

SECCIÓN DOCTRINAL

¿SE HIZO JUSTICIA? LA LEGALIDAD DEL ASESINATO DE BIN LADEN SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL*

KAI AMBOS / JOSEF ALKATOUT**

Fecha de recepción: 05-09-2011

Fecha de aceptación: 04-10-2011

“And on nights like this one, we can say to those families who have lost loved ones to al Qaeda’s terror: Justice has been done.”¹

“Obama has doubled down on the Bush-era policy of targeted assassination as a staple of US foreign policy.”²

* Traducción del inglés por Natalia Barbero, Doctora en Derecho Penal (UNED), Master en Derecho Comparado (USD), Especialista en Derecho Penal (UB). Traductora Pública de Inglés (UBA). Profesora de Derecho Penal, de Derecho Penal Internacional, y de Derechos Humanos, en el Posgrado de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

** Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August, Göttingen; Juez de Corte de Distrito (*Landgericht*) Göttingen (kambos@gwdg.de). Josef Alkatout es Doctorando en la Universidad Georg-August, Göttingen.

¹ Discurso del Presidente Barak Obama del 2 de mayo de 2011 en la Casa Blanca, disponible en <http://www.whitehouse.gov/blog/2011/05/02/osama-bin-laden-dead> (ingreso del 29 de agosto de 2011). Ver también la Declaración del Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-Moon del 2 de mayo de 2011 tras la noticia de la muerte de Osama bin Laden (“Personally, I am very much relieved by the news that justice has been done”), disponible en http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=1163 (ingreso del 28 de agosto de 2011).

² Jeremy Scahill, ‘Osama’s Assassins’, *The Nation*, 4 de mayo de 2011, disponible en <http://www.thenation.com/article/160447/osamas-assassins> (ingreso del 28 de agosto de 2011).

“States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee, and humanitarian law.”³

RESUMEN: El asesinato de Osama bin Laden perpetrado por las Fuerzas Especiales de Estados Unidos el 2 de mayo de 2011 hace surgir una serie de preguntas de Derecho Internacional en cuanto a la legalidad de esta operación en particular y la permisibilidad de los asesinatos selectivos de terroristas internacionales en general. En este artículo se discutirá, sobre la base de un riguroso análisis legal, que el asesinato de bin Laden no puede ser justificado en Derecho Internacional Humanitario (“DIH”) toda vez que no existe conflicto armado entre los Estados Unidos y Al-Qaeda. Incluso si se admitiera la existencia de conflicto armado, el asesinato de bin Laden sólo habría sido legal si Al-Qaeda fuera considerado un grupo armado organizado en los términos del DIH y bin Laden hubiera sido asesinado por ser miembro. Desde otro punto de vista, su asesinato habría sido legal si hubiese sido parte directa de las hostilidades. A todo evento, bajo el régimen legal aplicable en tiempos de paz, el asesinato sólo podría ser justificado en un escenario de legítima defensa o en caso de daño inminente para terceros. Como esta situación en apariencia no ha existido, el asesinato de bin Laden constituye una ejecución sumaria ilegal. Por otra parte, la operación violó también las normas de Derecho Internacional al violar la soberanía territorial de Pakistán.

PALABRAS CLAVE: Al-Qaeda; Osama bin Laden; asesinato selectivo; guerra contra el terror; participación directa en las hostilidades.

ABSTRACT: *The killing of Osama bin Laden by U.S. Special Forces on 2 May 2011 raises several questions of international law with regard to the legality of this particular operation and the permissibility of targeted killings of international terrorists in general. In this paper it will be argued, on the basis of a rigorous legal analysis, that the killing of bin Laden cannot be justified under international humanitarian law (‘IHL’) because there is no*

to de 2011). Ver también Nicholas Schmidle, ‘Getting Bin Laden – What happened that night in Abbottabad’, *The New Yorker*, 8 de agosto de 2011, disponible en http://www.newyorker.com/reporting/2011/08/08/110808fa_fact_schmidle (ingreso del 28 de agosto de 2011), quien confirma que había más ataques de misiles dentro de Pakistán durante el primer año del gobierno de Obama que durante los ochos años de George W. Bush. Asimismo, *Neue Zürcher Zeitung*, 20/21 de noviembre de 2010, 17 de diciembre de 2010 y 28 de diciembre de 2010, p. 2 (que respectivamente señalan que durante el año 2010 la milicia americana llevó a cabo más de 110 ataques por medio de aviones teledirigidos en Pakistán; este número se había duplicado en comparación con el año anterior) y Thiessen, ‘Obama’s Inheritance’, 172 *World Affairs* (2009) 74, p. 81.

³ Res. 1456 (2003) par. 6 y Res. 1624 (2005) par. 4., del Consejo de Seguridad.

armed conflict between the U.S. and Al-Qaida. Even if one were to assume the existence of such an armed conflict, bin Laden's killing would only have been lawful if Al-Qaida were to be considered an organized armed group within the meaning of IHL and bin Laden could have been killed qua membership. Otherwise, his killing would only have been lawful if he had (still) taken a direct part in hostilities. In any case, under the applicable legal regime of peacetime the killing could only be justified in a situation of self-defense or an immediate danger for others. As this situation did apparently not exist, the killing of bin Laden amounted to an extra-judicial execution. On another, less important note, the operation also violated international law by failing to respect Pakistan's territorial sovereignty.

KEYWORDS: *Al-Qaida; Osama bin Laden; targeted killing; war on terror; direct participation in hostilities.*

SUMARIO: I. La legalidad en el Derecho Internacional Humanitario. A. ¿Al-Qaeda como un grupo armado organizado bajo el DIH? B. ¿Extensión territorial del conflicto en Afganistán ("efecto desborde")? C. Status de civil y combatiente. D. Participación directa en las hostilidades. II. La legalidad en tiempos de paz. III. La legalidad en Derecho Internacional Público general. IV. Conclusión.

I. LA LEGALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Mientras que los "asesinatos selectivos"⁴ pueden ser admisibles en circunstancias excepcionales en Derecho Internacional,⁵ existe prácticamente consenso entre los juristas en cuanto a que en tal caso se presupone la existencia de un conflicto armado en desarrollo en primer lugar, y, por tanto, el DIH deviene aplicable⁶. A pesar de la retórica oficial en tal

⁴ Sobre la utilización de otros términos ("guerra de precisión", "ataques de gran precisión", "prevención focalizada", "asesinato dirigido", "*pin-point assassinations*", "bombas estratégicas", "precisión selectiva", "castigo a distancia" y "potencia a distancia") ver Ben-Ari, 'Between Violence and Restraint: Human Rights, Humanitarian Considerations, and the Israeli Military in the Al-Aqsa Intifada', en Th. A. Baarda/D.E.M. van Verweij (eds.), *The Moral Dimension of Asymmetrical Warfare, Counter-terrorism, Democratic Values and Military Ethics* (2009) 231, p. 241-242.

⁵ *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel* et al., ante la Corte Suprema de Israel como Alta Corte de Justicia, HCJ 769/02, 11 de diciembre de 2005, par. 61 y ss.

⁶ Kretzmer, 'Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defense?', 16 *European Journal of International Law* ('EJIL') (2005) 171, p. 186; Solis, 'Targeted killing and the law of armed conflict', 60 *Naval War College Review* (2007) 127, p. 129; Frau, 'Unbemannte Luftfahrzeuge im internationalen bewaffneten Konflikt', 2 *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* ('HuV-I') (2011) 60, p.

sentido (“la guerra contra el terror”⁷) no existe conflicto armado entre Al-Qaeda y Estados Unidos.

La ley aplicable, es decir, la ley sobre los medios y métodos admisibles en la guerra (‘Derecho de La Haya’)⁸ y la ley más reciente sobre la protección de las víctimas de conflictos armados (‘Derecho de Ginebra’),⁹ no define la noción de conflicto armado de modo explícito¹⁰. Una definición ge-

66; a favor de una evaluación *sui generis* de la legalidad de los asesinatos selectivos con independencia del régimen legal específico, F. Djamalova, ‘Targeted killing under international *sui generis* framework’ (tesis de Maestría en Derecho, ante la Universidad de Toronto), p. 30. En el mismo sentido aunque a favor de la aplicación del DIH, Jensen, ‘Targeting Persons and Property’, en M. Lewis/E. Jensen/G. S. Corn (eds.), *The War on Terror and the Laws of War: A Military Perspective* (2009) 37, p. 66.

⁷ El ex Presidente de Estados Unidos George W. Bush (h.) utilizó este término por primera vez el 21 de septiembre de 2001 durante su discurso en una sesión conjunta del Congreso, disponible en http://articles.cnn.com/2001-09-20/us/gen.bush.transcript_1_joint-session-national-anthem-citizens/4?_s=PM:US (ingreso del 28 de agosto de 2011). Mientras que la administración de Obama abandonó esta retórica (Pleming, *Obama team drops “war on terror rhetoric”*, 30 de marzo de 2009, disponible en <http://www.reuters.com/article/2009/03/30/us-obama-rhetoric-idUSTRE52T7MH20090330>, ingreso del 28 de agosto de 2011), aún ve a Estados Unidos “en guerra contra Al Qaeda y sus aliados” (The White House, Office of the Press Secretary, Remarks by the President on National Security, 21 de mayo de 2009, disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/, ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁸ Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 1868; Proyecto de Declaración Internacional sobre las leyes y costumbres de la guerra, Bruselas, 1874; Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (cf. Bothe, ‘Friedenssicherung und Kriegsrecht’, en W. Vitzthum (ed.), *Völkerrecht* [5ta. edición 2010], p. 642).

⁹ I Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864/11 junio de 1906, ‘Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña’, Doc. 75 U.N.T.S. 31 (‘CG I’); II Convenio de Ginebra del 6 de julio de 1906, ‘Para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar’, Doc. 75 U.N.T.S. 85 (‘CG II’); III Convenio de Ginebra del 27 de julio de 1929/19 junio de 1931, ‘Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra’, Doc. 75 U.N.T.S. 135 (‘CG III’); IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ‘Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra’, Doc. 75 U.N.T.S. 287 (‘CG IV’); Protocolos Adicionales del 18 de junio de 1977/23 de enero de 1979 (Protocolo Adicional I, Doc. 1125 U.N.T.S. 3 [‘PA I’] y Protocolo Adicional II, [‘PA II’] Doc. 1125 U.N.T.S. 609) y del 8 de diciembre de 2005/14 de enero de 2007 (Protocolo Adicional III, Doc. 2404 U.N.T.S. 261 [‘PA III’]). – Sobre la distinción entre el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra, ver por ej. Kolb, ‘La Distinction entre le “Droit de Genève” et le “Droit de la Haye”’, en R. Kolb (ed.), *Droit International Pénal* (2008) 1, p. 134 y ss.

¹⁰ K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (3ª edición 2011), par. 7, nota marginal (‘nm.’) 235; Greenwood, ‘Scope of application of Humanitarian law’, en D. Fleck (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law* (2da edición 2008) 45, p. 47.

neralmente aceptada es aquélla dada por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ('TPIY') en 1995 la que a su vez está basada en el Art. 1 (1) PA II¹¹. Así, "existe conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o exista violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado"¹². Si se sigue esta definición, la pregunta crucial sobre el posible conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda es si este grupo califica como un "grupo armado organizado" en el sentido del DIH y puede ser así parte de un conflicto armado.

A. ¿AL-QAEDA COMO UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO BAJO EL DIH?

Si un grupo armado califica para ser considerado 'grupo armado organizado' en los términos del DIH, la mera pertenencia al grupo acarrea la pérdida del status protegido del que gozan los civiles y convierte a los miembros del grupo en objetivos militares legítimos (Art. 43 (1) y (2) AP I¹³)¹⁴. Dadas estas consecuencias de largo alcance (ya que podrían ser legítimamente asesinados), es fácil comprender que los requisitos para convertir a un grupo de criminales terroristas en parte de un conflicto que es alcanzado por el DIH deben ser estrictos. Así, las características del grupo respectivo deben asemejarse a las de un Estado, como ejemplo paradigmático de parte en un conflicto¹⁵. El grupo debe tener un mínimo grado de colectividad y de organización central. Debe estar organizado

¹¹ En su parte relevante, el Art. 1 (1) PA II (*supra* nota 9) establece: "... conflictos armados ... entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o *grupos armados organizados* ..." (el resaltado nos pertenece).

¹² *The Prosecutor v. Dusho Tadić*, 2 de octubre de 1995, TPIY, IT-94-1, Decisión ante la apelación de la defensa contra sentencia interlocutoria sobre jurisdicción, par. 70.

¹³ *Supra* nota 9.

¹⁴ Watkin, 'Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretive Guidance', 42 *New York University Journal of International Law and Politics* [*NYU JILP*] (2009-2010) 641, p. 690 y ss.; por una visión distinta, ver Melzer, 'Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critics of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities', 42 *NYU JILP* (2009-2010) 831, p. 846, que establece que sólo los miembros que mantienen una función de lucha continua pueden ser considerados objetivos legítimos.

¹⁵ Ver un enfoque estricto similar con respecto al concepto de organización contenido en la "política organizacional" en Art. 7 (2) (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional [*Estatuto CPI*] (Doc. 2187 U.N.T.S. 90, también en www.icc-cpi.int) en la opinión en disidencia del Juez Kaul en la *Decisión sobre el Artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la Autorización para Investigar la Situación de Kenya*, 31 de marzo de 2010, CPI, ICC-01/09, par. 51.

de manera jerárquica (Art. 4 (A) (2) (a) CG III¹⁶)¹⁷. Debe controlar una parte del territorio de un Estado y tener la capacidad de “ejecutar operaciones militares sostenidas y planeadas” (Art. 1 (1) PA II)¹⁸. Mientras que corresponde admitir que el criterio de control territorial ha perdido importancia a la luz de los nuevos conflictos “asimétricos” y altamente dinámicos¹⁹, aún resulta ser un indicador útil²⁰ para determinar la existencia de una “política organizacional”²¹. A todo evento, de lo dicho surge claramente que, como organización interna, se requiere la existencia de una estructura efectiva y centralizada, de carácter militar y una clara cadena de mando de arriba hacia abajo²².

Estos criterios no se dan en el caso de una red terrorista desunida y descentralizada como Al-Qaeda. Al-Qaeda carece de la estructura de mando centralizado y jerárquico que es requerida y de un lugar central de control; opera –desde lo que conocemos– más como una red interconectada universalmente en un modo descentralizado en diferentes continentes y en diferentes países por medio de células levemente interconectadas²³. Los ataques a nivel mundial que han sido atribuidos a Al-Qaeda,

¹⁶ *Supra* nota 9.

¹⁷ J. Wiczeorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht* (2005), p. 75 y ss.; sobre el grado mínimo de organización, ver también Paulus/Vashakmadze, ‘Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization’, 873 *ICRC Review* (2009) 95, p. 117.

¹⁸ Ver también con respecto al Art. 7 (2) Estatuto CPI, *supra* nota 15.

¹⁹ Zimmermann, ‘Art. 8’, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2008), Art. 8, nm. 351; Werle, ‘Individual criminal responsibility in Art. 25 ICC Statute’, 5 *Journal of International Criminal Justice* [‘JICJ’] (2007), nm. 953; Tahzib-Lie/Swaak-Goldman, ‘Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law’, en L. Lijnzaad/J. van Sambeek/B. Tahzib-Lie (eds.), *Making the Voice of Humanity Heard* (2004) 239, p. 246; K.-M. König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz* (2003), p. 380 y ss., G. Mettraux, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals* (2005), p. 36 y ss.; Paulus/Vashakmadze, *supra* nota 17, p. 117, 118-119.

²⁰ *Decisión de la CPI*, *supra* nota 15, par. 93.

²¹ Mientras que este requisito se toma del Art. 7 (2) (a) del Estatuto de la CPI, se refiere a “grupos armados organizados” en el sentido del Art. 1 (1) PA II (ver Kreß, ‘On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement. Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision’, 23 *Leiden Journal of International Law* (2010) 855, p. 862) y por tanto puede ser aplicado en nuestro contexto.

²² Ipsen, ‘Combatants and Non-Combatants’, en D. Fleck, *supra* nota 10, 79, p. 84 y ss.

²³ J. Burke, *Al-Qaida, La véritable histoire de l’islam radical* (2005), p. 19 y 25 y ss.; Farrall, ‘How al Qaeda Works’, 90 *Foreign Affairs* (2011) 128, p. 133; Boor, ‘Der Drohnenkrieg in Afghanistan und Pakistan’, 2 *HuV-I* (2011) 97, p. 101. En el mismo sentido J. Wiczeorek, *supra* nota 17, p. 189.

o que ellos mismos se han atribuido, pueden haber ocurrido para la satisfacción de bin Laden pero no bajo su control²⁴. Él no disponía, como jefe de una organización en los términos del DIH, de autoridad directa sobre sus subordinados²⁵. La oscura situación geográfica del área de frontera entre Afganistán y Pakistán²⁶ no permite determinar de modo preciso quién controla de modo efectivo tal área; a todo evento, resulta altamente cuestionable determinar si Al-Qaeda ejercita algún tipo de control territorial de la índole del requerido por el Art. 1 (1) AP II.

B. ¿EXTENSIÓN TERRITORIAL DEL CONFLICTO EN AFGANISTÁN (“EFECTO DESBORDE”)?

Mientras que se encuentra fuera de toda duda que existe un conflicto armado entre el gobierno Karzai y los Talibanes en Afganistán²⁷, la naturaleza internacional o no internacional del conflicto no es tan clara. Se puede considerar que la OTAN llevó a la ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad)²⁸ como una extensión del gobierno Karzai y por tanto como parte del lado del gobierno en el conflicto no internacional contra los Talibanes²⁹; o se puede decir que la alianza es un actor que internacionaliza el conflicto³⁰. De todos modos, el punto relevante es aquí que los Talibanes, o al menos una parte de ellos, son aliados de Al-Qaeda³¹. Se debe recordar que la guerra de la OTAN contra el gobierno de los Talibanes en Afganistán,

²⁴ Farrall, *supra* nota 23, p. 135.

²⁵ I. Hamel, *L'enigme Oussama Ben Laden* (2008), p. 299; A. Rodier, *Al-Qaida, les connexions mondiales du terrorisme* (2006), p. 190.

²⁶ Schmitt/Shanker, 'In Long Pursuit of Bin Laden, The '07 Raid, and Frustration', *New York Times*, 6 de mayo de 2011, A1.

²⁷ Roberts, 'Afghanistan and International Security', en M. N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis* (2009) 3, p. 9; Boor, *supra* nota 23, p. 100.

²⁸ Una descripción detallada de la coalición militar occidental en Afganistán, incluida la Operación Libertad Duradera (OLD-A), dominada por Estados Unidos, en Cole, 'Legal Issues in Forming the Coalition', en M. N. Schmitt, *supra* nota 27, 141.

²⁹ Cf. Generalbundesanwaltschaft (Procurador General de Alemania), Comunicado de Prensa 8/2010, 19 de abril de 2010 (caso de Oberst Klein sobre el bombardeo de tanques en Kunduz), par. 1, disponible en: <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them enid=12&newsid=360> (ingreso del 28 de agosto de 2011); Ambos, 'Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht', 24 *Neue Juristische Wochenschrift* (2010) 1725, p. 1726.

³⁰ Ver Dinstein, 'Terrorism and Afghanistan', en M. N. Schmitt, *supra* nota 27, 43, p. 51 y 53; en general, sobre un conflicto armado internacional en que el Estado territorial es asistido por fuerzas externas, ver R. Abi-Saab, *Droit humanitaire et conflits internes* (1986), p. 109 y ss.

³¹ Riedel, 'Pakistan: The Critical Battlefield', *Current History* (November 2008) 355, p. 355; Gregory, 'The ISI and the War on Terrorism', 30 *Studies in Conflict & Terrorism* (2007) 1013, p. 1019; Dinstein, *supra* nota 29, p. 52 ("relación íntima").

autorizada por el Consejo de Seguridad de la ONU después del 11 de septiembre³², se debió a que el entonces gobierno de los Talibanes ofreció refugio a Al-Qaeda y de este modo hizo cómplice a Afganistán del terrorismo internacional, generando responsabilidad en el Estado. Así, en aquel momento se podía ciertamente concluir que la guerra contra Afganistán era en verdad una guerra contra los Talibanes, como gobierno afgano, y contra Al-Qaeda, como sus aliados. Sin embargo, esta situación cambió con la caída del gobierno de los Talibanes y el retiro de sus tropas y, sobre todo, de Al-Qaeda, hacia Pakistán y otros países³³. Actualmente, el conflicto entre Pakistán y los Talibanes en el territorio de Pakistán se podría calificar como un conflicto armado (no-internacional)³⁴, aunque Pakistán misma no lo hace sino que habla de una lucha contra terroristas³⁵.

Para hacer ingresar a Estados Unidos en este escenario, se debería establecer que el conflicto en Afganistán “se ha desbordado” hacia Pakistán y por tanto Estados Unidos continúa su lucha contra los Talibanes (y Al-Qaeda) en Afganistán hacia Pakistán atacando a las mismas partes allí³⁶. Aún así, ello sería una malinterpretación del argumento del “desborde” e ignoraría los hechos reales. Para mayor seguridad, mientras que un conflicto armado puede acarrear “efectos de desborde”, como a través del retiro de una de las partes del conflicto hacia el territorio de un Estado vecino,

³² Res. 1368 (2001), del Consejo de Seguridad, par. 3.

³³ Sobre los Talibanes en Pakistán ver Gregory, *supra* nota 31, p. 1024; Riedel, ‘Pakistan and Terror: The Eye of the Storm’, 618 *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* (‘ANNALS AAPSS’) (2008) 31, p. 32; Thiessen, *supra* nota 2, p. 78 y ss.; A. Mir, *Talibanization of Pakistan* (2009), p. 1; Akhtar, ‘Pakistan, Afghanistan, and the Taliban’, XXV *International Journal on World Peace* (2008) 49, p. 50. Sobre la presencia de Al-Qaeda en Pakistán ver I. Gul, *The Al Qaeda Connection, The Taliban and Terror in Pakistan’s Tribal Areas* (2009), p. 26 y ss.; Riedel, *supra* nota 31, p. 355; por una descripción de una creciente cooperación entre los Talibanes de Pakistán y Al-Qaeda ver A. Mir, *supra* en esta nota, p. 9 y 14; Schaller, ‘Gezielte Tötungen und der Einsatz von Drohnen – Zum Rechtfertigungsansatz der Obama-Administration’, 2 *HuV-I* (2011) 91, p. 95.

³⁴ Cf. Comité Internacional de la Cruz Roja (‘CICR’), *Annual Report* (2010), p. 260; Boor, *supra* nota 23, p. 100; Schaller, *supra* nota 33, p. 94.

³⁵ De acuerdo a la Misión permanente en Pakistán de las organizaciones internacionales en Ginebra (email a los autores del 31 de mayo de 2011) es sólo una “operación de ejecución de la ley”.

³⁶ En este sentido sobre las operaciones en las tierras tribales de Pakistán por el particular conflicto armado no internacional en Afganistán, Dinstein, *supra* nota 30, p. 52; en sentido similar, con énfasis en que Estados Unidos considera, desde lo militar, a Afganistán y Pakistán “como un teatro singular de operaciones”, Fair/Jones, ‘Pakistan’s War Within’, 51 *Survival* (2009-2010) 161, p. 161. Sobre el conflicto separado entre Estados Unidos y Al-Qaeda, Corn, ‘Making the Case for Conflict Bifurcation in Afghanistan: Transnational Armed Conflict, al Qaeda and the Limits of the Associated Militia Concept’, en M. N. Schmitt, *supra* nota 27, 181, p. 190 y ss.

y de este modo un conflicto transnacional y asimétrico puede ser encuadrado en el DIH si cumple con las condiciones establecidas por el fallo Tadic ya mencionadas³⁷, el alcance extraterritorial de tal conflicto siempre vuelve al territorio original³⁸. En este caso, el lugar donde se llevó a cabo el asesinato (Abbotabad) no sólo está situado fuera de toda posible zona de “desborde” (a aproximadamente 160 km de la frontera afgana), sino que además está fuera de la zona de batalla de Pakistán³⁹. Así, en verdad, lo que preocupa no es la posible extensión del conflicto afgano que involucre a los Talibanes en el vecino Pakistán, sino que Estados Unidos invoque una “guerra” contra Al-Qaeda más allá de todo vínculo territorial⁴⁰. Ello significa proclamar una “guerra mundial contra el terror”⁴¹ que involucra a todos los Estados en los cuales residan terroristas sin que hayan jamás sido parte formal del conflicto armado con el Estado que libra la guerra, es decir, los Estados Unidos. Nuestro planeta entero se convertiría así en un campo de batalla ilimitado, y lo que entendemos por conflicto armado, como aquél ligado a un territorio y que involucra una confrontación militar limitada, perdería toda su fuerza restrictiva y humanizadora⁴².

³⁷ Ver Paulus/Vashakmadze, *supra* nota 17, p. 115 y ss. (119).

³⁸ En esta postura, contra un conflicto armado entre un Estado y una red de terror internacional por la imposibilidad de determinar la extensión del conflicto territorial, M.J. Machon, ‘Targeted Killing as an Element of U.S. Foreign Policy in the War on Terror’, (Tesis presentada ante el United States Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth), p. 52. Ver en general por la dimensión geográfica de un conflicto armado, *Fulgence Niyonteze*, Jugement d’appel, Tribunal Militaire d’Appel Suisse, 1A, B, III, cap. 3, B; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, Tribunal Penal Internacional para Ruanda (‘TPIR’), ICTR-96-4-T, A, par. 635-636.

³⁹ Abbotabad se encuentra fuera de las Áreas Tribales gobernadas por Pakistán (‘FATA’) donde ocurre el conflicto, ver Murphy, ‘The International Legality of US Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan’, en M. N. Schmitt, *supra* nota 27, 109, p. 111.

⁴⁰ En contra de un “efecto desborde” desde Afganistán hasta el momento Dinstein, *supra* nota 30, p. 53 y ss. (“Acciones emprendidas por los Estados Unidos y otras naciones en contra de Al Qaeda y diversos grupos alrededor del mundo, más allá de las fronteras de Afganistán y zonas aledañas no forman parte de la cruenta guerra que se vive al interior de Afganistán”); (“*Actions taken by the United States and numerous other countries against al Qaeda and diverse groups of terrorists in far-flung parts of the globe, beyond the borders of Afghanistan and its environs do not constitute an integral part of the inter-State war raging in Afghanistan*”).

⁴¹ Postura de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 29 de junio de 2006, No. 05–184, en particular la opinión en disidencia del Juez Thomas, p. 43 que considera que el conflicto ocurre en el territorio de más de una parte de tal conflicto, precisamente, “en varias naciones del planeta”.

⁴² En el mismo sentido, el Prof. Philippe Sands plantea “que quien sea asociado a Al Qaeda en cualquier país del mundo puede ser llevado y ejecutado”, declaración disponi-

C. STATUS DE CIVIL Y COMBATIENTE

Sólo a efectos de avanzar en la discusión, asumamos que existe un conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda. ¿Habría sido legítimo entonces el asesinato de bin Laden? Aquí debemos partir desde el presupuesto que sólo es legítimo matar individuos que posean el status de combatientes (*de facto*)⁴³ durante un conflicto armado. Entre los combatientes (*de facto*) se incluyen los “miembros combatientes”⁴⁴ de las fuerzas armadas de un Estado (Art. 43 (2) PA I) así como los miembros de grupos armados organizados en los términos del DIH⁴⁵. Estos individuos pierden inmunidad en los posibles ataques de modo permanente al mantener el status que poseen, y no necesitan participar directamente en las hostilidades con tal status⁴⁶. El status no se limita a combatientes armados o planificadores estratégicos militares. Así, algunos doctrinarios consideran que, por ejemplo, los expertos en comunicación y logística que integran el grupo o las fuerzas armadas bajo el mismo orden jerárquico son también combatientes (*de facto*)⁴⁷. El asesinato de objetivos tales como esta clase de combatientes (*de facto*) se permite incluso cuando no se encuentran en servicio, por ej., si se encuentran durmiendo o jugando con sus camaradas⁴⁸, siempre que no

ble en <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13318372> (ingreso del 28 de agosto de 2011). Ver también Paulus/Vashakmadze, *supra* nota 17, p. 119 (“la llamada ‘guerra contra el terror’ no es un conflicto armado como tal, independiente en el tiempo y en el espacio”), 124 (“no hay una noción legal que sea general y global de ‘guerra contra el terror’”).

⁴³ Dada la falta de un status formal de combatiente en conflictos no-internacionales, el término combatiente (*de facto*) es utilizado a fin de denotar este status *de facto* en ambas clases de conflicto.

⁴⁴ Los Art. 43 (2) PA I y Art. 33 (1) CG III excluyen al personal religioso y médico de las fuerzas armadas del status de combatiente, ver también Ipsen, *supra* nota 22, p. 101.

⁴⁵ Los participantes en una *levée en masse* detentan un status similar al de combatientes (Art. 4 (A) (6) CG III). Son, sin embargo, de poca relevancia en la práctica corriente, ver Rogers, ‘Combatant status’, en E. Wilmschurst/S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007) 101, p. 113; Ipsen, *supra* nota 22, p. 93.

⁴⁶ Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (2009), p. 103; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2010), p. 146; ver también Akande, ‘Clearing the Fog of War? The ICRC’s Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities’, 59 *International and Comparative Law Quarterly* (2010) 180, p. 190.

⁴⁷ Watkin, *supra* nota 14, p. 691. Sin embargo este punto es altamente controvertido. Por una visión más restrictiva, por ejemplo, Melzer, *supra* nota 14, p. 846, quien considera que sólo el “ala militar” de un grupo pierde inmunidad de modo permanente. Claramente, los jueces, los oficiales del gobierno, y los trabajadores no son combatientes, ver Ipsen, *supra* nota 22, p. 99.

⁴⁸ Richter, ‘Kampfdrohnen versus Völkerrecht? Zum „Drohnenkrieg“ in Afghanistan und Pakistan’, 2 *HuV-I* (2011) 105, p. 110. Esto también aplica para los miembros de gru-

exista daño colateral en violación del principio de proporcionalidad (Art. 51 (5) (b) y Art. 57 (2) PA I)⁴⁹.

Si se sigue la *concepción organizacional* de lo que se entiende por un combatiente (*de facto*), es decir, si se deriva el status de la pertenencia a fuerzas armadas del Estado o a un grupo armado organizado en los términos del DIH, entonces los miembros de Al-Qaeda sólo podrían ser considerados combatientes (*de facto*) como miembros y entonces ser atacados de acuerdo con el DIH si Al-Qaeda fuera considerada –en contrario con la postura que se ha defendido más arriba (A.)– como un grupo armado organizado de esa clase. Mientras que ello puede resultar ser el interés del Estado que combate con dicho grupo (permitiendo así matar a estos miembros como objetivos), la otra cara es que el status del combatiente (*de facto*) conlleva ciertos derechos, en particular el derecho a “participar directamente en las hostilidades” (Art. 43 (2) PA I) y el status de prisionero de guerra (Art. 4 (A) (2) CG III). Por esta razón Estados Unidos califica a estas personas, a partir del gobierno de Bush (h.)⁵⁰, como “combatientes ilegítimos”⁵¹, a fin de no estar obligados a garantizarles ninguno de estos derechos. De este modo, renace una tercera categoría⁵² –además de

pos armados organizados que pierden su status de combatiente al no respetar el DIH, ver M. Lewis/E. Jensen/G. Corn, *supra* nota 6, p. 49.

⁴⁹ La ventaja militar esperada debe ser mayor que aquello que implica la pérdida de los civiles no involucrados, ver Cohen/Shany, ‘A Development of Modest Proportions, The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case’, 5 *JICJ* (2007) 310, p. 312; N. Melzer, *Targeted Killing in International Law* (2008), p. 303.

⁵⁰ Oficina del Secretario de Prensa de Estados Unidos, Informe de la Casa Blanca, 7 de febrero de 2002, “Status of Detainees at Guantanamo”, disponible en www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html (ingreso del 29 de mayo de 2011); Respuesta de Estados Unidos del 21 de octubre de 2005 ante el requerimiento del Relator Especial de ACNUR del 8 de agosto de 2005 sobre los detenidos en la Bahía de Guantánamo, p. 5, disponible en www.asil.org/pdfs/ilib0603211.pdf (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁵¹ Por un estudio crítico en profundidad de esta tercera categoría, J. Wiczeorek, *supra* nota 17, p. 125. Sobre el status civil, Corte Suprema de Israel, *supra* nota 5, par. 26 (“Un combatiente ilegítimo no es un combatiente, sino un ‘civil’”). En favor de esta categoría por razones meramente semánticas, K. Parameswaran, *Besatzungsrecht im Wandel: Zur heutigen Bedeutung des Besatzungsrechts* (2008), p. 95; Švarc, ‘The use of military force in the fight against terrorism: international legal framework’, 6 *The ISIL yearbook of international humanitarian law and refugee law* (2006) 142, p. 162; Bothe, ‘Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt’, en K. Dicke *et al.* (eds.), *Weltinnenrecht* (2005) 67, p. 69. Según Gross, ‘Assassination and targeted killing: law-enforcement, execution or self-defense?’, en D. Rodin (ed.), *War, torture and terrorism* (2007) 83, p. 84, estas personas “ciertamente no son civiles”.

⁵² El término “combatiente ilegítimo” fue originariamente usado para describir la actuación encubierta de los sabotadores alemanes presentes en Estados Unidos, ver Corte Suprema de Estados Unidos, *Ex parte Quirin*, U.S. Reports 317 (1942), 1 (4,31).

las de civiles y combatientes (*de facto*)— que convierte a los individuos que pertenecen a esta categoría en personas sin derechos, o “no-personas”.

Los individuos que pertenecen a otros grupos o entidades colectivas que no alcanzan a ser grupos armados organizados en el sentido del DIH, por ej., los miembros de grupos criminales, incluidos los grupos terroristas, son considerados civiles bajo el DIH⁵³. Esto deriva de la definición negativa del Art. 50 (1) PA I. Es claro que existen a nivel mundial personas que comparten la ideología de Al-Qaeda e incluso pueden tener contacto con la red y entre ellos, pero no sólo estos seguidores no podrán pretender nada de los autores de esta ideología, sino que tampoco podrá Al-Qaeda llevarlos a actuar en su representación. La sola pertenencia a este grupo no organizado no hace que el miembro pierda su status civil⁵⁴. Los civiles gozan de una protección amplia (Art. 13 PA II), en particular contra el asesinato (deliberado) que puede constituir crimen de guerra (Art. 8 (2) (b) (i) y Art. 8 (2) (e) (i) Estatuto de la CPI). Sólo si los civiles “toman directa intervención en las hostilidades” (Art. 51 (3) PA I; Art. 13 (3) PA II)⁵⁵ pierden entonces su protección y pueden convertirse en objetivos militares legítimos durante esa participación⁵⁶. Es así que esta prohibición permanente del asesinato de objetivos tiene vigencia sólo en beneficio de aquellos civiles que no participan directamente en las hostilidades⁵⁷. En otras palabras, mientras

⁵³ El Art. 50 (1) PA I establece: ‘Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil’. Así, se considera civil a toda persona que no sea combatiente, esto es – aparte de los civiles comunes – los miembros de la policía, los espías, los UN Blue Berets, los *franc tireurs*, los mercenarios, los empleados de compañías de seguridad privada y los insurgentes no organizados. Sobre la legitimidad del término civil, K.W. Watkin, ‘Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy’, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (2005), p. 6.

⁵⁴ Richter, *supra* nota 48; Opinión en disidencia de Watkin, *supra* nota 14, p. 666.

⁵⁵ El Art. 51 (3) PA I no admite reservas por los Estados parte, ver Momtaz, ‘La participation directe des personnes civiles aux hostilités’, en Fischer-Lescano *et al.* (eds.), *Frieden in Freiheit - Peace in liberty - Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag* (2008) 493, p. 496; Gaudreau, ‘Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre’, 849 *International Review of the Red Cross* (2003) 143.

⁵⁶ Ver Oeter, ‘Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten: “direct participation in hostilities” und der Schutz der Zivilbevölkerung’, en A. Fischer-Lescano *et al.*, *supra* nota 53, 503, p. 503; Keller/Forowicz, ‘A tightrope walk between legality and legitimacy: an analysis of the Israeli Supreme Court’s judgment on targeted killing’, 21 *LJIL* (2008) 185, p. 210.

⁵⁷ En el mismo sentido, A.P.V. Rogers/P. Malherbe/D. Doppler (eds.), *Fight it right: model manual on the law of armed conflict for armed forces* (1999), p. 171; M.N. Schmitt/

que los grupos armados organizados en el sentido del DIH *per definitionem* toman parte de modo directo, como entidad colectiva, en las hostilidades, este no es el caso de otros grupos que, en el sentido del DIH, son solamente una asociación de individuos cuya inmunidad frente al ataque será decidida en concreto, caso por caso.

Con respecto al asesinato de bin Laden, esto significa que, aún aceptando que existiera un conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda y que por tanto resultara aplicable el DIH, su asesinato sólo podría ser considerado legítimo como miembro de un grupo armado organizado en el sentido del DIH si Al-Qaeda fuera considerado como un grupo de esta clase. Por los motivos más arriba expuestos (A.), no creemos que esta conclusión, respecto de Al-Qaeda o de cualquier otro grupo terrorista, pueda resultar razonable. Esto significa que bin Laden (o cualquier otro miembro de un grupo terrorista) debe ser tratado como un individuo que sólo podrá ser “objetivo” si personalmente participa de modo directo en las hostilidades⁵⁸. Esta cuestión no debe ser confundida con el tema de la responsabilidad de bin Laden de conformidad con el Derecho Penal nacional o internacional. No hay duda de que la mera pertenencia a una organización terrorista como Al-Qaeda puede ser criminalizada y de hecho es una conducta típica en la mayoría de las jurisdicciones nacionales⁵⁹. Por otra parte, existe cierta duda respecto de si podría haberse considerado a bin Laden personalmente responsable en un juicio penal por ciertos actos terroristas de Al-Qaeda. Sin embargo, esto no es relevante para determinar la legalidad de su asesinato según el DIH. Si, frente a esta postura, se considera que existe un conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda, el único punto importante es si bin Laden estaba aún participando de modo directo en las hostilidades.

C. Garrawaym/Y. Dinstein, *The manual on the law of non-international armed conflict* (2006), p. 4; *Circulaire du Secrétaire général, Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies*, ST/SGB/1999/13, 6 de agosto de 1999, Art. 5 (2); así como varios manuales militares, por ejemplo *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht* (2005), par. 805; *Zentrale Dienstvorschrift 15/2 der Deutschen Bundeswehr* (1992), par. 501; *New Zealand Defence Manual 112*, Regla de ataque n° 517 (3); *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations of the U.S. Navy/Marine Corps/Coast Guard*, NWP 1-14M, MCWP P5800.7, par. 11.3 (1995).

⁵⁸ Boor, *supra* nota 23, 101.

⁵⁹ Así, por ejemplo, el parágrafo 129a del Código Penal Alemán (StGB) prevé hasta diez años de prisión para el caso de fundación, participación o pertenencia a una “organización terrorista”. El parágrafo 129b se refiere a organizaciones extranjeras. Por un estudio profundo de esta clase de responsabilidad organizacional, ver Morozinis, *Dogmatik der Organisationsdelikte* (2010), *passim*.

D. PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

Mientras que la cuestión sobre la participación directa en las hostilidades sigue siendo controvertida⁶⁰, de modo general se acepta que es requisito que exista una función combatiente continua⁶¹. Esta función se refiere a los actos que, por su naturaleza o propósito, tienden a causar daño⁶² a personal o a bienes del adversario⁶³. El ataque o el intento de captura de miembros o de armas de las fuerzas armadas enemigas, el depósito de minas o bombas, así como su detonación, o el sabotaje de las líneas militares de comunicación, son conocidos ejemplos⁶⁴. También se incluye la ocupación o el recupero de los lugares en los que estas actividades son llevadas a cabo⁶⁵. Si de alguna otra manera se causa daño (no al adversario), mediante el asesinato de civiles por ejemplo, la participación directa se da de todos modos⁶⁶, siempre que la violencia se relacione con el conflicto⁶⁷. Por otra parte, la inmunidad

⁶⁰ Pejic, “Unlawful/Enemy Combatants”: Interpretations and Consequences’, en M. Schmitt/J. Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honor of Yoram Dinstein* (2007) 335, p. 337; *Situación en Darfur, Sudan, en el caso Fiscalía c. Bahar Idriss Abu Garda*, 8 de febrero de 2010, ICC-02/05-02/09, par. 80 (“neither treaty law nor customary law expressly define what constitutes direct participation in hostilities”).

⁶¹ Este término fue acuñado durante la discusión de los grupos de expertos en el proceso de clarificación del CICR sobre la noción de participación directa en las hostilidades, ver Watkin, *supra* nota 14, p. 655. En la respectiva guía interpretativa el concepto es utilizado para describir un requisito por la pérdida de inmunidad de los miembros de grupos organizados armados. Siguiendo esta opinión, el staff que integra los grupos armados sólo podría ser objetivo al ejercitar esta función de combate continua, ver N. Melzer, *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law* (2009), p. 16. más información sobre el proceso consultivo disponible en <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm> (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁶² J.-F. Quéguiner, ‘Le principe de distinction dans la conduit des hostilités’ (Tesis presentada ante la Universidad de Geneva), p. 326-327 (“amenaza directa e inmediata para el adversario beligerante”).

⁶³ *The Prosecutor v. Baglishema*, 7 de junio de 2001, TPIR, ICTR-95-1A, par. 104; É. David, *Principes de droit des conflits armés* (4ª. edición 2008), p. 286.

⁶⁴ El uso de uniforme, un signo distintivo o la utilización de armas son suficientes según J. Roemer, *Killing in a Gray Area between Humanitarian Law and Human Rights* (2010), p. 50. Por más ejemplos, ver *Fiscalía c. Pavlo Strugar*, Sentencia de Apelación, 17 de julio de 2008, TPIY, IT-01-41-A, par. 177.

⁶⁵ A.P.V. Rogers, *Law on the battlefield* (2004), p. 11-12.

⁶⁶ J. Roemer, *supra* nota 61, p. 55; Kretzmer, ‘Civilian Immunity in War: Legal Aspects’, en I. Primoratz (ed.), *Civilian Immunity in War* (2007) 84, p. 91; Schmitt, ‘The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis’, 1 *Harvard National Security Journal* (2010) 5, p. 28.

⁶⁷ Por un análisis detallado sobre el nexo de guerra, ver L.F. Strømme, ‘Incompetent Resistance ? : Core Aspects of Civilian Direct Participation in Hostilities’ (Tesis presentada ante la Universidad de Oslo), p. 26.

del ataque renace a partir de la renuncia definitiva y cierta de la actividad militar, por ejemplo mediante la entrega de las armas⁶⁸, o si ocurre un largo período sin participación⁶⁹. La abstención temporal de la lucha por un corto plazo no podrá calificar como renuncia (definitiva). Quien participa no puede “pasar por una puerta giratoria”⁷⁰, perdiendo y volviendo a adquirir así la protección en cuestión como desee⁷¹; en otras palabras, “el campesino de día y soldado de noche” participa de modo directo en las hostilidades, esto es, resulta ser un “combatiente” en los términos del DIH⁷².

Si se aplican estos principios al caso de bin Laden, todo depende de su rol y su actividad de los últimos meses anteriores al asesinato. Es claro que existe cierto margen para la especulación ya que no se cuenta con información precisa y confiable. A todo evento, mientras que ciertamente bin Laden solía participar de modo directo en las hostilidades cuando era aún un soldado activo en el campo de batalla o como una estrategia importante que operaba en y desde Afganistán⁷³, aparentemente en el último tiempo se convirtió en un mero líder espiritual de Al-Qaeda y no tenía más influencia en las operaciones militares concretas⁷⁴. Aislado y escondido en su refugio de Pakistán⁷⁵, bin Laden no parecía capaz de cumplir

⁶⁸ H. Olásolo, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute* (2008), p. 115.

⁶⁹ En detalle Schmitt, ‘Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan’, en M. N. Schmitt, *supra* nota 27, 307, p. 317.

⁷⁰ El término fue usado por primera vez por Parks, ‘Air War and the Law of War’, 32 *Air Force Law Review* (1990) 1, p. 118. En detalle Shany, ‘Israeli Counter – Terrorism Measures: Are They ‘Kosher’ Under International Law?’, en M.N. Schmitt/G. Beruto (eds.), *Terrorism and international law: challenges and responses* (2002) 96, p. 104.

⁷¹ N. Melzer, *supra* nota 47, p. 353.

⁷² En detalle D. Williams, ‘Tata, što si Ti radio u Velikom ratu’ - Izravno učešće u neprijateljstvima i moguće rješenje za složenu pravnu poziciju; ‘Daddy, what did YOU do in the Great War?’ Direct participation in hostilities, a possible solution to a fraught legal position’ (Tesis presentada ante la Universidad de Split), p. 830.

⁷³ A fines de ilustración ver A. Robinson, *Bin Laden* (2001), p. 266.

⁷⁴ J. Burke, *supra* nota 23, p. 28 y ss. y 293 y ss.; I. Hamel, *L'énigme Oussama Ben Laden* (2008), p. 299; A. Rodier, *Al-Qaida, les connexions mondiales du terrorisme* (2006), p. 190; V. Korewa, *La lutte contre le terrorisme d'Al-Qaida: Perspectives stratégiques* (2008), p. 109 (“Al-Qaeda no depende de bin Laden para su organización y legitimidad”); Neue Zürcher Zeitung, *Bin Laden wird überschätzt*, 25 de mayo de 2011, p. 9; en contra, Bergen, ‘Al-Qaeda, the Organization: A Five-Year Forecast’, 618 *ANNALS AAPSS* (2008) 14, p. 16; Lesnes, ‘Saisi à Abbottabad, le journal d'Oussama Ben Laden est un « trésor » pour la CIA’, 20623 *Le Monde*, 13 de mayo de 2011, p. 8. Según Kretzmer, *supra* nota 63, p. 93, un análisis general estratégico durante un conflicto armado – en oposición a la selección efectiva de objetivos militares – no es equivalente a una participación directa en las hostilidades.

⁷⁵ El complejo de Bin Laden en Abbottabad no tenía teléfono ni conexión de internet, ver Nicholas Schmidle, *supra* nota 2.

con su posición de líder militar⁷⁶. Su renuncia a las actividades militares puede no haber sido voluntaria pero fue, sin embargo, definitiva. Aún si, frente a los indicios existentes, se quisiera calificar a bin Laden como un objetivo militar legítimo, su asesinato habría sido ilegal si se hubiera entregado voluntariamente o se encontraba de otro modo *hors de combat* (Art. 41 PA I, Art. 3 común CG I-IV)⁷⁷. Además, el asesinato debe ser realmente selectivo, es decir, el daño colateral debería ser evitado⁷⁸.

II. LA LEGALIDAD EN TIEMPOS DE PAZ

Si Estados Unidos no está en guerra con Al-Qaeda, como se defiende en este artículo, el régimen legal aplicable es aquél que rige en tiempos de paz. Así, el uso de fuerza letal contra cualquier persona, ya sea un ciudadano común o un sospechoso terrorista, está, como regla, prohibido tanto por el Derecho Penal como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Art. 6 (1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP))⁷⁹. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no diferencia si el asesinato fue selectivo o no y si fue ejecutado por aviones teledirigidos o por otros medios⁸⁰. Por supuesto, la prohibición en el uso de fuerza letal no es absoluta. Existen dos excepciones. Primero, el Derecho Internacional no prohíbe la pena de muerte –e incluso es ampliamente aplicada⁸¹– siempre que se imponga tras un debido proceso llevado a cabo por “un tribunal competente” (Art. 6 (2)

⁷⁶ En contrario, ver Nicholas Schmidle, *supra* nota 2, quien argumenta que estaba desarrollando planes para asesinar a Obama y Petraeus.

⁷⁷ CIDH, Informe 55/97, 30 de octubre de 1997, Caso 11.137, Argentina, OEA/Ser/L/V/II.97, Doc. 38 ('La Tablada'), par. 189. Según Proulx, 'If the Hat Fits Wear It, If the Turban Fits Run for Your Life: Reflection on the Indefinite Detention and Targeted Killings of Suspected Terrorists', 56 *Hastings Law Journal* (2005) 801, p. 884, los asesinatos selectivos deniegan a la víctima el derecho a rendirse.

⁷⁸ *Supra* nota 47 y texto.

⁷⁹ Doc. 999 U.N.T.S. 171; el Art. 6 (1) establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

⁸⁰ Tigroudja, 'Assassinats ciblés et droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour suprême israélienne', en C. Tomuschat/E. Lagrange/S. Oeter (eds.), *The Right to Life* (2010) 267, p. 274 ; Carpenter/Shaiikhouni, *Foreign Policy*, 7.6.2011, disponible en http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/06/07/dont_fear_the_reaper (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁸¹ Amnistía Internacional señala que el 60% de la población mundial vive en un país que practica la pena de muerte, en total, un tercio de los países del mundo. Informe disponible en <http://www.amnesty.name/en/death-penalty/numbers> (ingreso del 28 de agosto de 2011).

PIDCP)⁸². Cualquier otra clase de asesinato, sin juicio previo o basado en un juicio sumario e indebido, es ilegal. Constituye una ejecución extrajudicial o extralegal o asesinato⁸³. La segunda excepción se deriva de una interpretación *a contrario sensu* del Art. 6 (1) PIDCP. Esta disposición prohíbe la “privación arbitraria” de la vida de una persona. Así se entiende que se permite el uso de fuerza letal en caso de defensa propia o de un tercero o en caso de peligro inminente para uno o para terceros⁸⁴. Los correspondientes principios generales de Derecho Penal han sido receptados en el Art. 31 (1) (c) –defensa propia o de un tercero– y en el Art. 31 (1) (d) –necesidad y coacción– del Estatuto de la CPI. Sin embargo, las eventuales “defensas” en un caso de asesinato deliberado requieren, además de ciertas condiciones en cuanto al uso de la fuerza (proporcionalidad), ya sea un uso inminente de fuerza o un peligro inminente para la persona que recurre al uso de fuerza letal⁸⁵. Si es verdad que Osama bin Laden estaba desarmado cuando se le disparó⁸⁶, entonces no existió amenaza inminente para las fuerzas (*Navy Seals*) que ingresaron al lugar. Incluso si hubiera existido tal amenaza, uno se pregunta, dada la experticia de las fuerzas especiales que tomaron parte del operativo⁸⁷, si bin Laden no podría haber sido herido⁸⁸ en lugar de haber sido asesinado con

⁸² El Art. 6 (2) del PIDCP (*supra* nota 74) establece: “En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”.

⁸³ Consejo de Derechos Humanos de NU, Informe Interno sobre la situación mundial respecto de las ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias, de Philip Alston, Relator Especial, 5 de septiembre de 2006, A/61/311, par. 33-45.

⁸⁴ Ver Ambos, ‘Defences in international criminal law’, en B.S. Brown (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law* (2011) 299, p. 307 y ss. con más referencias.

⁸⁵ Ver Art. 31 (1) (c) del Estatuto de la CPI: “contra un uso inminente e ilícito de la fuerza”; 31 (1) (d): “coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes ...”.

⁸⁶ Ver la Declaración del Secretario de Prensa de la Casa Blanca Jay Carney durante el Comunicado de Prensa del 3 de mayo de 2011: “No estaba armado (...) Creo que la resistencia no requiere un arma de fuego”, disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/03/press-briefing-press-secretary-jay-carney-532011> (ingreso del 28 de agosto de 2011). Ver también Altman *et al.*, ‘The End of bin Laden’, *Time Magazine*, 20 de mayo de 2011, 14, p. 21.

⁸⁷ El “Team 6” de las “Navy Seals” responsable es llamado la elite de la elite, ver Mazzetti, ‘In Bin Laden’s Compound, Seals’ All-Star Team’, *New York Times*, 5 de mayo de 2011, A14.

⁸⁸ En este sentido, también Scheffer, ex Embajador de Estados Unidos en misión especial para temas de crímenes de guerra, <http://inthearena.blogs.cnn.com/2011/05/11/>

dos disparos ciertamente dirigidos (uno en la cabeza, otro en el pecho)⁸⁹. Si, finalmente, las fuerzas especiales creyeron que existía un inminente ataque, esto es, si se vieron inmersos en un error sobre los presupuestos fácticos de la situación de legítima defensa (legítima defensa putativa), tal error no convertiría al asesinato en un acto legítimo sino que, a lo sumo, excluiría la responsabilidad por la conducta y por tanto la culpabilidad de los autores⁹⁰.

III. LA LEGALIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO GENERAL

Toda operación militar o de policía en territorio extranjero requiere la aprobación del Estado involucrado⁹¹; de lo contrario, la operación implica

did-the-u-s-violate-international-law-by-killing-bin-laden-david-scheffer-former-u-s-amb-at-large-for-war-crimes-issues-weighs-in/ (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁸⁹ Carter, 'Taliban: Bin Laden's death reinvigorates war against U.S.', *CNN World*, 7 de mayo de 2011, disponible en http://articles.cnn.com/2011-05-07/world/afghanistan.taliban.bin.laden_1_bin-laden-osama-bin-sheikh-osama?s=PM:WORLD (ingreso del 28 de agosto de 2011). A pesar de la declaración oficial del Secretario de Prensa de la Casa Blanca Jay Carney durante el Comunicado de Prensa del 4 de mayo de 2011 ("La operación fue planeada de modo que el equipo estuviera preparado y tuviera los medios para aprehender a bin Laden", disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/04/press-briefing-press-secretary-jay-carney-542011>, ingreso del 28 de agosto de 2011) así como la declaración del Relator Especial de UN para la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin ("Estados Unidos ofreció a bin Laden la posibilidad de rendirse, pero él se negó", disponible en <http://www.undispatch.com/was-bin-ladens-killing-legal-one-top-un-expert-says-so>, ingreso del 28 de agosto de 2011), la reciente declaración del entonces Secretario de Defensa de Estados Unidos Gates sobre el sucesor de bin Laden también sugiere que se ha tratado de un asesinato selectivo planeado ante todo ('Como sucedió con bin Laden, EEUU busca capturar y matar a Zawahiri también', disponible en <http://www.defense.gov/audio/>, ingreso del 21.6.2011). Ver también la entrevista con el entonces Director de la CIA Leon Panetta ("El mandato aquí era matar a bin Laden", disponible en http://www.pbs.org/newshour/bb/terrorism/jan-june11/panetta_05-03.html, ingreso del 28 de agosto de 2011), así como la declaración del Oficial de Operaciones especiales de EEUU según Schmidle, *supra* nota 2 ("Nunca existió un cuestionamiento en cuanto a su detención o captura —no era una decisión entre dos opciones. Nadie quiere detenidos"). En el mismo sentido, Barack Obama durante su campaña electoral dijo que "mataría a bin Laden", en <http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,760358,00.html>, ingreso del 28 de agosto de 2011). Schabas lo califica como un "homicidio sponso-reado por el Estado", <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/06/licence-to-kill.html> (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁹⁰ Una buena discusión en inglés, en G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law* (1998), p. 158 y ss.

⁹¹ En favor de la excepción de la persecución (no aplicable *in casu*) en el supuesto de un escape inmediato de insurgentes por la frontera, Murphy, *supra* nota 38, p. 116.

una violación de la soberanía territorial de ese Estado⁹², protegida por el Art. 2 (4) de la Carta de NU⁹³. Esta protección no se erige con el objetivo de una lucha transnacional contra el terrorismo internacional⁹⁴. En contrario, las resoluciones anti-terroristas del Consejo de Seguridad que resultan relevantes⁹⁵ confirman el respeto por la integridad del Estado territorial involucrado⁹⁶. Toda vez que, por cuanto conocemos, el Estado de Pakistán no había sido informado de la operación⁹⁷, su soberanía ha sido violada⁹⁸.

⁹² El Presidente Obama reconoció este punto, ver entrevista en TV del 4 de mayo de 2011, disponible en http://www.cbsnews.com/8301-504803_162-20060530-10391709.html?tag=contentBody;listingLeadStories (ingreso del 28 de agosto de 2011).

⁹³ El Art. 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas establece: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

⁹⁴ Sobre una regla consuetudinaria de Derecho Internacional que impone a los Estados la obligación de perseguir y enjuiciar a los presuntos autores de terrorismo y que impone a terceros Estados la obligación de abstenerse de objetar tal persecución y castigo contra sus nacionales, ver *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011, Tribunal Especial para el Líbano, STL-11-01/I/AC/R176bis, par. 102. Por una discusión crítica ver Ambos, ‘Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law?’, 24 *LJIL* (2011), n° 3, p. 655-675.

⁹⁵ SC Res. 1267 (1999), SC Res. 1333 (2000), SC Res. 1390 (2002), SC Res. 1455 (2003), SC Res. 1526 (2004), SC Res. 1617 (2005), SC Res. 1735 (2006), SC Res. 1822 (2008) y SC Res. 1904 (2009). Ver también SC Res. 1363 (2001), SC Res. 1388 (2002), SC Res. 1452 (2002), SC Res. 1456 (2003), SC Res. 1699 (2006), SC Res. 1730 (2006) y SC Res. 1732 (2006).

⁹⁶ Ver comentarios preliminares de las resoluciones del Consejo de Seguridad, SC Res. 1917 (2010), par. 2; SC Res. 1943 (2010), par. 4 y SC Res. 1974 (2011), par. 2 (en confirmación de la soberanía de los Estados territoriales).

⁹⁷ Ver Comunicado de Prensa No. 152/2011 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Pakistán, del 3 de mayo de 2011, disponible en http://www.mofa.gov.pk/Press_Releases/2011/May/PR_152.htm (ingreso del 28 de agosto de 2011): “Sin embargo, el Gobierno de Pakistán, niega categóricamente los reportes de los medios de comunicación que sugieren que los líderes, tanto civiles como militares, hayan tenido conocimiento de las operaciones de los Estados Unidos en contra de Osama bin Laden llevadas a cabo durante las primeras horas del 2 de mayo de 2011 (...) el Gobierno de Pakistán lamenta profundamente la manera en la que el Gobierno de los Estados Unidos ejecutó dicha operación sin dar ninguna información previamente o solicitar autorización al Gobierno de Pakistán” (“However, the Government of Pakistan categorically denies the media reports suggesting that its leadership, civil as well as military, had any prior knowledge of the US operation against Osama bin Laden carried out in the early hours of 2nd May 2011 (...) the Government of Pakistan expresses its deep concerns and reservations on the manner in which the Government of the United States carried out this operation without prior information or authorization from the Government of Pakistan”). Ver también el comunicado de prensa de un oficial mayor de la Casa Blanca tras el asesinato de bin Laden: “No compartimos nuestra inteligencia sobre el asunto

Se podría objetar esta postura por ser orientada en exceso hacia la soberanía en casos en los cuales un Estado territorial tolera concientemente la presencia de terroristas (internacionales) en su suelo o incluso apoya sus actividades. ¿No tendría entonces un Estado amenazado por estos terroristas la posibilidad de invocar legítima defensa de conformidad con el Art. 51 de la Carta de NU y llevar a cabo operaciones militares contra los respectivos grupos terroristas alojados en territorio extranjero? Esta pregunta ha sido respondida por el Consejo de Seguridad en forma negativa al no autorizar el despliegue de operaciones militares en territorio extranjero⁹⁹; sólo se prevé el retiro de sospechosos de terrorismo a través del clásico principio *aut dedere aut iudicare*¹⁰⁰. La Resolución 1456 (2003) exige en su par. 3 que se debe “llevar ante la justicia a quienes financien, planeen, apoyen o cometan actos terroristas o proporcionen refugio seguro, de conformidad con el derecho internacional y en especial basándose en el principio de extradición o enjuiciamiento”. Más allá de esto, es decir, antes de la intervención del Consejo de Seguridad, un Estado sólo puede invocar el Art. 51 si existe una amenaza inmediata de un ataque terrorista que deba ser replegada por medio del uso de fuerza extraterritorial y no permite esperar la acción del Consejo de Seguridad; de otro modo, si no existe inmediatez y/o el Consejo de Seguridad ha actuado, el Art. 51 no puede ser invocado (“hasta tanto el Consejo de Seguridad haya

bin Laden con ningún otro país, tampoco con Pakistán”, disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/press-briefing-senior-administration-officials-killing-osama-bin-laden> (ingreso del 28 de agosto de 2011). Ver también entrevista al Presidente Barak Obama, *supra* nota 87.

⁹⁸ Sobre el consentimiento de Pakistán respecto de operaciones militares anteriores de Estados Unidos en su territorio, ver Murphy, *supra* nota 38, p. 118 y ss.

⁹⁹ Murphy, *supra* nota 38, p. 121.

¹⁰⁰ También SC Res. 1566 (2004), par. 2 así como SC Res. 1624 (2005) en sus comentarios preliminares. Ya antes de los ataques del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad pidió el arresto y enjuiciamiento de Osama bin Laden, ver SC Res. 1267 (1999), par. 2. Ver también el Art. 6 (4) del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, A/RES/52/164 del 15 de diciembre de 1997, 2149 U.N.T.S. 256; Art. 7 (4) del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999, Doc. 2178 U.N.T.S. 197; Art. 9 (4) del Convenio Internacional para la supresión de los actos de terrorismo nuclear, A/RES/59/290 del 13 de abril de 2005, Doc. 2445 U.N.T.S. 89, todos los cuales establecen: “Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 en los casos en que el presunto autor se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2 del presente artículo”.

tomado las medidas...”)¹⁰¹. Esta es la situación respecto de la amenaza *general* del terrorismo internacional desde que, a partir del 11 de septiembre, el Consejo de Seguridad ha tomado control de la situación.

IV. CONCLUSIÓN

El asesinato de Osama bin Laden por las fuerzas especiales de Estados Unidos no pasa la prueba de un análisis legal estricto. Con respecto al DIH como el régimen legal más importante, si, en contrario a la opinión de estos autores, se considera que existe un conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda, es probable que la operación de Estados Unidos haya causado la muerte de un civil que ya no era parte directa de las hostilidades. Si aún era un “combatiente”, puede haber estado *hors de combat* al momento del asesinato. Sólo si, nuevamente en contrario de la opinión de estos autores, se califica a Al-Qaeda como un grupo armado organizado en los términos del DIH, bin Laden podría haber sido asesinado por pertenecer al grupo.

Bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal común, ambos aplicables en tiempos de paz, la situación legal es aún más clara: el asesinato de bin Laden llega a ser un asesinato extrajudicial prohibido por el Derecho de los Derechos Humanos en general; los hechos según se han conocido hasta el momento no hacen pensar que las fuerzas especiales hayan actuado en legítima defensa. En última instancia, la operación de Estados Unidos, la cual ocurriera sin el conocimiento de las autoridades de Pakistán, violó la soberanía territorial de este Estado. Aquí nuevamente, una justificación, esta vez basada en la legítima defensa colectiva (Art. 51 Carta de NU), no es posible.

Más allá de estas cuestiones legales complejas y controvertidas, el punto fundamental es si el mundo occidental acepta privar a sus enemigos terroristas del derecho a la vida que detentan, así como de otros derechos humanos, y declararles un “juego limpio” en lo militar. Hacerse esta pregunta implica responderla en forma negativa. La superioridad moral y política de una sociedad libre y democrática impone que sus enemigos sean tratados como personas con, al menos, derechos mínimos, y que

¹⁰¹ Sobre el principio de inmediatez y el carácter subsidiario de las medidas de legítima defensa a la luz de la acción del Consejo de Seguridad, ver Cassese, ‘Art. 51’, en J.-P. Cot/A. Pellet/M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article* (3^{ra} edición 2005) 1329, p. 1333; Randelzhofer, ‘Art. 51’, en B. Simma *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations, A Commentary* (2^{da} edición 2002) 788, p. 790, nm. 4 y p. 792, nm. 8; Murphy, *supra* nota 38, p. 130 y ss.

esta sociedad no haga lo que hacen sus enemigos: actuar con barbarie y desprecio por la humanidad. No se libra una “guerra” contra terroristas, sino que se los combate en el ámbito justo y proporcional del Derecho Penal. En la lucha contra el terrorismo, como es debidamente establecido por la Resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad, ya citada al principio de este artículo, se debe actuar “de conformidad con el derecho internacional, en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario”¹⁰². Ello no excluye el uso de fuerza e incluso el asesinato de terroristas como acción de *ultima ratio*, pero sólo mediante el respeto de las reglas y condiciones estipuladas más arriba. Esto de por sí afianza la clase de justicia promovida en particular por Estados Unidos desde Nuremberg. Y estas son las únicas bases desde las que se puede triunfar frente a la injusticia terrorista.

¹⁰² SC Res. 1456 (2003), par. 6 y SC Res. 1624 (2005), par. 4. Sin embargo, la declaración del Presidente (francés) del Consejo de Seguridad en su representación, del día 2 de mayo de 2011, *después* de la muerte de Osama bin Laden (S/PRST/2011/9) es cuestionable: “El Consejo de Seguridad recibe la buena noticia del 1 de mayo de 2011 que Osama bin Laden no podrá jamás volver a cometer tales actos de terrorismo...”.