

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la Responsabilidad Penal Individual Internacional por
Ataques a Objetos de Doble Uso**

Angelina Francine Galletti Escobar

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del
título de Abogada

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

| | |
|----------------------|------------------------------------|
| Nombres y apellidos: | Angelina Francine Galletti Escobar |
| Código: | 00204593 |
| Cédula de identidad: | 1717314858 |
| Lugar y fecha: | Quito, 19 de noviembre de 2021 |

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPEThese>

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL POR ATAQUES A OBJETOS DE DOBLE USO¹

ATRIBUTION ANALYSIS OF INTERNATIONAL INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY OVER ATTACKS TO DUAL USE OBJECTS

Angelina Francine Galletti Escobar²
angelinagalletti@outlook.com

RESUMEN

Este ensayo académico desarrolla la necesidad de una definición de la institución jurídica de los objetos de doble uso en el contexto de un conflicto armado internacional. Lo hace partiendo de las teorías actualmente existentes entre los doctrinarios y las cortes penales internacionales, a través de una demostración de que dichas teorías son insuficientes para garantizar los principios de atribución de responsabilidad en el derecho penal internacional. Tras el análisis correspondiente, se concluye que es necesario para garantizar la objetividad, el principio de legalidad y el principio de presunción de inocencia, que exista una definición de los objetos de doble uso, consensuada por la comunidad Internacional, con la finalidad de que el régimen correspondiente a los conflictos armados, el Derecho Internacional Humanitario, evolucione con la actualidad de las formas en las cuales se conducen las hostilidades, preservando sus principios fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Conflicto armado internacional, Corte Penal Internacional, objeto de doble uso, daños incidentales.

ABSTRACT

This academic essay seeks to develop on the need of a formal definition of dual use objects in the context of an international armed conflict. It fulfills this development by stating current theories about this matter brought by relevant doctrinaires and international criminal courts. This essay demonstrates that such theories are insufficient to guarantee basic principles for attribution of international criminal responsibility. With such analysis, it is concluded that to guarantee objectivity, the principle of legality and the principle of presumption of innocence it is necessary that a definition for dual use objects is adopted within the international community, with the ultimate purpose that the legal regime ruling armed conflict, International Humanitarian Law, evolves with the actual ways to conduct hostilities and the new legal institutions, always preserving and complying with its fundamental principles.

KEYWORDS

International armed conflict, International Criminal Court, dual use object, incidental harm.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Juan Pablo Albán Alencastro.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. LA NORMATIVA QUE RIGE LOS OBJETOS DE DOBLE USO EN LA ACTUALIDAD.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. PRINCIPIOS RELEVANTES PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL.- 6. ELEMENTOS PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL INTERNACIONAL.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En todo conflicto armado existen normas de Derecho Internacional Humanitario, en adelante DIH, que es el derecho aplicable a los mecanismos dentro de los cuales se deben conducir las hostilidades³. Con el pasar de los años, estos mecanismos han ido evolucionando y en ello, se han configurado nuevas instituciones jurídicas cuyas regulaciones no se encuentran previstas por el sistema actual de DIH.

El presente trabajo se enfoca precisamente en el análisis de una de las instituciones jurídicas relativamente recientes en el DIH, cuya regulación expresa es actualmente inexistente: Los objetos de doble uso, entendidos como aquellos objetos que cumplen tanto un propósito civil como un propósito militar de manera simultánea⁴. Ejemplos comunes de estos objetos son las carreteras que sirven para transportar tanto a personas civiles como para trasladar insumos al equipo beligerante contrario, edificios cuyos residentes son civiles, pero dentro del cual existen bases de inteligencia militar⁵.

Para el análisis aislado de la dicotomía ente objetivos militares y objetos civiles el régimen de DIH es claro: si se dirigen ataques a los objetivos militares se considerarán legítimos y no será posible atribuir responsabilidad penal individual a los involucrados, y, al contrario, si se dirigen ataques directamente a los objetos civiles estos se considerarán ilegítimos de conformidad con el régimen legal del DIH y se podrá imputar responsabilidad penal individual a los sujetos involucrados⁶.

³ La manera de cómo llevar las hostilidades se refiere a los mecanismos legales bajo los cuales una de las partes involucradas en el conflicto puede ejercer violencia en contra de su adversario a efectos de aniquilar su resistencia y obligarlo a seguir su voluntad. Pietro Verri, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, (Buenos Aires: Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2008), 50.

⁴ Nils Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2016), 92 (traducción no oficial).

⁵ Melzer. *A Comprehensive Introduction*, 92.

⁶ Ver, el ensayo académico presentado por Emanuela-Chiara Gillard, "Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment", *Chatham House, The Royal Institute of International Affairs* (2018).

Sin embargo, cuando se trata de objetos de doble uso el régimen contiene un vacío legal que complica significativamente la atribución de responsabilidad penal individual, pues además de no existir regulaciones expresas al respecto en el DIH, existen decisiones de las Cortes Penales Internacionales y de sus fiscales que son totalmente distintas, a pesar de que versan sobre situaciones fácticas casi idénticas en materia de ataques a objetos de doble uso.

El presente trabajo, en cuanto a su metodología empleará un acercamiento de carácter deductivo que recogerá la normativa que rige a los objetos en el DIH, las posturas adoptadas por la doctrina y las cortes penales internacionales y los principios relevantes para la imputación de responsabilidad penal internacional. Todo ello, con el propósito de determinar si se requiere o no establecer una definición concreta en el DIH para los objetos de doble uso, y si esta definición permitirá determinar la responsabilidad penal individual internacional con mayor objetividad, en protección de los principios del derecho penal internacional y de la seguridad jurídica que debe tener el imputado en el proceso penal internacional.

2. Estado del arte

Los conflictos armados existen cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o se produce una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un mismo Estado. El derecho Internacional Humanitario se aplica desde el inicio de esos conflictos armados y se extiende hasta más allá del cese de las hostilidades para lograr paz entre los intervinientes⁷.

Los conflictos⁸ que se suscitan entre dos o más estados se denominan Conflictos Armados Internacionales, en adelante CAI⁹, y los conflictos que se suscitan entre grupos armados dentro de un mismo Estado o entre grupos armados y un Estado se denominan Conflictos Armados No Internacionales, en adelante CANI¹⁰.

⁷ Fiscal c. Dusko Tadić, Corte Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia, sala de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 562 (traducción no oficial).

⁸ Ver, Comité Internacional de la Cruz Roja, “¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho internacional humanitario?”, Comité Internacional de la Cruz Roja (2008) <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm> (último acceso: 14/10/2021).

⁹ Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, Ginebra, 12 de agosto de 1949, ratificados por el Ecuador el 11 de agosto de 1954.

¹⁰ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional Segundo a los Convenios de Ginebra de 1949, Ginebra, 8 de junio de 1977, ratificado por el Ecuador el 10 de abril de 1979.

En cuanto a la atribución de la responsabilidad penal que se desprende de los CAI y de los CANI existe una gran diferencia. Por un lado, los crímenes que constituyen graves vulneraciones de las estipulaciones del DIH en el contexto de un CAI implican una comparecencia ante instancias internacionales como lo son la Corte Penal Internacional, en adelante CPI, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, en adelante TPIY, y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, en adelante TPIR.

Por otro lado, los crímenes que se produzcan como resultado de un CANI generalmente se juzgan al interno del país en donde ocurrió el conflicto, bajo jurisdicción local y de conformidad con las normas procesales que corresponden al régimen del país involucrado. Claro que, esta generalidad se manifiesta sin perjuicio de que los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma en el contexto de un CANI también puedan ser perseguidos ante la CPI.

Dado que el presente trabajo busca desarrollar un análisis sobre la responsabilidad penal individual de carácter internacional por ataques realizados a objetos de doble uso, la responsabilidad penal individual que nos interesa se encuentra delimitada a los CAI, cuyo régimen se contempla en el Estatuto de Roma y en las jurisprudencias de las cortes penales internacionales que se han establecido a lo largo de la historia.

Ahora bien, el DIH prevé varias disposiciones enfocadas hacia la protección de las personas y los bienes civiles, así como hacia la reducción de los daños y los gravosos efectos que produce la guerra. En particular, dentro de esa protección a los bienes civiles que prevé el DIH, se impulsa la identificación de los objetos como principio fundamental antes de realizar un ataque, pues existen objetos con propósitos civiles que no pueden ser atacados, y existen objetos con propósitos militares que pueden ser legalmente atacados¹¹.

Como producto de las cuestiones fácticas que se suscitan en el contexto de un CAI, existen los objetos que, siendo utilizados para propósitos civiles, simultáneamente califican como objetivos militares porque cumplen también con dichos propósitos a favor de una de las partes del conflicto¹². Los especialistas del Comité Internacional de la Cruz Roja, en adelante CICR, han establecido que, a pesar de que el DIH no ha establecido un

¹¹ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law 1* (Buenos Aires: Cambridge University Press, 2009), 25 (traducción no oficial).

¹² International Expert Meeting Report, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, Expert Report, International Committee of the Red Cross, 23 de junio de 2016, pág. 37 (traducción no oficial).

término funcional oficial para estos objetos, son reconocidos bajo el término ‘objetos de doble uso’¹³.

Niels Melzer, profesor de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, sobre los objetos de doble uso ha establecido con mucha razón que este tipo de objetos resultan particularmente problemáticos en la práctica, pues bajo condiciones de guerra, estos objetos implican la necesidad de que se realice un análisis de orden proporcional, en el que se debe tomar en cuenta el impacto que el ataque pueda producir sobre la población civil en contraste con la directa ventaja militar anticipada si se ataca el objeto, de manera que, un ataque se podría convertir en legítima causa de atribución de responsabilidad penal individual ante la Corte Penal Internacional, si se determina que dicho ataque causó daños que son excesivos con relación a la ventaja militar anticipada¹⁴.

Con el fin de establecer un ejemplo que dinamice la comprensión sobre este tipo de objetos, vale la pena citar el ejemplo que ha interpuesto el CICR en reiteradas veces a lo largo de sus reuniones de expertos para tratar las cuestiones adyacentes a este tipo de objetos. El ejemplo es un edificio de varios pisos en el cual un solo piso o departamento es utilizado como base de inteligencia militar de los comandantes de una de las partes beligerantes, y los otros pisos son utilizados como domicilio de ciudadanos comunes¹⁵.

Se evidencia la problemática en tanto que, tal como lo ha mencionado el CICR, es imposible atacar el fragmento militar del edificio, sin simultáneamente atacar el fragmento civil del edificio¹⁶. Por ello, como constará en líneas posteriores, el consenso en la definición y calificación del objeto y el análisis proporcional del ataque será fundamental al momento de imputar responsabilidad penal individual por las afectaciones que pudieren llegar a tratarse ante la CPI.

3. La normativa que rige los Objetos de Doble Uso en la Actualidad

Dado que no existen normas expresas relacionadas a los objetos de doble uso como institución jurídica independiente en el régimen del DIH, Resulta fundamental hacer referencia a la normativa aplicable general que conforma el régimen jurídico aplicable a los objetos de doble uso en el contexto de un conflicto armado internacional.

¹³ International Expert Meeting Report, The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law, pág. 37 (traducción no oficial).

¹⁴ Melzer. *A Comprehensive Introduction*, 92 (traducción no oficial).

¹⁵ International Expert Meeting Report, The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law, pág. 37 (traducción no oficial).

¹⁶ *Ibíd.*

Se realizará un breve recuento de los tratados generales, la costumbre y los principios generales aplicables al desarrollo de las hostilidades.

3.1. Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales

Los Convenios de Ginebra nacen el 12 de agosto de 1949, constituyéndose como tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar las consecuencias excesivamente gravosas que se desprenden de la guerra. Su enfoque principal es proteger a las personas que no participan en las hostilidades, como lo son los civiles, así como también a los objetos de carácter civil.

En la línea de la materia que nos ocupa, las disposiciones relevantes se encuentran a partir del artículo 52 del Protocolo Adicional Primero, en adelante PA1, a las Convenciones de Ginebra, que fue adoptado en 1977. Este artículo divide a los objetos en dos tipos: los objetivos militares y los objetos civiles. Los primeros “se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. Los segundos son “todos los bienes que no son objetivos militares¹⁷”.

Complementando esta dicotomía, el mismo artículo prevé una presunción de protección en caso de duda cuando establece que, en caso de existir dudas con relación a si un objeto normalmente utilizado para fines civiles está siendo utilizado para hacer una efectiva contribución a la acción militar de la parte contraria, se debe presumir que no está siendo usado para dichos fines. En otras palabras, establece que si existe duda del fin que tiene un determinado objeto – sea este fin civil o militar – se debe considerarlo como si fuere civil.

El artículo 57 del PA1 establece una serie de medidas de precaución que deben realizarse con cuidado constante de preservar a la población civil y a los bienes de carácter civil. Así, se contempla que quienes preparen o decidan un ataque deberán: primero, hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no sean personas ni bienes de carácter civil; segundo, tomar todas las precauciones en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o reducir en lo posible el número de casualidades y daños; y, tercero, abstenerse de decidir efectuar un ataque cuando sea de

¹⁷ Artículo 52.2, Protocolo Adicional Primero a las Convenciones de Ginebra, Ginebra, 8 de junio de 1977, ratificado por el Ecuador el 10 de abril de 1979.

prever que causará muertes incidentales y daños a bienes de carácter civil, siempre que estas muertes y daños sean excesivos con relación a la ventaja militar prevista¹⁸.

3.2. Normas de Costumbre Recogidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja

El Comité Internacional de la Cruz Roja inició un estudio titulado “Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario” en el año 1966. Dicho estudio analizó la práctica de los Estados con relación al DIH. El objetivo del estudio fue plasmar todas las normas identificadas en el derecho consuetudinario para esclarecer la protección jurídica que se otorga a las víctimas de guerra¹⁹.

Si bien este estudio cumple con un carácter doctrinario en cuanto a sus descripciones sobre las normas que plasma, el contenido de dichas normas constituye una fuente principal del Derecho Internacional, en tanto que se trata de la costumbre de los países. Así, el estudio identifica 161 normas de DIH consuetudinario que son vinculantes para todas las partes de un conflicto armado, sea este de carácter internacional o no internacional.

La regla número 7 del estudio plasma el principio de distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. La distinción entre estos objetos, que fueron definidos anteriormente en el marco de las Convenciones de Ginebra debe hacerse en todo momento durante las hostilidades. Es una noción expresa de la comunidad internacional que los ataques solo podrán dirigirse contra objetivos militares²⁰.

La regla número 10 establece las condiciones bajo las cuales existe pérdida de protección de los bienes de carácter civil contra ataques y establece que en los casos en los que los bienes de carácter civil cumplan con objetivos militares, estos bienes perderán su protección contra los ataques, únicamente durante el tiempo en el que esos objetos civiles estén cumpliendo dichas funciones. Si los objetos civiles dejan de cumplir con el objetivo militar, entonces vuelven a adquirir protección ante ataques²¹.

La regla número 14 plasma el principio de proporcionalidad, que es uno de los principios más importantes en el DIH. Este principio con relación al tema que nos ocupa

¹⁸ Artículo 57, Protocolo Adicional Primero a las Convenciones de Ginebra.

¹⁹ Ver, base de datos de Derecho Internacional Humanitario coordinada por el Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> (último acceso 12/10/2021).

²⁰ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law*, 25 (traducción no oficial).

²¹ *Ibid*, 34. Dicha disposición legal se acompaña de lo estipulado en el artículo 52.3 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en los cuales se establece que en caso de duda sobre si un objeto que normalmente cumple propósitos civiles está siendo utilizado para propósitos militares, se debe presumir que no está siendo utilizado de dicha manera.

establece que queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que el mismo cause muertes incidentales y daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista²².

La regla número 16 contempla la obligación de los individuos al mando de un comando militar en el contexto de un conflicto, de hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que pretenden atacar sean en efecto objetivos militares y no objetos civiles²³.

3.3. La normativa relevante que rige la responsabilidad penal individual en los conflictos armados internacionales sobre ataques a objetos de doble uso.

La noción de responsabilidad es parte fundamental de la aplicación de la Ley. En el DIH la responsabilidad se divide en dos tipos: por un lado, la responsabilidad estatal, que en la actualidad se ejecuta ante la Corte Internacional de Justicia y por el otro lado la responsabilidad individual, que se ejecuta ante la Corte Penal Internacional. En los CAI, los miembros de las fuerzas armadas que intervienen en un conflicto internacional pueden ser responsables individualmente ante un tribunal penal internacional por vulneraciones a la normativa de DIH.

Esta posibilidad se encuentra recogida en la regla 102 del estudio de DIH consuetudinario realizado por el CICR como costumbre internacional, estableciendo que ninguna persona podrá ser imputada por la comisión de un crimen internacional si no es sobre la base de la responsabilidad penal individual²⁴.

El 17 de julio de 1998, se adoptó el Estatuto de la CPI, conocido también como el Estatuto de Roma, que finalmente instauró una corte oficial para la persecución de los crímenes más graves y de preocupación internacional. La Corte se creó con el objetivo de estabilizar la continuidad del trabajo que venían desarrollando los tribunales ad hoc TPIY y TPIR en la década de los 90.

El Estatuto de Roma tipificó cuatro crímenes de interés internacional sobre los cuales tiene jurisdicción: Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Crimen de Agresión²⁵. La materia que nos compete, sobre los ataques a los objetos de doble uso se encuentra tipificada bajo el acápite de los Crímenes de Guerra. Las dos

²² Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law*, 46. (traducción no oficial).

²³ *Ibid*, 55.

²⁴ *Ibid*, 372.

²⁵ Artículo 5, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, ratificado por el Ecuador el 5 de febrero de 2002 (traducción no oficial).

tipificaciones relevantes a los objetos de doble uso constan a partir del artículo 8 del Estatuto.

El primer tipo penal relevante es el establecido en el apartado 2.a.iv. del artículo 8 del Estatuto, que contempla que “la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita o arbitrariamente” es un crimen de guerra. El segundo tipo relevante versa en el punto 2.b.ii. del artículo 8 del Estatuto, que establece que “dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir bienes que no son objetivos militares” también se encuentra tipificado como crimen de guerra.

4. Marco Teórico

Como se ha establecido, a lo largo de la historia han existido cuestiones fácticas en las que un solo objeto, ha cumplido simultáneamente con propósitos tanto militares como civiles. En estas ocasiones se presenta una problemática que ha sido cuestionada en repetidas ocasiones por expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, así como por los académicos reconocidos en materia de DIH.

4.1. Posturas adoptadas por la doctrina y las cortes penales internacionales sobre los objetos de doble uso

Partiendo de la complicación práctica expuesta con relación a estos objetos, las aproximaciones a los mismos y las interpretaciones del artículo 52.5 del PA1 a las Convenciones de Ginebra se pueden dividir en dos tendencias predominantes:

La primera, predominante en Estados Unidos, Israel y el Occidente de Europa, se basa en una interpretación legalista de la calidad del objeto. Esta aproximación supone que no existen propiamente los objetos de doble uso. Si un objeto cumple un propósito militar, independientemente de que tenga otros usos, se convierte en un objetivo militar de conformidad con el artículo 52.2 del PA1 a las Convenciones de Ginebra y, por lo tanto, se debe poder atacarlo con legitimidad y legalidad. Para esta perspectiva, las bajas civiles tanto en objetos como en sujetos se entienden como daños incidentales o colaterales.

Por citar algunos ejemplos de los cuerpos en los cuales se puede evidenciar esta aproximación, el Manual de Guerra del Departamento de Defensa de los Estados Unidos

de América²⁶ reconoce la noción de que, una vez conducido un ataque a un objetivo militar, los daños que pudieren hacerse a personas y objetos de carácter civil son daños incidentales y casualidades de guerra.

En similar sentido se pronuncia el Manual de Comandantes sobre la Ley de la Guerra en Tierra del Departamento Naval del mismo país, que establece que “la proporcionalidad del ataque no impone una obligación al estado atacante de reducir el riesgo que produzca el daño a objetivos militares”²⁷, cosa que, en armonía con el manual mencionado anteriormente, desatiende totalmente la posibilidad de que un objetivo pueda ser militar y civil a la vez.

Dinamarca por su lado, ha establecido en sus manuales militares que, si el objetivo militar cumple un doble propósito, pero es un objeto efectivamente indivisible, entonces se considerará a todo el objeto como un objetivo militar²⁸.

Como último ejemplo sobre esta aproximación, es menester mencionar la posición de las Fuerzas de Defensa de Israel, en adelante FDI, cuyos pronunciamientos oficiales durante los recientes intercambios bélicos con Israel en mayo del 2021 aclararon que sobre el ataque al edificio Al-Jalaa en Gaza, el edificio tenía la calidad integral total de un objetivo militar, por contener valiosos instrumentos de inteligencia militar de los palestinos Hamas y que los civiles que residían en el edificio son considerados daños colaterales para un ataque claramente revestido del principio de necesidad militar²⁹.

La segunda aproximación, propuesta por el CICR, se ha articulado con mayor popularidad entre los académicos. Esta propuesta se fundamenta en que, desde una perspectiva legalista, es totalmente posible que un objeto cumpla a la vez propósitos civiles y militares, y consecuentemente, se debe tomar en cuenta que a pesar de que el objeto de doble uso sea un objetivo militar, el impacto del ataque ante la población y las

²⁶ Oficina General del Departamento de Defensa, *Manual de la Ley de la Guerra del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América*, (Washington DC: junio 2015), Sección 2.5.2. (traducción no oficial).

²⁷ Cuerpo Marino Estadounidense, *Manual de Comandantes sobre la Ley de la Guerra en Tierra del Departamento Naval de los Estados Unidos*, (Washington DC: agosto 2019), Art. 2-72. (traducción no oficial).

²⁸ Defensa Danesa, *Manual Militar de la Defensa Danesa: Personal de Operaciones de Comando de Defensa de Dinamarca*, (Copenhague: 2012), Sección 2.3. (traducción no oficial).

²⁹ Ver, Adil Ahmad Haque, “The IDF’s Unlawful Attack on Al Jalaa”, Just Security (2021). <https://www.justsecurity.org/76657/the-idfs-unlawful-attack-on-al-jalaa-tower/> (ultimo acceso 19/10/21).

infraestructuras civiles que sean componente del objeto debe necesariamente ser tomado en consideración en un análisis previo de proporcionalidad y precaución³⁰.

Esta es la aproximación que ha sido recogida por el Tribunal Penal Internacional para la Ex - Yugoslavia, designado por las Naciones Unidas para juzgar a los responsables sobre los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos de los Balcanes en la década de los 90.

Ese tribunal, en el famoso caso *Prlić et al*, sobre la destrucción del puente de Mostar en el que fue accionado el comandante militar bosnio-croata Slobodan Prajilak, sustentó precisamente que pese a que el puente de Mostar era un objetivo militar útil para el transporte de insumos a la base militar del bando contrario, también era un medio de transporte fundamental para el aprovisionamiento de la población civil, por lo cual se produjo un detrimento significativo de las condiciones humanitarias de la población que no fue considerado en un análisis de proporcionalidad previo. La corte termina condenando a Prajilak a veinte años de prisión por crímenes de guerra y de lesa humanidad ejecutados en contra de civiles musulmanes³¹.

Esta división de cómo se percibe a la problemática que representan los ataques a objetos de doble uso y su correspondiente atribución de responsabilidad ante instancias penales internacionales es una demostración de la falta de claridad que existe al momento de realizar el análisis para la imputación de responsabilidad.

Si bien se ha recogido una de las aproximaciones expuestas por parte del Tribunal Penal Internacional de la Ex – Yugoslavia, queda la duda de si definitivamente este tribunal se apegó a esta perspectiva, pues los reportes de sus fiscales sobre los ataques en Kosovo en la década de los 90 dan paso a la confusión, en tanto que sobre el ataque conducido por la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en adelante OTAN, sobre el puente Grdelica en 1999 que, similar al caso *Prlić et al* se trataba de un puente que por un lado transportaba civiles y por el otro servía para transportar insumos a los serbios durante la guerra.

El reporte Final del Comité establecido para Revisar las Campañas de Bombardeos de la OTAN contra la República Federativa de Yugoslavia que fue aplicado

³⁰ El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70 aniversario de los Convenios de Ginebra, Reporte, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, pág. 34.

³¹ Fiscal c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Prajak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić, Tribunal Internacional para la Persecución de Personas Responsables por Serias Vulneraciones al Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la Ex – Yugoslavia, sala de apelación, 29 de nov de 2017, párr. 1584-1585.

y acogido por la Corte, determinó que el puente constituía un legítimo objetivo militar exclusivamente y que las afectaciones civiles se entendían como daños incidentales del ataque³², por lo cual no se constituían los elementos necesarios para iniciar la fase de investigación y posteriormente revisar la imputabilidad de responsabilidad penal internacional.

El reporte del Comité de Revisión dirigido al fiscal a cargo del caso menciona que la ley no es lo suficientemente clara para sustentar la imputación de cargos por ataques a la sociedad civil, que el objeto constituía un objeto militar legítimo y que por tanto se debía descartar el caso³³. El fiscal a cargo acogió este reporte por parte de la Comisión.

Así, la cuestión recae actualmente sobre el riesgo que implica la falta de consenso entre estas dos aproximaciones al momento de imputar responsabilidad penal a un procesado en el contexto de un conflicto armado internacional, pues existe incertidumbre sobre si las autoridades penales internacionales reconocerán el concepto de los objetos de doble uso en la esfera militar, o si al contrario negarán la existencia de los mismos dictaminando así, que solamente existen objetivos militares y objetos civiles. Esta indeterminación constituye hoy en día la máxima expresión de la inseguridad jurídica en instancias penales internacionales, dentro de las cuales no existe un mecanismo claro, jurídicamente establecido acerca de la imputación de responsabilidad en estos casos.

4.2. Consideraciones acerca de los objetos especiales protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

Se debe rescatar que, en medio de esta problemática, el DIH regula un tercer tipo de objetos, que son los objetos especialmente protegidos. Estos objetos se clasifican en 4 tipos: los bienes culturales que se encuentran principalmente regulados por la Convención de la Haya de 1954, las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que se encuentran reguladas por el PA1³⁴, los objetos indispensables para la supervivencia de la población civil que también se encuentran regulados por el PA1 a las Convenciones de Ginebra³⁵, y, el medio ambiente natural, principalmente regulado por la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, en adelante ENMOD.

³² Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaigns Against the Federal Republic of Yugoslavia, report, Committee Established to Review the NATO Bombing Campaigns Against the Federal Republic of Yugoslavia, 6 de junio de 2000, párr. 58 (traducción no oficial).

³³ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaigns Against the Federal Republic of Yugoslavia, párr. 91 (traducción no oficial).

³⁴ Artículo 56, Protocolo Adicional Primero a las Convenciones de Ginebra.

³⁵ Artículo 54, Protocolo Adicional Primero a las Convenciones de Ginebra.

Puede ocurrir también que este tipo de objetos, que son especialmente protegidos por el DIH, cumplan simultáneamente propósitos tanto civiles como militares. En esos casos, se puede rescatar una diferencia fundamental entre un objeto civil de doble uso, y un objeto especialmente protegido de doble uso. Mientras que para los primeros no existe actualmente consenso con relación a su existencia, ni disposición legal expresa para la atribución de responsabilidad en caso de ataques dirigidos a ellos, para los segundos sí existen disposiciones legales que permiten tener más claridad al momento de imputar responsabilidad penal individual.

Por ejemplo, es una norma consuetudinaria recogida por el CICR que queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa³⁶.

Así mismo, otro ejemplo, sobre las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, el DIH también prevé regulación. Con relación a estos objetos, existen obligaciones multiparte en la costumbre internacional, de acuerdo con la cuales, es obligación del estado en el cual se encuentra la instalación, no utilizarla como objetivo militar, y es obligación del estado atacante, no atacar la instalación que contiene fuerzas peligrosas³⁷.

En ese sentido, al momento de atribuir responsabilidad penal internacional, el tribunal a cargo de la causa debe realizar un análisis integral que contemple estas disposiciones expresas, y, en ello, tiene más claridad normativa en su análisis, en especial con relación al *mens rea*, que es el estado mental del imputado. Al contrario, con relación a los objetos civiles de doble uso, conforme a las teorías antes expuestas el *mens rea* resulta de difícil análisis, en tanto que dependerá de si el imputado cree en la existencia de objetos de doble uso, en cuyo caso se deberá hacer un análisis de integral que abarque la aplicación de otros principios como el de necesidad militar, proporcionalidad, distinción y otros; o si no cree en la existencia de estos objetos, en cuyo caso, en su estado de conciencia o *mens rea* solo existen objetos civiles o militares, por lo que no se le puede responsabilizar penalmente por atacar un objeto de doble uso en su fracción civil.

³⁶ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law*, 25. (traducción no oficial).

³⁷ *Ibíd*, 139.

5. Principios Relevantes para la Imputación de Responsabilidad Penal

Internacional

Existen ciertos principios inviolables establecidos desde el mismo nacimiento del derecho penal que son extremadamente importantes para la imputación de responsabilidad penal individual internacional en el contexto de un ataque ejecutado a un objeto de doble uso. Estos principios son los que revisten de validez y legitimidad a los tipos penales establecidos que existen para los crímenes de guerra consagrados en el Estatuto de Roma.

5.1. Principio de Legalidad

La legalidad en el marco del derecho penal es un principio general consagrado en el artículo 22 del Estatuto de Roma bajo la premisa ‘*nullum crimen sine lege*’ que se desarrolla de la siguiente manera:

“1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente estatuto.”³⁸

En similar sentido, el artículo 23 del Estatuto manifiesta que quien sea declarado culpable por la corte solo podrá ser penado de conformidad con el Estatuto de Roma, pues si no hay ley no habrá pena³⁹. Este principio es fundamental para justificar la necesidad que actualmente existe de solucionar el problema que representa la falta de definición para los objetos de doble uso, pues si no existe una tipificación penal expresa con relación a los objetos de doble uso, ni una definición oficial reconocida de qué abarcan este tipo de objetos, la posibilidad de perseguir criminalmente una grave vulneración a las normas del DIH se atenderá únicamente a la protección de los bienes civiles, que realmente constituye una exclusión de las circunstancias fácticas más comunes en todos los conflictos actualmente vigentes⁴⁰.

Esta exclusión deja a las autoridades jurisdiccionales competentes la única opción de recurrir a los principios generales del DIH, como lo son el de proporcionalidad, precaución, distinción y necesidad militar para la imputación de responsabilidad penal

³⁸ Artículo 22, Estatuto de Roma.

³⁹ Art 23, Estatuto de Roma.

⁴⁰ International Expert Meeting Report, The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law, pág. 37 (traducción no oficial).

sobre ataques que se ejecuten en contra de objetos de doble uso, cosa que podría constituir en ciertos casos específicos una vulneración a este principio de legalidad, pues además de no existir el tipo penal específico, los principios antes mencionados no se explican expresamente en el Estatuto de Roma con relación a los tipos penales contenidos en los artículos 2.a.iv. y 2.b.ii. del artículo 8, que son los que aplican a esta problemática.

Esta es la razón por la cual se han producido criterios contradictorios y opuestos sobre marcos fácticos muy similares, como lo es el caso del TPIY que llegó a conclusiones totalmente contrarias en casos prácticamente idénticos.

Por un lado tenemos a la jurisprudencia vinculante de *Prlić et al*, con la destrucción del puente de Mostar en el cual la corte determinó la responsabilidad del comandante bosnio-croata Prajilak por haber atacado un objeto que si bien cumplía una función militar era indispensable también para provisionar de alimentos a la población civil⁴¹, y por otro lado tenemos el informe de la misma corte sobre la destrucción del puente Grdelica en 1999, en la cual la OTAN atacó directamente un bus civil en su intento de destruir un puente que transportaba insumos a los serbios durante la guerra, lo cual la corte catalogó como un ataque legítimo⁴².

Este nivel de contradicción en el contexto de una cuestión tan delicada como lo es la imputabilidad de responsabilidad penal internacional deviene en un riesgo tremendo para el imputado que no cuenta con un marco legal claro y que depende de criterios excesivamente subjetivos para la determinación de su responsabilidad.

5.2. Principio de Presunción de Inocencia

Además del principio de legalidad, otro principio fundamental consagrado en el artículo 66 del Estatuto de Roma es el Principio de Presunción de Inocencia. Se establece que:

“1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.”⁴³

De conformidad con este principio, se debe demostrar la culpabilidad del imputado, que se constituye como un elemento subjetivo de conciencia y conocimiento, y de dirección de esa conciencia y conocimiento hacia la comisión del crimen de guerra.

⁴¹ Fiscal c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić, párr. 1584-1585.

⁴² Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaigns Against the Federal Republic of Yugoslavia, párr. 61-62 (traducción no oficial).

⁴³ Artículo 66, Estatuto de Roma.

Para los crímenes de guerra, de conformidad con el desarrollo doctrinario correspondiente a la norma consuetudinaria 156 del estudio del CICR, se utiliza el estado psicológico del wilfull killing, que se refiere a vulneraciones cometidas deliberadamente, con la intención de provocar el resultado criminal, esto es dolus directus, o alternativamente por negligencia o imprudencia, que es el dolus eventualis⁴⁴.

El problema con el cumplimiento de este principio en el contexto de un ataque realizado a un objeto de doble uso nuevamente recae en que la falta de una definición que abraque las funciones que puede cumplir un objeto de doble uso y la medición del estado psicológico en el cometimiento del crimen de guerra, deviene en un resultado totalmente subjetivo, pues se puede medir su conocimiento sobre la calidad del objeto, sea esta calidad civil o militar, pero no se puede medir su conocimiento sobre los fines simultáneamente civiles y militares del objeto, en tanto que hoy por hoy no existe esa posibilidad.

Como se expuso en el marco teórico, la tesis mayormente acogida en la práctica actualmente es la que sustenta que, si un objeto civil cumple un propósito militar pierde su calidad de civil y esta premisa realmente exonera de responsabilidad a los autores del delito, que conociendo los daños a objetos y personas civiles pueden ocultarse detrás del velo de la inexistencia de objetos de doble uso.

5.3. Principio de responsabilidad del comandante o superior jerárquico

El artículo 28 del Estatuto de Roma prevé la existencia expresa de responsabilidad penal individual en los mandos militares para los comandantes o superiores jerárquicos al soldado que comete el acto tipificado. Así, el comandante militar o la persona que efectivamente actúa como comandante militar deberá ser criminalmente responsable por los crímenes cometidos dentro del marco de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional cuando esos crímenes sean cometidos por personas bajo su control, mando y autoridad efectiva.

Se establecen una serie de disposiciones que permiten determinar los casos en los cuales el comandante militar o el superior jerárquico debe ser responsable independientemente de si cometió directamente el acto tipificado. Entre estas condiciones se encuentran:

⁴⁴ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law*, 568 (traducción no oficial).

Primero, que el comandante militar o el superior jerárquico haya sabido, o, en concordancia con las circunstancias del momento en el que se cometió el acto, debió haber sabido acerca del cometimiento o de la intención de cometer el crimen.

Segundo, que el comandante militar o superior jerárquico haya fracasado en la toma de medidas necesarias y racionales de conformidad con su autoridad para evitar la comisión del crimen.

Tercero, que el superior haya sabido o que haya conscientemente desatendido la información otorgada que indique que su subordinado o subordinados iban a cometer o estaban cometiendo un crimen.

Cuarto, que el comandante o superior jerárquico haya fracasado en tomar todas las medidas necesarias y racionales dentro de su poder para prevenir o reprimir el cometimiento del crimen, así como que haya fracasado en someter la cuestión a las autoridades competentes para su investigación y procesamiento⁴⁵.

Este principio de por sí se constituye como un principio de difícil aplicación por su carácter de indirecto, en tanto que no atribuye la responsabilidad al sujeto activo que directamente comete la conducta tipificada, si no que atribuye responsabilidad al sujeto responsable por las acciones del sujeto activo. Ahora bien, si a esta complejidad se le suma el hecho de que no existe un concepto claro de cómo atribuir responsabilidad penal individual cuando se trata de un ataque dirigido a objetos de doble uso, el principio se convierte en aún más difícil de aplicar y se da lugar a un vacío legal que podrá incorporar aspectos muy subjetivos en la atribución de responsabilidad, vulnerando también el principio de legalidad antes revisado.

5.4. Principio de proporcionalidad y necesidad militar

Otros dos principios que deben tomarse en consideración para la atribución de responsabilidad penal individual internacional en el contexto de un conflicto armado internacional son el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad militar.

El principio de proporcionalidad se refiere a que cualquier ataque del cual se espere que se produzcan daños incidentales que serían excesivos con relación a la ventaja militar concreta y directa no deberá ser ejecutado⁴⁶, y el principio de necesidad es el que establece que, entendiendo que para vencer a un adversario militar, puede ser necesario causar muerte y destrucción, pero que dicha muerte y destrucción debe tomar en

⁴⁵ Artículo 28, Estatuto de Roma.

⁴⁶ Artículo 51, Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra.

consideración la distinción de objetos y personas, las medidas de precaución antes del ataque y el trato humano que evite sufrimiento innecesario⁴⁷.

Estos principios incorporan conceptos jurídicos indeterminados como “daños incidentales excesivos”, “ventaja militar concreta y directa” que solamente se pueden explicar de manera general. Así, al momento de analizar la atribución de responsabilidad penal internacional, las autoridades deben complementar con criterios concretos estos conceptos jurídicos indeterminados, con apego a las distintas situaciones fácticas, de manera que, el marco legal que se utiliza para determinar la responsabilidad penal individual internacional deviene en totalmente subjetivo, que depende de la percepción que el juez tenga de los conceptos jurídicos indeterminados.

En el caso de objetos de doble uso, estos conceptos jurídicos indeterminados originan varios cuestionamientos. Por ejemplo, si una de las partes del conflicto considera que los objetos de doble uso son objetivos militares únicamente, entonces no se constituye un daño a un objeto civil, de manera que no se configura el elemento subjetivo que veremos más adelante para la imputación de responsabilidad penal internacional.

En cambio, si se considera que el objeto de doble uso sí cumple con un propósito civil a pesar de su propósito militar, entonces debe tomarse en consideración para la aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad militar, lo cual, nuevamente podría producir resultados completamente opuestos sobre situaciones fácticas muy similares como lo son los precedentes de Kosovo y *Prlic et. al*⁴⁸.

5.5. Principio de distinción

El principio de distinción es uno de los más fundamentales del DIH. Inclusive existen doctrinarios relevantes en la materia como Marco Sassoli que consideran que este principio es el propio fundamento por el cual nace el DIH⁴⁹. Este principio versa sobre la disposición de que las partes de un conflicto deberán, en todo momento, distinguir entre objetos civiles y objetivos militares, así como entre personas civiles y militares, de manera

⁴⁷ Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, 2018, párr. 353 (traducción no oficial).

⁴⁸ Tómese en consideración que, para el caso de las campañas de bombardeo para Kosovo, el mismo fiscal de la TPIY decidió, mediante informe motivado de un comité especializado, no interponer cargos sobre un ataque dirigido a un puente civil, el Grdelica Bridge, por falta de claridad en la normativa internacional. Sin embargo, para el caso *Prlic. Et. Al*, el mismo TPIY declara culpable por la destrucción del puente de Mostar al comandante militar bosnio-croata Slobodan Prajlak. Estos son resultados completamente distintos para situaciones fácticas casi idénticas.

⁴⁹ Marco Sassòli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, (Ginebra: International Committee of the Red Cross, 2006), 139.

que, los ataques no podrán ser direccionados en contra de objetos civiles y personas militares⁵⁰.

En el contexto que nos ocupa, este es el principio que da origen a la problemática, pues es precisamente esa distinción entre objetos civiles y objetivos militares la que resulta difícil para quien esté por ejecutar un ataque a un objeto de doble uso, que cumple con ambos propósitos de manera simultánea.

Cabe resaltar que, con base a este principio, cuando se trate de los objetos especialmente protegidos de propiedad cultural e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, el DIH establece obligaciones para el estado en el cual se encuentran los objetos. Estas obligaciones se pueden clasificar, en términos generales en dos: en primer lugar, en la obligación de no convertir a los objetos especialmente protegidos en objetivos militares, y, en segundo lugar, en la obligación de utilizar los emblemas designados por el régimen de DIH para distinguir a dichos objetos durante el desarrollo de las hostilidades, y así alertar al enemigo de que no debe atacarlos, de conformidad con los siguientes íconos:

Tabla No. 1: Emblemas distintivos previstos por el DIH

| Propiedad cultural | Instalaciones que contienen fuerzas peligrosas |
|---|--|
|  |  |

Fuente: Elaboración propia a partir de imágenes extraídas de cuerpos legales⁵¹

Para los objetos de propiedad cultural, el artículo 4.1. de la Convención de la Haya establece que la obligación de no atacar a este tipo de objetos puede ser incumplida

⁵⁰ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Costumary International Humanitarian Law*, 25 (traducción no oficial).

⁵¹ Anexo 1, Protocolo Adicional Primero a las Convenciones de Ginebra.

siempre que el ataque sea ordenado por un comandante, y siempre que, si las circunstancias lo permiten, sea precedido por un aviso previo y efectivo⁵².

En este sentido, existen elementos claros para determinar responsabilidad en el marco de un proceso penal, pues se tendrá que verificar el estado de la situación, si los objetos se encontraban debidamente señalados, si se realizó un aviso previo y efectivo, si el objeto se había convertido en un objetivo militar en contra de la disposición legal expresa que antes mencionamos, y, por último, quién ordenó el ataque.

Al contrario, sobre los objetos civiles que podrían llegar a ser atacados por cumplir con propósitos militares, ni este principio, ni ninguna otra norma de DIH ha establecido un régimen de protección expreso, ni un régimen de obligaciones para la fuerza armada que quiera tomar el objeto. Este vacío legal podría cubrirse, por ejemplo, con que se prevea la obligación de evacuar a los civiles que se encuentren en el objeto civil que se pretende utilizar con fines militares, poniéndolos a cuidado del estado.

Es claro que estas medidas son de difícil aplicación en el contexto práctico, en el que la guerra se desarrolla con velocidad, violencia y emociones, pues como lo menciona Sassoli en su obra sobre Objetivos de Ataque Legítimos bajo el Derecho Internacional Humanitario:

“En la práctica, es extremadamente difícil determinar la importancia y la ventaja militar de la destrucción de un objeto civil. Bajo la tesis que recoge el Protocolo Adicional Primero, un ataque a un objeto de doble uso es ilegal bajo cualquier circunstancia si es que el aspecto civil del objeto es intencionalmente atacado, pero el respeto a esa regla particular es de imposible análisis durante el fragor de la batalla.”⁵³

6. Elementos para la imputación de responsabilidad penal internacional

Para la imputación de responsabilidad penal internacional, la autoridad competente para juzgar deberá tomar en consideración tanto elementos objetivos como elementos subjetivos. En el marco de estos elementos es que las autoridades actualmente adoptan una de las tesis antes expuestas y determinan la existencia de responsabilidad.

6.1. Elemento Objetivo

El elemento objetivo en el derecho penal internacional se conoce como el *actus reus*. Es el comportamiento que constituye la acción u omisión contenida en la conducta

⁵² Artículo 4.1. de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 14 de mayo de 1954, ratificada por Ecuador el 2 de octubre de 1956.

⁵³ Marco Sassòli, *Legitimate Targets of Attacks Under International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge University, 2003), 7 (traducción no oficial).

típica antijurídica⁵⁴. En lo referente a los ataques conducidos a objetos de doble uso, el *actus reus* se refiere concretamente al acto de destruir bienes a gran escala y de manera arbitraria sin una debida justificación basada en la necesidad militar, y en el acto de dirigir intencionalmente ataques en contra de bienes civiles. En el caso de comandantes militares o superiores jerárquicos, el *actus reus* se conforma con la omisión del comandante o el superior jerárquico, de evitar o suspender el cometimiento del crimen por parte de uno de sus subordinados.

6.2. Elemento subjetivo

El elemento subjetivo es conocido como el *mens rea*. Se refiere al estado mental que tiene el individuo al momento de cometer la conducta típica antijurídica, lo cual incluye la consciencia, la voluntad, el conocimiento y la intención⁵⁵. El *mens rea* correspondiente a las graves violaciones a los Convenios de Ginebra, que son dentro de los cuales se incluyen los ataques a objetos civiles o los ataques deliberados sin justificación con base a la necesidad militar, ha sido definido en la jurisprudencia del TPIY.

El caso Blaškić ha definido que el *mens rea* que constituye las violaciones contenidas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, que son los crímenes de guerra, engloba las graves vulneraciones a las disposiciones de las Convenciones de Ginebra e incluye tanto el conocimiento directo como la negligencia para el cometimiento de los actos tipificados⁵⁶.

El posterior caso Čelebići complementa la caracterización del *mens rea* relevante y explica que cuando se trate de un comandante o superior jerárquico se tomará en cuenta sobre todo la negligencia: “El conocimiento de que en el curso ordinario de las cosas ocurriría el crimen es causa de atribución de responsabilidad. También lo será la información de naturaleza que de indicios de que existe un riesgo de que se cometerían crímenes por parte de los subordinados”⁵⁷.

Es decir que, para la atribución de responsabilidad penal por el ataque a un objeto de doble uso, dependiendo de la teoría que se adopte el estándar del estado mental abarca el dolo directo, indirecto y el dolo eventual. El dolo directo en tanto que el sujeto activo

⁵⁴ Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis* (Copenhague: University of Copenhague, 2014), 112 (traducción no oficial).

⁵⁵ Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law*, 113.

⁵⁶ *Prosecutor v. Katanga et al.*, International Criminal Court, Pre-Trial Chamber, 2008, párr. 401 que cita para soporte los casos Kordić, Čerkez y Blaškić (traducción no oficial).

⁵⁷ *Prosecutor v. Delalić*, International Criminal Court, Appeals Chamber, November 16, 1998, párr. 437 (traducción no oficial).

puede percibir las consecuencias del acto criminal y comete el acto con dicho conocimiento, el dolo indirecto en tanto que el sujeto activo percibe algunas consecuencias del acto criminal como una seguridad, y está dispuesto a ejecutar el acto criminal que acarrea esas consecuencias, incluso si no es su objetivo principal, y, el dolo eventual en tanto que el sujeto activo puede prever ciertas consecuencias del acto criminal como una posibilidad y actúa a pesar de que no quiere acarrear esas posibles consecuencias.

Este es el estado mental menos exigente previsto en el Estatuto de Roma, pues, por ejemplo, para el Genocidio se requiere el dolo especial, entendido como la intención especial de cometer un crimen con un fin especial específico, como la exterminación de todo un grupo racial, étnico, religioso, o nacional⁵⁸.

En este orden de ideas, tanto para el elemento objetivo como para el elemento subjetivo, no solo que sería justo con los principios de atribución de responsabilidad penal internacional que se defina e incluso tipifique a los objetos de doble uso en el régimen, sino que además es conveniente para hacer más claro el análisis del cumplimiento del elemento objetivo y el elemento subjetivo por parte el sujeto activo. Actualmente, al no tener una definición legal aceptada por los estados ni una tipificación debida de los objetos de doble uso, la atribución de responsabilidad penal individual se tendrá que basar en la tesis que recoja el grupo militar del imputado.

Si el grupo militar del imputado considera que no existen objetos de doble uso, entonces se deberá considerar la calidad de militar del objeto atacado y se debería eximir de responsabilidad al sujeto activo, pues su estado mental dictaminaba que el objeto cumplía un objetivo militar y, por tanto, era un objetivo legal y legítimo.

Por otro lado, si el grupo militar del imputado considera que sí existen objetos de uso, sí opera el elemento objetivo puesto que su estado mental cambia totalmente, y se debería hacer un análisis de los elementos subjetivos con relación al análisis de proporcionalidad, distinción y necesidad militar que realizó el sujeto al momento de cometer el crimen.

Como se evidencia de estas hipótesis, sobre el cometimiento de un mismo acto y de unos mismos hechos fácticos, dependiendo de la perspectiva que los países tomen sobre los objetos de doble uso, e incluso dependiendo de la postura que pueda tomar el propio juez a cargo de la causa en la CPI, pueden existir resultados diametralmente

⁵⁸ Ver, Kai Ambos, “¿Qué Significa la Intención de Destruir en el Delito de Genocidio?”, *Revista Penal N.* 26 (2010).

distintos. Nuevamente, esta oscuridad sobre el juzgamiento atenta en contra de la seguridad jurídica de todos los involucrados en un conflicto armado internacional, para la toma de sus decisiones militares.

7. Conclusiones

Del análisis efectuado, es claro que se necesita una definición legalmente reconocida por el DIH para los objetos de doble uso, pues no es suficiente mantener la tesis del CICR, de que estos simplemente sí existen, y se deben evaluar principios generales extremadamente subjetivos para la imputación de responsabilidad penal, pues como pudimos revisar a lo largo del trabajo, esta solución implica inseguridad jurídica para el imputado, que podría tener dos resultados contrarios sobre un marco fáctico idéntico, simplemente dependiendo del juez y sus criterios de aplicación sobre dichos principios.

A partir de dicha definición, que tendría que ser general y abarcativa, para lo cual este trabajo propone la aceptación de la definición que desarrolla la doctrina, a través de Niels Melzer en su obra *“International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction”* y de Marco Sasòlli, *“How Does Law Protect in War?”*, de “objetos que cumplen con objetivos civiles y militares simultáneamente”. A través de esta definición, se podrían establecer los criterios de imputabilidad de responsabilidad penal ante la CPI de conformidad con los principios de legalidad y presunción de inocencia, otorgando seguridad jurídica al imputado, garantía fundamental del proceso penal en el mundo.

El presente trabajo considera que, el régimen establecido por el DIH para los objetos especialmente protegidos puede ser de utilidad al momento de establecer los mencionados elementos y criterios de imputabilidad de responsabilidad penal ante la CPI, pues se podría establecer, por ejemplo, que la parte beligerante que pretenda atacar a un objeto de doble uso, tal como se prevé para los objetos de patrimonio cultural, emita un aviso previo efectivo para que las autoridades de la parte beligerante a ser atacada, puedan debidamente evacuar al fragmento civil del objeto que se encuentra en riesgo.

También se podría establecer la obligación bilateral del país en el cual se encuentra el objeto de doble uso, de señalar con un signo distintivo al objeto, con el fin de que la parte beligerante contraria, en vista del emblema, sepa que tiene la obligación de emitir un aviso previo efectivo antes de atacar dicho objeto, otorgándole tiempo a la parte contraria de evacuar el fragmento civil del objeto, de conformidad con lo mencionado.

De esta manera, se establecería un régimen de gestión para evitar los daños civiles incidentales relativos a los objetos de doble uso, y, a la vez, se establecería un indicativo fáctico claro que permitiría a la CPI conocer si el imputado cumplió con sus obligaciones de conformidad con el régimen de estos objetos, cosa que sin duda garantizaría objetividad y apego a la ley en el marco de su proceso penal.

Más allá de ello, este régimen de gestión también nos podría llevar a la consideración lógica de que las partes beligerantes, para evitar poner un emblema a los objetos de doble uso, preparar la evacuación de los civiles que se encuentren en el objeto, y, asumir el costo de ponerlos a resguardo del estado, se abstendrían de utilizar a bienes civiles para fines militares, de manera que el manejo de las hostilidades podría inclusive llegar a ser más seguro para el fragmento civil de la población, que es el fin último perseguido por el DIH.

Es claro que, en concordancia con la evolución de los modos en los que actualmente se ejecuta la guerra, que ahora incluye con frecuencia a objetos de doble uso, deberán evolucionar también sus cuerpos normativos para incluir definiciones de nuevas instituciones jurídicas que van naciendo con el pasar de los años. Esto con el fin de que, en el marco de la responsabilidad penal individual internacional, se preserven los principios fundamentales del régimen penal internacional, y se respeten los derechos del procesado, a ser condenado con norma expresa de la manera más objetiva e imparcial posible.

Este trabajo se ha enfocado en la necesidad de una definición para la institución jurídica de los objetos de doble uso basado en los principios generales aplicables en el DPI. Sin embargo, surgen otros análisis que acarrear conclusiones similares al respecto de la necesidad de una definición de estos objetos en el DIH. Por ejemplo, las garantías procesales específicas que también se vulneran con la falta de especificación y reconocimiento de esta institución jurídica, lo cual también constituye un interrogante que inclina a los especialistas a requerir un reconocimiento consensuado sobre estos objetos.