

Responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privada en el marco de los conflictos armados y la globalización.

Estudiante

Antonio José López Correa

Asesor

José Alberto Toro Valencia

Escuela de Derecho

Universidad EAFT

2024

Medellín - Antioquia

Introducción

Con la guerra antidrogas, el aumento de conflictos armados de baja y mediana intensidad, y la necesidad de control durante los procesos de post conflicto, la industria militar y de seguridad privada se ha visto enormemente beneficiada, pues ha sido la respuesta del sector privado para satisfacer las crecientes necesidades de los Estados, principalmente occidentales, de poder reducir costos económicos y políticos durante sus participaciones en conflictos armados, ya sea cumpliendo con labores como lavandería o cocina, hasta espionaje y combate directo. Sin embargo, la contratación de estas organizaciones o grupos empresariales no ha sido ajena a la violación y comisión de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (En adelante DIH y DIDH) durante el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, No obstante debido a una falta de regulación internacional y nacional, y operar en zonas inestables con capacidades jurídicas prácticamente nulas, se ha presentado un alto nivel de impunidad frente a la comisión, de delitos contra el DIH y DIDH cometidos, por estas empresas, pues estos parecen que operaran en una zona gris, dejando grandes dudas sobre qué responsabilidad tienen estas y aún más frente a cuál es la responsabilidad y deber de los Estados que contratan y exportan estos servicios. De esta forma, surge la pregunta de ¿cómo se establece la responsabilidad de estas empresas? Como respuesta a este fenómeno, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) y el gobierno suizo en 2008, redactaron una iniciativa que busca regular la situación de las empresas militares de seguridad privada (en adelante EMSP),

conocida como Documento de Montreux (2011), este documento busca recordar a los estados sobre sus responsabilidades al utilizar los servicios de las EMSP y a su vez propone un listado de obligaciones y buenas prácticas que deberían cumplir estas empresas, pero con la dificultad de que este documento no es vinculante. En 2001 fundó el International Stability Operation Association (ISOA), gremio internacional compuesto por las mayores empresas de la industria, que redactaron un código de conducta con el que deben operar, pero no es vinculante, dejando a la normatividad internacional sin herramientas con las que buscar la responsabilidad jurídica de las EMPS.

Debido a lo anterior, la normatividad de algunos estados ha sido bastante útil para tratar de buscar la responsabilidad de estas empresas, este es el caso de Estados Unidos, con herramientas como el *Alien Tort Statue* y el *Uniform Code of Military Justice*, las cuales permiten buscar la responsabilidad por comisión de delitos contra los derechos humanos realizadas en el extranjero, y está el caso de Sudáfrica con su legislación para el control de armas, en la cual pone fuertes restricciones y normas para aquellas empresas nacionales que ofrecen servicios militares y de seguridad privada dentro del Estado como en el extranjero, y aun así el sistema aún carece de una normativa efectiva con la cual tratar de controlar este fenómeno.

Así, el texto busca describir el sistema jurídico internacional frente al uso de los servicios de empresas militares y de seguridad privada en los conflictos armados y qué responsabilidad con lleva para que el Estado utilice estos servicios. Para ello

busca en un primer momento Identificar el marco jurídico internacional respecto a las empresas militares y de seguridad privada.

Con base en dicho marco se describirá la influencia de la globalización dentro del sistema de las empresas militares y seguridad privada y el estado. Finalmente, se explicarán las herramientas jurídicas para buscar la responsabilidad del Estado frente a la violación de derechos humanos por parte de las empresas militares y de seguridad privada.

i. Las empresas militares y de seguridad privada

Las empresas militares y de seguridad privadas, también conocidas como contratistas de defensa, brindan a los estados una amplia gama de servicios, desde actividades militares hasta seguridad nacional y actividades logísticas. Son comunes en el teatro de operaciones y sus responsabilidades corresponden naturalmente a las de la nación. Los contratistas de defensa se han convertido en un activo muy importante para los Estados y han tenido un crecimiento exponencial, pero a pesar de su rápido crecimiento, existe una gran preocupación sobre lo que están haciendo y quién es el responsable.

Desde el punto de vista de los conflictos en el marco del derecho internacional público, durante la guerra de Irak en 2003, el gobierno de los Estados Unidos nombró a varios contratistas de defensa como Blackwater y CACI Internacional inc. para realizar diferentes tareas como logística, transporte de armas y municiones, escoltas, patrullajes y detención de prisioneros de guerra, lo que terminó en varios escándalos y violaciones

de derechos humanos (Palomo Garrido, 2012). Al igual que el caso de la prisión de Abu Ghraib en 2004, empleados de estas empresas privadas estuvieron involucrados en la tortura y el trato degradante de varios reclusos en la prisión; otro incidente similar ocurrió el 16 de septiembre de 2007 en Nisour Square, Iraq, cuando un contratista estadounidense abrió fuego contra un grupo de civiles, matando a 17 civiles e hiriendo a 24, poniendo los dos incidentes más destacados en manos de las empresas militares y de seguridad privada involucradas en la guerra de Irak (Viscardi, 2011).

Debido a los escándalos que rodearon los incidentes anteriormente mencionados, los empleados de las empresas involucradas (Blackwater y CACI Internacional Inc.) han sido investigados y juzgados en tribunales penales de los Estados Unidos, pero debido al entorno legal poco claro en el que operan estas empresas y cuestiones jurídicas relacionadas, hasta ahora solo unas personas han sido condenadas. A la incertidumbre se suma la dificultad de la dudosa clasificación y estatus de los contratistas durante el conflicto armado, ya que estos no se consideran combatientes, ya que muchas de sus tareas son de apoyo, y, por otro lado, es difícil designarlos solo como no combatientes, ya que realizan misiones conjuntas o toman parte directa en combates.

A raíz de las atrocidades expuestas en los anteriores casos, junto con otros eventos como la guerra de Bosnia de 1992 en la cual se vieron involucrados el tráfico de menores de edad, el conflicto en Colombia con respecto al tráfico de drogas, armas y el entrenamiento de fuerzas paramilitares, y así como también las guerras civiles de Angola y Sierra Leona por cometer torturas, masacres y mutilaciones, debido a ello, el

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el gobierno suizo en el 2008 promovieron unas recomendaciones y principios para la contratación de estas compañías, al cual se le llamó el documento Montreux. Este documento pretende aclarar la responsabilidad de las compañías militares y de seguridad privada cuando participan en escenarios de conflicto armado. En adición, dicho instrumento indaga por cuáles son las obligaciones y deberes que tienen los Estados Contratantes, ya sea por el lugar de ejecución del contrato o del Estado de origen de la Compañía, logrando con éxito que para el 2012, 41 Estados se hayan adherido a este documento (Montreux Document Forum, 2024).

II. Las Empresas militares y de seguridad privada

La utilización de agentes privados en escenarios de guerra no es algo nuevo en la historia de la humanidad, incluso desde el antiguo Egipto hasta el siglo XX ha sido una práctica bastante común por parte de los Reinos y Estados contratar a compañías mercenarias para que estas lucharan en las guerras a cambio de riquezas. Estos soldados de fortuna no solían tener ningún tipo de interés político, racial o religioso, su única motivación era el lucro económico, por ende, solía ser bastante riesgoso disponer de sus servicios, puesto que estos podrían cambiar de Patrón con gran facilidad, renunciar a su labor en cualquier momento, optar por no obedecer órdenes y en el peor de los casos estos podrían atacar y saquear el Reino o Estado que los contrató si el pago no les era suficiente a percepción propia; sin embargo, la experiencia en combate y costos que estas compañías ofrecían eran suficientemente atractivos para que un Rey o gobernante decidiera hacer uso de ellas.

La definición actual de mercenario se encuentra consagrada en el artículo 1 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989, esta norma los define como:

Se entenderá por “mercenario” toda persona:

- a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado;
- b) Que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte, en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
- c) Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- d) Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- e) Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en conflicto.”

Los soldados de fortuna o mercenarios comenzaron a ser abolidos en 1977 por la Unión Africana, la cual prohibió los mercenarios y el mercenarismo, declarándose estas actividades crímenes en contra de la paz y la seguridad de África. Posteriormente en 1989 la organización de las Naciones Unidas prohibió a los mercenarios a través de la Convención Internacional en Contra del Reclutamiento, Uso, Financiamiento y

Entrenamiento de Mercenarios, en razón al constante peligro que estos representaban para los Estados. Dicha prohibición queda plasmada en el artículo 2 del referido instrumento donde se indica “A los efectos de la presente Convención, cometerá un delito toda persona que reclute, utilice, financie o entrenen mercenarios, según la definición del artículo 1 de la Convención.”. Luego el artículo tercero de esta misma convención expone que: “1. A los efectos de la presente Convención, cometerá un delito todo mercenario, según la definición del artículo 1 de la Convención, que participe directamente en hostilidades o en un acto concertado de violencia, según sea el caso. 2. Ninguna de las disposiciones del presente artículo limitará el ámbito de aplicación del artículo 4 de la presente Convención.” (Linares, 2008). Como se desprende de los textos normativos el acto de pertenecer a un grupo de esta naturaleza constituye un presunto delito. En consecuencia, las compañías de seguridad privada no se encuadran en estas definiciones toda vez que su actuar se da dentro de la legalidad.

Con la disolución de la Unión Soviética, el fin del Apartheid en Sudáfrica, y la transformación de los conflictos armados no internacionales alrededor del mundo surge una gran oferta y demanda de personal militar y de policía experimentado o retirado que se ha de adaptar a las nuevas realidades del conflicto, generando un auge en la creación de compañías proveedoras de servicios militares de defensa, las cuales tras múltiples intervenciones en zonas de conflicto crearon en 2001 la Asociación Internacional de Operaciones de Estabilidad o ISOA por sus siglas en inglés. Esta asociación se creó con el fin de establecer un código de conducta el cual deberían seguir y cumplir las compañías socias del ISOA.

Karoly Vegh define las Compañías militares y de seguridad privada como "Private military contractors are essentially private companies, i.e. H. registered companies... whose formation and operation are primarily governed by the laws of the country of incorporation. There are various names for these entities such as Private military companies, private security companies or services, but their main name is private military companies (PMC). The reason for this variety is the variety of their activities. Private security companies usually refer to those that essentially provide the protection of people and property defense services; private military companies and corporations are considered to be the providers of the widest range of services, even to combat troops on the battlefield." (p. 26, 2008)- Estas características de ser compañías privadas, sujetas a las regulaciones del estado en que se registra su creación, son esenciales para diferenciarlas de los mercenarios, adicionalmente se resalta que su función principal no es la de combatir, sino que varía según el servicio para el que sean contratadas.

La privatización surgió como respuesta al nuevo escenario inaugurado con el fin de la guerra fría y el colapso de los países de régimen comunista. En este contexto, se produjo la liberalización de los flujos comerciales internacionales, así como la creación de bloques regionales, exigiendo a sus candidatos la flexibilización de la economía. La transición a una economía de mercado en países que antes tenían influencia soviética aceleró los procesos de privatización. Pero la rápida transición de un régimen a otro no fue seguida por una preocupación por proteger la esfera de los derechos económicos y

sociales, a través de regulación de las actividades privatizadas. (Clapham, 2006, pág. 35)

El fenómeno y crecimiento de las compañías proveedoras de servicios de defensa tiene un origen principalmente anglosajón donde Estados Unidos y Gran Bretaña son los países con la mayor adquisición de compañías de este tipo radicadas en sus territorios. A su vez, estos dos países son los mayores clientes de los productos y servicios que estos proveen, convirtiendo a estos en un negocio más con gran relevancia en los eventos del 9/11 y la guerra contra el terrorismo, en la que estas tomaron un fuerte rol en las operaciones militares del gobierno de Estados Unidos, el cual llegó a implementar dentro del personal desplegado en Irak a 21.000 contratistas estadounidenses frente a los 140.000 soldados regulares, esto es una proporción de un contratista por cada seis soldados regulares, que luego para el año 2008 la proporción de contratista por cada soldado pasó a ser de 1-1, se aclara que en esta cifra no se diferencia los roles asignados a los contratistas durante el conflicto (Gomes, 2020).

Sin embargo, la participación de estas compañías privadas en los conflictos en Irak, Serbia, Siria, Ucrania entre otros ha evidenciado que muchos de los mismos problemas e inconvenientes que traía consigo el uso de mercenarios se replica en el uso de contratistas, como, por ejemplo: robos, torturas, violaciones, tráfico de drogas y personas, entre otros delitos. Esto debido, tal vez, a una falta de claridad y exigibilidad de las reglas o normas en que los contratistas deben operar en todo momento siendo necesario analizar a fondo una gran variedad de elementos en cada caso antes de poder determinar una posibilidad de responsabilidad penal y quien tendría la

jurisdicción.

Singer (2008, p. 92) clasifica a las Empresas Militares y de Seguridad Privada (EMSP) en tres categorías básicas, según los servicios que prestan: empresas de apoyo logístico y de apoyo a actividades militares; empresas de consultoría y entrenamiento militar - asociadas a la reestructuración de las fuerzas armadas de Estados fallidos-, y empresas que prestan el servicio militar propiamente dicho, cuyos empleados actúan directamente en el campo de batalla. Esta última es el modelo de compañía militar que más se asemeja a lo que se conoce como mercenarios, debido a que actúan en nombre de un bando del conflicto armado. Sin embargo, cabe señalar que la figura del mercenario actúa al margen de la ley y, por ello, no puede confundirse con el empleado de una empresa militar y de seguridad privada. (Cantante P, W, 2008)

II. La globalización y la privatización de la violencia

Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio” es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia. (Webber, 2009, pp. 83-84)

El monopolio del “derecho” a la violencia es el elemento más representativo del poder

estatal, es esta característica la que permite al estado controlar un territorio y la población que habita este territorio, legitimando entonces al soberano o dirigentes la toma de decisiones sobre el gobernado. De manera paralela el monopolio sobre el “derecho” a la violencia es una de las características principales para la interacción entre los estados, pues en el nivel internacional solo se interactúa con aquellos actores que puedan ejercer control sobre un territorio y defenderlo. Con la globalización y la continua transformación de las civilizaciones, aparecen fenómenos como la pluralización de actores internos y externos, la concentración de riqueza, la fragmentación de un monolítico derecho internacional en bloques especializados según la materia a tratar y la tendencia de los estados a la privatización de las funciones estatales, en un movimiento hacia la verticalización del poder.

La globalización se ha caracterizado por sus cambios acelerados en los procesos económicos, sociales y culturales que han influido en el ámbito de acción de los gobiernos y países en circunstancias que muchas veces desafían las capacidades tradicionales del Estado para enfrentar problemas complejos (Masacre y Clapham, 2006). Según algunos autores, la globalización ha privilegiado la iniciativa privada en detrimento del bien común, socavando la autoridad estatal, provocando que los intereses económicos impulsen este fenómeno, restringiendo la actividad estatal tradicional. Como consecuencia, el Estado ha reducido su ámbito de actuación, externalizando varias de sus actividades, incluidas las consideradas atribuciones primarias del poder público como el monopolio de la violencia.

En este sentido la globalización puede ser concebida como un fenómeno relacionado

con nuevas tendencias compuestas por actores que interactúan fuera de la estructura estatal y operan transnacionalmente (Steiner, Alston y Goodman, 2008, p. 165). Así, en lugar de una acumulación de fuerzas primariamente estatales, hay una dispersión de poder, que permite la presencia de actores no estatales para incidir en el orden interno e internacional.

La globalización trajo consigo una dimensión económica y social, dada por la movilización de la sociedad, organizaciones no gubernamentales y otros actores no estatales, que influyen en la adopción de decisiones políticas y en la construcción del sistema internacional. La participación de actores no estatales incentivó el resurgimiento de la contratación de ejércitos privados, un fenómeno de siglos pasados, en el que la iniciativa privada se presenta para los estados como una alternativa efectiva a los ejércitos nacionales, donde las EMSP llegan a suplir parcial o totalmente distintas necesidades de cada Estado.

III. Marco jurídico internacional del conflicto armado y la responsabilidad de las EMSP

El actual orden jurídico internacional está permeado por movimientos que denotan su carácter cambiante y evidencian el proceso de reconfiguración no solo de las relaciones jurídico-políticas mundiales sino también del derecho mismo. En el siglo XIX, el derecho internacional fue diseñado para tratar las relaciones interestatales y se basó fundamentalmente en armonizar la soberanía de los estados a nivel internacional. Sólo

se reconocía al Estado como personalidad jurídica internacional y la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el ámbito global. Actualmente, otros autores proponen que el orden jurídico-político debe ser reconceptualizado debido a la existencia y participación de distintos tipos de organismos internacionales (bloques intergubernamentales o regionales) es cada vez más frecuente, así como organizaciones no gubernamentales e incluso personas naturales o jurídicas en procesos políticos internacionales, Luterstein expone que “Tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan distintas características y elementos del sistema jurídico internacional –como el rol de los Estados, los individuos y otras entidades en el ámbito internacional– para inferir lineamientos acerca de la subjetividad internacional”.

Estos nuevos actores en el escenario internacional pueden considerarse titulares de personalidad jurídica internacional, como es el caso de los procesos de paz, en los que se ha reconocido la capacidad jurídica a actores no estatales, como las guerrillas, de negociar acuerdos legítimos y de obligatorio cumplimiento con el Estado. Cabe afirmar que el Estado sigue siendo el actor preponderante y central en las relaciones internacionales contemporáneas, no obstante, no sin negociar y dando paso a nuevos actores en las relaciones políticas y económicas mundiales. Sin embargo, existen controversias en cuanto al reconocimiento de la condición de sujeto de derecho internacional a ciertos actores no estatales como las organizaciones no gubernamentales y las empresas transnacionales, entidades que han jugado papeles importantes en el escenario internacional. En este orden de ideas, es necesario caracterizar al conflicto armado para comprender cómo participan los diferentes actores

en él desde la perspectiva jurídica.

De esta manera el conflicto armado internacional es aquella situación en la que se recurre al uso de la fuerza armada entre dos o más Estados, cualesquiera que sean los motivos o la intensidad del enfrentamiento. Según D. Schindler, "es posible dar por sentado que hay un conflicto armado en el sentido del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra cuando partes de las fuerzas armadas de dos Estados se enfrentan entre ellas. [...] Cualquier tipo de utilización de las armas entre dos Estados hace que los Convenios surtan efecto." (1979)

Por su parte, el conflicto armado no internacional es el enfrentamiento armado prolongado entre fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos armados, o entre tales grupos en el territorio de un Estado. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes enfrentadas deben poseer un nivel mínimo de organización.

Según H. P. Gasser, está generalmente aceptado que "los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos, por otra. [...] Otro caso es el derrumbe de toda autoridad gubernamental en un país, que tenga como consecuencia el hecho de que varios grupos se enfrenten entre ellos por el poder." (1993)

La guerra es una de las formas de interacción humana más común, antigua y violenta, en ella dos o más grupos se enfrentan con la finalidad de imponer, extender o destruir una idea, tributo, religión, territorio y entre otras sobre el oponente, las causas y razones de las guerras pueden ser múltiples, así como los métodos para combatir en ella, por lo que a lo largo de la historia las civilizaciones desarrollaron tecnologías y conocimientos para matar o aniquilar a sus rivales de la manera más eficiente y eficaz posible, a la mano de estos desarrollos también se diseñaron distintas reglas o normas que los bandos deberían de cumplir en el momento de afrontar una guerra o conflicto armado, reglas y costumbres que posteriormente construyeron el derecho humanitario (DIH) o derecho de la guerra. Este derecho según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se entiende como “un conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra” así mismo “solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.”

En el derecho internacional de la guerra las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales son la principal fuente normativa, en estas se contemplan las reglas que todas las partes involucradas en un escenario bélico deben seguir, con la finalidad de limitar los efectos adversos que el conflicto pueda producir sobre la

población civil, los prisioneros de guerra y los combatientes; Es en estas convenciones que se da paso a investigar la violación del DIH y se encuentra contenido el primer elemento para buscar la responsabilidad del Estado por las actuaciones de las EMSP , este elemento es la Distinción o principio de distinción.

El principio de distinción es uno de los principales fundamentos del DIH, este establece que las partes de un conflicto armado siempre deben distinguir entre los combatientes, los objetivos militares, civiles y bienes de carácter civil. Recordando que solo los objetivos militares son objetivos legítimos. Cabe aclarar que el principio de distinción no se mencionó inicialmente en los Protocolos de Ginebra, pero es práctica común en los manuales militares que se distinguen los combatientes de los civiles, llevando a que la distinción se convirtiera en una práctica internacional, y posteriormente mencionada por el Protocolo Adicional de 1979 donde se establece el principio de distinción.

La aplicación del principio de distinción en las EMSP es dual, pero prioritariamente es el estatus de no combatiente, pues depende de la función que cumplan podrían clasificarse como combatientes o como civiles, como la construcción de bases o la alimentación del personal militar son tareas innegablemente civiles, mientras que la participación en combates directos innegablemente son funciones de combatientes, pero a veces es difícil clasificarlos; ejemplo de esto es asignar a un no combatiente, como lo son las EMSP, para proteger objetivos legítimos de ser atacarlos .

El estatus de combatiente o no combatiente de las EMSP cuando se miran casos como el de la prisión de Abu Ghraib de 2006 comienza a dejar ver las dificultades que trae la

aplicación del principio de distinción en estas compañías. Durante la guerra de Irak de 2003 el gobierno de Estados Unidos tomó control sobre la prisión de Abu Ghraib con la finalidad de utilizarla como lugar de reclusión de insurgentes capturados durante el conflicto armado llegando a tener en este lugar alrededor de 2.000 prisioneros, entre ellos hombres, mujeres e incluso niños, hasta el 2006 cuando el gobierno de Estados Unidos entregó el control de la cárcel al gobierno iraquí y tras otros 8 años de funcionamiento fue cerrada por este último. (Adams, G. B., Balfour, D. L., & Reed, G. E. 2006)

A lo largo del tiempo que estuvo la prisión de Abu Ghraib bajo control del gobierno de Estados Unidos, el Departamento de Defensa de este país designó a Consolidated Analysis Center, Inc. (CACI) y a Titan Corp para que se encargaran de la seguridad y cuidado de los reclusos que se encontraban dentro de la prisión. Durante este tiempo agentes del gobierno estadounidense junto con contratistas militares, cometieron distintos actos de tortura contra los prisioneros, desde humillaciones, como lanzarles heces, hasta golpearlos a morir. En abril de 2004 se filtraron a la prensa del mundo fotografías de las condiciones y tratos que sufrían las personas que se encontraban recluidas allí, llevando a la condena de 11 miembros de las fuerzas armadas estadounidenses, a la conciliación entre algunos afectados y la empresa que hacía de interprete/traductor, y la demanda contra CACI y Titan Corp por 256 exprisioneros en los Estados Unidos.

El caso de Abu Ghraib presentó una gran dificultad en la aplicación de la convención.

Esto, aunque se dio en un escenario de conflicto y los actos los cometieron no combatientes cumpliendo funciones de un Estado, que en principio es violatorio del DIH porque el Estado es responsable de salvaguardar la integridad de los prisioneros de guerra y responder por las actuaciones relacionadas con ellos. Pero, frente a las compañías de seguridad la responsabilidad por los hechos es más difícil de alcanzar debido a que en primer lugar es el Estado quien debe responder por los actos y no el contratista pues este último actuó bajo órdenes del Estado, esto es establecido en el artículo 12 del III Convenio de Ginebra el cual indica “Los prisioneros de guerra están en poder de la Potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los hayan capturado. Independientemente de las responsabilidades individuales que pueda haber, la Potencia detenedora es responsable del trato que reciban...”.

En otro intento para normatizar el uso de las EMSP por parte de los Estados, se redactó el Documento Montreux, una iniciativa impulsada por el CICR y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Suiza, con el objetivo de ser un manual de buenas prácticas en el que se estandariza y recopila las responsabilidades y obligaciones que tienen las EMSP, así como también la del Estado que contrata sus servicios, la del Estado de origen de la EMSP y la del Estado del territorio en que se ejecutará el contrato. La aplicación del documento de Montreux es voluntaria, lo cual se determina en la página 33 del documento al indicar que "no es legalmente vinculante..." y simplemente "...constituye una compilación de obligaciones jurídicas internacionales...", dejando claro que se trata de una norma de soft law, es decir, es una norma no obligatoria, facultativa y sin consecuencias jurídicas. En adición en el documento también se

menciona que "... es un documento intergubernamental...", por lo que en principio solo los Estados pueden firmarlo, lo cual deja de lado a las empresas militares y de seguridad privadas como objetivo y sujetos de la obligación.

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2001 en su artículo 5 propone que, se ha de considerar inicialmente el comportamiento de la entidad privada antes de atribuirle funciones del poder público, esto quiere decir que, el Estado tendrá que asegurar y comprobar el prestigio o renombre de la empresa a contratar antes de la delegación y, en su caso, no se desentenderá del desarrollo y ejecución de las tarea encomendada o delegada, sino que por el contrario, pondría al personal de la empresa privada bajo la autoridad o el mando de un servidor público. La aplicación del criterio recogido en el artículo 5 del Proyecto de la CDI en estos supuestos conllevaría, en última instancia, que los Estados fuesen más diligentes en la delegación y/o contratación y, asimismo, se verían forzados realmente a que los contratistas respetasen las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Todo ello, sin perjuicio de que internamente el Estado con posterioridad —y de conformidad con las normas de su Derecho interno— pudiese exigir a la EMSP responsabilidad por la conducta de sus empleados.

Aun así, el contenido previsto en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 genera dos grandes problemas, primero es que requiere que en la legislación interna de los estados exista la responsabilidad del empleador por actos y hechos de sus empleados en el cumplimiento de una obligación contractual. Esta responsabilidad surge también

cuando la actuación del empleado se desarrolla sin relación de dependencia con el empleador o, lo que es lo mismo, de forma autónoma, y el segundo problema que es común en el derecho internacional es que requiere que los Estados sean signatarios de un tratado o acuerdo internacional y no de un proyecto para así obtener un nivel de legitimidad, sin este elemento no se podría aplicar ninguno de los artículos que el proyecto propone.

A falta de un mecanismo internacional para responsabilizar la actuación de las compañías proveedoras de defensa, la legislación local y la costumbre internacional se presentan como posibles herramientas con las cual procesar a estas empresas, con ciertas dificultades de aplicación y aceptación, pero su mayor problema es que la costumbre internacional en su definición se ha entendido como una práctica general, constante, uniforme y duradera entre dos o más estados, obligados a cumplir con los principios, normas, manuales que estos aceptan y practicados. Distinto es el caso de las compañías que en principio no se encuentran obligadas por la costumbre internacional, por lo que habría que preguntarse si ¿las empresas pueden violar la costumbre internacional?

La respuesta a la anterior pregunta es ambivalente. En la decisión de la Corte Suprema de Canadá el 28 de febrero de 2020 en el caso *Nevsun Resources Ltd. V. Araya* se ejemplifica mejor esta respuesta. En 2020 tres trabajadores eritreos demandaron a la empresa canadiense *Nevsun* por violaciones de derechos humanos ocurridas en la mina *Bisha* en Eritrea, entre otras acciones las de trabajo forzado, las de esclavitud y las de tratos degradantes, crueles e inhumanos. En este caso uno de los puntos

fundamentales de discusión fue la posibilidad de demandar por daños y perjuicios a una compañía privada por la violación de la costumbre internacional en cortes canadienses. Para esto la Corte estudió la legislación interna y cómo se integraba la costumbre internacional dentro de la legislación canadiense, llegando a la conclusión que la costumbre internacional hace parte de la legislación canadiense y Nevsun al ser una empresa canadiense estaba sometida a la regulación de ese país. En consecuencia, se entiende que las cortes canadienses tienen jurisdicción para conocer de estos casos, es decir que en ciertos estados existe la posibilidad de hacer responsable a las personas jurídicas por la violación de la costumbre internacional con la condición de que esa empresa sea nacional del Estado, esta misma lógica es aplicada por distintos mecanismos de protección regionales como el Tribunal Europeo de derechos humanos y la Corte Interamericana de derechos humanos, pero al estar condicionado por el requisito de que el demandado sea nacional del estado o nacional de algún miembro del organismo limita la aplicación de estos instrumentos.

En la legislación de los Estados Unidos se encuentra el Alien Tort Statute el cual permite a los tribunales federales estadounidenses conocer de las demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros ante violaciones del derecho internacional o de tratados con Estados Unidos, llegando a ser un mecanismo ideal para la protección de derechos humanos, pues a diferencia de mecanismo de protección regional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la demanda no requiere para su procedencia que el demandado sea un nacional de un miembro del convenio. Aunque este mecanismo parezca ideal,

su aplicación es muy estricta, pues para que una demanda proceda bajo el Alien Tort Statute, es necesario que cumpla dos requisitos, el primero que no sea contra un Estado, pues estos tienen inmunidad bajo esta norma, y el segundo es que la norma de derecho internacional violada sea específica, universal y obligatoria, lo que dificulta su aplicación cuando se trata de conectar un compañía con la violación de un derecho, en especial en el contexto de los contratistas proveedores de defensa, pues no todos los actos realizados por los miembros de estas, necesariamente implican la responsabilidad de la misma, llevando a la necesidad de aplicar otras normas.

Cabe aclarar que el Alien Tort Statute es un mecanismo civil de compensación, lo que quiere decir que es un mecanismo que solo puede ser utilizado para buscar la compensación de un daño, siendo la condena dictada por el juez en un valor económico, por lo que al final aun cuando se condenará a una compañía por algún daño o violación grave al derecho su sanción sería monetaria y ninguno de los participantes de los hechos recibirá una condena penal.

Conclusiones

En conclusión, para un Estado contratar una EMSP significa una opción viable y factible a la hora de adquirir personal experimentando y entrenado para llevar a cabo un objetivo, sin que el personal militar nacional se vea envuelto en un escenario no conveniente, logrando obtener resultados rentables en un corto plazo gracias a la experiencia del sector privado o como un refuerzo a las mismas fuerzas nacionales. Las

EMSP ostentan un estatus de no combatientes en función de ayuda de las fuerzas armadas de un país en zonas de conflicto, con la posibilidad de trabajar fuertemente armados, y a menudo participando directamente en las hostilidades convirtiéndose temporalmente en combatientes cuando la ocasión lo requiere.

El fenómeno del uso de EMPS por parte de los Estados se origina a través de la globalización, de la cual surgen políticas de liberación económica y tercerizaciones de funciones, lo que permitió a las compañías privadas tomar control sobre tareas que son fundamentalmente asignadas al Estado, cuya política genera la creciente expansión del uso de los privados para realizar tareas normalmente asignadas al Estado, en especial aquellas tareas que derivan del derecho del uso de la fuerza, permitiendo a los Estados tomar una posición en la que pueden eludir sus obligaciones frente la violación de derechos humanos o tratados de cooperación internacional, ya que basta solo con delegar las tareas en una EMSP y prescindir de la forma en que se llevará a cabo la misión encargada, considerando solo su objetivo final por el cual la EMSP fue contratada.

Con los instrumentos legales actuales para la regulación de las acciones de estas compañías se hace evidente la carencia de autoridad necesaria en la norma para generar límites o consecuencias jurídicas efectivas para solucionar el problema latente; su ineficacia se debe a la existencia de un constante choque entre la soberanía que ostenta el Estado para decidir sobre la legislación de su territorio y la necesidad de una la homogeneidad legislativa internacional, en la que todos los Estados acepten los

mismos términos y condiciones con los cuales las EMSP deben cumplir cuando representan al Estado en alguna labor en las que estas sean contratadas.

Propuestas normativas como las contenidas en el Proyecto CDI de 2001 son un acercamiento importante para tratar de resolver los problemas generados por los actos de las EMSP. Con este proyecto se busca asegurar el comportamiento adecuado de los privados que actúan en nombre del Estado, debido a que el proyecto carece de la fuerza jurídica internacionales adecuada para resolver los conflictos, resulta difícil poder aplicar el proyecto. Si bien las EMSP tienen una personalidad jurídica y pueden ser juzgados por las acciones que cometan, en la relación de su contrato se ven influenciados por la personalidad del Estado generando que sea a veces difícil lograr diferenciar la responsabilidad del Estado frente a la de la organización, por lo que las normativas locales se presentan como una alternativa efectiva para la protección de derechos, en ellas es posible buscar de forma efectiva la responsabilidad del Estado o de la compañía aun en casos donde los actos violatorios se hayan cometido en otro territorio, ejemplo de esto es el caso de *Nevsun Resources Ltd. V. Araya* el cual abrió las puertas para hacer responsable de la violación de la costumbre internacional a las compañías privadas, alejándose completamente de la visión clásica del derecho internacional donde el Estado es el único sujeto que participa en el sistema internacional y como tal el único que es sujeto para ser responsable de alguna violación del derecho internacional.

El objetivo actual del sistema es lograr un nivel de responsabilidad de los Estados frente

al uso de contratistas en la realización de actividades transnacionales que suelen realizarse en situaciones poco transparentes. La responsabilidad del Estado permanece, en la medida en que el Estado debe asegurar el control y la supervisión sobre el ejercicio de estas actividades. En última instancia, el Estado es responsable de la forma en que se llevan a cabo estas actividades y de la forma en que se han privatizado.

REFERENCIAS

- Gomez del Prado, J. L. (2011). United Nations Instrument to Regulate and Monitor Private Military and Security Contractors. *Notre Dame Journal of International, Comparative & Human Rights Law*, 1, 1-79.
- Brickell, M. (2010). Filling the criminal liability gap for private military contractors abroad: U.s. v. slough and the civilian extraterritorial jurisdiction act of 2010. *Legislation & Policy Brief*, 2(2), [xiii]-20.
- Kees, A. (2011). Regulation of private military companies. *Goettingen Journal of International Law*, 3(1), 199-216.
- Piatek, J. (2017). Privatisation of security: Private military contractors serving governments. *Polish Political Science Yearbook*, 46(2), 118-134.
- Taussig-Rubbo, M. (2009). Outsourcing sacrifice: The labor of private military contractors. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 21(1), 101-164.
- Stanger, A. (2015). Hired guns: How private military contractors undermine world order. *Foreign Affairs*, 94(4), 163-169.

- Rothe, D. L., & Ross, J. (2010). Private military contractors, crime, and the terrain of unaccountability. *Justice Quarterly*, 27(4), 593-[xii]
- Frulli, M. (2010). Exploring the applicability of command responsibility to private military contractors. *Journal of Conflict and Security Law*, 15(3), 435-466.
- Kidane, W. (2010). The status of private military contractors under international humanitarian law. *Denver Journal of International Law and Policy*, 38(3), 361-420
- McKinnon, D. (2011). Federal civilian criminal prosecutions of private military contractors: Inherent legal ethics issues. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 24(3), 695-712.
- Snell, A. (2011). The absence of justice: Private military contractors, sexual assault, and the U.S. government's policy of indifference. *University of Illinois Law Review*, 2011(3), 1125-1164.
- Karoly Vegh, *Warriors for Hire - Private Military Contractors and the International Law of Armed Conflicts*, 5 *Miskolc J. INT'L L.* 26 (2008).
- Clapham, Andrés. *Obligaciones de derechos humanos de los actores no estatales*. Oxford:Oxford University Press, 2006.
- Clapham, Andrés. *Obligaciones de derechos humanos de los actores no estatales en situaciones de conflicto*. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. vol. 88, número 863, págs.513-523, 2006. Disponible en https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_863_clapham.pdf .
- Cantante, Pedro. W. *Corporate Warriors: el auge de la industria militar privilegiada*. Ithaca, Nueva York: Cornell University Press, 2008.
- Palomo Garrido, A. (2012). Balance en Irak tras la retirada de Estados Unidos. *Revista*

de Relaciones Internacionales de la UNAM, (113).

-Viscardi, A. M. (2011). *Compañías Militares Privadas: el regreso de un viejo actor de las relaciones internacionales* (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de La Plata).

-Adams, G. B., Balfour, D. L., & Reed, G. E. (2006). Abu Ghraib, administrative evil, and moral inversion: The value of "Putting Cruelty First". *Public Administration Review*, 66(5), 680-693.

-Linares, M. Á. C. (2008). El Derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial. ¿El fin de un monopolio?. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 24, 47-77.

-D. Schindler, *The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 131.

-Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Comisión de Derecho Internacional 53º período de sesiones (A/56/10) de 12 de diciembre de 2001.

-Luterstein, Natalia M. (2018) *Repensando la subjetividad Internacional*, Colección Serie Académica SEMPITHIDIA (Vol. II)