjuiciamiento de quienes cometan infracciones graves de la regla de proporcionalidad de manera que los superiores militares no tengan más remedio que aceptar que todo daño civil colateral tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para su propia posición profesional.

⁸⁵ United States, Department of the Air Force, AFP 110-31, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, 1976, pp. 5 a 13.

⁸⁶ Esta apariencia ha sido subrayada por Mike Newton, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 298.

II.5. ÁMBITOS GEOGRÁFICO Y TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD

Una de las cuestiones que levantó mayor interés entre las delegaciones que negociaron el PA I y que, sin duda, es clave en el resultado final de la aplicación de la regla de proporcionalidad es el contexto geográfico y temporal en el que hay que valorar la ventaja militar que se espera obtener y los daños civiles colaterales que se prevé se vayan a ocasionar⁸⁷. Se pueden distinguir a este respecto tres posiciones principales que promueven respectivamente la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel de incidentes aislados, de ataques en su conjunto o de campañas militares en su conjunto.

A primera vista, la definición de la regla de proporcionalidad en el PA I y en el ER parece situarse en un contexto más amplio que el de operaciones puntuales contra objetivos militares aislados puesto que presuponen la existencia del personal necesario para llevar a cabo un cuidadoso proceso de selección de los objetivos militares a alcanzar y de preparación de los ataques a realizar, lo que difícilmente se encontrará al nivel de pelotón, compañía o incluso batallón⁸⁸. En este sentido, algunos estados de la OTAN como Canadá realizaron declaraciones interpretativas en las que señalaban que el término «ventaja militar» se refería a la ventaja militar esperada del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo⁸⁹.

Sin embargo, para algunos la regla de proporcionalidad debe aplicarse en el marco de un contexto más limitado, como de hecho así ha ocurrido con la selección de objetivos en las recientes campañas aéreas de Kosovo, Afganistán e Iraq. Esta posición parece haber sido acogida también por la reciente jurisprudencia del TPIY en el caso Galic, donde el análisis de proporcionalidad se ha realizado al nivel táctico en relación con objetivos militares específicos. Al mismo tiempo esta última jurisprudencia del TPIY ha rechazado la posición que defiende que el análisis de proporcionalidad ha de realizarse al nivel estratégico, es decir, comparando todos los daños civiles que se prevén causar en una determinada campaña militar - por ejemplo el sitio de Sarajevo entre 1992 y 1994 - con la ventaja militar que de su conclusión con éxito se espera obtener a la luz del conflicto armado en su conjunto.

⁸⁷ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, pp. 625-626 y 683-685.

⁸⁸ Normalmente sólo a partir del nivel de división podrá encontrarse este tipo de personal.

⁸⁹ Statement of understanding of Canada, incluido en A. Roberts/ R. Guelff (Coord.), *Documents on the Laws of War*, Tercera Edición, 2000, p. 503

III.5.1. El análisis de proporcionalidad al nivel operacional

Tanto el art. 51(5)(b) PA I al definir la regla de proporcionalidad como el art. 8(2)(b)(iv) ER al criminalizar las infracciones graves de dicha regla utilizan el término «ataque» en lugar de las expresiones «incidente», «campana» o «conflicto armado». Por lo tanto, la interpretación literal del precepto parece requerir la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional en relación con aquellos ataques que se realizan en el marco de un conflicto armado. De esta manera, parecería que se excluye tanto la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel táctico en relación con cada uno de los incidentes de los que puede estar compuesto un ataque, como al nivel estratégico en relación con campañas o, incluso, conflictos armados en su conjunto.

Sin embargo, si se analiza con mayor detenimiento la definición que del término «ataque» realiza el art. 49(1) PA I, surge la duda sobre si la regla de proporcionalidad debe aplicarse al nivel táctico (incidente por incidente) o al nivel operacional (ataque por ataque). Así, conforme a esta disposición, «se entiende por 'ataque' los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos». Además, según el comentario del CICR, el término ataque podría ser equiparado con la expresión «acción de combate» en el sentido de que se refiere al uso de la fuerza en el desarrollo de cualquier tipo de operación militar con independencia de la naturaleza ofensiva o defensiva de la misma⁹⁰. La duda se acrecienta si se tiene en cuenta que el art. 51(5)(a) PA I considera como ataques indiscriminados aquéllos «que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil», de donde se podría deducir que por ataque se entienden también operaciones llevadas a cabo por una compañía o incluso por un simple pelotón.

Ahora bien, si se analiza la definición del término ataque en general, y la ecuación de proporcionalidad en particular, en el contexto de aquellas otras disposiciones del PA I relativas a las medidas de precaución en la preparación y desarrollo de operaciones militares⁹¹, parece despejarse cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional. Así las obligaciones impuestas a quienes preparan y deciden lle-

⁹⁰ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 603.

⁹¹ Ver art. 57 PA I.

var a cabo un ataque en el sentido de hacer todo lo posible por verificar la naturaleza militar del objetivo⁹², de tomar todas las precauciones posibles en la selección de los métodos y medios de ataque para minimizar los daños civiles colaterales⁹³ y de cancelar un ataque cuando se prevea que causará daños civiles colaterales excesivos⁹⁴ son indicativas de que por ataque se entiende algo más que el simple recurso a la violencia. En definitiva, el término ataque en este contexto parece referirse a un tipo de operación militar que requiere una cierta preparación y planificación que sólo puede llevarse a cabo a niveles superiores de los de un simple superior militar de una pequeña unidad, particularmente si se encuentra bajo fuego enemigo tratando de cumplir la misión que le ha sido encomendada y de evitar al mismo tiempo el mayor número de bajas posibles.

Este mismo concepto de ataque parece acogerse también en el art. 57 (3) PA I que prevé que «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 peligros para las personas civiles y los bienes de carácter civil». Lógicamente, esta obligación sólo puede imponerse a superiores militares que no se encuentren por debajo del nivel operacional pues sólo a este nivel se tiene la posibilidad de elegir entre varios objetivos militares alternativos que pueden reportar una ventaja militar similar⁹⁵.

En todo caso, para evitar cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional (ataque por ataque) varios estados, entre los que se encuentran Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Italia, España, Holanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido, realizaron declaraciones interpretativas que entendían que el término «ventaja militar esperada» en los arts. 51 y 57 PA I debía considerarse como que incluía la ventaja militar esperada del ataque en su conjunto y no simplemente de cualquiera de los incidentes de los que se compone⁹⁶.

Esta misma interpretación ha sido seguida por varios autores. Así, para Dörmann la adecuada valoración de la ventaja militar esperada de la destrucción total o parcial, captura o neutralización de un objetivo militar sólo

⁹² Art. 57(2)(a)(i) ER.

⁹³ Art. 57(2)(a)(ii) ER.

⁹⁴ Art. 57(2)(a)(iii) ER.

⁹⁵ Esta interpretación era también acogida en la reserva realizada por Suiza al art. 57 (2) PA I en la que se afirmaba que esta disposición crea sólo obligaciones para superiores militares al nivel de batallón o superior. Si bien Suiza ha retirado esta reserva el 18 de junio de 2005.

⁹⁶ K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, pp. 170-171 notas al pie 8 y 9.

puede realizarse si se tienen en cuenta los fines últimos de la operación militar en que se incluya, que puede estar formada por varias acciones individuales⁹⁷. En este mismo sentido Doswald-Beck ha señalado que una operación militar puede requerir por ejemplo la destrucción de varios objetivos militares de los cuales uno de ellos puede ser particularmente difícil de alcanzar y puede originar daños civiles colaterales superiores a los que se puedan generar durante la destrucción de todos los otros juntos. En este supuesto, la ventaja militar derivada de la destrucción del objetivo más difícil de alcanzar puede ser no muy importante si se analiza de manera aislada, pero puede que si se mira en el contexto de la operación en su conjunto resulte esencial. De ahí que en un caso como éste habría que comparar el conjunto de daños civiles colaterales que se prevé se puedan derivar de la operación militar en su conjunto con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener del desarrollo con éxito de dicha operación⁹⁸. Del mismo modo, Oeter ha señalado que es evidente que en el nuevo contexto de integración de las distintas operaciones militares, las acciones militares de una determinada unidad no constituyen un fin en sí mismas, de manera que la ventaja militar que se espera obtener de las mismas sólo puede entenderse si se analiza a la luz de contexto operacional en el que se llevan a cabo⁹⁹.

Ahora bien, este último autor no sólo defiende la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional sino que parece incluso defender su aplicación al nivel estratégico al afirmar que sólo en el marco del complejo plan de la campaña militar de la parte contendiente de que se trate se puede medir el valor militar relativo del objetivo militar que se espera destruir, capturar o neutralizar en un ataque concreto¹⁰⁰. Esta idea, defendida particularmente en círculos militares norteamericanos, no es nueva y, para algunos, se encuentra implícita en la expresión «ataque de conjunto» utilizada en las declaraciones interpretativas arriba referidas e incorporada en el actual art. 8(2)(b)(iv) ER a través de la fórmula «ventaja militar concreta y directa de conjunto». De hecho, hasta la fecha ninguno de los estados arriba mencionados ha despejado esta ambigüedad mediante la explicación oficial de lo que entienden por «ataque de conjunto»¹⁰¹.

⁹⁷ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*..., p. 173.

⁹⁸ Citada por W.J. Fenrick, *Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense*, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. , 1997, pp. 539 y ss, p. 545.

⁹⁹ S. Oeter, *Methods and Means*..., p. 179.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*..., p. 171.

Esta posición parece además encontrar cierto apoyo en el informe que sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de proporcionalidad por las fuerzas de la OTAN en la campaña de Kosovo realizó la Fiscalía del TPIY. En este informe, la Fiscalía, después de afirmar que el análisis de proporcionalidad debe llevarse a cabo al nivel operacional en relación con ataques concretos, parece inclinarse en la práctica en favor de su análisis al nivel estratégico en cuanto que ataques como el bombardeo de la Radio Televisión Serbia (RTS) son analizados a la luz de objetivos tan amplios como el deterioro del sistema de mando, control y comunicaciones del ejército federal yugoslavo (VJ)¹⁰².

Ahora bien, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico de una campaña militar o de un conflicto armado en su conjunto tiene el riesgo de diluir el requisito del uso proporcional de la fuerza armada en las acciones ofensivas o defensivas de combate (*ius in bellum*) al asimilarlo a las reglas que rigen el derecho a recurrir a la fuerza armada en legítima defensa (*ius ad bellum*)¹⁰³. Además, como veremos con mayor detalle más adelante, la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico multiplicaría el volumen de daños civiles colaterales permitidos al tiempo que disminuiría la protección ofrecida por el principio de distinción a las personas y bienes civiles. Por ello, el comentario del CICR rechaza como contrario al art. 51(5)(b) PAI la idea de que, cualquiera que sea la gravedad de los daños civiles colaterales ocasionados, éstos podrían ser aceptables si la ventaja militar esperada es de gran importancia¹⁰⁴.

Por otra parte, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico limitaría presumiblemente el ámbito de sujetos obligados por la misma a los más altos superiores militares en cuanto que sólo ellos tendrían pleno conocimiento de los objetivos militares y políticos de la campaña militar en su conjunto. Además, mientras algunos podrían afirmar la idoneidad de este tipo de análisis en relación con campañas aéreas de duración limitada como la llevada a cabo por la OTAN en Kosovo en la primavera de 1999, no cabría en ningún caso decir lo mismo en relación con campañas terrestres, como el conflicto en la ex Yugoslavia en los noventa¹⁰⁵ o la segunda guerra del golfo, cuyo marco espacio-temporal es

¹⁰² Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo. 78.

¹⁰³ En el mismo sentido K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 171.

¹⁰⁴ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 626.

¹⁰⁵ Se trata éste de un conflicto donde las partes contendientes tenían una amplia variedad de objetivos político-militares cuya evolución a lo largo del tiempo parecía interminable.

mucho más amplio y donde el número de soldados movilizados, la multiplicidad de acciones armadas y la cantidad de munición y armamento utilizado es muy superior.

En cualquier caso, como bien ha sido señalado, se puede afirmar que, al menos con respecto a la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad contenida en el art. 8(2)(b)(iv) ER, los adjetivos «concreta y directa», que también califican a ventaja militar, no parecen compatibles con la aplicación de dicha regla al nivel estratégico de una campaña militar que se extiende en el tiempo y en el espacio o incluso de un conflicto armado en su conjunto¹⁰⁶.

Esta posición ha sido acogida por la mayoría del limitado número de precedentes jurisprudenciales existentes hasta la fecha. Así, en el caso Shimoda la ventaja militar esperada del lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki no fue calculada a la luz de la situación del conflicto armado en el Pacífico. En consecuencia, el objetivo norteamericano de forzar la rendición de Japón para evitar así las numerosas bajas norteamericanas¹⁰⁷ y japonesas que cabía esperar en caso de que hubiera sido necesario luchar por el control de las principales islas de Japón no se tuvo en ninguna consideración.¹⁰⁸

Se trata esta también de la posición más frecuentemente acogida por el TPIY que, si bien en la Sentencia de Primera Instancia en el caso Galic optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico y en el informe de la Fiscalía sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se decantó por un análisis al nivel estratégico, en las Sentencias de Primera Instancia en los casos Blaskic y Strugar ha llevado a cabo un análisis de proporcionalidad al nivel operacional¹⁰⁹. Así, la Sala de Primera Instancia en el caso

¹⁰⁶ K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, p. 171.

¹⁰⁷ B.L. Brown, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, p. 141, ha señalado que las bajas norteamericanas que se esperaban del asalto a las principales islas japonesas rondaba el medio millón de soldados.

¹⁰⁸ *Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, District Court of Tokyo, de 7 de diciembre de 1963, en *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss.

¹⁰⁹ La Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafos 565-576, 646-649 y 738-753) combina el análisis individualizado de ataques contra localidades como Busovaca en enero de 1993 o contra Stupni Do el 23 de octubre de 1993 con el análisis conjunto de la serie de ataques lanzados por el HVO contra diferentes poblaciones del valle del Lasva (Vitez, Stari Vitez, Donja Veceriska, Ahmici, Nadioci, Pirici y Santici) el 16 de abril de 1993 a las 05.30 h de la mañana y cuyo resultado fue estimado en la muerte de 172 bosnio-musulmanes, la expulsión de otros 5000 (1200 de los cuales permanecieron unos días detenidos) y la destrucción de 420 edificios incluidos dos seminarios musulmanes, tres mezquitas, y dos escuelas.

Blaskic valoró la ventaja militar que se podía esperar del ataque a los pueblos y aldeas bosnio-musulmanes del valle del río Lasva en el contexto exclusivo del ataque a cada uno de dichos municipios. De esta manera, la Sala rechazó cualquier análisis de proporcionalidad tanto al nivel táctico - que se hubiera centrado exclusivamente en la destrucción de ciertas mezquitas o centros educativos - como al nivel estratégico en el contexto de los objetivos generales de la campaña del HVO en Bosnia Central o de la operación conjunta contra los pueblos y aldeas del valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993. De particular importancia a este respecto es el reconocimiento expreso de que el ataque contra Donja Veceriska constituyó un ataque lícito en cuanto que se dirigió contra un objetivo militar y no produjo daños civiles desproporcionados¹¹⁰.

¹¹⁰ El ataque a Donja Veceriska comenzó el día 16 de abril de 1993 sobre las 6.00 h con el bombardeo de la artillería del HVO situada en la factoría de municiones SPS. Granadas fueron lanzadas dentro de las viviendas y los residentes fueron arrestados y golpeados. La defensa territorial bosnio-musulmana, que incluía aproximadamente entre 40 y 50 combatientes, organizó la defensa del pueblo que duró unas 48 horas hasta que se les agotaron las municiones, luego tuvieron que retirarse (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 538-540; y Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafo 645). A pesar de que durante el ataque en Donja Veceriska murieron varias personas civiles y varias propiedades civiles fueron incendiadas, la Sala de primera instancia en el caso Blaskic consideró que ningún crimen de guerra se había producido con anterioridad a la retirada de los miembros de la defensa territorial bosnio-musulmana. Hasta ese momento, en opinión de la Sala, lo que se produjeron en Donja Veceriska fueron combates entre miembros del HVO y otras unidades croatas independientes por un lado, y combatientes bosnio-musulmanes por otro, y no se podía afirmar que los daños civiles colaterales producidos a resultas del ataque a las posiciones de estos últimos fueran excesivos (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 543).

Por otra parte, la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar no entró *per se* a analizar la proporcionalidad del bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik (declarado patrimonio histórico de la humanidad) por el JNA en el marco de la operación de captura del fuerte sobre el monte Srdj (elevación más importante en los alrededores de Dubrovnik) el 6 de diciembre de 1991. Para la Sala (párrafos 209 y 214), cualquier objetivo militar que el JNA pudiera haber bombardeado aquel día en la ciudad de Dubrovnik se encontraba demasiado lejos de su casco antiguo y por lo tanto los daños causados a este último no podían ser de ninguna manera considerados como un resultado colateral del ataque contra objetivos militares.

Sin embargo, la sentencia contiene suficientes elementos como para afirmar que, de haber sido necesario, la Sala hubiera optado por un análisis de proporcionalidad al nivel operacional mediante la comparación entre el conjunto de daños ocasionados al casco antiguo de Dubrovnik y la ventaja militar esperada de la destrucción de las piezas de artillería croatas situadas en las inmediaciones del casco antiguo de Dubrovnik que se encontraban presuntamente disparando sobre las unidades del JNA que intentaban tomar el fuerte sobre el monte Srdj. Así, en primer lugar, la Sala, al rechazar las alegaciones de la defensa en el sentido de que el JNA atacó el casco antiguo porque creyó que en el mismo se encontraban ubicados los morteros y las baterías antiaéreas que estaban bombardeando las posiciones de su infantería sobre el monte Srdj, señaló que, incluso si los morteros y baterías antiaé-

II.5.2. El análisis de proporcionalidad al nivel táctico

A pesar de las razones expuestas en la sección anterior para rechazar la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel táctico, es decir incidente por incidente, algunos autores continúan defendiendo la necesidad de aplicar por separado la regla de proporcionalidad a todos y cada uno de los incidentes de los que se compone un ataque. Así, Benvenuti considera que sólo examinando las circunstancias específicas de cada incidente es posible determinar si se han adoptado o no todas las medidas de precaución posibles y si el uso de la fuerza armada en el mismo es conforme o no con el derecho internacional humanitario¹¹¹. Este mismo crite-

reas croatas se hubiesen encontrado ubicados en el casco antiguo y hubiesen constituido una amenaza real para las fuerzas del JNA sobre el monte Srdj, no cabía sino afirmar la falta de proporcionalidad entre esta hipotética amenaza y la destrucción a gran escala ocasionada por el bombardeo durante diez horas y media del casco antiguo de Dubrovnik (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 194-195).

En segundo lugar, la Sala, a pesar de describir en detalle el contexto del conflicto en el se desarrolló la operación militar objeto de análisis, no lo tuvo posteriormente en consideración en su análisis sobre la licitud o no de dicha operación. Para la Sala, el ataque al monte Srdj el 6 de diciembre de 1991 se produjo en el marco de la campaña de bloqueo marítimo y terrestre de Dubrovnik que el JNA estaba llevando a cabo desde finales de septiembre de 1991. En este contexto la ciudad de Dubrovnik había sido ya bombardeada en varias ocasiones en octubre de 1991, si bien su casco antiguo no había sido alcanzado por primera vez hasta el ataque lanzado los días 23 y 24 de octubre contra las áreas de Lapad, Gruz, Ploce y el propio casco antiguo (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 31 y 50).

Además, en noviembre de 1991 la ciudad de Dubrovnik, incluido su casco antiguo, había sido nuevamente bombardeada (párrafo 62), y para diciembre de 1991 el JNA había realizado importantes progresos en los alrededores de Dubrovnik lo que le había permitido estrechar su bloqueo de la ciudad (párrafo 79). Finalmente, la Sala subrayó el hecho de que el día 5 de diciembre se había celebrado una reunión entre el almirante del JNA Jokic y varios ministros croatas para acordar un alto el fuego, y eventualmente poner fin al bloqueo de Dubrovnik, y que dados los progresos realizados se esperaba concluir al día siguiente por la mañana un alto el fuego que entraría en vigor a partir del mediodía (párrafo 81). De hecho en opinión de la Sala, el ataque contra el fuerte sobre el monte Srdj, que desembocó en última instancia en el bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik, fue planeado en el atardecer del día 5 de diciembre con la intención de capturar el fuerte antes de las 12.00 h del día siguiente (párrafos 85 y 88). En consecuencia, es más que probable que si la Sala hubiera tenido que llevar a cabo un análisis de proporcionalidad del ataque lanzado por el JNA el 6 de diciembre hubiera declinado realizarlo al nivel estratégico en relación con la campaña de Dubrovnik en su conjunto.

Finalmente, y dado el tratamiento conjunto de los daños producidos en el casco antiguo de Dubrovnik durante el bombardeo del 6 de diciembre de 1991 (párrafos 179, 194, y 208-209), parece también poco probable que la Sala hubiese estado dispuesta a aplicar la ecuación de proporcionalidad al nivel táctico en relación con los daños infringidos a cada uno de los edificios afectados durante el ataque del JNA.

¹¹¹ P. Benvenuti, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 503 y ss, p. 515.

rio ha sido adoptado, entre otros, por Americas Watch en su análisis de la destrucción del barrio del Chorrillo en la Ciudad de Panamá durante la operación *Causa Justa* en 1989, por Human Rights Watch en su análisis de los daños civiles colaterales ocasionados durante la operación *Tormenta del Desierto* en 1991, por Amnistía Internacional en el estudio de la incursión israelí en el Líbano denominada operación *Uvas de la Ira* en 1996¹¹² o más recientemente por Eric David al afirmar que la destrucción del edificio de la Radio Televisión Serbia en Belgrado constituyó claramente un crimen de guerra¹¹³. Además, numerosos críticos de la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se inclinan por la aplicación de la ecuación de proporcionalidad incidente por incidente sin tener en consideración los objetivos más amplios de dicha campaña o de parte de la misma¹¹⁴.

El análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentra cierto apoyo en la indeterminación del significado del término «ataque» en los arts. 49 y 51(5)(b) PA I. Además, el propio comentario del CICR, aunque pone el énfasis en la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, parece dejar también la puerta abierta a su posible aplicación al nivel táctico¹¹⁵. A ello se unen los estudios de algunos autores que señalan que durante las negociaciones desarrolladas en la Conferencia Diplomática que terminó con la aprobación del PA I, la mayoría de los delegados era favorable a una aplicación de la regla de proporcionalidad incidente por incidente¹¹⁶.

Pero, sin duda, donde los defensores del análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentran un mayor apoyo es en la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, que analiza la proporcionalidad de hasta veintitrés incidentes aislados ocurridos durante el sitio de Sarajevo entre 1992 y 1994. Esta sentencia extiende la aplicación de la regla de pro-

¹¹² Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991; Amnistía Internacional, *Israel/Lebanon: Unlawful Killings during Operation 'Grapes of Wrath'*, July 1996.

¹¹³ Eric David, *Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War*, en Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 3, 2000, pp. 81 y ss, p. 106.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, Tania Voon, *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, en American University International Law Review, Vol. 16, 2001, pp. 1083 y ss; Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, febrero 2000; y Amnistía Internacional, *NATO/FRY: 'Collateral Damage or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, junio 2000.

¹¹⁵ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord), *Commentary...*, p. 683.

¹¹⁶ B.L. Brown, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en Cornell International Law Journal, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, pp. 140-142.

porcionalidad al nivel táctico más allá de operaciones de corta duración con listas de objetivos limitados como ocurre en operaciones de represalia como las llevadas a cabo por los EEUU contra objetivos militares en Trípoli y Benghazi el 15 de abril de 1986 o contra lo que finalmente parece haber sido una fábrica farmacéutica en Khartoum en agosto de 1998.

El hecho de que en los últimos años la posición que defiende la aplicación de la regla de proporcionalidad incidente por incidente se haya visto reforzada no significa que el derecho internacional humanitario exija en la actualidad que el análisis de proporcionalidad se deba llevar a cabo al nivel táctico. Por el contrario, por las razones descritas en la sección anterior, se puede afirmar que a día de hoy el derecho internacional humanitario exige la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo que se ha visto sin duda reforzado por la referencia en el art. 8(2)(b)(iv) ER a la «ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea», que parece sacar definitivamente el análisis de proporcionalidad fuera de la esfera puramente táctica para asentarla en la esfera operacional. Se refleja de esta manera la creencia de muchos de que en los modernos conflictos armados integrados, las acciones aisladas de unidades individuales no son un fin en sí mismas, sino que por el contrario deben ser valoradas en su contexto operacional¹¹⁷.

Sin embargo, esto no quiere decir que la evolución apreciada en estos últimos años hacia un modelo táctico de aplicación de la regla de proporcionalidad no pueda terminar en el futuro por imponerse en el derecho internacional humanitario. Ahora bien, de ser este el caso, y dado que el derecho internacional humanitario es sólo aplicable como fuente de interpretación de los tipos penales recogidos en el ER cuando existe un problema interpretativo que no puede ser resuelto mediante la aplicación del propio ER o de sus instrumentos complementarios¹¹⁸, entendemos que sería necesario enmendar la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad recogida en el art. 8(2)(b)(iv) ER para que la jurisprudencia de la Corte pudiera acoger esta nueva tendencia.

II.5.3. El análisis de proporcionalidad al nivel estratégico.

Para el ejército norteamericano, el daño colateral previsto y la ventaja militar esperada deben analizarse desde las necesidades estratégicas deri-

¹¹⁷ S. Oeter, *Methods and Means...*, en *The Handbook...*, D. Fleck (Coord.), p. 179.

¹¹⁸ Art. 21(1) ER.

vadas del conflicto armado de que se trate¹¹⁹. De esta manera, los defensores de esta posición tienden a incluir en la columna de los daños civiles colaterales todos aquellos producidos en cualquiera de las operaciones militares desarrolladas en el marco de una campaña militar, o, dependiendo de su duración, incluso de un conflicto armado en su conjunto, y los comparan con la ventaja militar estratégicamente esperada del desarrollo con éxito de dicha campaña o conflicto.

Es fácil comprender como el volumen de daños civiles colaterales que no son manifiestamente excesivos es mucho mayor si al otro extremo de la ecuación de proporcionalidad se encuentra la ventaja estratégico-militar esperada de la destrucción del sistema de control, mando y comunicaciones del VJ o la ventaja político-militar anticipada del cambio de régimen en Iraq. Lógicamente, al mismo tiempo que se incrementa el volumen de daños civiles colaterales aceptados disminuye el nivel de protección ofrecida a las personas y bienes civiles por la normativa que desarrolla el principio de distinción¹²⁰.

¹¹⁹ W. H. Parks, *Rolling Thunder and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 22, 1982, pp. 2 y ss. Ver también W. Hays Parks, *Air War...*, p. 174; y Teniente Coronel B. M. Carnahan, *'Linebacker II'...*, pp. 866-867.

¹²⁰ Esta situación se refleja perfectamente en el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999 (párrafos 54, 55, 77, 78 y 79). Así, en relación con el bombardeo de la sede de la Radio Televisión Serbia (RTS) en Belgrado, la Fiscalía del TPIY esgrimió las siguientes razones para concluir que las muertes y lesiones ocasionados a civiles durante el mismo, a pesar de ser desafortunadas, no podían considerarse como daños colaterales excesivos. En primer lugar, la Fiscalía reconoció que un análisis de proporcionalidad incidente por incidente hubiera conducido probablemente a un resultado muy distinto puesto que la destrucción de cualquiera de los múltiples objetivos del ataque de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del Ejército Federal Yugoslavo (VJ) – uno de los cuales era la RTS - no hubiera afectado al sistema en su conjunto y por lo tanto hubiera reportado una ventaja militar muy limitada. En segundo lugar, la Fiscalía consideró que la correcta aplicación de la ecuación de proporcionalidad exigía que el bombardeo de la RTS no se analizase como un incidente aislado sino como parte del ataque general de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del VJ. Finalmente, según la Fiscalía, el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados durante el bombardeo de la RTS y del resto de objetivos que componían dicho ataque no aparecían como desproporcionados en relación con la importantísima ventaja militar esperada del deterioro, y eventual puesta fuera de servicio, de la red de comunicaciones sobre la que se basaba el sistema de control y mando del VJ.

Aunque las frecuentes referencias al término «ataque» pudieran dar la impresión de que la Fiscalía aplicó la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo cierto es que difícilmente se puede hablar de ataque cuando nos encontramos con cientos de incidentes desarrollados a través de una buena parte del conflicto a los efectos deteriorar primero, y destruir después, el elemento más importante en la defensa de un territorio: la coordinación interna de las fuerzas armadas defensoras garantizada a través del sistema de mando, control y comunicaciones. Por esta razón, entendemos que lo que la Fiscalía llamó ataque tenía en realidad las dimensiones de una campaña y que, por tanto, su análisis de proporcionalidad se llevó a cabo al nivel estratégico.

Llama la atención que mientras el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo lleva a cabo el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico, la Sentencia de Primera Instancia del propio TPIY en el caso Galic se inclina por aplicar la regla de proporcionalidad al nivel táctico. A este respecto hay que subrayar que el verdadero problema con el que se enfrentó la Fiscalía durante el caso Galic fue, por un lado, la inexistencia de órdenes directas del acusado (general Galic, comandante en jefe del SRK) para que se atacase a la población civil y, por otro lado, la imposibilidad material de presentar elementos de prueba sobre cada uno de los numerosos ataques de mortero y disparos de francotiradores que las tropas del SRK desplegadas en los alrededores de Sarajevo (aproximadamente 15000 soldados) habían realizado contra la población civil durante los 23 meses de sitio a que se refería el escrito de acusación. Ante esta situación, la Fiscalía intentó probar la existencia de una campaña de ataques deliberados contra la población civil con el fin de aterrorizarla mediante la combinación de los siguientes dos elementos: (i) la presentación, a modo de ejemplo, de elementos de prueba relativos a 23 incidentes con francotiradores y 5 ataques de mortero; y (ii) la presentación de otros elementos de prueba de carácter general sobre los 23 meses de sitio de Sarajevo que eran objeto del escrito de acusación como estadísticas, estudios demográficos o informes del personal internacional destinado en Sarajevo. En este contexto, la Mayoría de la Sala optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico en relación con cada uno de los 28 incidentes incluidos en el anexo del escrito de acusación, rechazando comparar al nivel estratégico los daños civiles colaterales ocasionados

Esta conclusión se ve reforzada además por el hecho de que la Fiscalía sólo abordara el análisis de proporcionalidad de incidentes como el bombardeo de la RTS tras de haber afirmado que el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados por las operaciones aéreas de la OTAN durante el conflicto en Kosovo no podían ser de ninguna manera considerados como excesivos. En este sentido, la Fiscalía señaló que durante el conflicto en Kosovo en la primavera de 1999, los aviones de la OTAN realizaron 38400 salidas y lanzaron un total de 23614 bombas. Además, aunque la Fiscalía reconoció que algunos de los objetivos atacados por la OTAN pertenecían a categorías de bienes cuyo carácter civil o militar dependía de su uso durante el conflicto armado - como por ejemplo las infraestructuras utilizadas por la industria militar, ciertos ministerios, las refinerías petrolíferas y la prensa - acabó concluyendo que, al menos en los incidentes revisados, la OTAN solamente atacó aquellos objetivos que en su opinión constituían objetivos militares lícitos. Al mismo tiempo, la Fiscalía subrayó que el número total de muertes civiles colaterales ocasionadas durante las operaciones aéreas de la OTAN fue de aproximadamente 500 personas. En consecuencia, en opinión de la Fiscalía, no parecía que la OTAN hubiera conducido su campaña aérea con el objetivo de causar directamente o colateralmente daños civiles substanciales.

durante el sitio de Sarajevo con la ventaja militar esperada por el SRK de su toma. Por su parte, en su voto particular, el juez Nieto Navia expresó su sorpresa porque la Mayoría no hubiera realizado ningún esfuerzo por determinar qué porcentaje de los daños ocasionados a civiles durante los 23 meses de sitio habían sido consecuencia colateral de los ataques lanzados por el SRK contra objetivos militares en Sarajevo - sobre todo considerando que se había demostrado la presencia de unos 45000 soldados del ABiH dentro de la ciudad¹²¹.

¹²¹ La Mayoría de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic llegó a la conclusión de que entre 1992 y 1994 el Sarajevo Romanija Korps (SRK, perteneciente a las fuerzas Bosnio Serbias (VRS)) recurrió de manera sistemática a ataques de mortero y disparos de francotiradores contra la población civil de Sarajevo con la intención de aterrorizarla. La Mayoría explicó que las razones que le llevaron a alcanzar esta conclusión fueron las siguientes. En primer lugar, los testigos que residían en Sarajevo en aquella época testificaron que no había habido ningún tipo de actividad civil ni ningún área bajo el control del ABiH que hubiese estado protegida contra los ataques del SRK. En este sentido, la Mayoría señaló que los incidentes analizados se referían a civiles muertos o heridos mientras atendían funerales, se encontraban en ambulancias, hospitales, tranvías o autobuses, volvían a sus casas en coche o bicicleta, cuidaban de sus jardines o iban a por agua. En segundo lugar, la topografía urbana de Sarajevo, con varias colinas y edificios altos, ofrecía al SRK una posición inmejorable para disparar contra los civiles que circulaban por la ciudad. En tercer lugar, a pesar de que la población civil se adaptó al entorno hostil mediante el cierre de las escuelas, la limitación en la medida de lo posible de sus desplazamientos por la ciudad, el retraso de sus salidas hasta el anochecer o la construcción de barricadas para protegerse mejor de los francotiradores del SRK, no había área de la ciudad en la que se podían sentir seguros. En cuarto lugar, el personal internacional destinado en Sarajevo testificó que los residentes civiles de Sarajevo era continuamente objeto de ataque por la artillería o por los francotiradores del SRK. En quinto lugar, la Mayoría admitió que tanto el personal militar internacional como los residentes de Sarajevo habían tenido dificultades para detectar las posiciones desde las que provenía el fuego y que se habían presentado elementos de prueba que parecían indicar que el ABiH habían lanzado en ciertas ocasiones ataques contra personas civiles residiendo en Sarajevo con el fin de llamar la atención de la Comunidad Internacional sobre los perniciosos efectos del sitio del SRK. Sin embargo, para la Mayoría, sólo una mínima parte de los ataques contra civiles podían ser atribuidos a esta causa. Igualmente, en opinión de la Mayoría, sólo una pequeña parte de las bajas civiles podía resultar atribuible bien a proyectiles perdidos bien a la creencia errónea de que las personas atacadas eran en realidad combatientes. En sexto lugar, la Mayoría consideró que los ataques de la artillería y de los francotiradores del SRK en áreas controladas por el ABiH respondían a un determinado patrón temporal. En séptimo lugar, para la Mayoría, en una situación de combate estática como la vivida en Sarajevo entre 1992 y 1994, los ataques sistemáticos y generalizados contra personas civiles no podían atribuir al atacante ningún tipo de ventaja militar. Finalmente, a juicio de la Mayoría, la naturaleza de las actividades desarrolladas por los civiles cuando fueron atacados, la manera en que se produjeron los ataques, el marco temporal de los mismos y su duración mostraban que el objetivo de la campaña fue el de aterrorizar a la población civil haciendo que no se sintieran seguros en ningún momento ni en ningún área de la ciudad (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 582 y 594).

En cualquier caso, es importante subrayar que incluso dentro de la esfera del propio ejército norteamericano se han podido apreciar en los últimos años ciertas instancias en las que el análisis de proporcionalidad no se ha realizado al nivel estratégico. Así, el informe del departamento de defensa al Congreso sobre el cumplimiento del ejército norteamericano con las exigencias del derecho internacional humanitario en la primera guerra del golfo señalaba que de haberse conocido que personas civiles se encontraban presentes en el bunker de Al-Firdus, se podría haber retrasado su ataque hasta que las mismas hubieran sido evacuadas¹²². De mayor relevancia es, en nuestra opinión, el hecho de que tras el ataque al Convoy en Djakovica el 14 de abril de 1999, donde alrededor de 70 civiles perdieron la vida y otros 100 resultaron heridos, el comandante del componente aéreo de las fuerzas combinadas de la OTAN emitiera una directiva conforme a la cual cuando vehículos militares y civiles circularan en un mismo convoy, los primeros no debían ser atacados para así evitar los daños colaterales que se pudieran causar a los segundos¹²³.

Algunos han señalado que la mayor importancia dada en los últimos años por el ejército norteamericano a la aplicación de la ecuación de pro-

En su voto particular el juez Nieto Navia señaló que el número de personas viviendo en Sarajevo entre 1992 y 1994 era de 340000, de los cuales 45.000 eran del ABiH. Además, subrayó que los tres expertos demográficos de la Fiscalía habían coincidido en que durante los 23 meses referidos en el escrito de acusación al menos 1399 personas habían perdido la vida y otras 5093 habían sido heridas. Sin embargo, según el juez Nieto Navia, si un ejército de la competencia y el profesionalismo que la Fiscalía atribuía al SRK hubiera llevado realmente a cabo durante 23 meses una campaña contra la población civil residiendo en Sarajevo, se hubiera esperado que el número de bajas civiles fuera mucho más elevado, sobre todo si se tiene en cuenta que en las cifras presentadas por la Fiscalía no se cuantifican las bajas civiles debidas a daños colaterales ocasionados por ataques del SRK contra objetivos militares. En opinión del juez Nieto Navia a esto había que unir otra serie de factores como: (i) el paulatino descenso en el número de bajas civiles mensuales; (ii) la cesión voluntaria por el SRK del control sobre el aeropuerto; (iii) la autorización dada por el SRK para el establecimiento de rutas azules que permitieran la distribución de ayuda humanitaria en la ciudad; (iv) la conclusión por el SRK de acuerdos para suspender los ataques de francotiradores; (v) la aceptación por el SRK de la creación de una zona de exclusión; y (vi) la conclusión por las autoridades serbo-bosnias de dos acuerdos y la emisión de dos declaraciones afirmando su compromiso con el respeto de los principios del derecho internacional humanitario. Por todas estas razones, el juez Nieto Navia llegó a la conclusión de que de los elementos de prueba presentados no se podía concluir que el SRK hubiera conducido durante 23 meses una campaña de ataques de artillería y de francotiradores deliberadamente dirigida contra la población civil de Sarajevo (Voto particular del juez Nieto Navia en el caso Galic, párrafos 106- 107).

¹²² United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, p. 627. Ver también W. Hays Parks, *Rolling Thunder...*, pp. 2 y ss.

¹²³ Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 68.

porcionalidad al nivel operacional no es el resultado de una distinta percepción de las exigencias derivadas del derecho internacional humanitario sino el fruto de motivaciones políticas - ya sean éstas de carácter político-estratégico como el facilitar la reconstrucción de Iraq tras la caída del régimen de Sadam Hussein, ya sean fruto de la reducción del nivel de daños civiles colaterales que la opinión pública considera aceptables. Para estos autores, esta sería la razón por la que en el informe sobre la primera guerra del golfo arriba mencionado, el departamento de defensa norteamericano afirmase que la ecuación de proporcionalidad se podía aplicar tanto en el contexto de objetivos específicos como a la luz de los objetivos generales de la campaña militar en su conjunto¹²⁴. De esta manera, el descarte de ciertos objetivos militares en virtud de los excesivos daños colaterales que su ataque podría ocasionar en relación con la ventaja militar anticipada de su destrucción o neutralización no constituiría una obligación jurídica impuesta por el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible restar toda significación jurídica al hecho de que el ejército de los EEUU, que no sólo no ha ratificado el PA I sino que además es el principal valedor de la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico, haya ido desde el final de la guerra del Vietnam ajustando progresivamente su práctica en esta materia a la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional. Este hecho adquiere todavía mayor significación a la luz de la prohibición de recurrir a la interpretación extensiva de las disposiciones del derecho internacional humanitario cuando ésta tenga como resultado el menoscabo de su finalidad última que no es otra que la de limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados- y particularmente aquellos causados a quienes no toman parte activa en las hostilidades¹²⁵. En cualquier caso, en lo que al ER se refiere, ya señalamos en secciones precedentes que la utilización de los adjetivos «concreta y directa» como calificativos de la noción de «ventaja militar» a la hora de tipificar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad en el art. 8(2)(b)(iv) ER no parece ser compatible con el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico.

¹²⁴ United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, pp. 622.

¹²⁵ Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, p. 626.

III. EL TIPO SUBJETIVO DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS.

Como hemos visto, el ER, a diferencia del TPIY, configura los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, así como los ataques desproporcionados, como delitos de mera actividad que se consuman con el mero lanzamiento del ataque. En un contexto como éste, en el que no se exige un resultado lesivo vinculado causalmente al ataque, el elemento subjetivo del tipo cobra una particular relevancia. Por otra parte, como algunos han señalado, esta vertiente subjetiva del tipo penal es mucho más difusa y difícil de probar que la vertiente objetiva puesto que «refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar»¹²⁶.

¹²⁶ Idem. Esta dificultad es particularmente manifiesta en relación con los crímenes de lanzar ataques contra personas u objetos civiles o de carácter desproporcionado en el marco de operaciones terrestres apoyadas por la artillería. Son precisamente este tipo de operaciones, y en particular el uso ilícito de morteros y de otras piezas de artillería lo que ha constituido el objeto de la gran mayoría de investigaciones y enjuiciamientos tras la segunda guerra mundial de delitos cometidos durante la conducción de las hostilidades en situación de combate. En nuestra opinión, el análisis ha de partir de una doble premisa: (i) el hecho de que personas civiles hayan muerto o de que bienes civiles hayan sido destruidos, no convierte *per se* un ataque de artillería en punible; y (ii) el punto de partida de cualquier investigación penal no son los daños producidos sino el móvil del ataque ya que incluso en aquellos supuestos en que varios proyectiles impactan en el mismo área es difícil determinar cuál pudo haber sido el objetivo del ataque dada la falta de precisión de algunas de las piezas de artillería utilizadas.

La mejor forma para determinar el móvil de un ataque son las órdenes y los informes de inteligencia producidos antes y durante el desarrollo del ataque por las fuerzas atacantes. Esta documentación es la mejor manera de establecer qué es lo que el superior militar afectado pensaba que estaba atacando con su artillería. En ausencia de este tipo de documentación, la doctrina militar del ejército atacante en el momento en que se produjo el ataque juega un papel particularmente relevante. Esto es así porque dicha doctrina militar suele limitar de manera muy importante la discrecionalidad de los superiores militares en los procesos de selección de objetivos - así, por ejemplo, constituye un elemento común de la doctrina militar de la gran mayoría de los ejércitos el control estricto de los recursos de artillería debido a su importancia táctica y operacional, así como a las dificultades logísticas que requiere el transporte de grandes cantidades de munición. Finalmente, será también necesario tener en consideración otras fuentes de información que permitan dar respuesta a las siguientes preguntas: (i) ¿qué tipo de armamento y munición fue empleada durante el ataque?; (ii) ¿de qué tipo de armamento disponía el superior militar afectado?; (iv) ¿desde dónde se produjeron los disparos?; (v) ¿cuáles fueron los puntos alcanzados por los disparos de la artillería?; (vi) ¿podían las fuerzas atacantes observar los puntos de impacto?; (vii) si tanto objetivos militares como bienes civiles fueron afectados por el ataque, ¿en qué orden fueron alcanzados?; y (viii) ¿cuál fue el contexto táctico más amplio en que se produjo el ataque? ¿había calma antes del ataque o fue el ataque parte de un combate que se prolongó durante un cierto espacio de tiempo?

III.1 EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO DE LOS ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA PERSONAS O BIENES CIVILES COMO ELEMENTO CLAVE PARA SU DISTINCIÓN DE LOS ATAQUES DESPROPORCIONADOS.

En relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, la primera cuestión que se plantea es determinar si la expresión «intencionadamente» utilizada en la definición de ambos tipos penales y en la descripción de sus elementos¹²⁷ constituye una excepción al art. 30 ER que prevé el dolo - incluido el dolo eventual - como el elemento subjetivo general de todo crimen de guerra que no recoja expresamente en su definición un elemento subjetivo distinto¹²⁸. Además, si la respuesta a esta pre-

¹²⁷ Ver el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER y sus correspondientes EC.

¹²⁸ El ER rechaza la llamada responsabilidad penal objetiva, así como la responsabilidad penal por el resultado, de manera que sólo puede incurrirse en responsabilidad penal si existe una vertiente subjetiva que cubre los distintos elementos objetivos del tipo que, según la clasificación anglosajona tradicional adoptada por el artículo 30 ER, incluirían: (i) la acción u omisión típica; (ii) las consecuencias o resultado típico; y (iii) las restantes circunstancias contextuales o específicas exigidas por el mismo.

El art. 30 (1) ER exige que «los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento», estableciendo de este modo el dolo como elemento subjetivo general para los crímenes de guerra previstos en el art. 8 ER. Con ello se incluiría tanto el llamado dolo directo de primer grado, entendido como la voluntad de producir precisamente el resultado prohibido (o de realizar la acción u omisión prohibida en los delitos de mera actividad o de omisión pura), como el dolo directo de segundo grado donde el autor no desea la producción del resultado prohibido pero admite el mismo como una consecuencia necesariamente unida a la realización de su propósito principal.

En nuestra opinión, también el dolo eventual - entendido como aquellos supuestos en los que el autor se representa el resultado prohibido como de probable producción y aunque su propósito no es que acaezca, acepta el hecho de que pueda producirse y sigue adelante con su actuación - se encuentra incluido en el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 (1) ER. Así, el apartado segundo de dicha disposición se refiere a que el autor sea consciente de que el resultado prohibido «se producirá en el curso normal de los acontecimientos», lo que implica que la persona conoce que hay una alta probabilidad de causar el resultado prohibido y que, por tanto, de seguir adelante con su actuación se presume que acepta su producción. También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-441, p. 417; y D.K. Piragoff, *Article 30. Mental Element*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999, pp. 527-535, p. 534. La reciente decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, dictada por la SCPI de la Corte el 29 de enero de 2007, también adopta esta posición.

No creemos, sin embargo, que el elemento subjetivo general del art. 30 ER incluya la categoría anglosajona de la *recklessness* - ya sea en su modalidad subjetiva ya sea en su modalidad objetiva - ni tampoco la imprudencia. La llamada *recklessness* subjetiva, cuyo paralelo más cercano en el sistema jurídico penal español sería la culpa consciente, presupone el conocimiento del riesgo de producir el resultado prohibido (G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*; Segunda Edición, 2000, p. 443). Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido puede variar entre la mera «posibilidad» y la «probabilidad». El conoci-

gunta es afirmativa será necesario determinar cuál es el contenido concreto de dicha expresión.

miento de la mera posibilidad de producir el resultado prohibido es suficiente, al menos en relación con el homicidio, en países como Sudáfrica (C.R. Snyman, *Criminal Law*, Tercera Edición, 1995, p. 169). Por su parte, el conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos en relación con el homicidio, en Australia (The Queen v. Crabbe (1985) 156 C.L.R. 464; ver también B. Fisse, B. *Howard's Criminal Law*, Quinta Edición, 1990, p. 59); Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); Kenya (secciones 203 and 206 (b) del Código Penal de 1985); Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); Sierra Leona (ver B. Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61); y Zambia (secciones 200 y 204 (b) del Código Penal). Se exige además la aceptación del riesgo, lo que es considerado como inherente al hecho de seguir adelante con la conducta prevista (K.W. Simons, *Rethinking Mental States*, en Boston University Law Review, May 1992, p. 486). A diferencia del dolo eventual que requiere la aceptación del resultado, la *recklessness* subjetiva no requiere elemento intencional alguno puesto que la persona puede perfectamente llevar a cabo una actividad que entrañe un cierto riesgo confiando en que su pericia le permitirá evitar en todo caso que se produzca el resultado prohibido - esto ocurriría, por ejemplo, cuando a pesar de la posibilidad objetiva de que, dada la falta de precisión del mortero utilizado, el proyectil acabe impactando en un bloque de apartamentos donde no hay presencia militar del enemigo, el autor confía en que su pericia como artillero le permitirá limitar el punto de impacto al pequeño almacén de municiones que se encuentra enfrente del bloque de apartamentos. Por ello, la exigencia de que «los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento» parece excluir por insuficiente la *recklessness* subjetiva. Ver a este respecto la decisión de la SCPI de la Corte sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafos 152 a 155.

Con mayor razón se puede afirmar que el elemento subjetivo general del art. 30 ER excluye también la llamada *recklessness* objetiva, entendida como la adopción objetiva de un riesgo elevado que supera los estándares de lo socialmente permitido sin que la persona sea ni siquiera consciente del riesgo que asume con su conducta. La conocida Sentencia de la Cámara de los Lores en el caso Cadwell (Inglaterra y Gales) dio lugar a la llamada *inadvertent, objective or Cadwell recklessness* - en contraposición a la *advertent, subjective or Cunningham recklessness* (Caldwell 1982 AC 341) -, cuyo paralelo más próximo en el sistema jurídico penal español sería la imprudencia temeraria.

También quedaría excluida la imprudencia simple, entendida como una falta del deber objetivo de cuidado en la realización de una conducta que termina causando la producción del resultado prohibido ya sea porque el autor no era consciente de su deber al ignorar la situación de riesgo ya sea porque aun siendo consciente de dicha situación de riesgo el autor no creyó previsible que el resultado prohibido pudiera producirse (G. Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal...*, pp. 354-355). La principal excepción a esta regla aparece en el art. 28 ER en los supuestos de incumplimiento por los superiores militares de sus deberes de prevenir y castigar los crímenes de guerra, incluidos los ataques punibles, cometidos por sus subordinados. En este sentido, el art. 28(a)(i) ER requiere que el superior militar «hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos». Con ello parece excepcionarse la exigencia general de comisión dolosa recogida en el art. 30 ER para admitirse la comisión imprudente («hubiera debido conocer»), de manera que los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por la falta de cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones (K. Ambos, *Superior Responsibility...*, p. 867). En otras palabras, el ER considera penalmente relevante el hecho de que el superior militar afectado no haya puesto la diligencia exigible de un superior militar medio en sus mismas circunstancias para informarse de las actividades de sus subordinados a los efectos de poder cumplir con sus deberes de prevenir y castigar los crímenes de guerra- incluidos los ataques punibles - cometidos por los mismos.

En nuestra opinión, la interpretación literal de la definición del delito como «dirigir intencionalmente ataques» lleva a afirmar que efectivamente los apartados (2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) del art. 8 ER establecen un elemento subjetivo específico en relación con los crímenes de personas o bienes civiles. Esta interpretación se corresponde además con la intención de los redactores del ER y de los EC de introducir un elemento subjetivo específico tanto en la definición como en los elementos de los crímenes de atacar a personas o bienes civiles para evitar así su confusión con el crimen de ataques desproporcionados contra objetivos militares¹²⁹, si bien algunos han señalado que su contenido es en última instancia muy similar al del elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER¹³⁰.

En cuanto a su contenido, surge la pregunta de si la expresión «intencionalmente» requiere un dolo directo de primer grado, es decir, que el autor lance su ataque pretendiendo alcanzar precisamente a personas o bienes civiles, o si lo que requiere es una conducta dolosa que incluiría también el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. En nuestra opinión, esta expresión no solo incluye supuestos en que el objeto del ataque son específicamente personas o bien civiles, sino que también incluye supuestos de ataques indiscriminados - es decir aquellos que el autor no dirige o sabe que, debido a la falta de precisión o al carácter incontrolado de los efectos del armamento o método de combate utilizado, no puede dirigir contra un objetivo militar concreto - donde el autor: (i) conoce que el proyectil lanzado acabaría necesariamente impactando sobre personas o bienes civiles (dolo directo de segundo grado); o (ii) es al menos consciente de la probabilidad de que el proyectil lanzado impacte sobre personas o bienes civiles y acepta internamente el hecho de que así pueda suceder (dolo eventual)¹³¹. Este sería el caso, por ejemplo, de quien utiliza un mortero de fabricación casera a sabiendas de su absoluta falta de precisión, y por tanto de la imposibilidad de dirigirlo contra un objetivo militar concreto, para tratar de destruir un depósito de municio-

¹²⁹ D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 142.

¹³⁰ Ibid, p. 143; D. Frank, *Attacking Civilian Objects*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 143-144, p. 144 and K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, pp. 131 y 148.

¹³¹ Para K. Dörmann, *Elements of War Crimes...*, pp. 131 y 148, la expresión «intencionalmente» recogida en los apartados (2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) del art. 8 ER, así como en sus correspondientes EC, no hace sino repetir el tipo subjetivo general previsto en el art. 30 ER, que como hemos visto incluye el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. En el mismo sentido, D. Frank, *Attacking Civilians...*, p. 143 y D. Frank, *Attacking Civilian Objects...*, p. 144.

nes que se encuentra junto a una escuela infantil, teniendo la absoluta certeza o al menos aceptando la alta probabilidad de que el proyectil termine impactando contra la escuela infantil en lugar de contra el depósito de municiones del enemigo.

Sin embargo, tan pronto como el autor haya dirigido específicamente el ataque contra un objetivo militar concreto, nos encontraremos fuera del ámbito de aplicación de los ataques contra personas o bienes civiles. Esto es así incluso en aquellos supuestos en que el autor es consciente de que personas o bienes civiles serán necesariamente alcanzados, o al menos es probable que sean alcanzados, de manera colateral por su ataque. En realidad, desde el momento en que el autor dirige específicamente su ataque contra un objetivo militar concreto nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la ecuación de proporcionalidad y por lo tanto no cabe aplicar los crímenes de atacar a personas o bienes civiles ya sea a título de dolo directo de segundo grado ya sea a título de dolo eventual. De esta manera, la licitud del ataque que tiene como propósito destruir un pequeño almacén de municiones que se encuentra en los bajos de un bloque de apartamentos ocupado por personas civiles que resultará, necesariamente, total o parcialmente destruido a raíz del ataque deberá analizarse a la luz de la ecuación de proporcionalidad. Igualmente, también habrá que analizar a la luz de la regla de proporcionalidad la licitud o ilicitud de dicho ataque si la destrucción total o parcial del bloque de apartamentos se presenta como una consecuencia probable, pero no necesaria, del ataque contra el pequeño almacén de municiones y el autor acepta internamente el hecho de que tal destrucción pueda producirse.

La interpretación aquí defendida de la expresión «intencionadamente» es acorde con el propósito de los negociadores de distinguir los ataques contra personas y bienes civiles de aquellos dirigidos contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Además, evita que una interpretación excesivamente restrictiva del tipo subjetivo, como es aquella que requiere un dolo directo de primer grado, excluya a los ataques indiscriminados del ámbito de aplicación de los ataques contra personas o bienes civiles. De hecho esta exclusión, que en ningún caso fue pretendida por los negociadores del ER y de los EC, provocaría una auténtica paradoja ya que mientras los autores de ataques desproporcionados contra objetivos militares incurrirían en responsabilidad penal conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER, los autores de ataques indiscriminados no incurrirían en ningún tipo de responsabilidad penal conforme al ER.

Cuestión distinta es la relativa a los supuestos en los que personas o bienes civiles se convierten en el objeto del ataque como conse-

cuencia del incumplimiento de las medidas de precaución requeridas por el art. 57(2) PA I, y particularmente la relativa a «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». En nuestra opinión, sólo podrán calificarse como un crimen de atacar a personas o bienes civiles los supuestos en los que como consecuencia del incumplimiento flagrante de las medidas de precaución arriba señaladas se pueda decir que el autor: (i) lanzó un ataque indiscriminado y que, por tanto, no estaba dirigido contra ningún objetivo militar concreto; y (ii) era consciente de que el proyectil lanzado acabaría necesariamente, o al menos probablemente, impactando sobre personas o bienes civiles en lugar de sobre objetivos militares - si bien en caso de mera probabilidad deberá haber aceptado también la eventualidad de que se produzca dicho resultado.

En cualquier otro supuesto en que por error se lance un ataque contra personas o bienes civiles pensando que se trataba de objetivos militares como consecuencia de no haber tomado todas las medidas de precaución exigidas por el art. 57(2) PA I, no habrá más remedio que aplicar la normativa sobre error de tipo prevista en el art. 32 ER. De acuerdo con esta normativa, todo error sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien atacado la condición de civil - ya sea el error vencible o invencible, ya sea debido a la no adopción de todas las medidas de precaución requeridas por el art. 57(2) PAI o a cualquier otra causa - excluye el dolo del autor. En consecuencia, al no admitirse en el art. 8(2)(b)(i) y (ii) y (e)(i) ER la comisión imprudente de los ataques contra personas o bienes civiles, no cabrá sino afirmar que el autor no es penalmente responsable conforme al ER.

Sin embargo, esto no significa necesariamente que el autor no pueda ser considerado como penalmente responsable por el resultado lesivo causado por su ataque. Así, en nuestra opinión, en situaciones en las que el ataque en sí no resulte punible porque el autor creía que estaba atacando un objetivo militar concreto, si se demuestra que dicho ataque es ilícito desde la perspectiva del derecho internacional humanitario porque el error se produjo como consecuencia del incumplimiento con las medidas de precaución impuestas por el art. 57 (2) AP I, procederá analizar si el autor es o no penalmente responsable por los resultados lesivos producidos por el mismo puesto que, por ejemplo, se puede haber produci-

do un crimen de destrucción de bienes del adversario¹³². Se trataría, por tanto, de situaciones donde: (i) el ataque inicial, aunque no es punible conforme al ER, es ilícito conforme al PA I puesto que la naturaleza del bien atacado es en última instancia civil y el autor debió su error sobre el carácter civil en lugar de militar del bien objeto de su ataque a que no cumplió con todas las medidas de precaución que le eran exigibles de acuerdo con el art. 57(2) PA I.; (ii) la destrucción de los bienes del enemigo ha sido dolosa; (iii) el error en el carácter civil del bien atacado es irrelevante puesto que el crimen de destrucción de bienes del enemigo no distingue entre bienes de carácter civil y bienes de carácter militar; y (iv) el autor es penalmente responsable de los daños causados por su ataque a los bienes de las personas pertenecientes a la parte adversa si dicha destrucción no se encontraba justificada por las necesidades imperativas de la guerra.

Conviene subrayar a este respecto las importantes diferencias que en esta materia existen entre el ER y la jurisprudencia del TPIY. Así, conforme a la más reciente jurisprudencia del TPIY, el tipo subjetivo del crimen de atacar a la población o a personas civiles admite no sólo el dolo (directo de primer y segundo grado y eventual) sino que también admite la culpa consciente (*recklessness* subjetiva) y la imprudencia temeraria (*recklessness* objetiva), sobre la base de que el art. 85(3) PA I utiliza la expresión *wilful* que sería lo suficientemente amplia como para incluir no sólo el dolo sino también la categoría anglosajona de la *recklessness*¹³³. En consecuencia, incluso en aquellos supuestos en que el autor no ataca intencionadamente a civiles, el autor incurrirá en responsabilidad penal individual si debería haber conocido que la persona objeto de su ataque tenía la condición de civil. Con ello se castiga el incumplimiento por el autor de su deber objetivo de cuidado en cerciorarse que la persona objeto de su ataque no tenía la condición de civil. Lógicamente, en este contexto, el error sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien atacado la condición de civil no excluye la responsabilidad penal del autor a no ser que se trate de un error invencible, es decir, a no ser que ni tan siquiera poniendo

¹³² Arts. 8(2)(b)(xiii) y (e)(xii) ER.

¹³³ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 54 y 55. Mientras que la más reciente Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Dubrovnik (párrafo 283) decidió que no era necesario pronunciarse sobre si los crímenes de atacar personas o bienes civiles admitía o no la comisión culposa (al menos la culpa consciente y la imprudencia temeraria) además de su comisión dolosa.

el cuidado que le era exigible hubiera podido el autor salir de su error¹³⁴.

Las diferencias entre el ER y la jurisprudencia del TPIY con respecto al elemento subjetivo requerido en relación con los ataques contra personas o bienes civiles están estrechamente relacionada con la distinta configuración de su tipo objetivo. Así, mientras el ER configura dichos crímenes como delitos de mera actividad, de manera que al no exigir ningún tipo de resultado lesivo derivado del ataque requiere un elemento subjetivo más exigente, la jurisprudencia del TPIY opera de manera opuesta en cuanto que requiere la producción de un resultado lesivo y la existencia de un vínculo causal al tiempo que admite la comisión imprudente (al menos en sus formas de culpa consciente e imprudencia temeraria).

En nuestra opinión, la opción adoptada por el ER define de manera más precisa la frontera entre los ataques contra personas y bienes civiles y los ataques contra objetivos militares que causan daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Sin embargo, existe quien ha criticado esta opción porque: (i) restringe innecesariamente el ámbito de aplicación de la infracción grave del PA I recogida en su art. 85(3)(a) PA I (que utiliza la expresión *wilful* para incluir no sólo el dolo sino también ciertas formas de

¹³⁴ En el incidente de fuego de francotiradores Núm. 8, la Mayoría de la Sala afirmó que consideraba probado que en el mes de Julio a las seis de la mañana había ya luz en Sarajevo. Sin embargo, dada la ausencia de indicaciones específicas con respecto al nivel exacto de luminosidad existente en el momento en que la víctima fue alcanzada, la Mayoría señaló que no podía excluir la posibilidad de que el autor no notara que la víctima era un mujer de mediana edad trasportando madera. Ahora bien, para la Mayoría, la ausencia de presencia militar en el área donde se encontraba la víctima al ser alcanzada (que consistía en un espacio abierto con solo tres casas en sus proximidades) debería haber advertido al autor del disparo sobre la necesidad de cerciorarse de que la persona atacada tenía la condición de militar antes de efectuar el disparo. En consecuencia, la Mayoría concluyó que la víctima había sido atacada sin tener en ninguna consideración la posibilidad de que se tratase de una persona civil (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 522 y 523).

Por su parte, en el incidente de fuego de francotiradores Núm. 17, la Mayoría de la Sala entendió que la manera en la cual la víctima vestía cuando fue atacada (vestía una falda, una camiseta y un jersey) así como la actividad que desarrollaba en ese momento (volvía a casa con agua del pozo) indicaban con claridad el carácter civil de la víctima, a lo que hay que sumar la distancia del punto de impacto al frente de combate, la inexistencia de objetivos militares alrededor del punto de impacto y la ausencia de actividades de combate en sus inmediaciones. En consecuencia, la Sala señaló que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, el autor no debería haber ignorado la posibilidad de que la víctima tuviera la condición de civil. Por ello, la Mayoría concluyó que el disparo se produjo con la intención de alcanzar a la víctima en cuanto que persona civil o, al menos, siendo consciente del alto riesgo de que la persona objeto del ataque tuviera la condición de civil (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 433).

comisión imprudente como la culpa consciente y la imprudencia temeraria); y (ii) abre la puerta a que la alegación de un error de tipo a resultas de la no adopción de las medidas de precaución obligatorias previstas en el art. 57(2) PA I excluya la responsabilidad penal del autor.

III.2.2. La aplicación por el autor de la regla de proporcionalidad sobre la base de los daños civiles colaterales y la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperados por el propio autor

El art. 8(2)(b)(iv) ER define el elemento subjetivo del crimen de lanzar un ataque desproporcionado mediante el uso de las expresiones «intencionalmente» (referida al hecho de lanzar el ataque) y «a sabiendas» (referida a las pérdidas incidentales manifiestamente excesivas derivadas del ataque). Nos encontramos, por tanto, ante un nuevo caso en el que la definición del delito contiene un elemento subjetivo específico que hace inaplicable el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER.

En cuanto a su contenido, lo primero que hay que señalar es que este tipo delictivo sólo es aplicable cuando el autor haya pretendido dirigir su ataque contra un objetivo militar concreto. Por lo tanto, en todos aquellos supuestos en que el autor no haya pretendido dirigir su ataque contra un objetivo militar concreto - ya se trate de ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, ya se trate de ataques indiscriminados en los que no se distingue entre personas o bienes civiles y objetivos militares - nos encontramos en el ámbito de aplicación de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

En segundo lugar, se exige que el autor al lanzar su ataque contra un objetivo militar sea consciente del alcance de los daños civiles colaterales («pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural») que su ataque necesariamente, o al menos probablemente (conocimiento del riesgo), causará¹³⁵. Esta exigencia no fue cuestionada durante la Conferencia de Roma¹³⁶ puesto que desde un principio las distintas delegaciones estuvieron de acuerdo en que la posible responsabilidad penal derivada de un ataque sólo puede analizarse sobre la base del cono-

¹³⁵ D. Pfirter, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), 2001, pp. 147-150, pp. 149-150.

¹³⁶ *Ibid*, p. 150.

cimiento que el autor tiene de la situación en el momento en que decide lanzarlo y no sobre la base de las informaciones que puedan aparecer posteriormente¹³⁷. Además, este tipo de análisis había sido ya utilizado en el caso de los Rehenes tras la segunda guerra mundial, donde a pesar de que la Fiscalía alegó el carácter ilícito de la destrucción de un amplio sector de la provincia noruega de Finnmark mediante la práctica de tierra quemada seguida por las tropas alemanas para evitar que las fuerzas rusas pudieran perseguirlas mientras se retiraban de Noruega, el acusado Redulic fue absuelto. El tribunal justificó esta absolución porque, a pesar de que la información presentada durante el proceso indicaba que no existía un peligro real de persecución por parte de las tropas rusas, el acusado había llegado a la conclusión de que dicho peligro sí existía realmente tras analizar la información en su poder en el momento de poner en marcha la práctica de tierra quemada¹³⁸.

En consecuencia, la variable que debe incluirse en la columna de daños civiles colaterales a los efectos de aplicar posteriormente la ecuación de proporcionalidad es la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque del alcance de los daños civiles colaterales que su ataque probablemente produciría. Esto es así incluso en aquellos casos en que la representación que se hizo el autor sobre los probables daños civiles colaterales derivados de su ataque fuese inferior al alcance real del riesgo que de su ataque se derivaba para las personas y los bienes civiles. Y esto con independencia de que el error del autor fuese causado por: (i) el incumplimiento de su obligación de, primero, verificar y luego, minimizar, en de la medida de lo posible, el alcance de los daños civiles colaterales derivados de su ataque¹³⁹; o (ii) no poner el cuidado exigible a una persona razonable - normalmente a un superior militar razonable puesto que la decisión de lanzar el ataque sólo se produce a un cierto nivel de la estructura de mando - en su misma situación a la hora de analizar la información obtenida.

De hecho, en estos casos nos encontraríamos con un error de tipo (error sobre el alcance real de los daños civiles colaterales que podría provocar el ataque) que eliminaría el dolo (elemento intencional del delito) y que haría que el ataque en sí no fuese punible. La única excepción estaría,

¹³⁷ W.J. Fenrick, *The Rule of Proportionality...*, p. 109.

¹³⁸ Ver, la Sentencia en el caso de los Rehenes (Hostage Case), *United States v. Wilhelm List et al.*, en *United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI, 1950*, pp. 957 y ss, p. 1296.

¹³⁹ Art. 57(1) PA I.

en nuestra opinión, constituida por aquellos supuestos en los que el autor decide no tomar las medidas de precaución a las que le obliga el art. 57 PA I, o no analizar la información recibida sobre la extensión de los daños civiles colaterales que probablemente se derivarían del ataque, con la intención de evitar que un conocimiento más exacto del alcance real de dichos daños colaterales pudiera poner en entredicho el lanzamiento del ataque.

En tercer lugar, se exige que la variable que debe incluirse en la columna de ventaja militar a los efectos de aplicar posteriormente la ecuación de proporcionalidad sea la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que el ataque probablemente le proporcionaría (ventaja militar esperada)¹⁴⁰. Esto es así incluso en aquellos casos en que la representación que se hizo el autor sobre la ventaja militar esperada fuese superior al alcance real de la ventaja militar que objetivamente se podía esperar de la consecución con éxito del ataque. Y esto con independencia de que el error del autor fuese causado por el incumplimiento de su obligación de verificar el carácter y naturaleza del objetivo atacado o por un análisis irrazonablemente optimista de la información obtenida al respecto. En estos supuestos, nos encontraríamos con un error de tipo (error sobre el alcance de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que objetivamente se podía obtener de la destrucción, captura o neutralización del objetivo) que eliminaría el dolo y haría que el ataque en sí no fuese punible. En nuestra opinión, sólo en caso de que el autor hubiera decidido no adoptar las medidas de precaución obligatorias o no analizar la información obtenida a los efectos de evitar que un conocimiento más exacto del alcance real de la ventaja militar que se podía esperar del ataque pudiera poner en entredicho su lanzamiento, se podría considerar que el ataque es punible conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER.

En cuarto lugar, surge la cuestión de si se exige que antes de lanzar el ataque el autor haya aplicado subjetivamente la ecuación de proporcionalidad y haya llegado a la conclusión de que la columna de los daños civiles colaterales es «manifiestamente excesiva» en relación con la columna de la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada. O, si por el contrario, la conclusión del autor al aplicar la regla de proporcionalidad es

¹⁴⁰ Como la nota 36 de los EC recoge expresamente «la expresión ‘expresión ventaja militar concreta y directa de conjunto’ se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente». Ver a este respecto, D. Pfirter, *Excessive Incidental...*, p. 150.

irrelevante y, por lo tanto, deberá ser la Sala competente de la Corte quien determine el carácter manifiestamente excesivo o no de los daños civiles colaterales previstos por el autor en el momento del ataque en relación con la ventaja militar esperada por el mismo.

Esta constituyó, sin duda, la cuestión más controvertida en la definición de los ataques desproporcionados en el art. 8(2)(b)(iv) ER y en la posterior determinación de sus elementos¹⁴¹. Así, los países de la OTAN consideraban que sólo debían tipificarse en el ER aquellos ataques lanzados por el autor tras haber llegado a la conclusión de que los daños civiles colaterales que se podían prever eran manifiestamente excesivos¹⁴². De esta manera, sólo se podría condenar al autor cuando se pudiera probar más allá de toda duda razonable que el propio autor, tras haber aplicado la ecuación de proporcionalidad, había llegado a la conclusión de que los daños civiles colaterales que probablemente se derivarían de su ataque eran manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar que él mismo esperaba de dicho ataque. Por su parte, el resto de delegaciones defendían que debían tipificarse en el ER todos aquellos ataques en los que las consecuencias civiles colaterales previstas por el autor fuesen objetivamente «manifiestamente excesivas» en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada por el propio autor¹⁴³.

Esta disputa se encontraba estrechamente relacionada con aquélla relativa a la conveniencia de que la persona que tiene la última palabra sobre la aplicación efectiva de la ecuación de proporcionalidad tenga la condición de militar o de civil. Así, en principio no había grandes desacuerdos sobre el hecho de que el estándar a utilizar a la hora de aplicar la ecuación de proporcionalidad - es decir al determinar el carácter manifiestamente excesivo o no de la variable recogida en la columna de daños civiles colaterales previstos en comparación con la recogida en la columna de ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada - debería ser aquel del «superior militar razonable» puesto que normalmente la decisión de lanzar el ataque sólo se produce a un cierto nivel de la estructura de mando. De hecho, la utilización de este estándar evitaría controversias en la aplicación de la regla de proporcionalidad puesto que en la gran mayoría de los casos superiores militares razonables estarían de acuerdo en el carácter manifiestamente excesivo o no de los daños civiles colaterales que se prevé se derivarían de un ataque¹⁴⁴. Además, si en algo han estado normalmente de

¹⁴¹ K. Dörmann, *Elements of War Crimes*, p. 165.

¹⁴² D. Pfirter, *Excessive Incidental...*, p. 150.

¹⁴³ *Ibid*, p. 150.

¹⁴⁴ W.J. Fenrick, *Attacking the Enemy...*, p. 546.

acuerdo comentaristas militares¹⁴⁵, profesores de derecho internacional humanitario¹⁴⁶, organizaciones como Human Rights Watch¹⁴⁷ y el propio CICR¹⁴⁸ es que el estándar del superior militar razonable es el más adecuado para la aplicación de la ecuación de proporcionalidad. El problema es que algunos se preguntaban qué tipo de entrenamiento sería necesario para que jueces civiles tuvieran la competencia de un superior militar razonable al aplicar la regla de proporcionalidad¹⁴⁹. Mientras que otros apuntaban la necesidad de definir de una manera más asequible para quienes no tienen un entrenamiento militar nociones como la de superior militar razonable a los efectos de facilitar la aplicación de la ecuación de proporcionalidad.¹⁵⁰

En nuestra opinión, la definición del art. 8(2)(b)(iv) ER no es completamente clara respecto a si la expresión «a sabiendas» califica únicamente el hecho de que se producirán daños civiles colaterales a resultas del ataque, o si califica también el hecho de que dichos daños serán manifiestamente excesivos. Sin embargo, la nota al pie 37 de los elementos de los crímenes parece despejar estas dudas al señalar que «a diferencia de la regla general que se enuncia en el párrafo 4 de la introducción general, este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella». Esta interpretación es además avalada por el mandato contenido en el art. 22(2) ER de interpretar restrictivamente las definiciones de los delitos y de interpretar de la manera más favorable al reo cualquier ambigüedad que pudiera suscitarse por la referencia en la misma nota 37 de los

¹⁴⁵ Ver entre otros, Major J. E. Parkerson, Jr., *United States Compliance with Humanitarian Law respecting Civilians during Operation Just Cause*, en *Military Law Review*, Vol. 133, pp. 31 y ss, 1991, p. 61; y W. H. Parks, *The Protection of Civilians...*, p. 86.

¹⁴⁶ Así, S. Oeter, *Methods and Means...*, p. 180 ha afirmado que «one should not exaggerate demands for exact detail in such a rule. What is required is no more than a sincere effort to cope with the problem of collateral damage, and a proper application of common sense».

¹⁴⁷ En este sentido Human Rights Watch, *Needless Deaths...*, p. 46, ha afirmado que «compliance with the rule of proportionality depends on the subjective judgment of military commanders in specific situations».

¹⁴⁸ Para Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmerman/J. Pictet (Coord.), *Commentary...*, pp. 683-684: «Even if this system is based to some extent on a subjective evaluation, the interpretation must above all be a question of common sense and good faith for military commanders».

¹⁴⁹ Brigadier-General C. Dunlap, *Comment en Legal and Ethical...*, A. Wall (Coord.), p. 211. En este mismo sentido, L. Green, *Comment en Legal and Ethical...*, A. Wall (Coord.), pp. 211-212.

¹⁵⁰ M.Bothe, *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on the Report to the Prosecutor of the ICTY*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 531 y ss, p. 535.

EC a que «la evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiera tenido el autor en el momento del acto».

En consecuencia, aunque objetivamente se pueda afirmar lo contrario, si el autor considera erróneamente que los daños civiles colaterales que él prevé pueden derivarse del ataque no son manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que él espera obtener del mismo, nos encontraremos con un error de tipo que excluye el dolo y, por lo tanto, al no castigarse la comisión imprudente, el ataque no será punible. Cuestión distinta es que, desde una perspectiva estrictamente probatoria, en aquellos supuestos en que el carácter manifiestamente excesivo de los daños civiles colaterales previstos es tan obvio que ningún superior militar razonable en la misma posición del autor hubiera afirmado lo contrario, se pueda concluir que el autor, a pesar del error alegado, era consciente del carácter manifiestamente excesivo de los daños colaterales que él mismo esperaba causar con el ataque.

En quinto lugar, la expresión «lanzar un ataque intencionalmente» no hace sino subrayar que únicamente cabe la comisión dolosa del crimen de lanzar un ataque desproporcionado que tendrá lugar en cualquiera de los tres casos siguientes: (i) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto con la pretensión específica de causar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de primer grado); (ii) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto a sabiendas de que dicho ataque producirá necesariamente daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de segundo grado); y (iii) el autor decide lanzar un ataque contra un objetivo militar concreto a sabiendas de la probabilidad de que el mismo cause daños civiles colaterales manifiestamente excesivos y aceptando internamente que tal eventualidad se produzca (dolo eventual).

Ahora bien, el hecho de que un ataque en sí mismo considerado no sea punible conforme al ER - lo que en nuestra opinión es la consecuencia de que los ataques desproporcionados se configuren en el ER como un delito de mera actividad que sólo admite la comisión dolosa - no significa que las muertes, lesiones o daños que produzca no sean tampoco punibles. Por el contrario, siempre y cuando el ataque en sí mismo considerado pueda ser calificado como ilícito a la luz de la normativa que desarrolla el principio de distinción en los Protocolos Adicionales, podrá procederse al análisis de si los resultados derivados del mismo dan lugar a responsabilidad penal conforme a otros tipos penales recogidos en el ER. De esta manera, si como resultado del incumplimiento por el autor de su obligación de verificar en la medida de lo

posible el alcance de los daños civiles colaterales que puedan derivarse de su ataque¹⁵¹, el autor se representa erróneamente que la extensión de dichos daños colaterales es sustancialmente inferior a su alcance real, y en consecuencia acaba llegando a la conclusión errónea de que tales daños no serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que espera obtener del ataque, la Corte tendrá que proceder a analizar si los daños efectivamente provocados por dicho ataque - que es ilícito a la luz de los art. 51(5)(b) y 57(2) PA I - pueden ser, por ejemplo, constitutivos de un crimen de destrucción de bienes del enemigo no justificada por las necesidades imperativas de la guerra¹⁵². En consecuencia, es perfectamente posible que la Corte tenga que absolver al autor del crimen de ataque desproporcionado al tiempo que lo condene por un delito de destrucción de bienes del enemigo.

La posibilidad de que se pueda llegar a una situación como la que acabamos de describir es consecuencia de que los ataques desproporcionados se configura en el ER, a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TPIY, como un delito de mera actividad que sólo admite la comisión dolosa. Así, parece bastante más complicado que se pueda llegar a la situación arriba descrita en un sistema como el establecido por la jurisprudencia del TPIY donde los daños civiles colaterales efectivamente ocasionados por un ataque son tratados como un elemento de prueba de la existencia de un ataque dirigido contra personas o bienes civiles. Además, como veíamos en la sección anterior, la jurisprudencia del TPIY admite la comisión imprudente - al menos en sus manifestaciones de culpa consciente (*subjective recklessness*) y de imprudencia temeraria (*objective recklessness*) - de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, y, en consecuencia, el error de tipo vencible no excluye necesariamente la responsabilidad penal del autor¹⁵³.

Así, en el ejemplo arriba analizado, el TPIY utilizará el hecho de que el ataque, a pesar de que en un principio parezca haberse dirigido contra un objetivo militar concreto (el pequeño almacén de municiones), haya terminado produciendo excesivos daños civiles colaterales (la destrucción del bloque de apartamentos en cuyos bajos se encontraba el almacén) como un

¹⁵¹ Art. 57(2) PA I.

¹⁵² Art. 8(2)(b)(xiii) y (e)(xii) ER.

¹⁵³ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 59.

elemento de prueba de que el ataque se dirigió en realidad contra bienes o personas civiles.

Además, en el caso de que el autor hubiere incurrido en un error de valoración de los daños civiles colaterales a resultas de la no adopción de las medidas de precaución que le impone el art. 57(2) PA I, cabría imputarle un crimen de ataque contra personas o bienes civiles a título de imprudencia temeraria (*objective recklessness*) puesto que un superior militar razonable en su misma situación se hubiera cerciorado en la medida de lo posible del alcance de los daños civiles colaterales que pudieran derivarse del ataque mediante la adopción de las medidas de precaución que le impone en el art. 57(2) PA I.

En cualquier caso, es importante señalar que el elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 8(2)(b)(iv) ER es sin duda más exigente que el estándar «cuando sea de prever» que un ataque causará daños civiles colaterales «que serían excesivos» utilizado en los arts. 51(5)(b), 57(2)(a) (iii) y 85(3)(b)¹⁵⁴ PA I, puesto que este último estándar parece aceptar la comisión imprudente a resultas de que el autor no cumplió con el deber objetivo de cuidado en la obtención y análisis de la información disponible antes del lanzamiento del ataque. Así, como bien ha sido señalado, el estándar recogido en el PA I se refiere a la información que el autor tenía objetivamente disponible y no solamente aquélla que se encontraba en su poder¹⁵⁵. Este estándar parece haber sido adoptado en la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic donde se señala que para que un ataque desproporcionado pueda dar lugar a responsabilidad penal - aunque, como hemos visto, para ello tenga que ser previamente calificado como un ataque dirigido contra personas o bienes civiles - es necesario que la Fiscalía pruebe que el ataque fue lanzado con el conocimiento de las circunstancias de las que cabía esperar que los daños civiles colaterales serían excesivos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Esta última disposición tras utilizar la fórmula «a sabiendas» se remite expresamente al art. 57(2)(iii) PA I.

¹⁵⁵ Esta fórmula aparece perfectamente recogida en la declaración interpretativa realizada por el gobierno de Canadá en relación con el PA I: «Military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks have to reach decisions on the basis of their assessment of the information reasonably available to them at the relevant time and that such decisions cannot be judged on the basis of information which has subsequently come to light». Ver, A. Roberts/R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, Tercera Edición, 2000, p. 502.

¹⁵⁶ Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafo 59.

IV. CONCLUSIÓN

Las vicisitudes relativas al tratamiento en el ER del tipo objetivo y subjetivo del delito de lanzar un ataque desproporcionado y, en particular, las consecuencias de su configuración - a diferencia de lo establecido en la jurisprudencia del TPIY - como un delito de mera actividad, constituirán muy pronto a buen seguro materia de litigio ante la Corte. En este sentido, no se puede olvidar que en el marco del primer caso ante la Corte – que afecta al líder del llamado Movimiento de Resistencia del Señor (Joseph Kony) y a otros cuatro integrantes de dicho movimiento por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en la situación de crisis producida en el norte de Uganda a partir del 1 de julio de 2002¹⁵⁷- se ha imputado ya el delito de lanzar un ataque dirigido contra la población civil residente en un campo de desplazados internos en el norte de Uganda¹⁵⁸. De esta manera es de esperar que una de las primeras actuaciones de la Corte se centre en la delimitación de la frontera entre los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles y los ataques desproporcionados que, en cuanto que dirigidos contra una objetivo militar concreto, son perfectamente distinguibles de los primeros y se encuentran tipificados de manera autónoma en el art. 8(2)(b)(iv) ER.

¹⁵⁷ Ver las órdenes de arresto emitidas contra Joseph Kony, y cuatro de sus comandantes.

¹⁵⁸ *Idem*.