
Ginebra, 7 a 17 de noviembre de 2006

**LOS DAÑOS PREVISTOS A LA POBLACIÓN CIVIL Y LA ECUACIÓN
DE PROPORCIONALIDAD: EN QUÉ MEDIDA DEBERÍAN TENERSE
EN CUENTA EN EL ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD LAS
CONSECUENCIAS A MEDIO Y LARGO PLAZO DE LOS RESTOS
EXPLOSIVOS DE GUERRA¹**

**Preparado por el Centro de Derecho Castrense de la Universidad de
Melbourne (Australia) y presentado a petición del Coordinador sobre
restos de explosivos de guerra**

I. INTRODUCCIÓN

1. En marzo de 2006, el Centro de Derecho Castrense para Asia y el Pacífico preparó el Informe sobre las respuestas de los Estados Partes al cuestionario sobre el derecho internacional humanitario ("el Informe") para el Grupo de Trabajo sobre restos explosivos de guerra en el 13º período de sesiones del Grupo de Expertos Gubernamentales de los Estados Partes en la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

¹ Preparado por el Profesor Timothy L. H. McCormack y la Sra. Paramdeep B. Mtharu, Centro de Derecho Castrense para Asia y el Pacífico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne.

2. El 97% de los Estados que respondieron al cuestionario consideraron que la norma de la proporcionalidad se aplica al empleo de municiones que puedan convertirse en restos explosivos de guerra (REG)². Ese elevado grado de reconocimiento indica que la proporcionalidad se considera una obligación fundamental que afecta a las decisiones de los Estados sobre la elección de objetivos y armas, también en lo que respecta a la elección de armas que puedan convertirse en REG.

3. En algunas respuestas de los Estados se destacó la cuestión de si debe exigirse a un mando militar que, al realizar el análisis de la proporcionalidad, tenga en cuenta el daño a más largo plazo a la población civil y a los bienes de carácter civil que pudiera derivarse de los REG. Esta cuestión sigue siendo objeto de debate internacional. Algunos expertos gubernamentales y especialistas jurídicos alegan que las consecuencias a largo plazo no se pueden tener en cuenta porque son demasiado remotas y, por lo tanto, imposibles de evaluar. En cambio, otros expertos gubernamentales y especialistas jurídicos, así como organizaciones internacionales y no gubernamentales, defienden la importancia de incluir en la ecuación de proporcionalidad, las consecuencias tanto a corto como a más largo plazo de los REG, porque los efectos perjudiciales para la población civil son previsibles y se ha demostrado en sucesivos conflictos que tienen consecuencias devastadoras.

4. Las evaluaciones de la aplicación de la ecuación de proporcionalidad han adquirido más importancia con la creación de la Corte Penal Internacional y el examen cada vez más minucioso de la ejecución de las operaciones militares. La cuestión que se plantea no es tanto si la Corte Penal Internacional juzgará a mandos militares por presuntas violaciones de la ecuación de proporcionalidad, sino más bien la creciente expectativa internacional de que las Partes en los conflictos respetarán el derecho internacional humanitario, y las demandas de que asuman sus responsabilidades en caso de incumplimiento. Muchos Estados Partes en el Estatuto de Roma han promulgado leyes de ejecución para incorporar en su legislación penal los delitos previstos en el Estatuto, y el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la legislación penal interna es prioritario para los militares nacionales. Incluso los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma incluyen en su legislación penal obligaciones que los militares deben cumplir.

² Centro de Derecho Castrense para Asia y el Pacífico, Informe sobre las respuestas de los Estados Partes al cuestionario, marzo de 2006, 17.

5. En varias respuestas al cuestionario se ponía de relieve la necesidad de examinar con más detalle la cuestión de los daños previstos a más largo plazo y la ecuación de proporcionalidad. En consecuencia, se pidió al Centro de Derecho Castrense para Asia y el Pacífico que preparase este documento y examinara el debate en torno a la previsibilidad y la norma de la proporcionalidad.

6. El Centro de Derecho Castrense para Asia y el Pacífico de la Universidad de Melbourne (Australia) ("el Centro") agradece el apoyo financiero prestado por el Ministerio de Comercio y Relaciones Exteriores de Nueva Zelandia y el Departamento de Defensa de Australia para la preparación de este documento, pero desea señalar desde el principio que las opiniones expresadas en él son las del Centro y no reflejan necesariamente la posición ni del Gobierno de Nueva Zelandia ni del de Australia. El Centro también agradece al Centro Internacional de Desminado Humanitario de Ginebra y a Landmine Action (Reino Unido) las observaciones que formularon sobre el proyecto de este documento. No obstante, el documento final no refleja necesariamente las opiniones de ninguna de esas organizaciones.

II. PROPORCIONALIDAD

A. Comprensión de la norma de la proporcionalidad

7. Es una norma básica del derecho internacional humanitario que las Partes en un conflicto deben respetar y proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil durante un conflicto armado. Las Partes deben distinguir en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Las operaciones militares únicamente deben dirigirse contra objetivos militares. Esta norma básica se incorporó en el artículo 48 del Protocolo adicional (Protocolo I) de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949³, pero también se aplica como norma de derecho internacional consuetudinario a todas las Partes en los conflictos armados, sean o no Partes en el Protocolo adicional I. De acuerdo con esta norma fundamental,

³ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, abierto a la firma el 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3 (en vigor desde el 7 de diciembre de 1978) ("Protocolo adicional I").

el ataque deliberado contra civiles o bienes de carácter civil en un conflicto armado es un crimen de guerra.

8. El derecho internacional humanitario permite atacar objetivos militares pero prohíbe cualquier ataque que no discrimine entre objetivos militares y objetivos civiles. Esos ataques se denominan "indiscriminados" e incluyen los ataques que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos estén de alguna otra manera prohibidos por el derecho internacional humanitario. La prohibición de realizar ataques indiscriminados se incorpora en el párrafo 4 del artículo 51 del Protocolo adicional I, pero es también una norma aceptada del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, los ataques indiscriminados, como los ataques deliberados contra la población civil y/o bienes de carácter civil, constituyen un crimen de guerra.

9. Se acepta de pleno derecho que los ataques dirigidos contra objetivos militares legítimos pueden fortuitamente causar muertes entre la población civil y/o daños a bienes de carácter civil. En un intento de imponer limitaciones al nivel aceptable de sufrimiento causado fortuitamente a personas civiles, el derecho internacional humanitario establece una fórmula de proporcionalidad como criterio para determinar si un ataque es o no legítimo. La fórmula se expresa como una prohibición respecto de:

[Un ataque] del que se pueda prever que cause fortuitamente pérdidas de vidas de personas civiles, heridas a personas civiles, daños a bienes de carácter civil o más de uno de estos efectos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

10. Esta norma de la proporcionalidad forma parte del derecho internacional consuetudinario y se refleja en el estudio sobre el derecho consuetudinario del CICR⁴. Está codificada en el apartado b) del párrafo 5 del artículo 51 del Protocolo adicional I y se repite en el párrafo 2 del artículo 57. La obligación de proporcionalidad se recoge también en el párrafo 8 del artículo 3 del Protocolo II Enmendado de la Convención en relación con el uso de minas, armas trampa y

⁴ Véase Rule 14 en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (2005), volumen I: Rules, 46.

otros artefactos. Además, la prohibición se incluye también, con el requisito adicional de que las pérdidas fortuitas sean "claramente" excesivas, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de manera que todo ataque que viole la norma constituye un crimen de guerra y sus autores incurrirán en responsabilidad penal⁵.

11. Es importante señalar que la proporcionalidad como principio general se plantea en diferentes contextos, tanto en relación con la reglamentación jurídica internacional sobre el recurso a la fuerza militar (*jus ad bellum*) como con la reglamentación jurídica internacional sobre la ejecución de operaciones militares (*jus in bello*). El presente documento se centra en la exposición precisa de la norma de la proporcionalidad en lo que se refiere a los daños fortuitos causados a civiles como consecuencia de un ataque a un objetivo militar legítimo. La razón de ser de esta norma es limitar el sufrimiento de la población civil, y no se aplica a los combatientes ni a los objetivos militares. En la medida en que un ataque se dirija contra objetivos militares y no se prevea que se vayan a producir muertes de civiles o daños a bienes de carácter civil, esta norma concreta de la proporcionalidad no se aplica. Sin embargo, eso no significa que los mandos militares estén autorizados a recurrir a un uso ilimitado de la fuerza. La norma fundamental de que las Partes en conflicto no tienen un derecho ilimitado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra se aplica en todas las situaciones.

B. Aplicación de la norma de la proporcionalidad

12. La definición precisa de la norma de la proporcionalidad en varios instrumentos jurídicos expresa claramente la obligación de los mandos militares de realizar un análisis de la proporcionalidad al preparar un ataque. También se prevé el requisito adicional de anular o suspender un ataque si desde su preparación las circunstancias han cambiado o si es evidente que se infringirá la norma⁶.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, abierto a la firma el 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 3 (en vigor desde el 1º de julio 2002).

⁶ Apartado b) del párrafo 2 del artículo 57 del Protocolo adicional I. Se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, es también vinculante para los Estados que no son parte en el Protocolo adicional I.

13. La formulación de la norma de la proporcionalidad incorpora un margen de apreciación en favor de los mandos militares. Éstos no deben ser juzgados sobre la base de una evaluación *ex post facto* de la pérdida *real* de vidas de civiles y/o los daños reales a bienes de carácter civil confrontados con la ventaja militar *real* obtenida mediante el ataque. En lugar de ello, el criterio que debe aplicarse es el de la pérdida *prevista* de vidas de civiles y/o los daños previstos a bienes de carácter civil confrontados con la ventaja militar *esperada*. Los mandos militares deben adoptar sus decisiones teniendo en cuenta la información de que disponen en el momento del ataque⁷. Por consiguiente, sus decisiones no pueden ser juzgadas tomando como base información que salga a relucir después del ataque.

14. El caso del búnker de Al Firdus ilustra la importancia de que se emplee correctamente la norma de la proporcionalidad. Durante la guerra del Golfo de 1991, las fuerzas armadas de los Estados Unidos identificaron el búnker de Al Firdus como objetivo militar legítimo. Los Estados Unidos alegaron que el búnker estaba camuflado, su perímetro protegido por alambre de púas y los puntos de acceso custodiados por soldados armados. Partiendo de esta información recogida por los planificadores, el mando militar llegó a la conclusión de que el búnker era un objetivo militar legítimo y, aplicando la norma de la proporcionalidad, determinó que los daños incidentales a personas civiles no serían excesivos en relación con la ventaja militar obtenida. El objetivo fue bombardeado. Posteriormente se descubrió el hecho trágico de que, además de cumplir una función militar, el búnker era utilizado por personas civiles para dormir y 300 civiles resultaron muertos en el ataque⁸.

15. Las autoridades de los Estados Unidos determinaron que no había habido violación alguna del derecho internacional humanitario porque la información de que se disponía en ese momento había llevado al mando militar a sacar la conclusión razonable de que el blanco era un objetivo militar legítimo y de que la pérdida prevista de vidas de civiles y/o los daños previstos a bienes de carácter civil no eran desproporcionados frente a la ventaja militar esperada. La legalidad de la decisión del mando militar de autorizar el ataque no puede ser juzgada sobre la base de la

⁷ Alemania, Argelia, Australia, Austria, Bélgica, el Canadá, Egipto, España, Irlanda, Italia, Nueva Zelandia, los Países Bajos y el Reino Unido han hecho declaraciones en este sentido.

⁸ Escuela de Derecho de la Auditoría General del Ejército, Charlottesville, *Operational Law Handbook* (2001), 9.

pérdida real de vidas de personas civiles que se produjo en el ataque. El criterio jurídico es la pérdida *prevista* de vidas de personas civiles y, dado que el mando militar no tenía conocimiento de la utilización civil del búnker, no violó la norma de la proporcionalidad.

C. La proporcionalidad y los restos explosivos de guerra (REG)

16. La norma de la proporcionalidad se cita generalmente en los debates sobre las submuniciones que no estallan y, por lo tanto, crean un problema de REG⁹.

17. Los restos explosivos de guerra pueden crearse de tres maneras: por el abandono de artefactos explosivos; porque el artefacto explosivo no detonó al impactar con el objetivo; y porque está previsto que el artefacto explosivo no explote y permanezca cargado. En esta última categoría se pueden incluir las minas antipersonal, las minas navales, las trampas explosivas y otros dispositivos similares¹⁰. El despliegue de esas armas está sujeto a reglamentaciones jurídicas adicionales, por lo que el examen del problema de los REG en el contexto de la Convención no se ha centrado en esta categoría concreta de REG. Por consiguiente, el presente documento no examinará la aplicación de la norma de la proporcionalidad a los ataques en los que se utilizan esas armas. La primera fuente de REG mencionada -los artefactos explosivos abandonados- no se utiliza en los ataques militares y, por lo tanto, no está sujeta a la norma de la proporcionalidad. En consecuencia, el examen de esta norma se centrará exclusivamente en la utilización en un ataque de artefactos explosivos que no hayan estallado y, por consiguiente, creen REG que puedan producir daños tanto inmediatos como a más largo plazo.

18. Los planificadores militares responsables de adoptar las decisiones sobre los tipos de armas que se van a utilizar en un ataque deben conocer las características de ese armamento, la cantidad de artefactos que se van a desplegar y las consecuencias previstas tanto de la elección del armamento como del número o la cantidad de armas que se van a desplegar. Algunos militares modelizan los daños incidentales previstos a personas o bienes civiles a fin de proporcionar información que ayude a los mandos militares a cumplir la norma de la proporcionalidad. Tanto

⁹ Louis Maresca, "Cluster Munitions: Moving Toward Specific Regulation" (2006) 4, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme (UNIDIR) *Disarmament Forum*, 29.

¹⁰ No se trata de una lista exhaustiva.

si la modelización se realiza de forma rutinaria como si no, la cuestión fundamental es determinar en qué medida los mandos militares deben incluir en la ecuación de proporcionalidad los daños incidentales previstos a personas civiles como consecuencia de los artefactos desplegados que no estallen.

III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE QUE SE TENGAN EN CUENTA LAS CONSECUENCIAS A MEDIO Y LARGO PLAZO DE LOS REG

19. En 2002 el Profesor Christopher Greenwood señaló que, en relación con la ecuación de proporcionalidad, sólo cabía hablar del riesgo inmediato que plantean los REG, ya que existen demasiados factores que no se pueden evaluar en el momento del ataque. También indicó que el criterio de proporcionalidad debía aplicarse sobre la base de la información de que dispusiera el mando militar en el momento del ataque:

Por ejemplo, si se utilizan armas de racimo contra objetivos militares en una zona en la que se sabe que hay población civil, el criterio de proporcionalidad puede exigir que se tenga en cuenta tanto el riesgo que para dicha población supone la explosión de submuniciones durante el ataque como el resultante de las submuniciones sin estallar en las horas inmediatamente posteriores al ataque. Sin embargo, exigir que se tenga en cuenta el riesgo a plazo más largo que entrañan los REG, y especialmente después de terminado un conflicto o cuando la población civil ha regresado a una zona de la que había huido, es una cuestión totalmente distinta. La magnitud de ese riesgo depende de demasiados factores que no se pueden evaluar en el momento del ataque, por ejemplo si se permitirá a la población civil regresar a una zona y cuándo, las medidas que tomará la parte que controle esa zona para retirar las municiones sin estallar, la prioridad que asigna esa parte a la protección de la población civil, etc. El criterio de proporcionalidad se debe aplicar sobre la base de la información de que razonablemente se disponga en el momento del ataque. Los riesgos que entrañen los REG después de que hayan pasado las secuelas inmediatas de un ataque son demasiado remotos para que resulte posible evaluarlos en ese momento

20. William Boothby precisa el argumento de Greenwood aclarando que lo que éste quiere decir es que el mando militar debe basar su decisión en la información de que disponga, que también pueden tener que tomarse en consideración los riesgos que suponen los REG en las

horas inmediatamente posteriores a un ataque en zonas en las que se sabe que hay población civil, pero que respecto del período siguiente, los riesgos son demasiado remotos para que resulte posible evaluarlos en ese momento¹¹.

21. Boothby también aduce que el mando militar que ordene al ataque realizará su análisis de la proporcionalidad teniendo en cuenta "factores tangibles" tales como:

La ventaja militar que se espera del ataque... los daños previstos a edificios civiles de la localidad atacada y a su contenido, en la medida en que se conozca... si se sabe que hay civiles que se han quedado en la zona, y las pérdidas que podrían sufrir durante el ataque y en las horas inmediatamente posteriores a éste, incluidas las causadas por municiones sin estallar.

22. Boothby aduce que la existencia, y el alcance, de cualquier riesgo a más largo plazo como consecuencia de REG no pueden incluirse en la ecuación porque dependen de variables tales como si la población civil desea regresar pronto a la zona en cuestión; si se permitirá ese pronto regreso; si las autoridades civiles pueden influir e influyen en el comportamiento de la población; el porcentaje de la población que regresará y el momento en que lo hará; si los artefactos sin estallar (ASE) serán señalizados y retirados por la parte que controle el territorio, de conformidad con las normas del Protocolo V, antes de que se permita el regreso; si la población civil recibirá educación sobre los riesgos de los REG, como se contempla en el Protocolo V; si la población civil tendrá en cuenta y pondrá en práctica esas enseñanzas; y si determinados miembros de la población civil manipularán artefactos sin estallar y provocarán su explosión¹².

23. Se concede de buen grado que no puede exigirse a los mandos militares que tengan en cuenta lo "incognoscible", y que únicamente puede incluirse en la ecuación de proporcionalidad

¹¹ William H. Boothby, "Cluster Bombs: Is There a Case for New Law?" (HPCR Occasional Paper Series N° 5, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Universidad de Harvard, otoño de 2005), 30.

¹² William H. Boothby, "Cluster Bombs: Is There a Case for New Law?" (HPCR Occasional Paper Series N° 5, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Universidad de Harvard, otoño de 2005), 31.

lo que se pueda prever como consecuencia de un ataque concreto. Es evidente que las consecuencias no previstas de un ataque no pueden incluirse en la ecuación. Así pues no hay un desacuerdo fundamental con Greenwood y Boothby, pero cabe preguntarse si pueden hacerse afirmaciones tan categóricas como las que parecen hacer estos autores en el sentido de descartar, en el análisis de la proporcionalidad, las consecuencias previstas a plazo más largo para la población civil de las armas que crean REG.

24. Al examinar la proporcionalidad en relación con la norma de las precauciones factibles Boothby observa que:

Lo que se prevé lograr, y en ello se centra esta norma, no es lo mismo que la previsibilidad razonable. Un resultado puede ser previsible pero indeseado. Pueden tomarse precauciones para evitar ese resultado, pero éste puede seguir siendo una posibilidad, aunque indeseada e incluso poco probable. Por lo tanto, debe considerarse como razonablemente previsible, aunque no sea en modo alguno el resultado previsto.

25. Boothby parece equiparar los resultados que son "razonablemente previsibles" con los que son "posibles", aunque indeseados y poco probables. En cambio, según su interpretación, los resultados "previstos" parecen ser aquellos que son a la vez deseados y probables. En el presente documento se reconoce sin duda que la cuestión fundamental de este debate es el significado de la pérdida fortuita "prevista" de vidas de civiles o de los daños previstos a bienes de carácter civil contrastados con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE QUE SE TENGAN EN CUENTA LAS CONSECUENCIAS A MEDIO Y LARGO PLAZO DE LOS REG

A. Significado de daños "previstos" a la población civil

26. Tanto Greenwood como Boothby señalan factores que, en su opinión, no podrían ser evaluados por un mando militar en el momento oportuno. Como ya se ha mencionado, se trata de factores tales como si se prohibirá a la población civil entrar en la zona, y si la retirada de los artefactos sin estallar se realizará de conformidad con el Protocolo V.

27. Es posible que un mando militar no tenga una respuesta precisa a estas preguntas en el momento en que tiene que decidir si autorizar o no un ataque. No obstante, el mando debe tener en cuenta la información de que dispone a fin de adoptar una decisión razonable.

Charles Garraway, a propósito de la norma de la proporcionalidad, ha señalado "la inexistencia de una fórmula matemática. En ese caso es preciso evaluar la buena fe sobre la base de la información de todas las fuentes de que [los mandos militares] puedan razonablemente disponer en el momento oportuno"¹³. Siempre que se contemple el empleo de armas que puedan generar REG en zonas residenciales o en otras zonas frecuentadas por la población civil, las evaluaciones de los daños previstos a la población civil deberán tener en cuenta las conclusiones convergentes de numerosos informes y estudios realizados por organizaciones internacionales y no gubernamentales, muchos de los cuales contienen datos sobre el porcentaje de municiones que no estallan y los efectos de esos artefactos sin estallar sobre la población civil. Esta gran cantidad de información permitirá hacer una proyección de los daños causados a la población civil no sólo a partir de la proporción de artefactos que pueden estallar al hacer impacto, sino también a partir de la proporción de municiones que se prevé que no estallarán. Evidentemente, cuantos más artefactos se utilicen, mayor será el número de municiones (o submuniciones) que no estallen, más grave será el problema de los REG a consecuencia del ataque y mayor será el peligro para la población civil cerca de la zona del ataque.

28. En su examen de la norma de la proporcionalidad, el *Manual de derecho de los conflictos armados del Reino Unido* establece lo siguiente:

Al decidir si un ataque sería indiscriminado, también deberán tenerse en cuenta los efectos previsibles del ataque. Las características del objetivo pueden ser un factor en este sentido. Por tanto, si, por ejemplo, se planifica un ataque de precisión con bombas a un depósito militar de combustible, pero existe un riesgo previsible de que el combustible ardiendo alcance a una zona residencial civil y ocasione daños a la población civil que

¹³ Charles Garraway, *¿Cómo se aborda la cuestión de los restos explosivos de guerra en el derecho internacional actual?* CCW/GGE/XII/WG.1/WP.15 (15 de diciembre de 2005).

serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista, ese bombardeo sería indiscriminado e ilícito debido al daño colateral excesivo¹⁴.

29. Teniendo presente esta pauta, cabe argumentar que algunos de los factores "imposibles de evaluar" descritos por Greenwood y Boothby también estarían presentes en esta hipótesis. En este ejemplo concreto podrían variar además factores tales como la proporción de la población civil que regresará, y cuándo lo hará; y si todo o parte del combustible ardiendo podría extinguirse antes de alcanzar la zona residencial. No obstante, esta hipótesis figura en el *Manual de derecho de los conflictos armados* como ejemplo de un ataque que podría ser "indiscriminado e ilícito". Es interesante señalar que el *Manual* utiliza la expresión "riesgos previsibles" como criterio para determinar los daños fortuitos, que podría sufrir la población civil, y no el criterio preferido por Boothby de que los efectos sean "deseados y probables".

30. Si Boothby tiene razón al afirmar que los daños "previstos" a la población civil deben ser más que una mera posibilidad y sólo incluyen los daños "deseados y probables", los mandos militares podrían eludir la responsabilidad por sus decisiones aduciendo que los efectos de un determinado ataque simplemente no fueron deseados. En este sentido, existe el peligro de alzar demasiado el listón de la responsabilidad. Si "previsto" significa algo más que una mera posibilidad, ciertamente significa también algo menos que lo que se pretende lograr. En el lenguaje penal se habla de imprudencia cuando el presunto autor no tiene la intención de lograr un resultado concreto, pero es imprudentemente indiferente ante la posibilidad de que ese resultado se produzca. Este nivel de responsabilidad penal es distinto del umbral más bajo que determina la negligencia, porque la imprudencia está basada de todos modos en la conciencia subjetiva del autor. La negligencia, en cambio, se basa en el criterio más objetivo de la "previsibilidad razonable". Es posible que, al elegir las armas y seleccionar un objetivo específico, un mando militar no desee que se produzcan determinados resultados, pero la responsabilidad no se refiere únicamente a los deseos del mando militar, sino que también abarca las consecuencias previstas ante las cuales el mando fue imprudentemente indiferente.

¹⁴ Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2006), párr. 5.33.4.

B. Ventaja militar prevista a más largo plazo

31. Los planificadores y los mandos militares tienen sistemáticamente en cuenta no sólo los beneficios militares a corto plazo, sino también las ventajas a más largo plazo. Esta tendencia quedó demostrada en el reciente conflicto del sur del Líbano. Según el informe de los miembros de la misión al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

Un oficial del Gobierno reconoció que las bombas en racimo se utilizaron en parte para impedir que los combatientes de Hezbolá regresaran a las aldeas después de la cesación del fuego¹⁵.

32. La utilización deliberada, sobre la base de una tasa de fallo prevista, de municiones en racimo que dejarán suficientes submuniciones sin estallar como para impedir el acceso de los combatientes enemigos a la zona del ataque bien puede producir una ventaja militar directa y concreta prevista. Esa ventaja prevista es una ventaja a medio y largo plazo. No es una ventaja prevista como resultado inmediato del ataque, sino que es posterior a éste y es consecuencia de las submuniciones que no estallan. Por consiguiente, al realizar el necesario análisis de la proporcionalidad, también deberán tenerse en cuenta los daños previstos a la población civil a medio y largo plazo. El mando militar debe prever que algunos civiles residentes en la zona del ataque intentarán regresar a sus pueblos y volver a trabajar en sus parcelas agrícolas, y que inevitablemente habrá daños fortuitos a la población civil cuando se produzca un contacto con submuniciones sin estallar. Es muy posible que el resultado del análisis de la proporcionalidad sea que la ventaja militar prevista compensa con creces los daños previstos a la población civil. Pero lo importante en este caso es que los daños previstos a la población civil deben tenerse en cuenta -que resulta inaceptable que la ventaja militar prevista se base en un plazo más largo y

¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, misión al Líbano (7 a 14 de septiembre de 2006), documento de las Naciones Unidas A/HRC/2/7, párrs. 55 y 56.

la cuantificación de los daños previstos a la población civil se limite únicamente a los efectos inmediatos del propio ataque.

33. Según el informe de los miembros de la misión al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

Como esos lugares [donde se utilizaron bombas en racimo] están situados a menudo en zonas civiles edificadas o agrícolas, los efectos a largo plazo de estas armas en la población civil deberían haber sido evidentes¹⁶.

34. Al ratificar el Protocolo adicional I, muchos Estados formularon declaraciones de interpretación en relación con los artículos 51 a 58 en el sentido de que "la ventaja militar que se prevé obtener con un ataque debe entenderse como la ventaja que se prevé obtener del ataque considerado en su conjunto, y no sólo de partes aisladas o concretas del mismo"¹⁷. Puede ser muy comprensible que los militares interpreten la ventaja militar concreta y directa prevista en un sentido amplio, pero adopten un criterio restrictivo respecto de "la previsión de que habrá incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas"¹⁸. Por atractiva que pueda ser esta interpretación, no hay nada en la propia fórmula de la proporcionalidad que respalde la aplicación de ese criterio. En la medida en que se prevé que un ataque causará daños a la población civil a medio y largo plazo, al aplicar la ecuación de proporcionalidad deberán tenerse en cuenta esos daños del mismo modo que la ventaja militar de toda la campaña.

35. La noción de que los artefactos sin estallar tienen consecuencias perjudiciales a largo plazo para la población civil ya es muy conocida y es un principio aceptado por todos los Estados

¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, misión al Líbano (7 a 14 de septiembre de 2006), documento de las Naciones Unidas A/HRC/2/7, párrs. 55 y 56.

¹⁷ Esta cita concreta proviene de la declaración de interpretación de Italia en su ratificación del Protocolo adicional I y II el 27 de febrero de 1986 editada en Adam Roberts y Richard Guelff (editores), *Documents on the Laws of War* (2000), 506-7.

¹⁸ Virgil Wiebe, "The Drops that Carve the Stone: State and Manufacturer Responsibility for the Humanitarian Impact of Cluster Munitions and Explosive Remnants of War" (Legal Studies Research Paper Series, Facultad de Derecho de la Universidad de Thomas, 2004), 14.

Partes en la Convención de Ottawa. En la parte pertinente del preámbulo de la Convención, los Estados Partes se declaran:

Decididos a poner fin al sufrimiento y las muertes causados por las minas antipersonal, que matan o mutilan a cientos de personas cada semana, en su mayor parte civiles inocentes e indefensos, especialmente niños, obstruyen el desarrollo económico y la reconstrucción, inhiben la repatriación de refugiados y de personas desplazadas internamente, además de ocasionar otras severas consecuencias muchos años después de su emplazamiento¹⁹.

36. El Centro Internacional de Desminado Humanitario de Ginebra ha señalado que esta parte del Preámbulo refleja que los Estados Parte entienden implícitamente que "la proporcionalidad se aplica a través del tiempo"²⁰.

37. Aquí no se pretende dar a entender que los daños previstos a la población civil a medio y largo plazo serán automática o inevitablemente excesivos en relación con la ventaja militar prevista. Lo que se sostiene en cambio es que, al aplicar la ecuación de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta los efectos previstos a largo plazo, además de los efectos inmediatos y a corto plazo previstos sobre la población civil.

38. En los últimos años, desde que se viene examinando la cuestión de los REG, las organizaciones internacionales y no gubernamentales han investigado los efectos perjudiciales de los REG, en particular de las municiones en racimo, sobre la población civil. En la actualidad hay gran cantidad de información que demuestra la existencia de una correlación directa entre el número de municiones desplegadas, las tasas de fallo y los muertos y heridos entre la población civil o los daños a bienes de carácter civil.

¹⁹ Párrafo 1 del preámbulo, Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, abierta a la firma el 18 de septiembre de 1997, 36 ILM 1507 (en vigor desde el 1º de marzo de 1999) ("La Convención de Ottawa sobre minas antipersonal").

²⁰ Argumento del Centro Internacional de Desminado Humanitario de Ginebra tomado de: GICHD, "Report on States Parties' Responses to the Questionnaire, International Humanitarian Law & Explosive Remnants of War: A Critique by the Geneva International Centre for Humanitarian Demining" 1º de marzo de 2006, 2.

V. DATOS OBTENIDOS SOBRE EL TERRENO ACERCA DE LOS EFECTOS A MEDIO Y LARGO PLAZO DE LOS REG

39. En opinión del Centro, los datos relativos a conflictos pasados ayudan a determinar la probabilidad de que se produzcan efectos en el futuro para la aplicación del análisis de la proporcionalidad. En las decisiones sobre los daños previstos a la población civil o a bienes de carácter civil producidos por armas que pueden generar REG deberían tenerse en cuenta los efectos de esas armas en el pasado.

40. Las organizaciones internacionales y no gubernamentales han realizado amplias investigaciones sobre los daños causados por armas que generan REG y han examinado los factores que determinan estos daños.

41. Por ejemplo, el Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme (UNIDIR) ha llegado a la siguiente conclusión:

La adecuación del derecho internacional humanitario vigente para resolver de manera suficiente los problemas asociados al empleo de municiones en racimo sigue suscitando preocupación. Cada vez son más los llamamientos de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales para que se haga algo respecto de las repercusiones humanitarias de las municiones en racimo, y los Estados están adoptando medidas. A ello se suma una documentación cada vez más abundante sobre los efectos a corto y largo plazo del empleo de municiones en racimo en la población civil²¹.

42. En varios estudios se han analizado datos sobre múltiples conflictos que demuestran sistemáticamente los peligros de los REG para la población civil. Estos informes se han referido a conflictos como los del Afganistán, Albania, la Arabia Saudita, Bosnia y Herzegovina, Camboya, el Chad, Chechenia/la Federación de Rusia, Croacia, Eritrea, Etiopía, el Iraq, Kosovo, Kuwait, Marruecos, Montenegro, Serbia, Sierra Leona, el sur del Líbano, la República

²¹ Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, Rosy Cave, Anthea Lawson y Andrew Sherriff, "Cluster Munitions in Albania and Lao PDR: The Humanitarian and Socio-Economic Impact", UNIDIR 2006, 2.

Democrática Popular Lao, Siria, el Sudán, Tayikistán y Viet Nam²². Todos estos informes han llegado a la conclusión común de que es inevitable que el gran número de submuniciones sin estallar desplegadas en zonas residenciales o agrícolas cause daños a la población civil.

43. En todos los conflictos antes enumerados, las circunstancias de cada uno de los ataques militares han sido siempre distintas. También es cierto que las tasas de fallo varían incluso para armas de la misma categoría, y mucho más si se trata de armas diferentes. Por ejemplo, el UNIDIR ha informado de lo siguiente:

La dependencia de eliminación de artefactos explosivos del Reino Unido de la Brigada Internacional (Centro) determinó que la tasa de fallo de las BLU 97 era del 7,1% y la de las submuniciones BL 755 se evaluó en un 11,8%. En una respuesta a una pregunta por escrito planteada en el Parlamento británico, se informó de que la tasa de fallo de las BL 755 era del 6%. En otros estudios las tasas de fallo de las BLU 97 y las submuniciones BL 755 se han cifrado también en un 20%, mientras que en Kuwait el fallo de las MK 118 llegó a un 30 ó 40%, y se ha informado de que en Kosovo la tasa general de fallo de todos los tipos de submuniciones en racimo fue del 5 al 30%. En Albania, la tasa general de fallo de las submuniciones de la OTAN se situó entre un 20 y un 25% (lo que dejó unas 30 a 60 pequeñas bombas sin estallar por munición, según el tipo), y la de las municiones yugoslavas (serbias) entre un 30 y un 35% (lo que dejó entre 80 y 100 pequeñas bombas sin estallar por munición). Cabe señalar que, al ser interrogados, los desminadores de

²² Véase Handicap International, "Fatal Footprint: The Global Human Impact of Cluster Munitions", informe preliminar, noviembre de 2006; Human Rights Watch, "Cluster Munitions a Foreseeable Hazard in Iraq", documento de información de Human Rights Watch, marzo de 2003; Thomas Nash, "Foreseeable Harm: The Use and Impact of Cluster Munitions in Lebanon: 2006" Landmine Action del Reino Unido, informe, octubre de 2006; Human Rights Watch, "First Look at Israel's Use of Cluster Munitions in Lebanon in July - August 2006" (documento de información presentado por Steve Goose al 15º período de sesiones del Grupo de Expertos Gubernamentales en la Convención sobre ciertas armas convencionales, Ginebra, 30 de agosto de 2006); Human Rights Watch, "Cluster Munitions: Measures to Prevent ERW and to Protect Civilian Populations" (memorando a los delegados en la reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre restos explosivos de guerra en la Convención sobre ciertas armas convencionales, Ginebra, 10 a 14 de marzo de 2003); Landmine Action del Reino Unido, "Explosive Remnants of War: Unexploded Ordnance and Post-Conflict Communities" (2002); Richard Moyes y Thomas Nash, "Cluster Munitions in Lebanon" Landmine Action del Reino Unido, informe (2005).

Albania se mostraron sumamente reticentes a especificar las tasas de fallo de las submuniciones en racimo²³.

44. Pese a las diferentes circunstancias que predominan en los distintos conflictos y a las variaciones de las tasas de fallo de determinadas submuniciones, todos los estudios coinciden en algunos aspectos. Los daños a la población civil son una consecuencia inevitable de las submuniciones sin estallar, que constituyen el legado constante de la amplia utilización de submuniciones en zonas residenciales o agrícolas. El reciente empleo de municiones en racimo en el sur del Líbano ilustra la dura realidad. Los informes indican que las submuniciones sin estallar han contaminado densamente las zonas residenciales y los terrenos agrícolas y han aumentado la incidencia de heridos y muertos entre la población civil.

VI. CONCLUSIÓN

45. Aunque el presente documento se ha centrado en los daños previstos a la población civil en la ecuación de proporcionalidad, no se desea crear la impresión de que no hay otras normas del derecho internacional humanitario que sean pertinentes al empleo de armas que pueden generar REG. Como señalaron los Estados que respondieron al cuestionario y como se ha examinado ampliamente en un informe anterior²⁴, la norma de distinción, la prohibición de los ataques indiscriminados, la obligación de tomar precauciones antes del ataque y durante éste, la obligación de proteger el medio ambiente de los daños generalizados, a largo plazo y graves, y la prohibición de emplear armas que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios también son obligaciones jurídicas extremadamente importantes.

46. En opinión del Centro, es inevitable que se causen daños a la población civil cuando se despliegan armas que se sabe que tienen una tasa de fallo significativa en zonas residenciales o

²³ Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, Rosy Cave, Anthea Lawson y Andrew Sherriff, "Cluster Munitions in Albania and Lao PDR: The Humanitarian and Socio-Economic Impact", UNIDIR 2006, 10. Esta información fue confirmada también por Richard Moyes, de Landmine Action del Reino Unido, en Comments from Richard Moyes, *Testing of M85 Submunitions*, agosto de 2006.

²⁴ Asia Pacific Centre for Military Law, *Report on State Parties' Responses to the Questionnaire*, marzo de 2006.

agrícolas. Esta afirmación se ve sistemáticamente confirmada por todos los datos obtenidos de los conflictos pasados. Aunque no puede saberse el número exacto de municiones o submuniciones que no estallarán, ni puede predecirse el número exacto de muertos y heridos entre la población civil, ello no significa que los daños a la población civil producidos por los artefactos sin estallar sean imprevistos. El empleo de esas armas causará inexorablemente daños a bienes de carácter civil y muertos entre la población civil, y ello deber tenerse en cuenta en la ecuación de proporcionalidad.

47. El ejemplo más reciente de que es inevitable que los artefactos sin estallar causen daños a la población civil se está viendo en el sur del Líbano. El Centro está de acuerdo con la conclusión de los miembros de la misión al Líbano e Israel, que figura en su reciente informe al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de que cabía esperar que las submuniciones sin estallar en el sur del Líbano tendrían consecuencias perjudiciales para la población civil:

La justificación aducida... para el uso de bombas en racimo es que eran el arma más eficaz contra los lugares de lanzamiento de cohetes de Hezbolá. En teoría, este argumento es compatible con la justificación militar para el uso de bombas en racimo antipersonal, ya que el radio en que producen daños es del orden del tamaño de una cancha de fútbol y, por lo tanto, pueden neutralizar lanzadores de cohetes móviles... no es razonable suponer que Israel desconociera que las submuniciones dispersadas por las municiones de racimo tienen una alta tasa de fallo. Así pues, en efecto se tomó la decisión de sembrar una zona ocupada por grandes números de civiles con explosivos pequeños e inestables²⁵.

²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, misión al Líbano (7 a 14 de septiembre de 2006), documento de las Naciones Unidas A/HRC/2/7.