

Las Leyes y la Ética en el Proceso de Toma de Decisiones del Comando

A. Edward Major

A MENUDO, LOS COMANDANTES militares consultan con sus auditores adjuntos (SJA, por sus siglas en inglés), especialmente en la escalada de conflicto. La búsqueda de asesoramiento legal está en aumento y se ha convertido en algo común, incluso, en el campo de batalla.¹ “Además, es evidente que para los comandantes... ese asesoramiento legal es esencial en las operaciones de combate eficaces en el actual entorno— el asesoramiento legal ahora forma parte del diente, no de la cola”.² Aquí, la profesión de las leyes y la profesión de las armas se juntan y evolucionan en cuanto a cómo trabajar juntas más eficientemente. En este artículo se explora la dependencia de la ley en asuntos relevantes en el proceso de toma de decisiones de los comandantes. El mismo tiene como finalidad ofrecer una guía en cuanto al uso de la ley y, al mismo tiempo, advertir contra la excesiva dependencia de la misma.

¿Qué rol juega la ley en la sociedad? En Wikipedia se encuentra la siguiente respuesta: “La ley decide lo que es bueno o malo, según la percepción del público.”³ Sin embargo, la ley, algunas veces, hace la función de guardián de la moral y una panacea para todos los problemas. Somos testigos del creciente cuerpo de leyes internacionales, la ley federal nacional, el aumento en los juicios, el incremento de los departamentos legales en los organismos gubernamentales y empresas, además del crecimiento en la dependencia a la ley que tiene la sociedad para resolver disputas.⁴ Al comprender que sus acciones finalmente serán

juzgadas por las normas establecidas por la ley, lógicamente, los comandantes buscan una guía legal para cerciorarse de acatar la ley y evitar responsabilidad. En la institución castrense estadounidense, esto significa una mayor dependencia de los dictámenes legales, asesoría de los auditores adjuntos del Estado Mayor y recomendaciones en general.

Deberíamos aplaudir la tendencia hacia la dependencia de la ley. La misma fomenta la ocasión de conversar y analizar una situación y, luego, darse cuenta de que un abogado cuenta con una importante perspectiva profesional que ofrecer, “para garantizar que [el comandante] comprenda mejor los parámetros, ajenos a la fuerza, de una acción antes de consignar soluciones de fuerza”.⁵ Con el análisis legal se logran mejores decisiones como resultado de discusiones y la consideración de alternativas, efectos y resultados. En términos generales, respetamos esta expansión del estado de derecho. Es mejor ser gobernado por una ley común que por los caprichos de un dictador, según dice mucha gente en la reciente primavera árabe. El rol que juega el SJA es el de un componente encomiable de nuestras iniciativas militares.

Sin embargo, es necesario llevar a cabo otros estudios a fin de tomar en cuenta, detalladamente, las limitaciones de esta infusión legal. Analicemos lo siguiente:

- Sustitución de la ley por la ética.
- Limitaciones de la perspectiva legal.
- ¿Cómo la ética en la Ética Profesional Militar (PME, por sus siglas en inglés) complementa el análisis legal?

A. Edward Major, un abogado civil desde hace 25 años, tiene un gran interés en la interacción entre la ley y los asuntos de seguridad nacional y cómo mejorarla; ha publicado artículos relativos a la seguridad nacional. Ha sido admitido

para ejercer la abogacía en Nueva York, Nueva Jersey y Florida, así como en Inglaterra y Gales. Tiene un hijo en el servicio activo del Ejército quien sirve en calidad de oficial de Ingeniería.

La sustitución de la ética por la ley

Escuchamos sobre el gran peligro que se corre al sustituir la ética por la ley en la frase: “¡Si es legal, debe estar bien!” Para el abogado civil, la experiencia con los clientes, casi invariablemente, es que si una acción es legalmente permisible, es buena y el cliente lo hará sin titubear, ignorando el conflicto moral. Edmond Nathaniel Cahn alegó que la misma ley es la encarnación de nuestros valores morales y que los tribunales son los foros adecuados para la sentencia moral.⁶ Sin embargo, la frase previa deja al descubierto cuán imperfecta es la ley. Si no es desde una perspectiva moral, ¿cómo podríamos reexaminar la ley?⁷ Sin un análisis moral que no tiene que ver con la ley, perdemos gran parte de nuestra capacidad de evolucionar y enfrentar nuevos desafíos. Sin un análisis moral independiente, perdemos mucho de nuestros ímpetus para cambiar la ley y reequilibrarla. Lo que es legal no necesariamente es moral y la ley no contempla muchos de los asuntos que tienen que ver con la moral.

A fin de ejemplificar el punto, observe el gran pasatiempo que tienen los estadounidenses de

evadir impuestos. El Código de Reglamentación Federal claramente prohíbe a los profesionales basar sus dictámenes en la probabilidad de una inspección tributaria (V.gr., determinar si un cliente puede “salirse con la suya”). El Código estipula lo siguiente: “Al evaluar los asuntos importantes que tienen que ver con los impuestos federales incluidos en el dictamen, el profesional no debe tomar en cuenta la posibilidad de que un reembolso de impuesto no pasará por una inspección tributaria, que un asunto no será planteado durante una inspección, o que un asunto será resuelto a través de una multa, de ser planteado”.⁸ Sin embargo, sería muy difícil encontrar tales restricciones en el dictamen de un asesor.

Los clientes exigen y habitualmente reciben asesoramiento de auditoría acerca de la probabilidad de una inspección, aunque los asesores pasen por alto anotarlo en sus dictámenes. Como dijo un destacado fiscalista, después de que se le prometiera el anonimato: “Todo cliente necesita dos asesores, uno que le asesore en cuanto a la ley y el otro en cuanto a cómo desearía que fuera la ley —de ahí, el cliente puede optar qué consejo seguir”.

O tome en consideración cómo la ley entró en conflicto con la ética en el confinamiento de los japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial. Este se llevó a cabo completamente según la ley, sin embargo, seguramente no lo consideraríamos moral. Si nuestra brújula moral se ha transformado en una simple consulta legal, a menudo, el resultado será una desviación de la responsabilidad al sustituir la moral por detallados dictámenes legales.⁹

Muchos cuestionan si la misión especial para atrapar a Osama bin-Laden en Abbottabad, Pakistán, se llevó a cabo



(Sargento Curt Cashour, Ejército de EUA)

Foto: Teniente Coronel del Ejército de EUA Michael Infanti (derecha), comandante, 4º Batallón, 31º Regimiento de Infantería, da una sesión de información al Coronel Michael Kershaw (izquierda), comandante, 2ª Brigada, 10ª División de Montaña; Teniente General Ray Odierno, comandante, Cuerpo Multinacional-Irak; y Teniente Coronel del Ejército Iraquí Iman Ibrahim Mansour, comandante, 4º Batallón, 4ª Brigada, 6ª División del Ejército iraquí, en las asociaciones entre las fuerzas de la coalición y las fuerzas iraquíes el 4 de marzo de 2007, en la base de operación avanzada Yusifiyah, provincia de Salah ad Din, Irak, durante la Operación Libertad Iraquí.



Capitán Todd Chard, jefe de Servicios al Cliente de la Oficina del Auditor Adjunto de Estado Mayor de la 3ª División de Infantería, mientras sus intérpretes preparan documentos para una pareja de iraquíes durante una misión de pago de reclamos, llevada a cabo en la Base Conjunta Balad, 19 de septiembre de 2010.

conforme al derecho internacional. Sin embargo, la mayoría de los estadounidenses acuerdan en que fue moralmente correcto, aunque se rigiera o no por las normas del derecho internacional.¹⁰ La ley sobre este tema está en conflicto, dependiendo si se centra en las violaciones de territorialidad soberana o en la importancia de Osama bin-Laden y el hallazgo de su refugio en Pakistán. Desde el punto de vista legal, ambos argumentos son irresistiblemente fascinantes— pero a la mayoría de los estadounidenses, sencillamente, no les interesa; la necesidad moralmente correcta de eliminar a Bin-Laden superó cualquier asunto esotérico de legalidad. En el caso de los confinamientos en la Segunda Guerra Mundial, lo que era legal no era moral; en el caso de Bin-Laden, lo que Estados Unidos hizo pareció ser moral, aunque fuera o no legal.¹¹

Un mejor ejemplo sobre la irresolución de la ley se encuentra en la transición política tanto en Irak como en Afganistán, la cual destaca diversos roles que juega la ley:

Hay una gran diferencia entre los requerimientos policiales [de una fuerza militar] después de la intervención [a corto plazo] y los requisitos de una fuerza de policía a largo plazo. La estabilidad policial es de gran prioridad en la prevención de la delincuencia violenta, con menos consideración por el enjuiciamiento bajo el estado de derecho. La fuerza de policía [a largo plazo] con base en la comunidad, le da una prioridad mucho más alta a incorporar la fuerza de policía a la comunidad, profesionalizarla y que esté estrictamente regida por el estado de derecho.¹²

Estas diferencias se confirmaron mediante la evolución de los “pros y contras” de la “seguridad versus los derechos humanos” y de “la paz versus la justicia”.¹³ Por lo tanto, el comandante debe comprender cuándo tiene lugar la transición y darse cuenta de que el contexto del dictamen legal varía (aunque no así la propia ley). Hay muchas consideraciones pertinentes para la implementación de la ley, parcialmente influida por el rol que juegan nuestras fuerzas armadas en ese instante.

El mundo aún se enfrenta con otro fastidioso asunto: ¿Puede el sistema de justicia penal convencional lidiar eficazmente con el terrorismo? Por ejemplo, en el Reino Unido en 2008, tuvo lugar un acalorado debate parlamentario y público sobre una propuesta del gobierno para extender el tiempo que un sospechoso podía permanecer en custodia, sin que se presentaran cargos formales en su contra. Luego de su eventual aprobación en la Cámara de los Comunes, la medida fue pronta y fuertemente derrotada en la Cámara de los Loes. Todo este asunto demostró la falta de consenso en cuanto a cuán seriamente juzgar la amenaza del terrorismo yihadista extremista y qué herramientas deberían estar disponibles para las autoridades encargadas de la seguridad, a fin de poder combatirlo. En septiembre de 2009, el Parlamento ordenó una reexaminación independiente del funcionamiento de su Orden de Control (que implica un dispositivo de vigilancia electrónica y restricciones de desplazamiento para los sospechosos) después del fallo judicial en su contra. El desacuerdo surgió entre las distintas ramas del gobierno y el público. Evidentemente, la ley aún no tiene una respuesta apropiada para la amenaza del terrorismo y

podría pasar un considerable tiempo antes de que la tenga o, incluso, que se llegue a un acuerdo.

Otros asuntos como por ejemplo, cuándo debe invocarse la ley de los Poderes de Guerra, la legalidad de los encarcelamientos e investigaciones en Guantánamo, la ley que regula la necesidad o proporcionalidad en el uso de la fuerza o si son válidas las llamadas “leyes del 9-11” y en qué circunstancias, continúa absorbiendo tiempo y requiere de un matizado análisis para comprender lo que significan y cómo usarlas mientras acontecen nuevos sucesos.¹⁴

Lo anteriormente mencionado no son situaciones inventadas ni el trabajo de actores ficticios. Son el natural resultado de sustituir el análisis moral por el legal y, por lo tanto, tampoco podemos pretender sorprendernos. Es una disociación de nuestro sentido personal del bien y del mal y desensibiliza a las personas de sus valores y acciones.¹⁵ Uno de los principales estudiosos de las normas militares de ética en la institución castrense, recientemente dijo en un simposio sobre la ética, en el Fuerte Leavenworth, estado de Kansas, lo siguiente: “Muchos oficiales de alto grado con quienes converso consideran ley las normas éticas— una opinión reforzada por la llamada reunión anual de información sobre la ética convocada por los Auditores Adjuntos (JAG) y Auditores Adjuntos de la Plana Mayor

[SJA, por sus siglas en inglés]”.¹⁶ El comentario demuestra cuán sutil es la confusión y la tendencia a depender de la ley. Pasar de la toma de decisiones basada en el conocimiento, experiencia y ética a una excesiva dependencia de la ley, es muy conveniente y común en la sociedad en general. Traducido a un asunto militar, la excesiva dependencia de la ley descentraliza la autoridad del comandante a un experto colaborador y de ahí pasa a un auditor adjunto, quien no cuenta con la experiencia necesaria de todo el volumen de consideraciones que tienen que ver con los requerimientos.

Incluso, con la incapacidad de llegar a un consenso para tratar las Reglas de Enfrentamiento (ROE, por sus siglas en inglés) y el terrorismo, la ley, cada vez más, también guía la solución de los asuntos que tienen que ver con la ética. Esta dependencia de la ley es una pereza cultural la cual, en lugar de tratar directamente con estos asuntos en toda la amplitud de un análisis ético, se las transfiere a los abogados y al sistema legal para su solución. Es el cambio de la pregunta, “¿qué debemos hacer?” a “¿qué podemos legalmente hacer?”. La consideración de lo que debe legalmente hacerse no toma en cuenta otras aplicabilidades en cuanto a la moralidad, diplomacia, política, nuestro propio público y la relación con la población del país

ÉTICO

POCO ÉTICO

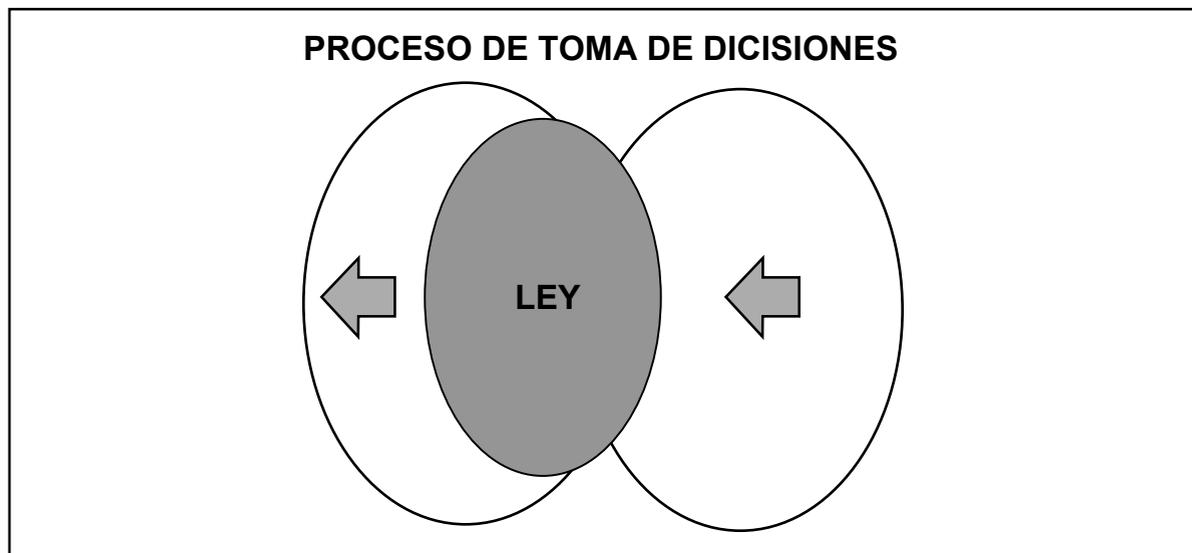


Figura 1. La ley como un filtro parcial contra el comportamiento poco ético.

anfitrión.¹⁷ Tampoco toma en consideración qué es lo más importante para el logro de la misión. Simplemente, es una manera más rápida de lidiar con la situación al delegar el análisis del asunto a otra persona, generalmente, a un SJA. Algunos, incluso, pueden considerar, incorrectamente, que depender del dictamen de un SJA los absuelve de enfrentar las consecuencias de una mala decisión, aunque la ley específicamente establezca lo contrario.¹⁸

La ley es un sustituto inapropiado para nuestros valores y juicio individual y jamás fue concebida para actuar como tal. Parcialmente refleja la historia y, a menudo, incorpora una respuesta para los sucesos recientemente ocurridos. La mayoría de las veces es justa, pero otras no. A menudo, es incompleta, ya que solo trata esos asuntos específicos que se han convertido en derecho legislado, sin embargo, no aborda otros. A través de este sistema, la ley aspira modificar y guiar la actividad en el futuro. Puesta en práctica a la perfección, la ley sirve de filtro para el comportamiento poco ético. En la Figura 1 se ilustra una manera visual que lo demuestra. La ley es importante como filtro; eficazmente censura mucho de los comportamientos poco éticos, pero no va más allá de lo que ya ha considerado ser de relevancia ética.

La ley ofrece una recomendación concisa y discreta de la ética a través de su propio sistema, pero su filtro solo censura cierto comportamiento poco ético. No da a conocer toda la amplia variedad de asuntos que ofrece un detenido análisis ético de los hechos, por parte de los comandantes que planifican la misión. No debería permitirse que la ley eche a un lado otras consideraciones y valores muy preciados para nosotros. “La práctica fundamental de cualquier profesional es el ejercicio de un juicio profesional discrecional”.¹⁹ Al basarse simplemente en el dictamen de un SJA, los comandantes renuncian a su condición profesional, que es muy diferente a solo ser asesorado. Como un asunto de política, no deseamos eliminar la autoridad de los comandantes para poner en práctica sus propias brújulas morales. Los comandantes deben protegerse a sí mismos de esta artimaña intelectual y de la creciente voluntad social de sustituir un concienzudo análisis moral por un dictamen legal, especialmente en el entorno

operacional donde, a veces, las responsabilidades resultan abrumadoras. Si bien los comandantes casi siempre ejercen su libertad de desafiar el dictamen del SJA, deben estar al pendiente de la creciente tentación social de una inadecuada dependencia de la ley.

Las limitaciones del análisis legal. “Dadas las restricciones de nuestros distintos sistemas de justicia penal, a menudo nos encontramos en una situación desventajosa al abordar las amenazas a nivel mundial”.²⁰ Nuestros esfuerzos tienen “restricciones tanto morales como éticas en sus acciones defensivas que muchos de [nuestros] adversarios no enfrentan”.²¹ Esta advertencia del director de la Oficina Federal de Investigación, un abogado y sincero creyente del estado de derecho, es igualmente pertinente a la ley del conflicto armado. Su cautela se refiere a los efectos de un proceso de toma de decisiones más formalizado y sistemático: uno que puede rigidizar la respuesta a un enemigo simple, no amarrado a tales sutilezas. Un excesivo uso de la ley formaliza el pensamiento en lugar de equipar a nuestros comandantes con las herramientas necesarias para pensar de una manera creativa, en términos generales y desde un punto de vista crítico.²²

El enfoque a veces limitado del asesoramiento legal. Cuando asistía a la Facultad de Derecho, muchos de mis compañeros comentaban, a manera de broma, que habíamos cursado estudios universitarios para expandir nuestras mentes, pero que estudiar derecho era como ponerse anteojeras. El comentario tenía su punto: el análisis legal se refiere a centrarse en los hechos según fueron presentados y vincularlos a la ley vigente. Pocos en la facultad de derecho discutieron sobre lo bueno y lo malo en términos más generales de lo que el derecho legislado pudiera estipular. *Un abogado bien capacitado selecciona los hechos hasta solo quedarse con los relacionados con los criterios establecidos por la ley. Otros hechos se ignoran. Este enfoque es la idea y contribución peculiar provista por la profesión de ley.*

La ley podría ser obsoleta. Si bien la ley es generalmente reflectora de los valores sociales, se queda rezagada antes de que pueda reflejar los asuntos actuales. Una acción judicial sobre algunos asuntos toma años antes de que, finalmente, se resuelvan los mismos. Algunos critican la ley por estar desvinculada de las

realidades de las condiciones de combate en el siglo XXI e imponer injustas cargas sobre nuestros soldados en el campo de batalla, distintas a lo que se exige de ellos.²³ [La palabra “soldado” se refiere al personal de todas las ramas del servicio, no solo a los soldados del Ejército.] Si bien los desafíos del campo de batalla cambian con gran rapidez, las leyes que gobiernan la guerra y a nuestros soldados son “leyes relativamente inmutables en lo que se refiere a la seguridad nacional. La mayoría de nuestro marco conceptual estatutario fue concebido después de la Segunda Guerra Mundial o después de la guerra de Corea. A nuestro Congreso le resulta muy difícil legislar [cambiar] algo, incluyendo la extensión de nuestro presupuesto correspondiente a la siguiente semana. Y, por el mismo motivo, ya que se requiere 67 votos para conseguir un Tratado, al Congreso se le hace muy difícil actualizar nuestros convenios”.²⁴

El enfoque legal puede degenerar en el “acatamiento de la regla”. La sociedad emplea la restricción de la ley para mantener a los actores antes mencionados, sobre la línea del comportamiento permisible. Dicho poder de obligación, castigo e implementación de las reglas sociales es la fuerza tras su poder. Su efecto a veces se reduce al “acatamiento de la regla”.²⁵ El enfoque es inadecuado para guiar a nuestros soldados en el campo de batalla, de rápida y amorfa dinámica en los recientes conflictos y guerras no declaradas. Además, debemos tomar en consideración que la mente humana no funciona en su óptima capacidad cuando está agitada y enfrenta amenazas de muerte, sin embargo, el cuerpo necesita actuar rápida e instintivamente. En vista de que muchos de nuestros soldados trabajan independientemente en los actuales despliegues de combate, la amenaza del castigo legal no es de gran estímulo.²⁶

La ley es de efecto retroactivo, no es una aspiración. Además, la implementación de la ley es retroactiva, no es una aspiración (en contraposición con las normas éticas que son presuntas y motivacionales, una guía de comportamiento para el presente y futuro). A fin de ser autoritario, un análisis legal debe tomar en consideración un suceso y agravio real. Los tribunales estadounidenses habitualmente rehúsan aceptar la jurisdicción de casos a menos que el



(Sargento Primero Buzz Farrell, Cuerpo de Infantería de Marina de EUA)

Mayor T. G. McCann, Cuerpo de Infantería de Marina de EUA, asignado al Estado Mayor del Auditor Adjunto de Estado Mayor, 1ª División de Marina, verifica la identificación de un ex detenido iraquí en la Prisión Abu Ghraib en Irak, 6 de junio de 2009.

argumento sea “oportuno”, esto es, cuando haya ocurrido un verdadero agravio.²⁷ Por lo tanto, el asesoramiento ofrecido por el SJA con respecto a una probable misión, no lleva el peso de la ley y no es más que una recomendación, aunque sea la de un profesional. Solo después de que ocurre el acto es que hay un conjunto de hechos apropiados, los cuales entonces pueden ser reexaminados, adjudicados y solamente así se convierten en perentorios. Resulta tentador recibir un dictamen y, dado que proviene de un abogado, darle más peso del que verdaderamente tiene.

Los dictámenes legales pueden centrarse demasiado en el factor de la “probabilidad”. Al estar entrenado para identificar problemas, una de las perspectivas que ofrece un abogado es un análisis de lo que podría salir mal en una misión planificada. Algunas veces, el comandante puede sentirse maniatado por las “probabilidades”

legales que un abogado está entrenado a identificar, por ende, inhibe la capacidad del comandante para tomar una decisión y crea una inercia institucional.²⁸ Por consiguiente, el comandante debe tener mucho cuidado de no abusar del asesoramiento de los SJA en cuanto a cómo ejecutar la misión y depender demasiado de su supuesta autoridad.

El hecho de que un acto podría ser legal, tal como devolver el fuego luego de ser amenazado y recibir disparos, no lo hace ético.²⁹ Por ejemplo, hay muchas circunstancias en donde los soldados tomaron la iniciativa, ignoraron su derecho legal de autodefensa tanto individual como colectiva y se expusieron a sí mismos al peligro para no hacerles daño a los civiles.³⁰ Al no ejercer el instinto humano básico de autoprotección y el derecho propio que le otorga la ley de responder con fuego, nuestros extraordinarios soldados estadounidenses mostraron la importancia de su ética individual y las buenas costumbres estadounidenses sobre la cual se basa la misma.

La práctica local y el derecho internacional dificultan el análisis legal. El análisis que se requiere que lleven a cabo los SJA va desde “estar familiarizado con el país anfitrión y los objetivos de su gobierno, los objetivos de seguridad nacional de Estados Unidos hasta la meta individual de la misión”.³¹ Además, el derecho internacional podría formar parte de este complicado análisis. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha expresado y con regularidad otorga un “margen de apreciación para determinar las prácticas del lugar en lo que respecta a esos asuntos relacionados con los estados de emergencia y asuntos militares, incluso, donde las supuestas violaciones de los derechos humanos están en duda”.³² En cuanto a las Reglas de Enfrentamiento, hay un requisito de que las ROE... evolucionen con los requerimientos de la misión y que estén adaptadas a las realidades de la misma. Las ROE deberían ser herramientas flexibles concebidas para apoyar mejor la misión a través de distintas fases operacionales y deberían reflejar los cambios en el nivel de amenaza”.³³



(Sargento Tim Ortiz, Ejército de EUA)

Capitán de Corbeta Lorena Luciano, una integrante de la Oficina del Auditor Adjunto de Estado Mayor del Cuerpo Multinacional-Irak, conversa con un capataz acerca de la construcción de un nuevo palacio de justicia en el distrito de At Tannumah en Basra, Irak, 21 de agosto de 2008.

Requisito profesional de información concerniente a la moral. Un requisito muy poco conocido de muchas asociaciones estatales de abogados y de las Reglas Modelo de la Asociación del Colegio Estadounidense de Abogados sobre la conducta profesional, es que los abogados provean un “asesoramiento sincero”, que es, dar contexto a los análisis solicitados por sus clientes. Si bien el asesoramiento sincero no exige un análisis ético, en el comentario de las Reglas se aconseja lo siguiente: “En la prestación de [dicho] asesoramiento, un abogado no solo podría referirse a la ley sino a otras consideraciones tales como factores morales, económicos, sociales y políticos que pueden ser pertinentes en la situación que enfrenta el cliente”.³⁴ El Colegio aconseja a los abogados proveer a los clientes más que un estricto análisis de la ley y presentar los temas en su más amplio contexto.³⁵ Al reconocer que dar un asesoramiento limitado y técnico puede ser poco útil o hasta desorientador para un cliente, en el comentario oficial sobre esta regla se reconoce lo siguiente: “Las consideraciones morales y éticas surten efecto en la mayoría de las preguntas legales y pueden influir determinadamente en cómo se implementará la ley”.³⁶ Reconocer esta relación de causa-efecto debe estimular a los abogados a hablar abiertamente sobre su percepción moral y, de esta manera, solicitar a sus comandantes plantear esos asuntos morales según los perciban desde su punto de vista. Si esto no sucede, los comandantes deben exigir a sus auditores adjuntos esta información.

La importancia de la relación entre el comandante y el auditor adjunto. Las demandas impuestas al auditor adjunto desplegado, en cuanto a proveer un dictamen legal fiable y útil sobre una acción propuesta o culminada, especialmente en un ambiente de combate, de hecho son difíciles de cumplir en un entorno de fluidez, necesaria erudición y sutileza. En situaciones de movimiento rápido y fluido, con las particularidades fuera de los límites del derecho civil normal y sin el tiempo ni los recursos necesarios para la investigación o colaboración exhaustiva, el auditor adjunto está más limitado de lo que él (o el comandante) le gustaría admitir. Sin embargo, los abogados, siendo criaturas que por su formación dependen y se centran en la ley, a veces no se enfrentan

de lleno con este hecho ni dan a conocer estas limitaciones. Pocos abogados en la práctica privada aconsejan a sus clientes consultar sus propias brújulas morales cuando reciben asesoramiento legal, como a veces es el caso cuando el auditor adjunto asesora al comandante de campo. Estos abogados se basan en la creencia de que la ley abarca nuestras consideraciones morales de manera objetiva, más detallada y equitativamente aplicada. Por otro lado, las consideraciones morales de los clientes, en gran medida, son personales y subjetivas. Además, ellos consideran que un análisis ético independiente es el tema a discutir de la propia ley.³⁷

Estos son argumentos coherentes, pero ¿por qué no revelar la dificultad de asesorar plenamente a los clientes, específicamente a los comandantes, y sugerirles buscar otras opiniones sobre la ética? Esta idea claramente demuestra la necesidad de que los comandantes elaboren todo un paquete de asesoramiento proveniente de distintos integrantes de la Plana Mayor, junto con su propia brújula moral y ejerzan la autoridad que se le ha conferido en su comando. Los comandantes son competentemente seleccionados para ocupar sus respectivos puestos mediante el rendimiento y discreción en las funciones desempeñadas, demostradas por muchos años de servicio en las cuales han tratado con estos mismos asuntos.

Muchos SJA gozan de estrechas relaciones con sus comandantes y, como parte de la Plana Mayor del comandante, pueden ofrecer sinceros consejos y contexto en sus asesoramientos.³⁸ Además, juegan un rol en el proceso de toma de decisiones: el Jefe de Estado Mayor Conjunto ha instruido que los abogados reexaminen todos los planes de operaciones y asistan a las reuniones de localización y adquisición de blanco de la Plana Mayor. Además, en los convenios de Ginebra y de la Haya se encuentran disposiciones difundidas, que fomentan la participación de los auditores adjuntos en los asuntos que tienen que ver con las ROE. En una disposición de 1977, Protocolo I para los convenios de Ginebra de 1949— que si bien no está ratificada por Estados Unidos se considera declarativa del derecho internacional en uso sobre este punto— claramente se menciona el papel que juegan los “asesores legales”.³⁹ Incluso con estos requisitos de participación,

el auditor adjunto ejerce su función según las necesidades y deseos del comandante. Los comandantes sencillamente pueden optar por no aceptar la asesoría del auditor adjunto. El mantra es: “los auditores adjuntos aconsejan, mientras que los comandantes deciden.”⁴⁰ En la práctica, los auditores adjuntos como todos los otros integrantes de la Plana Mayor, solo ejercen influencia siempre y cuando sus consejos se incorporen en la decisión del comandante.⁴¹ La ley Goldwater-Nichols confirma esta estructura organizacional.⁴² La relación abogado-cliente en la práctica privada no es diferente. (Si bien cada rama del servicio tiene sus propias reglas, las cuales están basadas en las Reglas del Modelo ABA, en este documento se utilizaron las reglas del Ejército para los auditores adjuntos).⁴³ Además, los servicios también recomiendan que los SJA provean una “evaluación sincera, una disuasión... con la posibilidad de que la recomendación no sea del agrado del cliente”.⁴⁴

Los comandantes también son responsables de sus SJA, si se espera que den un asesoramiento fiable. De todos los soldados en el campo, solamente el comandante tiene acceso a la gama completa de los hechos pertinentes. “Si los hechos están sesgados o incompletos ya sea por negligencia o peor, intencionalmente, pueden incluso invalidar el mejor análisis.”⁴⁵ Aún hasta el comandante más dispuesto podría no comprender cuáles son los hechos necesarios para transmitírselos a su SJA y viceversa. Por lo tanto, para ser eficaz, el auditor adjunto debe gozar de la confianza y fe del comandante.⁴⁶ Por consiguiente, el comandante debe asegurarse de que el SJA tenga acceso a la información necesaria, para que pueda brindar una asesoría legal completa.⁴⁷ A fin de ganar la confianza de los comandantes, los SJA deberán estar capacitados para comprender las leyes de los conflictos armados, las reglas de enfrentamiento y los desafíos que presenta la asimetría del combate. El asesoramiento deficiente puede darse debido a una mala comprensión de qué hechos son legalmente pertinentes o debido a que un SJA es sumamente protector o conservador, lo que puede poner en peligro la vida de nuestros soldados o impedir llevar a cabo una misión legítima. Es más, puede hacer que el comandante, los soldados o hasta él mismo, sea sometido a una investigación y responsabilidad criminal.⁴⁸

El tiempo y los recursos limitados para que el SJA lleve a cabo la investigación. Otra limitación que debe tomarse en cuenta es la complejidad de algunos asuntos y que el conocimiento del SJA, requiere de la investigación y colaboración de otros abogados para que ofrezca un asesoramiento eficaz.⁴⁹ En muchas circunstancias, esto puede no ser posible. Por ejemplo, si bien la Carta de las Naciones Unidas no limita el derecho fundamental individual o colectivo de autodefensa, la Corte Internacional de Justicia todavía no ha establecido si el derecho de autodefensa se pone en práctica cuando se enfrenta a actores no estatales.⁵⁰ ¿Cómo puede el SJA proveer asesoría en asuntos tan críticos en los conflictos actuales en Irak y Afganistán, si no tiene acceso a los materiales de investigación adecuados o a colegas versados en estos temas? Los SJA desplegados en el frente, quienes podrían tener una mejor comprensión situacional que la comprensión indirecta que tienen otros SJA, no tienen ninguna oportunidad real para llevar a cabo tales investigaciones ni colaboración. Las limitaciones debido al ritmo operacional, accesibilidad física o logística son ineludibles.⁵¹ Los SJA asignados fuera del campo de batalla enfrentan el problema opuesto de falta de “conocimiento en el campo”. Por lo tanto, el comandante en el frente de batalla, debe tomar en consideración si el SJA puede ofrecer asesoramiento adecuado, especialmente, donde la situación así lo exige.⁵²

Los medios de comunicación también ejercen su propio efecto independiente, que puede o no reflejar estas normas culturales generales y no pueden ser previstas por la ley. Muchos de los medios de comunicación expresan sus opiniones, normas y sistemas contrarios entre sí; sin embargo, un comandante debe tomarlas en consideración y tomar decisiones en medio de esta confusión y, en última instancia, asumir la responsabilidad indelegable.⁵³ Esto significa que un comandante depende enteramente, bajo su propio riesgo, de la opinión de un SJA. Si bien tal dependencia puede ser un factor atenuante, el comandante, después de todo, fue quien tomó la decisión y sigue siendo personalmente responsable, independientemente de cuán justificable sea.⁵⁴

Un ejemplo histórico. Abraham Lincoln, el “santo patrón” de muchos abogados, comprendió que la ley es limitada si se compara con nuestra

estructura moral. En un discurso pronunciado en 1854 sobre el tema de la recientemente aprobada ley Kansas-Nebraska, la cual permitió la expansión de la esclavitud, previó la importancia del asunto sobre la esclavitud al decir: “Estos principios [la expansión de la esclavitud y la inquietudes éticas sobre la esclavitud] son un eterno antagonismo; y cuando se confronten tan ferozmente traerán el incesante sobrecogimiento, pena y conmoción. Revoquen el compromiso de Misuri, cancelen todos los compromisos, deroguen la declaración de independencia, invaliden toda la historia del pasado; pero no pueden negar la naturaleza humana. Aún habrá la abundancia en el corazón del hombre de que la extensión de la esclavitud no es correcta y de la abundancia de su corazón, su boca seguirá hablando”.⁵⁵ La ley Kansas-Nebraska fue ratificada y reflejó la voluntad de la mayoría de la gente; aún así, desde el punto de vista de Lincoln, la ley era poco ética y, por lo tanto, no pudo apoyarla. No fue hasta tanto ocurrió la tragedia de nuestra guerra civil que finalmente se rectificó el problema.

El movimiento hacia la regulación legal, incluso alcanza a los comandantes en el campo, quienes pueden tener asuntos más urgentes en sus mentes, tales como enfrentamientos con el enemigo. Sin embargo, la legislación no funciona muy bien bajo limitaciones de tiempo. El análisis detallado toma tiempo. El consultar a un oficial SJA puede ocasionar un retraso crítico y restringir la iniciativa en medio del caos de las operaciones de combate o contingencia. A veces, las exigencias de la situación y las necesidades del comandante pueden impedir una detallada asesoría. Esta es otra limitación que debe tomar en cuenta el comandante cuando analiza el asesoramiento legal.⁵⁶

El comandante en el campo debe tener la autoridad para tomar decisiones rápidas e infligir la fuerza letal, incluso, bajo el riesgo de equivocarse. Es la naturaleza de una profesión básicamente

peligrosa, que lucha contra amenazas peligrosas, en un mundo peligroso. Como nación, nos esmeramos e incurrimos en grandes gastos (incluyendo exponer a nuestros soldados al peligro) para minimizar las bajas y evitar la innecesaria destrucción de la propiedad, nuestros soldados, aliados e incluso, nuestros enemigos. Sin embargo, también deseamos equipar a nuestros comandantes con la plena autoridad para que completen su misión y protejan a los soldados que hemos expuesto al peligro.

Las desconcertantes demandas exigidas a un abogado, exacerbada por las limitaciones impuestas a un SJA, a veces hacen el asesoramiento y recomendaciones integrales poco prácticos. Los comandantes deben darse cuenta de esto y los SJA deben abstenerse de enunciar sus asesoramientos con una advertencia de que, aunque basado en la “mejor información disponible”, el asesoramiento está lejos de ser el más exhaustivamente investigado que el SJA preferiría dar. No obstante, el sistema jurídico examinará las decisiones de los comandantes, de los SJA y de los soldados, incluso, en tiempos de guerra, supeditados como jamás antes a la responsabilidad legal. Esta es la realidad creciente de las exigencias sociales en nuestro sistema y el riesgo fundamental que debe aceptar el comandante como un hecho al tomar el mando.



Teniente Coronel Robert Morscheuse, Ejército de EUA, comandante, 2º Batallón, 15º Regimiento de artillería, Equipo de combate de la 2ª Brigada, 10ª División de Montaña, repasa los planes de batalla con el general de brigada Ali Jasim Mohammed (centro izquierda), comandante, 4ª Brigada, 6ª División del Ejército iraquí, durante una misión combinada, Lutiafiyah, Irak, 16 de abril de 2007.

(Sargento Martin K. Newlon, Ejército de EUA)

La excesiva dependencia de la ley no proporciona una clara respuesta, ni contempla suficientemente los asuntos que tienen que ver con la ética. Por el contrario, el buen liderazgo es un deporte de equipo, que aparece en la efectividad a través de la comprensión de las limitaciones en el asesoramiento del SJA, así como la confianza, respeto e interdependencia mutua entre todos los oficiales de la Plana Mayor y sus puntos de vista colectivos, junto con la opinión basada en el propio criterio y normas éticas del comandante.

¿Cómo la ética militar profesional complementa el análisis legal?

Si bien la ley no sustituye a la moral, los análisis de la ética ofrecen un complemento que mejora la minuciosidad del análisis del comandante. ¿Cómo evoluciona el comandante para operar en un ambiente en donde los errores

y el abuso del empleo de fuerza tienen tan graves consecuencias y están sujetos al análisis legal? ¿Hay una manera de adoptar un enfoque híbrido que no solo funciona conforme a la ley, sino que mejora el debate del análisis ético para tomar decisiones de combate más informadas?

Simultáneamente con el movimiento social general hacia una mayor confianza en la ley hay un creciente compromiso en las Fuerzas Armadas de Estados Unidos con el programa de Ética Militar Profesional.⁵⁷ La PME representa la ética de la profesión de las armas. El programa ha sido ampliamente incentivado en la institución castrense y recientemente ha sido descrito de la siguiente manera: “Un modelo de Ética es [una] necesidad para cualquier profesión de las armas por la letalidad inherente de sus prácticas. Los militares deben establecer y reforzar normas éticas que rigen la cultura y las acciones de los profesionales, para inspirar la actuación ejemplar



Teniente Coronel James Zieba, un auditor adjunto de la Fuerza de Tarea Cyclone y Abdul Manan Atazada, juez principal de la provincia Kapisa de Afganistán, discute los planes de construcción de una cárcel en el área central del distrito de Valle Tagab de la provincia, 25 de agosto de 2009.

a fin de proteger la integridad de la profesión”.⁵⁸ Como profesión, el Ejército tiene la doble obligación de mantener un alto sentido del deber, además de proteger y vigilar sus recursos letales y destrezas, en la cual el resto de la sociedad podría no participar. Constituye una relación contratada con la sociedad, donde el comandante está autorizado a ejercer el juicio profesional.

La PME se define como “un conjunto de valores y principios morales explícitos e implícitos compartidos, concebidos para guiar la conducta de los militares profesionales en el desempeño de sus funciones”.⁵⁹ Expresado de otra manera, “Nuestra ética profesional militar es el sistema de normas y principios morales que definen nuestro compromiso con la nación y la forma en que nos comportamos en el servicio”.⁶⁰ La amplitud de su análisis es más amplio que un análisis legal y se centra en inspirarnos a fomentar el comportamiento, en lugar de controlarlo por medio de castigos.⁶¹ “En lugar de restringir el comportamiento de los profesionales militares, [el enfoque de aspiración moral de la PME] busca inspirar la conducta de los militares profesionales [y] hace un llamado a las virtudes marciales internas consagradas de la profesión militar. Cuando estas virtudes son adoptadas se convierten en los mecanismos sociales y psicológicos que, por otro lado, inculcan el fenómeno moralmente censurable (matar y morir) con cualidades moralmente redentoras”.⁶² Estos “valores individuales e institucionales [inculcados a través del entrenamiento ético] son más importantes que las restricciones legales sobre el comportamiento moral.”⁶³ Son más importantes, en gran parte, debido a la complejidad y el ritmo del combate y el papel que desempeña el comandante. Un perito reconocerá que no hay leyes que pueden abarcar todas las contingencias en cualquier asunto, especialmente en el caos de la batalla.

El líder ejemplar, a través de la PME, inspira y motiva mediante el ejemplo y el refuerzo positivo, además de ayudar a que los soldados hagan lo mejor y estén dispuestos a ir “más allá del deber”. Estas acciones son “las aspiraciones morales de los militares... la virtud marcial y honor tradicional”.⁶⁴ Sin embargo, estas aspiraciones deben estar presentes para motivar a nuestros soldados a fin de hacer lo extraordinario: matar y morir, pero

sin perder su brújula moral, manteniendo sus valores morales alineados con nuestra cultura.⁶⁵ Además, “el formar asociaciones y elegir las facciones dentro del sistema son fundamentales en la configuración de las condiciones para la experimentación y la aceptación del riesgo.”⁶⁶ Por lo tanto, los comandantes expertos integran muchas destrezas cuando formulan su propia comprensión de las normas éticas en el proceso de toma de decisiones.

Los análisis sobre las normas éticas, en contadas ocasiones, son más fáciles que una pelea de boxeo bien peleada. El evitarla es normal, como esquivar un puñetazo bien dado. Sin embargo, mientras luchan y tropiezan a través del proceso de toma de decisiones, la mayoría de la gente aún desea, independiente, actuar basándose en el principio y respeto. Nuestra diversa sociedad, la cual consiste en una gran variedad de normas culturales, nos pide confiar en nuestro propio sentido ético y tomar estas decisiones, teniendo en cuenta una amplia gama de factores.

La ética, por definición, implica la búsqueda interna y profunda de nuestro propio sistema de valores y alma, así como un extensivo análisis de las normas culturales, clima político, ley y las implicancias de las acciones contra los de la unidad, de la institución castrense, de nuestra nación, de nuestro enemigo y de la opinión a nivel mundial. “Al reflexionar sobre [la PME] se amplían las consideraciones normales y se invita a los oficiales, en todos los niveles, a analizar los sistemas que ellos controlan y con los que trabajan, además de explorar el comportamiento al que conducen, que se permite y se recompensa”.⁶⁷

La PME forja el propio sentido del comandante sobre la ética y el elemento subjetivo de las mismas y desarrolla un mejor liderazgo. A través de la PME, el comandante puede beneficiarse de las dotes de liderazgo y ética personal, para recibir datos acerca del comando, tales como la moral, abastecimientos, clima y fatiga que un SJA no puede comprender en su totalidad, aunque esté incorporado a la unidad.

El tomar decisiones éticas es algo mental y espiritualmente fatigante, así como el entrenamiento excesivo. Mientras más alto sea el escalón de mando, mayor será la responsabilidad de defender las normas éticas del grupo.⁶⁸ Entre otras responsabilidades, “la PME debe ser

reforzada en las operaciones diarias, los líderes deben guiar a sus subalternos y explicarles cómo la PME moldea sus decisiones y las políticas de la unidad. El preservar la comprensión y el significado de la Ética Militar Profesional es responsabilidad de los líderes”.⁶⁹ Las decisiones éticas deben surgir de los hábitos naturales de trabajo personal e identidad del comandante. Los comandantes que se rigen por sus PME personales, demuestran un sentido de aspiración moral y se convierten en “instrumentos poderosos de influencia social cuando aclaran a los [soldados bajo su mando] cuáles son sus obligaciones morales y qué comportamientos se espera que demuestren... al igual que los comportamientos no permisibles... En vista de que, normalmente, como las unidades militares tienen procesos de socialización bien organizados, se espera que... estas influencias sean especialmente poderosas.”⁷⁰ “No sólo el comandante establece el tono, sino las condiciones para que los integrantes del grupo refuercen entre sí los comportamientos éticos”.⁷¹

La PME abarca varias categorías de valores y normas, incluyendo los valores del ejército, el espíritu guerrero, el credo del suboficial y los juramentos de desempeño de cargos. La PME combina estos y otros valores enclavados en la cultura militar, como un todo cohesivo. Colectivamente, estos valores y normas proporcionan los principios que guían las decisiones de los comandantes militares, cuando reconocen el poder letal ejercido por nuestras fuerzas armadas.⁷² Estos valores y normas funcionan como la ética en la profesión de las leyes y se complementan mutuamente. Además, la PME establece normas para la profesión de las armas que complementan la ley propiamente dicha. El creciente interés de la institución castrense en la PME y la expansión general en la dependencia de la ley se produce simultáneamente, como si se complementaran entre sí. El intercambio de estos respectivos valores, culturas y experiencia tiene lugar siempre que el Comandante y el SJA se comuniquen en el proceso de toma de decisiones. Puede encontrarse una mayor coherencia cuando se aprovecha el conocimiento del otro y viceversa. Esta relación es particularmente importante en una época en que las acciones del comandante y del SJA son más públicas y más rápidamente observadas que nunca. A fin de que funcione bajo

nuestro sistema legal, la estructura de autoridad y prensa libre, se debe instar al comandante a que verifique las acciones contempladas y las pretensiones en contra de la ley vigente.

Conclusión

A pesar de los asuntos que tienen que ver con las leyes presentados en este artículo, no hay una manera práctica de proceder en las misiones de combate en el entorno actual sin una consulta adecuada de la ley. En este artículo no se condena a los comandantes que constantemente consultan a sus SJA, sino más bien se insta simultánea y finalmente a los comandantes, a usar su propia brújula moral y conocimientos situacionales en el proceso de toma de decisiones. Esperamos llenar el actual vacío evolutivo, donde no se ofrece instrucción alguna sobre cómo emplear a los SJA e instar a los comandantes a poner en práctica sus propios valores morales, cuando muchos de los problemas no son previsibles. Es esencial que los comandantes posean la libertad de actuar de una manera coherente con sus creencias personales, según lo estipulado en la PME. Esto es necesario para proporcionar un liderazgo efectivo a aquellos que comandan y es la única manera de potenciar a los comandantes para tomar decisiones rápidas y exigentes. En un enfoque de colaboración, el comandante debería cuidadosamente sopesar el asesoramiento legal, diferenciándolo, adecuadamente, de otras opiniones proporcionadas por la Plana Mayor y de la propia PME del comandante, así como muchos otros asuntos inherentes en las decisiones de combate, entre ellas el riesgo de la misión, de las tropas y la mitigación de riesgos. El diálogo es tan complicado como necesario.

La opinión de un SJA sirve mejor para validar las opiniones del comandante sobre un análisis ético ya pensado. Si su juicio ético se ajusta a las recomendaciones legales y las de otras personas de la Plana Mayor, la misión será procedente. Sin embargo, si hay una diferencia, el comandante debe, de ser posible, aplazar la orden y analizar las diferencias antes de dar la orden. Por último, la ley es complicada y requiere tiempo para analizarla a través de la perspectiva del SJA y del comandante; la ley es una fuente inadecuada e incompleta de orientación, si una situación exige que se tome

una decisión instantánea. A fin de proteger nuestra libertad y la de los demás, la ley debe y deberá ser usada para analizar las principales infracciones y ocupar un lugar importante en el proceso de toma de decisiones. En este artículo se destaca, a manera de precaución, la *excesiva dependencia* del asesoramiento legal.

En la práctica, las decisiones del comando, por supuesto, no se basan en los comentarios unidimensionales. Tampoco el asesoramiento de oficiales de la SJA se lleva a cabo en el hermetismo de la ley, sin la luz de la realidad. Los comandantes de campo, a menudo, permiten que mucha información influya en la toma de decisiones: órdenes de oficiales superiores, informes de inteligencia, carácter y condición de las tropas, condiciones del campo, niveles de abastecimientos y un sentido de ética personal. Asimismo, los SJA tampoco son simplemente autómatas legales, especialmente si están incorporados a la unidad que asesoran y cuentan con una comprensión de las exigencias del combate, que va más allá de los textos en los libros de derecho. Pueden ser una fuerza multiplicadora al ayudar a los comandantes a pensar creativamente, configurando alianzas estratégicas, sugiriendo nuevas ideas y evitando cometer errores.⁷³ Los abogados, en reconocimiento de las limitaciones de la ley, pueden asesorar a sus comandantes con una representación profesional de la aplicación de la ley, que incluye reconocer que la ley puede que no satisfaga las normas morales. Esa acuciosidad complementa el uso de la PME del comandante. Esta voluntad ayuda al logro del éxito de nuestras operaciones militares y protege mejor a los soldados que arriesgan sus vidas en la ejecución de las mismas.

Como uno de mis profesores una vez nos aconsejó: “El hecho de que haya injusticias y dificultades en nuestro sistema, no significa que descartemos todo el proceso. Como abogados, siempre tenemos el deber de hacer lo mejor, aprender de nuestros inevitables errores y mejorar el proceso. Es la naturaleza misma del proceso legal y del Gobierno en el mundo del derecho común. Nuestras leyes jamás pueden esperar poseer la infalibilidad de las leyes de Dios”.⁷⁴ La naturaleza de la ley es que constantemente debe autocorregirse mediante su examen repetitivo de nuevos hechos y previas decisiones, como

también la aplicación de estas decisiones sobre los asuntos actuales ante el Tribunal.

Por lo tanto, debemos darnos cuenta de las contribuciones y deficiencias de la ley y que ésta constantemente se enfrenta a sus errores. Si creemos en el estado de derecho, construyamos un cuerpo refinado y práctico de SJA, que comprenda el rol que juegan al asesorar a los comandantes, consideren su asesoramiento como parte del proceso de toma de decisión y no una posición dominante bajo la cual todos los demás deben trabajar, alienten a los comandantes para que lleven a cabo revisiones éticas, mientras presentan sus propios sinceros consejos. Los comandantes deben darse cuenta de que el asesoramiento de un SJA es sencillamente una opinión, a pesar de ser una recomendación profesional y que detenidamente debería tomarse en cuenta. La autoridad final permanece en el comandante, quien posee la más amplia visión de la situación y de los hechos pertinentes, tiene mayor acceso a otro tipo de asesoría, incluyendo la asesoría legal y mantiene la responsabilidad final de las decisiones tomadas.

La importancia de los actos éticos del comandante militar jamás ha sido más crítica. En la primera línea en un artículo de primera plana de la sección *Sunday Review* de *The New York Times* (21 de agosto de 2011), un artículo de William Deresiewicz titulado “*An Empty Regard*”, dice: “Ahora, ningún símbolo es más sagrado en la vida de los estadounidenses que el uniforme militar”. Y continúa: “el Ejército es una institución que afronta la tarea y la lleva a cabo —por supuesto, es una institución pública— que aún parece funcionar. Las escuelas, las carreteras, la Oficina de correos; Amtrak, FEMA, NASA y T.S.A. —ni hablar de los bancos, los periódicos, el sistema de salud y sobre todo, el Congreso: ya nada parece funcionar, salvo las fuerzas armadas— la marca que queda de la Grandeza estadounidense”.⁷⁵ Hay un deber social en nuestra época, nos guste o no, el cual indudablemente es la gran motivación de quienes están en el servicio militar. Reconociendo las nuevas responsabilidades impuestas sobre los hombros de nuestros militares, confío en que la cumplan a la altura de las circunstancias, aún cuando el resto de nosotros todavía estamos condenados a arreglárnosla a duras penas. **MR**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. U.S. Army, Field Manual (FM) 1-04, *Legal Support to the Operational Army* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office [GPO] (2009), paras. 1-5 to 11; H.R. McMaster, "The Role of the Judge Advocate in Contemporary Operations: Ensuring Moral and Ethical Conduct During War," *The Army Lawyer* (mayo de 2011): p. 35; David Luban, "Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo," *60 Stanford L. Rev.*, 1981, at 1999 (2008); Glen Sulmasy and John Yoo, *Challenges to Civilian Control of the Military: A Rational Choice Approach to the War on Terror*, *54 UCLA L. Rev.*, 1815, at 1838-842 (2007).
2. National Defense Authorization Act, Independent Review Panel to Study the Relationship between Military Department General Counsels and Judge Advocates General, Section 574 (15 de septiembre de 2005).
3. Sirvase referirse a answers.com, "What role does law play in society?" (2011).
4. Administrative Office of the United States Courts, *2010 Annual Report of the Director: Judicial Business of the United States Courts* (Washington, DC: GPO, 2011), págs. 12-14 (increased case filings).
5. Turner, D., Clarence, Col., communication with author, 1 de diciembre de 2011.
6. Cahn, Nathaniel, Edmond, *The Moral Decision: Right and Wrong in the Light of American Law* (Bloomington: Indiana University Press, 1981, publicado originalmente en 1955).
7. Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, ed. Hart, HLA (1970) and Jerome E. Bickenbach, "Law and Morality," in *Law and Philosophy*, vol. 8, no. 3 (1989): p. 291.
8. 31 CFR 10.35(c)(3)(iii) (2002).
9. Zelikow, Philip, "Legal Policy for a Twilight War," Annual Lecture to the Houston Journal of International Law (2007). Moten, Matthew, *The Army Officers' Professional Ethic, Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring The Professional Military Ethic: Symposium Report*, p. 28 (noviembre de 2010).
10. Macdonald, Alastair, "Analysis: Bin Laden again unites, then divides, U.S. and Europe," Reuters (5 de mayo de 2011) disponible en <<http://www.reuters.com/article/2011/05/05/us-binladen-europe-usa-idUSTRE74406C20110505>>.
11. Shine, Al, conversation with author, 3 de enero de 2012.
12. Simons, D., Arthur, COL, Center for the Study of Interagency Cooperation, *Interagency Handbook for Transitions* (2011), págs. 11-13.
13. *Ibid.*, p. 24.
14. Primary among them being the Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Public Law 107-56 of October 26, 2001; 115 STAT. 272.
15. Si bien el propósito de este artículo no es definir las causas de la creciente dependencia de los SJA, hay muchas hipótesis. Una falta de voluntad de algunos dirigentes, militares y políticos, a asumir los errores de sus subordinados y echarles la culpa, puede ser una buena razón. Algunos dicen que es la participación de la prensa donde las opiniones de los periodistas son impredecibles y ejercen una gran influencia sobre la opinión política. Otros afirman que es la excesiva participación política en las decisiones militares—V.gr., Vietnam y, más recientemente, la representación del General Clark de su mando en Kosovo, donde cada decisión requería la aprobación del presidente Clinton y del secretario general de la OTAN, Javier Solana, así como abogados estadounidenses y europeos. Clark, K., Wesley, *Waging Modern War* Wesley K. Clark, (Nueva York: relaciones públicas, 2001). Otros comandantes pueden buscar la seguridad que ofrece una opinión legal que apoya su acción (o falta de acción). Todavía otros afirman que la guerra de coalición exige la participación legal, ya que muchos de los políticos de cada nación participante desean protegerse de las repercusiones políticas. Sólo esquivar las leyes de cada uno de los países participantes y de la nación anfitriona puede ser una tarea importante. El número de abogados en el cuerpo de abogados del Ejército ha aumentado a más de 3.400, según una verificación de la página Web del Cuerpo de Asesores Adjuntos del Ejército efectuada el 7 de diciembre de 2011.
16. Cook, L., Martin, *Professional Ethics Across the Career Spectrum* (Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report, November 2010), p. 8.
17. Philip Zelikow, "Legal Policy for a Twilight War" (Annual Lecture to the Houston Journal of International Law, 2007).
18. Judge Advocate General's School, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook*, p. 35 (2010).
19. Hannah, T., Sean, communication with author, 7 de diciembre de 2011.
20. Mueller, S., Robert, III, address before the National Symposium for United States Court of Appeals Judges, Washington, DC, 4 de noviembre de 2011.
21. Kochems, Alane, *No More Secrets: National Security Strategies for a Transparent World*, marzo de 2011, p. 2.
22. McCauley, Dan, "Design: Thinking, Not Process", *Small Wars Journal* (2011): págs. 1-2.
23. Véase, Dunlap, J., Charles Jr., *Law and Military Interventions: Intervening Humanitarian Values in 21st Conflicts, Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, DC, 29 noviembre de 2001.
24. Koh, Harold, "International Lawyering for the U.S. Government in an Age of Smart Power," address to Annual Review Conference of The Standing Committee on Law and National Security of the American Bar Association, 1 de diciembre de 2011.
25. Jennings, L., Peter y Hannah, T., Sean, "The Moralities of Obligation and Aspiration: Towards a Concept of Exemplary Military Ethics and Leadership," *Military Psychology* (2011): págs. 23-1, 5; y véase, MacIntyre, A.C., *After Virtue* (IN: University of Notre Dame Press, 2007).
26. *Ibid.*, págs. 23-12.
27. Zwicler, v., *Golden*, 394 U.S. 103, 89 S. Ct. 956, 22 L. Ed. 2d 113 (1969). Imiola, Brian y Cazier, Danny, "On the Road to Articulating Our Professional Ethic," *Military Review* (septiembre de 2010): págs. 14-16. La razón es que no es adecuado que un tribunal pierda el tiempo en una discusión teórica antes de que haya un problema real. Además, la adjudicación temprana priva a los tribunales de la oportunidad de revisar un conjunto concreto de hechos en la actual disputa ante ellos.
28. LTG Bruce Fister, communication with author, 19 November 2011.
29. Este es el derecho fundamental de auto defensa. Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction 3121.01B (2005); United Nations Charter, Art 51.
30. Caslen, Robert, communication with author, 13 November 2011. Judge Advocate General's School, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook*, Art 71 (2010). Véase también Campell, Donovan, *Joker One* (New York: Random House, 2009), p. 128. "Our decentralized small unit operations require life and death decisions to be made by our most junior soldiers, with front page of the *New York Times* 'consequences. 'Strategic corporals' are what we call them. But what drives these decisions are the values they are brought up in: values that are part of our Army culture and part of our military ethic. And that are integrated into our training, and demonstrated by our leadership. But this ends up being the basis for the ethical behavior—or not."
31. Castiglione-Cataldo, Ann, "The Judge Advocate's Dual Mission in a Low Intensity Conflict Environment; Case Study: Joint Task Force-Bravo, Where 'Can I Shoot the Prisoners?' Is Never the Question" (thesis presented to the Judge Advocate General's School, United States Army, 1991) and Cf. Celestino Perez, Jr., *The Army Ethic and the Indigenous Other: A Response to Colonel Matthew Moten's Proposal, Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report* (November 2010), 255-68. The SJAs advice must consider politics, yet be free of political bias. Joint Publication (JP) 3-07, 8.02.3, Drafting Considerations; and Eric Talbot Jensen and Geoffrey Corn, "The Political Balance of Power Over the Military: Rethinking the Relationship Between the Armed Forces, the President, and Congress," *44 Hous. L. Rev.*, 553, 571-76 (2007). An understanding of *ius cogens*, the principles of international law so fundamental that no nation may ignore them, would be an esoteric but also required part of the SJA's analysis.
32. Véase, por ejemplo, Case of Klass, 28 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978) (national security); Ireland v. U.K., 25 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1978) (state of emergency).
33. JP 3-07, 8.02.2, Purposes of ROE.
34. ABA Model Rules of Professional Conduct, Rules 1.1 and 2.1 (2004) (emphasis added).
35. Alternativamente hablando, "review of the Law" algunos abogados han considerado que incluye consideraciones éticas en un nivel mínimo. Bajo esta interpretación, una "estricta revisión de la ley" satisface los requisitos para proporcionar "honestos consejos". También véase Cahn.
36. ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 2.1 (2004) (emphasis added). Al reconocer los requisitos para ofrecer una "asesoría honesta", la profundidad de tal asesoría puede variar en gran medida según el tipo de abogado. Algunos abogados son independientes y no suelen formar parte de asuntos internos y pueden tener dificultad relacionando los problemas del cliente para eficazmente ofrecer una asesoría honesta. Los SJA, por lo regular, forman parte del proceso de toma de decisiones, se le ofrece amplio acceso a la información y se le asigna una tarea que tienen que ver con

decisiones éticas. A menudo poseen buen acceso a la información a través de su directa experiencia y fuentes confidenciales. Esta alineación de intereses puede proporcionar al comandante un nivel de confianza que rara vez se le da a un abogado en la práctica privada. Holboldt, S., James, Jr., Esq., Senior Counsel, International, Raytheon Company, Communication with author, 16 de agosto de 2011.

37. COL David E. Graham, retired, Executive Director, The Judge Advocate General's Legal Center and School, U.S. Army, communication with author, p. 1, diciembre de 2011. También véase Cahn.

38. Véase U.S. Army, Army Regulation 20-1, 27-1, 165-1, and 360-1 (Washington, DC: GPO), Joint Chiefs of Staff, *Doctrine for the Armed Forces of the United States*, V-15 (2007).

39. JP 3-07, 8.2.1, *Commander's Responsibilities*.

40. Graham.

41. National Defense University, Norfolk, VA, Joint Forces Staff College, *The Joint Staff Officer's Guide* (2000), págs. 1-45. En este ambiente, al SJA se le exige permanecer profesionalmente independiente del comandante—una tarea algunas veces difícil de cumplir.

42. *Goldwater-Nichols Department of Defense Reorganization Act of 1986*, 10 USC Sect 161 et seq. (2006), see National Defense University, Norfolk, VA, Joint Forces Staff College, *The Joint Staff Officer's Guide*, págs. 1-31 (2000).

43. También véase, regulations on government lawyers, 28 U.S.C. 530B and implementing regulation, 28 CFR 77.

44. U.S. Army Regulation 27-26, *Rule of Professional Conduct for Lawyers* (Washington, DC: GPO), r 2.1 Comment. See also r 8.5(f) (requirement that SJAs conform their conduct to their respective branch of service, as well as their state bar affiliation).

45. Miller, F., Kenneth, Esq., communication with author, 20 de noviembre de 2011.

46. Garrett, F., James, *Necessity and Proportionality in the Operation Enduring Freedom VII Campaign* (U.S. Army War College, Carlisle Barracks, PA, 2008).

47. *Ibid.*

48. Bajo el derecho internacional, los precedentes establecidos en los tribunales Nuremberg exponen a los SJA a la responsabilidad penal. Véase el Código de justicia Militar [UCMJ] Art. 92 (2002); Center for Professional Responsibility, American Bar Association, *ABA Model Rules of Professional Conduct*, Rules 1.1 and 2.1; and Cf. Milan Markovic, *Can Lawyers Be War Criminals?* 20 Geo. J. Legal Ethics, 347, 359 (2007) and Cf. *Three Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council, Law No. 10*, at 1083 (1951). En raras ocasiones los clientes solicitan asesoría sobre las normas éticas de un abogado privado. Por lo regular, no esperan buscar asesoría de un abogado privado. Del mismo modo, aparte de las reglas escritas de proveer “asesoría honesta”, la barra no insta ofrecer asesoría sobre la ética y el tema se toca pocas veces. Las Escuela de Asesores adjuntos de las Fuerzas Armadas de EUA energicamente recalca la importancia de proporcionar asesoría ética a los comandantes de campo. Por ejemplo, en el FM 27-100, *Legal Support to the Operational Army* (Washington, DC: GPO, 1 de marzo de 2000), págs. 1-5 estipula que se hará responsable a un SJA si se encuentra que ayudó perpetrar un delito o por abandono del deber. UCMJ Article 92 (2002). Esto puede ocurrir si el SJA (1) tiene ciertas obligaciones, (2) conoce o razonablemente debería conocer dichas obligaciones y (3) intencionalmente o por negligencia o ineficiencia abandona el desempeño de estas funciones. DiRocco, A., Scott, “Holding the Line: Understanding the Role of Independent Legal Counsel in Command Decision-Making”, *Army Law*, 3, 19 (diciembre de 2010). Además, sería responsable por no reportar una violación de la ley de Guerra y/o no iniciar una investigación adecuada. *Ibid.*, 3, 18-20. También véase The Department of Justice, Office of Professional Responsibility Final Report, “Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of ‘Enhanced Interrogation Techniques’ on Suspected Terrorists,” 29 de Julio de 2009. En este caso se revisó si los abogados del departamento de justicia prestaron eficaz asesoría o se pasaron de la raya. Los dos abogados investigados fueron exonerados de toda culpa, pero el hecho de que su asesoramiento fue objeto de tanto escrutinio y salió a la luz pública, resulta interesante, por no decir notable. A veces la discusión de temas éticos encuentra su camino en un asesor legal incluso con los abogados en la práctica privada, en una análisis de costo-beneficio. Por ejemplo, en un asunto concerniente a un divorcio, un abogado, incluso cuando se les acusa de dar demasiados sermones, pueden asesorar a un cliente: “si cede más de lo que debe, renuncia a un derecho legal, entonces habrá comprado menos tribulación y una paz duradera. Esta acción, a su vez, constituye un paso para mantener a sus hijos fuera de una larga batalla”. Rouse, Mills, Esq., a lawyer in private practice, Communication with author, 3 de agosto de 2011.

49. Bovarnick, A., Jeff, Foreword to *2010 Manual for Military Commissions, The Army Lawyer* (2010), p. 1.

50. Véase International Court of Justice (ICJ), Legal Consequences of the

Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion), para. 139, 9 de Julio de 2004. International Court of Justice, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), para. 36, (meeting the “necessity” standard before using force in self-defense), Paras. 51, 64, y 78 (Self-defense is only permitted when an “armed attack” or “aggression” is against a state, and not against indiscriminate acts of violence that may harm any number of States [such as the instant mines laid in international shipping lanes and missiles fired at ships of several different nationalities], and the self-defense from such acts must be against only another state actor) 6 de noviembre de 2003. Indeed many U.S. scholars believe that the ICJ is rewarding aggressors and punishing those who engage in self-defense. John Morton Moore, Use of Force Decisions of the International Court of Justice: Triumph or Tragedy, 5 de diciembre de 2011.

51. DiRocco, Scott, *Holding the Line: Understanding the Role of Independent Legal Counsel in Command Decision-Making, The Army Lawyer* (diciembre de 2010), p. 2.

52. Un SJA retirado ofrece consejos prácticos a un SJA: “He encontrado que en la estructura militar (y estoy seguro que en la práctica privada) a menudo, el tren se mueve rápido. Si quiero que mi consejo se escuche, necesito ir en el tren. En estas situaciones daré mi mejor consejo pero le informaré al comandante que ese consejo está limitado por el tiempo con el que conté para realizar mi investigación”. Michael Feign, Esq., senior civilian attorney for the Corps of Engineers, Seoul, Korea, *Correspondence*, 26 de November de 2011.

53. Judge Advocate General's School, Charlottesville, VA, *Operational Law Handbook* (2010), p. 35.

54. Jennings y Hannah, pages. 23-2. Something may be legal AND ethical, yet still unseemly in our culture. It may represent new thinking or change. A given culture may attack things new or unfamiliar using ethical or moral (or even legal) arguments when, in point of fact, the behavior is simply different. COL Thomas A. Kollwitz, head, Behavioral Science and Leadership Department at West Point and director, West Point Leadership Center, communication with author, 27 de Julio de 2011. Ambient vase, The Constitution of the International Military Tribunal art 1, 8 de argots de 1945.

55. Discurso pronunciado en Peoria, IL, 16 de octubre de 1854.

56. Feighny y DiRocco, p. 2.

57. Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report (noviembre de 2010) and Cf. George W. Casey, Jr., “Advancing the Army Professional Military Ethic,” *Joint Force Quarterly*, 3d Quarter (2009): 14-15, and Cf. Robert L. Caslen, Jr., and Erik Anderson, “Reconnecting With Our Roots Reflections on the Army's Ethic,” *Military Review* (septiembre de 2010): págs. 114-15.

58. Hannah, Doty y Jennings, *Building Moral Character for an Era of Persistent Conflict and Beyond*, Center for the Army Profession and Ethic, U.S. Military Academy (2011), p. 23.

59. Jennings y Hannah, págs. 23-2.

60. Casey, p. 14.

61. Jennings y Hannah, págs. 23-6.

62. *Ibid.*, págs. 23-5. También véase Don M. Snider, Paul Oh y Kevin Toner, “The Army's Professional Military Ethic in an Era of Persistent Conflict,” *Professional Military*

Ethics Monograph Series, 1 (octubre de 2009), págs. 1-30.

63. McMaster, págs. 37, 61.

64. Jennings y Hannah, págs. 23-2.

65. *Ibid.*, págs. 23-4.

66. John B. Richardson, IV, *Real Leadership and The U.S. Army: Overcoming A Failure of Imagination to Conduct Adaptive Work* (December 2011), 18

67. Martin L. Cook, *Professional Ethics Across the Career Spectrum* (Fort Leavenworth Ethics Symposium: Exploring the Professional Military Ethic: Symposium Report, November 2010), 13.

68. *Ibid.*, 14; Cf., A. Edward Major; Lee Deremer and David G. Bolgiano, “Fixing the Rudder Post on a Rudderless Ship: The Need for Ethics Training of Strategic

Leaders,” awaiting publication, *Proceedings*.

69. Caslen and Anderson, 115; Diltrice M. Thomas, “Exploring the Professional Military Ethic,” *Command and General Staff College Foundation News*, no. 10 (Spring 2011).

70. Jennings and Hannah, 23-13. See also G.R. Salanick and J. Pfeffer, “A Social Information Processing Approach to Job Attitudes and Task Design,” *Administrative*

Science Quarterly, 23 (1978): 224-53.

71. *Ibid.*

72. Casey, 14-15.

73. Bolgiano, 10

74. E. Adamson Hoebel, Esq., “Law and Anthropology” (lecture, University of Arizona, Tucson, Winter, 1974).

75. *New York Times*, 21 August 2011, Sunday Review Section, 1.