

Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario

Stéphanie Bouchié de Belle*

Stéphanie Bouchié de Belle es funcionaria diplomática del CICR.

Resumen

Este artículo examina los problemas jurídicos asociados a los escudos humanos. La autora comienza examinando la naturaleza absoluta de la prohibición de utilizar escudos humanos y luego estudia las precauciones que debe tomar la parte atacada. Aunque la parte atacada incumpla la prohibición de utilizar escudos humanos, esa infracción no constituye un acto de perfidia y no exime al atacante de sus obligaciones. Como los escudos humanos son civiles, no se trata de objetivos militares legítimos, aunque actúen por propia voluntad, puesto que no participan directamente en las hostilidades. Entre las diversas obligaciones de precaución que incumben al atacante, el principio de proporcionalidad se aplica de manera clásica, incluso en el caso de los escudos humanos voluntarios.

* Stéphanie Bouchié de Belle tiene una maestría en derecho internacional humanitario y ha sido galardonada con el Premio Henry Dunant 2008 por su trabajo sobre los escudos humanos. La autora desea agradecer a Marco Sassòli sus valiosos consejos. Las opiniones expresadas en este artículo corresponden a la autora y no necesariamente reflejan las del CICR.

Introducción

El fenómeno de los “escudos humanos” no es nuevo, pero se ha vuelto más familiar para la opinión pública en los últimos años, a raíz de la cobertura que los medios de comunicación le han dado. Además, en los conflictos actuales, los escudos humanos parecen haber adoptado nuevas formas, tal como lo demuestran numerosos ejemplos.

De los escudos humanos forzados...

Durante la operación “Libertad para Irak”, en 2003, los escudos humanos se utilizaron como técnica de contraataque. “Las fuerzas iraquíes, especialmente los paramilitares de Fedayeen no sólo se cubrieron (ocultaron) en lugares donde había civiles, sino que también obligaron a algunos civiles a cubrir físicamente sus acciones. En algunos casos, se ocultaron detrás de mujeres y niños.”¹ Durante la Guerra del Golfo de 1991, Irak anunció públicamente su intención de usar prisioneros de guerra como escudos humanos para resguardarse de ataques contra sitios estratégicos. También colocó a extranjeros que habían sido tomados como rehenes cerca de diques, refinerías de petróleo y fábricas de acero².

Sin embargo, Irak de ningún modo es el único lugar donde se ha utilizado ese recurso. Otros ejemplos son los conflictos afgano³, checheno⁴ y palestino-israelí⁵, el conflicto en ex Yugoslavia⁶ y el conflicto en Líbano en el verano (boreal) de 2006⁷. Pero el fenómeno de los escudos humanos es complejo, ya que las personas que actúan como escudos humanos en muchos casos lo hacen *voluntariamente*.

- 1 Michael N. Schmitt, ‘The conduct of hostilities during Operation Iraqi Freedom: an international humanitarian law assessment’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 (2003), p. 99.
- 2 Paolo Fusco, ‘Legal status of human shields’, Corso in diritto umanitario internazionale Comitato Internazionale della Croce Rossa e dalla Croce Rossa Polacca Varsavia, Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 2003, disponible en <http://studiperlapace.it/>, p. 6 (consultado en octubre de 2007).
- 3 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 267. En 1997, en relación con el conflicto en Afganistán, la Asamblea General de la ONU instó a las partes afganas a que dejaran de recurrir a escudos humanos.
- 4 Fusco, nota 2 *supra*, p. 10. Ha habido muchas denuncias de que en el conflicto en Chechenia las fuerzas rusas y los combatientes chechenos por la independencia usaron escudos humanos.
- 5 Roland Otto, ‘Neighbours as human shields? The Israel Defense Forces’ “Early Warning Procedure” and international humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, vol. 86, N.º 856 (2004), p. 771. A partir de 2002, el “procedimiento de alerta temprana” permitió a las Fuerzas de Defensa de Israel obtener asistencia de los vecinos palestinos para evacuar casas ocupadas por personas buscadas y convencer a esas personas de que se entregaran.
- 6 Michael Skerker, ‘Just war criteria and the new face of war: human shields, manufactured martyrs, and little boys with stones’, *Journal of Military Ethics*, vol. 3 (2004), p. 29. En 1995, durante el sitio de Sarajevo, las fuerzas serbias encadenaron a observadores de la ONU a objetivos militares para disuadir a las fuerzas internacionales de realizar ataques aéreos.
- 7 El uso de escudos humanos por el Hezbolá en ese conflicto parece haber sido moneda corriente. Una consecuencia fue la muerte de cuatro observadores de la ONU, cuando su puesto de observación en Yemen del Sur fue bombardeado por las fuerzas israelíes.

... a los escudos humanos voluntarios

Muchos recordarán a los civiles serbios tomando posición en los puentes de Belgrado para impedir los bombardeos durante la campaña de la OTAN para proteger Kosovo en 1999⁸, o a los civiles palestinos rodeando los cuarteles de Yasser Arafat en Ramalá en 2003 para anticiparse a un ataque de las fuerzas israelíes. O los activistas por la paz que fueron a Irak en 2003 antes del comienzo de la operación “Libertad para Irak” y que fueron alentados por el Gobierno iraquí a tomar posición en o cerca de los objetivos militares⁹, como las refinerías de petróleo o las estaciones de energía eléctrica¹⁰. Sin embargo, como esos voluntarios extranjeros habían ido hasta allí principalmente para proteger a los bienes civiles, rápidamente se fueron del país¹¹.

El concepto de escudo humano puede abarcar una amplia variedad de situaciones. La técnica se utiliza con cierta frecuencia en conflictos armados asimétricos, donde existe una diferencia importante en cuanto a las armas disponibles para cada una de las partes. ¿Puede justificarse esa práctica, prohibida por el derecho internacional humanitario, por el desequilibrio flagrante entre los beligerantes? ¿Qué estatuto tienen las personas que se utilizan como escudos humanos y de qué protección gozan mientras se libran las hostilidades y después de ser capturadas? Quienes usan escudos humanos y quienes deciden actuar como tales lo hacen para impedir un ataque contra un objetivo militar. ¿Ese razonamiento es válido jurídicamente? Cuando un objetivo militar está protegido por un escudo humano, ¿el atacante está obligado a abstenerse del ataque? Intentaré responder a estas preguntas analizando sucesivamente las diversas cuestiones desde los puntos de vista de la parte atacada, el escudo humano y el atacante.

La prohibición de usar escudos humanos

El término “escudo humano”, tal como se lo emplea en el derecho internacional humanitario, significa que un civil se coloca delante de un objetivo militar, de modo tal que su estatuto de civil disuadirá al enemigo de atacar el objetivo¹². El empleo de escudos humanos está absolutamente prohibido. El derecho también establece que la parte atacada tiene la obligación de tomar precauciones contra los efectos de los ataques.

8 Jean-François Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *International Review of the Red Cross*, N.º 864, 2006, disponible en español en www.cicr.org/spa/revista.

9 Fusco, nota 2 *supra*, p. 7.

10 Josiane Haas, ‘Voluntary human shields: status and protection under international humanitarian law’, in Roberta Arnold and Pierre-Antoine Hildbrand (eds.), *International Humanitarian Law And The 21st Century’s Conflicts: Changes and Challenges*, Editions interuniversitaires suisses – Edis, Lausana/Berna/Lugano, 2005, p. 191.

11 Schmitt, nota 1 *supra*, p. 100.

12 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977 (en adelante, Protocolo I), art. 51(7).

Una prohibición absoluta

Alcance de la prohibición

El problema de los escudos humanos en un conflicto armado internacional se aborda en numerosas disposiciones de los Convenios de Ginebra¹³. La prohibición de utilizar civiles con tal fin fue retomada y ampliada en 1977 por el artículo 51(7) del Protocolo I:

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

Mientras que, en 1949, la prohibición se limitó al ámbito de aplicación del III y el IV Convenios de Ginebra y, por lo tanto, se refirió sólo a los prisioneros de guerra y a las “personas protegidas”, el artículo 51(7) del Protocolo I se refiere y, por ende, protege a la población civil en su conjunto. El alcance de la prohibición de los escudos humanos se extiende entonces no sólo *ratione personae*, sino también *ratione materiae*. La “presencia” de civiles utilizada como escudo humano implica dos tipos de situaciones: situaciones donde los civiles son colocados en el interior o las inmediaciones de objetivos militares y situaciones donde los objetivos militares son colocados en medio de los civiles. El artículo 51(7) también abarca los casos en que los “movimientos”¹⁴ de la población civil se utilizan para encubrir las operaciones militares¹⁵.

13 En el caso de los prisioneros de guerra, el art. 23(1) del III Convenio de Ginebra aborda expresamente la cuestión de los escudos humanos. Dispone que la presencia de un prisionero de guerra no puede utilizarse para “proteger ciertos puntos o lugares contra los efectos de operaciones militares”. El art. 28 del IV Convenio de Ginebra repite la misma formulación que el art. 23(1) del III Convenio en relación con las “personas protegidas”. Tal como se explica en los Comentarios, el término “operaciones militares” tiene la ventaja de abarcar una amplia gama de situaciones, desde los bombardeos aéreos hasta la lucha cuerpo a cuerpo, sea por ejércitos regulares o por grupos como los movimientos de resistencia, que están colocados en la misma categoría que las fuerzas armadas regulares en el art. 4 del III Convenio de Ginebra. La expresión “ciertos puntos o lugares” señala que la prohibición se aplica a sitios pequeños y a superficies amplias. Sin embargo, pese a que el alcance de la prohibición *ratione loci* abarca el propio territorio de los beligerantes, así como el territorio ocupado, su aplicación *ratione personae* se limita a las “personas protegidas” según el art. 4 del Convenio.

14 Esos movimientos pueden ser espontáneos o provocados por una parte en el conflicto o por la potencia ocupante.

15 El Protocolo I también prohíbe el uso de las unidades sanitarias (art. 12.4) y las aeronaves sanitarias (art. 28.1) para proteger de los ataques a los objetivos militares. La expresión “en ninguna circunstancia”, empleada en el art. 12(1), indica que la prohibición es *absoluta*. El carácter absoluto de esa prohibición no se limita al uso de pacientes o del personal de las unidades sanitarias, sino que se aplica a la prohibición general de usar escudos humanos, así sean civiles o prisioneros de guerra, que no acepta excepción alguna. Los expertos jurídicos parecen estar de acuerdo en que se trata de una obligación de resultados absoluta. V. Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 22.

Por último, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, el uso de escudos humanos durante un conflicto armado internacional se incluye dentro de los crímenes de guerra (art. 8(2)(b)(xxiii)).

Para demostrar la existencia de una práctica uniforme y constante y de una *opinio juris* de la comunidad internacional, una fuente posible es la jurisprudencia de los tribunales que enjuiciaron crímenes de guerra después de la Segunda Guerra Mundial¹⁶. Una fuente más reciente es el caso *Fiscal c. Radovan Karadzic y Ratko Mladic* que procesó el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY)¹⁷. También podemos hacer referencia a los manuales militares de algunos Estados, que describen la práctica, así como al derecho interno de algunos países, y a numerosas declaraciones oficiales de los Estados y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), donde se la condena, y que son de cierto valor en ausencia de práctica contraria¹⁸.

No existen normas convencionales que prohíban expresamente el uso de escudos humanos en conflictos armados no internacionales. El artículo 5(2)(c) del Protocolo adicional II simplemente dispone, al igual que el artículo 19 del III Convenio de Ginebra en el caso de los conflictos armados internacionales, la evacuación de las personas privadas de libertad de las zonas de combate, de tal modo que no queden expuestas a los peligros. Además de esa disposición, la prohibición de usar escudos humanos puede estar incluida en el ámbito del artículo 13(1) del Protocolo II, que establece que la población civil y las personas civiles “gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”. Sin embargo, es el derecho consuetudinario el que ofrece la mejor base para afirmar que el uso de escudos humanos también está prohibido en los conflictos armados no internacionales. La prohibición deriva de las obligaciones fundamentales de distinguir entre combatientes y civiles y de tomar las precauciones correspondientes. Además, el uso de escudos humanos suele colocarse en el mismo nivel que la toma de rehenes, que está prohibida por el derecho consuetudinario y también por el artículo 4(2)(c) del Protocolo II¹⁹. Según el Estatuto de Roma, el uso de escudos humanos en un conflicto armado internacional puede ser enjuiciado como crimen de guerra. Sin embargo, ello no es posible cuando el acto se comete en un conflicto armado no internacional.

16 Tribunal Militar de Nuremberg, *The United States of America v. Wilhelm Von Leeb (The German High Command Trial)*, 28 de octubre de 1948; Tribunal Militar Británico, *Student Case*, fallo del 10 de mayo de 1946.

17 El 11 de julio de 1996, tras revisar las condenas, la Sala de Apelaciones confirmó todos los cargos del Fiscal, varios de ellos relativos al uso de escudos humanos: el uso de civiles retenidos en campamentos bosnio-serbios como “escudos humanos” y la toma de miembros de la fuerza de paz de la ONU como rehenes, algunos de los cuales luego fueron utilizados como escudos humanos, “amarrados físicamente o de otra manera... en posibles objetivos de los ataques aéreos de la OTAN”. Este último cargo se clasifica como crimen de guerra.

18 Louise Doswald-Beck y Jean-Marie Henckaerts, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007, (en adelante, “Estudio de derecho consuetudinario”), pp. 384 y ss.

19 La prohibición de usar escudos humanos en conflictos armados no internacionales también es afirmada por el estudio antes mencionado (ibíd., p. 384.) y en Anthony P.V. Rogers y Paul Malherbe (eds.), *Derecho al objetivo: Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*, CICR, Ginebra, 2001, p. 182., apartado 2119.

No existe ninguna disposición en el derecho internacional de los derechos humanos que prohíba expresamente el uso de escudos humanos fuera de las situaciones de conflicto armado. Sin embargo, parece lógico que esa prohibición caiga dentro del ámbito de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁰. El sufrimiento físico y mental infligido, y particularmente el hecho de que en esa situación la persona está esperando una muerte segura e inminente²¹, también pueden servir como fundamento para tal afirmación. Además, si bien los acusados estaban siendo enjuiciados por crímenes de guerra, el TPIY también expresó, en varias oportunidades, la opinión de que el uso de escudos humanos constituía “un trato inhumano” y “un trato cruel”.

Cuestiones recurrentes

Como hemos visto, si bien está claramente establecida, la prohibición del uso de escudos humanos suele ser infringida. La cuestión acerca de cómo deben clasificarse esas infracciones se ha planteado en numerosas ocasiones. Además, si bien la prohibición es clara, algunos problemas jurídicos asociados a ella, en particular los relativos al fenómeno de los escudos humanos voluntarios, parecen serlo menos.

El uso de escudos humanos parece ser una práctica muy “pérfida”, pero ¿se considera un acto de perfidia en términos jurídicos? Algunos expertos sostienen que, en conflictos armados asimétricos, la parte más débil naturalmente se ve obligada a ocultarse en áreas con alta densidad de población de modo tal que para el adversario sea difícil o imposible identificar los objetivos militares²². Sin embargo, “si la población civil es utilizada deliberadamente como una suerte de escudo para proteger a las unidades de defensa, de ningún modo se plantea una cuestión de un tipo de engaño permitido: en ese caso, claramente se trata de un acto de perfidia prohibido”²³. Se podría interpretar que los comentarios del artículo 28 del IV Con-

20 Esta es la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Demiray v. Turkey*, con el telón de fondo de enfrentamientos entre las fuerzas gubernamentales turcas y el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Demiray v. Turkey*, fallo de 21 de noviembre de 2000, Solicitud N° 27308/95. Eric David también ha adoptado la opinión de que el trato inhumano incluye el uso de escudos humanos, que también puede verse como trato humillante o degradante. David, nota 3 *supra*, pp. 680, 683. Por último, en un fallo sobre el tema del “procedimiento de alerta temprana”, el Alto Tribunal de Justicia de Israel sostuvo, en una situación reconocida como conflicto armado internacional, que “Pictet acertadamente observó que el uso de personas como “escudos humanos” es un “acto bárbaro y cruel”. Alto Tribunal de Justicia de Israel, *Adalah – The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. GOC Central Command, IDF*, fallo del 6 de octubre de 2005, p. 11, párr. 21, disponible en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/990/037/a32/02037990.a32.pdf (consultado en octubre de 2007). En ese mismo fallo, un juez del Tribunal también expresó la opinión de que el uso de una persona como escudo humano violaba “su dignidad como ser humano”. *Ibid.*, p. 17.

21 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. United Kingdom*, fallo del 7 de julio de 1989, Solicitud N° 14038/88, en el que la expectativa de una muerte segura fue descrita como característica del fenómeno de la “lista de espera de la muerte”, que el Tribunal considera un trato inhumano.

22 Frédéric de Mulinen, ‘Distinction between military and civilian objects’, en Christian Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2002, p. 113.

23 *Ibid.*

venio de Ginebra afirman lo mismo, en la medida en que contienen un largo pasaje donde se distingue el uso de personas protegidas como escudos humanos de las estrategias de guerra²⁴. Sin embargo, tradicionalmente, las estrategias de guerra siempre son lo opuesto de los actos de perfidia.

En opinión de la autora, a pesar de la prohibición absoluta del uso de escudos humanos, aplicar el término “acto de perfidia” a esos actos no es jurídicamente acertado, dada la definición del término “perfidia” en el derecho internacional humanitario. Esa definición consta de tres elementos. Dos de ellos son subjetivos: un llamamiento a la buena fe del adversario y la intención de traicionar esa buena fe. El tercer elemento es objetivo y consiste en que el engaño debe vincularse a la existencia de una protección ofrecida por el derecho internacional humanitario²⁵. El uso de escudos humanos en verdad se basa en la protección conferida a los civiles o a los prisioneros de guerra por el derecho internacional humanitario, pero el enemigo no es engañado. El estatuto de persona protegida de las personas utilizadas como escudos no es fingido, es genuino. Además, para que un acto quepa en la definición de perfidia y esté prohibido por el artículo 37 del Protocolo I, debe haber sido cometido con la intención de matar, herir o capturar al enemigo²⁶. Algunos autores van aun más lejos y afirman que “si se los utiliza sólo para combates contra objetivos militares sin, por ejemplo, afectar a los combatientes enemigos, están permitidos”²⁷. En el caso de los escudos humanos, el objetivo no es matar, herir o capturar el enemigo, sino *defender* los objetivos militares contra los ataques. Por lo tanto, parecería que el uso de escudos humanos no cabe en la definición de acto de perfidia y menos aún en el de acto de perfidia tal como lo definen el artículo 37 del Protocolo adicional I y la norma consuetudinaria codificada a partir de éste.

El problema de los escudos humanos *voluntarios* no fue abordado explícitamente por los redactores de los Convenios y sus Protocolos adicionales. ¿Ello significa que los escudos humanos voluntarios no están cubiertos por la prohibición de los escudos humanos? Parece improbable. La parte que se beneficia de su presencia no necesariamente tiene que haber ido a buscarlos y colocarlos por la fuerza delante de un objetivo militar. Tampoco es necesario que las personas utilizadas como

24 Jean S. Pictet, *Commentary on the Fourth Geneva Convention, Article 28*, CICR, Ginebra, 1958, p. 208.

25 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 2001, apartado 1500, p. 69. En términos generales, los actos considerados como estrategias de guerra se contraponen a actos equivalentes a perfidia, como en el art. 37 del Protocolo I. El art. 37(1) define e ilustra el concepto de actos perversos, que están estrictamente prohibidos, mientras que el art. 37(2) aborda las estrategias de la guerra, que no están prohibidas. El lector podría concluir que, según el Comentario, el uso de personas protegidas como escudos humanos no es una estrategia de guerra y, por lo tanto, es un acto de perfidia.

26 *Ibid.*, p. 605, apartado 1491. Michael Bothe, Karl Josef Parsch y Waldem A. Solf, *New Rules for victims of armed conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1982, pp. 203-204; Stefan Oeter, ‘Methods and means of combat’, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, p. 201. Esa prohibición forma parte del derecho consuetudinario en conflictos armados internacionales como no internacionales, independientemente de las dudas que puedan surgir en cuanto al carácter consuetudinario del factor “captura”. Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, pp. 247-253.

27 Oeter, nota 26 *supra*, pp. 201-202.

escudos humanos no sepan que se las está utilizando de ese modo²⁸. Por el contrario, parece que esa prohibición “se aplica cuando los civiles son tomados como rehenes y cuando se han ofrecido voluntariamente a escudar objetivos militares”²⁹. El elemento esencial en la prohibición del uso de escudos humanos es más bien la intención de usar la presencia de seres humanos como escudos para proteger un objetivo militar. Esto queda corroborado por los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional³⁰. El elemento material es desplazar o aprovechar la ubicación de las personas protegidas; el elemento mental es la intención de proteger un objetivo militar de los ataques o escudar, facilitar o impedir operaciones militares. No hay ningún indicio acerca del requisito de que la persona usada como escudo desconozca que lo está haciendo o sea obligada a hacerlo. Sin embargo, el criterio de intención siempre es delicado. ¿Cómo se puede estar seguro de que la tolerancia o la inacción en relación con las personas que se han colocado voluntariamente en sitios estratégicos deberían interpretarse como una intención de aprovechar su presencia para resguardar un objetivo militar de los ataques? Sin embargo, se puede llegar inductivamente a la conclusión de que ha existido esa intención sobre la base de las circunstancias de los hechos³¹.

Si las autoridades permiten que eso suceda sin tomar ninguna medida, ello se podría considerar como un signo de la intención de utilizar escudos humanos, dado que, además de la obligación negativa absoluta de hacerlo, las autoridades tienen obligaciones positivas, aunque relativas, de tomar varias medidas de precaución, incluida la de mantener a los civiles alejados de los objetivos militares.

28 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 25.

29 Haas, nota 10 *supra*, p. 207.

30 Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de los Estados Partes en la CPI, 9 de septiembre de 2002.

31 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 26: “Por ejemplo, el hecho de que los civiles se reúnan en un puente con valor militar para protestar contra la destrucción de otros puentes similares por el enemigo probablemente no implicará una intención por parte del beligerante. Sin embargo, si en el mismo puente, los manifestantes instalan un campamento por un largo período de tiempo y las autoridades no toman ninguna medida para alejarlos del lugar, esa inacción dará lugar a una clara suposición de que las autoridades se proponen utilizar la presencia de los civiles para proteger el puente de un ataque enemigo. Surgirá una suposición aún más clara de esa intención si los voluntarios civiles son instruidos por las fuerzas armadas acerca de qué sitios militares deben ser “protegidos.””

La obligación relativa contenida en el artículo 58³²

El artículo 58 del Protocolo adicional I, titulado “Precauciones contra los efectos de los ataques”, establece obligaciones que incumben a la parte atacada que, si bien no son absolutas, están directamente vinculadas a la cuestión de los escudos humanos y consolidan la prohibición de su uso:

“Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

- a. se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 49 del IV Convenio, 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;
- b. evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
- c. tomarán 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.”³³

32 Debemos observar que existe un debate en torno a si el art. 58 representa o no el derecho consuetudinario, sobre todo en los conflictos armados no internacionales. Según el estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, las obligaciones contenidas en esa disposición forman parte del derecho consuetudinario, al menos en un conflicto armado internacional. Cf. Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, pp. 68, 71, 74; v. también Jean-Marie Henckaerts, “The conduct of hostilities: target selection, proportionality and precautionary measures under international humanitarian law”, en Cruz Roja Noruega, *Protecting Civilians in 21st-Century Warfare*, 2001, p. 20. Sin embargo, el Estudio considera que existen muchas razones para sostener que esas normas forman parte del derecho internacional general aplicable a los conflictos armados no internacionales. Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, p. 81 y ss. Sin esas medidas de precaución, la protección general conferida a la población civil por el art. 13(1) del Protocolo II contra los peligros derivados de las operaciones militares sería letra muerta. Sin embargo, no todo el mundo comparte esta opinión. Para J. Gardam, si bien el art. 51(7), que es complementario del art. 58, es una norma consuetudinaria, el art. 58 es un “desarrollo nuevo”. Judith G. Gardam, *Non-Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, p. 156. Según M. Sassòli y L. Cameron, sólo Estados Unidos e Irak han sostenido en alguna oportunidad que la obligación de no colocar objetivos militares en áreas con alta densidad de población no es consuetudinaria, y que sólo la prohibición de usar escudos humanos es verdaderamente consuetudinaria. Marco Sassòli y Lindsey Cameron, “The protection of civilian objects – current state of the law and issues *de lege ferenda*”, en Natalino Ronzitti y Gabriella Venturini (eds.), *Current Issues in the International Humanitarian Law of Air Warfare*, Eleven, Utrecht, 2006, pp. 72, 73

33 Para más detalles sobre las obligaciones tanto positivas como negativas (abstención), en el art. 58, v. Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2244, p. 967; *ibid.*, apartados 2246, 2247, p. 969; *ibid.*, apartados 2250, 2251, 2254, 2256, 2257, p. 969 y ss. V. también Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.4.2; *ibid.*, p. 373, apartado 2.5; *ibid.*, p. 374, apartado 2.8; Doswald-Beck y Henckaerts, nota 18 *supra*, Norma 22, p. 77 y ss; Quéguiner, nota 8 *supra*; Jean-François Quéguiner, “Le principe de distinction dans la conduite des hostilités, un principe traditionnel confronté à des défis actuels”, tesis doctoral, Universidad de Ginebra, 2006, p. 403; Frédéric de Mulinen, *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas*, CICR, Ginebra, 1989, p. 108, apartado 439; *ibid.*, p. 109, apartados 443-444; *ibid.*, p. 109, apartado 445; de Mulinen, nota 22 *supra*, p. 111; Oeter, nota 26 *supra*, p. 167; Rogers y Malherbe, nota 19 *supra*, p. 78, apartado 1201.5.b, 1205.5.c.; Hans-Peter Gasser, “Protection of the civilian population”, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 223-224.

Esas obligaciones son vinculantes para toda parte que tenga control sobre la población civil de que se trate, sean miembros de su propia población o extranjeros, refugiados u otras personas. Todo territorio bajo la autoridad *de facto* de la parte debe tener el beneficio de esas medidas de precaución. Esto se aplica a los territorios ocupados, así como a los territorios nacionales³⁴. Algunos Estados percibieron que imponerles la obligación de tomar medidas que deberían aplicar en su propio territorio era una interferencia en su soberanía³⁵. Para responder a esas preocupaciones, se añadió la expresión “hasta donde sea factible” para calificar esas obligaciones. A diferencia de la prohibición del uso de los escudos humanos, esas obligaciones no son absolutas. Sin embargo, no son meras recomendaciones piadosas, tal como afirman algunos comentaristas³⁶, sino verdaderas obligaciones jurídicas que vinculan a los Estados. Alejar a los civiles de los objetivos militares, evitar colocar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas y tomar las medidas de precaución necesarias para proteger a los civiles forman el objetivo general al que debe tenderse dentro de lo posible, tomando en cuenta las circunstancias, la factibilidad y la ventaja militar prevista³⁷. Por lo que respecta a la obligación de tomar las medidas de precaución necesarias para proteger a los civiles, es posible utilizar soldados con tal fin³⁸. Sin embargo, como pueden ser atacados legítimamente, su mera presencia es un factor de riesgo para los civiles que se supone deben proteger. De modo que el atacante debe observar la obligación de tomar precauciones, sobre todo las vinculadas al principio de proporcionalidad, a fin de dar a los escudos humanos la protección a la que tienen derecho. Esa protección deriva, ante todo, del estatuto jurídico que tienen los escudos humanos.

Estatuto y protección de los escudos humanos

La protección a la que una persona usada como escudo humano tiene derecho dependerá, en gran medida, del estatuto jurídico de esa persona. Tanto el estatuto como la protección han dado lugar a controversias, sobre todo por las diversas interpretaciones de algunos conceptos fundamentales del derecho que rige la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales. Esos conceptos también plantean problemas cuando se trata de trasponerlos a las situaciones de conflictos armados internos.

El estatuto jurídico de los escudos humanos: ¿son personas civiles o no?

No se trata simplemente de asignarle una etiqueta a una persona a los fines de la adecuación jurídica. Definir el estatuto jurídico de los escudos humanos, es

34 Sandoz, Swinarski y Zimmermann (eds.), nota 25 *supra*, apartado 2255, p. 970. Las potencias ocupantes no pueden “descuidar la suerte que pueda correr la población del territorio ocupado y tener sólo en cuenta las necesidades y la salvaguardia de sus tropas”.

35 Cf. Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.3.

36 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 129

37 Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 372, apartado 2.4.2.

38 Gasser, nota 33 *supra*, p. 224.

decir determinar si esas personas son combatientes o civiles, tiene algunas consecuencias. La primera de ellas se relaciona con la conducción de las hostilidades. En aplicación del principio fundamental de distinción, sólo los objetivos militares pueden ser atacados³⁹. Los civiles⁴⁰ no pueden ser atacados en ninguna circunstancia, siempre y cuando no participen directamente en las hostilidades⁴¹. Si el escudo humano es un civil, goza de la protección asociada al estatuto de civil y no puede ser objeto de los ataques. Sin embargo, si el escudo humano es considerado un combatiente, se convierte en un objeto legítimo de los ataques. Lo mismo se aplica a los civiles que participan directamente en las hostilidades, mientras dure esa participación⁴². Una segunda consecuencia deriva de las opciones de detención. En el caso de un combatiente que cae en poder del enemigo, el enemigo puede detenerlo mientras dure el conflicto sin necesidad de otra razón más que su estatuto de combatiente. Sin embargo, si un escudo humano es un civil, se necesitan razones para detenerlo⁴³. También deberían aplicarse varias garantías⁴⁴. Durante su detención, un combatiente gozará del ampliamente regulado estatuto de prisionero de guerra (v. III Convenio de Ginebra de 1949). Por último, en ninguna circunstancia puede enjuiciarse a un combatiente por el simple hecho de haber participado en las hostilidades, es decir por actos lícitos de guerra que haya realizado. En cambio, un civil que haya participado directamente en las hostilidades puede ser enjuiciado no sólo si ha cometido crímenes de guerra, sino también por el mero hecho de haber tomado las armas.

En el derecho internacional humanitario, toda persona es civil o combatiente. Por supuesto que difícilmente se pueda considerar que es un combatiente la persona que es mantenida y colocada delante de un objetivo militar contra su voluntad. Sin embargo, esa cuestión se plantea en relación con los escudos humanos voluntarios. Hay quienes opinan que una persona que se coloca deliberadamente delante de un objetivo militar a fin de protegerlo de los ataques es un combatiente. Sin embargo, los escudos humanos no caben en la definición de combatiente tal como figura en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra o en el artículo 43 del Protocolo I. No pertenecen a las fuerzas armadas de una parte en un conflicto y, aunque sean persuadidas por una parte en el conflicto de actuar como escudos humanos en

39 Protocolo adicional I, arts. 48 y 52(2).

40 Protocolo adicional I, art. 51(2) y Protocolo adicional II, art. 13(2).

41 Protocolo adicional I, art. 51(3) y Protocolo adicional II, art. 13(3).

42 *Ibid.*

43 En territorios ocupados, las personas protegidas sólo podrán ser internadas “por razones imperiosas de seguridad”, IV Convenio de Ginebra, art. 78. En territorios no ocupados, “el internamiento o la residencia forzosa de las personas protegidas no podrá ordenarse más que si la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario”, IV Convenio de Ginebra, art. 42.

44 Procedimiento legítimo y organismo competente, incluso organizado por la Potencia ocupante, derecho a apelar, celeridad del proceso y revisión periódica de la decisión de internamiento, cada seis meses dentro de lo posible, art. 78. “Toda persona protegida que haya sido internada o puesta en residencia forzosa tendrá derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente, instituido con esta finalidad por la Potencia detenedora, considere de nuevo, en el más breve plazo, la decisión tomada a su respecto.” IV Convenio de Ginebra, art. 43. “El tribunal o el consejo administrativo examinará periódicamente, y por lo menos dos veces al año, el caso de dicha persona, a fin de modificar en su favor la decisión inicial, si las circunstancias lo permiten”. *Ibid.*

su beneficio, es difícil imaginar que pertenezcan a una organización con un mando responsable de esa parte, sobre todo cuando son voluntarios, como en Irak. Un signo distintivo es una posibilidad, pero su finalidad no será distinguirlos de la población civil sino, por el contrario, señalar que son miembros de la población civil. Después de todo, lo que un escudo humano hace es jugar con la preocupación del enemigo de no correr el riesgo de matar o herir a civiles, a fin de evitar un ataque militar. Se puede considerar que un escudo pertenece a un grupo organizado, por ejemplo una organización no gubernamental pacifista, si no está armado o no porta armas abiertamente.

En general, el estatuto de civil determina la protección a la que tiene derecho una persona. Sin embargo, el caso de los escudos humanos voluntarios plantea cuestiones especiales. La protección conferida a un civil varía en función de si participa directamente en las hostilidades o no. También se puede analizar en qué medida el hecho de actuar como escudo humano voluntario puede considerarse un crimen.

¿De qué protección gozan los escudos humanos?

Todos los civiles deberían gozar de protección contra los efectos de las hostilidades y no ser objeto de los ataques⁴⁵. De modo que lo mismo es válido para los escudos humanos. Sin embargo, esa protección de que gozan los civiles va a la par con la prohibición de participar directamente en las hostilidades⁴⁶. Si los civiles participan directamente en las hostilidades, su protección cesa mientras dure esa participación, y pueden ser objeto de un ataque lícito. En el caso de los escudos humanos *voluntarios*, se plantea la cuestión en los términos siguientes: si puede considerarse que el voluntario está participando en las hostilidades, pierde su protección como civil mientras dure esa situación. Si es capturado, podría ser enjuiciado simplemente por haber participado en las hostilidades, como hemos visto antes. Si deseamos comprender los riesgos reales que corre un escudo humano voluntario, debemos determinar si sus actos pueden verse como una participación directa en las hostilidades. Al mismo tiempo, es interesante examinar el fenómeno de los escudos humanos voluntarios teniendo en cuenta que el uso de escudos humanos está calificado como crimen de guerra.

La dificultad de considerar que actuar como escudo humano voluntario equivale a participar directamente en las hostilidades

Los expertos están divididos en torno a la cuestión de si actuar como escudo voluntario equivale o no a participar directamente en las hostilidades⁴⁷. Son varios los juristas que consideran que actuar como escudo humano voluntario —es decir, tratar deliberadamente de evitar un ataque contra un objetivo militar— es un

45 Protocolo adicional I, art. 51.

46 Protocolo adicional I, art. 51(3).

47 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, Participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, coorganizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Instituto TMC Asser, La Haya, 25-26 de octubre de 2004, p. 6.

acto equiparable a participar directamente en las hostilidades⁴⁸. De ello se desprende que los escudos humanos voluntarios pierden su protección como civiles porque participan directamente en las hostilidades⁴⁹. Según ese análisis, los escudos humanos actúan exactamente de la misma manera que los sistemas de defensa contra ataques aéreos, sólo que con mayor eficacia⁵⁰. El Alto Tribunal de Justicia de Israel adoptó una posición similar en un reciente fallo sobre las ejecuciones selectivas de “terroristas”, en la que examinó la cuestión de qué derecho se aplica a los civiles que actúan como escudos humanos. El Tribunal halló que “si lo hacen por propia voluntad, sin el apoyo de una organización terrorista, deberían ser considerados como personas que participan directamente en las hostilidades”⁵¹. Pero hay otros expertos que no comparten esa opinión y sostienen que sería incorrecto afirmar que las personas que voluntariamente se colocan delante de un objetivo legítimo participan directamente en las hostilidades⁵².

Los actos hostiles no necesariamente conllevan el empleo de armas ni la participación directa en las hostilidades necesariamente conlleva un “ataque”⁵³. Los ataques incluyen actos ofensivos y defensivos⁵⁴. Por lo tanto, sería posible considerar que los escudos humanos voluntarios que se colocan, sin armas, delante de objetivos militares para evitar un ataque, en otras palabras, para defenderlo, participan directamente en las hostilidades.

Sin embargo, los “actos hostiles” y “la participación directa en las hostilidades” pueden definirse como “actos que, por su naturaleza o por su propósito, están destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas”⁵⁵. Si adoptamos esa definición de participación directa en las hostilidades, las acciones de los escudos humanos voluntarios no caben del todo en ella. Los escudos humanos voluntarios no atacan a las fuerzas enemigas; tan sólo protegen, mediante una actitud pasiva, al personal o al material de sus propias fuerzas armadas. Se podría hacer una extrapolación y decir que atacan a las fuerzas adversas de forma indirecta, dado que al proteger a su propio personal y material militar, los preservan y les permiten atacar al enemigo. Sin embargo, esa interpretación no cuadra con el empleo del término “concreto” y menos aún con el Comentario, que describe la participación directa en las hostilidades como actos “que representan una amenaza directa para la parte adversa”⁵⁶. Incluso si pudiera decirse

48 Dinstein, nota 36 *supra*, p. 130.

49 Schmitt, nota 1 *supra*, p. 100.

50 Michael N. Schmitt, “Targeting and humanitarian law: current issues”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), p. 95.

51 Alto Tribunal de Justicia de Israel, *The Public Committee v. The Government of Israel*, fallo del 14 de diciembre de 2006, párr. 36, disponible en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf (consultado en octubre de 2007).

52 Laurent Colassis, citado por Ludovic Monnerat, *Le problème des boucliers humains volontaires dans les opérations contemporaines*, CheckPoint, sitio informativo del ejército suizo, 15 de marzo de 2003, disponible en www.checkpoint-online.ch/CheckPoint/Monde/Mon0047-ProblemeBoucliersHumains.html (consultado en noviembre de 2008).

53 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 863, apartado 1943.

54 Protocolo adicional I, art. 49.

55 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 864, apartados 1942 y 1944.

56 Bothe, Partsch y Solf, nota 26 *supra*, p. 301, párr. 2.4.1.

que los escudos humanos representan una amenaza para la parte adversa porque protegen a los objetivos militares que también representan una amenaza, aquella amenaza no es inmediata. Pese a que, sin duda, podría contribuir a la “capacidad bélica” de un Estado, la participación de los escudos humanos no es sino indirecta. De modo que no puede considerarse que los escudos humanos voluntarios participen directamente en las hostilidades.

De todos modos, el grado de concreción o de inmediatez que debe tener una amenaza para ser considerada como participación directa en las hostilidades es difícil de definir. El Alto Tribunal de Justicia de Israel⁵⁷ ha adoptado la opinión de que el carácter “directo” de la participación no debería limitarse sólo a la persona que comete el acto físico del ataque. Quienes la han enviado también “participan directamente”. Dicho esto, “la participación directa en las hostilidades implica un nexo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo, en el momento y en el sitio en que esa actividad se ejerce”⁵⁸. Sin embargo, la principal dificultad consiste en determinar la intensidad requerida para crear esa relación causal. Parecería importante no adoptar una posición demasiado amplia: interpretarla en forma demasiado laxa significa equiparar muy fácilmente la acción de los escudos humanos voluntarios a una participación directa en las hostilidades, lo que significaría, como han señalado algunos expertos, que podrían ser atacados “durante su preparación, en particular cuando se estén desplazando hacia el objetivo militar que se proponen proteger con su presencia”⁵⁹. Sin embargo, no existe la necesidad militar de atacarlos cuando no están protegiendo un objetivo militar. Tampoco hay necesidad de atacar a la propia persona que actúa como escudo humano, además del objetivo militar que está tratando de proteger⁶⁰. Si se fuerza demasiado la relación causal, prácticamente todo podría verse como una participación directa en las hostilidades, incluida la actitud de la población civil en general, porque socavando la moral de la población, se puede debilitar su apoyo al Estado y, por ende, al Estado mismo. En ese caso, desaparecería el principio fundamental de distinción y se daría carta blanca a la guerra total. Por último, como señalan varios expertos, la relación causal no debería interpretarse demasiado ampliamente porque el derecho debe poder ser aplicable en el terreno⁶¹.

En todo caso, se puede afirmar sin lugar a dudas que los actos de los escudos humanos voluntarios no encajan fácilmente en lo que consideramos una participación directa en las hostilidades. Además, sostener lo contrario parece totalmente contraproducente. Lo especial de los escudos humanos es que su estatuto de civiles, que los vuelve “inatacables”, se utiliza para proteger un objetivo militar. Pero

57 *The Public Committee v. The Government of Israel*, nota 51 *supra*, párr. 37. V. también William J. Fenrick, ‘The targeted killings judgment and the scope of direct participation in hostilities’, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, N° 2 (2007), p. 336.

58 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, p. 718, apartado 1679.

59 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, nota 47 *supra*, p. 6.

60 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 96.

61 Informe sumario, Tercera Reunión de Expertos sobre la Noción de Participación Directa en las Hostilidades, coorganizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Instituto TMC Asser, Ginebra, 23-25 de octubre de 2005, p. 30, disponible en [www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf) (consultado en septiembre de 2007).

si participaran directamente en las hostilidades, podrían ser objeto de los ataques. De modo que su presencia delante de un objetivo militar sería completamente inútil. En ese caso, nadie iría voluntariamente a colocarse delante de un potencial objetivo... A su vez, puede verse que, desde el punto de vista de la participación directa en las hostilidades, hay diferentes tipos de escudos humanos voluntarios. Parece haber poco en común entre un escudo humano que se coloca en el techo de una plataforma de lanzamiento de misiles y, tomando un ejemplo citado por un experto, “una somalí que cruza la calle con los brazos abiertos y oculta detrás de ella a uno o dos combatientes, que disparan sus armas desde atrás de su largo vestido blanco”⁶². En el caso *Tadic*, el TPIY adoptó un enfoque caso por caso:

“Es innecesario definir exactamente la línea que divide a los que participan directamente en las hostilidades y a los que no participan. Alcanza con examinar los hechos relevantes de cada víctima y evaluar si, en las circunstancias de cada caso, esa persona participó directamente en las hostilidades en el momento de que se trate.”⁶³

De modo que no podemos afirmar en términos generales y absolutos que la acción de un escudo humano voluntario se equipara o no a una participación directa en las hostilidades. Ello sólo puede evaluarse a través de un análisis *in concreto* de la manera en que el escudo humano trata de proteger al objetivo militar.

Cuando se trata de determinar si un escudo humano voluntario, al defender un objetivo militar, participa o no de las hostilidades, el criterio de escudo real, *físico* que constituye contra un potencial ataque parece ser una solución interesante y posible. Por ejemplo, para llegar a atacar un objetivo militar delante del cual se ha colocado una multitud de personas, una división de infantería tendría que enfrentarse a esa multitud. En cambio, un pequeño número de escudos humanos colocados cerca de un objetivo militar para protegerlo de un ataque aéreo no constituye un obstáculo real para la parte atacante en el sentido *material* del término. En ese caso, la presencia de escudos humanos es sólo un obstáculo *jurídico* para el atacante, que duda en atacar sólo por el temor de las repercusiones políticas y mediáticas que podrá tener el hecho de violar el derecho internacional humanitario. De modo que sería demasiado audaz declarar que un obstáculo de esa naturaleza sería una participación directa en las hostilidades.

Los riesgos inherentes que corren los escudos humanos voluntarios

Dado que, en la mayoría de los casos, no puede equipararse la acción de los escudos humanos voluntarios a una participación directa en las hostilidades, aquellos conservan la plena protección que les confiere el estatuto de civiles. No obstante, queda claro que su posición delante de un objetivo militar hace que su situación sea más peligrosa que la de un civil que no está cerca de un objetivo militar potencial. Su condición puede compararse a la de los trabajadores de las fábricas de

62 Informe sumario, Segunda Reunión de Expertos, nota 47 *supra*, p. 7.

63 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, fallo del 7 de mayo de 1997, Caso N.º IT-94-I-T, párr. 616.

municiones⁶⁴. Como civiles que sólo participan indirectamente en las hostilidades, esos trabajadores siguen gozando de protección⁶⁵.

La idea del riesgo “ordinario” al que esos civiles se exponen se halla en los escritos de Frédéric de Mulinen: “Las personas civiles que estén en el interior del objetivo militar o en sus inmediaciones comparten el peligro al que éste está expuesto”⁶⁶.

En el caso específico de los escudos humanos voluntarios, Josiane Haas parece compartir esa opinión:

“Si bien los escudos humanos voluntarios no pierden su derecho a recibir protección como civiles, pueden perder *de facto* esa protección al permanecer cerca de los objetivos militares. Al igual que los periodistas incorporados en las unidades militares, los escudos humanos voluntarios pierden la protección conferida a los civiles que no participan directamente en las hostilidades a causa de su proximidad a un objetivo lícito, siempre y cuando, obviamente, el ataque no sea indiscriminado. De modo que actúan a su *riesgo* y ventura.”⁶⁷

Luego continúa diciendo que el atacante está obligado por los principios de distinción y proporcionalidad. En resumen, los escudos humanos no pierden su protección como civiles. Simplemente se encuentran cerca de un objetivo militar y, por ello, “correrán el riesgo de convertirse en víctimas de un ataque legítimo contra el objetivo que están resguardando”⁶⁸.

64 Human Rights Watch, ‘International humanitarian law issues in a potential war in Iraq’, 20 de febrero de 2003, disponible en <http://hrw.org/backgrounder/arms/iraq0202003.htm#1> (consultado en septiembre de 2007).

65 A primera vista, Dinstein no parece ser de esa opinión: “Estos civiles no gozan de inmunidad mientras se encuentran trabajando”. Dinstein, nota 36 *supra*, pp. 124-125. Sin embargo, hay motivos para suponer que Dinstein no se refiere a la pérdida de inmunidad jurídica, sino a una pérdida *de facto*. Continúa diciendo: “si las plantas industriales son lo suficientemente importantes (las fábricas de municiones serían el paradigma), las víctimas civiles —incluso en gran número— por lo general entrarían en el rubro de daños incidentales aceptables”. *Ibid.* De modo que si los trabajadores no están protegidos, según Dinstein, ello se debe a que se ha realizado el cálculo de la proporcionalidad y no ha resultado en su favor, es decir que los jefes militares han adoptado la opinión de que la ventaja militar es tal que los daños incidentales son aceptables (retomaré la cuestión de la proporcionalidad), y no porque se encuentran en el interior de un objetivo militar. “Al salir de la fábrica, los trabajadores civiles dejan de correr el *riesgo* de ser atacados” (el subrayado es nuestro) o, más precisamente, de exponerse al riesgo de un ataque contra el objetivo militar que se está decidiendo (después de una evaluación de la proporcionalidad) y de sufrir sus consecuencias. *Ibid.* Espero que esta interpretación de la opinión de Dinstein sea la correcta, pues continúa diciendo que “si los trabajadores vivieran en la “zona de ataque”, tampoco estarían protegidos en sus hogares”. *Ibid.* Además, extiende esta opinión a otros civiles, como los que acompañan a las fuerzas armadas y los que se acercan a los objetivos militares, como las principales rutas de transporte: “Cuando en tiempo de guerra, los civiles viajan por una carretera importante, toman un tren, van a un aeropuerto, etc., corren un *riesgo* en caso de ataque aéreo” (el subrayado es nuestro). *Ibid.* Sin duda, parecería que Dinstein se está refiriendo a los riesgos *de facto* y no a la pérdida de la protección jurídica, pues una vez más se refiere al principio de proporcionalidad: “Dada la significativa ventaja militar que por lo general se puede obtener de la destrucción de un puente ubicado estratégicamente, un número relativamente alto de civiles suele considerarse un daño incidental razonable” (debería recordarse que el cálculo de la proporcionalidad es una prueba que debe aplicarse *in concreto*, en función de “las circunstancias del caso”). *Ibid.*

66 De Mulinen, nota 33 *supra*, p. 14, párr. 56.

67 Haas, nota 10 *supra*, p. 210 (el subrayado es nuestro).

68 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 27.

¿Son los escudos humanos criminales de guerra?

Como hemos visto, usar escudos humanos es uno de los actos clasificados como crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, específicamente en el artículo 8(2)(b)(xxiii). De modo que podemos preguntarnos si una persona que se coloca delante de un objetivo militar también está cometiendo un crimen de guerra, ya que esa persona pierde su estatuto de civil.

Según los Elementos de los Crímenes, adoptados en 2002, los elementos del crimen de guerra de usar personas protegidas como escudos son:

1. Que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera.
2. Que el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Las últimas tres condiciones puede ser perfectamente reunidas por un escudo humano voluntario. Sin embargo, el primer elemento plantea un problema. Queda bastante claro que los redactores estaban haciendo referencia a las personas que se han desplazado o que han aprovechado la presencia de personas protegidas para resguardar un objetivo militar y, en el caso de los escudos humanos voluntarios, no los escudos mismos. Los elementos de este crimen sugieren que la prohibición se refiere a usar a *otros* civiles o a exponerlos a un peligro. Debería recordarse que los principios del derecho penal no deben interpretarse en forma restrictiva, y que no está permitido razonar por analogía. Además, si un civil que participa directamente en las hostilidades no es *ipso facto* un criminal de guerra, uno puede preguntarse *a fortiori* por qué los escudos humanos de los que, como hemos visto, apenas puede considerarse que participan directamente en las hostilidades, deberían ser considerados como tales⁶⁹.

Los escudos humanos en los conflictos armados no internacionales

En los conflictos armados no internacionales, como en los internacionales, los civiles no pueden ser objeto de los ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades⁷⁰. Mientras dure esa participación, pueden ser atacados legítimamente. El significado de la participación directa en las hostilidades es el mismo así se trate de un conflicto internacional o no internacional. De modo que podemos considerar que las conclusiones a las que hemos llegado en torno al estatuto y la

69 También podría plantearse la cuestión de la complicidad de los escudos humanos voluntarios en los crímenes de guerra cometidos por los beligerantes que se aprovechan de su presencia.

70 Protocolo adicional II, art. 13(3).

protección de los escudos humanos, sean voluntarios o no, pueden trasladarse al marco de los conflictos armados internos. Los civiles utilizados por una parte en conflicto para resguardar su material o su personal militar siguen siendo civiles, y no debe considerarse que los que voluntariamente actúan de ese modo están participando directamente en las hostilidades. El atacante tiene la obligación de no atacar a los escudos humanos.

Obligaciones del atacante respecto de los escudos humanos

La parte atacada tiene la obligación absoluta de no usar escudos humanos. Pero si la parte atacada viola esa prohibición, puede plantearse la cuestión acerca de cómo reaccionaría el atacante que sabe de esa obligación. En otras palabras, ¿puede atacar el objetivo militar a pesar de la presencia de escudos humanos que están protegiéndolo? En caso afirmativo, ¿cómo?

La posibilidad de atacar un objetivo militar protegido por escudos humanos o recurrir a la clásica prueba de la proporcionalidad

Una cuestión que puede plantearse, para empezar, es si el hecho de que la parte adversa haya violado las obligaciones que tiene en virtud del derecho internacional humanitario al usar escudos humanos exime a la otra parte de algunas de sus obligaciones. Ello no sería imposible habida cuenta de que unánimemente se acepta la inaplicación del principio de *tu quoque* (principio de reciprocidad) en el derecho internacional humanitario⁷¹. El artículo 51(8) del Protocolo I afirma 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 Artículo 57”. La obligación que incumbe a un Estado beligerante de preservar a la población civil y tomar las medidas prescritas a tal efecto no depende de que el adversario observe la prohibición de usar escudos humanos. Sin embargo, si bien la parte atacante tiene la obligación permanente de preservar a los civiles, incluidos los escudos humanos, ello no significa que en todos los casos debe abstenerse de atacar al objetivo militar protegido por los escudos humanos. Así como la presencia de objetivos militares en una zona ocupada por la población civil no despoja a esas personas de su estatuto de civiles⁷², “un objetivo militar sigue siendo tal aunque en el mismo haya personas civiles”⁷³ o en sus inmediaciones. Los objetivos militares protegidos por escudos humanos no dejan de ser objetivos legítimos de ataque por la sola presencia de esos escudos.

71 Ello se refleja en el art. 60(5) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, que prohíbe la suspensión de un tratado por conducta ilícita de una parte en el caso de las “disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

72 Protocolo adicional I, art. 50(3).

73 De Mulinen, nota 33 *supra*, p. 14.

De ello se desprende que, cuando un mando se pregunta si puede atacar o no determinado objetivo militar, debe razonar como lo haría en el caso de cualquier otro objetivo militar legítimo; debe evaluar si un ataque contra éste conllevaría el riesgo de causar daños incidentales a los civiles que, en ese caso, son los escudos humanos que resguardan el objetivo. El ataque sólo será posible si el daño potencial contra los civiles no es “excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”⁷⁴. Esto significa que las pérdidas civiles previstas deben sopesarse con la magnitud de la ventaja militar concreta prevista si el objetivo militar es neutralizado⁷⁵. El atacante también está obligado a tomar las medidas de precaución requeridas en el artículo 57 del Protocolo adicional I⁷⁶. Es decir que la presencia de escudos humanos no evitará sistemáticamente los ataques, aun cuando lanzar un ataque a pesar de su presencia pueda tener un impacto mediático y político considerable. Los potenciales escudos humanos voluntarios deberían estar particularmente al corriente de tal posibilidad.

El caso de los escudos humanos involuntarios

Si la ventaja militar directa y concreta prevista resulta ser suficientemente significativa en relación con el daño potencial que puede causarse a los escudos humanos, el ataque puede lanzarse. La evaluación debe hacerse *in concreto* y siempre debe tomar en cuenta la ventaja militar, que puede cambiar con el tiempo (un puente de fundamental importancia un día puede tener poco interés estratégico al día siguiente, en función de dónde estén las líneas de frente), así como la magnitud de los

74 Protocolo adicional I, art. 51(5)(b).

75 Protocolo adicional I, art. 52(2).

76 Sin embargo, según E. David, la primacía del principio de protección de los civiles debería desalentar al atacante de lanzar el ataque. David, nota 3 *supra*, p. 268. La autora considera que esa posición es peligrosa por varios motivos. David parece creer que los escudos humanos tienen un estatuto privilegiado en relación con otros civiles. Ello podría dar la impresión de que el estatuto de civil no es uniforme sino que conlleva varios grados de protección y que, por ende, hay una jerarquía entre los civiles. En el derecho internacional humanitario, las personas son civiles o no civiles, y todos los civiles gozan de la misma protección en virtud de ese estatuto. Además, una prohibición sistemática de lanzar un ataque contra un objetivo militar protegido por escudos humanos equivaldría a recompensar una violación del derecho internacional humanitario, ya que la parte que violara la prohibición de usar escudos humanos gozaría de inmunidad contra los ataques que ha logrado hacer contra el objetivo militar protegido. De modo que violar el derecho internacional humanitario usando escudos humanos se convertiría en una verdadera “fuerza multiplicadora”. Michael Newton, “Human shields: can abuse of the law of war be a force multiplier?”, Discussion, en Andru E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO’s Kosovo Campaign*, US Naval War College, International Law Studies, vol. 78, 2002, p. 298. Por ello, sería tentador ignorar el derecho y socavar el propio principio de distinción, que es uno de los pilares del derecho internacional humanitario. Por último, ese razonamiento también pone en entredicho el principio de proporcionalidad. Si aceptamos la premisa de que un objetivo militar protegido por escudos humanos no puede ser atacado, el principio de humanidad prevalece automáticamente sobre la necesidad militar. En términos absolutos, no sería algo malo, pues redundaría en favor de las víctimas. Sin embargo, sería totalmente incompatible con las realidades de la guerra, que el principio de proporcionalidad, como solución de compromiso pragmática, toma en consideración. David también parece ser consciente de la naturaleza controversial de su posición, pues señala que “probablemente se sostendrá que el derecho a atacar objetivos militares cercanos a concentraciones de civiles debería trasladarse y aplicarse a este hipótesis”, lo que subordinaría la posibilidad del ataque al respeto de los principios de proporcionalidad y de precaución en el ataque. David, nota 3 *supra*, p. 268.

daños incidentales que podrá causar a los civiles. La magnitud de los daños dependerá, entre otras cosas, del número de civiles que probablemente será afectado. De modo que una ventaja militar debe considerarse suficientemente importante como para justificar un ataque contra un objetivo militar protegido por cinco personas que son usadas como escudos humanos. Sin embargo, si el objeto está protegido por quinientos escudos humanos, el resultado de la deliberación puede cambiar. En la práctica, no hay dudas de que, en algunos casos, la parte atacada puede proteger el objetivo militar colocando escudos humanos suficientes en su interior o en sus inmediaciones. Algunos autores se oponen, con razón, a esa conclusión, pues la consideran escandalosa, y recomiendan que los mandos que aplican el principio de proporcionalidad al preparar o decidir un ataque no tomen en cuenta a los escudos humanos⁷⁷. Por ejemplo, el mando militar podría aplicar la prueba de la proporcionalidad de tal manera de respetar *a priori* los artículos 57(2)(a)(iii) y 51(8) del Protocolo adicional I, pero los escudos humanos simplemente no deberían ser tomados en consideración al efectuar la ecuación sobre el daño que se provocará a los civiles. Sin embargo, no creo que esa interpretación sea acertada. Los civiles, así sean escudos humanos o no, no pueden *quedar fuera* de la ecuación. El hecho de que los civiles estén cerca de un objetivo militar porque el atacante no ha cumplido sus obligaciones no es un factor por considerar. Sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 51(8) si los civiles “pagaran” por los actos ilícitos de una parte beligerante⁷⁸.

77 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 91.

78 Según Dinstein, “el principio de proporcionalidad sigue siendo el que prevalece”. Dinstein, nota 36 *supra*, p. 131. Pero continúa diciendo: “Sin embargo, ... la prueba real del daño excesivo causado a los civiles debe moderarse. Es decir, la evaluación de si las víctimas civiles son excesivas en relación con la ventaja militar prevista debe tomar en cuenta el hecho de que... el número de víctimas civiles puede ser más alto que lo usual”. *Ibid.* Si suponemos que los escudos humanos deben tomarse en consideración en una evaluación de la proporcionalidad, es difícil entender por qué el hecho de que se prevea un mayor número de víctimas civiles debería utilizarse para debilitar la importancia de las pérdidas civiles en la ecuación. Por analogía, el hecho de que haya más civiles que viven cerca de un objetivo militar, es decir que potencialmente habrá un daño mayor contra civiles, no reduce el valor dado al componente “pérdidas civiles” de la ecuación en relación con el componente “ventaja militar”; por el contrario, le da mayor valor. ¿Por qué sería de otro modo en el caso de los escudos humanos, que son civiles? Aplicar ese razonamiento sería “castigar” a los civiles que actúan como escudos humanos por la violación del derecho cometida por la parte atacada. Al respecto, también es posible disentir de J.-F. Quéguiner, quien considera que los actos ilícitos cometidos por la parte atacada deberían tomarse en consideración al evaluar la proporcionalidad: “... varios autores han sostenido que el atacante puede tomar en consideración la conducta fraudulenta del enemigo cuando evalúa los daños incidentales en relación con la ventaja militar. Esta opinión... en verdad puede ser acertada...”. Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 24. Ese razonamiento conduce al mismo resultado que el de Dinstein: los escudos humanos deben tomarse en consideración en la evaluación de la proporcionalidad, pero menos que cualquier otro civil. Personalmente, tendería a compartir esta opinión expresada por Schmitt: “no hay una moderación *de iure* del principio de proporcionalidad”. Schmitt, nota 50 *supra*, pp. 92-93. Simplemente, el hecho de ser usado como escudo humano aumenta *de facto*, como hemos visto antes, las posibilidades de que un civil forme parte de un daño incidental porque está en el interior o en las inmediaciones de un objetivo militar.

El caso de los escudos humanos voluntarios

Según Michael N. Schmitt, como debe considerarse que la acción de los escudos humanos voluntarios equivale a una participación directa en las hostilidades, pierden su protección como civiles y pueden ser objeto de los ataques. Por consiguiente, “los escudos humanos voluntarios... quedan excluidos en el cálculo de los daños incidentales cuando se evalúa la proporcionalidad del ataque”⁷⁹. Sin embargo, el mismo autor señala que no existe una necesidad militar de atacar los escudos humanos *per se*. La necesidad se refiere sólo al objetivo militar que están protegiendo. De modo que “el único impacto práctico de su voluntad de servir como escudos humanos es que no deben ser incluidos en los cálculos de la proporcionalidad”⁸⁰. Como hemos visto, no comparto la opinión de que la acción de un escudo humano equivale a una participación directa en las hostilidades. No obstante, la observación de Schmitt plantea una interesante cuestión, en particular si el carácter voluntario de su presencia puede influir en el análisis de la proporcionalidad. Intuitivamente, a una puede parecerle que un escudo humano que se encuentra delante de un objetivo militar por su propia decisión no debería considerarse de la misma manera que alguien que es encadenado a un objetivo militar contra su voluntad. Sin embargo, si tomamos en cuenta el carácter voluntario de la acción del escudo humano, significaría asignar un valor menor a los escudos humanos voluntarios. En términos matemáticos, en una ecuación donde se equilibra la necesidad militar con el daño causado a los civiles, se aplicaría un coeficiente menor al peso del componente civil de la ecuación. Un enfoque basado en la voluntad del escudo humano peligrosamente podría erosionar la protección de los civiles. Si un escudo humano tuviera menos valor en la ecuación debido a que ha decidido resguardar un objetivo militar, un civil que permanece cerca de un objetivo militar a pesar de las advertencias también tendría menor valor en la ecuación. Lo mismo podría aplicarse a un civil que vive cerca de lo que a todas luces es un objetivo militar, como un cuartel militar, pero que ha decidido no abandonar su vivienda. Habría un riesgo real de que el atacante abuse de ese enfoque, ya que podría verse tentado a clasificar a todos los civiles que se encuentran cerca de un objetivo militar al que se propone atacar como escudos humanos voluntarios, si por ello pudiera hacer un cálculo de la proporcionalidad sobre una base más flexible.

Además, podría considerarse que tomar en consideración la voluntad de un civil sería contrario al principio de inalienabilidad de los derechos consagrado en el IV Convenio de Ginebra, por ejemplo, donde se establece que las personas protegidas “no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorga” en ese Convenio. ¿Ello no incluiría el principio que subyace a esos derechos, es decir el hecho de que los civiles no pueden ser atacados a menos que participen directamente en las hostilidades? Para concluir, mencione-

79 Schmitt, nota 1 *supra*, p. 100.

80 Schmitt, nota 50 *supra*, p. 96. El autor menciona una excepción sólo en el caso de los niños que actúan como escudos humanos, pues su falta de capacidad jurídica contradice el carácter voluntario de su participación.

mos otro elemento práctico que autoriza a considerar a todos los escudos humanos del mismo modo, sean voluntarios o no. Para el jefe militar ante la realidad del terreno, no siempre es fácil distinguir los civiles colocados delante de un objetivo militar contra su voluntad de los que se encuentran en ese mismo lugar por propia decisión. Salvo en casos donde el carácter voluntario de la acción de los escudos humanos ha recibido cobertura mediática, o al menos ha sido señalado al atacante, para éste es casi imposible distinguir entre un escudo humano voluntario y uno involuntario. Es muy difícil determinar si el escudo humano realmente se encuentra delante del objetivo militar por propia decisión. Una persona que parece estar actuando por su propia voluntad puede estar actuando bajo presión⁸¹. En resumen, si bien la distinción basada en la voluntad podría tener cierta relevancia en un caso penal, no tiene cabida en la conducción de las hostilidades, ya que no puede aplicarse en el terreno.

Otras precauciones que deben tomarse cuando se ataca un objetivo militar protegido por escudos humanos⁸²

Las medidas de precaución que deben tomarse antes del ataque están establecidas en el artículo 57 del Protocolo adicional I.

*La obligación de velar constantemente por preservar a la población civil mientras se conducen las operaciones militares*⁸³

El artículo 57(1) tiene un ámbito de aplicación más amplio que las secciones subsiguientes, que se refieren específicamente a los “ataques”; el apartado 1 se aplica a las “operaciones militares” de manera más general. El término abarca “los desplazamientos, maniobras y acciones de toda índole, efectuadas por las fuerzas armadas con miras a los combates⁸⁴”. Además de las precauciones específicas establecidas en los apartados subsiguientes del artículo 57, las partes deben tener el cuidado constante de preservar a los escudos humanos.

81 En relación con los “procedimientos de alerta temprana”, por los que las Fuerzas de Defensa de Israel envían a civiles palestinos a casa de vecinos para advertir a sus ocupantes sospechosos de terrorismo que deben abandonar el lugar, el presidente del Alto Tribunal de Justicia de Israel, Aharon Barak, observó atinadamente que “es muy difícil verificar la voluntad”. B’Tselem, “Human shields”, disponible en www.btselem.org/english/Human_Shields/Timeline_of_Events.asp (consultado en octubre de 2007).

82 Al hacer la lista de las condiciones que el atacante debe respetar para atacar un objetivo militar protegido por escudos humanos, Eric David se refiere al principio de proporcionalidad y a otras precauciones que debe adoptar para evitar causar daños a los escudos humanos, pero el autor también afirma que el atacante debe “haber agotado todos los medios lícitos posibles para persuadir al atacado de retirar los escudos humanos”. David, nota 3 *supra*, p. 268. Sin embargo, aun cuando esa medida es deseable, no se cuenta entre las obligaciones que tiene el atacante en el derecho internacional humanitario. Quéguiner, nota 8 *supra*.

83 Protocolo adicional I, art. 57(1).

84 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2191, p. 949.

*La obligación de verificar que los objetivos por atacar sean objetivos militares*⁸⁵

En el caso de los escudos humanos, hemos visto que una ventaja militar suficientemente significativa en relación con el peligro al que están expuestos los escudos humanos podría hacer que el ataque contra ese objetivo militar sea legítimo, a pesar de su presencia. Por lo tanto, es fundamental asegurarse del carácter militar del objetivo, pues los ataques contra civiles y bienes de carácter civil están categóricamente prohibidos. La información que debe reunirse en el transcurso de esa verificación se refiere no sólo a la naturaleza del objetivo mismo, sino también del entorno. Como hemos visto, incluso en presencia de un objetivo militar, un ataque puede estar prohibido, por ejemplo si se usa un alto número de civiles como escudos humanos, los que correrían peligro a causa del ataque, en relación con la magnitud de la ventaja militar que se obtendrá con ese ataque. Una dificultad particular deriva de los “objetivos emergentes”⁸⁶. A diferencia de las operaciones planificadas, una situación de “objetivo emergente” exige una determinación instantánea acerca del carácter militar del objetivo y de la conducta que habrá de adoptarse si está protegido por escudos humanos. El jefe debería “hacer todo lo factible” para verificar la naturaleza del objetivo, ya que nadie puede ser obligado a hacer lo imposible.

*La obligación de elegir medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil*⁸⁷

Por ejemplo, para cumplir con esa obligación, sujeta también a la “factibilidad”, si los escudos humanos no están delante del objetivo militar todo el tiempo, el ataque debería lanzarse cuando no estén presentes. Análogamente, cuando el objetivo militar está protegido por escudos humanos, el atacante debería usar armas que puedan destruir el objetivo sin causar daños a los escudos humanos o causarles el menor daño posible. Esto significa que el atacante debería tratar de evitar usar “misiles y armas controladas a distancia... (a menos que se emplee la nueva generación de “municiones de precisión teledirigidas”), dado que las capacidades de precisión de las armas teledirigidas por lo general son extremadamente malas”⁸⁸. Si bien esto no significa que las partes tengan que adquirir armas de precisión guiadas, aunque dispongan de los medios para hacerlo, algunas situaciones exigen que las empleen donde sea posible y factible hacerlo⁸⁹.

85 Protocolo adicional I, art. 57(2)(a)(i).

86 Quéguiner, nota 8 *supra*, p.7.

87 Protocolo adicional I, art. 57(2)(a)(ii) y (iii): quienes planificar o deciden un ataque deben “tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil” y “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

88 Oeter, nota 26 *supra*, p. 166.

89 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 10; Michael N. Schmitt, ‘Precision attack and international humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N.º 859 (2005), p. 462.

*La obligación de suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o goza de protección especial o si el ataque sería desproporcionado*⁹⁰

A diferencia del artículo 57(2)(a), esta obligación incumbe no sólo a quienes planifican o deciden un ataque, sino también a quienes lo realizan. Puede ser difícil para alguien que realiza un ataque evaluar su proporcionalidad, cuando la parte que le toca realizar puede parecer desproporcionada mientras que el ataque en su conjunto se atiene al principio de proporcionalidad. Sin embargo, en lo relativo a la obligación establecida en el artículo 57(2)(b), el papel de quienes llevan adelante un ataque es esencial, pues puede haberse cometido un error o contarse con información de último momento que puede cambiar lo decidido originalmente. Por ejemplo, si un piloto ha recibido la orden de bombardear un objetivo pero se da cuenta, a último momento, de que está protegido por un escudo humano, debería suspender el ataque y remitirse a su jefe.

*La obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan*⁹¹

¿Puede considerarse que se ha cumplido con este requisito cuando el atacante difunde una lista de diversos elementos de infraestructura que considera objetivos militares?⁹² Si bien podría responderse afirmativamente a esta pregunta, hay casos en que se deberá hacer esfuerzos para dar una advertencia más específica. Cuando el objetivo militar está protegido por escudos humanos, una advertencia antes del ataque contra el objetivo permitirá a la parte que utiliza los escudos humanos, suponiendo que éstos pudieran evitar un ataque, saber que la estratagema no ha funcionado y darles una oportunidad de sacar a los escudos humanos del objetivo. Los escudos humanos voluntarios también podrían darse cuenta de que su presencia no impedirá un ataque contra el objetivo militar que están resguardando y tener el tiempo de abandonar el lugar. La advertencia con “la debida antelación” debe darse lo suficientemente antes como para permitir la evacuación de los civiles, incluidos los escudos humanos. Sin embargo, se debe tener cuidado de no dar la advertencia con demasiada antelación, ya que los civiles podrían pensar que el peligro ha pasado, y los escudos humanos, o quienes los han colocado como tales, pueden pensar que su presencia ha impedido el ataque, cuando en realidad el ataque se producirá, pero un poco más tarde. Por último, se debería recordar que cumplir con la obligación de advertir no exime al atacante de su obligación de tomar otras medidas de precaución. Por lo tanto, no puede considerarse que toda una zona es un objetivo militar simplemente porque ha recomendado que se la evacue. Aun cuando considerara que los civiles que permanecen en el lugar son escudos humanos voluntarios, como hemos visto antes, éstos gozan de la misma protección que cualquier otro civil.

90 Protocolo adicional I, art. 57(2)(b).

91 Protocolo adicional I, art. 57(2)(c).

92 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 17.

*La obligación, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, de optar por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil*⁹³

Esta norma, a la que se ha hecho referencia como la que obliga a elegir “el mal menor”⁹⁴, deja mucho en manos de las consideraciones subjetivas, sobre todo cuando los dos objetivos son objetivos militares legítimos⁹⁵. Una elección de ese tipo por lo general sólo es posible cuando los objetivos militares son líneas de comunicación. Por ejemplo, si los escudos humanos están colocados en un puente y la línea de comunicación puede interrumpirse atacando otro puente que no esté rodeado de civiles, la obligación establecida en el artículo 57(3) exige que el atacante adopte esa opción.

Conclusión

Parecería que no hay motivos para hacer una distinción entre los escudos humanos voluntarios y los involuntarios, pues tal distinción no tendría consecuencias jurídicas. Además, contrariamente a los que algunos han sostenido⁹⁶, no parecería haber una necesidad real de dotarse de una nueva legislación sobre el estatuto de los escudos humanos, dado que todos los casos están contemplados en el derecho internacional humanitario tal como lo conocemos. Las situaciones que plantean algunas cuestiones complejas no son específicas al caso de los escudos humanos, sino que están vinculadas a uno de los mayores retos que hoy afronta el derecho internacional humanitario, en particular la correcta interpretación de los conceptos de “proporcionalidad” y “participación directa en las hostilidades”.

93 Protocolo adicional I, art. 57(3).

94 Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 25 *supra*, apartado 2226. p. 959.

95 Quéguiner, nota 8 *supra*, p. 14.

96 Fusco, nota 2 *supra*, p.31.