



Entrevista al brigadier general Richard C. Gross

Asesor jurídico del presidente del Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos*

El brigadier general Richard C. “Rich” Gross es asesor jurídico del presidente del Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos. Asistió a la Academia Militar de West Point y fue comisionado como segundo teniente de infantería en el Ejército de Estados Unidos. Asimismo, asistió a la Facultad de Derecho en la Universidad de Virginia y al Cuerpo Jurídico del Ejército de Estados Unidos. Tiene una maestría en estudios estratégicos de la Escuela de Guerra del Ejército de EE.UU. Antes de su posición actual, se desempeñó como asesor jurídico en jefe del Mando Conjunto de Operaciones Especiales, la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF, por su sigla en inglés), las Fuerzas de EE.UU.-Afganistán (USFOR-A, por su sigla en inglés) y el Mando Central estadounidense.

El ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) es un concepto aparentemente simple; a grandes rasgos, se trata de dónde, cuándo y a quiénes se aplican las normas del DIH. Si bien esto ha sido siempre una condición previa para debatir cuestiones relativas al DIH, los límites exteriores de la aplicabilidad del derecho aún no están definidos. Para debatir sobre los matices del ámbito de aplicación del derecho, el brigadier general Gross concedió la presente entrevista, en la cual ofreció la perspectiva de Estados Unidos sobre las circunstancias en que se aplica el DIH y los retos que se avecinan a la luz de la evolución de la manera en que se libra la guerra.

* Esta entrevista tuvo lugar el 9 de abril de 2014 en el Pentágono, Washington, DC, conducida por Vincent Bernard, redactor jefe de la IRRC; Daniel Cahen, asesor jurídico, CICR, Washington; y Anne Quintin, asesora de divulgación jurídica, CICR, Ginebra.

¿Cuáles son sus principales responsabilidades como asesor jurídico del presidente del Estado Mayor Conjunto?

Por el título del cargo, se podría inferir que solo asesoro al presidente del Estado Mayor Conjunto, pero, de hecho, asesoro a su presidente y vicepresidente, así como a todo el Estado Mayor Conjunto. Para comprender qué hago, quizás sea mejor explicar qué hace mi cliente principal. En virtud de la legislación federal de Estados Unidos, el presidente del Estado Mayor Conjunto es el asesor militar principal del presidente, del secretario de Defensa y del Consejo de Seguridad Nacional: brinda lo que denominamos el “mejor asesoramiento militar” a la dirigencia de nuestro país en materia de seguridad nacional. Por lo tanto, le brindo asesoramiento jurídico mientras que él brinda asesoramiento militar.

¿Cuánto tiempo dedica usted diariamente a cuestiones relacionadas con el DIH?

A veces, dedico bastante tiempo a cuestiones relacionadas con el DIH, en función de los temas del día. Por ejemplo, gran parte de la cartera de nuestra oficina, sobre la cual asesoro al presidente y al Estado Mayor Conjunto, abarca operaciones en todo el mundo. Cuando los diversos comandos combatientes —Comando Pacífico, Comando Europeo, Comando Central, Comando de África— proponen operaciones militares en el mundo, ya se trate de ejercicios de entrenamiento, ejercicios de entrenamiento bilaterales o multilaterales, cooperación en seguridad u operaciones militares en Afganistán, Irak y otros lugares, estas llegan al presidente para su asesoramiento y recomendaciones de índole militar al secretario de Defensa. Los asesoro, a él y al Estado Mayor Conjunto, en asuntos relacionados con operaciones militares, y parte de mi asesoramiento se refiere a cuestiones relativas al DIH. La mayor parte de las cuestiones *jus in bello* suelen ser tratadas por asesores jurídicos en un nivel mucho más táctico y operacional, en el “lado filoso de la lanza”, como decimos —se trata de las personas que realmente participan en operaciones de combate. A mi nivel, tiendo a trabajar más en cuestiones relativas a los fundamentos jurídicos nacionales e internacionales para el uso de la fuerza— *jus ad bellum*. Sin embargo, sí me ocupo de aquellas cuestiones del DIH que llegan a nuestro nivel; por ejemplo, las operaciones de detención. Ahora bien, qué proporción de la cartera realmente depende de lo que esté sucediendo en el mundo. A menudo, ya sé en qué voy a ocupar la mayor parte de mi día con tan solo leer la portada en las noticias: ¿qué sucedió durante la noche que requiere que el presidente y el Consejo de Seguridad Nacional y ciertamente el presidente del Estado Mayor Conjunto y el secretario de Defensa se involucren en asuntos de seguridad nacional? Esas cuestiones, cuando llegan a la portada de los medios, son los asuntos de los que me ocuparé ese día.

Con frecuencia, muchos temas que tratamos son cuestiones jurídicas nacionales que no involucran operaciones militares. Así, por ejemplo, durante el trágico tiroteo que tuvimos en Fort Hood, naturalmente surgieron preguntas sobre nuestros procedimientos de seguridad, procedimientos de investigación,

programas de salud mental y así sucesivamente¹. Como estos tipos de problemas llegan a nivel del presidente del Estado Mayor para su opinión, si hay cuestiones jurídicas involucradas, participo. Por lo tanto, a veces trato superficialmente un amplio espectro de temas, como solemos decir, “una milla de ancho y una pulgada de profundidad”. Tengo que estar preparado para asesorar sobre una gran variedad de cuestiones jurídicas, y no todas conciernen al DIH.

¿Cuáles son algunos de los aprendizajes relacionados con el DIH de los últimos trece años y todas las operaciones posteriores al 11S?

Es una pregunta muy amplia. Uno de los aprendizajes, en particular, en materia del DIH, es la fuerte ineficacia de tratar de entrenar a las fuerzas militares sobre *ius in bello*, los principios del DIH y las reglas de enfrentamiento en un ambiente de *aula* con una presentación en PowerPoint. Se debe entrenar a las fuerzas armadas por medio de viñetas e, idealmente, casos reales y de juego de roles, que permitan imbuir la idea de qué es correcto o incorrecto, qué es lícito o ilícito, qué está permitido o no en virtud de las reglas de enfrentamiento.

Antes del atentado del 11S, teníamos placas de identificación o unas tarjetas pequeñas que contenían las reglas de enfrentamiento; los soldados usaban las placas de identificación o ponían las tarjetas en sus billeteras. Pero cuando uno está en una situación en que tiene que usar la fuerza, o cuando detiene a alguien y tiene que actuar de una manera particular en virtud de la ley, no tiene mucho tiempo para mirar la placa de identificación o la billetera. Por lo tanto, se debe impartir formación en DIH mediante recursos realistas, del tipo de viñetas, con el objetivo principal de profundizar las lecciones de DIH y otros principios de modo que las personas sepan cómo actuar correctamente. Nunca se llegará a abarcar cada caso posible; sin embargo, indudablemente se puede capacitar en un amplio espectro de casos. Este fue un aprendizaje muy importante: se puede iniciar la formación en un aula, pero el DIH tiene que ser inculcado a través de todas las demás instancias de entrenamiento militar, y es preciso profundizar los conocimientos y capacitar constantemente.

Otro aprendizaje importante de los últimos trece años es que no debemos tener miedo de examinar qué estamos haciendo y revisar constantemente nuestros procedimientos y tácticas. Tenemos que estar dispuestos a mantenernos abiertos a nuevas ideas e investigar minuciosamente cuando algo sale mal, cuando hay víctimas civiles o cuando existe una denuncia por conducta inapropiada. Quizás al principio haya habido resistencia, pero ahora, creo, estamos en el punto en que si algo sale mal, investigamos. No cabe duda. Investigamos a fondo. Hacemos

1 Nota del editor: en los últimos años, se han registrado dos incidentes de tiroteos masivos en la base militar de Fort Hood cerca de Killean, Texas. El primero, que tuvo lugar el 5 de noviembre de 2009, causó trece muertos y más de treinta heridos. El segundo, mencionado aquí, ocurrió el 2 de abril de 2014 y dejó cuatro muertos, incluido el atacante, y dieciséis heridos. Para obtener más información, v. Manny Fernández y Alan Blinder, “Army Releases Detailed Account of Base Rampage”, *The New York Times*, 7 de abril de 2014, disponible (en inglés) en: www.nytimes.com/2014/04/08/us/officials-give-account-of-fort-hood-shooting.html?_r=1.

una evaluación independiente y vemos qué podemos aprender y, si es necesario, responsabilizamos a las personas por las acciones que no deberían haber llevado a cabo. En mi opinión, mejoramos en ese sentido.

También aprendimos, creo, la relevancia de proteger a los civiles en combate. Todos nuestros conflictos posteriores a Vietnam fueron muy breves. La Operación Tormenta del Desierto fue muy breve; la Operación Causa Justa y nuestras acciones en Granada y en Panamá también tuvieron una duración limitada. En Irak y Afganistán, sin embargo, hemos estado en un conflicto prolongado en medio de la población civil; allí tuvimos que aprender a proteger y resguardar la vida de los civiles y los bienes civiles día a día y en el largo plazo. Nos dimos cuenta de que proteger la vida de la población civil no es solo un imperativo jurídico conforme a los principios del DIH; tampoco es solo una buena política y una cuestión de humanidad; es todo eso, pero además, cuando protegemos a los civiles, también somos más eficaces en un ambiente de contrainsurgencia. Entonces, no solo es el camino correcto, tanto en virtud de la ley como desde el punto de vista moral, sino que también es el camino correcto para cumplir la misión. Creo que cuando nuestras fuerzas militares se dieron cuenta de este enfoque, nos resultó mucho más fácil cumplir la norma y que nuestra gente trabaje arduamente para proteger a las poblaciones civiles. Así que este podría ser otro aprendizaje importante.

Un cuarto aprendizaje, que me parece relevante para esta entrevista, es que realmente aprendimos la importancia de la relación con el CICR. Ya lo había mencionado también en otras entrevistas y lo digo con franqueza. Aprendimos que el CICR desempeña un papel fundamental en lograr que los Estados se comporten correctamente en tiempo de guerra, en el respeto del DIH y con un mensaje externo y sin sesgos que dice: “aquí hay algunos temas sobre los cuales ustedes deberían reflexionar; aquí hay algo que no están haciendo correctamente”, y no solo señalando diversas cosas, sino también señalando diversas formas de mejorar. También hay una excelente relación de trabajo que desarrollamos con el CICR en los últimos trece años. Vamos a Irak, nos vemos en Irak. Vamos a Afganistán, nos vemos en Afganistán. Vamos a otros lugares, nos vemos en otros lugares. Tenemos un diálogo bilateral confidencial muy constructivo con el CICR que, creo, es incomparable.

¿Cuál es su opinión sobre el valor de esa relación confidencial? ¿Cree que aporta resultados? ¿Es anticuada?

No, no es anticuada en absoluto. Parte de lo que aprendimos en los conflictos en Irak y Afganistán es que la confidencialidad nos aporta la confianza en ustedes y en la credibilidad que ustedes tienen. Sabemos que podemos tratar temas en profundidad, de manera abierta y transparente. Ustedes también se acercan y nos dicen muy abierta y francamente: “estas son todas las cosas sobre las cuales realmente deberían reflexionar sobre esta operación en particular; esto es lo que creemos que no hicieron correctamente; estos son los principios del DIH que creemos que violaron, y esta es la razón.” Sabemos que podemos aceptarlo con confianza, que podemos

compartir con ustedes nuestros aprendizajes, que podemos investigar y acercarnos a ustedes y decir: “esto es lo que hicimos”. El diálogo confidencial es crucial para que podamos mejorar y hacer cambios que eviten errores en el futuro. A veces, otras organizaciones humanitarias observan algo incorrecto y lo difunden de inmediato a los medios de comunicación o de alguna manera lo denuncian públicamente. No podemos mantener un diálogo pleno, abierto y franco con alguien si sabemos que en cuanto salga, difundirá esa información públicamente, antes de que hayamos tenido oportunidad para investigar, corregir las cosas, mejorar.

Tengan en cuenta que no digo que la transparencia sea algo malo. Creo que es algo bueno, pero hay ocasiones en que se necesita llevar a cabo una investigación, con calma y objetividad, en que no se puede prejuzgar los hechos y se necesita dar a los funcionarios a cargo de la investigación el espacio y el tiempo para que saquen sus propias conclusiones. Esto no es posible cuando los hechos se debaten constantemente en público.

Entonces, el diálogo confidencial es crucial; lo aprendí desde el principio. Por ejemplo, una vez, consultando al CICR sobre los centros de detención de otro Estado, pregunté cómo eran sus áreas de detención. Mi interlocutor del CICR respondió: “no puedo decirle”. Le pregunté: “¿qué quiere decir con que no puede decirme?” Pero finalmente comprendí qué quería decir el CICR. El CICR tenía que mantener esa información confidencial bilateralmente con ese Estado para que el Estado pudiera mejorar sus sistemas de detención sin que todos los demás Estados supieran lo que sucedía. Respeté que el CICR fuera inflexible respecto de que no iba a compartir esa información conmigo. En ese momento, realmente comprendí cuán estrictos son con la confidencialidad y, a la vez, me dio mucha confianza saber que nuestras conversaciones sobre Estados Unidos con ustedes se mantendrían de la misma manera.

¿Es adecuada la dicotomía “tradicional” entre conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI) para abarcar los tipos de escenarios violentos que enfrentamos hoy? ¿Es algo que siempre se toma en cuenta en las opiniones jurídicas de su oficina?

En cierto sentido, aún es relevante, por supuesto; pero, en otro sentido, para el gobierno de Estados Unidos, al menos para el Departamento de Defensa, no es un problema tan importante porque por política aplicamos las normas del DIH para los CAI en todas las formas de conflicto militar. Tenemos una política del Departamento de Defensa según la cual, sin importar la clasificación, seguiremos los principios del DIH aplicables en casos de CAI en todas nuestras operaciones. Entonces, francamente, resulta bastante fácil, para mí y para otros abogados operacionales militares, asesorar a nuestros clientes, porque no nos preocupa la clasificación.

Como asunto jurídico y haciendo caso omiso de la política, esta dicotomía es muy importante, en particular, con respecto a los conflictos armados no internacionales. Creo que un conflicto armado internacional es muy fácil de

identificar —un conflicto donde se enfrenta un Estado con otro Estado; con franqueza, es probable que nuestra invasión inicial de Irak haya sido el último de este tipo. Simplemente ya no vemos enfrentamientos tradicionales entre las fuerzas armadas de dos Estados o más, como en la Segunda Guerra Mundial; no vemos un conflicto así, a gran escala, desde hace tiempo. No digo que no lo veamos en el futuro. Por lo tanto, es importante tener esas normas.

Creo que la dificultad surge cuando hablamos de conflictos armados no internacionales. Todos estamos tratando de entender, creo, cuándo comienza exactamente un conflicto armado no internacional; todos tratamos de determinar qué hacer en casos donde existen actores no estatales como Al Qaeda, que desempeñan un papel tan prominente. Por ejemplo, creo que el CICR clasifica el conflicto actual en Afganistán como un conflicto armado no internacional. Entonces, tenemos el caso de Afganistán, en el que participan más de cuarenta y cinco Estados, y es un conflicto armado no internacional. Puede resultar algo difícil de comprender. En este mismo momento, hay más participantes en Afganistán, probablemente más participantes internacionales que en cualquier conflicto anterior. Pero, por definición, no es un conflicto que enfrenta a dos Estados o más, por lo que aplicamos las normas aplicables para los CANI. Algunos países ni siquiera aplican las normas pertinentes para los CANI porque no se consideran parte de un CANI. Luego, empieza todo el debate sobre normas aplicables: conflicto armado contra aplicación de la ley. Por lo tanto, creo que es muy importante poder clasificar correctamente; tenemos que seguir estudiando la interacción entre las normas de los CANI y el derecho internacional de los derechos humanos, porque seguirá siendo un desafío. ¿Cuándo el DIH prevalece sobre el derecho de los derechos humanos? Creo que cada Estado tendrá una respuesta distinta a esta pregunta, y genera un ámbito de ejercicio interesante.

¿Qué tendencias pueden identificarse en los conflictos armados en los cuales Estados Unidos participa hoy? ¿Qué relación tienen estas tendencias con el DIH?

Sin duda, una tendencia va a ser la precisión cada vez mayor de los sistemas de armas. A medida que las bombas se tornen “más inteligentes” y los sistemas de armas se vuelvan más precisos, la pregunta será: ¿se nos impedirá usar sistemas menos precisos en algún momento? Si todas las armas pudieran ser dirigidas a un único metro cuadrado con precisión milimétrica absoluta, ¿ese pasará a ser el nuevo modelo o podrán usarse las bombas menos precisas, “más torpes”, si se quiere?

Entonces, a medida que los sistemas de armas se vuelvan más precisos y cada vez más controlados en forma remota, ¿cambiará la naturaleza de la guerra? A medida que esas armas estén más disponibles, ¿cambiará el DIH? Creo que las armas autónomas van a ser una tendencia que todos tendremos que observar, ya que cada vez se vuelve menos ciencia ficción y más ciencia real. A medida que la inteligencia artificial, los sistemas informáticos y los sistemas de localización de objetivos evolucionen, ¿en qué momento un arma será capaz de disparar defensivamente,

por sí sola? ¿Qué norma debería aplicarse? Algún día, las armas pueden incluso llegar a ser capaces de disparar ofensivamente de manera autónoma: identificar objetivos y disparar sobre la base de un algoritmo. ¿Quién sabe cuándo ocurrirá, en diez años, veinticinco años, o tal vez menos? Sinceramente, no lo sé, pero serán tendencias importantes en las que tendremos que pensar a medida que los sistemas de armas se vuelvan más sofisticados. Va a haber cuestiones éticas que van más allá del DIH, pero seguramente el DIH las tendrá en cuenta.

Creo que también veremos una tendencia hacia más y más protección de los civiles, realmente es algo bueno. Esto ocurrirá no solo a medida que los sistemas de armas se tornen más precisos, sino, francamente, como consecuencia del fuerte interés en el conflicto por parte de los medios, las ONG y los grupos de defensa. Por ejemplo, ni siquiera puedo imaginar que vuelva a haber campañas de bombardeos como vimos en la Primera Guerra Mundial y Segunda Guerra Mundial. Tal vez podría, y sería la Tercera Guerra Mundial, pero cuesta imaginar que sea bien visto en el entorno actual de medios de comunicación y de opinión pública. Por lo tanto, creo que veremos una tendencia hacia más protección de los civiles, más implementación de medios para proteger a los civiles, más reflexión acerca de cómo llevar a cabo operaciones militares protegiendo al mismo tiempo a la población civil y así sucesivamente. Creo que va a ser una tendencia. La guerra asimétrica, creo, también será una tendencia importante.

¿Es usted optimista respecto de que un debate internacional sobre cibernética evolucione de manera tal que esclarezca la aplicabilidad del DIH en la guerra cibernética?

Todos seguimos lidiando con la cibernética, definiendo cómo y dónde encuadra, qué es un ataque y cuándo un “ataque cibernético” —lo pongo entre comillas— alcanza el nivel de un ataque armado contra el cual puedo usar fuerza armada en respuesta. Una respuesta cibernética a un ataque cibernético es una cosa, pero ¿qué pasa con un ataque armado? Si ingresan electrones y amenazan mi red, ¿puedo entonces disparar un misil, un misil físico, en el sitio del servidor de la computadora y eliminarlo o debo limitarme a una respuesta electrónica? Tendremos que analizar todos estos temas, ya que las capacidades cibernéticas son cada vez más rotundas y más amenazantes. Vamos a tener que hacernos cargo de cómo manejar el tema. Ahora mismo, no creo que haya consenso en absoluto, aunque el Manual de Tallin fue un buen avance². Creo que es difícil lograr que las personas entablen el debate que se necesita tener; pienso que todavía todos lidiamos con la cibernética como profesionales.

2 Nota del editor: el Manual de Tallin es un estudio producido por un grupo de expertos acerca de cómo el *ius ad bellum* y el DIH se aplican a las operaciones cibernéticas y a la guerra cibernética. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, OTAN, Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence, Cambridge University Press, Cambridge, abril de 2013, disponible (en inglés) en: www.ccdcoe.org/tallinn-manual.html.

Lamentablemente, creo que deberá ocurrir algún tipo de acontecimiento para hacer reaccionar a las personas. Vimos algo de eso con la actividad cibernética en el extranjero. Vimos cómo la gente reaccionó frente a ese tipo de acontecimientos, y los países reaccionaron en algunas formas muy positivas, fortaleciendo sus defensas y estableciendo centros de excelencia en cibernética, y así sucesivamente. Vimos eso en los Estados bálticos, por ejemplo. Espero que no nos suceda, pero si nos ocurriera un acontecimiento importante, creo que entonces eso llevaría a las personas a alguna acción.

El secretario Panetta, por ejemplo, advirtió sobre un Pearl Harbor cibernético, y algunos otros dijeron lo mismo. Por cierto, no estoy prediciendo eso, pero si algo así llegara a suceder, sin duda se abriría el debate. Si algo así no sucede, lo que podría impulsar el debate, creo, podría ser una reunión de expertos o algo así; sería bueno tener ese debate y definir qué pensamos sobre la práctica del Estado, y en algunos casos establecer la analogía de la práctica del Estado en otras áreas para ver qué sería aplicable en el ámbito de la cibernética. Prefiero tener ese debate antes de tener un acontecimiento y no después, así podemos entenderlo deliberadamente.

Mirando las tendencias actuales y futuras, ¿cómo ve el papel de las operaciones de detención en los conflictos modernos?

Bueno, todavía vamos a tenerlas en cualquier tipo de conflicto y creo que aprendimos algunas lecciones difíciles, por lo menos Estados Unidos aprendió, pero creo que otros países también. Aprendimos de algunos sucesos, como Abu Ghraib, de nuestras experiencias en la bahía de Guantánamo, en Irak y en Afganistán. Aprendimos mucho sobre la detención y las operaciones de detención y cómo hacerlo de la manera correcta, incluido el interrogatorio de los detenidos. Por lo tanto, construimos este cuerpo de política y de aprendizajes. Creo que otros países también. Según he hablado con algunos de mis homólogos en el mundo, ellos también aprendieron esas lecciones, y eso es bueno. Espero que no estemos en otro conflicto, pero si lo estamos, en diez años más, esos aprendizajes, ese cuerpo de normas y de políticas seguirá estando allí para ayudar a informar a nuestras operaciones. En alguna medida, después del atentado del 11S, fuimos aprendiendo sobre la marcha y tuvimos algunos errores en el camino, pero constantemente vamos mejorando.

Creo que uno debe tener captura o detención como opción, como parte de cualquier operación militar. En primer lugar, uno nunca quiere enfrentar una situación donde el marco sea que “no se dará cuartel”; en otras palabras, matar a alguien porque uno no puede o no tiene la capacidad para detenerlo³. Eso no va

3 Nota del editor: ordenar “que no se dará cuartel” es negarse a proteger la vida de los combatientes enemigos que se rinden o que de algún modo son reconocidas como fuera de combate en el campo de batalla. Las órdenes o las amenazas de que no se dará cuartel son un crimen de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Vol. 1: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, Norma 46. Versión original en inglés: *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Norma 46.

a funcionar. Tampoco se puede tener una situación donde uno tenga que elegir entre el uso de la fuerza letal o la liberación de combatientes enemigos porque, en muchos casos, liberar a alguien simplemente significa que volverá a ser una amenaza, ya sea para uno mismo en forma inmediata, o para sus fuerzas más a mediano plazo. Por lo tanto, debemos tener una opción de captura/detención, pero tiene que hacerse de la manera correcta desde el principio. Esperemos que mis sucesores puedan buscar en los archivos un día y decir “esto es lo que aprendimos en Irak y Afganistán, así que podemos hacerlo bien esta vez”.

¿Qué pautas de detención aplicaría en situaciones donde la clasificación del conflicto es confusa?

Como dije anteriormente, siempre aplicamos las normas del DIH para los CAI, como cuestión de política. Hay una política exhaustiva del Departamento de Defensa sobre operaciones relacionadas con los detenidos y la forma correcta de implementarlas. También tenemos la Ley sobre el trato debido a los detenidos que rige cómo nos ocupamos de los detenidos, que es ley federal. Así pues, tenemos un buen cuerpo normativo y políticas a las que recurrimos, independientemente de cómo se clasifique el conflicto.

¿Cuál es el alcance geográfico de aplicación del DIH? ¿Se aplica solo en el campo de batalla o en todo el territorio de todas las partes involucradas en un conflicto armado? ¿Sigue un conflicto armado a toda persona que participa directamente en las hostilidades en todo el mundo, incluso en los Estados no beligerantes?

No puedo hablar por la posición de EE.UU., pero creo que ustedes deben haber visto en disertaciones de la administración actual y la administración anterior que el enemigo obtiene un voto según dónde esté combatiendo. Cuando Al Qaeda, como organización terrorista, inicia un conflicto armado contra Estados Unidos, no se limita a un país en particular, y aunque el concepto westfaliano de Estado-nación todavía es muy aplicable en el derecho internacional, los grupos terroristas transnacionales como Al Qaeda no respetan ese concepto. Se desplazan a través de fronteras. Están en todas partes. Entonces, atentamente limitados por el derecho y la política, tenemos que poder ir al enemigo, dondequiera que se encuentre el enemigo. Ahora, eso no significa una guerra a nivel mundial. Eso no significa que estén en todas partes. Sin duda, son principios de la soberanía. Tenemos que respetar los principios del derecho internacional, de modo que no vamos a ver una guerra a nivel mundial *per se*, pero no es solo una guerra limitada a Afganistán tampoco.

Los analistas a menudo dicen: “Se están llevando a cabo acciones en Yemen, pero no estamos en guerra con Yemen”. Bien, por supuesto no estamos en guerra con Yemen, pero las autoridades yemeníes han dado autorización/consentimiento para que seamos sus socios en acciones que se llevan a cabo allí; entonces, el conflicto no es con Yemen o con los enemigos de Yemen; el conflicto es con Al Qaeda. Por supuesto, la geografía importa en determinadas instancias. Pero no podemos limitarnos a un

país y decir que el combate solo tendrá lugar en ese país, y no fuera de allí. Ahora bien, Estados Unidos también tiene una política que rige las operaciones *fuera de lo que llamamos la “zona activa de las hostilidades”* o el “campo de batalla candente”, en otras palabras, Irak y Afganistán. Entonces, tenemos restricciones políticas para este tipo de operaciones también, y creo que son importantes: respetan la soberanía de otros países y mantienen el conflicto limitado y centrado en el enemigo, sin ser demasiado amplio.

En cuanto al alcance del campo de batalla, en la opinión actual de Estados Unidos, Estados Unidos puede ir tras el enemigo fuera del campo de batalla candente sin el consentimiento del Estado territorial si ese Estado no tiene la voluntad o la capacidad de afrontar la amenaza. ¿Profundizaría en la dimensión de voluntad/capacidad, actualmente inexistente en el derecho internacional?

Existe consenso entre varios Estados (aunque no todos los Estados) acerca de que cuando un Estado enfrenta una amenaza que emana del territorio de otro Estado, y otro Estado no tiene la voluntad/capacidad de afrontar la amenaza, el Estado bajo ataque puede actuar en legítima defensa, en virtud del derecho internacional consuetudinario, para eliminar esa amenaza (y solo esa amenaza).

Sin ese análisis de “voluntad/capacidad”, un Estado atacado debería tan solo quedarse de brazos cruzados y permitir la amenaza. El análisis de “voluntad/capacidad” permitiría tomar medidas de antemano.

Si el territorio no es el argumento principal para determinar los límites del campo de batalla, sino más bien el nexo entre los miembros de un grupo armado no estatal y el conflicto, ¿qué tipo de vínculos podría desencadenar la aplicación del DIH? ¿Es una cuestión de participación en las hostilidades o cada miembro de un grupo armado específico está amparado por el DIH?

Partamos del principio de que existe un conflicto armado entre, en nuestro caso, Estados Unidos y un grupo armado. En este caso, supongamos que se trata de un grupo terrorista, y Estados Unidos puede acceder a la zona geográfica, o no. Por ejemplo, con Al Qaeda, lanzan un ataque contra Estados Unidos desde Afganistán. Se quedan en Afganistán, entonces vamos a Afganistán. Se van, y luego tenemos a los talibanes en Afganistán, de modo que el conflicto tiene un límite geográfico. Pero Al Qaeda podría perfectamente haber lanzado los ataques desde Afganistán e irse antes de que llegáramos allí. Digamos que el gobierno legítimo de Afganistán ahora está nuevamente a cargo; no vamos a ir a la guerra en Afganistán. Entonces, ¿dónde están los enfrentamientos? Bueno, los enfrentamientos están donde esté Al Qaeda. Creo que en ese caso, sin embargo, los talibanes se quedaron en Afganistán, así que fuimos allí. Al Qaeda se transformó y extendió, aún son una amenaza para Estados Unidos, y seguimos yendo a lugares donde se encuentra, como Yemen y Somalia.

La idea de un “campo de batalla candente” es válida cuando tenemos la intensidad y la duración del conflicto en un lugar particular como Afganistán,

pero Al Qaeda fácilmente podría haberse dispersado en varios Estados, y entonces podría no haber habido un nexo geográfico.

Es un problema difícil, porque estamos muy habituados a pensar en los conflictos tradicionales. En la Segunda Guerra Mundial, sabíamos contra quiénes luchábamos y sabíamos dónde estaban, en qué lugar vivían. Pero, incluso entonces, teníamos la guerra extendida por todo el mundo a lugares que probablemente hubieran preferido permanecer neutrales y nadie dijo en la Segunda Guerra Mundial, y me doy cuenta de que era un CAI, así que era un tanto diferente, pero nadie dijo, “ustedes no pueden luchar contra ellos allí”. En el conflicto actual, tenemos que ver dónde está el enemigo y no atenemos artificialmente a los límites del Estado donde comenzó el conflicto.

***¿Cree usted que el concepto de “fuerzas asociadas” es viable, de cara al futuro?
¿Significa el concepto de fuerzas asociadas que este conflicto por definición no puede terminar?***

Si analizamos cómo definimos “fuerzas asociadas”, parte de la definición es que son un cobeligerante que inició el enfrentamiento junto con Al Qaeda contra Estados Unidos o sus socios de coalición. Entonces, no es un grupo cualquiera que comparte la ideología de Al Qaeda y no es un grupo cualquiera que puede estar combatiendo contra Estados Unidos en algún lugar del mundo. Tiene que ser un cobeligerante; este componente es crítico.

Si analizamos un escenario de un CAI, donde tenemos país un país A que combate contra el país B, y el país C se une a B, bien, ahora el país C es un enemigo. Aunque la lucha contra el país B se termine, el país C aún es un enemigo. La cobeligerancia es parte de lo que mantiene el concepto de “fuerzas asociadas” demasiado amplio. Sin tener en cuenta la definición real que utilizamos, las personas tienden a pensar que podríamos incluir a cualquiera bajo el concepto de “fuerzas asociadas”, y simplemente no creo que eso sea cierto. Es un parámetro bastante alto porque tiene que ser un cobeligerante que se unió al enfrentamiento *junto con* Al Qaeda *contra* Estados Unidos.

¿Cuál es la opinión de Estados Unidos sobre la aplicabilidad extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos en tiempo de conflicto armado? ¿Es el derecho de los derechos humanos un problema cuando Estados Unidos trabaja en colaboración con otros Estados, por ejemplo, como parte de una coalición?

La posición de Estados Unidos es que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplica extraterritorialmente. Esto surge regularmente al trabajar con socios internacionales, no tanto la extraterritorialidad del derecho internacional de los derechos humanos, sino solo el derecho de los derechos humanos en particular, y entonces de modo más general, qué derecho se aplica, qué paradigma se aplica, qué normas se aplican. Por consiguiente, cada vez que participamos en una guerra de coalición, todo el mundo trae consigo su propio derecho interno, sus propios tratados

en que son partes, sus propias obligaciones, así como su propia política y regulaciones. Cada Estado tiene una imagen diferente de lo que está haciendo. Lo vemos en Afganistán, donde algunos Estados realmente creen que su participación está regulada por el paradigma de la aplicación del derecho, y otros Estados creen que se trata de un conflicto armado y que se aplica el DIH, en particular, el DIH de los CANI. Y tenemos Estados en todo ese espectro. Para los Estados europeos, en particular se aplican el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otros Estados son partes de otros tratados de derechos humanos y tienen otros tribunales de derechos humanos que examinan su práctica. Y también tenemos algunos países que son partes de los Protocolos adicionales de los Convenios de Ginebra y otros países que no, de modo que todos tienen una imagen ligeramente diferente sobre qué derecho se aplica y qué política se aplica. Esa situación ciertamente presenta retos.

Una de las maneras en que abordamos esos retos es mediante un conjunto normalizado de reglas de enfrentamiento de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) de la OTAN, así como órdenes de misión, políticas, y así sucesivamente. Los Estados están de acuerdo con esta postura, con ciertas salvedades. Estas condiciones son importantes, ya que permiten a los Estados aplicar más estrictamente las reglas de enfrentamiento. Es más, esas condiciones nunca pueden ampliar las facultades que les otorga la OTAN; solo pueden reducirlas.

Las salvedades son una manera mediante la cual los Estados notifican a la OTAN acerca de su conocimiento de las reglas bajo las cuales llevarán a cabo sus operaciones. De este modo, los planificadores militares deben planificar operaciones sabiendo que, por ejemplo, un país no querrá participar en una operación contra el narcotráfico. Esas salvedades a menudo están relacionadas con la legislación o la política en el plano nacional, no del DIH, pero pueden implicar componentes del DIH, como la definición de “combatiente”. Así, al planificar una operación que puede estar vinculada a una misión de lucha contra el narcotráfico, el comandante tendría que enviar a otro Estado.

El otro reto en operaciones multinacionales es que cuando se reúne a cuarenta y cinco Estados, no hay cuarenta y cinco asesores jurídicos, uno por cada Estado. De modo tal que algunos Estados piden asesoramiento jurídico a su capital o deben acercarse a la Oficina Jurídica de la ISAF y obtener asesoramiento jurídico de un oficial estadounidense o británico o de quien esté allí. Lo mejor que se puede hacer en esa situación es interpretar de buena fe lo que establecen la política de la ISAF de la OTAN y las reglas de enfrentamiento. Uno no puede realmente asesorar a otro Estado sobre su propio derecho interno o en obligaciones de los tratados regionales de derechos humanos.

¿Cuáles son los principales retos jurídicos que surgen de la retirada de las tropas de Afganistán? ¿Afecta a la aplicabilidad del DIH?

Hay una serie de retos. Obviamente, los detenidos que quedan son un reto. Afganistán asumió el control sobre los detenidos afganos y nosotros tenemos

detenidos de terceros países. Cómo se trata a estas personas y cómo regresan a su país de origen es un reto. Todavía no tenemos decisiones sobre si va a haber o no un acuerdo bilateral de seguridad entre Estados Unidos y Afganistán⁴. Una vez que tengamos ese acuerdo, debe haber una decisión del Presidente sobre qué fuerzas permanecen y qué misiones llevarán a cabo. La OTAN, por supuesto, tiene que tomar decisiones sobre los socios de la coalición: cuántos permanecen y qué misiones llevarán a cabo. Es decir, aún faltan muchas decisiones.

Al tiempo que asesoramos a nuestros clientes sobre qué derecho y qué política tendrán que aplicar, tenemos que pensar en qué escenarios y misiones se pueden presentar. Pero en realidad, no lo sabemos todavía. Hay poca claridad sobre la misión, el tamaño de las fuerzas o el tipo de acuerdo que se implementará. Esto genera un reto.

Creo que luego de 2014, una vez que conocemos la misión y el tamaño de las fuerzas, vamos a tener que abordar realmente cómo se ve la situación posterior al conflicto de Afganistán y qué reglas se aplican. Esto concierne a las reglas para las fuerzas de Estados Unidos, pero también a los socios de la coalición y las fuerzas afganas. Esto concierne a la detención, a cuestiones relativas a la protección de la fuerza, cuestiones de autodefensa y así sucesivamente. Estamos analizando esos temas por anticipado, pero no sabemos cómo será el escenario final.

Leímos hoy en los medios de comunicación que Estados Unidos está poniendo más énfasis en el uso de Operaciones especiales (o Fuerzas especiales) para fortalecer o mantener una presencia de seguridad en contextos de conflicto en el mundo. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a las Fuerzas especiales en operaciones de contrainsurgencia? ¿Ve algún reto para la aplicación del DIH?

Lo primero que debemos señalar es que las Fuerzas especiales son fuerzas militares. Para nosotros, se rigen por el mismo derecho y la misma política que todas las demás operaciones. Están obligadas a respetar plenamente el DIH. Están comprendidas por las mismas reglas de enfrentamiento y las mismas órdenes de ejecución. Puede haber ocasiones en que tengan reglas de enfrentamiento especiales, pero no son reglas de enfrentamiento que no respetan el derecho; respetan plenamente el DIH y la política y el derecho interno de EE.UU.

La idea de que las Fuerzas especiales tienen vía libre y puede hacer lo que quieran, creo, es un mito o una leyenda urbana. Ciertamente tienen muchas normas. Una unidad de Operaciones especiales es solo una unidad que tiene un entrenamiento especial. Tienden a trabajar en grupos más pequeños. Son muy, muy buenos en la clase de operaciones que requieren un pequeño grupo de élite de militares altamente capacitados con amplio apoyo. No pueden hacer lo mismo que una unidad convencional numerosa. Por ejemplo, una división de tanques o una división de infantería pueden ocupar grandes extensiones de terreno. Las Fuerzas especiales no pueden hacerlo. Pueden cumplir misiones especializadas, pero no pueden ocupar superficies extensas. Por lo tanto, tienen capacidades diferentes.

4 Nota del editor: esta entrevista tuvo lugar antes de la firma del acuerdo bilateral de seguridad entre EE.UU. y Afganistán y el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas de la OTAN el 30 de septiembre de 2014.

Creo que ustedes pueden haber visto declaraciones, informes de prensa, entre otros, sobre el deseo de que mientras retiramos las fuerzas convencionales, utilicemos grupos pequeños de Fuerzas especiales que podrían conducir misiones más limitadas y misiones especiales en lugares donde no podemos poner una división de tanques o una división de infantería como la 82.º División Aerotransportada. Por ejemplo, si se necesita entrenar a militares de otro país sobre las tácticas de armas pequeñas, esa es una tarea cotidiana de las Fuerzas especiales. Son muy buenas en entrenar fuerzas sobre cómo hacer tácticas para armas pequeñas. De modo que no enviaríamos a la 82.º División Aerotransportada a un país para hacer eso; en cambio, enviaríamos un grupo pequeño de Fuerzas especiales u otro equipo reducido.

Honestamente, uno de los retos que vemos al enviar una unidad pequeña es que no tienen el mismo tipo de infraestructura, recursos o supervisión. No pueden tener un asesor jurídico que los acompañe. Por definición, son más pequeñas y más aisladas. Con las comunicaciones modernas, es un problema menor sin duda de lo que habría sido hace veinte o treinta años. De modo tal que hoy, si tienen una consulta jurídica sobre sus obligaciones conforme al DIH o sus reglas de enfrentamiento, pueden obtener asesoramiento jurídico enseguida, pero probablemente no será de alguien que esté allí. Este es uno de los retos. Significa que se debe contemplar el entrenamiento y la información antes de que las Fuerzas especiales se desplieguen, para que sepan cuáles son sus límites.

¿Qué obligaciones debe respetar EE.UU. en el asesoramiento, la asistencia y el entrenamiento a otras fuerzas armadas nacionales y locales, cuando establece alianzas con estas o llevan a cabo acciones conjuntas?

Tenemos la normativa y la política que cubren algunos temas básicos. Tenemos la “disposición de Leahy”, que dispone que si alguna unidad cometió violaciones de los derechos humanos, no puede recibir entrenamiento, equipo u otro tipo de asistencia⁵. Esto aparta a quienes cometen violaciones graves de los derechos humanos. En nuestras interacciones con otros Estados, tenemos la necesidad de impartir seriamente formación sobre el DIH y otras obligaciones internacionales. Tenemos un instituto denominado Instituto de Defensa para Estudios Jurídicos Internacionales, situado en la Estación Naval de Newport, financiado por el Departamento de Estado y atendido principalmente por personal militar activo o retirado. Se desplazan y forman a militares extranjeros. Una gran parte del contenido de la formación son las normas que rigen los conflictos armados, incluido el DIH y el derecho de los derechos humanos. Creemos que este es un componente importante. Repito, no se trata solo de enseñar cómo luchar, disparar un arma, movilizar una unidad o comunicarse; comprende además cómo hacer todo eso en el respeto del derecho y los principios democráticos de control civil, que también creemos importante destacar.

5 Nota del editor: estas “disposiciones de Leahy” están codificadas en la Ley de Ayuda Militar Extranjera de 1961, según enmienda, P.L. 87-1954, §620M, 22 USC 2378d; y en la Ley de Asignaciones Consolidadas del Departamento de Defensa de 2014, PL 113-76 (promulgada el 17 de enero de 2014), §8057.

En su opinión, ¿qué áreas del DIH necesitan más profundización o aclaración en el futuro?

La guerra cibernética es una de esas áreas. También debemos seguir debatiendo sobre los principios de la detención en los CANI. ¿Cómo abordamos el CANI que no parece ser un CANI? ¿Existe algo así como un “conflicto armado transnacional” y debe haber un cuerpo normativo separado que lo rijan, o el marco jurídico de los CANI alcanza para abarcar el escenario donde cuarenta y cinco o más países enfrentan a un enemigo que se encuentra en veinte países diferentes, desde el Extremo Oriente hasta África? ¿Es eso un CANI? Lo es, en el sentido de que *no* es un CAI, pero ¿existe otra categoría? ¿Debería haber una? No es un tema que me corresponda decidir, pero es algo para pensar.

Otra área que necesita aclaración son los sistemas de armas autónomas. Vamos a tener que analizar los problemas jurídicos y éticos involucrados. ¿Cuán verdaderamente autónomos son estos sistemas de armas? y ¿cuán autónomos queremos que sean? Además, el concepto de “fuera del campo de batalla candente”, creo, va a seguir siendo de interés para investigadores y profesionales, en particular, teniendo en cuenta el aumento de la autonomía y de las capacidades de operación remota de los sistemas de armas.

¿Cree que ahora estamos avanzando más allá de la “era del 11S”, hacia lo que el secretario de Defensa Chuck Hagel calificó como la “posguerra”? ¿Cómo podrían ser los próximos diez años?⁶

Al retirarnos de Afganistán, ya no tendremos un conflicto importante en un espacio geográfico determinado, por lo tanto, debemos analizar estas cuestiones. A menudo lo consideramos un conflicto armado, pero realmente otra forma de considerarlo es como un conflicto armado contra Al Qaeda y otro conflicto armado contra los talibanes: dos conflictos que están vinculados y que sin embargo no son absolutamente el mismo. De modo que si se termina el conflicto en Afganistán, ¿se termina solo el conflicto contra los talibanes o también contra Al Qaeda? Si se termina el conflicto contra los talibanes, ¿afecta solo a los detenidos talibanes en Guantánamo o afecta a los detenidos de Al Qaeda también? Si se pone fin al conflicto en Afganistán, ¿baja el umbral de los criterios de intensidad y organización para considerarlo un conflicto armado no internacional? Si no es así, ¿contra quién es ese conflicto? ¿Son solo los talibanes o los talibanes y Al Qaeda? ¿Podemos tener áreas fuera de una zona de combate activa si ya no hay una zona de combate activa?

Estamos analizando todas estas cuestiones relacionadas con el DIH, pero más allá de eso, tenemos nuestros propios temas jurídicos nacionales relacionados con la Autorización para el uso de la fuerza militar, el derecho interno de 2001 que es nuestra base jurídica nacional para atacar a Al Qaeda, los talibanes y las fuerzas

6 Kevin Baron, “Hagel’s Plan for the Military in the Post-War Era”, *Defense One*, 5 de noviembre de 2013, disponible (en inglés) en: www.defenseone.com/ideas/2013/11/hagel-plans-for-military-in-post-war-era/73203.

asociadas. El Presidente indicó que quiere trabajar con el Congreso para revisarla y en última instancia derogarla. Entonces, estamos analizando esas cuestiones, así como una perspectiva jurídica interna. Son momentos difíciles, creo, para ser abogado militar y operacional, pero también es un trabajo muy estimulante.