

ASESINATOS SELECTIVOS EN LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO

Rocío Lorca Ferreccio¹

“[J]ustice has been done”

Barack Obama²

Resumen

En marzo de 2011 el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, anunció la ejecución de Osama Bin Laden como un triunfo parcial de la “guerra contra el terrorismo”. Este evento se inserta dentro de un programa de asesinatos selectivos que el ejército de Estados Unidos en conjunto con su central de inteligencia (CIA) está llevando a cabo hace ya varios años. Este artículo revisa la legalidad de esta táctica de combate en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para concluir que no existen reglas que sean capaces de dar respuesta a una serie de cuestiones que esta práctica plantea. Más que abordar un trabajo de interpretación legal, este artículo sostiene que es urgente discutir la moralidad de los asesinatos selectivos como una táctica aceptable de combate.

Introducción

En marzo de 2011 el presidente de Estados Unidos, Barak Obama, anunció la ejecución de Osama Bin Laden, hasta entonces identificado como el principal líder del grupo terrorista Al Qaeda. La ejecución fue anunciada como un triunfo parcial en la “guerra contra el terrorismo,” como el resultado de una exitosa operación conjunta del ejército y la central de inteligencia de Estados Unidos (CIA) y, sorprendentemente, como un acto de justicia.³ Utilizando la

¹ Abogada de la Universidad de Chile, Magíster en Teoría del Derecho de New York University y candidata a doctora en derecho por la misma universidad.

² *New York Times*, “Bin Laden is Dead, Obama Says”, 1 de mayo de 2011, página A1.

³ Obama sostuvo en una conferencia de prensa que “la muerte de Bin Laden constituye el logro más

misma retórica de Barak Obama, el ex presidente estadounidense George W. Bush, quien una década antes había ordenado la captura de Bin Laden “vivo o muerto”, declaró: “la guerra contra el terrorismo sigue viva, pero esta noche Estados Unidos ha enviado un claro mensaje: sin importar cuánto tiempo nos tome, se hará justicia”.⁴ El 30 de septiembre de ese mismo año, Estados Unidos volvía a anunciar la exitosa ejecución de otro importante líder de Al Qaeda en Yemen: el ciudadano estadounidense Anwar al-Awlaki. A diferencia del atentado contra Bin Laden en el que agentes especiales ingresaron al lugar donde este se encontraba escondido, la muerte de al-Awlaki fue ejecutada por un vehículo aéreo no tripulado.⁵

La muerte de Osama Bin Laden produjo inmediatas expresiones de júbilo en gran parte de la ciudadanía estadounidense; una ciudadanía que expresaba cierta ansiedad por el hecho de que pronto se cumplirían 10 años desde los atentados a las Torres Gemelas sin que se hubiera logrado capturar a quien fuera considerado su principal responsable.⁶ Frente a estas expresiones de satisfacción y triunfo, la cuestión de si la acción de Estados Unidos se encontraba justificada y ajustada a derecho se volvió inevitable; esta pasó a formar parte del grupo de operaciones de dudosa legitimidad que son parte de la cruzada contra el terrorismo internacional.⁷

El análisis de este tema ha adquirido especial relevancia luego de los dos eventos recién descritos. Sin embargo, la utilización de esta práctica como una táctica “*acceptable*” de la lucha contra grupos terroristas data al menos desde el año 2000, cuando Israel reconoció abiertamente la utilización de este mecanismo en su respuesta a la denominada Segunda Intifada del pueblo pa-

significativo a la fecha de los esfuerzos que nuestra nación ha desplegado para derrotar a Al Qaeda. Pero su muerte no marca el fin de nuestros esfuerzos. No hay duda de que Al Qaeda continuará intentando atacarnos. Debemos mantenernos vigilantes y así lo haremos, tanto aquí como en el exterior.” *Ibíd.*, (mi traducción).

4 *Ibíd.*

5 Lo que en el debate internacional suele denominarse *drone*. *New York Times*, “Two-Year Manhunt Led to Killing of Awlaki in Yemen”, 30 de septiembre de 2011, página A1 (mi traducción).

6 El denominado atentado contra las Torres Gemelas, que tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001, consistió en un ataque terrorista del grupo Al Qaeda en que cuatro aviones comerciales fueron secuestrados para luego ser impactados en distintos puntos estratégicos de la costa este de Estados Unidos. Dos de dichos aviones impactaron en las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York, uno de ellos impactó en el Pentágono en Washington D.C. y el cuarto avión no logró dar con su objetivo, estrellándose en un descampado en Pensilvania. Los atentados produjeron poco menos de 3.000 víctimas fatales.

7 Otro ejemplo fundamental en este contexto son las detenciones e interrogaciones de personas sospechosas de tener vinculación con grupos terroristas, sin que se les otorgue ninguna garantía de debido proceso.

lestino.⁸ Estados Unidos, por su parte, ha aumentado dramáticamente la utilización de los asesinatos selectivos luego del ataque a las Torres Gemelas en septiembre de 2001.⁹ El propósito de este artículo es ofrecer una descripción y evaluación de los asesinatos selectivos como una táctica inserta en la lucha contra el terrorismo internacional, poniendo especial énfasis en la necesidad de articular los principales problemas legales y morales a que esta da origen.

Para delimitar el ámbito de análisis a que se abocan estas páginas: en la primera sección, intentaré otorgar una definición del asesinato selectivo. En la siguiente sección, formularé los principales desafíos legales que plantea esta práctica en relación a la determinación de las normas aplicables en el contexto del derecho internacional. La tercera sección estará dedicada a presentar los principales problemas legales y morales que plantean los asesinatos selectivos y sugerir la manera en que estos deberían orientar la reforma y diseño de una regulación internacional. Finalmente, concluiré señalando que el derecho internacional no ofrece una respuesta adecuada a los problemas que plantean los asesinatos selectivos. El desarrollo de reglas y principios apropiados es una tarea pendiente de la doctrina y filosofía del derecho internacional, cuya satisfacción se ha vuelto urgente frente al aumento indiscriminado del uso de asesinatos selectivos como táctica para derrotar a los grupos terroristas internacionales.

1. ¿Qué es un asesinato selectivo?

La definición de los asesinatos selectivos no se encuentra exenta de polémica. Desde ya, la selección del concepto de asesinato selectivo como traducción del término inglés *targeted killing* parece sugerir una toma de postura respecto de su legitimidad, toda vez que la palabra *asesinato* lleva implícita una noción de falta de justificación, en tanto que la palabra *killing* no parece implicar un juicio moral previo. Dado que asesinato selectivo parece ser, sin embargo, la fórmula más común, usaré este término y tendré que pedirle al lector que suspenda los prejuicios que este pueda generarle. El objetivo de este artículo es presentar los problemas de justificación y legalidad que esta práctica presenta

8 Ver, por ejemplo, Blum, Gabriela y Heymann, Philip, "Law and Policy of Targeted Killing", en *Harvard National Security Journal*, 1, (Harvard Law School) 2010, pp. 145-170.

9 Aunque la falta de transparencia en torno al uso de esta táctica nos impide conocer su magnitud exacta, ciertos estudios han dado algunas luces a este respecto. Ver, en este sentido, Alston, Philip, "The CIA and Targeted Killings Beyond Borders", *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 11-64, (New York University School of Law) 2011.

de la manera más neutral posible o, por lo menos, sin partir de la premisa de que los asesinatos selectivos son, por definición, ilegítimos o legítimos.

Una definición mínima de esta práctica, esto es, que no implique un juicio normativo en torno a su justificación, debería contener a lo menos los siguientes elementos: 1) se trata del uso intencional de fuerza letal contra un individuo, 2) el individuo contra el que se ejerce la fuerza letal está previa y precisamente identificado, y 3) el individuo contra el que se ejerce la fuerza letal no se encuentra bajo la custodia de su ejecutor.¹⁰ De la unión de estos elementos podemos elaborar una definición más o menos compartida por la doctrina, según la cual los asesinatos selectivos consisten en el uso intencional y premeditado de fuerza letal, sin que exista una orden judicial de ejecución, en contra de personas específicas que no se encuentran bajo la custodia del ejecutor, quien además debe ser un sujeto de derecho internacional.¹¹

De esta definición no se desprende ningún tipo de objetivo particular al cual estos atentados deben orientarse. Un asesinato selectivo podría ser llevado a cabo para prevenir un mal inmediato, para debilitar las fuerzas enemigas, para retribuir un mal causado, etc. En la medida que los tres elementos arriba descritos se encuentren presentes, nos encontraremos frente a un caso de asesinato selectivo; sin embargo, como discutiré más adelante, el objetivo con que se realiza esta operación será fundamental para decidir sobre su justificación.

Otra consideración que se desprende de la definición descrita y que conviene tener presente es que los asesinatos selectivos no son lo mismo que una ejecución judicial o extrajudicial. Si se trata de una ejecución realizada bajo una orden judicial, presumiblemente estaremos frente a una pena de muerte, cuya evaluación debe hacerse desde el punto de vista de las condiciones de legitimidad y legalidad de dicha institución. Si, por otro lado, funcionarios de un Estado ejecutan a un individuo que se encuentra detenido sin que medie una orden judicial, estaremos frente a un caso de ejecución extrajudicial, generalmente prohibido tanto a nivel doméstico como internacional.¹²

Una de las principales características que describen a esta práctica es la ambivalencia con la que es utilizada. Si bien tanto Israel como Estados Uni-

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, (Oxford University Press) 2008.

¹² Por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales se encuentran explícitamente prohibidas en el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

dos han reconocido y defendido el uso de asesinatos selectivos como una táctica legítima para combatir a grupos terroristas, también han mantenido en estricta reserva la real magnitud con que se utiliza, los criterios con los que se incorpora a un individuo a la lista de “asesinato o captura” y sus efectos colaterales. Esto ha producido una extrema falta de transparencia en la forma como se lleva a cabo esta práctica, lo que da cuenta de que, a pesar de que ambos países pretenden justificarla, la manera en que esta opera en los hechos sugiere una suerte de mala consciencia frente a su legitimidad.

Por supuesto, la falta de transparencia con que se llevan a cabo los asesinatos selectivos no solo es relevante en el sentido de debilitar la consistencia del discurso de justificación que estos países ofrecen, sino que también plantea a lo menos dos problemas adicionales. En primer lugar, dificulta la realización de una descripción acabada de los asesinatos selectivos como táctica de defensa o lucha armada y, con ello, obstaculiza la realización de una evaluación normativa adecuada, toda vez que solo sabemos lo que los asesinatos selectivos son *en teoría*. En segundo lugar, cualquiera sean los problemas normativos de los asesinatos selectivos, el hecho de que estos programas se lleven a cabo sin suficiente control y transparencia es un problema en sí mismo bajo los estándares de actuación del Estado que debieran regir a un Estado Democrático de Derecho.¹³

Finalmente, cabe hacer una distinción en torno a la forma en que suele presentarse el asesinato selectivo hoy. Básicamente, este puede llevarse a cabo mediante redadas o francotiradores, como en el caso de Osama Bin Laden, o a través de vehículos aéreos no tripulados, como en el caso de al-Awlaki. En ambos casos, el ataque se realiza con el objetivo de dar muerte a personas que se encuentran en una lista de “ejecución o captura” por su supuesta vinculación con grupos terroristas que amenazan la seguridad de un Estado y sus habitantes. La diferencia entre estos mecanismos podría plantear ciertas cuestiones normativas; sin embargo, por consideraciones de tiempo y espacio, en lo que queda de este artículo me referiré a la práctica de asesinatos selectivos sin distinguir entre estas hipótesis.¹⁴

13 En relación a la falta de transparencia que caracteriza a esta práctica, así como a los problemas que esto implica, ver Alston, *op. cit.*

14 La discusión de estas cuestiones excede los límites de este artículo. Sin embargo, se podría adelantar ciertos problemas que emanan de la falta de simetría que la utilización de estos mecanismos podría generar entre las partes en conflicto.

2. Aspectos legales

En general, los asesinatos selectivos se producen en el territorio de un Estado diferente del que lleva a cabo el ataque.¹⁵ Esto implica que existen a lo menos cuatro sistemas normativos en principio aplicables: las reglas domésticas del país que lleva a cabo el ataque, la legislación del país donde este se produce, las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y las reglas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario (DIH). Dada la extensa variedad de reglas que pueden encontrarse en las regulaciones internas de los distintos países, en lo que sigue me concentraré exclusivamente en el régimen de derecho internacional que podría resultar aplicable.

Para determinar qué grupo de reglas es aplicable es necesario realizar una serie de definiciones que resultan especialmente escurridizas en el caso de los asesinatos selectivos. En primer lugar, es necesario determinar si es plausible sostener que estas prácticas tienen lugar en el contexto de un conflicto armado. Si la respuesta es afirmativa, entonces el DIH es aplicable y las reglas de este sistema normativo obligan a llevar a cabo al menos dos definiciones adicionales: 1) ¿se trata de un conflicto de carácter internacional? y 2) ¿cuál es el estatus de los miembros de los grupos terroristas que son definidos como blancos a ser ejecutados? ¿Son civiles o combatientes? Una vez llevadas a cabo estas definiciones, será necesario determinar qué ocurre con las reglas del DIDH. En relación a esto, existen básicamente dos posturas: 1) el DIH es ley especial frente al DIDH por lo que desplaza la aplicación de este último; 2) el DIDH es complementario al DIH y, como tal, aplicable aun en el marco de un conflicto armado.¹⁶ A continuación analizaré brevemente cada una de estas variables.

15 Por supuesto, esto da origen a un problema de soberanía en el sentido de que, en principio, un Estado no puede realizar labores de policía o militares en el territorio de otro Estado sin la autorización de este último o la existencia de una regla de derecho que lo autorice. Los conflictos de soberanía a que ha dado origen la lucha contra el terrorismo son interesantes y controvertidos; su análisis sin embargo, excede los límites de este artículo.

16 Mientras la primera parece ser la postura de Estados Unidos, el Comité de Derechos Humanos (CCPR) considera que el DIDH se aplica en el contexto de los conflictos armados, pues ambos cuerpos legales han de entenderse como complementarios y no como regulaciones excluyentes, véase su Observación General N°31, párrafo 11. Es importante tener presente que, en la misma observación, en el párrafo 10, el Comité ha sostenido que es irrelevante el territorio en que la acción tiene lugar, en la medida que esta sea llevada a cabo por un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, ver Fisher, W. Jason, "Targeted Killing, Norms and International Law", en *Columbia Journal of Transnational Law*, 45, (Columbia Law School) 2006-2007.

2.1. ¿Es la “Guerra Contra el Terrorismo” un conflicto armado?

La cuestión fundamental que subyace a esta pregunta es si acaso el terrorismo internacional es un crimen o un acto de guerra.¹⁷ Si se trata de un delito, los Estados deben lidiar con ellos a través de su aparato de persecución penal y del procedimiento judicial que corresponda de acuerdo a su legislación interna. La persecución penal que tiene lugar fuera del territorio de un país, por su parte, debe llevarse a cabo a través de una serie de complicadas reglas y procedimientos de extradición diseñadas para mantener la paz internacional asegurando el respeto a la soberanía de cada país. Desde el punto de vista del derecho internacional, en estos casos, las reglas del DIDH se aplican sin restricciones.

Si, en cambio, se trata de un acto de guerra, los Estados no precisan lidiar con el terrorismo a través de su sistema de derecho penal sino con los mecanismos apropiados para lidiar con un conflicto armado, que, en general, permiten el uso de fuerza letal contra combatientes del grupo enemigo sin necesidad de un proceso judicial previo, pero observando los principios de proporcionalidad. La legalidad de los asesinatos selectivos que se utilizan como táctica de combate en un conflicto armado quedará generalmente determinada por del DIH. En atención a que este sistema normativo requiere que respondamos una serie de definiciones previas (carácter del conflicto, estatus de la víctima, etc.), el análisis de esta regulación se irá tejiendo a lo largo de los siguientes apartados. En lo que queda de este, me concentraré en la regulación que establece el DIDH.¹⁸

Si lo que nos interesa es determinar en qué medida los asesinatos selectivos podrían justificarse como una reacción frente a una acción criminal y no a un conflicto armado, la pregunta fundamental que se debe formular es si acaso existen situaciones en que los asesinatos selectivos no constituyen una violación al derecho a la vida según se encuentra consagrado en el DIDH. Un problema inicial que debe tenerse en cuenta antes de revisar las cuestiones sustantivas es que, aun si los requisitos del DIDH permitieran a un Estado incurrir en la práctica de asesinato selectivo para lidiar con un potencial delito de terrorismo o para “hacer justicia”, difícilmente será una herramienta sufi-

¹⁷ Blum y Heymann, op. cit., p. 145.

¹⁸ Por consideraciones de espacio, no voy a analizar con detalle cuáles serían las condiciones para que estemos frente a un conflicto armado, sino que me concentraré en las consecuencias que se siguen de estas definiciones, lo que es fundamental para comprender el interés de los actores involucrados al plantear sus teorías sobre la naturaleza de este conflicto.

cientemente práctica, en la medida que solo podrá ser utilizada en el territorio donde este ejerce jurisdicción. Esto es así porque no existe hasta el momento una tesis que sostenga que hay jurisdicción universal para efectuar labores de policía y dar muerte a criminales peligrosos, aun cuando se trate de alguien que forme parte activa de un grupo terrorista.¹⁹

En general, los tratados internacionales sobre derechos humanos otorgan una fuerte protección al derecho a la vida. En principio, la única hipótesis en la que es permisible llevar a cabo una acción que tiene como fin principal y directo dar muerte a alguien es en la pena de muerte, cuya permisibilidad se encuentra sujeta a una gran cantidad de restricciones que la han vuelto prácticamente injustificable.²⁰ Esta cuestión sugiere, desde ya, que no hay justificaciones disponibles para la práctica de asesinatos selectivos, toda vez que esta implica por definición un acto cuyo fin principal y deliberado es dar muerte a una persona sin que se den las circunstancias esenciales que permitirían entenderlo como una sanción penal.²¹

Sin embargo, tomando en consideración la definición de asesinato selectivo que presentamos en la primera sección, es posible sostener que estos podrían justificarse como un acto de legítima defensa. Este permiso procede cuando el uso de la fuerza es estrictamente necesario para proteger la vida de otra persona.²² Fundamentalmente, este estándar de estricta necesidad se traduce en que no debe haber medios menos lesivos que se encuentren disponibles para neutralizar el peligro que acecha y en que la acción defensiva debe producirse frente a un ataque inminente que haga de la detención del agresor una salida incapaz de otorgar la debida protección a las potenciales víctimas.²³

Es probable que la inminencia del ataque sea el principal obstáculo en el contexto de los asesinatos selectivos que se producen en la lucha contra el te-

19 En este sentido, ver, por ejemplo, Sassoli, Marco y Olson, Laura M., “La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos cuando se trata del asunto de la admisibilidad del homicidio y del internamiento de portadores de armas en conflictos armados no internacionales”, en *International Review of the Red Cross*, 871, (International Committee of the Red Cross y Cambridge University Press) 2008, pp. 401-433. Ver también Melzer, op. cit.

20 Ver por ejemplo el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

21 Ello porque no existe un proceso en que se establezca una responsabilidad criminal por parte de la víctima y en el que un tribunal de justicia establezca la pena de muerte como la sanción aplicable.

22 Sassoli y Olson, op. cit., pp. 413-414.

23 Kretzmer, David, “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?”, en *The European Journal of International Law*, 2, (Oxford University Press) 2005, pp. 178-179.

rorismo. El solo hecho de que oficiales de inteligencia participen en el diseño y ejecución de estas operaciones sugiere que ellas se encuentran planificadas con una antelación que busca precisamente impedir que las agresiones se vuelvan inminentes. Presumiblemente, el éxito de las operaciones antiterroristas depende de cuán temprano estas tengan lugar. Pero de lo anterior no se deriva que el requisito de inminencia de la legítima defensa deba relajarse, pues este requisito tiene una función probatoria que es crucial para la procedencia de la legítima defensa, toda vez que solo un ataque inminente puede proveer indicios suficientemente claros sobre la realidad y seriedad de la amenaza. La exigencia de inminencia compensa la ausencia de un procedimiento judicial previo que garantice que la violencia no sea ejercida de manera arbitraria.²⁴

El análisis anterior sugiere que, si el terrorismo internacional ha de reputarse como una cruzada para la persecución de un delito, los asesinatos selectivos difícilmente podrán constituir una práctica permisible en dicha cruzada. Como veremos en las secciones siguientes, la calificación de la lucha contra el terrorismo internacional como un conflicto armado también plantea una serie de inconvenientes por lo que es probable que los actores involucrados en la cruzada contra el terrorismo apelen por un sistema mixto en que sea posible aplicar, al mismo tiempo, lógicas de persecución penal y de combate armado. Las siguientes secciones buscan responder a las cuestiones que surgen de la consideración de esta cruzada como un conflicto armado frente al derecho internacional.

2.2. ¿Es la “Guerra contra el terrorismo” un conflicto armado nacional o internacional?

De acuerdo al DIH, un conflicto armado es internacional cuando involucra a más de un Estado.²⁵ Aunque este no es el caso en el terrorismo internacional, el hecho de que los grupos terroristas suelen organizarse en un territorio diferente al del Estado cuya seguridad está amenazada genera que el conflicto tenga un carácter internacional (o transnacional), lo que ha llevado a algunos a sostener que las reglas más adecuadas para regular los asesinatos selectivos

²⁴ Kretzmer, op. cit., pp. 182-183. Es posible imaginar la obtención de tales pruebas, pero surge la cuestión de por qué no ha sido posible lidiar con el peligro de otra manera. Presumiblemente, en base al trabajo de los órganos de inteligencia, sería también posible neutralizar el peligro mediante mecanismos menos lesivos tales como la detención y posterior juzgamiento.

²⁵ Ver el Artículo 2 Común a los Convenios de Ginebra.

en la lucha contra el terrorismo son las relativas a los conflictos internacionales.²⁶

En un conflicto armado de carácter internacional, los asesinatos selectivos podrían ser legales cuando se dirigieran contra combatientes de cualquiera de las partes en conflicto, a menos que el combatiente se rindiera o quedara “fuera de combate”. En este caso, además, la utilización de esta táctica no se encuentra limitada por una restricción de proporcionalidad entre la ventaja militar que se obtiene y la cantidad de daño que se causa a los *combatientes* enemigos.²⁷ Pero, aun cuando sea plausible sostener que estamos frente a un conflicto de carácter internacional, no parece adecuado considerar que los miembros de los grupos terroristas son combatientes en el sentido del DIH. Probablemente estos deberán ser reputados como civiles, quienes solo pueden ser atacados mientras se encuentran participando activamente en las hostilidades.²⁸ Ello implica que la legalidad de los asesinatos selectivos en este contexto va a depender de la interpretación que se haga de “tomar parte activa en las hostilidades”, cuestión que será analizada en el siguiente apartado.²⁹

La otra alternativa es calificar estos conflictos como no internacionales. El principal argumento en este sentido parece ser que, en términos sustantivos, los principios de este cuerpo normativo son más adecuados para regular el terrorismo internacional, en la medida que están diseñados para lidiar con conflictos en los que un Estado se enfrenta a grupos armados que carecen de una organización suficientemente estructurada y oficial, además de una potencial falta de simetría entre las fuerzas que se enfrentan.³⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, ha definido la lucha contra el grupo terrorista Al Qaeda como un conflicto armado no internacional, por considerar que esta es la categoría por defecto cuando no se trata de un conflicto entre dos países diferentes.³¹

26 Una revisión de esta postura puede encontrarse en Fisher, op. cit., pp. 722-725.

27 Sassoli y Olson, op. cit., pp. 408-9.

28 En el año 2006, la Corte Suprema de Israel consideró que las hostilidades entre israelíes y palestinos correspondían a un conflicto armado internacional, pero los “terroristas” no debían ser clasificados como combatientes sino como civiles que participaban activamente en las hostilidades, entendiéndose esta participación en un sentido amplio en el sentido que basta con pertenecer a una organización armada de modo tal que lo comprometa a tener una participación activa en una serie de eventos de violencia. Ver Public Committee against Torture in Israel and others v. Government of Israel and Others, HCJ 796/02, 13 de diciembre de 2006.

29 Fisher, op. cit., p. 725.

30 El problema, sin embargo, es que el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra establece de manera bastante explícita que el conflicto debe producirse en un único país.

31 Ver Hamdan v. Rumsfeld, 548 US 557 (2006). La Corte Suprema de Israel se pronunció directamente

La principal ventaja de aplicar este marco normativo, desde el punto de vista de aquellos países que llevan a cabo asesinatos selectivos, está dada por su ambigüedad. La falta de definición de quién es no civil (combatiente) en el contexto del derecho de los conflictos armados de carácter no internacional, permitiría aplicar a los miembros de los grupos terroristas un estatus análogo al de combatiente y evitarse así el problema de demostrar que se trata de civiles participando de manera activa en hostilidades. Dado que, en un conflicto armado no internacional, los “portadores de armas” no son propiamente combatientes, estos no gozan de un régimen de inmunidad post conflicto, a la vez que carecen de la protección que usualmente corresponde otorgar a los civiles.³² El hecho de que los miembros de los grupos armados no gocen de la inmunidad judicial que favorece a los combatientes sugiere que, en la lucha contra el terrorismo, el aparato de justicia penal puede operar como un mecanismo complementario o adicional al enfrentamiento militar. Por supuesto, la aplicación de este régimen a los miembros de grupos terroristas es de dudosa legitimidad, pues el Estado combatiente se queda con pan y pedazo.

Esta postura plantea un problema para la justificación de los asesinatos selectivos. Si la alternativa al asesinato selectivo de un miembro de un grupo terrorista es su detención y juzgamiento, todo parece indicar que el terrorismo es de hecho una cuestión de justicia criminal y que la razón por la que se ha recurrido a esta táctica de combate es simplemente por la extrema dificultad que reviste la persecución penal de estos delitos. Los asesinatos selectivos no pueden, sin embargo, plantearse como una alternativa a la persecución penal cuando esta se vuelve demasiado difícil o costosa, a menos que estemos dispuestos a conceder a nuestros gobiernos poderes insospechadamente amplios para que lleven a cabo su función de proveer seguridad a sus constituyentes.

2.3. El estatus de los miembros de los grupos terroristas

¿Quiénes son los blancos de las operaciones de asesinatos selectivos? La regla básica, en un conflicto armado tanto nacional como internacional, es que

en torno a la legalidad de los asesinatos selectivos ese mismo año, sosteniendo que la regulación internacional de los conflictos armados es aplicable. En este artículo no analizaré la práctica de los asesinatos selectivos que lleva a cabo este último país, básicamente porque esto introduciría una variable más que puede dificultar el análisis: el hecho de que los territorios palestinos son territorios ocupados. El fallo es interesante pues, a diferencia del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, la corte de Israel se pronunció directamente sobre la legalidad de esta práctica y estableció una regulación jurisprudencial actualmente aplicable en dicho país. Ver Public Committee against Torture in Israel and others v. Government of Israel and Others, HCJ 796/02 (13 de diciembre de 2006).

32 Ver, en este sentido, Fisher, *op. cit.*, p. 727.

existe un permiso general para atacar a los combatientes del enemigo o a los “portadores de armas” de los grupos armados que participan en los conflictos de carácter no internacional. Paralelamente, en ambos casos, existe una prohibición general de atacar a civiles, que solo es posible obviar cuando los civiles estén participando directamente en las hostilidades.

La descripción de combatiente contemplada por el derecho internacional no es adecuada para el caso de los miembros de grupos terroristas, de lo que se deduce que ambos casos deben ser distinguidos. Para estos efectos, primero debemos determinar: 1) ¿quiénes no son civiles en un conflicto no internacional y pueden por lo tanto ser atacados en cualquier momento? y 2) ¿cuándo es plausible sostener que alguien es un civil que está tomando parte directa de las hostilidades, de modo tal que en su caso los asesinatos selectivos serían una acción *en principio* permisible?³³

En relación a los miembros de grupos armados en conflictos no internacionales, pareciera que el criterio más compartido es considerar que quienes integran la organización terrorista y además toman parte activa en las hostilidades serían considerados como no civiles en el contexto de estos conflictos y, por lo tanto, respecto de ellos los asesinatos selectivos se encontrarían, en principio, permitidos.³⁴ De esta manera, para ser un blanco legítimo, deberíamos comprobar que el individuo es un miembro de un grupo terrorista y además participa activamente en las hostilidades.³⁵ Ambas cuestiones son extremadamente difíciles de probar, lo que hará muy arduo que la justificación de los asesinatos selectivos sea procedente.

En relación a los civiles, la cuestión a determinar es: cuándo corresponde sostener que estos se encuentran participando de manera activa en las hostilidades. ¿Basta una disposición a participar o es necesaria una participación efectiva? La pregunta es fundamental pues las listas de “ejecución o captura” incluyen a líderes políticos de grupos terroristas, quienes muchas veces no participan en las acciones armadas de estos. Bajo una interpretación amplia, comprendería a todos quienes participan de manera directa o indirecta con la planificación y ejecución de todas las labores que son necesarias para la eje-

33 En relación al estatus de combatiente, en general, el derecho internacional exige un nivel de oficialidad y estructura organizacional clara y jerarquizada que no está presente en los grupos terroristas. Ver, en este sentido, el Artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra.

34 Ver por ejemplo, Kretzmer, op. cit., pp. 171-212; Melzer, op. cit.; y Sassoli y Olson, op. cit., p. 409 y ss.

35 Kretzmer, op. cit., pp. 198-199.

cución de un atentado terrorista.³⁶ Una interpretación restrictiva, en cambio, debería exigir que las personas atacadas se encuentren tomando parte efectiva e inmediata en los atentados terroristas, como sería el caso de una persona que acarrea explosivos ocultos en su cuerpo con el fin de utilizarlos de manera inminente. La mera planificación o preparación de un ataque no serían condiciones suficientes para justificar el asesinato selectivo. Una interpretación de esta naturaleza parece ser más razonable, pues, respecto de los civiles, existe una presunción de protección que opera a su favor, considerando que es precisamente la distinción entre civil y combatiente la que determina la legalidad de una acción cuyo fin es poner término a la vida de otro.³⁷

El espacio de justificación disponible para los asesinatos selectivos en el ámbito del derecho internacional es extremadamente restringido; difícilmente puede considerarse como un espacio de permisibilidad para que esta táctica se constituya una forma efectiva de lucha contra el terrorismo internacional. Todo parece sugerir que se debe pensar en otro tipo de estrategia.

2.4. ¿Es el DIH *lex specialis* frente al DIDH?

Al definir la lucha contra el terrorismo como un conflicto armado, ¿qué ocurre con las reglas sobre derechos humanos? ¿Son las reglas del DIH compatibles con las reglas del DIDH? ¿Son las reglas del DIH especiales frente al DIDH de manera tal que estas últimas se vuelven inaplicables? Frente a estas preguntas existen dos posturas. De acuerdo a la primera, las reglas sobre derechos humanos se aplican tanto en tiempos de paz como de guerra, pero, en ciertos casos, especialmente en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional, las reglas del derecho humanitario adquieren preferencia frente a las reglas del derecho internacional de los derechos humanos.³⁸ La segunda postura sostiene que la aplicación del derecho que regula los conflictos armados desplaza de manera absoluta la aplicación del DIDH.³⁹

Probablemente la postura más compartida por la doctrina contemporánea es que en los conflictos armados se aplican ambos grupos de normas y que es necesario determinar qué norma aplicar frente a cada problema normativo que

36 Ver Fisher, op. cit., p. 724.

37 Otto, Roland, *Targeted Killings and International Law*, (Springer) 2012, p. 538.

38 Kretzmer, op. cit., pp. 185-186.

39 Esta parece ser la postura de EE.UU. Ver Fisher, op. cit., p.724 y ss.

se presente.⁴⁰ Sin embargo, esta postura parece más una solución acomodaticia que una interpretación adecuada del derecho internacional; el objetivo aparente es contar con un marco normativo que permita establecer límites legales a las acciones de un Estado para combatir el terrorismo, sin establecer demandas que sean tan exigentes que impidan a los Estados cumplir con su cometido de otorgar protección a sus ciudadanos. Pero es evidente que las reglas del DIH no fueron diseñadas teniendo en mente la lucha contra grupos terroristas como posible escenario de su aplicación; de ahí que su utilización para estos efectos está destinada a ser problemática y posiblemente inadecuada.

¿Por qué los redactores de los Convenios de Ginebra no tomaron en consideración al terrorismo internacional como un caso que debía ser regulado por el DIH? Si bien existe un nuevo panorama en el mundo luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001, no es del todo cierto que durante el desarrollo del DIH el terrorismo como forma de lucha armada fuera del todo desconocido.⁴¹ Se podría aventurar la tesis de que la falta de claridad en torno a la regulación de estas materias implica una declaración de que el terrorismo *está* más allá del alcance del derecho, de modo tal que todo este análisis legal carece de sentido, o bien expresa una intención velada de *dejar* estas materias fuera del alcance del derecho, en la medida que la falta de claridad opera siempre como un espacio de discrecionalidad que beneficia, en definitiva, al más poderoso. La cuestión de si la ambigüedad de su estatus normativo es conveniente para quienes se proponen luchar contra el terrorismo excede los ámbitos de este trabajo, pero es probablemente una pregunta que vale la pena formular. En mi opinión, la falta de un régimen legal efectivo y claro no debiera traducirse en un llamado a la reinterpretación del DIH y el DIDH para aplicar reglas que no fueron diseñadas para lidiar con estos casos, pues con ello solo se obtendrá un régimen legal impreciso e inestable, características especialmente problemáticas en el contexto de un conflicto armado.⁴² Al contrario, la carencia de un marco normativo adecuado debiera dar curso a una discusión normativa que permita estar preparados para evaluar y criticar las reglas jurisprudenciales y legislativas que inevitablemente se irán desarrollando, toda vez que la “Guerra contra el terrorismo” dista de terminar.

40 Ver, en este sentido, Kretzmer, op. cit., pp. 171-212 y Sassoli y Olson, op.cit., pp. 401-433.

41 Ver, a modo de ejemplo, Rapoport, David, “Fear and Trembling: Terrorism in Three Religious Traditions”, en *The American Political Science Review*, 3, (American Political Science Association) 1984, pp. 658-677.

42 En el fragor de la batalla no hay tiempo de analizar cuestiones demasiado complejas.

3. Otras consideraciones normativas

En esta sección quisiera formular algunos problemas normativos adicionales a que puede dar lugar la práctica de asesinatos selectivos. Muchas de las preguntas que a continuación plantearé podrían considerarse como inconducentes, utópicas, extremadamente idealistas, etc. Se podría sostener que ellas parecen exigir un nivel de perfeccionismo moral que ningún gobernante que pretenda mantenerse en el poder podría costear. La ciudadanía, continuaría este argumento, exige soluciones concretas e inmediatas a sus problemas, y uno de esos problemas es el temor y la ansiedad que genera la amenaza terrorista. Los gobiernos estarían primariamente sujetos a esta exigencia, más que al cumplimiento de estándares morales ideales. Pero la reflexión que corresponde a la doctrina y a la filosofía del derecho no debería disolverse en encontrar una solución práctica o en ofrecer una síntesis entre ideales morales y necesidades políticas. Es necesario que exista un ámbito donde fijar ideales para que luego, quienes deban diseñar las políticas de gobierno, produzcan la síntesis más adecuada entre las necesidades prácticas y los requisitos morales. El rol del académico en este contexto, pienso, es reflexionar con suficiente libertad acerca de los principios de justicia que regulan nuestras instituciones, sin otorgar una consideración desmedida a las cuestiones pragmáticas que se siguen de ellos.⁴³

En primer lugar, es necesario considerar que la gran mayoría de las consideraciones morales sobre los asesinatos selectivos en la literatura especializada parten de la premisa de que ellos se llevan a cabo en contra de las personas indicadas y que son un mecanismo efectivo en la lucha contra el terrorismo. Ambas presunciones, sin embargo, no parecen tener suficiente fundamento frente a la cantidad de víctimas colaterales que han tenido estos ataques, así como frente a la evidente falta de eficacia que estos mecanismos han demostrado tener.⁴⁴ Como el mismo Barak Obama lo reconociera, no es claro que la muerte de Osama Bin Laden implicara un avance significativo en la disolución de Al Qaeda, dando origen a la pregunta de si acaso una mera victoria simbólica sobre los grupos terroristas Islámicos puede justificar este tipo de acciones.⁴⁵

43 Waldron, Jeremy, *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, (Oxford University Press) 2010, p. 320 y ss.

44 Alston, op. cit.

45 De acuerdo a un reportaje del New York Times, Obama declaró que la muerte de Bin Laden no marca

Desde ya, la retórica empleada tanto por Barak Obama –como por George W. Bush– al referirse a la ejecución de Osama Bin Laden sugiere que existe una cierta intuición de que los asesinatos selectivos, aun cuando no sean suficientemente eficaces, se encontrarían justificados como actos de retribución, esto es, como una forma de “hacer justicia”.⁴⁶ ¿Puede justificarse esta práctica bajo tal argumento? Hay muchas razones por las cuales esta pregunta debe responderse negativamente; baste señalar, por ahora, que, si los asesinatos selectivos pudieran justificarse como una forma de hacer justicia, estaríamos implícitamente abandonando el ideal liberal según el cual la justicia penal debe sujetarse a los principios básicos del Estado de Derecho, estar regulada por la ley e imponerse mediante un procedimiento judicial que ofrezca las condiciones mínimas de un debido proceso.

Otra cuestión moral que plantea la práctica de los asesinatos selectivos es si, más allá de su legalidad, esta podría constituir una técnica de combate aceptable. ¿Es la definición precisa de un individuo como blanco de una operación letal una táctica apropiada en el contexto de un conflicto armado? Se podría pensar que, si el uso de la fuerza se encuentra en principio autorizado por el derecho internacional, los asesinatos selectivos constituyen el mejor mecanismo disponible, toda vez que poseen un alto nivel de precisión que minimiza los daños colaterales, expresando una especial fidelidad hacia los principios de proporcionalidad y necesidad militar que, en general, inspiran la regulación de los conflictos armados. Sin embargo, aun cuando todo lo anterior fuese cierto, la alta selectividad de esta táctica introduce la posibilidad de discriminar al blanco no por su peligrosidad sino por su identidad, lo que sugiere inmediatamente la posibilidad de introducir elementos odiosos como etnia, religión, afiliación política de un individuo, etc.

Adicionalmente, la selectividad implícita en la táctica de asesinatos selectivos conlleva un cambio en la función militar que puede acarrear importantes consecuencias desde el punto de vista de la manera en que se concibe el rol de las fuerzas armadas de un Estado. Jeremy Waldron, por ejemplo, ha formulado una serie de preguntas sobre las posibles consecuencias de esta táctica en la psicología de la guerra y de los combatientes. ¿Es lo mismo matar a un indi-

el fin de los esfuerzos de Estados Unidos para derrotar a Al Qaeda, pues no caben dudas de que este continuará llevando a cabo atentados contra ellos. Véase *New York Times*, op. cit., nota 1.

46 *Ibíd.*

viduo anónimo que a alguien específicamente individualizado? ¿No estamos, a través de esta táctica, transformando a nuestros soldados en asesinos?⁴⁷

Otra cuestión que no debería dejarnos indiferentes en este contexto se relaciona con las posibilidades de abuso de poder que los asesinatos selectivos confieren a ciertas autoridades. Se podría sostener, no sin cierta ingenuidad, que todas las facultades oficiales son igualmente vulnerables de ser abusadas, por lo que el potencial abuso de esta práctica no debería tener ninguna consecuencia especial en relación a su legitimidad. Sin embargo, el impacto del abuso de un poder depende siempre del *tipo* de poder de que se trate. Si una autoridad abusa de su poder al imponer una carga tributaria superior a la que corresponde de acuerdo a la ley, las consecuencias de esta acción no son tan preocupantes como lo sería el abuso del poder al ordenar la muerte de una persona. Basta con tener presente la manera en que la categoría de terrorismo se ha utilizado para lidiar con grupos políticos internos que, retrospectivamente, se han considerado como organizaciones cuya lucha ha permitido el desarrollo de una sociedad más justa, como la resistencia a la política de apartheid en Sudáfrica durante la segunda mitad del siglo XX. ¿Estamos dispuestos a admitir la utilización de los asesinatos selectivos en estos casos? Sin ir más lejos, ¿sería esta una táctica adecuada para lidiar con miembros del pueblo Mapuche que han sido designados como terroristas? ¿Bajo qué criterio podemos llevar a cabo una distinción entre estos casos y los de Al Qaeda? Es posible que todas estas preguntas admitan respuestas aceptables o moralmente satisfactorias, pero su alta complejidad no puede ser pasada por alto.

Si, por otro lado, la cuestión de la eficacia de los asesinatos selectivos tiene un rol determinante en su justificación, ¿deberíamos aplicar este mismo criterio en otros casos en los que las tácticas usuales del derecho penal no dan abasto? Por ejemplo, ¿sería adecuado expandir esta táctica a la lucha internacional contra el tráfico de drogas? ¿Bajo qué criterios deberíamos distinguir estos casos de modo que la distinción no descansa en intuiciones altamente inestables?⁴⁸

Otra cuestión a considerar es el rol que le cabe al principio de reciprocidad en la justificación de los asesinatos selectivos. Pareciera que el principio de

47 Estas declaraciones fueron realizadas por Jeremy Waldron en el Milbank Tweed Forum: The Morality and Legality of Targeted Killings, en la New York University el 7 de diciembre de 2011. Una grabación puede encontrarse en: <http://www.youtube.com/watch?v=CqsXrl-tG8U>.

48 Esta preocupación ha sido expresada por Philip Alston, quien ve con alarma la militarización de las policías y la potencial expansión de los asesinatos selectivos como un mecanismo de persecución penal. Ver Alston, op. cit.

reciprocidad tiene un rol central en la regulación de los conflictos armados, de modo tal que es posible utilizarlo como una razón para justificar no solo los asesinatos selectivos sino también una serie de acciones que constituyen una excepción (o una infracción) a instituciones fundamentales del derecho humanitario, como, por ejemplo las detenciones preventivas sin derecho a juicio a que son sometidos algunos supuestos miembros de grupos terroristas islámicos.⁴⁹ El argumento consistiría en que, dado que los miembros de grupos terroristas han infringido las reglas fundamentales de la interacción armada, estos no merecen ser tratados conforme a ellas.⁵⁰ Pero, ¿es esta una interpretación adecuada del principio de reciprocidad? ¿Es plausible sostener que el hecho de que alguien infrinja las reglas de los conflictos armados libera al resto de las partes del deber de guiarse por ellas?⁵¹

¿En qué consiste, en todo caso, el principio de reciprocidad? Existen al menos dos acepciones del principio de reciprocidad aplicable a los conflictos armados, que cobran especial relevancia en el caso de los asesinatos selectivos. La primera noción implica que las normas solo son vinculantes si ambas partes las reconocen y respetan. Actuar con reciprocidad significa tratar al otro de la misma manera a como el otro nos trata a nosotros. Esta noción puede derivarse tanto de una consideración moral como de una consideración pragmática. En el primero de los casos, el valor de la reciprocidad parece encontrarse en una noción básica de justicia según la cuál la existencia de una obligación moral para individuos racionales depende de que estemos todos recíprocamente obligados a lo mismo.⁵² El segundo tipo de argumento apela a una lógica prudencial, de acuerdo a la cual no es esperable que alguien controle su conducta si no tiene garantía de que los demás también harán lo mismo.⁵³

Desde un punto de vista moral, sin embargo, la reciprocidad no puede explicar todas las reglas del DIH, especialmente no aquellas que consideramos

49 Ver, en general, Osiel, Mark, *The End of Reciprocity*, (Cambridge University Press) 2009.

50 Esta es la tesis fundamental de Osiel, quien cree que la única manera de restringir esta práctica es considerando principios diferentes a la reciprocidad.

51 Osiel, op. cit., p. 7.

52 Ver, en este sentido, y refiriéndose a las condiciones de una obligación moral en la filosofía kantiana, Ripstein, Arthur, *Force and Freedom*, (Cambridge University Press) 2009, p. 171.

53 Este es, por cierto, el clásico argumento de la filosofía política de Hobbes. Ver Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Cap. XIII, (Hackett) 1994, pp. 75-78. Un análisis detallado sobre el principio de proporcionalidad en el contexto de la lucha contra el terrorismo puede encontrarse en Osiel, op. cit., p. 10.

más valiosas, como las que regulan el trato aceptable a los prisioneros de guerra, pues estas emanan del deber de respetar la dignidad humana, cuestión que suele entenderse como un deber categórico o absoluto, esto es, que no es contingente respecto a ninguna otra variable como pudiera ser la ausencia de reciprocidad en la conducta de aquel a quien reconocemos este valor. Desde un punto de vista pragmático, por otra parte, el principio de reciprocidad así concebido es poco convincente en atención a la serie de efectos contraproducentes que puede implicar. Considérese, por ejemplo, el caso de los soldados que pueden ser tomados prisioneros por grupos terroristas. El cumplimiento de las reglas del derecho humanitario, a pesar de la ausencia de reciprocidad, puede favorecer un mejor trato de estos prisioneros y disminuir los niveles de violencia que el grupo terrorista podría ejercer.

Una segunda noción del principio de reciprocidad, que puede tener mejores resultados en esta área, pone el énfasis en la idea de equivalencia más que en la identidad precisa entre los beneficios y las cargas que las distintas partes de un sistema deben asumir. Cuando una de las partes infringe sus deberes, lo que corresponde hacer es, de alguna manera, restituir el equilibrio previo entre beneficios y cargas. Esta noción es algo más compleja que la primera, pues obliga a realizar un juicio sobre la situación previa a la infracción que se toma en consideración. En el caso del terrorismo internacional, por ejemplo, solo podríamos justificar nuestra liberación de ciertas obligaciones si podemos al mismo tiempo sostener que el atentado terrorista ha producido un *desequilibrio* en nuestros derechos y obligaciones recíprocas, para lo cual deberíamos mostrar que, de hecho, tal equilibrio existía previamente. Es posible que este sea el caso en las relaciones entre los grupos terroristas internacionales y los Estados que están involucrados en la lucha por su supresión, pero parece que la comunidad no ha hecho suficiente esfuerzo en reflexionar sobre este punto. No es necesario justificar el terrorismo para comprenderlo y para diseñar mecanismos para combatirlo que sean más justos y efectivos y menos violentos.

Conclusión

La guerra contra el terrorismo suele implicar el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos armados no estatales, en circunstancias tales que no existe un campo de batalla definido y en que las reglas tradicionales de los conflictos armados parecen incapaces de ofrecer un marco

normativo apropiado. En este contexto, el programa de asesinatos selectivos ha sido considerado por algunos como una táctica eficaz y permisible para librar la “guerra contra el terrorismo”. Sin embargo, una breve incursión por las normas del DIDH y del DIH sugiere que la legalidad de esta táctica es altamente cuestionable, toda vez que no parecen existir normas que la prevean y regulen de manera apropiada. Por otra parte, desde un punto de vista moral, los asesinatos selectivos plantean una serie de problemas que, si no logran amenazar completamente la posibilidad de su justificación, al menos exigen que concentremos nuestros esfuerzos en definir aquellos parámetros normativos bajo los cuales esta táctica podría ser moralmente permisible. Por supuesto, no sería demasiado sorprendente que la conclusión de tal reflexión sea negativa, en el sentido de establecer una prohibición categórica de esta práctica, al menos en la forma en que se encuentra concebida hoy. En breve, la doctrina y filosofía del derecho internacional de los conflictos armados deben reflexionar abiertamente en torno a los problemas normativos que genera esta práctica para así poder ofrecer soluciones institucionales adecuadas para enfrentar al terrorismo internacional; soluciones que no impliquen renunciar a los principios fundamentales del DIDH y del DIH cuyo establecimiento y desarrollo tanto sufrimiento ha costado.