

Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo

Jesús-María Silva Sánchez

Universidad Pompeu Fabra

Abstract

Matar dolosamente a otro constituye la forma más grave de conducta de la que puede ocuparse el Derecho penal. De hecho, la propia posibilidad de que tal hecho sea justificado ha sido reducida drásticamente por la doctrina del Derecho penal. Sin embargo, el combatiente que – en tiempo de guerra – mata dolosamente a un combatiente enemigo no viola prima facie el Derecho internacional humanitario (esto es, el Derecho internacional de los conflictos armados). Esto implica: (i) que los asesinatos selectivos de los combatientes enemigos están permitidos en la medida en que cumplan con las reglas y principios del Derecho internacional humanitario: necesidad militar, humanidad, distinción y proporcionalidad; y (ii) que los civiles no pueden ser atacados directamente salvo que “tomen parte directa en las hostilidades”. Aunque se trata de civiles, los terroristas son considerados objetivo de ataque en los mismos términos que los combatientes enemigos (lo que explica su calificación por los Estados Unidos e Israel como “combatientes” o “belligerentes” ilegales). Pero también pueden ser detenidos y juzgados como delincuentes (aquí se hace hincapié en su condición de “ilegales”). Algunos han tratado de justificar los asesinatos selectivos de terroristas, por un lado, sobre la base de las reglas de asesinatos selectivos del Derecho internacional humanitario; por otro lado, sobre la base de la legítima defensa del Estado. Sin embargo, es discutible si se trataría de una auténtica legítima defensa del Estado o más bien de una reacción punitiva (bellum punitivum) que obviamente no cumpliría las reglas del debido proceso.

Einen Anderen vorsätzlich zu töten, stellt die schwerwiegendste Verhaltensform dar, mit der sich das Strafrecht beschäftigen kann. Eigentlich ist selbst die Möglichkeit, eine solche Tat zu rechtfertigen, von der Strafrechtslehre drastisch eingeschränkt worden. Allerdings verstößt der Kombattant, der – in Zeit bewaffneter Konflikte – einen Kombattant der anderen Seite vorsätzlich tötet, prima facie nicht gegen das humanitäre Völkerrecht (d. h. das Völkerrecht der bewaffneten Konflikte). Dies bedeutet: (i) dass die gezielte Tötungen von Kombattanten der anderen Seite erlaubt sind, vorausgesetzt, dass sie die Regeln und Prinzipien des humanitären Völkerrechts erfüllen: militärische Erforderlichkeit, Humanität, Differenzierung und Verhältnismäßigkeit; und (ii) dass die Zivilisten nicht unmittelbar angegriffen werden dürfen, außer wenn sie „an den Feindseligkeiten unmittelbar teilnehmen“. Auch wenn es sich bei den Terroristen um Zivilisten handelt, werden sie ebenso wie die Kombattanten der anderen Seite als Angriffsziel betrachtet (dies erklärt, dass die USA und Israel Terroristen als illegale „Kombattanten“ bzw. „Kriegsführende“ bezeichnen). Jedoch dürfen Terroristen ferner als Verbrecher festgenommen und beurteilt werden (hier wird bei den Terroristen das „illegale“ hervorgehoben). Einerseits möchten einige Autoren die selektiven Tötungen von Terroristen auf der Grundlage der Regeln der selektiven Tötungen des humanitären Völkerrechts rechtfertigen; andererseits lassen sich Ansätze finden, die eine Rechtfertigung auf der Basis der Staatsnotwehr formulieren. Jedoch lässt sich in Frage stellen, ob hier eine echte Staatsnotwehr oder eher eine bestrafende Reaktion (bellum punitivum) vorläge, die dann die Regeln des gebotenen Verfahrens offenbar nicht erfüllen würde.

Intentionally killing a human being is the most serious kind of behaviour criminal law can deal with. Indeed, the very possibility of justifying such an offence has been dramatically restricted by the criminal law doctrine. But a combatant who intentionally kills an enemy combatant during warfare does not prima facie violate international humanitarian law (i.e. international law of armed conflicts). This implies: (i) that targeted killings of enemy combatants are permitted as long as they comply with the rules and principles of international humanitarian law: military necessity, humanity, distinction and proportionality; and (ii) that

civilians cannot be directly attacked, unless they take “direct part in hostilities”. Although they are civilians, terrorists are considered targets in the same terms as enemy combatants (which explains their classification by the United States and Israel as unlawful ‘combatants’ or ‘belligerents’). But they can also be arrested and judged as criminals (here is their ‘unlawful’ status to be stressed). Some voices have tried to justify the targeted killings of terrorists on the rules of targeted killings according to international humanitarian law, on the one hand, and on the state’s self-defence concept, on the other hand. But it is debatable whether it would be a genuine state’s self-defence or just a punitive reaction (bellum punitivum) obviously lacking any due process.

Titel: Gezielte Tötungen bei dem Strafkrieg gegen Terrorismus.

Title: Targeted Killings in the Punitive War Against Terrorism.

Palabras clave: asesinatos selectivos, daños colaterales, guerra punitiva, legítima defensa, estado de necesidad.

Stichworte: gezielte Tötungen, Kollateralschäden, Strafkrieg, Notwehr, Notstand.

Keywords: targeted killings, collateral damages, punitive war, self-defence, state of necessity.

Sumario

- 1. Paz**
- 2. Guerra y Derecho internacional humanitario**
 - 2.1. Matar a combatientes**
 - 2.2. La afectación de población civil: civiles que toman parte directa en las hostilidades, escudos humanos, otros civiles**
- 3. Peculiaridades de la guerra contra el terrorismo como “guerra”**
- 4. Legítima defensa o castigo preventivo: la *war on terror* como guerra punitiva**
- 5. Guerra al terror y estado de necesidad**
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

1. Paz

Matar dolosamente a otro es el hecho más grave del que puede ocuparse el sistema del Derecho penal. Ello se observa en la dificultad que ha tenido históricamente la doctrina —desde SAN AGUSTÍN hasta SANTO TOMÁS y KANT— para fundamentar la justificación de tal conducta. La gravedad del comportamiento es todavía mayor cuando la muerte dolosa de una persona tiene lugar a manos de un funcionario público (policía, militar) por la lesión adicional de un deber de garante institucional que puede considerarse concurrente. En el Derecho internacional de los derechos humanos se advierte cómo únicamente la legítima defensa y ciertos casos de cumplimiento de un deber por parte de funcionarios públicos (ejecución de la pena de muerte¹, producción de la muerte en el intento de detención del delincuente, o en el intento de persecución

¹ Abolida por el Protocolo adicional 13º de la CEDH de 3 de mayo de 2002.

del recluso huido, o en la represión de motines) pueden contemplarse como situaciones justificantes del homicidio doloso. Y ello, siempre que concurren los requisitos precisos (Art. 6 PIDCP, Art. 2 CEDH). Pero incluso una regulación así puede resultar discutida por buena parte de la dogmática del Derecho penal. En efecto, amplios sectores doctrinales no consideran justificable el “tirar a matar” (*Todeschuss, shoot-to-kill*) de las fuerzas policiales con base en meras consideraciones de legítima defensa del funcionario o de un tercero, ni tampoco como mecanismo de detención de delincuentes o penados.² En general, se entiende que estos casos encuentran su ubicación sistemática en la causa de justificación de cumplimiento de un deber, que se encuentra intensamente vinculada al principio de necesidad y de proporcionalidad en su dimensión concreta. Por ello, sólo podrían permitirse los casos de culpa consciente o — más excepcionalmente — de dolo eventual con respecto a la muerte del agresor, delincuente o recluso huido, pero no los de dolo directo (ni de primero ni de segundo grado).³

2. Guerra y Derecho internacional humanitario

2.1. Matar a combatientes

Frente a lo anterior, un combatiente que mata con dolo directo de primer grado a un combatiente enemigo en tiempos de guerra realiza una conducta permitida en el marco del Derecho internacional humanitario (o Derecho internacional de los conflictos armados).⁴ Para la puesta en práctica de este criterio rector es determinante la aplicación del *principio de distinción*, en cuya virtud se trata de separar a quien es un combatiente de quien no lo es.⁵ La aplicación del permiso para matar (incluso del deber de hacerlo) requiere que un combatiente (*combatant*) — militar, miliciano o voluntario que porten en todo caso un signo distintivo — mate — de modo adecuado al Derecho internacional Humanitario (*ius in bello*) — a un combatiente enemigo.

La cuestión es qué ubicación sistemática tiene esa situación en la teoría del delito.⁶ Podría afirmarse que esa muerte no es siquiera desaprobada *prima facie* por el Derecho. Esto es, que la conducta que causa la muerte constituye un riesgo general de la vida del combatiente en guerra, que es “sectorial y situacionalmente adecuada” (y, por lo tanto, atípica).⁷ En todo caso, si ello se rechazara, habría

² LÖFFELMANN, «Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?», *JR*, 2013, p. 504. Además, “Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials”, OHCHR, 27 de agosto a 7 de septiembre, 1990, § 9.

³ El caso del dolo de consecuencias necesarias es objeto de debate: Por ejemplo, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, t. II, 12ª ed., 2006, nm. 250, 251; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Sch/Schr*, 28ª ed., 2010, nm. 15.

⁴ “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions”, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, § 58. No está claro si se halla permitida asimismo por el Derecho internacional humanitario. Una opinión en OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 195. Desde luego, no están permitidos los ataques a las personas protegidas: los heridos, los enfermos, los prisioneros, los naufragos y los civiles que no participan directamente en las hostilidades, el personal médico y religioso, los voluntarios de sociedades de socorro y los miembros de organismos de protección civil.

⁵ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 221 ss.

⁶ Till ZIMMERMANN, «Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8 - 12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB», *GA*, 2010, p. 512.

⁷ Contra este punto de vista, Till ZIMMERMANN, *GA*, 2010, p. 510; ESER, «Rechtmäßige Tötungen im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus», *FS-Schöch*, 2010, p. 474; ESER, «Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht», *FS-Wahl*, 2011, p. 666.

que aceptar que la causación dolosa de la muerte del enemigo, aun típica, estaría justificada por el ejercicio de los derechos conferidos por los tratados internacionales o incluso por la costumbre internacional (*ius in bello*).⁸ En mi opinión nos hallamos incluso ante la causa de justificación de cumplimiento de un deber.⁹ Naturalmente, tal calificación no obsta a que un combatiente pueda reaccionar lícitamente contra la conducta de quien le ataca a él o a un tercero. Pero para ello no es necesario recurrir a la legítima defensa frente a una conducta justificada –cuya configuración resultaría sistemáticamente difícil–. La aplicación del *ius in bello* (que todavía evoca en cierta medida la “ley del más fuerte”) es suficiente.

La irrelevancia penal de los homicidios dolosos conforme al Derecho internacional humanitario determina, por lo demás, que no sea lícito juzgar ni condenar a un combatiente detenido (prisionero de guerra) en el marco de un conflicto armado internacional que –sin vulnerar el Derecho internacional humanitario– haya matado presuntamente a combatientes enemigos.

Ciertamente es posible mantener retenido indefinidamente a ese combatiente. Pero ello debe tener lugar en los términos de una especie de medida de seguridad (neutralización de peligro –*Gefahrenabwehr*–). Esto es, sin que esa retención tenga contenido de desvalor (deshonra) ni reproche alguno; como es común decir en el Derecho de los conflictos armados, “al enemigo se lo honra, y se lo destruye”.¹⁰ Y, finalizadas de forma definitiva las hostilidades, debe ser puesto en libertad.¹¹

Lo anterior significa también que, en el marco del Derecho internacional humanitario, están permitidas las conductas de *targeted killing* (asesinato selectivo) que se atienen a sus reglas.¹² Basta con que se trate de conductas realizadas por un combatiente contra un determinado objetivo personal enemigo,¹³ seleccionado por las razones de estrategia militar que sea, aunque el objetivo se encuentre en retaguardia y pese a que las hostilidades no se encuentren en un período especialmente activo (naturalmente, siempre que no se haya declarado una tregua). El problema es, aquí, la observancia de los principios que, en la tradición del Derecho internacional consuetudinario, rigen la permisión de los *targeted killings*: necesidad militar, humanidad, distinción y proporcionalidad.¹⁴

⁸ SCHWENK, «Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung», *FS-Lange*, 1976, pp. 97 ss.; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *BT I*, 9ª ed., 2003, § 2, nm. 12 ss.; Till ZIMMERMANN, *GA*, 2010, p. 511; ESER, *FS-Schöch*, 2010, pp. 475-476; LADIGES, «Erlaubte Tötungen», *JuS*, 2011, p. 883 (*Blankettrechtfertigungsgrund*); ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 43.

⁹ Sin embargo, otro sector de la doctrina se refiere a la situación como legítima defensa propia o de tercero: así KÜHNE, «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren (targeted killings) - Ein Problemaufriss», *FS-Kühl*, 2014, p. 803.

¹⁰ ROELLECKE, citado por PAWLIK, «El terrorista y su Derecho» (trad. López Barja de Quiroga), en PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 169.

¹¹ Queda aparte, obviamente, el caso de comisión de crímenes de guerra.

¹² Resumiéndolas: OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 262-263.

¹³ Excluyéndose los casos en que se traiciona la confianza (*perfidy*): OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 249 ss.

¹⁴ Cfr. los diversos trabajos contenidos en FINKELSTEIN *et al.* (eds.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, 2012. Vid. asimismo ZOLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009.

El ataque contra un objetivo militar específico, seleccionado de modo previo, no puede ser indiscriminado, pues ello violaría el principio de proporcionalidad. A fin de respetar este principio, el objetivo militar debe revestir cierta importancia para el desarrollo de las hostilidades y las víctimas civiles no tienen que ser excesivas. Sin embargo, la determinación de lo que puede considerarse excesivo depende de la casuística, de una genérica apelación a la adopción de ciertas precauciones¹⁵ y a la – por definición, insegura – referencia a una perspectiva *ex post*.¹⁶ Como se puede observar, ello no tiene nada que ver con la rigidez garantista de la estructura del estado de necesidad agresivo propia del sistema de la teoría del delito.

2.2. La afectación de población civil: civiles que toman parte directa en las hostilidades, escudos humanos, otros civiles

Como se advierte, resulta particularmente relevante la consideración de la posible incidencia indirecta del asesinato selectivo de un combatiente enemigo sobre la población civil (este es el problema de los denominados “daños colaterales”). En efecto, los civiles no pueden ser atacados directamente, salvo que tomen parte directa en las hostilidades (“*civilians taking direct part in hostilities*”).¹⁷ Esta noción de “tomar parte directa” puede llegar a ampliarse más allá del comienzo de la tentativa (es decir, hasta la realización de actos preparatorios), pero en general se niega que pueda prolongarse más allá del momento en que el hecho hostil concreto ha finalizado.¹⁸ Expresado de otro modo, en general se tiende a rechazar la idea de civiles que toman parte permanentemente en las hostilidades. Más adelante se verá cómo las cosas cambian cuando se trata de analizar el caso del terrorismo.

¹⁵ Cfr. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (tratado de 8 de junio de 1977), art. 57 - Precauciones en el ataque:

“1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones :

a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:

i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;

ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;

iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil”.

¹⁶ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 316 ss.

¹⁷ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 267, 272 ss., en resumen, pp. 303-304.

¹⁸ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 303.

En el resto de los casos, los civiles no pueden ser objeto de ataques indiscriminados. Esto significa que no está permitido dirigir contra ellos ataques con dolo directo de primer grado, ni tampoco con dolo directo de segundo grado.¹⁹ Resulta discutible para la doctrina del Derecho de los conflictos armados si puede afirmarse que se han seguido las exigencias del principio de distinción cuando existe dolo eventual con respecto a la muerte de aquéllos. La concurrencia de dolo eventual se excluye tan pronto como se constata que el atacante ha adoptado efectivamente precauciones para evitar su muerte.²⁰

Un caso particular es el de los civiles que actúan como escudos humanos de los combatientes enemigos. Algunas opiniones entienden que los civiles que voluntariamente se prestan a actuar como escudos humanos son objetivo legítimo de ataques, pues ello supone tomar parte directa en las hostilidades.²¹ Por mi parte, considero que esto es correcto si atendemos a los criterios de la teoría general de la participación en el delito. Sin embargo, adoptando la premisa de que tal determinación autorresponsable no implica una actuación hostil frente al enemigo, otra opinión considera que deben someterse a la regla general sobre efectos colaterales. Esta propuesta resulta sin embargo problemática, en la medida en que se trata de civiles a quienes el atacante mata con dolo directo de segundo grado; algo que no debería ser permitido de conformidad con la misma opinión doctrinal. Sólo la sustentación de la tesis de que esta es una forma de participación directa en las hostilidades permitiría una solución tan laxa, que equipara prácticamente a los combatientes y a sus escudos humanos voluntarios.²² Otro problema es, por lo demás, la interpretación de la expresión “voluntariamente”. Si el escudo humano acepta serlo a sabiendas y asumiendo las consecuencias que ello conlleva de modo seguro o altamente probable parece razonable la equiparación. En cambio la aceptación de la condición de escudo humano con una representación análoga a la del dolo eventual resulta, de nuevo, problemática.

Si los escudos humanos no lo son en virtud de una determinación autorresponsable, sino de una imposición coactiva de la fuerza combatiente enemiga²³, o si la condición de escudo humano es el resultado de una conducta imprudente del individuo en cuestión o resulta casual, nos encontramos

¹⁹ Diferente, OHLIN, «Targeting and the Concept of Intent», *Michigan Journal of International Law*, (35), 2013, pp. 79 ss. Este autor, desde una visión radical de la doctrina del doble efecto, entiende que sólo serían punibles los daños colaterales representados por las muertes de civiles producidas con dolo directo de primer grado (que además tiende a asociar con el propósito o móvil de la acción), quedando fuera las producidas con dolo directo de segundo grado (que llama *dolus indirectus*) y dolo eventual.

²⁰ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 305-306, 319-320. De algún modo, esto recogería la idea de Armin KAUFMANN de que no hay dolo eventual cuando el agente ha efectuado una manifestación objetiva de su voluntad de evitación.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Israel en el caso *The Public Committee against Torture in Israel et al. vs. The Government of Israel et al.*, de 11 de diciembre de 2005, nm. 36.

²² Cfr. el debate en OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, quien se inclina por la segunda opinión (pp. 286-287).

²³ Protocolo I, artículo 58 - Precauciones contra los efectos de los ataques:

“Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;

b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;

c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control”.

propiamente ante una situación análoga a la de “efecto colateral”. La diferencia entre ambos radicaría en que quien utiliza a civiles como escudo humano de forma coactiva comete, además, un crimen de guerra. En cierto modo, es tanto o más responsable de su muerte que quien los mata.

Resulta bastante difícil construir una causa de justificación para los casos de producción de daños colaterales basada en consideraciones de “necesidad”. Esto es cierto para los casos en los que la producción de daños personales colaterales tiene lugar a sabiendas o con dolo eventual. Ciertamente, sea cual sea la necesidad militar, la producción de la muerte de civiles inocentes no puede ser considerada un efecto colateral proporcionado.²⁴ Por tanto, si las muertes colaterales de personas inocentes han de ser aceptadas en determinadas condiciones, ello es porque, de otro modo, la guerra en sí tendría que ser prohibida – una aspiración imposible de momento –. Dicha aceptación, por tanto, debe ser concebida como una “*non-ideal theory*” en el sentido de RAWLS.²⁵

Un caso evidente de utilización de escudos humanos de modo coactivo se produce cuando se secuestra un avión con el fin de cometer un atentado terrorista mediante el impacto del aparato contra un objetivo militar o civil. En este caso, un sector de la doctrina del Derecho penal considera justificado el derribo del avión, pese a conllevar la muerte con dolo directo de segundo grado de tripulantes y pasajeros. Para ello se sirve de una concepción consecuencialista del estado de necesidad.²⁶ De este modo, esta doctrina del Derecho penal parece ir paradójicamente más lejos que el Derecho internacional humanitario, pese a que éste siempre ha sido considerado como una “excepción más tolerante”. En efecto, la doctrina del Derecho penal humanitario en materia de daños colaterales se ha construido sobre la base de la teoría escolástica del doble efecto y, con ello, excluyendo el dolo directo de segundo grado (llamado dolo indirecto) con respecto al efecto no pretendido.²⁷

3. Peculiaridades de la guerra contra el terrorismo como “guerra”

Aunque la “*war on terror*” ya hubiera sido declarada antes por los Estados Unidos, hasta 2001 no existían dudas acerca de la consideración de los terroristas como delincuentes comunes sometidos al Derecho penal de cada Estado.²⁸ Sin embargo, con posterioridad a esa fecha los cambios se

²⁴ Reinhard MERKEL, «Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, 2012, pp. 1140, 1142.

Un punto de vista diferente, basado en la doctrina del doble efecto, en GARCÍA-HUIDOBRO/MIRANDA, «Schutz der Luftsicherheit gegen terroristische Angriffe?», *Rechtstheorie*, (44), 2013, pp. 489 ss.; MAIHOLD, «Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg», *Ancilla Iuris*, 2007, pp. 1 ss. De acuerdo con este punto de vista, la producción de la muerte de un inocente a sabiendas puede estar justificada si es necesaria para el bien común.

Vid. el punto de vista exactamente opuesto, basado en una perspectiva individualista, en Till ZIMMERMANN, «Erwiderung. Nochmals: Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, 2014, pp. 388 ss.

²⁵ Reinhard MERKEL, *JZ*, 2012, pp. 1143, 1144.

²⁶ Contra el punto de vista utilitarista, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 50 ss., estableciendo que no existe un deber de auto-sacrificio en beneficio de otros.

²⁷ Aunque existe un debate continuo sobre este punto.

²⁸ Till ZIMMERMANN, GA, 2010, p. 521: “*Der Freischärler, Terrorist, usw. ist Verbrecher, nicht Kriegsgegner. Er ist daher im Fall seiner Ergreifung nur als ‚gewöhnlichen‘ Straftäter zu behandeln und zu verfolgen*”. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 342; CORN, «Triggering the Law of Armed Conflict?», en EL MISMO et al. (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2^a ed., 2015, p. 36: “*an exercise of law enforcement authority*”. En el mismo sentido, “*Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*”, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, § 46. Este punto de vista se mantiene todavía en CORACINI, «Targeted

produjeron muy rápidamente.²⁹ Por un lado, se pretendió introducir los ataques terroristas en el ámbito de los conflictos armados.³⁰ En realidad, el fenómeno terrorista puede presentarse en el contexto de un conflicto armado internacional, en el contexto de un conflicto armado no internacional y, en fin, fuera del contexto de cualquier conflicto armado.³¹

En los dos primeros grupos de casos, el terrorista puede ser obviamente un objetivo legítimo de acciones de combate en la medida en que pueda considerarse que como civil –condición que no pierde por el hecho de realizar acciones terroristas– toma parte directa en las hostilidades.³² Lo que ocurre es que, por lo mismo, cabe discutir cuándo empieza y cuándo termina (si es que termina) tal participación directa en las hostilidades.³³ Por lo demás, tan pronto como se encuentre en la situación de *hors de combat* (por heridas o detención) goza de la protección del Derecho internacional humanitario.³⁴ A saber, la reclusión inocuizadora pero honrosa y, si no se le considera criminal de guerra, la puesta en libertad al final de las hostilidades.

En el tercer grupo de casos, el terrorista está sujeto a las reglas del Derecho penal del Estado y del Derecho internacional de los derechos humanos.³⁵ La lucha contra el terrorismo, que algunos estados han denominado “guerra al terror”, requiere por tanto consideraciones diferenciadas. Aparentemente no era eso lo pretendido. Se pretendía que los terroristas fueran “objetivos” en los mismos términos que los combatientes enemigos (de ahí su calificación por Estados Unidos e Israel

Killings of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?», en MANACORDA *et al.* (eds.), *El Derecho penal entre la guerra y la paz*, 2009, pp. 387 ss.

²⁹ Ciertamente, los ataques de 2001 fueron más que un delito: al igual que en otros ataques terroristas producidos hasta la fecha, expresaban un ataque contra los valores político-culturales de occidente. Cfr. Este punto de vista en STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, 2015, p. 412, quien no obstante señala que la reacción debe hallarse dentro de la ley y no en una excepción a ésta –ley de excepción– (p. 429).

³⁰ “[W]e are at war with a stateless enemy”: así, el General E. Holder, citado por CORN, en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, p. 42. Sobre la posición de la *International Law Association*, que rechaza que en el caso del terrorismo internacional se trate de un conflicto armado en términos jurídicos, cfr. CORN, en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, pp. 66 ss.; sobre la persistente posición del presidente Obama en el sentido de que sí lo es, p. 70. Todo ello se ha producido buscando la mayor flexibilidad y protección en cuanto a la causación de muerte de terceros que genera el Derecho internacional humanitario, con respecto al Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno: así, “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions”, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, § 47. Esta es la posición de la Corte Suprema de Israel en su sentencia sobre el caso *The Public Committee against Torture in Israel et al. vs. The Government of Israel et al.*, de 11 de diciembre de 2005 (nm. 21).

³¹ Similar, Andreas ZIMMERMANN, «Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen: Menschenrechtsschutz versus Terrorismusbekämpfung?», *MRM*, (2), 2013, pp. 96-97.

³² La cuestión más discutida es la relativa al ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario en los casos de conflicto armado no internacional: Andreas ZIMMERMANN, *MRM*, (2), 2013, 97-98. Es decir, si su vigencia se reduce al contexto espacio-temporal del conflicto armado o, en la línea sostenida por los Estados Unidos, pasa a extenderse a otras regiones, lo que desplaza al Derecho penal de los derechos humanos y convierte al Derecho internacional humanitario en un Derecho de regla y no de excepción.

³³ Sobre el debate, JENSEN, «Targeting Persons and Property», en CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, pp. 79 ss. La idea que sostienen los Estados Unidos es que el civil que pasa a formar parte de una organización terrorista es permanentemente “targetable” hasta que no renuncie a la condición de miembro.

³⁴ Así, indicando lo dudoso que sería que Ben Laden fuera un combatiente y que, si lo fuera, estaría *hors de combat*, AMBOS/ALKATOUT, «Has ‘Justice been done’? The Legality of Bin Laden’s Killing under International Law», *Israel Law Review*, (45-2), 2012, pp. 364 ss.

³⁵ LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 505, considera que el trazado de una distinción clara resulta prácticamente imposible y propone, al menos en determinados casos, una interpretación del Derecho internacional humanitario conforme al Derecho internacional de los derechos humanos.

como combatientes o beligerantes ilegales); pero que, asimismo, se los pudiera detener y juzgar como delincuentes (aquí se destacaría su condición de “ilegales”); e incluso que cupiera calificar como terroristas conductas que, conforme al Derecho de los conflictos armados, serían legítimas.³⁶ En suma, parece que en la guerra contra el terrorismo todo conducía a que, al menos ciertos Estados, pretendieran integrar lo “mejor de los dos mundos” (el del Derecho penal en sentido estricto y el del Derecho internacional humanitario).³⁷ Lo que no parece fácil de aceptar.³⁸

En relación con los casos de conflictos armados parece claro de entrada que las causaciones de muertes producidas por los terroristas en general no respetarán las leyes del Derecho internacional humanitario. Por eso, es común que en el lenguaje propio de la “guerra al terror”, se les califique de combatientes o beligerantes ilegales. Por la misma razón, es asimismo frecuente que la guerra contra el terrorismo sea calificada de “guerra asimétrica”; pues en los casos de conflictos armados no internacionales una de las partes, desde luego, no puede ser identificada con un Estado, ni con una fuerza combatiente de éste, ni ha declarado formal o concluyentemente una guerra, ni tampoco se espera de todos sus integrantes que cumplan con las reglas del Derecho internacional humanitario. En consecuencia, el sujeto que, en el marco de un conflicto armado no internacional, coloca una bomba en un aeropuerto o en una estación ferroviaria comete cuantos delitos de homicidios y lesiones puedan determinarse. Ello trae causa del hecho de que el ataque terrorista recaiga con dolo directo de primer grado sobre población civil, contraviniendo los tres principios del Derecho internacional humanitario en materia de afectación de civiles no combatientes. Coherentemente, su conducta debería calificarse como crimen de guerra y enjuiciarse así al final del conflicto.

Pero cabría preguntarse si deberían calificarse del mismo modo los ataques del mismo sujeto “circunstancialmente terrorista” sobre objetivos específicamente militares en el Estado enemigo. Dicho de otro modo: en un marco abiertamente calificado como de conflicto armado no internacional ¿sería posible admitir conductas lícitas de asesinato selectivo llevadas a cabo por miembros de la parte no estatal sobre objetivos militares del Estado enemigo?

Parece que la respuesta intuitiva a esta pregunta sería negativa. Pero ello pone de relieve un dato importante. Ni siquiera los defensores del uso lingüístico “guerra al terror” para los casos de conflictos armados no internacionales en los que se dan ataques terroristas asumen consecuentemente la afirmación de que el enfrentamiento con el terrorismo sea realmente una guerra (ni siquiera contra el terrorismo en el marco de un conflicto armado internacional). Si así fuera, ciertamente podría partirse de que, por regla general, los ataques terroristas no respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario. Pero debería admitirse la posibilidad remota de que en algún caso un acto “terrorista” sí se atuviera a tales principios y pudiera, entonces, reputarse lícito.³⁹

³⁶ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, pp. 340 ss.

³⁷ Críticos, OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 345; Till ZIMMERMANN, *GA*, 2010, p. 522.

³⁸ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 490.

³⁹ Por eso, aunque Andreas ZIMMERMANN, *MRM*, (2), 2013, p. 102, señale que los Estados Unidos propugnan un desbordamiento del Derecho internacional humanitario en la lucha contra los agentes violentos no estatales, sería

En realidad, la “guerra al terror” en el marco de conflictos armados dista de cumplir los requisitos del Derecho internacional humanitario por más razones. Por un lado, es cierto que quienes realizan actos terroristas no pueden ser calificados sin más como combatientes enemigos, aunque sí probablemente como civiles implicados directamente en hostilidades (civiles combatientes). Por otro lado, los Estados no sólo llevan a cabo la guerra contra el terror a través de sus fuerzas militares, sino también a través de sus agencias de inteligencia (civiles) y a través de la policía, lo que evoca más la persecución de ilícitos penales comunes que la realización de actos de guerra. En tercer lugar, el sujeto sospechoso de haber realizado actos terroristas que es detenido no goza en absoluto del estatuto privilegiado del enemigo prisionero.⁴⁰ Por eso, su detención y consiguiente prisión preventiva sí tiene el contenido de desvalor y reproche (indiciarios) propios de la prisión común y está encaminada a posibilitar su posterior enjuiciamiento y sanción penal. Todo parece indicar, además, que ese enjuiciamiento y sanción tendrían lugar conforme al Derecho interno del Estado concretamente afectado y no precisamente conforme a la jurisdicción competente en materia de crímenes de guerra.

Así las cosas, no cabe duda de que el tratamiento de los diversos aspectos implicados en la “guerra al terror” mantiene algunos elementos propios del Derecho de los conflictos armados. Pero que otros elementos lo son, claramente, del Derecho penal común. Por eso, no parece estar resuelta la disyuntiva entre el tratamiento del terrorista como delincuente común y su tratamiento como enemigo combatiente y, además, en la medida en que actúe ilegalmente, como criminal de guerra. En realidad, sólo desde la perspectiva que considerara al terrorista como un combatiente de verdad (bien legal, bien ilegal) se haría posible el empleo contra él de mecanismos propios de los conflictos armados, como son los asesinatos selectivos.

Si no existe un conflicto armado, el Derecho penal común – al igual que el Derecho internacional de los derechos humanos en tiempos de paz – no tiene otra opción que la de contemplar los asesinatos selectivos de terroristas como “guerra sucia” del Estado.⁴¹ El Estado sólo puede intervenir para la prevención de peligros o la persecución de delincuentes (*law enforcement*).⁴² Por lo tanto, el asesinato selectivo es una conducta penalmente típica,⁴³ que sólo cabría justificar en los estrechos límites de la legítima defensa de las personas *ex ante* amenazadas (por tanto, a reserva de lo que luego se dirá, ni de la sociedad, ni del Estado).

necesario conocer cuál es la posición norteamericana con respecto a los asesinatos selectivos de los que fuera sujeto pasivo.

⁴⁰ Como señala Andreas ZIMMERMANN, *MIRM*, (2), 2013, p. 102, no se los considera ni civiles ni prisioneros de guerra. Aunque por mi parte añadiría que la tendencia va a ser en todo caso la de considerarlos como civiles.

⁴¹ Al respecto puede verse el documental del periodista Jeremy Scahill, “Dirty Wars” (<http://www.imdb.com/title/tt2532528/>).

⁴² LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 497. Cfr. también RUDOLF/SCHALLER, «“Targeted Killing”. Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötungen in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung», *SWP-Studie*, 2012.

⁴³ LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 500: asesinato, refiriéndose en particular al caso del recurso a drones.

4. Legítima defensa⁴⁴ o castigo preventivo: la war on terror como guerra punitiva⁴⁵

La disyuntiva acerca de cómo justificar los asesinatos selectivos de terroristas no está resuelta en absoluto. Ello lo muestra el hecho de que se traten de justificar, por un lado, desde la perspectiva de las reglas sobre asesinatos selectivos del Derecho internacional humanitario; y, por otro lado, a través de la institución de la legítima defensa del Estado.⁴⁶ En efecto, los asesinatos selectivos *tout court* están prohibidos por el Derecho internacional de los derechos humanos; e igualmente lo está la muerte de civiles como efectos colaterales.⁴⁷ Pero podrían estar justificados si concurriera una situación de legítima defensa.⁴⁸

Ahora bien, el recurso a la legítima defensa como vía de justificación resulta significativamente difícil, hasta el punto de que redundaría en su total desnaturalización. Ello, no tanto porque la supuesta legítima defensa sea llevada a cabo por personal no militar (servicios secretos policiales o de inteligencia).⁴⁹ Pues si bien esto vetaría la legítima defensa del Derecho internacional humanitario, podría no tener tal efecto sobre la legítima defensa del Derecho penal común. Los elementos de la desnaturalización son, en cambio, los siguientes:

⁴⁴ CORN, «Self-Defense Targeting: Blurring the Line between the Jus Ad Bellum and the Jus in Bello», *International Law Studies*, (88), 2012, pp. 57 ss.

⁴⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, § 57: “Das Recht im Kriege ist gerade das im Völkerrecht, wobei die meiste Schwierigkeit ist, um sich auch nur einen Begriff davon zu machen, und ein Gesetz in diesem gesetzlosen Zustande zu denken (inter arma silent leges), ohne sich selbst zu widersprechen; es müßte denn dasjenige sein: den Krieg nach solchen Grundsätzen zu führen, nach welchen es immer noch möglich bleibt, aus jenem Naturzustande der Staaten (im äußeren Verhältnis gegen einander) herauszugehen, und in einen rechtlichen zu treten.

Kein Krieg unabhängiger Staaten gegen einander kann ein Strafkrieg (bellum punitivum) sein, denn Strafe findet nur im Verhältnisse eines Obern (imperantis) gegen den Unterworfenen (subditum) statt, welches Verhältnis nicht das der Staaten gegen einander ist, aber auch weder ein Ausrottungs- (bellum internecinum) noch Unterjochungskrieg (bellum subiugatorium), der eine moralische Vertilgung eines Staats (dessen Volk nun mit dem des Überwinders entweder in eine Masse verschmelzt, oder in Knechtschaft verfällt) sein würde“.

⁴⁶ PAUST, «Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense», *Albany Govt. L. Rev.*, (8), 2015, pp. 166 ss., quien significativamente distingue entre “el paradigma del Derecho de la guerra” (pp. 167 ss.), “el paradigma de la legítima defensa” (pp. 171 ss.) y “el paradigma de la persecución del delito” (pp. 197 ss.). La mezcla del paradigma de las leyes de la guerra y de la legítima defensa se observa con claridad en JENSEN, en CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, pp. 92 ss.

⁴⁷ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 200.

⁴⁸ KÜHNE, *FS-Kühl*, 2014, p. 805, refiriéndose al Art. 51 de la Carta de la ONU (*ius ad bellum*): “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security”. Todo parece indicar que este artículo ha sido extendido hasta cubrir los ataques terroristas: MURSWIEK, «Die amerikanische Präventivkriegstrategie und das Völkerrecht», *NJW*, 2003, p. 1016.

⁴⁹ LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 501. Otro problema viene dado por el hecho de que los ataques contra “agentes no estatales” podrían violar la soberanía de terceros estados afectados. Esta violación, sin embargo, se excluye usualmente cuando el estado afectado no es capaz o no está dispuesto a controlar al “agente no estatal” que opera desde su territorio: SCHARF, «How the War Against ISIS Changed International Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, (48), 2016, pp. 1 ss. Otro punto de vista en PADDEU, «Use of Force Against Non-State Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence», *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 26/2016*, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=2788515>.

En primer lugar, se desactiva el requisito de actualidad o inminencia de la agresión y se trata de ampliarlo para posibilitar actuaciones de legítima defensa no sólo “*interceptive*”, sino también anticipada (*anticipatory, pre-emptive self-defence*).⁵⁰ Ésta sólo se convertiría en ilícita para la doctrina mayoritaria cuando fuera “*preventive*” en el sentido norteamericano del término, en definitiva, agresiva en sí.⁵¹ Parece claro que en los casos de asesinatos selectivos no se puede hablar de agresión actual ni inminente. Por eso, el concepto de agresión se extiende a la realización de actos preparatorios, por distantes que éstos puedan hallarse del comienzo de una tentativa.⁵² Esta dinámica acaba por pretender legitimar conductas contra terroristas en los mismos términos que si se tratara de combatientes en conflictos armados;⁵³ o, en otros términos, conductas de pura retorsión. En realidad, el lenguaje utilizado es explícitamente el de la retorsión o la represalia.⁵⁴

En segundo lugar, la desnaturalización tiene lugar porque se prescinde de la constatación de quién es el agredido/defendido en sí. Resulta imposible determinar la persona o conjunto de personas en riesgo de ser agredidas (¡por actos preparatorios!). Se trataría de un grupo indeterminado en términos espacio-temporales y configurado además en términos alternativo-acumulativos: una ecuación imposible. Por ello, no hay más remedio que considerar las agresiones pasadas (ya finalizadas) a las personas que fueran afectadas en su día, a la sociedad en su conjunto y, en fin, al Estado. Sin embargo, esta no es la lógica de la legítima defensa, sino la del castigo.

Ello puede ratificarse con cierta claridad si se advierte el dato adicional de que la doctrina plantea también objeciones procedimentales al método de los asesinatos selectivos. Así, por ejemplo, relativas al proceso en cuya virtud alguien es definido como “objetivo”, así como a las garantías de que no se produzcan errores en tal proceso de selección por el poder ejecutivo del Estado en cuestión.⁵⁵ Algunos reclaman incluso una “revisión judicial” del proceso de selección.⁵⁶ Pero la preocupación por si la persona ha sido bien seleccionada pone de relieve cuán lejos se hallan los asesinatos selectivos militares de los asesinatos selectivos de terroristas. En efecto, en estos últimos el tema ya no es sólo si se afecta o no a civiles, sino si —dentro de los terroristas— se está “castigando” a quien corresponde o no.⁵⁷ En un marco de conflicto armado ordinario, ello sería

⁵⁰ Cfr. MURSWIEK, *NJW*, 2003, pp. 1016, 1017.

⁵¹ MURSWIEK, *NJW*, 2003, p. 1018, citando al presidente Bush: “*we cannot let our enemies strike first*” or “*our best defence is a good offense*”.

⁵² En muchos casos, lo más que se puede constatar es la realización de actos de planificación o preparación, que no constituyen “*eine gegenwärtige Gefahr für ein höchstrangiges Rechtsgut*”: LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 504.

⁵³ OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 91.

⁵⁴ “*In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defense, United States armed forces have initiated actions to prevent and deter further attacks on the United States: These actions include measures against Al-Qaeda terrorist training camp and military installations of the Taliban Regime in Afghanistan*”, fragmento de la carta remitida por J. Negroponte, representante de USA en la ONU, al Secretario del Consejo de seguridad, citado por CORN, «Legal Bases for the Use of Armed Force», en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, p. 11.

⁵⁵ ALSTON, «The CIA and Targeted Killings Beyond Borders», *Harvard National Security Journal*, (2), 2011, p. 283.

⁵⁶ También KÜHNE, *FS-Kühl*, 2014, pp. 808-810, atribuyendo, a mi juicio, una relevancia excesiva al hecho de que no se respete la división de poderes ni la preeminencia del poder judicial. En efecto, la intervención previa del poder judicial no cambia, a mi juicio, sustancialmente las cosas, salvo que sea para eliminar la propia institución de los asesinatos selectivos y optar por la vía de la detención y puesta a disposición del detenido ante el propio poder judicial para ser juzgado.

⁵⁷ De hecho, para ALSTON y HEYNS la preocupación fundamental es que en este ámbito nos hallemos ante el socavamiento de la prohibición de “asesinatos extrajudiciales”, así como de violaciones de la soberanía de terceros

indiferente con tal de que el asesinato selectivo recayera sobre un militar u otro (pues cualquiera de ellos constituye *ab initio* de la guerra un “objetivo”).

Todo parece indicar que el estado de guerra se invoca a unos efectos, de restricción de derechos y de permisión de intervenciones letales del Estado, pero se rechaza a otros efectos. Así, en cuanto a la simetría en la legitimidad de las partes (que es consustancial a la noción de guerra) y en cuanto al trato dispensado a los prisioneros. La superioridad moral y jurídica del Estado frente a la parte no estatal, que se manifiesta con claridad en la consideración de los detenidos, transmite la imagen de que, ante todo, se trata de la persecución de gravísimos delitos.⁵⁸

Lo uno y lo otro acaban convergiendo en la más pura lógica de la reacción punitiva. Es decir, expresan el castigo impuesto por el Estado a un sujeto concreto, como retribución por el enfrentamiento de éste a las normas de aquél, orientado a la prevención general de intimidación o, al menos, a la prevención general positiva: estabilización.⁵⁹ Pero esta lógica tiene el inconveniente de que la referida reacción punitiva carece de cualquier proceso debido orientado a legitimarla.

Así pues, sólo existe una vía para construir una situación de legítima defensa en los casos de terrorismo. Esta no es otra que la consideración de que la integración del individuo determinado en el grupo terrorista – e incluso la existencia del grupo en sí mismo – constituye una agresión permanente para el modo de vida de una determinada sociedad. Ello, dejando al margen el momento en que el individuo en sí o los integrantes del grupo decidan llevar a cabo hechos concretamente lesivos.⁶⁰ La aportación del miembro, aun habiendo finalizado episódicamente, se manifestaría como un signo de la agresión constante que expresa la organización. En esa medida, el miembro seguiría siendo agresor, lo que abriría la posibilidad de intervenir contra él en cualquier momento con el argumento de que sería imposible hacerlo en un momento posterior (la doctrina de la “*window of opportunity*”).⁶¹ El efecto preventivo-intimidatorio no tendría lugar con respecto a ninguna agresión concreta en sí, sino en general con respecto a las actuaciones del grupo terrorista de que se trate.⁶²

Se trataría entonces de determinar el campo de afectados por la agresión permanente representada por el grupo terrorista. Sin embargo, si pretendemos ceñirnos a personas físicas, el resultado, según antes se ha indicado, sería un ámbito de personas indeterminado desde la perspectiva espacio-temporal y configurado alternativa-acumulativamente sin limitación cuantitativa: de nuevo, una ecuación imposible.

Estados, en cuyo territorio tienen lugar los ataques selectivos. Por su parte, las preocupaciones de los Estados Unidos se centran en cómo abordar el problema de la inclusión de ciudadanos norteamericanos en las listas de asesinatos selectivos. El problema de la soberanía se resolvería en la medida en que se determinara que el país en cuestión carece de la capacidad o de la voluntad de hacer frente al peligro.

⁵⁸ LÖFFELMANN, JR, 2013, p. 498.

⁵⁹ En este sentido, véase KÜHNE, *FS-Kühl*, 2014, p. 805.

⁶⁰ CORN, en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, p. 22, afirmando que los Estados Unidos e Israel se ven obligados a tratar el terrorismo como un “*ongoing threat, with no viable end-state or termination point*”.

⁶¹ CORN, en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War*, 2ª ed., 2015, p. 18.

⁶² OTTO, *Targeted Killings and International Law*, 2012, p. 92.

Así pues, una construcción coherente de la legítima defensa requeriría asumir que la existencia de la organización terrorista constituye una agresión permanente a la soberanía del Estado. El término “soberanía” no debería ser entendido aquí solo en un sentido simbólico, sino también como representación de una real salvaguarda de la vida y libertades de los ciudadanos del Estado. La cuestión es determinar cuándo está teniendo lugar una situación extrema así.⁶³ El riesgo de un estado de excepción que se instala como caso normal de modo duradero (“*Ausnahmezustand, der sich als dauerhafter Normalfall installiert*”⁶⁴) es claro.

Por lo demás, el recurso a drones⁶⁵ para los *targeted killings* no modifica sustancialmente las cosas.⁶⁶ Es cierto que el ataque con un dron, a diferencia de lo que puede suceder con un “escuadrón de la muerte”, hace más difícil distinguir si el *target* está participando en actividades hostiles o integrado en un grupo o, por el contrario, es un preso o un enfermo.⁶⁷ Pero tampoco puede afirmarse categóricamente que la utilización de drones impida la aplicación del principio de distinción. Lo mismo vale a propósito de los llamados “sistemas autónomos de armamento” (*autonomous weapon systems* – AWS –). Pero éstos abren una nueva clase de problemas relativos a la responsabilidad de las personas individuales.⁶⁸

En realidad, lo que resulta más preocupante del recurso a drones es el desarrollo y extensión de una cierta mentalidad, entre inconsciente y lúdica, acerca de la vida y la muerte: “*because operators are based thousands of miles away from the battlefield, and undertake operations entirely through computer screens and remote audiofeed, there is a risk of developing a ‘Playstation’ mentality to killing*”.⁶⁹

5. Guerra al terror y estado de necesidad

Por otro lado, la cuestión es si la legítima defensa puede amparar los daños colaterales producidos en víctimas civiles.⁷⁰ Para analizar este problema, basta con considerar el caso ya aludido del derribo de un avión secuestrado por terroristas, cuyos ocupantes son también los pasajeros y tripulantes, que se plantea como defensa de la población civil de la ciudad contra la que los

⁶³ Vid. PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, 2004, p. 1054: defensa frente a una amenaza existencial para la comunidad jurídica (“*Abwehr einer existentiellen Bedrohung der Rechtsgemeinschaft*”).

⁶⁴ JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, p. 590.

⁶⁵ Cfr., entre otros, FRAU (ed.), *Drohnen und das Recht. Völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, 2014.

⁶⁶ CRAWFORD, «The Principle of Distinction and Remote Warfare», *Sydney Law School Research Paper No. 16/43*, 2016, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=2785454><http://ssrn.com/abstract=2785454>, ponderando los pros y los contras tanto desde un punto de vista psicológico como técnico.

⁶⁷ LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 502.

⁶⁸ MARGULIES, «Making Autonomous Weapons Accountable. Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts», *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 166/2016*, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=2734900>; OHLIN, «The Combatant’s Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield», *International Law Studies*, (92), 2016, pp. 1 ss.

⁶⁹ “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions”, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, § 84. En la película de Gavin Hood “Eye in the Sky” (2015) todo parece ser de otro modo, en lo relativo a las precauciones que se adoptan para no producir daños colaterales.

⁷⁰ LÖFFELMANN, *JR*, 2013, p. 501.

terroristas pretenden hacer impactar el avión. Está claro aquí que la legítima defensa contra la agresión terrorista conlleva como efecto colateral la muerte de los pasajeros y tripulantes.

Dejemos ahora de lado el problema del dolo directo de segundo grado. ¿Concorre aquí el principio de proporcionalidad?⁷¹ La doctrina del Derecho penal común siempre ha señalado que la legítima defensa que recae sobre terceros no agresores pasa a estar sometida a las reglas del estado de necesidad. En este caso, si se tiene en cuenta que el Estado ostenta una posición de garante tanto con respecto a los ocupantes del avión como con respecto a la población civil afectada por el previsible impacto del avión contra la ciudad, parece que la estructura es de una colisión de deberes de acción y de omisión. Una colisión en la que la mayoría de la doctrina no aprecia la concurrencia de una causa de justificación en quien lleva a cabo el derribo del avión. Pues, en efecto, tal solución justificante sólo podría sostenerse en el ámbito de un análisis consecuencialista, generalmente no compartido en nuestra tradición.⁷²

De nuevo, en situaciones muy extremas podría considerarse una causa de justificación adicional, a saber, el estado de necesidad del Estado (*Staatsnotstand*).⁷³ Aunque todo parece indicar que esta institución es ampliamente rechazada por la doctrina,⁷⁴ probablemente esta objeción debería ser reconsiderada en el caso de situaciones muy extremas para la comunidad constituida en Estado ("*existentielle Gefährdung*").⁷⁵

6. Conclusiones

Primera.- El Derecho internacional humanitario (o Derecho de los conflictos armados) permite de modo general los asesinatos selectivos de combatientes enemigos situados en retaguardia. Esta justificación se basa en consideraciones de ejercicio de un derecho (*ius in bello*) o de cumplimiento de un deber.

Segunda.- Esta permisión alcanza a la muerte de civiles como efecto colateral de un asesinato selectivo, siempre que se respeten los principios de necesidad militar, proporcionalidad y humanidad. Ahora bien, tanto el contenido de estos principios como su aplicación práctica queda muy lejos del rigor de las reglas del estado de necesidad agresivo.

⁷¹ Aunque en este caso no se pueda dudar de la concurrencia de una agresión ni tampoco de que se está defendiendo a personas concretas, el ejemplo se parece —en este punto concreto— a aquel en que el asesinato selectivo se gestiona mediante el lanzamiento de un misil contra un edificio en el que, junto al terrorista, viven otras muchas personas.

⁷² LÖFFELMANN, JR, 2013, p. 504: "*Da der Staat die Würde des Menschen aktiv zu schützen hat, ist es ihm nicht nur untersagt, unter Verstoß gegen die Menschenwürde in das Lebensrecht einzugreifen, sondern obliegt ihm auch die Pflicht, sich ‚schützend und fördernd‘ vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen, namentlich, es vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren. Dies gilt auch im Hinblick auf Personen, die sich schwerste Verfehlungen haben zuschulden lassen*".

⁷³ Vid. ESER, «„Defenses“ in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen», *FS-Triffterer*, 1996, p. 765, que afirma que un "*völkerrechtlicher Notstand*" se da cuando existe "*eine die Existenz des Staates bedrohende schwere Gefahr*".

⁷⁴ KÜHNE, *FS-Kühl*, 2014, p. 811.

⁷⁵ JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, pp. 76, 104, citando el Art. 15 CEDH.

Tercera.- La justificación del asesinato selectivo de terroristas (civiles) plantea problemas distintos. No se recurre de modo claro a un criterio de permisión, sino que se entremezclan el paradigma de la guerra, el paradigma de la legítima defensa y el paradigma de la persecución de delitos.

Cuarta.- Sin embargo, el paradigma de la guerra fracasa porque a los terroristas se les deniegan todos los demás elementos del estatus de combatiente. Por su parte, el paradigma de la legítima defensa fracasa porque no se logra perfilar una agresión ilegítima actual o inminente contra la que se reaccione; tampoco, se determina un agredido. En fin, el paradigma de la persecución del delito fracasa porque no se cumplen sus garantías estructurales. Por tanto, todo indica que se trata de una guerra punitiva, jurídicamente insostenible.

Quinta.- Sin embargo, creo que cabe admitir una vía para construir una situación de legítima defensa en los casos de asesinatos selectivos de terroristas. Esta parte de que la integración del individuo determinado en el grupo terrorista —e incluso la existencia del grupo en sí mismo— constituye una agresión permanente a la soberanía del Estado. El término “soberanía” no debe ser entendido aquí solo en un sentido simbólico, sino fundamentalmente como representación de una real salvaguarda de la vida y libertades de los ciudadanos del Estado. Lo difícil es determinar cuándo está teniendo lugar una situación extrema así, dado el riesgo de que un estado de excepción se instale como caso normal de modo duradero.

Sexta.- Del mismo modo, cabría fundamentar en casos muy extremos el sacrificio de vidas de civiles como efectos colaterales de la acción antiterrorista cuando pudiera entenderse que está en juego la existencia de la propia comunidad constituida en Estado. La difícil determinación de los casos en los que esto sería concebible debe quedar fuera de este texto.

7. Bibliografía

ALSTON (2011), «The CIA and Targeted Killings Beyond Borders», *Harvard National Security Journal*, (2), pp. 283 ss.

AMBOS/ALKATOUT (2012), «Has ‘Justice been done’? The Legality of Bin Laden’s Killing under International Law», *Israel Law Review*, (45-2), pp. 341 ss.

CORACINI (2009), «Targeted Killings of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?», en MANACORDA/NIETO/MAROTO (eds.), *El Derecho penal entre la guerra y la paz*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 387 ss.

CORN (2015), «Legal Bases for the Use of Armed Force», en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 1 ss.

————— (2015), «Triggering the Law of Armed Conflict?», en EL MISMO *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 33 ss.

- (2012), «Self-Defense Targeting: Blurring the Line between the Jus Ad Bellum and the Jus in Bello», *International Law Studies*, (88), pp. 57 ss.
- CRAWFORD (2016), «The Principle of Distinction and Remote Warfare», *Sydney Law School Research Paper No. 16/43*, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=2785454>.
- ENGLÄNDER (2013), «Vor §§ 32 ff.», en MATT/REZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, Franz Vahlen, München.
- ESER (2011), «Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht», en APPEL/HERMES (eds.), *Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 665 ss.
- (2010), «Rechtmäßige Tötungen im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus», en DÖLLING/GÖTTING (eds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 461 ss.
- (1996), «„Defenses“ in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen», en SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Viena/Nueva York, pp. 755 ss.
- FINKELSTEIN/OHLIN/ALTMAN (eds.) (2012), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford University Press, Oxford.
- FRAU (ed.) (2014), *Drohnen und das Recht. Völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- GARCÍA-HUIDOBRO/MIRANDA (2013), «Schutz der Luftsicherheit gegen terroristische Angriffe?», *Rechtstheorie*, (44), pp. 489 ss.
- JAHN (2004), *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.
- JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.
- JENSEN (2015), «Targeting Persons and Property», en CORN *et al.* (eds.), *The War on Terror and the Laws of War, A Military Perspective*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 71 ss.
- KANT (1797), *Metaphysik der Sitten*, Nicolovius, Königsberg.
- KÜHNE (2014), «Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren (targeted killings) - Ein Problemaufriss», en HEGER/KELKER (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, pp. 801 ss.
- LADIGES (2011), «Erlaubte Tötungen», *Juristische Schulung*, pp. 879 ss.
- LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN (2010), «Vorbem. §§ 32 ff.», en ESER (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28ª ed., C. H. Beck, München.

LÖFFELMANN (2013), «Rechtfertigung gezielter Tötungen durch Kampfdrohnen?», *Juristische Rundschau*, pp. 496 ss.

MAIHOLD (2007), «Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg», *Ancilla Iuris*, pp. 1 ss.

MARGULIES (2016), «Making Autonomous Weapons Accountable. Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts», *Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 166/2016*, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=2734900>.

MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD (2003), *Strafrecht Besonderer Teil*, t. 1, 9ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

Reinhard MERKEL (2012), «Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg», *JuristenZeitung*, pp. 1137 ss.

MURSWIEK (2003), «Die amerikanische Präventivkriegstrategie und das Völkerrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1014 ss.

OHLIN (2016), «The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield», *International Law Studies*, (92), pp. 1 ss.

————— (2013), «Targeting and the Concept of Intent», *Michigan Journal of International Law*, (35), pp. 79 ss.

OTTO (2012), *Targeted Killings and International Law*, Springer, Heidelberg.

PADDEU (2016), «Use of Force Against Non-State Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence», *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 26/2016*, disponible online en <http://ssrn.com/abstract=2788515>.

PAUST (2015), «Operationalizing Use of Drones Against Non-State Terrorists Under the International Law of Self-Defense», *Albany Government Law Review*, (8), pp. 166 ss.

PAWLIK (2010), «El terrorista y su Derecho» (trad. López Barja de Quiroga), en PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, pp. 137 ss.

————— (2004), «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JuristenZeitung*, pp. 1045 ss.

RÖNNAU (2006), «Vor § 32», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar*, t. II, 12ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

RUDOLF/SCHALLER (2012), «“Targeted Killing”. Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötungen in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung», *Stiftung Wissenschaft und Politik -SWP- Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*.

SCHARF (2016), «How the War Against ISIS Changed International Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, (48), pp. 1 ss.

SCHWENK (1976), «Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung», en WAIDER *et al.* (eds.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 97 ss.

STÜBINGER (2015), *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, V&R Unipress, Bonn.

Andreas ZIMMERMANN (2013), «Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen: Menschenrechtsschutz versus Terrorismusbekämpfung?», *MenschenRechtsMagazin*, (2), pp. 96 ss.

Till ZIMMERMANN (2014), «Erwiderung. Nochmals: Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg», *JuristenZeitung*, pp. 388 ss.

————— (2010), «Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8 - 12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 507 ss.

ZOLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, C. F. Müller, Heidelberg.