

EL ASESINATO DE SOLEIMANI COMO PRUEBA DE FUEGO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai AMBOS*

La política de “asesinatos selectivos” de terroristas ha sido desautorizada ya desde hace tiempo por el derecho internacional. No obstante, los Estados Unidos la han extendido ahora a actores estatales. Con ello, se socavan aún más las aspiraciones de un orden jurídico internacional.

La verdadera novedad jurídica en el asesinato de Qassem Soleimani es que la estrategia norteamericana de “asesinatos selectivos” (“*targeted killings*”) de “combatientes enemigos (terroristas)” pertenecientes a grupos no estatales (como Al Qaeda) —más allá de cualquier referencia a un conflicto armado específico— haya alcanzado a un alto funcionario estatal. Esto sienta un peligroso precedente que difumina aún más la ya difusa frontera entre guerra y paz, y vuelve a poner a prueba al derecho internacional como factor de un orden mundial, marginándolo aún más. El ataque en represalia de Irán del 8 de enero de 2019, con una justificación insostenible en términos del derecho internacional por parte del Ministro de Asuntos Exteriores iraní, es una primera consecuencia de esa marginación.

En principio, una posible justificación para el asesinato de Soleimani solo podría venir en consideración en virtud del derecho de legítima defensa (*ius ad bellum*) en el sentido del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre todo porque el gobierno de los Estados Unidos invocó

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Traducción al español del original en alemán: “*Die Tötung Soleimanis als Belastungsprobe für das Völkerrecht*”, *FAZ-Einspruch*, del 8/1/2019 (con algunas referencias adicionales) a cargo de Pedro ROLDÁN VÁZQUEZ, LL.M Universität Leipzig; revisión a cargo de Gustavo URQUIZO, LL.M, doctorando y docente en la Georg-August-Universität Göttingen, y del autor. N. de T.: para una mayor comprensión se han traducido al español algunas citas originales en inglés.

este derecho y, por lo tanto, su conducta debe evaluarse en función de esto.¹ No obstante, a la luz de los hechos, tal justificación queda descartada por ausencia de un ataque armado al menos inminente (sobre esto, ver *infra* IV). Por lo demás, al momento del asesinato no había ningún conflicto armado (internacional o no internacional), por lo que también queda descartada una justificación según el derecho internacional humanitario (DIH) (*ius in bello*) (véanse más adelante I a III). En los comentarios de derecho internacional publicados hasta el momento,² esta posibilidad ni siquiera es discutida en profundidad, sino, a lo sumo, en relación con la política de asesinatos selectivos³ o bien en el marco de una confusa descripción cronológica de los acontecimientos.⁴

I. Estados Unidos e Irán no estaban (todavía) en guerra cuando Soleimani fue asesinado

Una justificación del asesinato en virtud del derecho de los conflictos armados internacionales con el consecuente resultado de un reconocimiento del estatus de combatiente de Soleimani —lo cual lo convertiría en un objetivo militar legítimo— está fuera de discusión, porque tal conflicto entre los EE.UU. e Irán (todavía) no existía al momento del asesinato. Aunque el asesinato de un oficial militar de alto rango o de un funcionario del gobierno pueda considerarse como un acto de guerra y, por lo tanto, como el posible desencadenante de tal conflicto, este acto simultáneo no puede fundamentar retroactivamente un conflicto que aún no existía en el momento del asesinato.⁵ La existencia de un conflicto de este tipo al momento del asesinato solo podría intentar justificarse por el hecho de que las hostilidades anteriores ya habían superado el umbral de un conflicto. Pero

¹ Véase CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America”, 27 de junio de 1986, párr. 266 [“La Corte no está facultada para atribuir a los Estados opiniones jurídicas que no formulen ellos mismos”] (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>).

² AUST, “Die Tötung von Qassem Soleimani”, en *Verfassungsblog*, 5 de enero de 2020, Disponible en: <https://verfassungsblog.de/die-toetung-von-qassem-soleimani/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020]; O’CONNELL, “The Killing of Soleimani and International Law”, en *EJIL: Talk!*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-killing-of-soleimani-and-international-law/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020]; MILANOVIC, “The Soleimani Strike and Self-Defence Against an Imminent Armed Attack”, en *EJIL: Talk!*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-soleimani-strike-and-self-defence-against-an-imminent-armed-attack/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

³ DWORKIN, “Soleimani Strike Marks a Novel Shift in Targeted Killing, Dangerous to the Global Order”, en *Just Security*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/67937/soleimani-strike-marks-a-novel-shift-in-targeted-killing-dangerous-to-the-global-order/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

⁴ GAUSEWEG, “Ist das Krieg?”, en *Legal Tribunal Online*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/soleimani-toetung-voelkerrecht-krieg-bewaffneter-konflikt-selbstverteidigung-iran-irak-usa/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

⁵ Así, no obstante, GAUSEWEG, *supra* nota 4.

esto no puede aceptarse, porque en este momento no puede asumirse una “intervención de las fuerzas armadas” (“*intervention of armed forces*”) de ambos Estados, en el sentido de la posición autorizada del Comentario de la Cruz Roja Internacional sobre el art. 2 del Primer Convenio de Ginebra de 1949.⁶ Además, en una de sus numerosas declaraciones, el presidente Trump explicó el ataque diciendo que se trataba de “detener una guerra” (“*to stop a war*”), lo cual en el contexto más bien significaba “evitar una guerra” y no “terminar una guerra (ya en curso)”.⁷ Sea como fuere, un conflicto armado internacional podría existir al menos con el contraataque iraní del 8/1/2020.⁸

II. La calificación de “terrorista” es una imputación política, no jurídica

Calificar a Soleimani como “terrorista” tampoco da lugar a un conflicto armado no internacional.⁹ Esto ya por el hecho de que tales valoraciones son frecuentemente políticas y no están justificadas jurídicamente, por lo cual no pueden aparejar ninguna consecuencia legal. Además, dejar librado a los Estados o a sus gobiernos —no siempre legitimados democráticamente— el desencadenamiento de un conflicto armado (no internacional) como consecuencia de la clasificación, a menudo arbitraria, de ciertas personas políticamente impopulares como terroristas (para así poder deshacerse de estas personas bajo la invocación de las normas del derecho internacional de la guerra) abriría una preocupante puerta para el abuso de esa práctica.

Conforme al derecho internacional vigente, la existencia de un conflicto armado no internacional según la norma básica del art. 1, párr. 1, del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra —que desarrolla el art. 3 común a los Convenios de Ginebra— depende de si “en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes [u otros] grupos armados organizados” se producen confrontaciones militares de cierta intensidad y duración. Estos grupos armados deben estar organizados de manera similar a las fuerzas armadas del Estado, poseer una capacidad militar acorde y ejercer un control territorial. Si bien hoy

⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Commentary of 2016. Article 2: Application of the Convention”, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/comment.xsp?action=opendocument&documentid=be2d518cf5de54eac1257f7d0036b518> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

⁷ Citado según DWORKIN, *supra* nota 3.

⁸ En ese sentido también MILANOVIC, “Iran Unlawfully Retaliates Against the United States, Violating Iraqi Sovereignty in the Process”, en *EJIL: Talk!*, 8 de enero de 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/iran-unlawfully-retaliates-against-the-united-states-violating-iraqi-sovereignty-in-the-process/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

⁹ No obstante, en ese sentido, GAUSEWEG, *supra* nota 4.

es aceptado que el control territorial del grupo armado ya no es un criterio indispensable, pues estos grupos usan tácticas de combate flexibles, el criterio del nexa territorial sí se mantiene.¹⁰

La doctrina estadounidense del combatiente enemigo (terrorista), desarrollada tras el 11 de septiembre de 2001 —como una especie de estado de guerra personal y omnipresente— y su consecuente política, ya mencionada al principio, de asesinatos selectivos de supuestos “combatientes (terroristas) enemigos” de grupos no estatales (sobre todo de Al Qaeda) —independiente de un nexa (territorial) con un conflicto armado— debe rechazarse sobre todo por razones de principio del derecho internacional, las cuales ya han sido explicadas en otro lugar en relación con el asesinato de Osama Bin Laden.¹¹ Esta política, sin embargo, no es una invención del presidente Trump, sino que ya fue puesta en práctica por el presidente Bush Jr. y el presidente Obama, quien, no obstante, introdujo una restricción (“*policy restriction*”) en 2013.¹² Según esta, los asesinatos fuera de las “hostilidades activas” (“*active hostilities*”) solo estarían permitidos si la persona-objetivo representa una “amenaza continua e inminente” (“*continuing, imminent threat*”). Sea como fuere, incluso con esa restricción, tal política sigue siendo muy problemática desde el punto de vista del derecho internacional, porque conduce a un socavamiento de la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas) —derecho internacional imperativo (*ius cogens*)— y, en última instancia, a la supresión de los límites entre la guerra y la paz. La extensión de esa política a los funcionarios estatales, producida con el asesinato de Soleimani, debido a su (supuesto) involucramiento en actividades terroristas de actores no estatales, contribuye al desdibujamiento de los límites entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza y establece un peligroso precedente con respecto a la función de instauración y mantenimiento de un orden global y la efectividad del derecho internacional.¹³

¹⁰ Con respecto a todo esto, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., Beck, Munich, 2018 [2011], § 7 n.º m. 235 ss., con notas adicionales.

¹¹ Véase AMBOS y ALKATOUT, “¿Se hizo Justicia? La legalidad del asesinato de Bin Laden según el derecho internacional” (traducción a cargo de Natalia Barbero), en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 104, 2011, pp. 5-26, disponible en: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos-Alkatout,asesinatobinLaden,CPC104%282011%29,5-26.pdf> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

¹² Véase [https://www.justice.gov/oip/foia-library/procedures for approving direct action against terrorist targets/download](https://www.justice.gov/oip/foia-library/procedures%20for%20approving%20direct%20action%20against%20terrorist%20targets/download) [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

¹³ Con acierto, DWORKIN, *supra* nota 3. Sin embargo, a favor, YOO, “The Soleimani Strike: The President Has the Constitution and Precedent on His Side”, en *National Review*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.nationalreview.com/2020/01/qasem-soleimani-strike-president-trump-has-constitution-precedent-on-his-side/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

III. Ciertamente no hay una justificación para el asesinato de iraquíes

De paso, cabe mencionar en este contexto, en contra de las confusas afirmaciones de Gauseweg,¹⁴ que el DIH solo distingue entre combatientes (objeto de ataque) y civiles (protegidos) en un conflicto armado internacional. En los conflictos no internacionales, en cambio, solo reconoce civiles. A estos pertenecen también los miembros de un grupo armado no estatal, quienes, sin embargo, pueden perder su inmunidad a los ataques por pertenecer a este o por participar activamente en las hostilidades (“*continuous combat function*”).¹⁵ Por lo tanto, teniendo en cuenta la inmunidad o la pérdida de esta frente a los ataques, la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales no es irrelevante. Por lo demás, la inmunidad a los ataques solo queda suprimida, obviamente, para las partes en conflicto (en este caso, los EE.UU. e Irán), pero no para terceros (en este caso, Irak). De modo que por esta razón sus nacionales tampoco pueden ser atacados. Esto se aplica a las personas que fueron asesinadas en la operación, lo cual, sorprendentemente, a menudo no es considerado en la discusión.¹⁶

IV. Ni había un ataque inminente, ni el asesinato de Soleimani lo habría impedido

Si no hay conflicto armado (ni internacional, ni no internacional), la justificación para el uso de la fuerza podría venir, a lo sumo, del *ius ad bellum* y, en el presente caso —en ausencia de una decisión del Consejo de Seguridad (art. 42 de la Carta de las Naciones Unidas)—, del derecho de legítima defensa (art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas). Sin embargo, la legítima defensa preventiva invocada por los EE.UU. aquí —y en casos anteriores— requiere la existencia de un ataque, es decir, un uso severo de la fuerza¹⁷ que sea inminente. El propio gobierno de los EE.UU. ha justificado la operación en los “futuros” ataques de Irán¹⁸ y también ha hecho referencia a la planificación activa de ataques por parte de Soleimani; el presidente Trump también habló de

¹⁴ GAUSEWEG, *supra* nota 4.

¹⁵ Véase AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 152 ss.

¹⁶ Como en GAUSEWEG, *supra* nota 4.

¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *supra* nota 1, párrafo 191 [“más graves formas de uso de la fuerza”]. Con referencia a ello, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Oil Platforms, Iran v. United States of America”, 6 de noviembre de 2003, párr. 51 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>).

¹⁸ “[E]l ataque tenía como objetivo disuadir los futuros planes de ataques iraníes”, U.S. Department of Defense, “Statement by the Department of Defense”, 2 de enero de 2020, <https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/2049534/statement-by-the-department-of-defense/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

ataques inminentes.¹⁹ Sin embargo, hasta ahora falta una concretización de dichas afirmaciones y existen considerables dudas respecto de si las hechas hasta ahora tienen algún fundamento real.²⁰ El gobierno de los EE.UU. tampoco ha notificado aún al Consejo de Seguridad —con la justificación correspondiente— sobre el ejercicio de su derecho (por él supuesto) de legítima defensa, a pesar de que esto es expresamente exigido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, sobre la base de la información disponible hasta la fecha, no se puede tener por cumplido el requisito de inmediatez,²¹ al menos si esto se entiende como un ataque inminente en el sentido de los tradicionales criterios Caroline²² (“instantáneo, contundente, sin dejar ninguna elección de medios y ningún momento para la deliberación”).²³

Incluso si se considerase cumplido el requisito de inmediatez —siguiendo una visión expansiva y política de derecho internacional²⁴—, la concreta forma en que la acción de defensa es ejercida en este caso resulta cuestionable. Por un lado, el gobierno estadounidense tendría que justificar por qué llevó a cabo la operación en el territorio de un tercer Estado (Irak) —sin su consentimiento— y no en el del presunto Estado agresor (Irán). Según una interpretación restrictiva del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, esto hace que la acción de defensa sea inadmisibles desde el principio.²⁵ Por otra parte, existen dudas considerables acerca de la necesidad de la acción defensiva tal como esta fue ejecutada, porque para ello habría que tener la certeza de que aquella lograría su (supuesto) propósito —la defensa preventiva frente a un ataque iraní—; sin embargo, hay más razones en contra que a favor.²⁶ Por último, es cuestionable si el derecho de legítima defensa permite —más

¹⁹ Véase <https://www.nytimes.com/2020/01/03/world/middleeast/trump-iran-iraq.html> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

²⁰ Con dudas respecto del poder de decisión final del Ayatolá JAMENEI Dudando, p. ej., <https://www.nytimes.com/reuters/2020/01/04/world/middleeast/04reuters-iraq-security-blast-intelligence.html> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

²¹ También AUST, *supra* nota 2; O'CONNELL, *supra* nota 2; MILANOVIC, *supra* nota 2 [“serias dudas de que haya habido siquiera un ataque inminente”].

²² WOOD, “The Caroline Incident—1837”, en *Oxford Public International Law*, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780198784357.001.0001/law-9780198784357-chapter-2> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

²³ En ese sentido AUST, *supra* nota 2.

²⁴ Para una discusión con más referencias véase MILANOVIC, “What Is An Imminent Armed Attack? A Hopefully Helpful Hypo”, en *EJIL: Talk!*, 12 de enero de 2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/what-is-an-imminent-armed-attack-a-hopefully-helpful-hypo/> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

²⁵ MILANOVIC, *supra* nota 2.

²⁶ MILANOVIC, *supra* nota 2, con referencias adicionales [“serias dudas de que el método elegido por los EE.UU para resistir el supuesto ataque era necesario bajo esas circunstancias”, en especial, teniendo en consideración la función de Soleimani, más estratégica que operativa].

allá de la defensa colectiva de un Estado (una confederación) contra otro Estado (confederación)— el asesinato selectivo de los dirigentes de un Estado.²⁷

Fuera de un conflicto armado, la aplicación de (otras) normas internacionales del derecho internacional de la paz, en particular de los derechos humanos, sigue vigente. Según esto, las ejecuciones extralegales o extrajudiciales son inadmisibles, y los terroristas u otros delincuentes deben ser detenidos y procesados en el marco de las normas del Estado de derecho.

V. Las amenazas de Trump podrían constituir crímenes de guerra

Cabe señalar que las amenazas posteriores del presidente Trump, en las cuales hace referencia a los bienes culturales iraníes²⁸ y a ataques “desproporcionados”,²⁹ (“*disproportionate*”) son abiertamente contrarias al derecho internacional y podrían representar incluso crímenes de guerra.³⁰ Y, por cierto, la justificación que hizo el Ministro de Relaciones Exteriores de Irán del contraataque iraní del 8/1/2020, calificándolo como “medidas proporcionales de legítima defensa”³¹ (“*proportionate measures of self-defence*”) tampoco es correcta, pues el derecho de legítima defensa no permite represalias cuando un ataque ya ha culminado.³²

Desde una perspectiva política de relaciones internacionales, las declaraciones de Trump merecen indudablemente la condena inequívoca o al menos un distanciamiento por parte de los políticos y las políticas responsables de Alemania y de la Unión Europea. Imagínense por un momento que Irán hubiese matado a un general estadounidense de alto rango en territorio canadiense y que, después de esa operación, continuase provocando retóricamente. O que Rusia no solo hubiera envenenado a sus antiguos agentes en el extranjero, como se alega, sino que hubiera asesinado selectivamente a funcionarios extranjeros, es decir, hubiera llevado a cabo una suerte de “Operación Khashoggi” (saudita) contra funcionarios, y amenazara sucesivamente con nuevos ataques militares. En Alemania todo el mundo calificaría tales acciones —naturalmente y con

²⁷ En contra O’CONNELL, *supra* nota 2.

²⁸ TRUMP, tweet del 4 de enero de 2020, disponible en:

<https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213593975732527112> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

²⁹ TRUMP, tweet del 5 de enero 2020, disponible en:

<https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1213919480574812160> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

³⁰ MILANOVIC, *supra* nota 2. En ese sentido, acertadamente GAUSEWEG, *supra* nota 4.

³¹ Zarif, tweet del 8 de enero de 2020, disponible en: <https://twitter.com/jzarif/status/1214736614217469953> [Enlace verificado el día 19 de febrero de 2020].

³² MILANOVIC, *supra* nota 7.

razón— como contrarias al derecho internacional y moralmente reprochables. Pero, ¿no debería aplicarse entonces el mismo criterio jurídico internacional a todos los Estados?

VI. El derecho internacional está siendo reemplazado cada vez más por la ley del más fuerte

La inadmisibilidad de una operación de asesinato de este tipo bajo el derecho internacional también podría justificarse quizás —y más allá de las disquisiciones jurídicas— con base en un razonable sentido común: el derecho internacional tiene como propósito la solución y regulación pacífica y diplomática de los conflictos entre los Estados. Pero si sus reglas son reemplazadas con la ley del más fuerte, entonces, esta ley, al final, no significa otra cosa que la violencia del más fuerte. Este no es un desarrollo deseable desde ningún punto de vista, porque llevaría al desorden global, al imperio de la violencia —ejercida por los pocos fuertes— en lugar del de la ley. Esto nos lleva de nuevo al principio de esta opinión: el asesinato de Soleimani sienta un peligroso precedente con consecuencias incalculables para la estabilidad del sistema y el orden del derecho internacional.