

**La responsabilidad de los comandantes por ataques no deseados a la población civil o personal de ayuda humanitaria.**

En el presente trabajo analizaré la responsabilidad de los diferentes niveles de comando en operaciones militares ante posibles ataques no deseados a la población civil o personal de ayuda humanitaria dentro del área de conflicto que se encuentra abarcada por el Teatro de Operaciones (TO).

El objetivo de este trabajo encuentra fundamento en diversos hechos recientemente ocurridos en el conflicto que tiene lugar en Medio Oriente donde se vio afectada, no solo población civil sino también personal de ayuda humanitaria, lo que constituiría, de haberse perpetrado intencionalmente, una flagrante violación a los principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH) conllevando consigo Crímenes de Guerra.

Al respecto, una noticia de Noviembre de 2015 informa que *“el hospital de Haydan (distrito de Saada) de Médicos sin Fronteras también fue objeto de un ataque el 26 de octubre pasado y, desde marzo de 2015, se han señalado casi cien incidentes similares”*<sup>1</sup>. Otro hecho de análogas magnitudes tuvo lugar en septiembre de este año (2016) cuando *“un convoy de ayuda humanitaria en el oeste de la provincia de Aleppo fue alcanzado por ataques aéreos durante la noche”*<sup>2</sup>. Si bien, como señalé en el párrafo anterior, de tratarse de un ataque deliberado o planificado contra dichos objetivos<sup>3</sup> constituiría un Crimen de Guerra de conformidad con el artículo 8, inc. 2, apartado b. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER), me basaré, en este caso, en la hipótesis de que dichos acontecimientos constituyeron ataques no deseados.

---

<sup>1</sup> "Yemen: deben cesar los ataques contra los establecimientos de salud". CICR. 10 de noviembre de 2015. <https://www.icrc.org/es/document/yemen-deben-cesar-los-ataques-contra-los-establecimientos-de-salud>

<sup>2</sup> "Indignación por el ataque a un convoy humanitario". La Nación. 21 de Septiembre de 2016. <http://www.lanacion.com.ar/1939745-indignacion-por-el-ataque-a-un-convoy-humanitario>

<sup>3</sup> Contra objetivos civiles u objetivos protegidos.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

Por otro lado vale hacer una breve distinción entre lo que se conoce como daño colateral y los ataques no deseados antes mencionados. Así, el daño colateral representa el daño inevitable aunque previsible causado a objetivos secundarios que son consecuencia directa de un ataque a un objetivo principal. Piénsese en el caso de manual del terrorista que detona una bomba con la intención de matar a una persona determinada (e.g. un funcionario) y provoca con ello la muerte de inocentes que se encontraban con él (e.g. sus custodios o su familia), es decir, el daño colateral sería el equivalente al dolo indirecto o dolo en segundo grado; en tanto que el ataque no deseado a un objetivo civil o de ayuda humanitaria representaría un incidente fruto de un error logístico que llevó a la destrucción accidental de dichos objetivos. En otras palabras el daño colateral está contemplado o es, al menos, previsible utilizando la debida diligencia, en tanto que los ataques no deseados son fruto de una falla en la planificación.

En cuanto al tema de este certamen, a saber, la “Nuevos desafíos en la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (DIDH), corresponde señalar que tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos regulan la relación entre los Estados y el ser humano y su objetivo es, precisamente la protección de los Derechos Fundamentales la persona humana, ya sea en el caso del DIH durante la vigencia de un conflicto Armado como para el DIDH, tanto en tiempos de guerra como de paz<sup>4</sup>. Ahora bien, siendo que la vigencia de los principios contenidos en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos se ven en cierta forma restringidos o limitados<sup>5</sup> durante los conflictos armados el DIH viene a llenar este vacío.

De lo dicho se puede colegirse que todo desafío del Derecho Internacional Humanitario compete necesariamente a los Derechos Humanos, sobre todo por cuanto se trata de la protección de

---

<sup>4</sup> Conf. BOUVIER, Antoine: “*Derecho Internacional Humanitario y Ley del Conflicto Armado*”. 101 – 103. (Peace Operation Training Institute – POTI-. 1ª Ed. Julio 2007).

<sup>5</sup> Conf. LAURENCE, Jessica C.: “*Human Rights*”. 43 - 44 y 67. (POTI. 1º Ed. Febrero 2012)

personas inocentes que sufren las consecuencias de una guerra. De allí que la situación que se analizará encuadra dentro de los márgenes de esta temática.

### **Conceptos.**

Ahora bien, a efectos de lograr un mejor examen de la responsabilidad que cabe a cada estrato, resulta imprescindible, ante todo, comprender qué se entiende por “niveles de comando”, “niveles de conducción” o “niveles del conflicto”, así como determinar ciertos conceptos propios de un enfrentamiento bélico, tales como teatro de guerra, teatro de operaciones, zona de combate, comandante operacional y control operacional.

Así siguiendo al General Vergara<sup>6</sup>, la conducción de la guerra puede dividirse en tres niveles, cada uno de los cuales “*maneja medios y fines diferentes y dan lugar a causas y efectos también diferentes*”<sup>7</sup>:

**Nivel estratégico (NE):** Es el que fija las causas por las cuales el Estado considera que debe ir a la guerra. En concordancia con la definición del “Core Pre-Deployment Training Materials” del Instituto de Entrenamiento para Misiones de Paz de las Naciones Unidas (POTI), entenderé por Nivel Estratégico, en lo que concierne a este trabajo, al más alto nivel político de toma de decisiones y conducción de las operaciones militares en los cuarteles generales de la Potencia Beligerante<sup>8</sup> calculando “*cuidadosamente fines y medios y costos y riesgos*”<sup>9</sup> <sup>10</sup> de las operaciones. Este último punto será fundamental en el análisis de la situación.

---

<sup>6</sup> DE VERGARA, Evaristo: “Los Niveles de la Guerra o del Conflicto”. 4. IEEBA. Noviembre 2003. <http://www.ieeba.com.ar/docu/Los%20niveles%20de%20la%20guerra%20y%20del%20conflicto.pdf>

<sup>7</sup> La enunciación de los tres niveles se realizará siguiendo casi textualmente al Gral. Div. (R) Evaristo de Vergara.

<sup>8</sup> Conf. ØYVIND DAMMEN, Dammen Consultants Norway: “Core Pre-Deployment Training Materials”. 20. (POTI. 1A Ed. 2014).(2009)

<sup>9</sup> DE VERGARA, Evaristo: “Los Niveles de la Guerra o del Conflicto”. 4. IEEBA. Noviembre 2003. <http://www.ieeba.com.ar/docu/Los%20niveles%20de%20la%20guerra%20y%20del%20conflicto.pdf>

<sup>10</sup> Los fines se concretan en objetivos políticos: enunciados o implícitos, contexto interno e internacional, restricciones o imposiciones del gobierno y de la opinión pública y las hipótesis propias y del eventual contendor.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

**Nivel operacional (NO):** Es el que entiende en los movimientos (maniobras) y la logística de las tropas en el terreno<sup>11</sup> y está a cargo de un Comandante Operacional. Tiene por finalidad “traducir” u operacionalizar las órdenes emanadas del más alto nivel hacia el nivel inferior.

**Nivel táctico (NT):** Es aquel en que se llevan a cabo los combates y enfrentamientos dentro de una secuencia de operaciones mayores que han sido planeadas y las fuerzas correspondientes desplegadas. Se refiere a la conducción de las operaciones en el terreno por debajo del Nivel Operacional<sup>12</sup>. Es el nivel más directo e inmediato en relación a las operaciones militares: la ejecución de las operaciones de guerra.

**Teatro de Guerra (TG):** *El Teatro de Guerra es todo espacio geográfico de tierra, mar y aire que está o puede estar involucrado directamente en las operaciones militares de una guerra*<sup>13</sup>.

**Teatro de Operaciones (TO):** *Es la parte del Teatro de Guerra necesario a la conducción de operaciones militares para el cumplimiento de una determinada misión, incluyendo su apoyo administrativo*<sup>14</sup>.

**Zona de Combate (ZC):** *Es la zona anterior de un Teatro de Operaciones en la que actúan las Grandes Unidades. Incluye el área necesaria para las operaciones de las fuerzas de combate y se extiende hacia retaguardia hasta el límite anterior de la Zona de Comunicaciones*<sup>15</sup>.

---

Los medios son de todo el potencial nacional y se determinan: las hipótesis, qué componente del poder enfrenta prioritariamente el problema, potenciales relativos, esfuerzo de sostenimiento, opciones militares, objetivos intermedios y oportunidades.

El análisis de costos y riesgos incluye: los beneficios a obtener en cuanto a los medios empeñados, el estado final de cosas que resultará y las vulnerabilidades en el contexto interno y externo” (Conf. DE VERGARA, Evaristo: “Los Niveles de la Guerra o del Conflicto”. 4. IEEBA. Noviembre 2003)

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Conf. ØYVIND DAMMEN, Dammen Consultants Norway: “Core Pre-Deployment Training Materials”. 20. (POTI. 1A Ed. 2014).(2009)

<sup>13</sup> RC 1-1, Ejército de Uruguay.

[http://plataforma.ejercito.mil.uy/pluginfile.php?file=%2F35259%2Fmod\\_resource%2Fcontent%2F2%2FRC%201-1.pdf](http://plataforma.ejercito.mil.uy/pluginfile.php?file=%2F35259%2Fmod_resource%2Fcontent%2F2%2FRC%201-1.pdf)

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

**Comandante Operacional (COp):** *Es la máxima autoridad militar dentro de un Teatro de Operaciones, y por lo tanto es el **único responsable** en cuanto a cómo organizar las fuerzas asignadas y cómo conducir las en el campo de batalla*<sup>16</sup>.

**Control operacional:** *“Es la autoridad (conferida) para llevar a cabo las funciones de control sobre fuerzas subordinadas que implican la organización y empleo de comandos y fuerzas, asignar funciones, designar objetivos, y dar dirección autorizada necesaria para cumplir la misión” e “incluye (la) dirección autorizada sobre todos los aspectos de las operaciones militares y la formación conjunta necesaria para llevar a cabo las misiones asignadas para el comando”*<sup>17</sup>.

**Plan de Campaña:** Trata del empleo de los medios asignados a un Teatro de Operaciones, al que se le ha fijado alcanzar un estado final útil para el Nivel Estratégico Militar<sup>18</sup>. Se desarrolla a nivel Operacional.

**Plan de Operaciones:** Es el plan de empleo de las fuerzas militares asignadas a un Teatro de Operaciones, para la conquista u obtención de cada uno de los que componen la cadena de objetivos<sup>19</sup>.

Finalmente, a efectos de evitar confusiones, utilizaré la expresión “Estado Mayor” (EM) para referirme al Estado Mayor en el Nivel Estratégico en tanto que para el Nivel Operacional

---

<sup>16</sup> INSAURRALDE, Gustavo, “*Las relaciones de comando conjuntas y combinadas en un teatro de operaciones*”. 16. (Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas. 2013).

<http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/123456789/235/1/TFI%2043-2013%20INSAURRALDE.pdf>

<sup>17</sup> INSAURRALDE, Gustavo, “*Las relaciones de comando conjuntas y combinadas en un teatro de operaciones*”. 16. (Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas 2013).

<http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/123456789/235/1/TFI%2043-2013%20INSAURRALDE.pdf>

<sup>18</sup> DE VERGARA, Evaristo y KENNY, Alejandro: *Del planeamiento en el nivel táctico al planeamiento en el nivel operacional*. 14. N°57. ESGN. Octubre 2011. 9 – 22.

[http://www.esgn.edu.ar/revista/biblioteca/antiores/revista\\_57/RevistaESGN\\_N57\\_PlaneamientoDelNivelTacticoOperacional.pdf](http://www.esgn.edu.ar/revista/biblioteca/antiores/revista_57/RevistaESGN_N57_PlaneamientoDelNivelTacticoOperacional.pdf)

<sup>19</sup> Ídem.

utilizaré la denominación “Comando Operacional”, sin desconocer que este último tiene a su vez su propio Estado Mayor.

Sentados estos conceptos básicos de doctrina militar, procederé ahora iniciar con el análisis del objeto de este trabajo, a saber, ¿Cuál es la responsabilidad de los diferentes niveles de comando en las operaciones militares ante posibles ataques no deseados a la población civil o personal de ayuda humanitaria en el área de conflicto abarcada dentro del Teatro de Operaciones?

### **Marco normativo.**

En este sentido, el Estatuto de Roma, condena la conducta de quien dirija “*intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades*”, contra “*bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares*”, “*personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria*”<sup>20</sup> en tanto no hayan perdido su protección<sup>21</sup>, es decir en tanto y en cuanto no hayan sido tomadas por fuerzas beligerantes a los efectos de ser utilizadas como fachada. Así, a lo largo del artículo 8 del Estatuto de Roma (ER) se observa reiteradamente que el elemento doloso de la figura bajo análisis es fundamental para la configuración del delito. Del otro lado de la misma moneda, el documento reconoce la existencia de pérdidas materiales incidentales inevitables siempre y cuando éstas sean “*justificadas por necesidades militares, y (no) efectuadas a gran escala, ilícita y*

---

<sup>20</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Artículo 8, inc. 2), 17 de julio de 1998, enmendado por los procèsverbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (Roma).

<sup>21</sup> I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Artículo 21, 12 de agosto de 1949 (Ginebra).

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

*arbitrariamente*<sup>22</sup>, pero ello no habilita a los comandantes a dirigir ataques indiscriminados contra aquellas personas que no participan o ya no participan en las hostilidades.

Por su parte, el artículo 19 del I Convenios de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña y concordantes prescribe que “*los establecimientos fijos y las unidades sanitarias móviles del Servicio de Sanidad no podrán, en ningún caso, ser objeto de ataques, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos por las Partes en conflicto*” y pone en cabeza de los beligerantes la obligación de velar “*en la medida de lo posible*” por dicha protección.

Ahora bien, el hecho de que tanto el ER como los Convenios de Ginebra sancionen las violaciones **dolosas**, esto es, intencionales, contra las normas de DIH, no priva a sus ejecutores de la responsabilidad por negligencia grave que les pudiera surgir, lo que en el Derecho Argentino y Español rondaría entre el Dolo Eventual y la Culpa con Representación, entendiéndose por Dolo Eventual la conducta de aquella persona que, representándose el resultado lesivo de un hecho, sin embargo desprecia la posibilidad de que ese resultado se produzca, pero que, en caso de producirse, no le ocasionará ningún remordimiento, es decir “*concibo la “intención y voluntad” de que en caso de darse ciertas variables se consume por parte del autor el resultado típico (...) Puede ocurrir o no, sin embargo la conducta del autor es incondicional*”<sup>23</sup>, en cualquier caso se llevará a cabo. Por su parte, en la Culpa con Representación, también llamada Culpa Consiente, el autor también se representa “*la posibilidad*

---

<sup>22</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional artículo 8, inc. 2, apartado b. iv), 17 de julio de 1998, enmendado por los procèsverbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (Roma).

<sup>23</sup> WALTER H. PIERRESTEGUI. “*Dolo eventual vs. Culpa consiente – una dicotomía relevante*”. Revista de Pensamiento Penal. 3. 01 de julio de 2007.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33426.pdf>

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

*de causar el resultado lesivo, pero confía en que éste no se producirá*<sup>24</sup> o bien que, en oportunidad de encontrarse ante tal circunstancia, estará en condiciones de evitarla<sup>25</sup>.

### **Caso de estudio - Hipótesis.**

Como dije anteriormente, el caso que se propone, como caso hipotético, pero con fundamento en hechos reales recientemente acontecidos en el marco del conflicto de Medio Oriente, es el del ataque, *prima facie*, no intencionado contra objetivos civiles y/o de ayuda humanitaria protegidos por el DIH, en otras palabras, ataques no intencionales dirigidos contra inocentes o no combatientes en el Teatro de Operaciones (TO) durante un conflicto armado.

La elección de un caso ficticio tiene razón de ser en el hecho de que los eventos reseñados más arriba, entre otros, no cuentan con la información imprescindible para un análisis objetivo y cierto de la situación dada, lo que llevaría a infinidad de tesis de lo más diversas que variarían en sus elementos esenciales sin permitir llegar a una conclusión, al menos dentro de la extensión de este trabajo. El basar el estudio sobre una construcción ficticia, me permitirá estar en conocimiento de aquellos factores o elementos de juicio vitales para alcanzar un resultado concreto. En resumen, resulta necesario acotar las variables a fin de hacerlo accesible, probable de ocurrencia y científicamente honesto.

Sentado ello, haciendo una síntesis<sup>26</sup> de los diversos casos base<sup>27</sup>, se puede hipotetizar<sup>28</sup> una situación ante un ataque lanzado contra un objetivo ubicado dentro del TO e identificado como “nosocomio” sobre el cual se presume, fundadamente, que está siendo utilizado por las Fuerzas

---

<sup>24</sup> LOPEZ CAMELO, Raúl Guillermo: “*Curso de Derecho Penal*”. 204. (EdiUNS 4ª ed. 2012). (2004)

<sup>25</sup> En la práctica esta distinción, a veces borrosa, tiene como única finalidad posibilitar un análisis fino sobre situaciones que no son claras, para poder encuadrar la conducta como dolosa o culposa. Pero estas figuras carecen de identidad propia. Se utilizará esta terminología por entender que favorece un mejor estudio del caso.

<sup>26</sup> Según Real Academia Española: Composición de un todo por la reunión de sus partes.

<sup>27</sup> “Health Care in Danger”, CICR, abril 2015. Ginebra, Suiza. <https://shop.icrc.org/health-care-in-danger-violent-incidents-affecting-the-delivery-of-health-care-january-2012-to-december-2450.html>

<sup>28</sup> Según Real Academia Española: “Proponer algo como hipótesis”

Enemigas como base de operaciones. Desde el Estado Mayor<sup>29</sup> (EM) de la potencia que dará cumplimiento con el mandato ONU de restablecimiento de la paz, y apoyados en información de inteligencia obtenida por habitantes de la zona y otros medios considerados fiables por el Nivel Estratégico (NE), se ordena una ofensiva militar directa (ataque) contra el establecimiento.

La misión es lanzada y, momentos antes de alcanzar el objetivo y su consecuente destrucción, surgen en el rumores entre la tropa que hacen dudar al responsable de la Operación si efectivamente el local se encuentra bajo control de las fuerzas enemigas o bien se apreció un error en la correcta interpretación de las órdenes impartidas por el EM. En este punto la experiencia muestra que los rumores podrían tener diferentes orígenes, ya sea en la percepción personal y directa de algún decisor intermedio, en alguna conciencia escrupulosa desconfiada de la fiabilidad de la superioridad, la experiencia pasada ante situaciones similares, operaciones de contrainteligencia del enemigo o bien en información desconocida por el EM (concepto de “fricción” y “niebla” de Clausewitz)<sup>30</sup>.

Ante esta circunstancia, se solicita al CO confirmación de la orden, poniéndolo en conocimiento de los rumores que corren entre la tropa. El COp confirma la orden de atacar, y cumplir con la misión encomendada, resultando ello en la muerte de un cierto número de no combatientes, principalmente personal que ha quedado fuera de combate (los que, de conformidad con el DIH, deben asimilarse a civiles), personal sanitario civil y militar así como un número considerable de combatientes.

---

<sup>29</sup> Nivel Estratégico.

<sup>30</sup> La fricción, a diferencia de la niebla que es en esencia lo que se ignora del enemigo, no guarda vinculación con el oponente. Surge por la parte inevitable del azar de la guerra, la necesidad de asumir riesgos, de aceptar los cálculos de probabilidades y, en última instancia, de permanecer fiel al principio detenidamente elaborado. Así encontramos entre ellas: Conocimiento incompleto del enemigo, Rumores, informaciones obtenidas por espías y sensores remotos, Incertidumbre acerca de las propias capacidades y fortalezas, Incertidumbre causada por las fuerzas amigas y su ubicación, Las diferencias entre lo planificado y lo real, Las dificultades de apoyar logísticamente a la fuerza, La tendencia a cambiar o abandonar lo planificado cuando se enfrenta la realidad del campo de batalla (conf.: GARNHAM POBLETE, Roberto - VON DER WETH FISCHER, Ronald: "*la fricción en la guerra*". Revista de Marina. 1999. <http://revistamarina.cl/revistas/1999/4/garnha.pdf>

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

Una investigación posterior llevó a la conclusión de que el hospital, si bien se encontraba en ese momento controlado por combatientes de la Fuerza Enemiga, continuaba con su función sanitaria operado por personal de la Cruz Roja, asistido por civiles de la zona con la finalidad de atender al personal fuera de combate.

Este factor, de la presencia de personal de la Fuerza Enemiga fue agregado, justamente, con la finalidad de aportar mayor confusión al caso. Sería clara la situación si se hubiera atacado sin más a un establecimiento sanitario de la Cruz Roja o Médicos sin Fronteras, entre otras. Sería claro también si la totalidad del personal fuera personal militar afectado a operaciones de combate. Con este elemento de control por Combatientes y administración de personal de ayuda humanitaria he querido ampliar el espectro a una situación más realista y meritoria de análisis.

Asimismo, resulta imprescindible aclarar que utilizaré la expresión “Potencia Beligerante” para referirme al actor que, en la hipótesis del trabajo, tiene a su cargo la ejecución de las operaciones militares en tanto que con “Fuerza Enemiga” o “Fuerza Beligerante” me referiré a la otra parte del conflicto, también por motivos didácticos, sin que ello implique necesariamente dar carácter de Fuerza Armada Irregular a ninguna de las partes ni cuestionar la legitimidad de la llamada Fuerza Enemiga. La solución sería la misma sea que se trata de una guerra convencional o un conflicto armado no convencional.

### **Análisis.**

- 1) Pérdida de la protección por parte del establecimiento de salud.

En primer lugar resulta pertinente preguntarse sobre la licitud del ataque dirigido contra el establecimiento en cuestión, sin perjuicio del conocimiento efectivo que las autoridades que ordenaron el ataque tuvieron sobre la situación real del mismo ya que, en caso de tratarse de un

*Dr. Santiago Luís PUPI CERVIO*

ataque llevado a cabo de conformidad con el DIH, el resto de la discusión se tornaría estéril en razón del principio *nulla necitas sine iniuria* (o principio de lesividad) que establece que no corresponde pena si no hay una lesión a un bien jurídico. Es decir, si el establecimiento en cuestión hubiera perdido la protección del DIH convirtiéndose en un objetivo militar, entonces no habría conflicto que resolver ni responsabilidad de las partes involucradas.

Ahora bien, ante este interrogante, subyace una segunda pregunta y es ¿En qué momento se pierde la protección especial otorgada por el DIH al personal y establecimientos sanitarios?

Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha entendido que “*la aplicabilidad del DIH finaliza cuando dejan de existir las condiciones que dieron origen a su aplicación*” y ello ocurre, con los establecimientos de salud en cuanto dejan de dedicarse “*exclusivamente a la asistencia de salud y que su implicación en operaciones militares que constituyan actos perjudiciales para el enemigo, ajenos a su función humanitaria*”<sup>31</sup> (sic). Esta postura se ve reforzada si se considera que el uso indebido de bienes u objetos protegidos por el DIH conlleva, además, un Crimen de Guerra según el ER.

Por otro lado, “*el hecho de que los servicios de protección civil se organicen según el modelo militar, que cooperen con el personal militar o estén bajo la dirección de autoridades militares y puedan beneficiar al menos incidentalmente a víctimas militares, no se considerará como acto perjudicial*”<sup>32</sup>, sin embargo, sí sucedería si los mismos hubieran “*sido utilizados con fines militares para lanzar ataques, almacenar y trasladar armas o establecer centros de mando y*

---

<sup>31</sup> “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”. Informe. CICR. 11 y 40.octubre 2015. Ginebra, Suiza.

<sup>32</sup> GARRÉ, Nilda: “*Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*”. 189. Ministerio de Defensa. 1ª edición. 2010.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

*control militar*<sup>33</sup>. Por su parte, cierta doctrina agrega como requisito previo al ataque que exista “una intimación que, habiendo fijado un plazo razonable, no surtiera efectos”<sup>34</sup>.

En el caso bajo análisis, como señalé, y a pesar del elemento añadido de existencia de una custodia armada de Fuerzas Beligerantes, no parece que el establecimiento perdiera la protección otorgada por el DIH. Ello, toda vez que el hospital continuaba afectado a la asistencia sanitaria de no combatientes y, bajo administración de una organización humanitaria pero sin una finalidad militar.

2) Responsabilidad de las autoridades que ordenan o ejecutan el ataque.

Ahora bien, hasta el momento se ha visto que una Potencia Beligerante, en base a información incorrecta llevó a cabo una ofensiva militar directa contra un objetivo especialmente protegido por el DIH y que, como se constató posteriormente, no había perdido su protección. También surge que tal ataque no fue intencional ya que se debió a una deficiente información brindada por los organismos de inteligencia militar en el terreno o bien un negligente análisis de la misma, aunque la hipótesis de que tal información fuera inexacta fue contemplada por el personal afectado a las operaciones militares.

Sentado ello, entonces, se puede decir que hay una afectación a un bien jurídico, a saber una violación negligente a los principios del DIH por parte de las más altas autoridades políticas y militares de la Potencia Beligerante que se reflejó en el accionar de los niveles inferiores. Resta evaluar ahora la responsabilidad de los diferentes niveles de comando.

---

<sup>33</sup> “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*”, Informe. CICR. 40 octubre 2015.

<sup>34</sup> GARRÉ, Nilda: “*Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*”. 189. (Ministerio de Defensa. 1ª edición. 2010).

Finalmente, previo al estudio de dicha responsabilidad, vale aclarar que *“la evaluación de si un ataque es indiscriminado o desproporcionado y de si se han tomado todas las precauciones viables no debe basarse en un análisis retrospectivo sino en la perspectiva del comandante basada en la información de que dispone en el momento del ataque. Esa información incluye los efectos previsibles de las armas a su disposición, teniendo en cuenta sus características inherentes como así también las circunstancias de su uso, lo que incluye el entorno físico en que se halla situado el objetivo militar y la vulnerabilidad de la población civil y de los bienes de carácter civil que lo rodean”*<sup>35</sup>, factores que deben necesariamente ser examinados por el juzgador, lo que constituye una tarea a menudo altamente dificultosa y que requiere un esfuerzo especial. En este sentido *“Clausewitz nos dice que “quien no haya conocido la guerra de cerca” no podrá tener una percepción cercana de las exigencias que tiene que sobrellevar un general, así como de la capacidad intelectual y de la voluntad que tiene que poseer para superar las dificultades”*<sup>36</sup>. Resultaría sencillo condenar las acciones de quien debió lidiar con la inmediatez de una amenaza, bajo presupuestos lógicos que demandan un proceso intelectual, ya de por sí complejo en la tranquilidad de una oficina, sin tener en cuenta ese factor.

a. Nivel táctico.

Como señalé al inicio lo primero que cabe tener en cuenta sobre el Nivel Táctico (NT), es que se trata de aquel que se encuentra más directa e inmediatamente relacionado con las operaciones militares: la ejecución de las operaciones de guerra. Esta inmediatez es lo que hace especialmente espinosa la toma de decisiones teniendo en cuenta todos los factores posibles.

---

<sup>35</sup> *“El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”*. Informe. CICR. 66. Octubre 2015.

<sup>36</sup> DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: *“Apuntes sobre estrategia Operacional”*. 86. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

La estructura militar se funda, en parte, en esta premisa. El debate permanente sobre las órdenes impartidas por un superior, provocaría dilaciones inaceptables que pondrían en grave riesgo la vida y la integridad física de los combatientes, más allá de lo que resulta razonable en el marco de un conflicto armado. Piénsese si no, y salvando las distancias, en el ámbito jurídico al que pertenecemos: imaginemos un plazo de tres días para la presentación de un recurso, tal y como ocurre en el caso del Recurso de Apelación en la República Argentina. Si el abogado que debe presentar el recurso lo demorase indefinida e injustificadamente por temor a que este sea rechazado, perdería sencillamente el juicio: y me refiero a un plazo de días. Ahora llevemos el ejemplo al ámbito militar y particularmente en el NT donde los plazos pueden rondar entre segundos y horas en el mejor de los casos, y donde la consecuencia de un retraso puede significar, no ya desde la pérdida de un terreno hasta varios años de prisión (según el fuero), sino la vida de cientos de personas y hasta la pérdida de la guerra. Se entiende así lo complejo de la responsabilidad que recae sobre los encargados de tomar la decisión. En *“la situación de competencia en la guerra, (...) la solución (del) “segundo mejor” no es aceptable”*<sup>37</sup>, *“implica la muerte y la derrota en la guerra”*<sup>38</sup>. De allí la alusión en el punto anterior en cuanto a que la evaluación de las circunstancias del caso no debe basarse en un análisis retrospectivo sino en la perspectiva del comandante en el terreno.

Dicho esto, del caso propuesto surge que ante la duda manifestada por el personal afectado, se solicitó confirmación de la orden a la máxima autoridad en el TO la cual, analizando los elementos a su disposición, ratificó la orden de atacar.

---

<sup>37</sup> SCHEETZ, Thomas: *“Teoría de la Gestión Económica de las Fuerzas Armadas”*. 86. (Documentos de Trabajo. EDENA. 1ª Edición. Octubre de 2011).

<sup>38</sup> SCHEETZ, Thomas: *“Teoría de la Gestión Económica de las Fuerzas Armadas”*. 48. (Documentos de Trabajo. EDENA. 1ª Edición. Octubre de 2011).

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

Por supuesto que aún en lo acotado de la hipótesis propuesta, surgen algunas variables inevitables a considerar: así, no sería lo mismo un ataque aéreo, a distancia (e.g. un dron de combate o VANT) o consumado, por ejemplo, por un francotirador donde los ejecutores de éste nivel tienen nula o poca posibilidad de un análisis detallado sobre el objetivo ordenado, así como otras tantas posibilidades que la guerra presenta, que lo que ocurriría en una operación en contacto con el terreno y cercano a las líneas de ataque/defensa de las tropas enemigas, donde el decisor en caso de haberse herido o matado civiles o no combatientes habría incurrido no ya en conducta negligente, sino directamente en un claro atentado contra la vida de personas indefensas con, por lo menos, dolo eventual, es decir, intención y, por lo tanto, el análisis devendría improcedente.

Un aspecto esencial en el juicio de la conducta de los posibles responsables es el que se refiere a si hubo o no negligencia ante el hecho de, surgidas las dudas, evitar una mayor precisión en las pesquisas. Este punto se relaciona íntimamente con la doctrina de la obediencia debida receptada por numerosas legislaciones del mundo, incluyendo el Código Penal de la Nación (Argentina). Al respecto, señala Zaffaroni que *“si el subordinado cumple una orden legítima del superior no hay tipicidad (...) cuando el contenido de la orden es ilícito, puede que el subordinado se encuentre en un error invencible de tipo (...) porque no tenga la posibilidad de controlar la licitud del acto”* dado que el mismo no resulta evidente por las circunstancias propias del caso y del contexto (un enfrentamiento armado). *“Si le consta al subordinado que el contenido de la orden es ilícito y la cumple”*<sup>39</sup> puede ser responsable, o bien encontrarse amparado por un estado de necesidad justificante o exculpante. Reitero, la solución será diferente conforme la naturaleza del ataque. No obstante, como señalé en este acápite, no parecen quedar dudas de que no le era

---

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio: *“Estructura básica del Derecho Penal: Antijuridicidad y justificación”*: <https://www.youtube.com/watch?v=z9s2A2u1YzU>

exigible al personal un análisis más profundo de la licitud del ataque y por lo tanto, ratificada que fuera la orden por la instancia superior, no habría conducta punible.

b. Nivel operacional.

El Nivel Operacional, también llamado Estratégico Operacional<sup>40</sup> viene a ser, entonces, el nivel intermedio. Se encuentra a cargo de un Comandante Operacional (COp), que ostenta el grado de Coronel, General o equivalente y representa la máxima autoridad en el terreno, sobre quien recae toda la responsabilidad de las acciones que tienen lugar en el TO. Como dije anteriormente, es el único responsable en cuanto a cómo organizar las fuerzas asignadas y cómo conducir las en el campo de batalla. También señalé que, *“la Estrategia Operacional vincula, entonces, la Conducción Estratégica Militar con las acciones tácticas a llevar a cabo por las fuerzas subordinadas a los Comandantes Operacionales”*<sup>41 42</sup>.

En este nivel tiene especial relevancia el concepto de Inteligencia Operacional, entendiendo por tal las maniobras tendientes a *“conocer las capacidades operativas de nuestro adversario, poder prever sus intenciones, entender cuáles son sus vulnerabilidades, **detectar sus engaños**, mantener el sigilo propio y aplicar la fuerza de nuestros componentes de manera oportuna donde el enemigo vaya presentando debilidades”*<sup>43</sup>. En parte, como se observa de la definición dada, la función del componente responsable de la Inteligencia Operacional redunda también en

---

<sup>40</sup> Al respecto, hay quienes identifican al Nivel Operacional con el Nivel Estratégico Operacional, hay quienes desconocen o desaconsejan directamente la denominación “Estratégico Operacional” y quienes lo conciben como un nivel distinto del Nivel Operacional tal y como lo desarrollé en este trabajo.

<sup>41</sup> PERTUSIO, Roberto, *“Estrategia Operacional”*. Tercera edición. Buenos Aires: Instituto de Publicaciones Navales (2005) en DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: *“Apuntes sobre estrategia Operacional”*. 18. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

<sup>42</sup> Operacionalizar las órdenes del NE.

<sup>43</sup> DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: *“Apuntes sobre estrategia Operacional”*. 104. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

evitar y contrarrestar el engaño y sorpresa del enemigo impidiendo así una vulneración a las normas de DIH. En este sentido, no puede perderse de vista que, aun cuando las Fuerzas Enemigas hubieran tomado el hospital en violación al DIH, mediante el “*el uso de las instalaciones de salud como puestos de observación militar o escudos físicos de la acción militar*”<sup>44</sup>, pero manteniendo sus funciones y personal sanitarios, ello no habilitaría a la Potencia Beligerante a violar sus propias obligaciones en aplicación de lo que se denominó la doctrina del “*tu quoque*”<sup>45</sup>: Es decir, el incumplimiento de una parte no justifica el incumplimiento de la otra. En tal caso, la Potencia Beligerante debía extremar los recaudos para evitar, en la medida de lo posible, todo daño colateral al personal civil presente en el local.

Por otro lado, vale agregar que el COP no se vale únicamente de la Inteligencia Operacional, sino también de la Inteligencia Táctica, sobre cuya distinción valen las mismas consideraciones que las referidas a los niveles de comando<sup>46</sup>, y de su propia percepción sobre el terreno. Es por este motivo que, en el punto anterior, hice la salvedad en cuanto a que no es lo mismo por ejemplo un ataque aéreo que uno terrestre, toda vez que las fuerzas terrestres (e.g. Ejército, Infantería de Marina, fuerzas especiales), tienen mayor posibilidad de adelantar y prevenir o incluso de evitar estos errores durante la ejecución del ataque que por ej. las fuerzas aéreas.

Así, el COP debe apoyarse en los componentes tanto de Inteligencia Operacional como Táctica, pero al mismo tiempo, como máxima autoridad militar en el terreno, es responsable de verificar que las tareas de inteligencia se lleven a cabo correctamente. “*Un comandante no está protegido por una orden recibida de un ministro, o de un príncipe que está ausente en el teatro de*

---

<sup>44</sup> “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*”, Informe. CICR. 42. octubre 2015.

<sup>45</sup> La doctrina del “*tu quoque*”, que no tuvo éxito plantea que no corresponde pena ante la violación al DIH cuando esta violación se origina en una conducta análoga de la otra parte en el conflicto. Algo así como una especie de reciprocidad.

<sup>46</sup> La Inteligencia Operacional tiene lugar en el Nivel Operacional y toma como referencia, además de sus propias percepciones, la información brindada por el Nivel Táctico, en tanto que la Inteligencia Táctica se desarrolla a nivel táctico, bajo dirección del Nivel Operacional, es decir, en el terreno.

operaciones y que tiene poco o ningún conocimiento de los hechos más recientes (...) Todo comandante en jefe que, como resultado de órdenes superiores” comete una violación al DIH, “también es un criminal”<sup>47</sup>, de allí que la última palabra en cuanto a la decisión de ejecutar o no un ataque contra un objetivo dudoso, sin perjuicio de las órdenes recibidas desde el NE, corresponde al Comandante Operacional y recaerá sobre su cabeza.

Si se suma a ello, por un lado, que la información de inteligencia que nutre la decisión de los altos mandos proviene, justamente, de la inteligencia Operacional y de la percepción del Comandante Operacional sobre el terreno, no parece viable eximir, hasta este punto, de responsabilidad, a dicho nivel de comando, lo que podría poner las acciones atribuidas al responsable en el límite de un dolo eventual. Esto, claro está, sin dejar de lado aquello de que el juicio sobre las acciones de los comandantes en el terreno debe tener en cuenta el contexto y la particular posición de los comandantes y por lo tanto dependerá de ello la valoración de su conducta.

Si se suma a esto la doctrina de la responsabilidad del superior por la conducta de sus subordinados, esbozada también al tratar la cuestión de la obediencia debida, la solución se torna casi ineludible. Debe distinguirse en este aspecto la “llamada responsabilidad indirecta debido a su naturaleza de tipo omisivo, en contraste con la llamada responsabilidad directa del superior (de tipo positivo) que precisamente se activa cuando el superior ordena a sus subordinados cometer, por ejemplo, crímenes de guerra”<sup>48</sup>, es decir, “el superior es directamente responsable por ordenar a sus subordinados que cometan actos ilícitos” en tanto que “**puede ser considerado**

---

<sup>47</sup> Conf. LUYAAS, Jay: *Napoleón en el Arte de la Guerra*. Río de Janeiro: Record (2001) en DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: "Apuntes sobre estrategia Operacional". 104. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

<sup>48</sup> PEREZ Juan Pablo - ACEVEDO León: "La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo". 154 - 198.156. (Resumen). Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá. N°10. noviembre 2007.

responsable por la conducta ilícita de un subordinado"<sup>49</sup> aun cuando no tuviera intervención. Al respecto, diversos Tribunales Penales Internacionales (TPI) han entendido que “su responsabilidad se genera incluso por el simple deber de conocer (*should have known*)”<sup>50</sup>, aunque no hubiera un conocimiento efectivo. Por tanto, como queda claro, siempre recaerá sobre él algún tipo de responsabilidad.

Solo restará ante un caso concreto analizar la diligencia demostrada por el COP en oportunidad de evaluar la información disponible y, eventualmente, de requerir una profundización de las tareas pesquizativas 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”<sup>51</sup>, tomando como parámetro, en analogía con lo que sucede en el Derecho civil, la diligencia exigible a un “buen comandante”<sup>52</sup> o dicho de otro modo, un comandante “razonable y prudente o de diligencia (*destacable*)”<sup>53 54</sup>, extremo que excedería los límites de este trabajo, pero que considero imprescindible poner de resalto. Es por ello, además, que entiendo que la conducta del oficial debe ser juzgada, preferiblemente por sus pares sea en un Tribunal Militar o bien con la participación de consultores técnicos con experiencia: Oficiales de similar antigüedad y de reconocida experiencia en el terreno.

En resumen, el Comandante Operacional será responsable por el ataque tanto en caso de negligencia grave, a menos que demuestre que no podría haber evitado el hecho utilizando la

---

<sup>49</sup> Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario: “*La responsabilidad e los superiores y la responsabilidad por omisión*”, CICR, marzo 2014.

<sup>50</sup> PEREZ Juan Pablo - ACEVEDO León: “*La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo*”.156 - 198.156. (Resumen). Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá. N°10. noviembre 2007. Bogotá, Colombia.

<sup>51</sup> “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*”, Informe. CICR. 67 octubre 2015.

<sup>52</sup> Algunos Códigos como el Español y el Código Civil de la Nación (Argentina) hasta hace poco hablan de la diligencia exigible a un “buen padre de familia”.

<sup>53</sup> LOPEZ MEZA, Marcelo J.: “*La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente*”. 9. [http://www.juschubut.gov.ar/images/conducta\\_seg%C3%BAAn\\_1725\\_CCC.pdf](http://www.juschubut.gov.ar/images/conducta_seg%C3%BAAn_1725_CCC.pdf)

<sup>54</sup> Si bien la idea del “buen padre de familia” habla de “diligencia media” en el caso de un Comandante y en razón de la naturaleza de la guerra y el bien amenazado, considero que se debe hablar de “diligencia destacable”.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

diligencia exigible a un comandante “razonable y prudente o de diligencia (destacable)” de su antigüedad, como por los abusos cometidos por sus subordinados sea por responsabilidad directa o indirecta.

c. Nivel Estratégico.

El Nivel Estratégico (NE) es quizás el más complejo, el menos justo, pero al mismo tiempo el más simple desde el punto de su análisis legal dado que su responsabilidad deriva en forma directa de lo visto anteriormente.

Decía que la responsabilidad que corresponde a este nivel es quizás la menos justa; esto debido a que a pesar del espacio geográfico que puede separar a los actores en el NE del Teatro de Operaciones que, como señalé, es la parte del Teatro de Guerra necesario para la conducción de las operaciones militares para el cumplimiento de una determinada misión, parece cuanto menos difícil tener un control acabado de la situación. Sin embargo, no puede pasarse por alto lo expresado en la definición de “Nivel Estratégico” en cuanto a que en su ámbito se calculan cuidadosamente fines y medios y costos y riesgos de la operación.

Ahora bien, en este nivel el análisis se desdoblará necesariamente en dos interrogantes, el primero hace a la *existencia* de responsabilidad que, como queda dicho y demostraré en instantes, parece tener respuesta positiva; el segundo, más complicado, hace al *grado* de responsabilidad, que dependerá de su conocimiento y capacidad de control sobre los actos del COp y la información en poder del NE.

Asimismo, la doctrina distingue dos estratos distintos dentro del Nivel Estratégico, uno el Nivel Estratégico Político, cuya función es “*es coordinar y dirigir todos los recursos de la nación, o grupo de naciones, hacia el logro del objetivo político de la guerra, el fin definido por la política*

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

*fundamental.” (Liddell Hart 1974: 344). La expresión de “todos los recursos de la nación” se refiere a los medios militares, económicos, industriales, humanos, políticos y diplomáticos, es decir, todos los dominios del Estado”<sup>55</sup>(sic). En tanto que “el Nivel Estratégico Militar, (está) personalizado en el Jefe del Comandante Conjunto y su Estado Mayor Conjunto<sup>56</sup>” (sic), es decir por el aparato militar en fuera del TO.*

En cuanto al primer interrogante (si existe responsabilidad), hay varios factores a tener en cuenta, por un lado “*el superior puede ser considerado responsable por la conducta ilícita de un subordinado (...) es una forma de responsabilidad indirecta y se basa en la omisión de actuar del superior*”<sup>57</sup>. Sin embargo, en este caso no se trata tanto de responsabilidad indirecta, la que tampoco queda plenamente excluida, sino más bien de aquella que le pudiera corresponder por el hecho de haber ordenado el ataque, y que lo hace directamente responsable de las consecuencias del mismo.

Así se observa que, tras un análisis de la información de inteligencia brindada desde el Nivel Operacional, el EM dio la orden de lanzar el ataque, como es de suponer, luego de un cuidadoso estudio de las circunstancias, máxime teniendo en cuenta que se trataba de un establecimiento humanitario (retomaré este punto más adelante) y que, ante las dudas surgidas, fue el COp, en uso de su legítima autoridad (Control Operacional), quien confirmó la orden de cumplir la misión.

---

<sup>55</sup> DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: "*Apuntes sobre estrategia Operacional*". 16. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

<sup>56</sup> DE IZCUE Arnillas, Carlos - ARRIARAN Schaffer, Adrián y TOLMOS Mantilla, Yuri: "*Apuntes sobre estrategia Operacional*". 107. (Ed. División de publicaciones de la Escuela de Guerra Naval. Octubre 2013). [https://www.esup.edu.pe/descargas/pub\\_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf](https://www.esup.edu.pe/descargas/pub_academicas/Estrategia%20Operacional.pdf)

<sup>57</sup> Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario: "*La responsabilidad e los superiores y la responsabilidad por omisión*", CICR, marzo 2014.

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

Como se observa, no se puede hablar propiamente de responsabilidad por los actos ilícitos de sus subordinados dado que ello implicaría, necesariamente, por un lado la intención del COp de cometer un Crimen de Guerra, extremo que no se verifica en esta hipótesis y por el otro la falta de participación activa del NE en el mismo. No obstante, y de acuerdo a los principios que rigen la delegación *“la responsabilidad del delegado coexiste con la del delegante, sin perjuicio de que se pueda interpretar en forma restringida la responsabilidad del último”* en función de la obligación que tiene el delegante de vigilar y controlar la actividad del delegado y responder por ella<sup>58</sup>, en caso de constatarse negligencia del delegado. Es cierto que no nos encontramos propiamente ante una situación delegación, pero la analogía entre ambas circunstancias es innegable y rigen, por tanto, los mismos principios. En este sentido parece esclarecedora la prescripción del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Argentinas) que establece que las sanciones a sus subordinados no eximen al Comandante de la obligación de procurar el éxito de las tareas y objetivos encomendados, lo que lleva como consecuencia que, la imposición de una sanción al nivel inferior no lo exime totalmente de responsabilidad disciplinaria.

Si se suma a ello, que fue el propio EM quien ordenó el ataque, sin perjuicio de no haber sido puesto en conocimiento de las novedades surgidas, no parece factible desvincular completamente al NE.

En este sentido, entiendo que es el EM quien está en mejores condiciones de lograr un análisis cuidadoso de la información recibida, no solo por contar, además de los informes proporcionados desde el Nivel Operacional, con otras constancias provistas por los demás actores y aliados en el terreno (e.g. miembros de otras fuerzas armadas, enviados políticos, actores de ayuda

---

<sup>58</sup> GORDILLO, Agustín: *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I. XII-24. (Fundación de Derecho Administrativo. 1° Edición. 2013).

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

humanitaria que confirmen el estado de sus establecimientos, etc.), sino porque maneja tiempos y presiones también diferentes.

Así, la especial posición en la que se encuentra y la amplitud de sus posibilidades ponen en cabeza del NE la necesidad de un análisis más riguroso de las constancias a su disposición. Por lo tanto, en cuanto al Nivel Estratégico Militar, éste no podrá evitar cierto grado de responsabilidad ya sea por su deber de control, por negligencia grave en su obrar o bien ante una valoración superficial o “deliberadamente” negligente (negligencia consiente o culpa con representación) de los informes recibidos. Ello sin perjuicio de la responsabilidad que le podría caber en caso de haber ordenado la comisión de un ilícito ya sea con dolo o intención directa o bien con dolo eventual.

Ahora bien, en cuanto a la segunda pregunta, a saber ¿En qué grado responde por los hechos acontecidos? resulta aún más compleja y hasta se puede decir que relativa. Como se ha visto, el NT solo será responsable por dolo directo, sea por haber acatado conscientemente una orden ilícita como por, habiendo constatado la presencia de civiles en el local, haber disparado deliberadamente contra ellos en contraposición a las normas de DIH. Por su parte, el Nivel Operacional será responsable de todas las consecuencias de la operación, salvo que pueda demostrar que, habiendo extremado los recaudos para impedirlos, no habría podido evitar el error. Es decir, deberá demostrar que su actuar fue el de un comandante “razonable y prudente o de diligencia (destacable)”. Finalmente, el Nivel Estratégico Militar también responderá por las consecuencias de la orden impartida pero esta responsabilidad será mayor o menor según la medida de las precauciones observadas. Además, variará según que el COp haya puesto en su conocimiento el giro de las circunstancias o, como sería esperable, no lo hubiera hecho, pero en todo caso, y siempre que no se constate dolo en la orden, responderá en menor medida que el

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

Comandante Operacional. Como se observa y de acuerdo a lo dicho al principio, la determinación del grado de responsabilidad del nivel Estratégico (en este caso el Nivel Estratégico Militar) será el más complejo de la investigación atento a la cantidad de variables que entran en juego, pero resulta indiscutible que no podrá eximirse, especialmente desde que la orden se originó en su ámbito. Por su parte, el Nivel Estratégico Político solo responderá por dolo directo, sin perjuicio del costo político que el hecho le implique tanto a nivel interno como ante la comunidad internacional.

### 3) Conclusión.

A lo largo de este ensayo he intentado dar respuesta a un problema que se presenta, cada vez más, con preocupante frecuencia y que, ante la aparición de nuevos métodos de guerra, no parece que vaya a encontrar una solución en el corto plazo. Así, a través de un caso hipotético, pero no por ello menos real, procedí a analizar la responsabilidad que puede haber a cada uno de los diferentes niveles de comando. La respuesta a este interrogante no ha sido sencilla. Un análisis superficial sugeriría que la responsabilidad aumentaría conforme lo hiciera el nivel de comando analizado, es decir, el Nivel Táctico tendría el menor grado de responsabilidad en tanto que al Nivel Estratégico se le imputaría el grado más alto. Sin embargo la respuesta ha resultado sorprendentemente diferente, llegando a la conclusión de que el Nivel Estratégico solo responderá por su deber de control sobre las acciones de sus subordinados y en virtud de la orden dada, en la medida de la diligencia demostrada en el análisis de la información recibida (excepto en caso de dolo), quedando el grado de responsabilidad ligado a circunstancias de hecho que resulta imposible contemplar en abstracto, al menos dentro de la extensión del presente; en tanto que el Nivel Operacional encabezado por el Comandante Operacional, dado su carácter de

*Dr. Santiago Luis PUPI CERVIO*

responsable máximo dentro del Teatro de Operaciones y debido a sus posibilidades de control directo sobre las operaciones militares será quien ostente siempre la mayor culpa.

En cuanto al aporte que este trabajo pretende lograr para la solución de los nuevos desafíos en la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la de concientizar a los Comandantes y responsables de las operaciones militares sobre la carga que llevan en sus hombros y la necesidad imperativa de tomar todos los recaudos necesarios para evitar daños colaterales innecesarios y ataques no deseados contra la población civil u organismos de ayuda humanitaria, máxime teniendo en consideración que son ellos – comandante operacional – y no las instancias superiores los máximos responsables de las consecuencias negativas de sus acciones. Esta necesidad no es un dato menor y su inobservancia puede implicar una verdadera catástrofe humanitaria, ya que la falta de certeza y seguridad por parte de los agentes de ayuda humanitaria podría funcionar como un importante disuasor de su voluntad dejando en la indefensión a cientos de miles de víctimas inocentes.

Para concluir, señalo que ciertamente han quedado (de forma deliberada) variables sin analizar cómo dejé de manifiesto a lo largo del trabajo, pero ello se debió a la intención de llevar adelante un examen lo más general, aunque exhaustivo posible y que fuera, al mismo tiempo, adaptable a las diferentes situaciones que pudieran plantearse. En razón de ello, espero que, a futuro, los responsables de las operaciones militares puedan concientizarse de su función de garantes de la paz y la seguridad internacional evitando conductas que puedan resultar contrarias a los principios y fines establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.