

La Responsabilidad del Oficial de Estado Mayor en los Crímenes de Guerra

Teniente Coronel Michael J. Davidson, Ejército de los EE.UU.

“Sólo estaba obedeciendo mis órdenes.” Tal forma de defensa en el caso de la comisión de actos inmorales ha llegado a ser un tipo de cobardía que oscurece cualquier sentido de obediencia. Adiestramos a nuestros soldados a comportarse en una manera moral en el combate y otras operaciones ambiguas, pero las consideraciones pueden ser aún más difíciles para los planeadores que para los operadores. El autor explica las reglas bizantinas para los oficiales de estado mayor que posiblemente nunca van a tirar de un fusil, oprimir un botón, ni herir un alma—pero sin embargo serán culpables de cometer crímenes de guerra.

EN 1945, BOMBARDEROS de Gran Bretaña y de los EE.UU. devastaron la ciudad de Dresden, Alemania. Durante la noche del 13 de febrero la Fuerza Aérea Real dejaron caer 2.646 toneladas de bombas —44 por ciento de tipo incendiario— en el centro de la ciudad. El próximo día, los bombarderos de la Octava Fuerza Aérea arrojaron 771 toneladas —38 por ciento incendiarios— con el área de concentración de Dresden siendo el objetivo del ataque.¹ Además de destruir la capacidad militar-industrial de la ciudad y el centro del sistema ferroviario, el ataque aéreo causó bajas civiles “excepcionalmente altas” y daños significativos a las áreas residenciales de la ciudad.²

La justificación legal para estos ataques ha sido ampliamente debatida; las reglas legales que gobiernan el bombardeo aéreo no fueron codificadas sino hasta fines de la II GM. Mientras algunos comentaristas han sugerido que “el ataque en Dresden podría haber sido ilegal”, otros consideran a Dresden un “objetivo militar legítimo”.³ Tomando en consideración que los aspectos más contenciosos de los bombardeos de Dresden serían considerados hoy en día una violación de las leyes del conflicto armado, ¿cuál es el nivel de responsabilidad del personal del estado mayor por el planeamiento de este tipo de ataque?

Durante la guerra de Vietnam, soldados norteamericanos de la División Americana masacraron centenares de civiles vietnamitas cerca de la aldea de My Lai. Inicialmente, el Comandante de la división, el general de división Samuel Koster, y el Subcomandante de la división, el general de brigada George Young, fueron acusados de delitos, pero se descartaron los cargos y los oficiales recibieron el castigo administrativo.⁴ Los oficiales en los niveles más bajos fueron juzgados en consejo de guerra. El Comandante de brigada, coronel Oran Henderson, y el Comandante de compañía, capitán Ernest Medina fueron exonerados. El teniente William Calley fue juzgado, pero eventualmente, el Secretario del Ejército le concedió libertad condicional. Estos procesos judiciales, especialmente el del teniente Calley, son acontecimientos relativamente bien conocidos y formaron la base para libros y artículos que tratan de la responsabilidad del comando para los crímenes de guerra y la disponibilidad de la defensa basada en “órdenes superiores”.

Sin embargo, relegada a ser una nota al pie de la página en un capítulo oscuro de la historia militar de los EE.UU. fue la recomendación de proseguir por la ley a varios oficiales de estado mayor que fueron involucrados en la operación. Después de la investigación del Ejército de la masacre de My Lai, el teniente general William R. Peers y su equipo investigador recomendaron unas acciones altamente inusuales y mayormente sin precedentes. La Comisión Peers propuso tomar acción judicial en contra de oficiales de estado mayor norteamericanos, incluyendo el jefe de estado mayor de la división, el jefe de operaciones de la brigada, los jefes de operaciones y de inteligencia de la fuerza de tarea, y el capellán de la división.⁵

Se ha escrito mucho acerca de la responsabilidad por los crímenes de guerra por aquéllos que los ordenan y

cometen, pero existe poca información escrita sobre la responsabilidad de aquéllos que facilitan estas ofensas. Los oficiales de estado mayor de los EE.UU. son la envidia de otras FF.AA. Cuando ellos reciben la orden “Hazlo”, ellos superan todo tipo de obstáculos para cumplir la misión. Pero estas habilidades también pueden crear un nido para perpetuar las órdenes ilegales durante la guerra. Puesto que los oficiales se desempeñan más como oficiales de estado mayor que como comandantes de una unidad, discutir la responsabilidad de los oficiales de estado mayor en las violaciones de las leyes de la guerra parece particularmente pertinente.

Este artículo trata con las acciones de los aliados en Dresden y el comportamiento de los soldados norteamericanos en My Lai pero no implica que existe una analogía entre ambos. Cada uno es simplemente un ejemplo histórico empleado para discutir las leyes de conflicto armado y su aplicación actual. Además, este artículo no se propone debatir la legalidad de los bombardeos de Dresden bajo los estándares legales de la época en que ocurrieron.

Nuremberg

Después de la II GM, los victoriosos aliados juzgaron a los mayores criminales de guerra nazis ante un tribunal militar internacional en Nuremberg, Alemania. Las cortes militares de las varias naciones aliadas, tales como Francia, Rusia, Gran Bretaña y los EE.UU. juzgaron a los oficiales inferiores. En 1948, unos 3.500 alemanes habían sido juzgados con respecto a crímenes de guerra; similarmente, en el Lejano Oriente, se llevaron a cabo juicios en contra de unos 2.800 criminales de guerra japoneses.⁶

Los tribunales en Nuremberg, y otros llevados a cabo por naciones individuales a través de toda Europa y el Lejano Oriente, definieron y formularon las leyes internacionales para los crímenes de guerra. Los precedentes legales establecidos en Nuremberg constituyen la ley internacional y, como tales, forman parte de las leyes de los EE.UU.⁷ Consecuentemente, los tribunales de guerra definen los estándares del comportamiento en tiempo de guerra para los militares de los EE.UU. y de soldados enemigos acusados de crímenes de guerra por un tribunal internacional o por un tribunal de guerra militar o consejo de guerra estadounidense.⁸

En el enjuiciamiento del Alto Mando alemán, 14 oficiales alemanes de mayor jerarquía fueron juzgados ante un tribunal estadounidense por la perpetración de crímenes de guerra, conspiración y crímenes contra la paz y la humanidad.⁹ Las acusaciones trataron de varios crímenes de guerra, incluyendo la implementación de órdenes ilegales para ejecutar

a comandos aliados y comisarios soviéticos, así como castigar a civiles enemigos en forma colectiva para disuadir los ataques partidarios. Este caso trató específicamente del asunto de la responsabilidad de los oficiales de estado mayor en los crímenes de guerra.

Para los oficiales de estado mayor, generalmente, el tribunal explicó que “la ofensa criminal básica es la parte integral que desempeña un oficial de estado mayor en hacer efectivo el conjunto criminal”.¹⁰ El tribunal resumió el estándar para la responsabilidad legal en los crímenes de guerra: un oficial de estado mayor que toma una idea ilegal y “emplea esta idea para formar una orden militar, él mismo o a través de sus subalternos, o toma acciones personales para asegurar que la orden es adecuadamente distribuida a aquellas unidades en que llega a ser efectiva, comete un acto criminal bajo la ley internacional”.¹¹

Tomando en consideración que los aspectos más contenciosos de los bombardeos de Dresden serían considerados hoy en día una violación de las leyes del conflicto armado, ¿cuál es el nivel de responsabilidad del personal del estado mayor por el planeamiento de este tipo de ataque?

La base lógica para juzgar a los responsables de crímenes de guerra fue mejor expresada en el Caso de los Ministerios. En ese tribunal fueron juzgados los funcionarios civiles nazis, pero la lógica del tribunal se aplica igualmente en el contexto militar: “si los comandantes de los campamentos de la muerte que a ciegas cumplieron las órdenes de matar a los prisioneros desafortunados, si aquéllos que implementaron o llevaron a cabo las órdenes para la deportación de los judíos al Este son correctamente enjuiciados, condenados y castigados; y de eso no tenemos ninguna duda; entonces aquéllos que se encontraban en el silencio y paz de los departamentos ministeriales, y que apoyaron esta campaña al formular los decretos, regulaciones y directivas necesarios para su ejecución de igual modo son culpables”.¹²

En el proceso judicial de los miembros del Alto Mando, el tribunal norteamericano discutió la responsabilidad criminal de los jefes de estado mayor. Como fue el caso con otros oficiales de estado mayor, el tribunal requirió de alguna forma de acción positiva antes de que se asignara la responsabilidad criminal pero también observó que los jefes de estado mayor poseen un mayor potencial de responsabilidad para los crímenes de guerra”. Su autoridad de dar órdenes en el nombre del comandante es “un poder que varía

mucho en la práctica pero que puede permitir un manejo suficiente de iniciativa y discreción para incluir el jefe de estado mayor en la comisión de ofensas bajo las leyes y costumbres de la guerra”.¹³

El tribunal exoneró al general alemán Otto Woehler, el jefe de estado mayor del 11º Ejército, por haber emitido órdenes ilegales de las cuales tenía conocimiento pero no las transmitió a sus unidades subordinadas y por una orden ilegal dado por un oficial subalterno sobre el cual Woehler no ejerció ninguna autoridad de comando. No obstante, el tribunal encontró prueba suficiente para establecer una conexión entre una orden ilegal para condenar a Woehler, cuando este mismo firmó la directiva para el comandante.¹⁴ Aunque no existió un vínculo directo con la creación o transmisión de la orden para el *Einsatzgruppen* (escuadras de la muerte), aún así condenaron a Woehler porque desplegó las escuadras de la muerte a varios lugares en Rusia con conocimiento pleno de su propósito ilegal.¹⁵

Para los oficiales de estado mayor, generalmente, el tribunal explicó que “la ofensa criminal básica es la parte integral que desempeña un oficial de estado mayor en hacer efectivo el conjunto criminal”.

Sin embargo, pareció que el tribunal consideró que el jefe de estado mayor fue responsable por las órdenes emitidas con su conocimiento y firma sólo si fuesen del tipo que normalmente fueron emitidas por un jefe de estado mayor de su propia voluntad y no cuando su firma fue meramente una aprobación maquinal realizada en el nombre del comandante. En otras palabras, el tribunal no consideró los actos puramente administrativos como acciones suficientemente positivas para merecer el término de responsabilidad criminal. Como observó el tribunal: “Entonces parece que podemos condenar a un jefe de estado mayor por los crímenes de guerra llevados a cabo como resultado de sus órdenes si estas no son ‘órdenes básicas’ tales como las que ‘serían necesariamente sometidas al comandante en jefe’, pero las órdenes que ‘un jefe de estado mayor normalmente emitiría de su propia voluntad’”.¹⁶

El Ejército de los EE.UU. empleó el caso del Alto Mando para derivar el siguiente estándar de responsabilidad generalizada para ambos los jefes de estado mayor así como otros oficiales de estado mayor: “Generalmente, ellos no fueron considerados responsables para las órdenes de una naturaleza de comando que fueron emitidas fuera de su autoridad a menos que sea demostrado que ellos fueron personalmente involucrados en la

iniciación, redacción o implementación de la orden criminal. Por supuesto, su responsabilidad con respecto a la administración de sus propios departamentos de estado mayor se mantiene igual que existe con cualquier otro comandante militar”.¹⁷

Nótese la sugerencia que las FF.AA. de los EE.UU. responsabilizarán a los oficiales de estado mayor y los jefes de departamento al nivel más alto del estándar de comando. Los oficiales encargados de una sección del estado mayor serían considerados criminalmente responsables por una violación de las leyes de la guerra cometida por su estado mayor si estos oficiales emitieron la orden ilegal, si tuvieron conocimiento de la actividad ilegal o debían haber conocido la actividad e hicieron poco caso “para tomar medidas necesarias y razonables para asegurar la conformidad con las leyes de la guerra o para castigar a los violadores de las mismas”.¹⁸

El Código de Justicia Militar

Los militares estadounidenses que cometen crímenes de guerra son juzgados bajo el Código de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice — UCMJ*). Para los oficiales que facilitan la actividad criminal, existen varios artículos punitivos del *UCMJ* para formar la base de una prosecución en un consejo de guerra. Sin embargo, las teorías aplicables para la prosecución de un oficial de estado mayor para los crímenes de guerra pueden ser agrupadas en dos categorías generales: conscientemente facilitando la comisión de un crimen de guerra u omitiendo dar a conocer un crimen ante las autoridades ya sea encubriéndolo o no informando de su comisión.

Facilitando el crimen de guerra. Aunque es posible que los oficiales de estado mayor no hayan ordenado la conducta ilegal, pueden ser juzgados por ayuda la comisión de la misma. La ley considera él que activamente apoya en la comisión de un crimen ser culpable hasta el mismo grado que aquél que lo ordena o lo comete. Una convicción bajo la definición del crimen de “dar ayuda”, Artículo 77 del *UCMJ*, requiere que el acusado “asuma un rol en el propósito criminal de diseño” y “apoyar, alentar, avisar, dar consejo u ordenar a otra persona en la comisión de la ofensa”.¹⁹ El requerimiento que el acusado comparte en el propósito criminal de la orden sirve para excluir de la responsabilidad criminal la conducta de aquéllos que facilitan el crimen inconscientemente.²⁰

No es suficiente que un oficial sabía que otros miembros del estado mayor preparaban una directiva ilegal o que el acusado estaba presente en una reunión en que fue formalizada una orden ilegal en forma escrita; el acusado debe tomar una acción afirmativa.²¹ La única excepción para el requerimiento de acción es cuando la



Foto: Departamento de Defensa

Después de su liberación, un prisionero ruso denuncia un guardia nazi por maltrato.

inacción por parte de un soldado con el deber de actuar “es con la intención de funcionar y, de hecho, funciona como una forma de apoyo o un estímulo para el autor verdadero [del acto]”.²² Este tipo de escenario puede surgir si el comandante articula el deseo de tomar un curso de acción ilegal, busca objeciones de todos los jefes de sección del estado mayor, pero no recibe ninguna aunque la orden es obviamente ilegal.

Casi cualquier acción que un oficial de estado mayor tomaría para facilitar el crimen de guerra que es más que una acción puramente administrativa debe satisfacer el requerimiento de acción afirmativa. Estas acciones incluyen la redacción de una orden ilegal o el ofrecimiento de consejo técnico durante la creación de la misma, proporcionando la idea ilegal que resulta en una orden, activamente supervisando subalternos que trabajan en la acción de estado mayor o implementando la directiva sabiendo que es ilegal.

Cuando un grupo está involucrado en la comisión de un crimen, los fiscales investigan si la acción colectiva constituye una conspiración criminal. El Artículo 81 del *UCMJ* contiene una provisión que permite que la conspiración sea considerada como un crimen distinto

de, y en adición a, la ofensa fundamental. El Manual de Consejos de Guerra de los EE.UU. (*Manual for Courts-Martial United States – MCM*) declara, “Una

Los tribunales de guerra definen los estándares del comportamiento en tiempo de guerra para los militares de los EE.UU. y de soldados enemigos acusados de crímenes de guerra por un tribunal internacional o por un tribunal de guerra militar o consejo de guerra estadounidense.

conspiración para cometer una ofensa es una ofensa separada y distinta de la ofensa que es el objeto de la conspiración, y ambos la conspiración y la ofensa consumada que fue su objeto puede ser cargada, juzgada y castigada”.²³

Para probar una conspiración criminal, el fiscal sólo tiene que demostrar que el acusado era parte de un acuerdo para cometer un crimen bajo el *UCMJ*, y

mientras que este acuerdo estaba en vigencia, cualquier de los conspiradores tomó una acción para lograr el objeto de la conspiración. La acción que impulsa la conspiración no tiene que ser ilegal.²⁴ La conspiración es un cargo popular con los fiscales debido a la libertad de probarla permitida por la ley. La conspiración no tiene que tomar ninguna forma particular, y el acuerdo ilegal “‘puede ser tácito’ o meramente un ‘entendimiento mutuo entre los partidos’ y ‘no necesita ser expresada sino ser sólo implicada para soportar la determinación de culpabilidad’”.²⁵ Sólo se necesitan dos participantes que actúen conscientemente para establecer la definición de conspiración, y sólo uno de los dos necesita estar bajo la autoridad del *UCMJ*.²⁶

Faltas de Denunciar. Una de las conclusiones obtenidas como resultado de la investigación de My Lai de Peers fue que había amplias faltas en denunciar supuestos crímenes de guerra y bajas civiles, a pesar de numerosas directivas y procedimientos operativos (*SOP*) que existían que requirieron estos informes.²⁷ Aún

Aunque es posible que los oficiales de estado mayor no hayan ordenado la conducta ilegal, pueden ser juzgados por ayuda la comisión de la misma. La ley considera él que activamente apoya en la comisión de un crimen ser culpable hasta el mismo grado que aquél que lo ordena o lo comete.

más irrecusable fue la conclusión que los individuos del cuartel general de la fuerza de tarea tomaron acciones concretas para ocultar la masacre, incluyendo la falsificación de registros al cambiar los lugares donde civiles supuestamente habían sido matados.²⁸ Un oficial de estado mayor que está involucrado en la ocultación de un crimen de guerra puede ser juzgado como accesorio después del hecho en violación del Artículo 78, por ocultar el delito en violación del Artículo 134, o por abandono de su deber en violación del Artículo 92.

Un oficial de estado mayor puede ser juzgado como un accesorio después del hecho si “consciente de que un delito bajo el *UCMJ* ha ocurrido, él recibe, ampara o apoya el perpetrador para impedir o prevenir su captura, tribunal o castigo”.²⁹ El ámbito de esta provisión del *UCMJ* incluye acción que ya sea ocultar la evidencia o hacer posible el escape u ocultación de perpetrador.³⁰ Una convicción requiere más que fallar de informar un crimen; el acusado deber tomar un paso activo para ocultar la mala conducta o ayudara al perpetrador en la evasión de responsabilidad legal.³¹ Se puede satisfacer este requerimiento sólo por recomendar ocultar o destruir la evidencia, por fingir la ignorancia bajo la

interrogación o por proporcionar a un investigador la información falsa o engañosa referente el crimen de guerra.³²

Este artículo punitivo queda vigente aún si alguien aparte de un militar norteamericano comete el crimen de guerra, con la condición que la ofensa sería un crimen bajo el *UCMJ* si un militar norteamericano hubiese cometido el delito.³³ Los militares estadounidenses pueden ser juzgados por obstruir la investigación y prosecución de un soldado aliado, aún si el militar estadounidense no está involucrado en el crimen y autoridades extranjeras administren todo el proceso judicial militar.

Normalmente, se usa la provisión de ley “ocultar la mala conducta” cuando no se puede aplicar los cargos de apoyar a otra persona en la comisión de una ofensa o de conspiración.³⁴ La ofensa no sólo trata de la ocultación de la ofensa sino de las acciones tomadas para ocultar la identidad de los responsables.³⁵ Un soldado no es culpable de este crimen meramente por “fallar o rehusar divulgar la ofensa sin alguna forma activa de ocultación”.³⁶ El acto de falsificar un registro de la unidad, como fue el caso en el cuartel general de la *FT Barker* después de la masacre de My Lai, sería ejemplo de un acto positivo de ocultación. No sirve la defensa reclamar que el acusado protegía la honra de la unidad o actuaba en el interés de la institución en vez de ser motivado por el deseo de ayudar a los responsables que cometieron el crimen.³⁷

Aún si un soldado no intenta ocultar la ofensa ni impedir una investigación, el fallar de denunciar la comisión de un crimen de guerra aún puede ser delito bajo Artículo 92. Si una orden general u otro reglamento escrito contiene un requerimiento de denunciar, entonces la falta de denunciar el crimen de guerra puede constituir un delito. Si fuera el deber del acusado reportar el crimen en virtud de cualquier “tratado, estatuto, reglamento, orden legal, procedimiento operativo estándar o costumbre de la institución militar”, el fallar de reportar la mala conducta puede constituir el desamparo de deber, también una violación bajo el Artículo 92. La Directiva 5100.77 del Departamento de Defensa exige una denuncia de cualquier “posible, supuesta o alegada violación de las leyes de guerra” a través de la cadena de mando, la policía militar, el Auditor General del Ejército, o el Inspector General.³⁸ Cualquier comandante que recibe información sobre posibles crímenes de guerra debe “denunciar el incidente de inmediato a través de los canales del comando a la autoridad más alto”.³⁹ El comandante a nivel más alto debe pedir que investigadores militares inician una investigación formal y también debe someter un informe a la cadena de mando.⁴⁰



Las secuelas de un ataque aéreo aliado contra Alemania en la II GM. (Recuadro) Niños alemanes, hoy en día, visitan los escombros de una iglesia en Dresden, Alemania, la cual fue destruida por los ataques aéreos aliados.

La Defensa de Órdenes Superiores como se Aplica a los Oficiales de Estado Mayor

En cuanto la defensa de órdenes superiores probablemente será parte de la defensa de cualquier oficial de estado mayor que está acusado de la comisión de un crimen de guerra, merece un repaso de la ley. Casi universalmente, los códigos militares del mundo confieren una presunción de legalidad a las órdenes militares.⁴¹ Las leyes militares de los EE.UU. también reconocen esta presunción de legitimidad. Recientemente, el Corte de Apelación Criminal del Ejército declaró, “Se presume que una orden es legal. Un soldado desobedece una orden ‘según su responsabilidad personal y asumiendo su riesgo’”.⁴² El Manual de Consejos de Guerra contiene lenguaje similar: “Una orden que requiere el desempeño de una tarea o acto puede ser presumida legal y la desobedece a riesgo del subalterno”.⁴³

Las órdenes que son obviamente ilegales sólo pueden ser superadas por esta presunción de legalidad.⁴⁴ Para ilustrar este tipo de orden, el Manual de Consejos de

Guerra estipula “una [orden] que manda la comisión de un crimen”.⁴⁵ Este lenguaje no es particularmente útil en cuanto que no todas las órdenes de cometer

Una de las conclusiones obtenidas como resultado de la investigación de My Lai de Peers fue que había amplias faltas en denunciar supuestos crímenes de guerra y bajas civiles, a pesar de numerosas directivas y procedimientos operativos que existían que requirieron estos informes.

un crimen son claramente ilegales. Por ejemplo, un pedido de fuego para fósforo blanco contra civiles indefensos *solamente* para incrementar el sufrimiento es incuestionablemente un acto ilegal para el observador avanzado, pero es posible que la unidad de artillería o la sección de morteros que responde al pedido de fuego y sus oficiales y suboficiales que ordenan el fuego no sepan lo que ocurre, y es imposible que razonablemente

sepan que el observador avanzado está cometiendo un crimen.

La Regla 916(d) del Consejo de Guerra sólo trata brevemente con este concepto. La regla declara que las órdenes superiores son una defensa “a menos que el acusado sabía que las órdenes eran ilegales o que una persona de percepción y entendimiento ordinario que hubiese tenido que saber que las órdenes eran ilegales”. El Manual de Campaña (*Field Manual – FM*) 27-10, Las Leyes de Guerra Terrestre (*Law of Land Warfare*), contiene lenguaje similar.⁴⁶ En otras palabras, a menos que los soldados sepan que una orden es ilegal o deberían saber que es ilegal, pueden obedecerla con seguridad. De hecho, la Regla 916(d) específicamente declara que a menos que el acusado sabía o debería haber sabido de la ilegalidad de la orden, “un acto realizado a consecuencia de una orden ilegal es perdonado”.⁴⁷

La única excepción para el requerimiento de acción es cuando la inacción por parte de un soldado con el deber de actuar “es con la intención de funcionar y, de hecho, funciona como una forma de apoyo o un estímulo para el autor verdadero [del acto]”.

Las leyes militares de otras naciones generalmente presumen que una orden es legal y emplean lenguaje parecido para describir las órdenes cuya ilegalidad es tan clara que deben ser rechazadas. Este nivel de ilegalidad ha sido descrito como “manifiesto, ultrajante, flagrante, palpable, indisputable, claro e inequívoco, transparente, obvio, sin duda alguna, o universalmente conocido por todos”.⁴⁸ En el caso del Alto Mando, el tribunal intentó aclarar el concepto al definir una orden obviamente ilegal como una “en contradicción evidente a toda moralidad humana y toda costumbre internacional de la guerra”.⁴⁹ Claramente, el estándar para que una orden sea obviamente y “palpablemente” ilegal es alto. No debe existir duda alguna razonable en la mente de cualquier persona racional que la orden está en contra de la ley, aún sea en el contexto del conflicto armado.

Desafortunadamente, no hay una lista que incluye todas las órdenes claramente ilegales, y una orden que es ilegal en un contexto específico puede ser legal en otro. Hay algunos actos que son tan claramente malvados que no pueden ser justificados. Por ejemplo, una orden para que se lleven a cabo violaciones en masa es obviamente ilegal.⁵⁰ Además de ser un delito bajo el Artículo 120 del *UCMJ*, el Comité Internacional de la Cruz Roja declaró que la violación sexual es un crimen de guerra.

El Departamento de Estado de los EE.UU. y el Tribunal de las Naciones Unidas han citado casos de violación que fueron cometidos en la ex Yugoslavia.⁵¹ Una orden de no denunciar un supuesto crimen de guerra a través de la cadena de mando militar también sería claramente ilegal.

La historia de casos militares proporciona por lo menos dos ejemplos de órdenes obviamente ilegales en tiempo de guerra, y ambos involucran la matanza ilegal de no combatientes. En el caso de *Estados Unidos v. Calley*, un teniente de infantería del Ejército de los EE.UU. condenado por haber matado a “22 recién nacidos, niños, mujeres, viejos, y por haber cometido un asalto con la intención de matar un niño de unos dos años de edad”.⁵² En el juicio, Calley no defendió exitosamente sus acciones, arguyendo que meramente cumplió las órdenes de su jefe de compañía.⁵³ Al mantener la convicción de Calley, el Juez Quinn, escribiendo la opinión legal para la Corte de Apelación Militar de los EE.UU., encontró que la orden de “matar a niños y civiles sin armas que eran tan claramente incapaces de resistir la potencia armada de una fuerza militar como eran los que Calley mató es palpablemente ilegal. En el estrés del combate, no se puede anticipar razonablemente que un miembro de las Fuerzas Armadas hará un análisis legal refinado y ser criminalmente culpable si se equivoca en una situación en la cual podría haber mucho desacuerdo. Pero no existe ningún desacuerdo referente a la ilegalidad de la orden de matar en este caso. Durante 100 años, ha sido una regla establecida en el sistema legal norteamericano que, aún en la guerra, la ejecución sumaria de un enemigo que se ha sometido a, y está bajo el efectivo control físico, es homicidio”.⁵⁴

En el caso de *Estados Unidos v. Griffen*, el sargento de segunda clase Walter Griffen, un soldado de infantería agregado a la 1ª División de Caballería, fue condenado por haber matado un detenido vietnamita. Después de recibir una orden directa de su jefe de pelotón de matar al detenido porque se sospechaba que era miembro del Viet Cong, Griffen y otro soldado acompañaron al detenido, que tenía sus manos atadas, a la ribera donde le dispararon empleando fusiles M-16. Durante el proceso, Griffen declaró que oyó al jefe de compañía dar la orden de matar al detenido vietnamita al jefe de pelotón. El jefe de pelotón dio la orden directa a Griffen de llevar a cabo la orden del jefe de la compañía. Griffen creyó que la orden era legal debido a que se había reemplazado a un jefe de pelotón anterior cuando otro detenido se escapó, y Griffen creyó que el detenido presentaba una amenaza a la seguridad del pelotón. Al mantener la convicción de homicidio, la corte de apelación anotó que el detenido no trató de escaparse, estaba atado, no armado, no

resistió y no representaba una amenaza clara a Griffen ni a la unidad. Finalmente, considerando la defensa de órdenes superiores, la corte encontró que la orden del jefe de pelotón era “palpablemente ilegal de apariencia”, observando, “es difícil concebir una situación militar en la cual una orden superior sería más inapropiada”.⁵⁵

Regresando a un escenario parecido al de Dresden, asúmese que un estado mayor aéreo en el presente planeó una operación en la cual la selección de blancos fuese principalmente el estado de ánimo de la población civil que últimamente causó niveles de bajas civiles y daños a propiedades desproporcionados con relación a la ventaja militar esperada, y como resultado miembros del estado mayor fueron acusados de un crimen de guerra.⁵⁶ ¿Podrían defender estos oficiales sus acciones con la defensa de órdenes superiores? Si el estado mayor sabía que el bombardeo aéreo iba a designar la población civil como blanco como parte de una campaña de terror para quebrar la estado de ánimo del pueblo, la defensa de órdenes superiores no debe ser considerada.

Antes de la II GM, era generalmente reconocido que matar civiles de manera deliberada era prohibido. Lamentablemente, ninguna convención internacional trató con el bombardeo aéreo. En la década de los años 20, se reunió una comisión internacional de ley en La Haya y proclamó, “se prohíbe el bombardeo aéreo destinado a aterrorizar la población civil, o para destruir o dañar las propiedades privadas que no tienen valor militar, o para herir los no combatientes”.⁵⁷ El borrador final de las Reglas de La Haya referente a la Guerra Aérea que resultó de la reunión nunca fue adoptado.⁵⁸ La Resolución de la Asamblea de la Liga de Naciones de 1938 que intentó declarar ilegal el bombardeo aéreo intencional de poblaciones civiles resultó ser también no obligatoria legalmente.⁵⁹

Hoy en día, las prohibiciones legales en contra de estos ataques son más claras. El FM 27-10 específicamente menciona que “la ley internacional convencional prohíbe la instigación de ataques (incluyendo el bombardeo aéreo) en contra de la población civil como tal o civiles individuales como tales”.⁶⁰ Además, el Protocolo I de los Convenios de Ginebra estipula que una “población civil no será el objeto del ataque” y que “los actos o amenazas de violencia cuya meta principal es aterrorizar a la población civil son prohibidos”.⁶¹ El Protocolo I también prohíbe “los ataques indiscriminados”, los cuales que por su naturaleza, designan objetivos militares y civiles sin distinguir entre los dos, incluyendo los bombardeos tratan los objetivos militares específicos dentro de un área poblada como una área que tiene un solo objetivo.⁶²

En contraste, si el estado mayor creía que el ataque de Dresden era legal debido a que sólo tenía como

objetivos la capacidad industrial y militar y el área de concentración ferroviaria pero después el ataque aéreo fue considerado ilegal debido a que la ventaja militar era totalmente desproporcionada con relación a la masacre generada por el bombardeo, por lo tanto la defensa de órdenes superiores puede ser legítima. Es posible que la orden de planear y ejecutar el ataque no hubiese sido tan obviamente ilegal en la estimación del estado mayor aéreo que el personal del mismo sería acusado de saber que la incursión era ilegal.

Como en cualquier aspecto legal, los escenarios realistas del mundo inevitablemente yacen en un área gris entre lo que es claramente permitido y lo que es claramente prohibido. En el contexto del conflicto armado, la línea que separa lo que es claramente prohibido cambia y llega a ser borrosa. La conducta considerada ilegal durante tiempo de paz o en un contexto civil puede ser permitida durante la guerra. Las

Es claramente ilegal poner civiles en contra una pared y matarlos. A la inversa, es completamente apropiado —de hecho alentado— enfrentar a soldados enemigos que están atacando su posición. Menos claro es la legalidad de disparar en contra de soldados enemigos que atacan posiciones amigas, o intentan infiltrarlas, mientras empleando civiles como escudos humanos.

circunstancias de la conducta determinan su legalidad; para los oficiales del estado mayor, así como los comandantes a los niveles más bajos y sus fuerzas, es posible que ellos no conozcan todos los acontecimientos que resultaron en la orden. Esta incertidumbre llega a ser aún más confusa debido a dos máximas opuestas de la ley militar.

Primero, las instituciones militares enseñan la obediencia casi incondicional de las órdenes e imponen sus requerimientos mediante el sistema judicial militar. A la inversa, el mismo sistema de justicia está listo a castigar a los soldados por obedecer las órdenes claramente ilegales, con la esperanza de que ellos sean individuos racionales capaces de razonamiento. El tribunal de crímenes de guerra de los EE.UU. desaprobó el empleo de la defensa de órdenes superiores y condenaron a varios miembros de *Einsatzgruppen* nazi por la matanza de casi un millón de civiles en Rusia y declaró, “la obediencia de un soldado no significa la obediencia de un robot. Un soldado es un agente de razonamiento. Él no responde, y no debe tener expectativas que va a responder, como una máquina”.⁶³

En las palabras de un comentarista legal, “Al esperar que el soldado en el combate evalúe si la orden de su superior es justa, so pena de castigo severo si se equivoca, muchas veces sería injusta. Frecuentemente, esta evaluación necesitaría del conocimiento de consideraciones fuera de su esfera de control. Si la ley requiere que él tome una decisión legal independiente en cualquier momento que recibe una orden, esta situación también arriesga evocar su desobediencia a las órdenes que parecen ilegales de la perspectiva limitada del soldado pero los cuales que son realmente justificados por mayores circunstancias operativas”.⁶⁴

Recientemente, la prensa denunció un crimen de guerra potencial involucrando las fuerzas militares de los EE.UU. y la masacre de civiles durante la Guerra de Corea. La investigación oficial del incidente de No Gun Ri ha sido completada, y los acontecimientos acerca de la masacre nos permite examinar más aún la responsabilidad en los crímenes de guerra. El incidente también subraya la razón por la cual debemos esperar más del gobierno antes de que el gobierno castigue un soldado, particularmente un oficial de estado mayor, por cometer un crimen de guerra resultante de órdenes superiores.

Es claramente ilegal poner civiles en contra una pared y matarlos. A la inversa, es completamente apropiado —de hecho alentado— enfrentar a soldados enemigos que están atacando su posición. Menos claro es la legalidad de disparar en contra de soldados enemigos que atacan posiciones amigas, o intentan infiltrarlas, mientras empleando civiles como escudos humanos. Sin duda alguna, los soldados enemigos cometen crímenes de guerra, ¿pero cuáles son las opciones legalmente disponibles para repeler este tipo de ataque? Más aún, si la situación táctica llega a ser desesperada —como fue en Corea antes de los desembarcos en Inchon— y la mala conducta del enemigo llega a ser extensa, ¿puede ordenar legalmente un comandante de nivel alto que las tropas amigas enfrentan los soldados enemigos que intentan infiltrar las líneas norteamericanas usando a civiles para ocultarse o como escudos en su aproximación? ¿Puede transmitir o implementar legalmente la orden un oficial de estado mayor?

Para responder estas preguntas, abogados y jueces realizarían ejercicios mentales, analizando cursos de acción alternativos—quedarse en la posición o retirarse, iniciar un enfrentamiento con francotiradores en vez de fuego de armas automáticas o emplear un agente lacrimógena. Sopesarían las varias opciones en contra de los principios generales de las leyes de la guerra referente a la proporcionalidad, la necesidad militar y sufrimiento innecesario. Podrían consultar el *FM 27-10* y posiblemente los Convenios de Ginebra y La Haya para conseguir orientación, y eventualmente llegar a una conclusión legal. Sin embargo, los oficiales

combatientes y sus estados mayores raramente cuentan con este nivel de adiestramiento legal o los recursos legales adecuados, no tendrán el acceso a un abogado militar en todos los casos y por consecuencia, no pueden ser considerados listos para enfrentar situaciones legales complicadas en forma independiente. Además, cuando operan bajo las condiciones frecuentemente asociadas con las operaciones de combate sostenidas —el cansancio, el miedo y el acceso limitado a los hechos— que determinan si una orden es “palpablemente” ilegal puede ser difícil. De hecho, los auditores militares experimentados no están de acuerdo en todos los casos con respecto a los asuntos referentes a crímenes de guerra, aún cuando reciben datos idénticos.

En las Fuerzas Armadas de los EE.UU. existe uno de los más agresivos cuerpos de oficiales de estado mayor en el mundo. Las FF.AA. de los EE.UU. han adiestrado a los estados mayores a superar obstáculos; los comandantes anticipan una actitud positiva, y lo refuerza mediante la presión social, evaluaciones, condecoraciones y ascensos en grado.

Lastimosamente, este sistema también incluye un número de fallas inherentes. La intención verbal del comandante puede llegar a cambiar sustancialmente después que ha sido investigado y canalizado al nivel de unidad, donde llevará a cabo la orden. Existen pocos medios de control en vigencia para corregir una mala interpretación de la intención del comandante disponibles al jefe de estado mayor u oficial principal del estado mayor que genera una acción de estado mayor basada en lo que piensa que el comandante habría ordenado.

Además, el sistema de estado mayor no proporciona la motivación para los oficiales de estado mayor que resisten y cuestionan de la legalidad de una orden del comandante o jefe de sección de estado mayor. Poner en duda una acción planeada por el estado mayor exige el coraje, particularmente cuando existe la posibilidad de una explicación o justificación verosímil para una orden legalmente cuestionable. Los oficiales de estado mayor raramente tienen todos los datos pertinentes y, con la excepción de los principios de estado mayor, posiblemente no saben las preocupaciones, intento o justificación del comandante. Los oficiales que resisten una orden cuestionable y después salen equivocados arriesgan perder la confianza de sus semejantes y superiores, y por consecuencia, pueden inhibir la progresión en su carrera. Con la excepción de los casos de las más obvias violaciones de las leyes de guerra, los oficiales del estado mayor deben confiar en la competencia y el profesionalismo de sus oficiales superiores, y deben asumir que sus órdenes son legales.

Generalmente, los oficiales de estado mayor son considerados responsables al mismo grado que los

comandantes. Con la excepción del requerimiento de denunciar un supuesto crimen de guerra, los oficiales de estado mayor que tienen conocimiento de conducta ilegal no serán culpables sin jugar un rol activo en el mismo. Además, a menos que una orden es claramente ilegal, los oficiales de estado mayor pueden obedecerla

con seguridad aún si más tarde la orden llega a ser considerada ilegal. La ley que gobierna la responsabilidad de los oficiales de estado mayor para los crímenes de guerra debe reflejar el ambiente operativo realista del mundo actual y las limitaciones prácticas de un estado mayor militar, y lo hace. **MR**

NOTAS

1. Richard G. Davis, *Carl A. Spaatz and the Air War in Europe* (Washington, DC: Centro de Historia de la Fuerza Aérea, 1993), pág. 556.
2. La División Histórica de la Fuerza Aérea de los EE.UU., *The Army and Air Forces in World War II*, ed. Wesley F. Craven y James L. Cate (Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1951), pág. 731.
3. Telford Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (Nueva York: Bantam Books, 1970), pág. 143; Michael Walzer, "World War II: Why Was This War Different?" en *War and Moral Responsibility* (Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1974), pág. 101.
4. Geoffrey Perret, *Winged Victory: The Army Air Force in World War II* (Nueva York: Random House, 1993), pág. 369; W.R. Peers, *The My Lai Inquiry* (Nueva York: W.W. Norton & Co, 1979).
5. Peers, págs. 214-15.
6. Horst Boog, "Harris—A German View," en *Sir Arthur Harris, Dispatch on War Operations, 22nd February 1942 to 8th May 1945*, ed. S. Cox, (Londres: F. Cass, 1995), Apéndice XXX, xiv.
7. Taylor, págs. 27-28.
8. El Manual de Campaña (FM) 27-10, *The Law of Land Warfare* (Washington, DC: US Government Printing Office [GPO], julio de 1956), págs. 180-81.
9. El Tribunal del Alto Mando Alemán, *XII Law Reports of Trials of War Criminals 1* (Londres: La Comisión de Crímenes de Guerra de la ONU, 1948), caso 72.
10. *Ibid.*, pág. 117.
11. Matthew Lippman, Conundrums of Armed Conflict: Criminal Defenses to Violations of the Humanitarian Law of War," *Dickenson Journal of International Law*, vol. 15, 1996, págs. 30-31.
12. Sanford Levinson, "Responsibility For Crimes Of War," in *War and Moral Responsibility* (Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1974), págs. 645-46.
13. El Tribunal de Alto Mando Alemán, pág. 113.
14. *Ibid.*, págs. 113-14.
15. *Ibid.*, pág. 115; Lippman, pág. 20.
16. El Tribunal del Alto Mando Alemán, pág. 115.
17. Panfleto del Departamento del Ejército of the (DA Pam) 27-161-2, *International Law* (Washington, DC: US GPO, octubre de 1962), pág. 244.
18. *Manual for Courts-Martial United States (MCM)*, Parte IV (Washington, DC: GPO, 1998), párrafo 1(b)(2)(b)(ii).
19. *Ibid.*, párrafo 1(b)(2)(b)(ii).
20. *Ibid.*, párrafo 1(b)(3)(b); US Court of Military Appeals (C.M.A.) (1956), Estados Unidos v. Patterson, 21 Courts-Martial Reports (C.M.R.), págs. 135 y 137-38.
21. Estados Unidos v. Thompson, 50 Military Justice (M.J.) (1999), págs. 257 y 259.
22. MCM, párrafo 1b(2)(b)(ii).
23. *Ibid.*, párrafo 5(c)(8).
24. *Ibid.*, párrafo 5(c)(4)(b).
25. Estados Unidos v. Cobb, 45 M.J. (1996), págs. 82 y 85, citas omitidas.
26. Peers, págs. 31, 32, 102, 119 y 124.
27. Peers, pág. 201.
28. MCM, párrafo 2(a).
29. MCM, párrafo 2(c)(1).
30. MCM, párrafo 2(c)(2); Estados Unidos v. Michaels, 3 M.J., págs. 846 y 850 (US Appellate Court of Military Review [A.C.M.R.], 1977).
31. Estados Unidos v. Davis, 42 M.J. (1995), págs. 453 y 455.
32. MCM, párrafo 2(c)(4); Michaels, 3 M.J., pág. 849.
33. *Ibid.*, párrafo 95(c)(1).
34. Estados Unidos v. Sanchez, 51 M.J. (1999), pág. 165.
35. MCM, párrafo 95(c)(3).
36. *Ibid.*, párrafo 95(c)(1).
37. Department of Defense Directive 5100.77, *DOD Law of War Program*, (Washington, DC: GPO, 9 de diciembre de 1998), párrafo 3.2, 6.1.
38. *Ibid.*, párrafo 6.2.
39. *Ibid.*, párrafo 6.3.
40. Mark J. Osiel, "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War," *California Law Review* (octubre de 1998), págs. 939 y 961.
41. Estados Unidos v. New, 50 M.J., 729 and 739 (Army Court of Criminal Appeals, 1999), citas omitidas.
42. MCM, párrafo 14c(2)(a)(i).
43. *Ibid.*, párrafo 14c(2)(a)(i).
44. *Ibid.*
45. El FM 27-10, pág. 182.
46. MCM, Rule for Courts-Martial 916(d), II-110.
47. Osiel, pág. 952.
48. *Ibid.*
49. Roy Gutman, *A Witness To Genocide* (Nueva York: MacMillan Publishing Co, 1993), pág. 64; Linda A. Malone, "Forgotten Victims: Responsibility Under Law for Systematic Sexual Violence Toward Women During Warfare," *William & Mary Lawyer* (1995), págs. 12-13.
50. *Ibid.*, pág. 14; "Serb Pleads Innocent to Rape Indictment," *Atlanta Journal Constitution*, 29 agosto de 1998, A11; "Bosnian War Crimes Panel Finds Commander Guilty In Rape Case," *The New York Times*, 11 de diciembre de 1998.
51. 48 C.M.R. (1973), págs. 19 y 21.
52. *Ibid.*, pág. 25.
53. *Ibid.*, pág. 29.
54. 39 C.M.R. (1968), págs. 586, 588 y 590.
55. *Ibid.*
56. A lo menos, un objetivo del bombardeo aéreo de Dresden era quebrar el estado de ánimo del pueblo alemán. Véase capitán Steven P. Gibbs, "The Applicability of the Laws of Land Warfare to US Army Aviation," *Military Law Review* (1976), págs. 25 y 51; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars* (Nueva York: Basic Books, 1977), pág. 261; Guenter Lewy, *America In Vietnam* (Nueva York: Oxford University Press, 1981), pág. 413.
57. Walzer, "World War II: Why Was This War Different?" pág. 94.
58. Gibbs, pág. 55. A lo menos, un comentarista legal cree que la regla generalmente reflejó la ley internacional consuetudinaria. Otros comentaristas dicen que la conclusión de Gibbs no se refleja en la práctica de Estados en la I o la II GM.
59. El teniente coronel William J. Fenrick (Ejército de Canadá), "The Rule of Proportionality and Protocol I In Conventional Warfare," *Military Law Review* (1982), págs. 91 y 96.
60. El FM 27-10, (revisión 1, 1976), pág. 4, párrafo 40.
61. "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949," "Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I)," re-impreso en DA Pam 27-1-1, *Protocols to the Geneva Conventions of August 1949* (Washington, DC: GPO, septiembre de 1979), artículo 51(2). En cuanto los EE.UU. no es signatario del Protocolo I Adicional, considera esta provisión una declaración de ley correcta.
62. Protocolo I, artículo 51 (4); *Operational Law Handbook* (Falls Church, Virginia: Judge Advocate General's School, 2000), pág. 5-2; Joel Greenberg, "Civilians, Illegal Targeting Of," *Crimes Of War* (Nueva York: W.W. Norton & Co, 1999), pág. 85.
63. Lippman, pág. 21.
64. Osiel, pág. 968.

El teniente coronel Michael J. Davidson, Ejército de los EE.UU., es Jefe de Sección de la División de Defraudación en Adquisición del Ejército en Arlington, Virginia. Recibió su licenciatura de la Academia Militar de los EE.UU. en West Point, Nueva York y el título de J.D. de la Universidad de William y Mary, y títulos de L.L.M. de la Escuela de Auditoría General del Ejército y de la Universidad de George Washington. Él es egresado de la Escuela de Comando y Estado Mayor del Ejército de los EE.UU. Ha servido en una variedad de posiciones jurídicas, incluyendo como Jefe de Ley de Contratos y Administración en la Oficina del Auditor del Tercer Ejército de los EE.UU. en Fuerte McPherson, Georgia; asistente especial al Procurador de los EE.UU. en la Oficina del Procurador de los EE.UU. en Fénix, Arizona; licenciado de litigación en el Centro de Litigación del Ejército de los EE.UU., Arlington; y asesor jurídico mayor en la Oficina del Auditor del III Cuerpo de Ejército en Fuerte Hood, Texas.