

Asesinatos selectivos: intentos recientes de los Estados Unidos de crear un marco jurídico.

Christine Gray. †

El aumento significativo en el número de asesinatos selectivos que Estados Unidos ha cometido bajo la presidencia de Obama ha llevado a una mayor demanda de transparencia en la justificación de este controversial uso de la fuerza. En respuesta, varios miembros del gobierno han dado recientemente diversos discursos sobre las reglas jurídicas que gobiernan los asesinatos selectivos. Este artículo analiza estos discursos e identifica algunas de las preguntas claves que han dejado sin responder. Estas preguntas incluyen la naturaleza de la relación entre Al-Qaeda y sus “asociados” y las conexiones de varios grupos terroristas, si alguna, con los ataques terroristas del 11 de septiembre, la categorización de blancos legítimos, el rol de la CIA, el significado y el ámbito de aplicación del término “inminencia” y el establecimiento y la importancia del consentimiento del estado huésped.
[*]

† Christine Gray es Profesora de Derecho Internacional en la Universidad de Cambridge e Investigadora del St. John’s College en Cambridge. Se especializa en el Derecho del uso de la fuerza. Ha publicado dos libros, en Oxford University Press: “Judicial Remedies in International Law” e “International Law and the Use of Force” (que ya lleva tres ediciones). Es también autora de un sinnúmero de artículos de Derecho internacional en los principales journals del mundo.

Palabras clave: asesinatos selectivos, Estados Unidos, uso de la fuerza, Derechos humanos

La legalidad de los asesinatos selectivos es un asunto jurídico actual y controversial no sólo para Estados Unidos, sino también para sus aliados.¹ En el Reino Unido, el caso Noor Khan se encuentra actualmente pendiente frente a los tribunales.² Este caso fue llevado a la justicia por el hijo de un hombre que fue asesinado por el ataque de un vehículo aéreo no tripulado estadounidense en Pakistán en 2011. El caso plantea una cuestión de hecho clave: ¿proporcionó el Reino Unido inteligencia a Estados Unidos en relación con los asesinatos selectivos en Pakistán? El demandante busca una sentencia que declare que esto sería ilegal porque es una asistencia al homicidio o crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Esto plantea un dilema interesante para el Reino Unido porque su posición pública ha sido siempre contraria a la legalidad de los asesinatos selectivos, no sólo antes de los ataques terroristas del 11 de septiembre, sino también subsiguientemente.

En 1988, el Reino Unido expresó su posición sobre este asunto en el debate que tuvo lugar en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tras un asesinato selectivo en Israel. Israel he llevado adelante una operación comando en la sede de la Organización de Liberación de Palestina en Túnez, una operación para matar a Abu Jihad, uno de los fundadores de Fatah. En el debate, el Reino Unido condenó el terrorismo, “incluso tales actos de asesinatos políticos”.³ El propio Consejo de Seguridad condenó las acciones de Israel como una agresión en la Resolución 611 (14-0-1-USA). Esta es una respuesta particularmente llamativa dada la poca

¹ Ver la amplia discusión sobre asuntos jurídicos de Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (OUP 2008). Ver también el informe de Philip Alston, el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre asesinatos extrajudiciales, *Study on Targeted Killing*, ONU Doc A/HRC/14/24/ Add.6 (28 de mayo de 2010).

² Ver <www.reprieve.org.uk/press/2012_04_23_drone_victim_appeal_Pakistan/> accedido el 2 de febrero de 2013. La High Court rechazó la aplicación en diciembre de 2012 y la actora busca actualmente apelar la decisión, [2012] EWHC 3728 (Admin).

³ ONU Doc S/PV 2810, 25 de abril de 1988.

frecuencia con la que el Consejo de Seguridad considera que ciertos hechos constituyen actos de agresión.⁴

En 2004, después de los ataques terroristas del 11 de septiembre y después de que el presidente George W. Bush proclamara la “guerra global contra el terror”, el Reino Unido reafirmó su posición contra los asesinatos selectivos en dos reuniones más del Consejo de Seguridad. Su posición, al menos en relación con los asesinatos selectivos en manos de Israel, se mantuvo firme. En el Consejo de Seguridad, el Reino Unido dijo que dos asesinatos selectivos puntuales de líderes de Hamas en Gaza en manos de Israel eran “asesinatos extra-judiciales” y, por lo tanto, “ilegales y contra productivos”.⁵ El Reino Unido también sostuvo la posición según la cual los asesinatos selectivos son contrarios al derecho internacional en una respuesta escrita dada por el ministro de la Foreign and Commonwealth Office (FCO) en el Parlamento.⁶ Sin embargo, no realizó ninguna declaración pública sobre la legalidad del asesinato de Osama bin Laden en 2011. Debe haber estado de acuerdo con la cuidadosamente redactada declaración presidencial del Consejo de Seguridad sobre este punto. El Consejo de Seguridad “[r]ecuerda sus resoluciones en relación con Osama bin Laden y su condena a la red de Al-Qaeda⁷ y otros grupos terroristas asociados para los múltiples criminales actos terroristas”. También recordó los atroces actos terroristas del 11 de septiembre.

Al respecto, el Consejo de Seguridad da la bienvenida a la noticia del primero de mayo de 2011 de que Osama bin Laden nunca volverá a perpetrar estos actos de terrorismo... El Consejo de Seguridad reconoce este avance crítico y otros logros realizados en la pelea contra el terrorismo... El Consejo de Seguridad reafirma que los estados miembros deben asegurar que cualquier medida tomada para combatir el terrorismo cumplan con todas sus obligaciones bajo el derecho internacional, en particular con derechos humanos internacionales y el derecho humanitario y de refugiados.⁸

⁴ Es interesante notar que, al comienzo de noviembre de 2012, Israel admitió públicamente su responsabilidad por esta muerte por primera vez. “Israel Admits Killing Palestinian Leader’s Deputy” The Telegraph (Londres, 2 de noviembre de 2012) <www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/palestinianauthority/9650197> accedido el 2 de febrero de 2013.

⁵ ONU Docs S/PV 4929, 23 de marzo de 2004; S/PV 4945, 19 de abril de 2004.

⁶ UK Materials on International Law (2005) 76 BYIL 903.

⁷ Por conveniencia, adoptaré esta ortografía. Los miembros del gobierno de Estados Unidos no son consistentes en sus elecciones de ortografía.

⁸ ONU CS 6526ta reunión, 2 de mayo de 2011, ONU Comunicado de prensa CS/10239.

Esta declaración no hace una crítica a los Estados Unidos, pero tampoco afirma expresamente o reconoce la legalidad del asesinato y reafirma la necesidad de cumplir con los derechos humanos y el derecho humanitario en el combate contra el terrorismo.

Además, los asesinatos selectivos son un tema de actualidad por la continua controversia sobre el uso de vehículos aéreos no tripulados en la guerra. Los vehículos aéreos no tripulados son solo un mecanismo para cometer asesinatos selectivos y existe un debate relacionado, pero diferente, sobre las cuestiones jurídicas involucradas en su uso. El reciente estudio crítico realizado por las universidades de Stanford y de New York, *Living under Drones*, ha atraído mucha atención.⁹ Los dos últimos Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; Philip Alston y Christof Heyns; han manifestado preocupación por el peligro de que la política estadounidense estuviese socavando la prohibición contra los asesinatos extrajudiciales.

Sin embargo, los asesinatos selectivos no fueron una cuestión en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2012. La práctica mantiene un abrumador apoyo popular en los Estados Unidos. Una encuesta reciente registró un 83% de apoyo en los Estados Unidos de los asesinatos selectivos.¹⁰ En el debate presidencial preelectoral de 2012 sobre política exterior, sólo hubo una mención sobre este asunto. Una pregunta fue formulada al candidato republicano Mitt Romney acerca de qué haría él en relación con el uso de vehículos aéreos no tripulados para asesinatos selectivos. Su respuesta fue la siguiente: “Apoyo el uso de vehículos aéreos no tripulados completamente”. Dijo que el presidente estaba en lo correcto al aumentar el uso de esta tecnología. Él mismo, si fuese elegido, continuaría usándola para ir tras quienes representan una amenaza a esta nación y a sus amigos. El presidente Obama no mencionó a los asesinatos selectivos o a los vehículos aéreos no tripulados en el debate, pero, como una clara indicación de su compromiso con esta política, hubo otro asesinato selectivo estadounidense en manos de un ataque de un vehículo aéreo no tripulado en Yemen durante el primer día

⁹ *Living under Drones*, Stanford Law School y Global Justice Clinic NYU School of Law, septiembre de 2012 <<http://livingunderdrones.org/>> accedido el 2 de febrero de 2013.

¹⁰ Scott Wilson y Jon Cohen, “Poll Finds Broad Support for Obama’s Counterterrorism Policies” *The Washington Post* (Washington, 2 de febrero de 2012). En contraste, la encuesta realizada por Pew Global Attitudes Project en junio de 2012 mostró una amplia oposición a los ataques de vehículos aéreos no tripulados en casi todos los demás estados.

tras su elección. Este artículo considera los intentos recientes realizados por miembros del gobierno de Obama de proveer una justificación legal pública del programa estadounidense de asesinatos selectivos.¹¹

I. Definición

El uso del término “asesinatos selectivos” se generalizó durante la Segunda Intifada (el levantamiento palestino contra la ocupación israelí en Cisjordania y Gaza) en 2000 cuando Israel hizo pública su política de larga data de asesinar supuestos terroristas en los territorios palestinos ocupados y en otros lugares. La definición comúnmente usada es la propuesta por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; Philip Alston: los asesinatos selectivos son “actos premeditados de fuerza letal empleados por los estados para eliminar determinados individuos fuera de su custodia”.¹² “Asesinato selectivo” es generalmente considerado un término neutral, el cual, a diferencia de “asesinato” [NT: la autora utiliza aquí el término “assassination”, que se distingue de “killings”, utilizado para referirse a los asesinatos selectivos] no necesariamente implica ilegalidad.

Diferentes métodos de matar selectivamente evocan diferentes respuestas. Una cruda distinción puede trazarse entre dos tipos. Primero, el asesinato selectivo en manos de fuerzas armadas usando vehículos aéreos no tripulados o llevando a cabo operaciones de “muerte o captura” y, segundo, operaciones secretas realizadas por operativos de inteligencia en Mossad y la CIA. Un ejemplo dramático del primer tipo es la ejecución de Osama bin Laden en 2011 en Pakistán en una operación de captura o muerte del grupo Seals de la marina estadounidense. Un conocido y reciente ejemplo del segundo tipo es el asesinato selectivo de un líder militar de Hamas de alto rango, Al-Mahboubh, en manos de Israel en un hotel en Dubai en 2010.¹³ Dubai protestó en contra de este incidente como una violación a su soberanía y lanzó un video que muestra partes de la operación, la cual involucró veintisiete agentes de Mossad. Sin embargo, la única reacción de Gran Bretaña fue quejarse del hecho porque algunos agentes habían usado pasaportes británicos

¹¹ Es notable que esos discursos no tratan cuestiones de derechos humanos. En consecuencia, este artículo no considerara este aspecto de los asesinatos selectivos.

¹² Study on Targeted Killing, ONU Doc A/HRC/14/24/Add.6 (28 de mayo de 2010).

¹³ Keesing's Record of World Events (Longman 2010) 49706.

falsificados: “[t]al uso de los pasaportes británicos es intolerable”. Otro ejemplo del segundo tipo de asesinatos selectivos es el asesinato de los científicos nucleares iraníes en manos de Israel. Hubo cinco de este tipo de asesinatos en los últimos cinco años, típicamente llevados a cabo por agentes en motocicletas que adhieren bombas para autos a los vehículos que transportan a los científicos. El más reciente de estos asesinatos se produjo en diciembre de 2011. Estos asesinatos pueden no ser públicamente reconocidos por Israel, pero no hay dudas reales de quién es responsable.

Por supuesto, no hay una distinción absoluta entre los dos tipos de asesinatos selectivos. Los servicios secretos bien pueden cooperar con el servicio militar. En Estados Unidos, la CIA coopera con el Departamento de Defensa en la implementación de una política de asesinatos selectivos, aunque no es posible tener en claro el alcance de esta cooperación, dado que Estados Unidos mantiene secreto el programa de la CIA.¹⁴ El segundo tipo de asesinatos selectivos tiene más probabilidades de ser categorizado como un simple asesinato y normalmente se lo asume ilegal, pero no es claro que haya alguna distinción jurídica real entre los dos tipos. Esto es, para justificar sus asesinatos selectivos, Estado Unidos tiene que argumentar que no son simplemente asesinatos en el territorio de otros estados.

El programa estadounidense de asesinatos selectivos

Hasta ahora han pasado diez años de asesinatos selectivos cometidos por Estados Unidos, pero sólo en los últimos años ha habido un intento oficial de ofrecer públicamente una justificación jurídica en una serie de discursos dados por miembros de la administración. Este artículo examinará estos discursos y considerará algunas de las cuestiones jurídicas que surgen a partir del lenguaje utilizado por el gobierno estadounidense.

El presidente George W. Bush inició el programa de asesinatos selectivos después del 11 de septiembre, cuando autorizó que la CIA llevara adelante una lista de asesinatos secretos de supuestos terroristas. Esto comenzó en Afganistán cuando Estados Unidos y una coalición de estados participaron de un conflicto armado en respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre. Luego, en 2002, fue llevado a cabo el primer asesinato selectivo fuera de Afganistán en Yemen mediante un

¹⁴ Philip Alston, “The CIA and Targeted Killings beyond Borders” (2011) 2 Harv Natl Sec J 283.

cohete disparado de un vehículo aéreo no tripulado Predator lanzado desde Djibouti. Mató a seis supuestos miembros de Al-Qaeda, incluyendo a AlHarithi, quien supuestamente había estado involucrado en el ataque terrorista de 2000 al UUS Cole en Yemen. Este ataque aparentemente fue llevado a cabo con el consentimiento de Yemen.¹⁵ El Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales expresó su preocupación diciendo que se trataba de un caso claro de asesinato extrajudicial y un desarrollo realmente perturbador.¹⁶ Bajo la presidencia de Bush, hubo cerca de 50 asesinatos selectivos en total, pero nunca se ofreció una justificación oficial de esta política públicamente.

El presidente Obama (quien recibió el premio Nóbel de la Paz en 2009) subsiguientemente autorizó un incremento masivo de asesinatos selectivos fuera del campo de batalla en Afganistán. Los números exactos no son claros debido a la falta de transparencia en relación con estas operaciones. Hay un consenso general de que hubo cerca de 300 ataques de vehículos aéreos no tripulados en Pakistán desde 2009. Las estimaciones sobre la cantidad de damnificados por los asesinatos selectivos estadounidenses varían enormemente: desde 2500 a 3000 muertes en total, de las cuales entre 140 y 1000 se piensa que eran civiles.¹⁷ En 2012, hubo más de 40 ataques en Pakistán, un marcado descenso respecto de años anteriores (117 en 2010 y 64 en 2011). En Yemen, hubo más de 40 ataques, un aumento significativo en relación con el año anterior, cuando hubo 10 ataques. En Somalia, los números son aún más difíciles de determinar.

Cuando el presidente Obama asumió su cargo, negó que Estados Unidos estuviese llevando adelante una guerra global contra el terror. Hizo algún esfuerzo por distanciar su política exterior de la del presidente Bush en éste y otros aspectos. Así, rápidamente prohibió la “interrogación mejorada” y prometió cerrar Guantánamo y los sitios de detención secretos de la CIA. Si embargo, como muchos han señalado, en lo sustancial su política exterior se mantuvo muy similar en tanto que él también proclamó la existencia de una guerra en curso fuera del campo

¹⁵ Ver Melzer (n 1) 439; Noam Lubell, “Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors” (OUP 2010) 177.

¹⁶ ONU Doc E/CN.4/2003/3

¹⁷ Diferentes estimaciones son hechas por Newamerica, Longwar, Dronewars.net y la Oficina de Periodismo de Investigación <www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones> accedido el 2 de febrero de 2013. Para una síntesis, ver Living under Drones (n 9) capítulo 2; Alston (n 14) 36.

de batalla de Afganistán. El presidente Obama afirmó que Estados Unidos estaba involucrado en una guerra actual contra Al-Qaeda. Desvió la atención de la “guerra de elección” en Iraq, dijo que la primera línea en la guerra contra Al-Qaeda era ahora Afganistán y Pakistán. Adujo que también existía una creciente amenaza a los Estados Unidos por parte de los aliados de Al-Qaeda en el mundo y de refugios paradisíacos en Yemen, Somalia, Mahgrab y Sahel. Así, la Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de 2010 (USNSS, por su sigla en inglés) dijo que “[e]sto no es una guerra contra una táctica –el terrorismo- o una religión –el Islam-. Estamos en guerra con una red específica: Al-Qaeda y sus afilados terroristas que apoyan los esfuerzos para atacar Estados Unidos, nuestros aliados y nuestros socios”.¹⁸ Esta afirmación es crucial en la defensa de Estados Unidos de la legalidad de los asesinatos selectivos.

Se ha criticado la práctica de los asesinatos selectivos desde la izquierda y la derecha. El expresidente Jimmy Carter (merecedor del premio Nóbel de la Paz en 2002) en una pieza OpEd [N.T.: artículo publicado en un periódico que no necesariamente coincide con la opinión editorial] en el New York Times dijo el 24 de junio de 2012, que “[l]as revelaciones de que oficiales con puestos jerárquicos están seleccionando personas para ser asesinadas en el exterior, incluyendo ciudadanos estadounidenses, son sólo la prueba perturbadora más reciente de cuán lejos ha llegado la violación de derechos humanos de nuestro país... Como resultado, nuestro país ya no tiene autoridad moral para hablar sobre estos temas”. Dijo que los asesinatos selectivos continuaban en Pakistán, Somalia y Yemen, que no están dentro de la zona de combate, y argumentó que la gran escalada en la cantidad de ataques de vehículos aéreos no tripulados ha acercado a familias damnificadas a organizaciones terroristas, condujo a poblaciones civiles a ponerse en contra de Estados Unidos y ha permitido que gobiernos represivos citaran esas acciones para justificar sus propios compartimientos represivos.

En cambio, John Yoo, quien trabajó con el presidente George W. Bush en el Departamento de Justicia y quien apoyó la legalidad de las denominadas “técnicas de interrogación mejoradas” tales como el

¹⁸ Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de 2010, <www.whitehouse.gov/sites/default/files/nss_viewer/national_security_strategy.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013.

“submarino”, atacó al presidente Obama desde un ángulo diferente.¹⁹ Observó con sarcasmo que los miembros del gobierno de Obama habían criticado, erróneamente, a Bush por sus políticas de detención y tortura, pero ahora el propio Obama estaba yendo aún más lejos y matando a supuestos terroristas a escalas mayores. El mismo Yoo apoya fuertemente la política de asesinatos selectivos. Otros miembros del gobierno de Bush afirmaron que las interrogaciones llevadas a cabo por el régimen de Bush y criticadas por sus oponentes habían producido la inteligencia que llevó a la muerte de Osama bin Laden y previno ataques terroristas en el territorio de Estados Unidos.²⁰

Durante un tiempo, a pesar de la expansión de los asesinatos selectivos que realizó Obama, hubo poca discusión sobre la legalidad de los asesinatos selectivos en Estados Unidos.²¹ La principal controversia en Estados Unidos se produjo sólo después de la inclusión de ciudadanos estadounidenses en las listas de blancos y notablemente después del asesinato selectivo de Anwar AlAwaki en Yemen en 2011. Los intentos de ofrecer una justificación jurídica pública de los asesinatos selectivos en una serie de discursos dados por funcionarios de altos cargos del gobierno comenzó con el discurso en la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional [ASIL] que dio el asesor legal del Departamento de Estado Harold Koh. Hubo también una publicación en un blog sobre el asesinato de Osama bin Laden. Siguieron dos discursos dados por el asesor de seguridad del presidente Obama, John Brennan, y uno dado por el Attorney-General Eric Holder.²² Los argumentos que utilizó el Attorney-General en su discurso fueron expuestos en mayor profundidad en una nota confidencial del Departamento de Justicia que sólo se publicó recientemente.²³ Sin embargo, estos discursos plantean

¹⁹ John Yoo, “Assassination or Targeted Killing after 9/11” (2011–12) 56 NY Law School LR 57.

²⁰ “US Special Operations Personnel Raid Compound in Pakistan, Kill Osama Bin Laden” (2011) 105 AJIL 602, 603.

²¹ Con la notable excepción de Mary-Ellen O’Connell. Ver eg “The International Law of Drones”, ASIL Insight, 12 de noviembre de 2010, Volumen 14 (36); “Seductive Drones: Learning from a Decade of Lethal Operations”, Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper No 11–35; “Unlawful Killing with Combat Drones”, Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper No 09-43.

²² Jeh Johnson, General Counsel, Departamento de Defensa, también dio un discurso el 30 de noviembre de 2012 <www.lawfareblog.com/2012/02/jeh-johnson-speech-at-yale-law-school/> accedido el 2 de febrero de 2013.

²³ Libro Blanco del Departamento de Justicia sobre La legalidad de operaciones letales dirigidas hacia un ciudadano estadounidense que es un líder operativo de Al-Qaida o una fuerza asociada <http://msnbcmedia.msn.com/i/msnbc/sections/news/020413_DOJ_White_Paper.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013.

más preguntas que las respuestas que proveen, dejan muchos vacíos en las justificaciones jurídicas que presentan. Los fragmentos relevantes serán presentados en alguna extensión con las palabras relevantes a discutir en *itálicas*. El resto de este artículo examinará algunas de las cuestiones que surgen de estos intentos recientes de justificar la legalidad de los asesinatos selectivos.

II. Harold Koh, asesor legal del Departamento de Estado

El primer intento de establecer un marco jurídico fue hecho por Harold Koh, asesor legal del Departamento de Estado de Estados Unidos en su discurso de 2010 frente a la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional.²⁴ Allí, discutió el enfoque del gobierno de Obama sobre el derecho internacional en general. Presentó lo que él describió como la “doctrina Obama”: la política exterior de Estados Unidos sería ahora de compromiso, diplomacia y acercamiento multilateral. Koh hizo sólo una referencia breve a los asesinatos selectivos. Incluyó en su discurso una sección titulada La ley del 11 de septiembre, un título que parece indicar que el gobierno consideraba el 11 de septiembre como un punto de viraje significativo en el derecho que trajo consigo un derecho más extenso al uso de la fuerza. En esta sección, dijo que “[e]n el conflicto que tiene lugar en Afganistán y en otros lugares continuamos luchando contra los perpetradores del 11 de septiembre, al-Qaeda (así como fuerzas talibanes que albergaron a Al-Qaeda)”. Koh afirmó que el gobierno de Obama estaba firmemente comprometido con el cumplimiento del derecho aplicable, incluyendo el derecho de guerra, en todos los aspectos de este conflicto armado en desarrollo. Luego, en la sección “Uso de la fuerza”, dijo:

Con respecto al tema de los asesinatos selectivos, el cual ha sido muy comentado en los medios y los círculos de derecho internacional, hay límites obvios sobre lo que puedo decir públicamente. Lo que puedo decir es que la visión adoptada por este gobierno -y la que ha sido mi experiencia durante mi tiempo como asesor legal- es que las prácticas de selección de blancos de Estados Unidos incluyendo operaciones letales

²⁴ “The Obama Administration and International Law”, 25 de marzo de 2010.

llevadas a cabo por vehículos aéreos no tripulados cumplen con el derecho aplicable, incluyendo el derecho de guerra.

Continuó: “Como muestran los eventos recientes, al-Qaeda no ha abandonado su voluntad de atacar a los Estados Unidos y, de hecho, continúa atacándonos”. Esto parece referirse al intento de diciembre de 2009 de estallar un avión dirigido a Estados Unidos en manos del denominado “bombardero de calzoncillos [underpants bomber]”, Abdulmutallab.²⁵

Por lo tanto, en este conflicto armado en curso, Estados Unidos tiene la potestad bajo el derecho internacional y la responsabilidad hacia sus ciudadanos de usar la fuerza, incluyendo la fuerza letal, para defenderse a sí mismo, incluso teniendo como blanco a personas tales como líderes de alto rango de Al-Qaeda que están planeando ataques... Este es un conflicto con una organización terrorista enemiga que no tiene fuerzas convencionales, pero que planea y ejecuta sus ataques contra nosotros y nuestros aliados mientras se esconden entre la población civil... Si un individuo particular será seleccionado como blanco en una locación particular dependerá de las consideraciones específicas de cada caso, incluyendo aquellas relacionadas con la inminencia de la amenaza, la soberanía de otros estados involucrados y la voluntad y la habilidad de esos estados de eliminar la amenaza que el blanco presenta.

Koh afirmó que el gobierno había revisado cuidadosamente las leyes que regulan la selección de blancos para garantizar que esas operaciones fuesen llevadas a cabo consistentemente con los principios del derecho de guerra, incluyendo, en primer lugar, el principio de distinción, que requiere que los ataques se limiten a objetivos militares y que los civiles o los objetos civiles no sean blanco de ataque. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad, que prohíbe los ataques que previsiblemente puedan causar pérdidas incidentales de vidas civiles, daños a civiles o una combinación de ambas, en relación excesiva respecto de la concreta y directa ventaja militar anticipada. También afirmó que los procedimientos y las prácticas para identificar blancos eran extremadamente robustas.

A. Preguntas que surgen

²⁵ Afortunadamente, su título en ingeniería mecánica de UCL no fue suficiente para que su bomba fuese efectiva.

Como muchos han dicho, este discurso dejó preguntas fundamentales sobre los asesinatos selectivos sin responder. La naturaleza precisa del argumento jurídico es oscura –y no se esclarece demasiado en los discursos subsiguientes-. El problema más básico yace en la afirmación de que la base jurídica del uso de la fuerza fuera del campo de batalla se encuentra en la existencia de un conflicto armado y en el derecho a la legítima defensa. Estados Unidos ha adoptado la posición de que necesita ambas doctrinas para justificar el uso de la fuerza fuera del campo de batalla de Afganistán: la legítima defensa para justificar el haber recurrido a la fuerza en primer lugar y la existencia de un conflicto armado con Al-Qaeda fuera del campo de batalla de Afganistán para justificar el uso continuo de la fuerza en Pakistán, Yemen y Somalia. Sin embargo, la interrelación de estas dos justificaciones no es descrita en los discursos. Harold Koh no aclara cuándo usa argumentos de legítima defensa y cuándo usa argumentos de conflicto armado. En sus discursos, no especifica la naturaleza del supuesto conflicto armado con Al-Qaeda. Los discursos subsiguientes tampoco tratan esta cuestión: simplemente hablan de “conflicto armado”. Sin embargo, el gobierno de Obama ha clarificado su posición sobre este tema en otros lugares: su posición actual es que está involucrado en un conflicto armado no internacional con Al-Qaeda.²⁶

En realidad, ambas justificaciones para el uso de la fuerza son poco convincentes. Primero, la afirmación de que Estados Unidos está involucrado en un conflicto armado no internacional contra Al-Qaeda alrededor del mundo no es sostenible. Tiene poco, si algún, apoyo de otros estados. La afirmación consiste en que hay un conflicto armado contra grupos terroristas y que éste es un conflicto armado no sólo contra Al-Qaeda, sino también contra sus asociados, y que éste es un único conflicto armado. Estados Unidos debe argumentar que se trata de un único conflicto armado porque el presidente está actuando bajo la Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (AUMF, por su sigla en inglés), aprobada por el Congreso después de los ataques del 11 de septiembre. Ésta dice “[q]ue el Presidente está autorizado para usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que él determine que hayan planeado, autorizado, cometido o

²⁶ Ver la presentación del gobierno de Estados Unidos en el caso AlAwlaki <www.aclu.org/files/assets/Al-Awlaqi_USG_PT_Opp_MTD_Brief_Filed.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013; Libro Blanco del Departamento de Estado de Estados Unidos (n 23) 3.

asistido los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001 o que hayan albergado a esas organizaciones o personas, con el fin de prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra Estados Unidos en manos de esas naciones, organizaciones o personas”.²⁷ Como repetidamente ha señalado John Bellinger, exasesor legal del Departamento de Estado bajo la presidencia de George W. Bush, el derecho doméstico de Estados Unidos necesita de una actualización en este aspecto.²⁸ La AUMF aún está sujeta al uso de la fuerza contra quienes planearon, autorizaron, cometieron o asistieron los ataques terroristas del 11 de septiembre o quienes hayan albergado a los responsables. Cuanto más se aleja Estados Unidos del blanco Al-Qaeda, más difícil es ajustar esas operaciones dentro de los parámetros de la AUMF.²⁹

La afirmación de que se trata de un conflicto armado no internacional fuera del campo de batalla de Afganistán ha sido ampliamente discutida por los autores de derecho internacional humanitario, pero muy pocos de ellos aceptan el argumento de Estados Unidos. La mayoría dice que no puede haber un conflicto armado fuera del campo de batalla que no encuadre en la definición jurídica aceptada de conflicto armado.³⁰ La “guerra contra Al-Qaeda” no alcanza el umbral de intensidad requerido para un conflicto armado no internacional y Al-Qaeda no alcanza el umbral necesario para ser considerado un grupo armado organizado. Tampoco es posible argumentar que el conflicto con Al-Qaeda y sus afiliados son todos un conflicto armado dada la diversidad de los grupos involucrados. Como dijo John Bellinger, es difícil encuadrar las

²⁷ Public Law 107-40, 115 Stat 224 (2001), (2002) 41 ILM 1440

²⁸ Por ejemplo, “Drones and the War on Terror” <http://judiciary.house.gov/hearings/113th/02272013_2/Bellinger%2002272013.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013.

²⁹ En contraste, Jeh Johnson, General Counsel, Departamento de Defensa de Estados Unidos (n22), afirma que la AUMF es aún hoy una autorización viable e intenta argumentar que los socios de Al-Qaeda están involucrados en el mismo conflicto en contra de Estados Unidos. Esta fue la posición del gobierno de Estados Unidos en el caso AlAwlaki <www.aclu.org/files/assets/Al-Aulaqi_USG_PT_Opp_MTD_Brief_Filed.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013. Estados Unidos había determinado que AQAP es un grupo armado organizado que o es parte de Al-Qaeda o es una fuerza asociada o cobeligerante de Al-Qaeda que ha dirigido ataques armados contra Estados Unidos en el conflicto armado no internacional entre Estados Unidos y Al-Qaeda.

³⁰ CJ Greenwood, “War, Terrorism and International Law”, en *Essays on War in International Law* (Cameron May 2006) 409; Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework of International Law* (CUP 2005); Alston (n 14) párrafos 53-56. El Libro Blanco (n 23) considera la cuestión del alcance geográfico del conflicto armado no internacional. Reconoce que hay pocas fuentes de autoridad y, en consecuencia, intenta justificar la amplia visión adoptada por el gobierno de Estados Unidos sobre la base de principios y declaraciones tomados de contextos análogos. Sin embargo, no proporciona ninguna justificación completa para sus afirmaciones.

operaciones contra AlShabaab en Somalia dentro de la AUMF, la cual está limitada a aquellos involucrados en los ataques del 11 de septiembre.

En segundo lugar, existe una proclamación de que Estados Unidos aún está involucrado en un actual (y muy prolongado) uso de la fuerza en legítima defensa en una continuación de la Operation Enduring Freedom, que comenzó en 2001. Ésta también es una posición muy difícil de sostener. Cuando la Operation Enduring Freedom fue iniciada, Estados Unidos envió una carta al Consejo de Seguridad de la ONU informando que bajo el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas estaba actuando en ejercicio de su derecho inherente a la legítima defensa individual y colectiva como respuesta a los ataques armados llevados a cabo contra Estados Unidos el 11 de septiembre y que sus acciones estaban diseñadas para “prevenir y disuadir” futuros ataques en Estados Unidos.³¹ ¿Cuán lejos llegó esta afirmación? ¿Existe un derecho tan amplio a la legítima defensa en derecho internacional? Tres preguntas surgen en este contexto. En primer lugar, ¿fue Operation Enduring Freedom en Afganistán a continuación de los ataques del 11 de septiembre un acto de legítima defensa? Había amplio apoyo de parte de los estados a esta posición en ese momento, pero la importancia de este precedente sigue siendo controversial. El alcance exacto del derecho al uso de la fuerza contra actores no estatales sigue siendo un tema de mucho debate y ha sido dejado abierto por la Corte Internacional de Justicia.³² En segundo lugar, y de manera más problemática, ¿el derecho al uso de la fuerza en legítima defensa continúa hoy, once años después, dentro de Afganistán? Operación “Enduring Freedom” continúa en Afganistán como una operación separada de la autorizada por Naciones Unidas y dirigida por la OTAN ISAF.³³

Aún hoy hay poca información pública sobre Operation Enduring Freedom, pero la justificación de Estados Unidos para su continuidad aparentemente aún reposa en la legítima defensa. Su presencia es

³¹ ONU Doc S/2001/946, 7 de octubre de 2001.

³² La Corte Internacional de Justicia (CIJ) evitó pronunciarse sobre este asunto en Actividades armadas en el territorio de Congo (RDC v Uganda), Informes de la CIJ (2005) 168, par 147; y en Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Informes CIJ (2004) 3, par 139. Ver Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (3era edición, OUP 2008) 133-136.

³³ Sobre la autorización inicial de ISAF, ver ONU CS Resolución 1386 (2001); sobre la continuación de Operation Enduring Freedom, ver la carta presidencial del 15 de junio de 2012 <www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/06/15/presidential-letter-2012-war-powers-resolution-6-month-report> accedido el 2 de febrero de 2013.

reconocida e incluso bienvenida en una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pero éstas no dicen nada sobre su justificación jurídica. En tercer lugar, y de modo aún más controversial, ¿la legítima defensa también continúa fuera de Afganistán para justificar los asesinatos selectivos fuera de Afganistán? Aquí es donde la posición de Estados Unidos según la cual esto tiene vinculación con el 11 de septiembre es más débil. Incluso si Operation Enduring Freedom fue generalmente aceptada por los estados en sus inicios como un acto de legítima defensa, la pretensión actual de un derecho a la legítima defensa fuera de Afganistán descansa en el supuesto vínculo entre quienes llevaron adelante los ataques del 11 de septiembre y las organizaciones terroristas que no estuvieron involucradas en esos ataques originales. Así, los asesinatos selectivos han sido llevados adelante contra quienes no estuvieron involucrados en los ataques del 11 de septiembre y quienes no eran miembros de Al-Qaeda, sino únicamente “afiliados” que no existían en la época del 11 de septiembre.

El discurso de Harold Koh combina estos dos argumentos controversiales: el de la legítima defensa continua y el del conflicto armado ampliamente esparcido. La debilidad de estos dos argumentos centrales socavan fatalmente las aseveraciones de Estados Unidos de que sus asesinatos selectivos en Pakistán, Yemen y Somalia son legítimos. Un problema específico que surge de la presentación de Koh sobre el caso legal fue que no era del todo claro en el discurso si la pregunta central de si un estado es “reacio o incapaz de suprimir la amenaza que ese blanco presenta” era relevante para la legítima defensa contra un terrorista en un tercer estado, para el alcance geográfico de un conflicto armado o para ambos. Algunos autores parecen haber adoptado esta prueba como justificación de un nuevo derecho más amplio a la legítima defensa luego del 11 de septiembre, pero entran en dificultades cuando se trata de encontrar evidencia de aceptación expresa de esta nueva doctrina como una extensión del derecho a la legítima defensa por otros estados.³⁴

³⁴ Theresa Reinold, “State Weakness, Irregular Warfare and the Right to Self-Defense Post 9/11” (2011) 195 AJIL 244; Christian Tams, “The Use of Force against Terrorists” (2009) 20 EJIL 359. Es sorprendente que el Relator Especial Philip Alston adopta esta prueba sin ninguna discusión o intento de dar una justificación. Como señala Olivier Corten, hay una división fundamental entre los autores que están dispuestos a inferir un cambio en la ley incluso en ausencia de declaraciones expresas de los estados en este sentido y aquellos que adhieren al enfoque estricto de la CIJ en el caso Nicaragua; Oliver Corten, *Le Droit Contre la Guerre* (Pedone 2008).

La prueba de “reacio e incapaz” también es extremadamente problemático. ¿Quién determina si un estado es reacio o incapaz de suprimir la amenaza? Hay un peligro obvio de que si un estado persigue una política diferente a la de Estados Unidos sobre cómo responder a una supuesta amenaza terrorista vinculada con Al-Qaeda, Estados Unidos determine que este estado es “reacio o incapaz” de actuar para suprimir la amenaza y, entonces, haga uso de los asesinatos selectivos en su territorio. Esto es claro en el caso de Pakistán. Estados Unidos está llevando adelante operaciones contra un amplio espectro de grupos en Pakistán: algunos vinculados a los ataques del 11 de septiembre y otros no vinculados. Estados Unidos es crítico de la negación del gobierno de Pakistán de actuar contra algunos de estos grupos. También hay lugar para la duda sobre cuán lejos el Talibán, tal como existe hoy, puede ser vinculado al 11 de septiembre o cualquier amenaza actual a Estados Unidos. Más aún, existen preguntas de hecho subyacentes cruciales en relación con el estándar de “reacio e incapaz”: ¿existe actualmente una amenaza terrorista a Estados Unidos? ¿qué grupos terroristas imponen esa amenaza? ¿qué es considerado como amenaza para Estados Unidos?³⁵

En Estados Unidos, el discurso de Harold Koh fue seguido de una crítica creciente de los asesinatos selectivos con particular atención puesta en los vehículos aéreos no tripulados. La mayor parte de la crítica provino, en primer lugar, de aquellos consternados por el fracaso de Koh para resolver asuntos de derechos humanos; se concentraron en la falta de transparencia y de responsabilidad del programa de asesinatos selectivos de Estados Unidos.³⁶ En segundo lugar, la atención pública se concentró en las denuncias de excesivo daño colateral en violación del derecho internacional humanitario. Pero ésas son cuestiones de segundo orden, las objeciones fundamentales se centran en el fundamento para hacer uso de la fuerza.

III. La muerte de Osama bin Laden

³⁵ Sobre la visión de que no existe una amenaza terrorista significativa a los Estados Unidos, ver John Mueller y Mark G Stewart, *Hardly Existential: Thinking Rationally about Terrorism* (Foreign Affairs, 2 de abril de 2010). El Índice de Terrorismo Global de 2012 producido por el Institute for Economics and Peace (Sydney, Australia) muestra que Norteamérica es la región que tiene la menor probabilidad de recibir un ataque terrorista.

³⁶ Ver Alston (n 14).

El siguiente intento de proveer una justificación pública de la legalidad de los asesinatos selectivos vino después de la muerte de Osama bin Laden. En mayo de 2011, bin Laden fue asesinado en Abbottabad, Pakistán, a 30 millas de la capital, Islamabad.³⁷ Harold Koh expuso la posición oficial del gobierno de Estados Unidos en un blog.³⁸ Comenzó citando el discurso que había dado anteriormente y luego, continuó:

Dados la posición de liderazgo incuestionada dentro de Al-Qaeda de Osama bin Laden y su claro continuo rol operativo, no puede haber dudas de que era el líder de la fuerza enemiga y un blanco legítimo en nuestro conflicto armado con Al-Qaeda. Además, bin Laden continuaba presentando una amenaza inminente a Estados Unidos que habilitaba nuestro derecho al uso de la fuerza, una amenaza que los materiales incautados durante la operación sólo han ayudado a documentar. Bajo estas circunstancias, no hay duda de que representaba un blanco legítimo para el uso de la fuerza letal.

No es completamente claro si este es un argumento de legítima defensa o un argumento de selección de blancos derivado del derecho del conflicto armado o una combinación de ambos.

De hecho, los materiales incautados durante la operación –al menos aquellos que fueron aprobados por el gobierno de Estados Unidos para ser publicados– arrojaron algunas dudas sobre estas aseveraciones. Diecisiete cartas fueron desclasificadas y publicadas con comentarios del Combating Terrorism Center of West Point.³⁹ La posición adoptada en los comentarios fue que las cartas mostraban que Osama Bin Laden tenía poco control sobre los grupos afiliados a Al-Qaeda y que los líderes de alto rango no acordaron sobre cuál era la relación exacta con estos grupos. Al-Qaeda había colaborado con grupos jihadi alrededor del mundo, pero no había formalizado estas relaciones en un comando unificado. Estados Unidos creyó que Al-Qaeda actuaba como una organización, pero los documentos mostraron una historia diferente. La relación de Al-Qaeda y sus afiliados era más simbólica que operativa.

³⁷ PV Rogers y Dominic McGoldrick, "Assassination and Targeted Killing" (2011) 60 ICLQ 778.

³⁸ Harold Hongju Koh, "The Lawfulness of the US Operation against Osama Bin Laden" <<http://opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden/>> accedido el 2 de febrero de 2013.

³⁹ "Letters from Abbottabad: Bin Ladin Sidelined?", Combatting Terrorism Centre at West Point, 3 de mayo de 2012 <www.ctc.usma.edu/posts/letters-from-abbottabad-bin-ladin-sidelined> accedido el 2 de febrero de 2013.

Sobre cuestiones operativas, los afiliados no consultaban a Osama bin Laden ni estaban preparados para seguir sus directivas.

IV. John Brennan (Asistente presidencial en Seguridad Nacional [Homeland Security] y Contraterrorismo)

Luego de la muerte de Osama bin Laden, otros miembros del gobierno de Obama entraron un poco más en detalle en sus intentos de justificar la legalidad de los asesinatos selectivos. John Brennan, asesor senior en contraterrorismo del presidente Obama, dio un discurso en la escuela de derecho de Harvard el 16 de septiembre de 2011.⁴⁰ Dijo que la muerte de Osama bin Laden, aunque era “un hito en nuestros esfuerzos por derrotar a Al-Qaeda”, no marcó el fin de la organización terrorista o sus esfuerzos de atacar a Estados Unidos y otros países. De hecho, Al-Qaeda, sus afiliados y sus adherentes continuaron siendo “la amenaza de seguridad más preeminente contra nuestra nación”. Estas declaraciones demuestran la clara tensión entre el deseo de aseverar que los asesinatos selectivos son efectivos y la necesidad de justificar la continuación del programa en el conflicto armado en curso. Una vez que el enemigo es derrotado, ya no hay razón para un derecho continuo a la legítima defensa; el conflicto armado está terminado y la justificación para el uso de la fuerza fuera de Afganistán ya no está disponible. Entonces, John Brennan dijo que el liderazgo de Al-Qaeda en Afganistán, aunque severamente paralizado, aún mantenía la intención y la capacidad de atacar a Estados Unidos y sus aliados; los “afiliados” de Al-Qaeda en Yemen y países a lo largo de África llevaban adelante su agenda fatal. Y los “adherentes a Al-Qaeda”, individuos (como Nidal Malik Hasan, el psiquiatra del ejército de Estados Unidos que mató a 13 personas en Fort Hood, Texas, en noviembre de 2009) a veces con poco o ningún contacto con el grupo en sí mismo, trabajan para realizar ataques en Estados Unidos. Brennan reafirmó que “[n]osotros estamos en guerra con al-Qaida. En un indiscutible acto de agresión, al-Qaida atacó a nuestra nación” el 11 de septiembre. “Nuestro continuo conflicto con al-Qaida surge de nuestro derecho, reconocido bajo el derecho internacional, a la legítima defensa”.

⁴⁰ Ver Marty Lederman, “John Brennan Speech on Obama Administration Policies and Practices” <<http://opiniojuris.org/2011/09/16/john-brennan-speech-on-obama-admin-istration-antiterrorism-policies-and-practices>> accedido el 2 de febrero de 2013.

Brennan reconoció que hay diferencias entre Estados Unidos y sus aliados. Había cierto desacuerdo sobre el alcance geográfico del conflicto. La posición de Estados Unidos era que la facultad para el uso de la fuerza militar no se limita a los campos de batalla en Afganistán.

Porque participamos de un conflicto armado con al-Qaida, Estados Unidos adopta la posición jurídica de que, de acuerdo con el derecho internacional, tenemos la facultad de tomar acciones contra al-Qaida y sus fuerzas asociadas sin hacer un análisis separado de legítima defensa cada vez... Reservamos el derecho a tomar acciones unilaterales si o cuando otros gobiernos sean reacios o incapaces a tomar las acciones necesarias ellos mismos.

Según Brennan, no es necesario que Estados Unidos justifique cada asesinato selectivo individual como un acto separado de legítima defensa. Cada acto individual debería ser visto como parte de un derecho más extenso de legítima defensa que se retrotrae al 11 de septiembre.⁴¹ Esta reivindicación amplia de un derecho a la legítima defensa que continúa es necesaria por los términos de la AUMF; el Congreso sólo autorizó el uso de la fuerza contra aquellos involucrados en el 11 de septiembre o aquellos que albergaron a aquellos involucrados. Esto es, Brennan alega que Estados Unidos no tiene que mostrar que cada asesinato selectivo es necesario o proporcional en respuesta a una amenaza inminente particular impuesta por el individuo seleccionado; claramente esto sería un desafío en la mayoría de los casos, si no en todos. Tiene que mostrar que los asesinatos selectivos acumulativamente son necesarios y proporcionales como respuesta al ataque armado masivo del 11 de septiembre y para persuadir y prevenir ataques futuros en manos de aquellos vinculados con el ataque original.

Brennan reconoció que otros en la comunidad internacional, incluyendo algunos de los aliados y socios más cercanos de Estados Unidos, adoptan una posición diferente sobre el alcance geográfico del conflicto: lo limitan a los campos de batalla. Dicen que fuera del campo de batalla, Estados Unidos puede actuar en legítima defensa contra Al-Qaeda "sólo cuando está planeando, participando o amenazando con un ataque armado contra los intereses de Estados Unidos si se trata de una amenaza inminente". Esto es, estos otros estados adoptan una enfoque de caso por

⁴¹ Estados Unidos adoptó una posición similar en relación con su participación en la guerra de Irán/Iraq entre 1980 y 1988 a través de sus acciones navales en el Golfo.

caso. No reconocen la existencia de un conflicto armado en curso fuera del campo de batalla de Afganistán o un derecho actual a la legítima defensa que se retrotrae al 11 de septiembre. Para los aliados de Estados Unidos, cada asesinato selectivo individual debe ser justificado como un acto individual de legítima defensa.

John Brennan hace consideraciones muy amplias sobre las supuestas posiciones de los aliados de Estados Unidos. Según él, aceptan el derecho a la legítima defensa contra amenazas inminentes a los “intereses” de Estados Unidos. Esas posiciones no parecen haber sido hechas públicas por los aliados de Estados Unidos y no es claro cuáles son estos estados. El Reino Unido no ha adoptado esa posición públicamente en relación con los asesinatos selectivos. El ex-asesor legal de la Foreign and Commonwealth Office Daniel Bethlehem ha expresado posiciones amplias, pero éstas no son presentadas como la posición oficial del Reino Unido.⁴² Alemania se ha rehusado a cooperar con Estados Unidos en su programa de asesinatos selectivos. De acuerdo con un informe en el diario *Der Spiegel* del 15 de mayo de 2011, el Ministerio del Interior de Alemania y la Agencia de Inteligencia dejaron de proveer información al gobierno de Estados Unidos que podría ayudar a localizar islamistas germanos en el exterior; no le permitiría a Estados Unidos usar información alemana para ataques con vehículos aéreos no tripulados.

John Brennan, sin embargo, asevera que “[e]n la práctica, el enfoque de selección de blancos de Estados Unidos en el conflicto con al-Qaida está mucho más alineado con el enfoque de nuestros aliados que lo que muchos asumen”. En la práctica, los esfuerzos contraterroristas de Estados Unidos fuera de Afganistán se concentran en aquellos individuos que son una amenaza a Estados Unidos, cuya remoción produciría una disrupción significativa –aunque sea sólo temporalmente– de los planes y las capacidades de Al-Qaeda y sus fuerzas asociadas. “Hablando prácticamente, la cuestión se centra principalmente en cómo se define ‘inminencia’”. Brennan aseveró que existe “un creciente reconocimiento de que un entendimiento más flexible de inminencia puede ser apropiado para tratar con grupos terroristas”. Con el tiempo, un número creciente de nuestros socios contraterroristas han comenzado a reconocer que la concepción tradicional de lo que constituye un ataque “inminente”

⁴² Daniel Bethlehem, “Self-Defense against Imminent or Actual Attack by Non-State Actors” (2013) 106 AJIL 770.

debería ser ampliado en luz de las capacidades modernas, las técnicas y las innovaciones tecnológicas de las organizaciones terroristas. Este enfoque se parece al del presidente George W. Bush, quien dijo que el alcance de la legítima defensa debía ser ampliado dados los objetivos de los terroristas y de los estados corruptos; dijo que era necesario adaptar el concepto de ataque inminente para permitir las acciones preventivas. En su USNSS de 2002, su foco era la amenaza que veía en el desarrollo iraquí de armas de destrucción masiva y en el USNSS de 2006, su mayor preocupación era Irán. La declaración de Bush sobre la legítima defensa preventiva resultó muy controversial, pero la posición de la administración de Obama es esencialmente la misma, aunque no usen el mismo lenguaje de prevención [preemption].⁴³ Ambos buscan expandir la noción de “inminencia” para permitir un derecho a la legítima defensa más amplio, incluyendo los asesinatos selectivos.⁴⁴

La aseveración de Brennan acerca de que los aliados de Estados Unidos también han adoptado una posición flexible sobre el requisito de que debería haber un ataque armado inminente para justificar el uso de la fuerza en legítima defensa tiene cierto apoyo aparente en la posición del Attorney-General del Reino Unido de que el concepto de inminencia puede depender de las circunstancias.⁴⁵ Sin embargo, el Reino Unido no ha llegado a justificar los asesinatos selectivos. El Reino Unido y otros aliados de Estados Unidos tomaron posiciones claras en contra de la práctica de asesinatos selectivos en los debates del Consejo de Seguridad de 2004 sobre los asesinatos de Israel. Las declaraciones condenando claramente los asesinatos selectivos fueron hechas en términos generales y no fueron limitadas a los hechos específicos. De este modo, el portavoz de la Unión Europea ha dicho que la Unión Europea como conjunto se había opuesto consistentemente a los asesinatos extrajudiciales por ser contrarios al derecho internacional: socavan el concepto de estado de derecho, el cual es un elemento clave en la lucha contra el terrorismo.⁴⁶

⁴³ Christine Gray, “President Obama’s 2010 US National Security Strategy and International Law on the Use of Force” (2011) 10 CJIL 35.

⁴⁴ Georg Nolte, “Preventive Use of Force and Preventive Killings” (2004) 5 Theo Inq L 111; Tom Junod, “The Lethal Presidency of Barack Obama” <www.esquire.com/features/obama-lethal-presidency-0812> accedido el 2 de febrero de 2013.

⁴⁵ UK Materials on International Law (2004) 75 BYIL 822. Esta afirmación del AG del Reino Unido es citada en el Libro Blanco del Departamento de Justicia (n 23) 7.

⁴⁶ ONU Doc S/PV 4929, 23 de marzo de 2004.

V. Attorney-General Eric Holder

En tercer lugar, el Attorney-General Eric Holder también intentó establecer una justificación jurídica para los asesinatos selectivos en su discurso en la escuela de derecho Northwestern en Chicago en marzo de 2012.⁴⁷ Esto fue luego del asesinato selectivo del ciudadano estadounidense Anwar AlAwlaki en Yemen el 30 de septiembre de 2011 y estuvo claramente dirigido a las cuestiones específicas que surgían de ese asesinato, aunque Holder no discutió esa operación expresamente. AlAwlaki era ciudadano de Yemen y de Estados Unidos, nacido en Estados Unidos. Estaba acusado de haber estado involucrado en las acciones del “bombardero de calzoncillos” y en las del psiquiatra del ejército de Estados Unidos en Fort Hood. Comenzó como un predicador de sermones propagandistas apoyando la violencia de los musulmanes contra Estados Unidos. El gobierno de Estados Unidos alegó que luego avanzó hacia un rol operativo en los ataques terroristas de Al-Qaeda en la Península Arábiga (AQAP). Hubo informes de diarios que decían que su nombre había sido incluido en la lista de blancos para asesinatos selectivos. El padre de AlAwlaki, con la asistencia de la American Civil Liberties Union (ACLU), inició una acción judicial en 2010 que buscaba prohibir al Presidente, al Secretario de Defensa y al Director de la CIA matar intencionalmente a AlAwlaki fuera de un conflicto armado, a menos que presentara una amenaza actual, concreta y específica a la vida de la seguridad física y no hubiera otro medio que la fuerza letal que pudiese emplearse razonablemente para neutralizar la amenaza. El caso fue desestimado por involucrar una cuestión política y AlAwlaki fue subsiguientemente asesinado. El Departamento de Justicia de Estados Unidos elaboró un memorando de 50 páginas sobre el caso jurídico, pero fue mantenido en secreto.⁴⁸

⁴⁷ <www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag.speech-1203051.html> accedido el 2 de febrero de 2013.

⁴⁸ Charlie Savage, “Secret US Memo Made Legal Case to Kill a Citizen” The New York Times (Nueva York, 8 de octubre de 2011). Un Libro Blanco del Departamento de Justicia sobre La legalidad de operaciones letales dirigidas hacia un ciudadano estadounidense que es un líder operativo de Al-Qaida o una fuerza asociada fue finalmente publicado en febrero de 2013 (n 23). Éste no presenta una visión jurídica general sobre los asesinatos selectivos, pero trata la cuestión específica sobre la legalidad de matar un ciudadano estadounidense que es un líder senior de operaciones de Al-Qaeda o una fuerza asociada activamente comprometida con el planeamiento de operaciones para matar estadounidenses. Gran parte del Libro Blanco se dedica a la discusión de los requisitos de las enmiendas cuarta y quinta de la Constitución de Estados Unidos.

En su discurso, el Attorney-General Holder reafirmó que “[n]osotros somos una nación en guerra”. En respuesta a los ataques perpetrados –y la continua amenaza impuesta– por al Qaeda, los talibanes y sus fuerzas aliadas, el Congreso había autorizado al Presidente a usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra estos grupos. Porque Estados Unidos está en un conflicto armado, estamos autorizados a tomar acciones contra los enemigos beligerantes bajo el derecho internacional. El derecho internacional reconoce el derecho nacional inherente a la legítima defensa. Nada de esto es modificado por el hecho de que no estemos en una guerra convencional. Nuestra autoridad jurídica “no se limita a los campos de batalla de Afganistán”. Estamos en guerra con un enemigo sin estado, propenso a trasladar sus operaciones de un país a otro. Al Qaeda y sus asociados han dirigido numerosos ataques contra nosotros desde otros países además de Afganistán. Principios jurídicos internacionales, incluyendo el respeto por la soberanía de otra nación, restringen nuestra capacidad de actuar unilateralmente. “Pero el uso de la fuerza en territorio extranjero sería consistente con estos principios jurídicos internacionales si fuese realizado, por ejemplo, con el consentimiento de la nación involucrada –o después de la determinación de que la nación es incapaz o reacia a lidiar efectivamente con una amenaza a Estados Unidos”.⁴⁹

Holder afirmó que es legal, bajo el derecho estadounidense y el derecho aplicable de principios de guerra, seleccionar como blancos a “específicos líderes jerárquicos de operaciones” de al Qaeda y “fuerzas asociadas”. Estos no son “asesinatos [assassinations]”. Son legales si son contra un líder de Al-Qaeda o fuerzas asociadas que presenten “una amenaza inminente de ataque violento”. Algunas de las amenazas provienen de ciudadanos estadounidenses que han decidido cometer ataques violentos contra su propio país desde el exterior. Tienen protección constitucional, incluyendo el derecho al debido proceso bajo la quinta enmienda. Sin embargo, esto no requiere de un proceso judicial.

En suma, una operación en la que se usa fuerza letal en un país extranjero dirigida contra un ciudadano estadounidense que es un “líder operativo jerárquico” de Al-Qaeda o fuerzas asociadas y que participa activamente en el planeamiento para matar estadounidenses sería legal

⁴⁹ Esta es la primera mención del consentimiento como posible justificación jurídica de un asesinato selectivo.

“al menos” en las siguientes circunstancias. De este modo, Holder deja abierta la posibilidad de un derecho más amplio. Primero, el gobierno de Estados Unidos ha determinado, tras una revisión exhaustiva y cuidadosa, que el individuo representa una amenaza inminente de un ataque violento contra Estados Unidos; segundo, la captura no es factible; tercero, la operación sería realizada de un modo consistente con el derecho aplicable de principios de guerra.⁵⁰

Holder luego elaboró el significado de “amenaza inminente” como lo planteó antes Brennan. La evaluación sobre si hay una amenaza inminente podría incluir “consideraciones sobre la oportunidad para actuar, el posible daño que perder esa oportunidad causaría a los civiles y la posibilidad de prevenir futuros ataques desastrosos contra Estados Unidos”. Esto claramente ensancha “inminencia” más allá de cualquier entendimiento normal del mundo.⁵¹ Holder no usa el lenguaje de “prevención [preemption]” del presidente Bush, pero la doctrina propuesta es sustancialmente la misma. El significado más extenso de una proclamación tan amplia de la legítima defensa es claro en el contexto del continuo rechazo de Estados Unidos de descartar el posible uso de la fuerza contra Irán con el fin de prevenir que adquiriera armas nucleares.

Menos controversialmente, Holder dijo que cualquier ataque a un ciudadano estadounidense tiene que satisfacer los cuatro principios fundamentales que gobiernan el uso de la fuerza. Primero, existe un principio de necesidad. El objetivo debe tener un valor militar definido. Es interesante que Holder es el primero en referirse a este principio y que lo hace de un modo ligeramente inusual. Al poner este principio en primer lugar y separarlo del principio de distinción, parece estar ofreciendo una justificación más que una limitación al uso de la fuerza. Segundo, el principio de distinción. Holder ahora entra un poco más en detalle en esto al reconocer que sólo objetivos legítimos -combatientes, “civiles participando directamente en hostilidades” y objetivos militares-pueden ser seleccionados intencionalmente. Tercero, el principio de proporcionalidad. Cuarto, el principio de humanidad, es decir que un estado no debería usar armas que causan sufrimiento innecesario.

⁵⁰ El Libro Blanco del Departamento de Justicia (n 23) consideró estas cuestiones en el contexto de la discusión sobre las enmiendas cuarta y quinta de la Constitución de Estados Unidos.

⁵¹ El enfoque de Holder es similar al de John Yoo, “Using Force” (2004) 71 UChiLR 729.

VI. John Brennan (2012)

El 30 de abril de 2012, John Brennan dio un segundo discurso, el cual discutió los asesinatos selectivos, particularmente aquellos ejecutados por vehículos aéreos no tripulados. Se tituló “La ética y la eficacia de la estrategia presidencial contraterrorista”.⁵² Brennan afirmó que una evaluación del Al-Qaeda de 2012 mostró que Estados Unidos era ahora más seguro. La muerte de Osama bin Laden fue el golpe más estratégico contra Al-Qaeda. Cartas de Osama bin Laden mostraron las dificultades que enfrentaba Al-Qaeda. Estaban teniendo problemas reemplazando a los comandantes, se esforzaron para comunicarse con sus subordinados y afiliados, había menos lugares en los que podían entrenar a la siguiente generación de operativos, era difícil atraer nuevos reclutas.

Sin embargo, la peligrosa amenaza de Al-Qaeda no había desaparecido. Mientras su centro tambaleaba, continuaba ordenando a sus afiliados y adherentes que continuaran su sanguinaria causa. Por lo tanto, Brennan siguió por considerar a los “afiliados” de Al-Qaeda. En Somalia, dijo que fue preocupante presenciar “la fusión de Al-Qaeda con al-Shabaab” a pesar de que sabía que al-Shabaab continuaba concentrándose primordialmente en lanzar ataques regionales. En Yemen, AQAP fue el afiliado más efectivo de Al-Qaeda. Estados Unidos también apoyaría al gobierno de Yemen en sus esfuerzos contra AQAP. También Al-Qaeda en el Magreb Islámico (AQIM) en el Norte de África fue otro afiliado; estuvo involucrado en los esfuerzos para desestabilizar los gobiernos regionales y en el secuestro de extranjeros. En Nigeria, la emergencia de Boko Haram, la cual se alinea con la violenta agenda de Al-Qaeda, fue un tema de preocupación. Por ello, la amenaza no había desaparecido. Brennan afirmó que Al-Qaeda y sus fuerzas asociadas todavía tenían la intención de atacar a los Estados Unidos. Esta afirmación es crucial para cualquier argumento de Estados Unidos a favor de la legítima defensa continua.

“Además, individuos solos, inspirados por la ideología de Al-Qaeda, matan estadounidenses inocentes y buscan hacernos daño”. Esta oración aumentó el interés en la siguiente pregunta: ¿podría continuar la guerra contra Al-Qaeda si la única amenaza proviniese en realidad de quienes están dentro de Estados Unidos? Es decir, ¿son las ocasionales

⁵² <<http://www.lawfareblog.com/2012/04/breannanspeech/>> accedido el 2 de febrero de 2013.

conspiraciones terroristas de individuos en Estados Unidos (a veces posibilitados por el FBI) suficientes para perpetuar el conflicto armado con Al-Qaeda? ¿Es esto relevante para la pretensión de Estados Unidos de un derecho actual a la legítima defensa? Un estudio reciente demuestra que Norteamérica enfrenta el número más bajo de ataques terroristas en el mundo.⁵³

El foco más importante de Brennan fue el uso de los vehículos aéreos no tripulados más allá de los campos de batalla, como Afganistán. Habló sobre la práctica de Estados Unidos de identificar miembros específicos de Al-Qaeda para luego dirigirles una ataque letal, a menudo usando vehículos aéreos no tripulados operados por pilotos que pueden estar a cientos, si no miles de millas de distancia. Dijo que el Presidente Obama había instruido a miembros del gobierno a que fuesen más abiertos sobre este punto. Una parte central de su argumento fue sobre consideraciones políticas. Argumentó que los ataques selectivos habían sido una buena idea porque enviar grandes ejércitos al exterior no siempre sería “nuestra mejor ofensa”. Los países no quieren soldados extranjeros; grandes e intrusivos despliegues militares presentan el riesgo de que Estados Unidos caiga en la estrategia de Al-Qaeda de tratar de arrastrar a Estados Unidos a una larga y costosa guerra que nos desabastece financieramente, inflama el resentimiento anti-estadounidense e inspira a la siguiente generación de terroristas.

Sobre la cuestión de la legalidad, Brennan afirmó que el Attorney-General Holder y Harold Koh habían tratado esto en profundidad. La AUMF aprobada por el Congreso luego del 11 de septiembre había autorizado al Presidente a que usase toda la fuerza necesaria y apropiada contra esas naciones, organizaciones e individuos responsables por el 11 de septiembre; Brennan ahora aseveró que nada en la AUMF limitó el uso de fuerzas militares contra Al-Qaeda en Afganistán. Esto es cierto, pero la AUMF fue limitada a aquellos involucrados en los ataques del 11 de septiembre.

Luego siguió un corto párrafo sobre derecho internacional, repitiendo la posición presentada anteriormente.

Estados Unidos está en un conflicto armado con al-Qaida, el Talibán y las fuerzas asociadas, en respuesta a los ataques del 11 de septiembre y, quizás, nosotros también usemos la fuerza consistentemente con nuestro

⁵³ Índice de Terrorismo Global de 2012, Institute for Economics and Peace (Sidney, Australia).

derecho inherente a la defensa nacional. No hay nada en el derecho internacional que prohíba el uso de vehículos aéreos teledirigidos para este propósito o que nos prohíba el uso de fuerza letal contra nuestros enemigos fuera de un campo de batalla activo, por lo menos cuando el país involucrado sea incapaz o reacio a tomar acciones contra la amenaza.

Estados Unidos es la primera nación en conducir regularmente ataques usando vehículos aéreos no tripulados en un conflicto armado. El gobierno de Obama es muy consciente de que está estableciendo precedentes que otros estados tal vez sigan. Por ello, es necesario seguir estándares rigurosos y un proceso de revisión para autorizar ataques contra individuos. Primero, el individuo debe ser un blanco legítimo según el derecho. Luego, sigue un interesante pasaje sobre la elección de los blancos; Brennan no expresa esto como un asunto de obligación jurídica, sino más bien como uno de elecciones políticas. No lo pone en términos jurídicos, no discute el derecho aplicable. Es, por lo tanto, difícil evaluar el significado preciso de esta parte de su discurso. “Por supuesto, el derecho sólo establece los límites exteriores de las potestades en las que el contraterrorismo profesional puede operar”. Incluso si un individuo es un blanco legítimo, la pregunta que surge es si las acciones de este individuo alcanzan un cierto umbral necesario para tomar acciones. Por ejemplo, ¿representan una amenaza significativa para los intereses de Estados Unidos? No todos los miembros de Al-Qaeda son blancos. Ni tampoco la acción letal se trata de “castigar terroristas por crímenes pasados”. “Más bien, conducimos ataques armados porque son necesarios para mitigar una amenaza en curso -para detener conspiraciones, prevenir ataques futuros, y salvar vidas americanas-”. Debe haber una amenaza importante; esto no significa una amenaza hipotética. Tal vez la amenaza provenga de un individuo que sea líder de operaciones en Al-Qaeda o de una de sus fuerzas asociadas o de un operativo en el medio del entrenamiento o planeamiento para ejecutar ataques contra los intereses de los Estados Unidos o quizás un individuo que posea habilidades operativas únicas que estén siendo aprovechadas en un ataque planeado.

Brennan expresó una preferencia por usar fuerza letal sólo cuando la captura no sea factible, pero reconoció que las capturas han sido muy raras en la práctica. De nuevo, esto no es descripto como un requerimiento legal y, en efecto, no es un requerimiento de derecho

internacional humanitario durante un conflicto armado.⁵⁴ Afirmó que las víctimas civiles también han sido muy raras.

Más recientemente, el New York Times, en la etapa previa a las elecciones presidenciales, publicó un artículo largo sobre asesinatos selectivos, "Lista secreta de asesinatos prueba un test de los principios y la voluntad de Obama", el 29 de mayo de 2012. Esto se basó en las entrevistas de 36 asesores actuales y pasados y fue claramente escrito con la cooperación voluntaria del gobierno. Algunos comentaron que era más como un comunicado de prensa o una parte del material de una campaña política que periodismo de investigación. Su foco estuvo en el proceso de toma de decisiones en los asesinatos selectivos. El artículo describía como el Departamento de Defensa en Estados Unidos sostiene un encuentro semanal con 100 miembros de la administración; su función es recomendar al presidente quiénes deberían morir en Yemen y Somalia. La CIA lleva a cabo reuniones pequeñas similares. Las nominaciones van al presidente que firma todos los ataques contra Yemen y Somalia y los ataques más complejos y riesgosos en Pakistán.

Siguiendo esta serie de discursos, el presidente Obama envió una carta al Congreso el viernes 15 de junio de 2012 a modo de su sexto Informe al Congreso mensual bajo la Resolución de Poderes de Guerra.⁵⁵ Allí, reconoció oficial y públicamente por primera vez que el ejército de los Estados Unidos conduce ataques en Yemen y Somalia contra presuntos militares relacionados con Al-Qaeda. Esta carta no dio detalles sobre las operaciones ni calificó las operaciones de la CIA en Pakistán y Yemen. Bajo el título Operaciones militares contra Al-Qaeda, el Talibán y las fuerzas asociadas y en apoyo de los objetivos contraterroristas de Estados Unidos, se dijo que:

[e]n Somalia, el ejército americano ha trabajado para contrarrestar la amenaza terrorista de Al-Qaeda y sus asociados en al-Shabaab. En un limitado número de casos, el ejército de Estados Unidos ha tomado acción directa en Somalia contra miembros de Al-Qaeda, incluyendo aquellos que son también miembros de al-Shabaab, quienes están comprometidos con los esfuerzos para llevar adelante ataques terroristas contra Estados

⁵⁴ Rogers y McGoldrick (n 37). La Corte Suprema Israelí en el caso Public Committee against Torture, (2007) 78 ILM 373 y algunos escritores han sugerido la adopción de un enfoque mixto combinando el derecho internacional humanitario con derechos humanos en el control de los asesinatos selectivos. Ver, por ejemplo, Lubell (n 15) 244.

⁵⁵ <www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/06/15/presidential-letter-2012-war-powers> accedido el 2 de febrero de 2013.

Unidos y sus intereses. El ejército de los Estados Unidos también ha estado trabajando cercanamente con el gobierno de Yemen para dismantelar operacionalmente y eliminar por completo la amenaza terrorista de Al-Qaeda en la Península Arábiga (AQAP), la afiliada más activa y peligrosa de Al-Qaeda hoy en día. Nuestros esfuerzos conjuntos han dado como resultado la acción directa contra un limitado número de operativos de AQAP y altos dirigentes en ese país que han presentado una amenaza terrorista para los Estados Unidos y nuestros intereses.

VII. Asuntos jurídicos que surgen de los discursos

El gobierno del presidente Obama ha hecho claramente un esfuerzo por establecer una justificación jurídica pública para los asesinatos selectivos. John Brennan afirmó: “Yo me arriesgo a decir que el gobierno de los Estados Unidos nunca ha sido tan abierto con respecto a su política de contraterrorismo y su justificación jurídica”. Pero los discursos no proveen una justificación jurídica completamente razonada.⁵⁶ Es sorprendente que no se refieran a asuntos de derechos humanos. Dejan muchas preguntas sobre el uso de la fuerza y el derecho humanitario sin responder. Estas lagunas debilitan seriamente una posición legal ya defectuosa.

Como hemos visto, fundamentalmente todos los discursos se apoyan en la invocación de la legítima defensa y en la afirmación de que es un conflicto armado en curso fuera del campo de batalla de Afganistán. De todas formas, está abierto a cuestionamientos hasta qué punto Al-Qaeda es una organización con una agenda global. El intento de conectar Al-Qaeda con “asociados” o “afiliados” de al-Shabaab y AQAP es crucial aquí. Esto es necesario para que el gobierno de Estados Unidos justifique los asesinatos selectivos en Somalia y Yemen como parte del derecho de legítima defensa que continúa desde el 11 de septiembre y como parte de un conflicto armado en curso. En términos de derecho domestico de Estados Unidos, es también necesario considerar a Al-Qaeda y sus “asociados” o “afiliados” como un enemigo para así poder realizar los asesinatos selectivos de individuos en Pakistán, Yemen, y Somalia bajo la autorización de la AUMF.⁵⁷

⁵⁶ Brennan (n 40).

⁵⁷ Jeh Johnson (n 22) intentó tratar este asunto. Reconoce que la AUMF no autoriza la fuerza militar contra todo aquel que el Ejecutivo etiquete de terrorista. “Más bien, sólo abarca aquellos grupos de personas con una conexión con los ataques terroristas del 11/9 o fuerzas asociadas. El concepto de

A. La prueba “reacio o incapaz”

Todos los discursos usan el test “reacio o incapaz”: los asesinatos selectivos solo serán llevados a cabo en aquellos estados “reacios o incapaces de suprimir la amenaza que presenta el blanco” (Koh), “reacios o incapaces de tomar las acciones necesarias ellos mismos” (Brennan) y “reacio o incapaz de lidiar efectivamente con una amenaza a Estados Unidos” (Holder). El test es abierto y subjetivo. Ninguno de los discursos deja en claro si este test está para ser aplicado en el contexto del derecho internacional humanitario o en el de legítima defensa o en ambos. Sería un desarrollo radical en el derecho internacional, ya sea como un método para determinar el alcance geográfico del conflicto armado o como un medio para definir el alcance del derecho a la legítima defensa contra actores no estatales. Pero la invocación expresa de una nueva fórmula que haga un estado no es suficiente para cambiar el derecho. Brennan, al argumentar que los aliados más cercanos de Estados Unidos estaban acercándose a la posición estadounidense de legítima defensa, se enfocó sólo en la inminencia del requerimiento. Aquellos comentaristas que apoyan la expansión del derecho a la legítima defensa contra presuntos terroristas en estados reacios o incapaces de actuar contra éstos, no ofrecen ninguna base convincente de práctica estatal para sus radicales pretensiones.⁵⁸ Turquía no justifica su uso de la fuerza contra el PKK en Iraq como legítima defensa; la intervención de Etiopía en Somalia fue justificada eventualmente sobre la base de una invitación por el (ineficaz) gobierno; Colombia se disculpó por su incursión ilegal en búsqueda de terroristas en Ecuador; la posición de Israel con respecto a su invasión en 2006 al Líbano es ambigua. Más notablemente, el rechazo de Estados Unidos del pretendido acto de legítima defensa de Rusia cuando entró a Georgia en contra de los terroristas chechenos es una indicación de que ésta no es una doctrina que pondría feliz a Estados Unidos si fuera invocada por otros estados que no fuesen sus aliados más cercanos.

una fuerza asociada no es abierto como algunos sugieren”. Una fuerza asociada tiene dos características: (1) un grupo armado organizado que haya “ entrado a la pelea junto a al Qaeda y (2) que sea un co-beligerante con al Qaeda en las hostilidades contra los Estados Unidos o sus compañeros de coalición”. La pregunta clave es si esto es una descripción realística de AQAP y de Al Shabaab.

⁵⁸ Es sorprendente que el Relator Especial Philip Alston adoptara esta fórmula sin ninguna explicación o justificación en su reporte sobre asesinato selectivo (n 1) párrafo 35. Sin embargo, más tarde en su informe (párrafo 42) parece tomar un enfoque más estricto en el alcance de la legítima defensa.

B. Conformidad con principios de derecho internacional humanitario

A menudo ha sido señalado que todos los discursos afirman que los asesinatos selectivos de Estados Unidos obedecen a los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, pero que eso no aporta evidencia alguna para apoyar estas afirmaciones. La falta de transparencia sobre la elección de blancos y el número de víctimas hacen que no sea posible juzgar la verdad de estas afirmaciones sobre adecuación [al derecho internacional humanitario]. La historia oficial es que estos son “ataques quirúrgicos”; Brennan en 2012 dijo que las víctimas civiles son “extremadamente extrañas”. Pero, acorde al artículo del New York Times, el gobierno de Obama considera combatientes a todos los hombres de edad militar (en otras palabras, adolescentes en adelante) en una zona de ataque. Así, le resulta posible afirmar que un bajo número de civiles ha muerto a causa de ataques de vehículos aéreos no tripulados. Éste había sido previamente el intento de Estados Unidos en Vietnam. Esto está claramente abierto a cuestionamientos y existen estimaciones ampliamente variadas del número de víctimas a causa de los asesinatos selectivos de Estados Unidos.⁵⁹ En la ausencia de adecuada información por parte del gobierno de Estados Unidos, no es posible aceptar sus afirmaciones que aseguran que Estados Unidos cumple con los principios de distinción y proporcionalidad.

C. Elección del blanco

Tercero, la mayoría de los discursos se centra en los blancos de alto rango; dicen que los asesinatos selectivos están dirigidos contra “los líderes de alto rango de al-Qaeda” (Koh), “específicos líderes operativos de alto rango de al Qaeda y sus fuerzas asociadas” (Holder) o aquellos que sean una amenaza significativa a los intereses de Estados Unidos, tales como líderes operativos, un operativo en medio del entrenamiento o planeamiento de ataques, o un individuo con “habilidades operativas únicas que estén siendo utilizadas en un ataque planeado” (Brennan 2012). Los discursos no tratan ataques basados en señales [signature strikes] en Pakistán y Yemen. Tales ataques están dirigidos no contra

⁵⁹ Ver materiales enumerados en n 17.

individuos identificados, sino contra individuos sin identificar o grupos. Están basados en el patrón de comportamiento de grupos en el terreno. Los ataques basados en señales fuera del campo de batalla parecen ir más allá de los asesinatos selectivos de blancos identificados y son difíciles de incorporar en una guerra con Al-Qaeda. Estos podrían ser legales si hubiera un conflicto armado, siempre que las personas que son blanco satisfagan el estándar para ser consideradas un blanco militar aunque no sean combatientes: es decir, el estándar de “civiles participando directamente en las hostilidades”.

Sin embargo, los discursos no se refieren con claridad a los asuntos fundamentales sobre quién puede ser seleccionado como blanco durante un conflicto armado. De nuevo, el lenguaje de los discursos está mezclado, combinando la terminología de la legítima defensa y el lenguaje del derecho internacional humanitario, sin distinción alguna entre los diferentes conjuntos de reglas. Dado que la posición del gobierno, según lo establecido por Brennan, es que no es necesario considerar la legalidad de cada episodio particular como instancias individuales de legítima defensa, el test relevante debería ser aquel que se desprende del derecho internacional humanitario. Sin embargo, no hay una clara discusión sobre este asunto. Sólo el Attorney-General Holder usa el término clave “participación directa en hostilidades” del derecho internacional humanitario y no elabora acerca de la dificultad de la pregunta sobre cómo este problemático término debe ser aplicado a Al-Qaeda y sus afiliados.⁶⁰ Koh argumentó que Osama bin Laden todavía tenía “un continuo rol operativo claro”. La sentencia del gobierno de Estados Unidos en el caso AlAwlaki en 2010 afirmó que éste había tomado un creciente rol operativo.⁶¹ Holder dijo que era legal atacar “belligerentes”. Pero los discursos también usaron el lenguaje de “amenaza inminente” para explicar la elección de un blanco particular; éste es el lenguaje normalmente usado por aquellos que pretenden un amplio derecho a la legítima defensa anticipada. En su discurso de 2012, Brennan afirmó que

⁶⁰ Ver informe ICRC, Direct Participation in Hostilities (2009) <www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013; Alston (n 14) párrafos 57-69. El informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos (n 23) 7-8 considera de algún modo este asunto, pero lo hace en consideración de la quinta enmienda más que del derecho internacional.

⁶¹ <www.aclu.org/files/assets/Al-Aulaqi_USG_PT_Opp_MTD_Brief_Filed.pdf> accedido el 2 de febrero de 2013.

los asesinatos selectivos no eran designados para castigar terroristas por crímenes pasados; éstos eran una respuesta a las amenazas significativas a los intereses de los Estados Unidos. En la ausencia de alguna explicación pública más detallada sobre la elección de blancos, no es posible determinar si esta afirmación es justificada o si un asesinato selectivo particular fue legal.

Con respecto a la pregunta de quién es seleccionado como blanco en Pakistán, Yemen y Somalia, hay una clara disparidad entre la imagen presentada en los discursos y la realidad. El gobierno de los Estados Unidos afirma que elige miembros individuales de Al-Qaeda y sus afiliados -y bajo la AUMF, éstos deberían ser individuos conectados con los ataques del 11 de septiembre-. El énfasis está en la selección de comandantes de alto rango. El cuidadoso proceso descrito por miembros del gobierno para el artículo del New York Times está designado para confirmar esta posición. Pero en la práctica, sólo un pequeño porcentaje de los muertos son líderes de alto rango. Por ejemplo, un informe reciente calcula que, bajo la presidencia de Obama, el porcentaje más alto de muertes fueron Talibán (50%) y otros grupos cuya principal batalla es con el gobierno Pakistani, más que Al-Qaeda (8%), y que sólo el 13% de los blancos de Al-Qaeda eran líderes.⁶² En total, sólo el 2% de aquellos asesinados eran blancos de alto rango.⁶³

D. Asesinatos selectivos por parte de la CIA

Cuarto, los discursos no tratan expresamente los asesinatos selectivos por parte de la CIA en Pakistán, Yemen y Somalia.⁶⁴ No se refieren a la cuestión sobre si los miembros de los servicios de inteligencia tienen derecho a ir por el mundo matando personas. Este tipo de actividad contra jefes de estado durante la Guerra Fría había provocado una protesta, lo que eventualmente condujo en Estados Unidos a la Orden Ejecutiva 12333 (1981) prohibiendo los asesinatos.⁶⁵ Aquellos apoyando los actuales asesinatos selectivos de la CIA argumentan que éstos no son asesinatos prohibidos, sino que son legales por haber sido autorizados por el presidente y llevados a cabo durante un conflicto armado. Si la

⁶² Peter Bergen y Megan Braun, "Drone is Obama's Weapon of Choice", CNN 6 de septiembre de 2012 <www.cnn.com/2012/09/05/opinion/bergen-obama-drone/index.html> accedido el 2 de febrero de 2013.

⁶³ Living Under Drones (n 9) vii.

⁶⁴ Ver discusión detallada de Alston (n 14).

⁶⁵ Ver Melzer (n 1).

segunda condición no es satisfecha -y hemos visto que no lo es- entonces estas acciones llevadas a cabo por la CIA son claramente ilegales. Muchos comentaristas -incluso aquellos que defienden la legalidad de los asesinatos selectivos- han argumentado que no es aceptable que la CIA lleve a cabo asesinatos selectivos ya que no está sujeta al escrutinio necesario para asegurar el cumplimiento del derecho internacional aplicable.⁶⁶ Pero no hay informes de que la CIA esté buscando expandir su flota de vehículos aéreos no tripulados.⁶⁷

E. Consentimiento

Sólo el Attorney-General Holder mencionó el consentimiento como una posible justificación de los asesinatos selectivos. Lo hizo muy brevemente y sin discusión. No es claro cuánto más prominente será el papel que esta justificación juegue en el futuro. No sería necesario invocar un actual derecho a la legítima defensa si Pakistán, Yemen, y Somalia consintieran los asesinatos selectivos por parte de Estados Unidos en su territorio. Es claro que al sugerir el consentimiento como una posible justificación jurídica para los asesinatos selectivos, la posición de Estados Unidos es que todavía está involucrada en una guerra con Al-Qaeda y sus asociados. Holder no argumentó que Estados Unidos estuviera ayudando al gobierno pakistaní con disturbios internos o una guerra civil. Esto posiblemente podría ser un argumento jurídico más fuerte para justificar el uso de fuerza de Estados Unidos, debido a que no depende de la existencia de un conflicto armado actual contra Al-Qaeda. Sin embargo, Estados Unidos no hace esta afirmación. Tal como sería políticamente difícil para Pakistán reconocer abiertamente que consiente los asesinatos selectivos de Estados Unidos, del mismo modo sería sensible políticamente para Estados Unidos reconocer que está participando en un conflicto interno extranjero.

Si la base jurídica para el uso de fuerza en el territorio de otro estado es el consentimiento de ese estado, como sugirió el Attorney-General Holder, es difícil ver cómo ese estado puede consentir acciones en violación de sus propias obligaciones de derechos humanos basadas en tratados o derecho internacional consuetudinario. La posición de

⁶⁶ Editorial, "Pulling the US Drone War out of the Shadows" The Washington Post (Washington, 1 de noviembre de 2012).

⁶⁷ Greg Miller, "CIA Seeks to Expand Drone Fleet" The Washington Post (Washington, 18 de octubre de 2012).

Estados Unidos es que los tratados de derechos humanos relevantes de los que es parte no se aplican durante conflictos armados y no se aplican extraterritorialmente.⁶⁸ Pero ninguno de los discursos se refiere expresamente a temas de derechos humanos. Como una cuestión de principio, no parece ser posible argumentar que la política de asesinatos selectivos sea compatible con el derecho a la vida porque el asesinato no es llevado a cabo como último recurso.

Hay dos problemas diferentes en relación con utilizar el consentimiento como justificación de los asesinatos selectivos fuera de Afganistán. Primero, establecer la existencia del consentimiento. ¿Podría el consentimiento secreto por parte de un gobierno justificar el uso de la fuerza? Con respecto a Pakistán, la posición no es clara. Hubo informes interesantes de WikiLeaks de que el Primer Ministro Gilani de Pakistán había dicho “No me importa si ellos (Estados Unidos) lo hacen (ataques con vehículos aéreos no tripulados) mientras ataquen a las personas correctas. Protestaremos en la asamblea nacional y luego lo ignoraremos”.⁶⁹ ¿Puede ser afirmado que hay consentimiento del gobierno de Pakistán que justifique los asesinatos selectivos de Estados Unidos en su territorio? ¿Es suficiente el consentimiento secreto?

De acuerdo con informes periodísticos, Estados Unidos siguió la práctica de notificar a Pakistán su intención de llevar a cabo asesinatos selectivos.⁷⁰ La CIA mandarían un fax al ISI (el servicio de inteligencia de Pakistán) una vez por mes, delineando áreas y blancos para los ataques selectivos. El ISI acusaría el recibo del fax, sin expresarse acerca del consentimiento, pero Pakistán despejaría el espacio aéreo. Sin embargo, luego de que las relaciones entre Estados Unidos y Pakistán se deterioraron luego de una serie de incidentes en 2011 y 2012, la práctica cambió. Hoy el ISI aparentemente no acusa más el recibo de los faxes de la CIA. Pero Estados Unidos dice que Pakistán todavía despeja su espacio aéreo. Hay informes de periódicos acerca de las divisiones sobre este

⁶⁸ Esta es una posición inusual y controversial que deja abierta la posible aplicación de normas de la Carta de las Naciones Unidas y de derecho internacional consuetudinario. Ver Michael Dennis, “Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially during Times of Armed Conflict” (2007) *Israel L Rev* 453, para una exposición de la posición de Estados Unidos y de Alston (n 14) 22-23 para una respuesta crítica.

⁶⁹ “Us Embassy Cables: Pakistan Backs US Drone Attacks on Tribal Areas” *The Guardian* (Londres, 30 Noviembre 2010) <www.guardian.co.uk/world/us-embassy-cables-documents/167125> accedido el 2 de febrero de 2013.

⁷⁰ Adam Entous y otros, “US Unease over Drone Strikes”, *The Wall Street Journal* (Nueva York, 26 septiembre 2012).

tema en el gobierno de Estados Unidos. Se dice que el asesor legal del Departamento Estatal de Estados Unidos Harold Koh ha expresado algunas preocupaciones sobre la idoneidad del consentimiento.⁷¹ En privado puede haber habido consentimiento, o posiblemente aquiescencia, por parte del gobierno de Pakistán, pero la figura pública es diferente. El gobierno de Pakistán ciertamente no consiente abierta y públicamente los asesinatos selectivos: “No puede haber duda del consentimiento de Pakistán en relación con tales ataques”. Un portavoz gubernamental dijo que “[l]os ataques de vehículos aéreos no tripulados son ilegales, contraproducentes, están en contravención con el derecho internacional y en violación de la soberanía de Pakistán”.⁷² Esto hace difícil, si no imposible, para Estados Unidos el apoyarse en el consentimiento como base para el uso de la fuerza.

De modo similar, en Yemen, Estados Unidos afirma que los asesinatos selectivos -incluyendo los ataques a AlAwlaki- están dirigidos contra Al-Qaeda y sus asociados. En particular, considera a AQAP como un afiliado de Al-Qaeda desde 2009.⁷³ La CIA y el FBI han clasificado a AQAP como la mayor amenaza contra Estados Unidos; tiene una agenda global y ha planeado ataques terroristas a larga escala en el exterior e inspira simpatizantes para llevar a cabo sus operaciones. Sin embargo, los ataques de vehículos aéreos no tripulados podrían también ser vistos como intervenciones para ayudar al gobierno contra la oposición armada. El gobierno de Yemen encara una insurgencia en el norte y un movimiento secesionista en el sur. De nuevo -como con Pakistán- Estados Unidos no reconoce abiertamente este propósito.

Hasta recientemente, Estados Unidos no podía apoyarse abiertamente en el consentimiento con respecto a los asesinatos selectivos en Yemen. Cuando el Presidente Saleh estaba en el poder, la situación era como la de Pakistán. WikiLeaks reveló que el Presidente de Yemen estaba dispuesto a dar su apoyo secreto a los asesinatos selectivos de Estados Unidos, pero que él no podría tomar esta posición abiertamente. Dijo: “Nosotros continuaremos diciendo que las bombas son nuestras, no de ustedes”. El presidente Saleh (en el poder desde 1978) finalmente dejó el puesto en

⁷¹ Ibid.

⁷² Jon Boone, “Pakistan is not Cooperating with US over Drones” The Guardian (Londres, 29 septiembre 2012).

⁷³ Benedict Wilkinson y Jack Barclay, “The Language of Jihad – Narrative and Strategies of Al Qaida in the Arabian Peninsula” <rusi.org/downloads/assets/Language_of_Jihad_web.pdf> accedido 2 febrero 2013.

noviembre de 2011 bajo una iniciativa aprobada por las Naciones Unidas.⁷⁴ La situación entonces se volvió más simple en lo que se refiere al apoyo en el consentimiento. El nuevo gobierno de Abd Rab Mansur al-Hadu estaba dispuesto a dar apoyo público a los ataques de vehículos aéreos no tripulados de Estados Unidos.⁷⁵ El nuevo presidente dijo que él personalmente aprobaba cada ataque de tales vehículos aéreos de los Estados Unidos. Sin embargo, debe haber dudas sobre la figura pública de que Estados Unidos está llevando a cabo su conflicto armado con Al-Qaeda y sus asociados en territorio de Yemen. El nuevo Presidente dice que está buscando asistencia financiera para que Al-Qaeda no florezca; es financiera y políticamente conveniente para el gobierno identificar blancos como AQAP más que otras fuerzas opositoras.

En Somalia, también la justificación para la continuación de los asesinatos selectivos parece ser el consentimiento. Este argumento ahora puede ser hecho más fuertemente luego de las elecciones de 2012 en Somalia, cuando la ineficaz Transición Federal del Gobierno fue reemplazada por un gobierno más legítimo después de las elecciones en Somalia.

VIII. Conclusión

El presidente Obama se distanció de la “guerra de elección” en Iraq y volvió a enfocarse en la “guerra de necesidad” en Afganistán, pero al adoptar y extender la política de asesinatos selectivos de Bush en una guerra de “amplia red de violencia y terror”, ha involucrado a los Estados Unidos en una guerra de larga duración y amplio alcance con Al-Qaeda y sus “afiliados” fuera del campo de batalla de Afganistán. En teoría, los asesinatos selectivos podrían continuar indefinidamente e incluso expandirse más lejos al identificarse afiliados de Al-Qaeda en Mali, Nigeria, y Libia.⁷⁶ Algunos de los discursos discutidos previamente reflejan la tensión inherente en afirmar que la política de asesinatos

⁷⁴ Resolución Consejo de Seguridad 2014 (2011).

⁷⁵ Este modelo -de ayudar a instalar un nuevo gobierno y luego decir que el nuevo gobierno consiente el uso de la fuerza en su territorio- es familiar de la intervención de la URSS en Afganistán y de Iraq en Kuwait 1990.

⁷⁶ Ver discurso del secretario de Defensa de Estados Unidos, Leon Panetta, “The Fight against Al Qaeda: Today and Tomorrow”, 20 de noviembre de 2012 <www.defense.gov/speeches/speech.aspx?speechid=1737> accedido el 2 de febrero de 2013. Es llamativo que la administración de Estados Unidos no se refiera seguido a los peligros planteados por el grupo Estado Islámico en Iraq, a pesar de sus crecientes ataques coordinados al gobierno y a los iraquíes Shia desde 2006.

selectivos es exitosa y que hay una continuación -e incluso una ampliación- de la amenaza. A pesar de que los miembros del gobierno de Obama niegan la acusación de que están involucrados en una “guerra global del terror”, la interpretación de la facultad dada por la AUMF es tan amplia que la diferencia con la política extranjera del Presidente Bush es sólo retórica.

El proclamado límite de que los asesinatos selectivos solo serán llevados a cabo en estados “reacios o incapaces” de lidiar con la presunta amenaza, no solo a Estados Unidos, sino también a sus intereses, no ofrece ninguna restricción real para los Estados Unidos. No hay una discusión adecuada sobre este test en ninguno de los discursos. El hecho de que el derecho internacional humanitario y el derecho a la legítima defensa se mencionen en conjunto en éste y otros asuntos significa que no hay una examinación apropiada de los requisitos de estas áreas del derecho. Para aquellos que dicen que una examinación tan detallada no es de ser esperada en los discursos, podría responderseles que se ha vuelto obvio que los discursos no son una forma satisfactoria para que el gobierno de Obama exponga su política sobre una cuestión tan sensible: algo más es necesario como justificación jurídica.⁷⁷ La discusión sobre esos asuntos cruciales dejó sin aclarar la naturaleza de la relación entre varios grupos terroristas y sus conexiones, si es que alguna, con el 11 de septiembre, la categorización de blancos legales, el rol de la CIA, el alcance y el significado de “inminencia”, el establecimiento y significado del consentimiento del estado en donde se atacará. Esto es necesario para una adecuada justificación de la legalidad de los asesinatos selectivos.

Sin embargo, es probable que la falta de detalle de esos asuntos sea deliberada. Los miembros del gobierno de Obama reconocen que el peligro de su práctica de asesinatos selectivos puede proveer un precedente para otros estados. En consecuencia, John Brennan en su discurso de 2012 dijo que “el Presidente Obama y aquellos de nosotros en su equipo de seguridad nacional somos muy conscientes de que como nuestra nación usa esta tecnología [vehículos aéreos no tripulados], estamos estableciendo precedentes que otras naciones pueden seguir. Y no todas serán naciones que compartan nuestros intereses o la importancia que le damos a proteger la vida humana o civiles inocentes.

⁷⁷ El Libro Blanco del Departamento de Justicia (n 23) no provee una justificación completa, en parte debido a su foco en los requerimientos de las enmiendas cuarta y quinta más que en derecho internacional.

Si queremos que otras naciones usen estas tecnologías responsablemente, nosotros debemos usarlas también responsablemente”. Sin embargo, la insistencia inverificable por parte del gobierno de Estados Unidos de que se sujeta a sí mismo a “rigurosos estándares y a un proceso de revisión” no puede proveer una garantía contra los asesinatos ilegales realizados por otros estados; otros estados podrían también afirmar que siguen un proceso riguroso. Es el derecho sustantivo lo que es crucial y es aquí donde la posición de Estados Unidos es más débil. Estados Unidos puede esperar que su insistencia subyacente de que está involucrada en un conflicto armado basado en el derecho a la legítima defensa desde el 11 de septiembre prevenga que su política de asesinatos selectivos sea utilizada como precedente por otros estados. Pero el peligro es que el intento de los Estados Unidos de expandir el derecho al uso de la fuerza en la política de asesinatos selectivos al ampliar el concepto de amenaza inminente, borrando la pregunta de quién puede ser seleccionado y reduciendo el concepto de daño colateral, sea aprovechado por otros estados y grupos.⁷⁸ Además, sus intervenciones para asistir a ciertos gobiernos -facilitadas por el uso de vehículos aéreos no tripulados en asesinatos selectivos- pretenden ser parte de la guerra contra Al-Qaeda y sus afiliados en Pakistán, Yemen y Somalia. El uso de asesinatos selectivos de esta forma hace difícil para los Estados Unidos criticar asesinatos extrajudiciales por aquellos (y otros) gobiernos.

⁷⁸ Tom Junod, “The Lethal Presidency of Barack Obama” *Esquire* (9 de julio de 2012) <www.esquire.com/features/obama-lethal-presidency-0812> accedido el 2 de febrero de 2013.