

# Clausura del proceso por el Procurador General Federal del 20.6.2013 respecto al uso de vehículos aéreos no tripulados en Mir Ali/Pakistán el 4.10.2010 y el homicidio del ciudadano alemán B.E.

Comentario de la “versión pública” del 23.7.2013\*

Prof. Dr. Kai Ambos, Juez de Tribunal Regional, Gotinga

1. La decisión del Procurador General Federal que se comenta presenta un solo problema jurídico que, si embargo, es complejo, esto es, cuándo es admisible o inadmisibles, desde el punto de vista del derecho internacional, el homicidio selectivo de un civil en un conflicto armado. Para anticipar el tema: el Procurador General Federal establece un umbral bastante bajo y, con ello, se ubica debajo del estándar de protección del derecho internacional para los homicidios selectivos (“targeted killings”) en conflictos armados. Por ello, en el resultado, el Procurador General Federal debe rechazar la sospecha, especialmente, de un crimen de guerra de conformidad con el § 11, inc. 1º, 1ª oración, núm. 1 del Código Penal Internacional alemán (ataque a personas civiles).<sup>1</sup> La decisión contiene otras consideraciones interesantes, por ejemplo, con respecto a la aplicación de los mismos principios para el uso de vehículos aéreos no tripulados.<sup>2</sup> Con estas otras cuestiones

---

\* Traducción del alemán de Noelia Núñez, estudiante de doctorado y becaria DAAD, Universidad de Buenos Aires/Universidad Georg-August, Gotinga.

<sup>1</sup> Procurador General Federal, clausura del proceso del 20.6.2013 respecto al uso de vehículos aéreos no tripulados en Mir Ali/Pakistán el 4.10.2010, “versión pública” del 23.7.2013, disponible en

[https://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneneinsatz\\_vo\\_m\\_04oktober2010\\_mir\\_ali\\_pakistan.pdf](https://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneneinsatz_vo_m_04oktober2010_mir_ali_pakistan.pdf),

aquí p. 22 ss., acertado con respecto al efecto de la justificación en relación con el derecho penal general (§ 211 Código Penal alemán), id., pp. 27, 30; (Nota de la traductora: el Procurador General Federal dispuso la clausura del proceso de conformidad con el § 170, inc. 2º de la Ordenanza Procesal Penal alemana. De acuerdo con esta disposición, la fiscalía puede disponer la clausura del proceso cuando, por ejemplo, resulta que el hecho como tal no es punible. En la decisión que se comenta, el Procurador General Federal evaluó la punibilidad a la luz de las figuras de crímenes de guerra previstas en los §§ 11, inc. 1º, 1ª oración, núm. 1; inc. 2º e inc. 1º, núm. 3 del Código Penal Internacional alemán, así como también de las disposiciones aplicables del Código Penal alemán. En el caso de los crímenes de guerra descartó la punibilidad fundamentalmente porque el ataque no habría sido dirigido contra la población civil o una persona civil que merecen protección según el derecho internacional. Por otra parte, desechó la punibilidad a la luz de las figuras del Código Penal alemán, porque en el caso la conducta habría constituido una intervención militar admisible y, por tanto, estaría justificada por el derecho penal general. La decisión de conformidad con el § 170, inc. 2º no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo cual, el proceso puede reanudarse en todo momento).

<sup>2</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 31 ss. En este sentido, es interesante el punto de vista histórico-funcional que

coincido ampliamente y como precedente no tienen un efecto comparable – peligroso – al del establecimiento (muy bajo) del umbral para los homicidios en el caso de ataques contra civiles, con o sin vehículos aéreos no tripulados. Por ello, aquí sólo se tratará este último tema.

2. De acuerdo con la información del Procurador General Federal, la víctima del ataque norteamericano del 4 de octubre de 2010 mediante vehículos aéreos no tripulados, el ciudadano alemán B.E., original de Wuppertal, se unió al Yihad islámico en el norte de Pakistán (Waziristán del Norte) a mediados del 2010.<sup>3</sup> Sobre las actividades concretas de B.E. se conoce que:

“Durante su estadía en el norte de Waziristán, B.E. se unió sucesivamente a varias agrupaciones rebeldes. Mientras que primero perteneció a un grupo denominado ‘Muyahidín Alemán’ y luego al talibán pakistaní, por lo menos a partir de mediados de septiembre estuvo vinculado con Al-Qaeda. En este periodo fue equipado con una Kaláshnikov con cuatro cargadores, cada uno con 30 cartuchos, tomó parte en entrenamientos de combate y recibió una formación en el manejo de armas.

La reunión de la tarde en que fueron usados los vehículos aéreos no tripulados (4 de octubre de 2010) tuvo por objetivo discutir y poner en marcha la planificación de un atentado suicida a ser llevado a cabo por B.E., contra un establecimiento militar de las fuerzas armadas de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (y posiblemente también contra las alemanas) [...] La planificación del empleo de B.E. era tan concreta, que ya estaba fijada la fecha de dicha operación.”<sup>4</sup>

De ello resulta que B.E. se unió en Waziristán a agrupaciones militantes y planeó un atentado suicida. Con ello, probablemente se puede coincidir con las conclusiones del Procurador General Federal en cuanto a que B.E. “estuvo [en Waziristán] como combatiente de un actor de un conflicto

---

considera parte de las fuerzas armadas también a los civiles, en este caso a los empleados de la CIA, en el sentido del art. 43, inc. 1º del Primer Protocolo Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (PA I; Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 1990, p. 1550 s. 1551, id., p. 33 s.); sin embargo, la literatura, que trata a los civiles como tales, rechaza este punto de vista (cf. empleados de la CIA, *Ohlin*, JICJ 11 [2013], 42 [45]; similar respecto a civiles que participaron en un ataque cibernético *Lin*, Int. Rev. of the Red Cross 94 [2012], 526 f.; *Lülf*, HuV-I 26 [2013], 79). Es también interesante la acertada referencia a la – falta de – posibilidad de probar una lista de objetivos seleccionados (“targeting list”) por parte del Presidente de EE.UU. (Procurador General Federal [supra n. 1], p. 35 s.).

<sup>3</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 15.

<sup>4</sup> Id. (se omitió la nota al pie).

no estatal”.<sup>5</sup> Sin embargo, no se probó una participación concreta de B.E. en las hostilidades. No obstante, el Procurador General Federal supone una “función continua de combate” (“contin[u]ous combat function”) en el sentido del derecho internacional humanitario (al respecto, en seguida con más detalle):

“Sin embargo, en el caso de una persona que es reclutada, formada y equipada por un grupo con el objetivo de participar de manera permanente y directa en las hostilidades, ha de suponerse tal función continua de combate, incluso cuando no haya participado por sí misma en una conducta hostil. Quienes pertenecen a grupos armados organizados pueden ser seleccionados como objetivos, incluso si en ese momento no participaban directamente en las hostilidades. Para los miembros de estos grupos, la recuperación del estatus jurídico de protegido propio de una persona civil recién es posible cuando abandonan su función continua de combate de manera duradera y reconocible.”<sup>6</sup>

“En un caso como el del reclutamiento, formación y equipamiento de una persona para la comisión de conductas de combate, no es necesario que la persona ya haya tomado parte en una conducta hostil para suponer la función continua de combate.”<sup>7</sup>

3. Si se sigue la opinión del Procurador General Federal, es suficiente la mera pertenencia a un grupo armado (en el caso, terrorista) para hacer de los civiles protegidos por el derecho internacional humanitario un objetivo militar legítimo. Con ello, el umbral de los homicidios admisibles, atribuido al derecho penal general aplicado exclusivamente en tiempos de paz, es equiparado a aquél de la responsabilidad por delitos de organización de conformidad con los §§ 129, 129a, 129b del Código Penal alemán. Ni siquiera depende del acuerdo para cometer el crimen – aquí también comprobado – en el sentido del § 39, inc. 2º, 3ª alternativa del Código Penal alemán. Como es sabido, sin embargo, la responsabilidad penal – de la clase que fuere – ahora no permite el homicidio (por el Estado) de la persona en cuestión, sino sólo su persecución penal. Por lo tanto, ¿la circunstancia de que existe un conflicto armado debe servir por sí sola como justificación del homicidio de quien es sospechado de terrorismo? Este paralelismo no sólo hace comprensibles los amplios reparos ético-jurídicos contra los homicidios en conflictos armados,<sup>8</sup> sino también deja dudas jurídico-positivas respecto del umbral fijado por el Procurador General Federal para los homicidios.

4. Por supuesto, los homicidios selectivos en conflictos armados no son inadmisibles de manera general.<sup>9</sup> Dicho de manera sencilla, vale más bien el principio de distinción del derecho internacional humanitario, según el cual se puede matar combatientes, pero los civiles deben ser protegidos. Debido a que en los conflictos no internacionales – que aquí interesan<sup>10</sup> – no rige la distinción combatiente/civil, sino todos los combatientes son en principio civiles, lo relevante, según el art. 13, inc. 3º del Segundo Protocolo Adicional (PA II),<sup>11</sup> es si una persona participa “directamente en las hostilidades” (“take a direct part in hostilities”). Si éste es el caso, pierde su inmunidad y se convierte en un objetivo militar legítimo. Esta disposición, por supuesto, es conocida al Procurador General Federal;<sup>12</sup> sin embargo, como se mostró supra, según su opinión ella estaría satisfecha con la mera pertenencia. No obstante, este punto de vista se ubica debajo del estándar de protección del derecho internacional humanitario vigente. De acuerdo con ello ha de diferenciarse: el principio de pertenencia (conocido como “membership approach”) sólo puede aplicarse en el caso de grupos armados organizados (“organised armed groups”) en el sentido del derecho internacional humanitario; en el caso de los demás grupos armados (irregulares) depende de la participación directa en las hostilidades (conocido como “direct participation approach”), en este sentido, sin embargo, han de colocarse exigencias más altas con respecto al comportamiento de la persona en cuestión.<sup>13</sup>

5. La cualidad del grupo armado requerida por el “membership approach” fue analizada por el Procurador General Federal de manera simplista. Si bien se ocupa del “grado de organización de las partes que intervienen en el conflicto, lo cual les permite planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concentradas sobre la base de la disciplina militar y la autoridad de hecho”,<sup>14</sup> no da más explicaciones al respecto, sino hace parte del conflicto en el norte de Waziristán a “todos” los “grupos rebeldes activos, inclusive Al-Qaeda” que operan en dicho lugar y, con ello, parece considerarlos

<sup>5</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 16.

<sup>6</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 24 (destacado por el autor).

<sup>7</sup> Id., (destacado por el autor).

<sup>8</sup> Cf. Eser, en: Dölling/Götting/Meier/Verrel (ed.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung*, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, p. 461; *el mismo autor*, en: Appel/Hermes/Schönberger (ed.), *Öffentliches Recht im offenen Staat*: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, p. 665; Merkel, JZ 2012, 1137.

<sup>9</sup> Cf. fundamental Otto, *Targeted Killing and International Law*, 2012, passim; cf. también Kretzmer, EJIL 16 (2005), 171 (186); Kref/Nolte, FAZ.net de 30.12.2009, disponible en [www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-1899361.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-1899361.html);

Schaller, HuV-I 2011, 91; Ambos/Alkatout, JZ 2011, 758.

<sup>10</sup> Convincente, Procurador General Federal (supra n. 1), p. 17 ss.

<sup>11</sup> Segundo Protocolo Adicional a los (cuatro) Convenios de Ginebra (regula los conflictos no internacionales), Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 1990, p. 1550, 1637.

<sup>12</sup> Cf. Procurador General Federal (supra n. 1), p. 23 con n. 106. Al respecto, es acertada la limitación a los verdaderos actos de combate en oposición a la doctrina de EE.UU. “war on terror” (id., p. 21 s.); en este sentido, también por ejemplo, Lubell/Derejko, JICJ 11 (2013), 71 s.

<sup>13</sup> Por lo demás, es discutido si el “membership approach” debería ser aplicado en conflictos no internacionales, cf. Ambos/Alkatout, Isr. Law Review 45 (2012), 341 (348).

<sup>14</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 18.

“grupos armados organizados” en el sentido (estricto) del derecho internacional humanitario. Este enfoque es muy amplio y en todo caso discutido para el caso de Al-Qaeda, debido a su carácter de red descentralizada;<sup>15</sup> además, para el caso del grupo del afectado B.E. debería haber sido probado. Sin embargo, el Procurador General Federal no nombra este grupo de forma precisa,<sup>16</sup> ni investiga si se trata de un “grupo armado organizado” en sentido estricto. Si se quiere aplicar el “membership approach” a conflictos no internacionales,<sup>17</sup> deben colocarse requisitos altos respecto del concepto de grupo que le subyace, debido a las consecuencias letales – en un sentido real de la palabra – que surgen de allí para los miembros del grupo (pérdida de inmunidad). Así, las características del grupo deben asimilarse por lo menos a las de un Estado – como parte paradigmática de los conflictos – y el grupo debe demostrar un mínimo de organización central y colectiva,<sup>18</sup> debe tener una organización jerárquica rígida<sup>19</sup> y – como exige el art. 1º, inc. 1º del PA II – debe poder “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. De este modo, son necesarias, en todo caso en relación con la organización interna, una estructura de mando militar y centralizada y una cadena de mando top-down.<sup>20</sup>

6. Los civiles que no pertenecen a un “grupo armado organizado” en el sentido mencionado supra no pierden su inmunidad con la pertenencia a otro grupo armado, sino recién mediante la denominada “participación directa” (“direct par-

ticipation”). Ello supone incluso más que una mera pertenencia y/o preparación del crimen (acuerdo para cometerlo), esto es, conductas lesivas concretas, por ejemplo, ataques a combatientes adversarios o su detención (tentada), minado de una zona, sabotaje de vías de comunicación militar, así como entrada y salida del combate.<sup>21</sup>

7. Aun cuando in casu se quiera aplicar el “membership approach”, esto es, suponer que B.E. perteneció a un “grupo armado organizado” en un sentido estricto (lo cual, como se ha dicho, no fue probado por el Procurador General Federal de manera inequívoca), es sin embargo muy dudoso, si la mera pertenencia a uno de estos grupos y una preparación de un atentado suicida quitan a uno de estos miembros la protección del derecho internacional humanitario (según el cual, dicho miembro es considerado un civil). Ello depende de manera decisiva de la controvertida cuestión acerca de la relación entre el “membership approach” y la “continuous combat function”. Si para fundamentar la pérdida de inmunidad con base en la pertenencia, se exige, como probablemente también el Procurador General Federal,<sup>22</sup> una función continua de combate,<sup>23</sup> lo relevante es cómo ésta es definida. Desde un punto de vista puramente conceptual parece que “continuous combat” [continua de combate] de todas formas quiere decir algo más que una mera pertenencia (pasiva), precisamente actos de combate continuos y activos. Por otra parte, éstos no deberían alcanzar una participación directa en las hostilidades, ya que de otra forma se difuminaría la distinción entre ambos principios („membership approach“ versus „direct participation“) y se minaría el efecto compensador del “grupo armado organizado” en el caso del “membership approach”. En efecto, para algunos autores la diferencia esencial entre ambos principios radica en que el “membership approach” sólo está ligado al estatus de perteneciente y justamente de ello se sigue la pérdida de inmunidad, mientras que el “direct participation approach” exige una participación directa en el combate.<sup>24</sup> De todas formas, estas cuestiones son mucho más complejas que lo que dejan suponer las explicaciones del Procurador General Federal.

8. Finalmente, ha de celebrarse que el Procurador General Federal de todos modos discuta la fundamental primacía de

<sup>15</sup> Cf. también Procurador General Federal (supra n. 1), p. 19 con n. 38 (con una acertada referencia a *Ambos/Alkatout*, JZ 2011, 759, pero sin discutir dicho punto de vista); más detallado *los mismos autores*, Isr. Law Review 45 (2012), 349 s.

<sup>16</sup> Cf. supra n. 1 y texto principal.

<sup>17</sup> Para una crítica véase supra n. 13.

<sup>18</sup> *Rudolf/Schaller*, Targeted Killing, Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielten Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, Stiftung Wissenschaft und Politik 2012, p. 16; el Tribunal de Yugoslavia de la ONU exige, entre otros, “la existencia de una estructura de mando y [...] cuarteles” [“the existence of a command structure and [...] headquarters”], ICTY (Trial Chamber I), sentencia del 3.4.2008 – IT-04-84-T (Prosecutor v. Ramush Haradinaj/Idriz Balaj/Lahi Brahimaj), párr. 60. Para un mínimo de organización también *Paulus/Vashakmadze*, Int. Rev. of the Red Cross 873 (2009), 95 (117); cf. también *Lubell*, Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors, 2010, p. 110 (según el cual debe existir “un nivel mínimo de organización”).

<sup>19</sup> Art. 4 (A) (2) (a) tercer Convenio de Ginebra de 1949 (Boletín Oficial del Estado alemán: BGBl. II 2009, p. 222, 223). Cf. también *Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, p. 75 ss.

<sup>20</sup> *Ipsen*, en *Fleck* (ed.), Handbook of International Humanitarian Law, 2º ed. 2008, p. 84 ss.; el Tribunal de Yugoslavia de la ONU exige por lo menos “la capacidad de ejercer algún tipo de control sobre sus miembros” [“the ability to exercise some control over its members”], ICTY (Trial Chamber II), sentencia del 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Ljube Boškoski/Johan Tarčulovskias), párr. 196.

<sup>21</sup> Cf. más preciso *Ambos/Alkatout*, JZ 2011, 762; *los mismos autores*, Isr. Law Review 45 (2012), 357 s., cada uno con más pruebas.

<sup>22</sup> Supra n. 6 y texto principal.

<sup>23</sup> Cf. también *Ambos*, en: Joecks/Miebach (ed.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 8, 2º ed. 2013, comentario previo a los §§ 8 ss. del Código Penal Internacional alemán nm. 42: “Por el contrario, los miembros activos (combatientes) y permanentes (‘continuous combat function’) de grupos armados organizados, de hecho, dejaron de ser civiles y, por ello, no deberían ser tratados como tales, sino, como miembros de las unidades de combate del partido contrario en el marco del principio de participación (‘membership approach’).”

<sup>24</sup> Cf. más reciente *May*, JICJ 11 (2013), 47 (48 ss.: “basado en el estatus” vs. “basado en la conducta” [“status” vs. “conduct-based”]).

una detención (en lugar del homicidio), aunque in casu – por motivos fácticos probablemente convincentes – la rechaza.<sup>25</sup> En efecto, los vehículos aéreos no tripulados justamente se utilizan, porque sus objetivos se encuentran en una zona militar no controlada y, por ello, no existe, en general, la posibilidad de una detención. Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, ha de señalarse que la prioridad de la detención no sólo se sigue del principio de la necesidad militar – mencionado por el Procurador General Federal<sup>26</sup> –, sino también de consideraciones humanitarias – inmanentes al derecho internacional humanitario y que, en efecto, lo sobrepasan<sup>27, 28</sup>. Desde la perspectiva de los derechos hu-

manos, el principio de proporcionalidad –cuya expresión es la necesidad militar– exige un mínimo de seguridad con respecto al peligro que surge de la persona atacada y la imposibilidad de evitar el recurso a fuerza letal.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Procurador General Federal (supra n. 1), p. 25 s.

<sup>26</sup> En este sentido, cf. art. 57, inc. 3° del PA I: “Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil” (destacado por el autor). Véase en general sobre la necesidad militar *Ambos*, *Treatise of International Criminal Law*, Tomo I, 2013, pp. 388 ss.

<sup>27</sup> En el sentido del art. 1, inc. 2° del PA I (“[...] las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.” [resaltado por el autor]). Véase también Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8.7.1996, ICJ Reports 226, párr. 78.

<sup>28</sup> Cf., en general también Corte Suprema de Israel, “Decisión sobre homicidios selectivos” del 14.12.2006 – Caso N° HCJ 769/02 (*The Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel et al.*), párr. 60: “Dañar a dichos civiles, incluso si el resultado es la muerte, está permitido bajo la condición de que no haya otro medio menos lesivo”; cf. también *Melzer*, *NYU Journal of International Law & Policy* 42 (2010), 81; *el mismo autor*, *Yearbook of Int. Humanitarian Law (YbIHL)* 9 (2006), passim; *Solis*, *Naval War College Review* 60 (2007), 542; *Ohlin*, *JICJ* 11 (2013), 33 s.; *el mismo autor*, *Minnesota Law Review*, 97 (2013), 1306; tal primacía de la detención incluso fue reconocida por el gobierno de Obama, véase *Brennan*, “The Ethics and Efficacy of the President’s Counterterrorism Strategy” disponible en <http://www.wilsoncenter.org/event/the-efficacy-and-ethics-us-counterterrorism-strategy> (consultado el 5.5.2013): “[...] nuestra preferencia incondicional es sólo usar la fuerza letal cuando creemos que la captura de la persona no es posible. He escuchado que se insinuó que la administración de Obama de alguna manera prefiere matar a los miembros de Al-Qaeda en lugar de capturarlos. Nada puede estar más lejos de la verdad. Nuestra preferencia es capturar a los sospechosos de terrorismo siempre y cuando sea posible.”). Sin embargo, otra opinión *Rudolf/Schaller* (supra n. 18), pp. 21, 26, según la cual no habría una obligación de utilizar medios menos lesivos, como por ejemplo la detención; similar *van Schaack*, *YbIHL* 14 (2011), 24 (“el derecho internacional humanitario permite el uso de la fuerza letal contra adversa-

---

rios como recurso primario en comparación con escenarios en los que se aplica el derecho en tiempos de paz.”).

<sup>29</sup> Cf. *May*, *JICJ* 11 (2013), 56 ss.