

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**La Privatización de la Guerra: Atribución de responsabilidades ante
la violación del Derecho Internacional Humanitario y los derechos
humanos**

Tesis para optar el Título de abogada que presenta la Bachillera:

GIULIANA STEPHANIE SALDARRIAGA VELÁSQUEZ

Asesora:

MICHELLE REYES MILK

Lima, abril de 2015

*A mis padres, hermano, pequeña hermana y osita,
por todo su aliento y paciencia. Sin ellos esta
aventura hubiese sido interminable.*



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas y su incipiente regulación	
1. El surgimiento de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.....	13
2. Una mirada a las Empresas Militares y de Seguridad Privadas en acción.....	19
2.1. Estableciendo el estatus jurídico del personal de las EMSP, ¿combatientes, personas que asumen una función continua de combate o civiles?.....	22
2.1.1 Noción y características de la Participación Directa en las hostilidades	23
2.1.2 Noción y desarrollo del estatuto de combatiente.....	24
2.1.3 Función Continua de Combate	37
2.2. Escenarios que reflejan el comportamiento de las EMSP.....	39
2.2.1. Irak. Caso CACI y Titan- escándalo de Abu Ghraib, ¿inmunidad o impunidad?.....	40
2.2.2. Ex Yugoslavia: EMSP en la “Operación Tormenta”	44
2.2.3. Sierra Leona: Aportes positivos de <i>Executive Outcomes</i> en Sierra Leona.....	45
3. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP).....	48
3.1 Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008.....	48
3.1.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.....	49
3.2. Proyecto de Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP), 5 de julio de 2010.....	50
3.2.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.....	51
3.3. Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, 9 de noviembre de 2010.....	52
3.3.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.....	54
3.4. ¿Qué se debe entender por EMSP?.....	55
3.5. Límites sobre el uso de las EMSP.....	56
4. Alcances específicos de la figura del mercenario: Diferencias y similitudes con las EMSP.....	57
4.1. Origen histórico de la categoría de Mercenarios.....	58
4.2. El personal de las EMSP, ¿se trata realmente de mercenarios?.....	60
4.2.1 Definición de mercenario frente al Derecho Internacional Humanitario	61
4.2.2 Definición de mercenario frente al Derecho Internacional.....	69
4.2.2.1 Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la eliminación de los Mercenarios en África del 3 de julio de 1977.....	72

4.2.2.2 Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios del 7 de diciembre de 1989.....	74
---	----

CAPITULO II: Aproximaciones a la Regulación de las EMSP

1. Reglas aplicables a nivel internacional.....	79
1.1 Documento de Montreux.....	80
1.2 Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.....	87
1.3 Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)	93
1.4 Aportes desde el Derecho Consuetudinario.....	100
2. Reglas aplicables a nivel regional.....	102
2.1. Continente Europeo.....	103
2.2. Continente Americano.....	107
3. Reglas aplicables a nivel nacional.....	109
3.1. Estados Unidos de América.....	109
3.1.1. Jurisdicción en la Corte Federal: <i>Military Extraterritorial Act of 2000</i>	110
3.1.2. Jurisdicción Militar: <i>Uniform Code of Military Justice</i>	111
3.1.3. <i>Alien Tort Claims Act</i>	114
3.2. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.....	119
3.2.2. <i>Green Paper, Private Military Companies: Options for Regulation</i>	120
3.3. República del Perú.....	122
4. ¿Autorregulación?: Códigos de conducta de las propias empresas.....	124
5. Avances identificados y obstáculos: ¿Existen zonas grises?.....	127

CAPITULO III: La insuficiente respuesta del Derecho internacional frente a la atribución de responsabilidades ante violaciones al Derecho internacional humanitario, derechos humanos y Derecho Penal internacional

1. Atribución de responsabilidad internacional para los Estados.....	132
1.1. Elementos constitutivos del hecho ilícito internacional.....	139
1.1.1. Elemento Subjetivo.....	139
1.1.2. Elemento Objetivo.....	140
1.2. Atribución del comportamiento de las EMPS al Estado mediante el proyecto sobre la responsabilidad del Estado.....	141
1.2.1. Artículo 4 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.....	143

1.2.2.	Artículo 5 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.....	149
1.2.3.	Artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.....	154
1.4.4.	Artículo 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.....	158
1.3.	La responsabilidad del Estado basada en la falta de debida diligencia.....	165
1.3.1.	La debida diligencia a la luz del Derecho internacional.....	166
1.4.	La no existencia de eximentes de responsabilidad a la luz del DIH.....	173
1.5.	Obligaciones para el Estado responsable.....	176
2.	Atribución de responsabilidad penal internacional para el personal de las EMPS.....	179
2.1.	La doctrina de la responsabilidad de los superiores jerárquicos.....	182
2.2.1.	Condiciones para la existencia de la responsabilidad del superior.....	187
2.2.	¿Cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad penal para los gerentes directores de EMSP?.....	197
2.3.	¿Qué otras formas de atribución se podrían plantear para el caso de los gerentes y directores de las EMSP?.....	199
2.3.1.	Autoría mediata (<i>perpetrador by means or indirect perpetrator</i>).....	200
3.	¿Es posible la atribución de responsabilidad internacional a la EMSP como persona jurídica?.....	202
3.1.	Responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿Es posible la atribución de responsabilidad penal internacional?.....	205
3.1.1.	Nuevas perspectivas: Aplicación de responsabilidad penal en el caso de España.....	207
4.	Recomendaciones finales ante las lagunas normativas en el Derecho internacional	209
CONCLUSIONES.....		213
BIBLIOGRAFÍA.....		224
ANEXOS.....		272

“We should perhaps not so much complain that the law of war does not work well, as marvel that it works at all”

Geoffrey Best (Humanity in warfare, 1980)



INTRODUCCIÓN

Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (en adelante EMSP) representan un desafío contemporáneo al Derecho internacional, ya que conforme pasa el tiempo se hace más usual que los Estados deleguen tareas que tradicionalmente eran llevadas a cabo por sus fuerzas armadas a las EMSP.

Existen casos en los que el personal de las EMSP ha cometido violaciones al Derecho internacional humanitario (en adelante DIH), al Derecho penal internacional (en adelante DPI) y a los derechos humanos y, al no existir un cuerpo normativo internacional específico que regule las actividades de dichas empresas, resulta difícil determinar responsables ya que en la actualidad solo existen declaraciones no vinculantes como la Declaración de Montreux o formas auto regulatorias de las propias empresas, las cuales intentan regular el actuar de las mismas.

Asimismo, esta carencia de normas específicas en el ámbito internacional, genera diversos cuestionamientos en cuanto a la atribución de responsabilidad. En primer lugar, al ser las EMSP entidades privadas, surge la pregunta de si es posible o no la atribución de responsabilidad internacional a los Estados que se involucran con ellas (tanto al Estado que contrata, al Estado en donde se desarrollan las actividades y al Estado del cual la empresa es nacional). En el caso en que sí fuera posible la atribución de responsabilidad, ¿habría un límite en la atribución de la responsabilidad o por el contrario estaríamos ante una responsabilidad absoluta? En segundo lugar, si las personas empleadas por las EMSP cometen violaciones al DIH, DPI, y/o derechos humanos, ¿hasta dónde se podría atribuir tal responsabilidad penal

internacional?, ¿acaso se podría extrapolar y aplicar la teoría de responsabilidad del superior del derecho penal internacional? De ser ese el caso, ¿se podría atribuir responsabilidad penal internacional al gerente y/o a la junta de directores de esas empresas? En tercer lugar, con respecto a la EMSP como persona jurídica, ¿podría imponérsele algún tipo de responsabilidad internacional? La adjudicación de la responsabilidad penal internacional de la persona jurídica fue analizada y descartada por el Estatuto de Roma, optándose por sólo juzgar a individuos. Sin embargo, hoy en día podemos visualizar una nueva tendencia en torno a la atribución de responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas. Por ejemplo, en España, las empresas están asumiendo como personas jurídicas su responsabilidad penal.

En torno a las preguntas reseñadas, es importante analizar y considerar la existencia explícita o implícita de una regulación hacia la atribución de responsabilidades a estas entidades conforme al Derecho internacional aplicable. Por ello, la siguiente investigación considera necesario realizar un análisis global del problema, acudiendo a varias ramas del Derecho internacional, como el Derecho internacional público, el DIH, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el DPI. De esa manera, la presente tesis busca probar que ante la existencia de zonas grises en torno a la regulación de la actuación de las EMSP, en particular ante la atribución de responsabilidades por la comisión de violaciones al DIH, DPI y derechos humanos, se pueden acudir a diferentes formas de atribución de responsabilidad para llenar las lagunas existentes.

En el primer capítulo se desarrollará el surgimiento de las EMSP y su actual regulación. Para ello, es necesario hacer un pequeño recuento histórico y colocar algunos ejemplos de situaciones en las que estas empresas han intervenido. Asimismo, se empleará el método sistemático por comparación con otros instrumentos sobre la materia, como por ejemplo Documento de Montreux, el Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada y el Proyecto de una posible Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos, a fin de definir adecuadamente a las EMSP. Además, una vez definido el concepto de las EMSP, se abordará la distinción entre las empresas militares y las empresas de seguridad, y se analizará si tal distinción es necesaria a la hora de atribución de responsabilidades. Para esta última tarea se acudirá al método comparativo y se examinarán los resultados utilizando el método deductivo.

Por otro lado, debido a que con frecuencia se hace alusión a los mercenarios cuando se trata el tema de EMSP, es necesario analizar las diferencias y similitudes de estas categorías; por lo que también se analizará la definición de mercenarios y su regulación utilizando el método histórico y comparativo, a fin de diferenciarlos de las EMSP. Asimismo, se utilizará el método sociológico para poder entender la normativa sobre mercenarios y sus diferencias con las EMSP.

En el segundo capítulo de la tesis se abordará la regulación existente sobre las EMSP para así contar con los instrumentos necesarios para responder el tema central de la tesis. Se analizará de manera sistemática la regulación internacional, regional y nacional, así como la autorregulación por parte de las empresas para corroborar la

existencia de zonas grises en la normativa existente. En esta sección se hará uso del método deductivo, ya que, en base a distintos instrumentos sobre las EMSP se tratará de identificar los avances, obstáculos y la tendencia que prima con respecto a la regulación de las mismas.

Por último, en el capítulo final de la tesis se profundizará la existencia de zonas grises frente a la atribución de responsabilidades a las EMSP ante violaciones al DIH, DPI y derechos humanos. Para ello, se analizará la atribución de responsabilidad internacional para los Estados acudiendo al método sistemático. Luego se estudiará el caso de los Estados contratantes, territoriales y Estados de origen con el fin de determinar si es posible o no la atribución de responsabilidad internacional. Además, se estudiará el comportamiento que deben tener las EMSP para que sea posible la atribución de responsabilidad, conforme a lo señalado en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Para ello, se hará un análisis de los artículos 4 ,5 ,7 y 8 de dicho Proyecto utilizando el método *ratio legis* a fin de determinar la razón de cada artículo y la aplicabilidad, *mutatis mutandí*, al tema que nos ocupa. De igual forma se desarrollará la no existencia de eximentes de responsabilidad a la luz del DIH, por lo que se empleará el método deductivo con el objetivo de descartar cada una de las eximentes planteadas en el Proyecto antes mencionado. Finalmente y con ayuda del método sociológico, se determinarán las consecuencias para los Estados (ya sea contratante, territorial o de origen) en caso se le atribuya responsabilidad internacional por las acciones de las EMSP.

Por otro lado, el tercer capítulo también tratará el tema de la atribución de responsabilidad penal a las personas empleadas por las EMSP. Con tal fin, se

analizará las normas contenidas en el Estatuto de Roma así como la jurisprudencia de los Tribunales internacionales ad hoc para determinar si es posible la atribución de responsabilidad penal individual por las acciones de dichos individuos. Asimismo se abordará la pregunta de si es posible la atribución de responsabilidad internacional a la persona jurídica y los beneficios de dicha atribución. Finalmente se harán recomendaciones a la actual normativa internacional ante los desafíos que representan las EMSP al DIH, DPI y derechos humanos.



CAPÍTULO I

LAS EMPRESAS MILITARES Y/O DE SEGURIDAD PRIVADAS Y SU INCIPIENTE REGULACIÓN

“Hoy en día los instrumentos materiales para la guerra están al alcance de grupos privados”. Eric Hobsbawm¹.

Las empresas militares plantean grandes retos a la forma en que se entiende y concibe el derecho, derecho que tradicionalmente otorga el monopolio del uso de la fuerza al Estado. Las actividades de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas² (EMSP) así como, la participación de las mismas en conflictos armados, otras situaciones de violencia y en las situaciones posbélicas de reconstrucción, han ido en aumento a partir de las campañas realizadas en Irak y en Afganistán³. Asimismo según lo señalado por el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (en adelante “Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios”) en su informe de agosto de 2013, la demanda mundial de servicios de seguridad privados se incrementará un 7.4% anual llegando a alcanzar los 244, 000 millones de dólares en el 2016⁴. Por otro lado, dicho grupo de trabajo señaló que lo preocupante era la variedad de situaciones en la que estas entidades privadas actuaban, las cuales iban desde la erradicación de las plantaciones de coca en

¹ HOBBSAWM, Eric. *Guerra y Paz en el siglo XXI*. Barcelona: Memoria Crítica, 2007, p.10.

² A lo largo de este trabajo se utilizará dicha denominación indistintamente para los proveedores de seguridad y las empresas militares y de seguridad privadas ya que, como fue señalado por el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios durante la reunión de expertos del 31 de julio de 2013 sobre la utilización de empresas militares y de seguridad privadas por las Naciones Unidas, muchas de dichas empresas prestan ambos servicios.

³ SCHWARTZ, Moshe y Joyprada SWAIN. “Department of Defence Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis”, US Congressional Research Service Report, 13 de mayo de 2011, p.2.

⁴ Véase: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/68/339, 20 de Agosto de 2013, p.8.

Colombia a reconstrucciones posbélicas⁵. Por tanto se hace evidente la necesidad de conocer y definir con claridad el marco en el cual estas entidades privadas operan para así poder analizar la regulación que existe en torno a la actuación de las mismas.

En las líneas siguientes se abordará el surgimiento de las EMSP, haciendo un recuento histórico y mencionando algunas situaciones en las que estas entidades han intervenido. Asimismo se analizará y explicará de manera jurídica la definición de las EMPS a partir de las disposiciones existentes en el Documento de Montreux, el Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada y el Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos⁶ (en adelante “Proyecto de Convención sobre las EMSP”). De igual manera se analizará las diferencias y similitudes entre las EMSP y los mercenarios debido a que con frecuencia se equiparan ambos actores.

1. EL SURGIMIENTO DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

Tradicionalmente, el sistema jurídico internacional establece que los Estados son los que poseen el monopolio del uso de la fuerza y de la violencia⁷ y, por tanto, pueden

⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Experts reports “Alarming resurgence” in use of mercenaries to violate human rights, often in new, novel ways, in statement to third committee*, 31 de Octubre de 2011.

⁶ Nombre otorgado por el propio Grupo de Trabajo en el anexo del Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Ver: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/HRC/15/25, 5 de julio de 2010.

⁷ “Gewaltmonopol des Staates”. El monopolio de la violencia es una teoría desarrollada por Max Weber en su obra “La política como vocación”. Para mayor información ver: PÁEZ, Laura (ed). *La teoría Sociológica de Max Weber*, México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p.66; SÁNCHEZ, Víctor M. “¿Qué es el Derecho internacional?”. En: SÁNCHEZ, Víctor M (director). *Derecho internacional público*, Barcelona: Huygens, 2010, p.23.

ejercerla dentro de sus fronteras con los límites impuestos por el derecho⁸, permitiendo por ejemplo que los Estados compren poderío militar a empresas privadas. Sin embargo, hoy por hoy algunos Estados han perdido el monopolio absoluto de la fuerza, no solo por la cantidad de armas pequeñas y portátiles que dejó la guerra fría y que se encuentran al alcance de grupos disidentes, grupos no gubernamentales, entre otros⁹, sino que también se debe a la utilización de las EMSP. Con el pasar de los años y gracias a los cambios sociales y técnicos, el Estado no solo compra poderío militar sino que además utiliza servicios brindados por las EMSP, las cuales pueden llegar a participar directamente en las hostilidades, actividad que antes era exclusiva del Estado.

Para analizar el surgimiento de las EMSP, es necesario hacer un pequeño recuento histórico de las mismas. Históricamente se puede decir que las EMSP tienen varios antecesores entre los que destacan los corsarios, los *landsknechte* alemanes, los *reisläufer* suizos y los *condottieri* de la Italia renacentista¹⁰. Sin embargo, como señala Lou Pinget, se puede resaltar a dos antecesores los cuales tienen conexión directa y clara con las empresas modernas, los cuales son el negocio de los detectives privados y los mercenarios que operaban en las colonias europeas luego de la segunda guerra mundial.

⁸ La organización de la violencia y el uso de la fuerza son temas que le corresponden ejercer al Estado bajo los límites impuestos, por ejemplo por el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario en contextos de conflicto armado.

⁹ HOBBSAWM, Eric. *Ob. cit.*, p.108.

¹⁰ COCKAYNE, James (a). "La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, p.280; PINGEOT, Lou. "Dangerous Partnership, Private Military & Security Companies and the UN", Informe, Junio de 2012, p.10.

Con relación al negocio de los detectives privados, se trata de un negocio que floreció a mediados del siglo XIX en América del norte y básicamente ofrecía guardias armados de seguridad, investigadores privados y otros servicios de seguridad, los cuales operaban en secreto y al margen de la ley. Un clásico ejemplo de este negocio es la agencia “*Pinkerton National Detective Agency*” la cual fue fundada en los Estados Unidos en 1850¹¹. Después de 1870 dicha agencia se involucró en espionaje corporativo, rupturas de huelgas, investigaciones encubiertas, entre otras cosas. En 1871, el departamento de justicia de los Estados Unidos contrató los servicios de la agencia *Pinkerton*. Sin embargo en 1892 los agentes de *Pinkerton* protagonizaron un ataque a mano armada en Homestead - Pensilvania¹². Por esa razón, el Congreso de Estados Unidos decidió aprobar el “*Anti-Pinkerton Act*”, con lo cual se limitó al gobierno la contratación de agentes provenientes de estas compañías. A pesar de dicho acto, la agencia de detectives *Pinkerton* siguió operando en Estados Unidos, Canadá, México, Europa y Asia. Luego, el 2001, la industria *Securitas* compró la agencia *Pinkerton*¹³, creando el nexo directo entre las agencias del siglo XIX y una de las empresas más grandes del sector moderno privado de seguridad.

Por lo que se refiere a los mercenarios, se puede señalar que en un primer momento, éstos eran contratados por los gobiernos coloniales y empresas para que realizaran operaciones clandestinas en contra de los sindicatos, críticos al régimen colonial y

¹¹ PINKERTON GOVERNMENT SERVICES: History. [en línea] Consulta: 31 de enero de 2014 <<http://www.pinkertons.com/company.htm>>

¹² Homestead se recuerda como un enfrentamiento entre trabajadores (los cuales reclamaban su derecho a la sindicalización) en huelga versus la empresa “*Carnegie Steel Corporation*” la cual había contratado a la agencia *Pinkerton* para disolver a los huelguistas. Murieron 3 agentes de *Pinkerton* y 7 trabajadores. Para mayor información ver: KRAUSE, Paul. *The Battle for Homestead, 1890-1892, Politics, Culture, and Steel*. University of Pittsburg Press: Pittsburgh, 1992.

¹³ SECURITAS: Press release. “Securitas and Pinkerton to Form World Leader in Security”, 22 de febrero de 1999. En: Securitas (web) [en línea] Consulta: 28 de Setiembre de 2014 <www.securitas.com/en/News/Press-releases/1999/Securitas-and-Pinkerton-to-Form-World-Leader-in-Security>

movimientos separatistas, principalmente en el continente africano¹⁴. Asimismo durante la época de la independencia, los mercenarios no solo operaban defendiendo a los gobiernos, sino también a cúpulas violentas, movimientos secesionistas, inclusive ataques contra partidos y líderes políticos¹⁵.

Por lo señalado anteriormente se puede decir que la participación de entidades privadas en el espacio público, correspondiente al Estado, no es un fenómeno completamente nuevo. Algunos autores señalan que las EMSP aparecen durante la guerra fría, en donde el cambio en el contexto internacional, la globalización y el terrorismo internacional¹⁶ les abrieron el paso¹⁷.

Sin duda alguna, tras terminar la guerra fría, el mercado puso a disposición de los empresarios no solo el avance de las comunicaciones y transporte sino también personal especializado y armamento¹⁸. Por ejemplo, en 1989 Eben Barlow, oficial de las Fuerzas de Defensa Sudafricanas (SADF), funda la empresa “*Executive Outcomes*”, la cual operaba en conflictos poscoloniales como en Sierra Leona y Angola¹⁹. Así como *Executive Outcomes*, en los noventa, surgieron otras empresas como *DynCorp*, *Halliburton*, *Military Professional Resources Inc*, etc.

¹⁴ COCKAYNE, James (a). *Ob. cit.*, p.291.

¹⁵ PINGEOT, Lou. *Ob. cit.*, p.10.

¹⁶ Solo como ejemplos se puede citar a: IRA en Irlanda, Acción Directa en Francia, la brigada roja en Italia, ETA en España, los lobos grises en Turquía, los tamils en Sri Lanka, entre otros.

¹⁷ COCKAYNE, James (a). *Ob. cit.*, p.293, PINGEOT, Lou. *Ob. cit.*, p.293, KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. Nueva York: Routledge, 2006 pp. 50-51 y SCHEIMER, Michael. “Separating Private Military Companies from illegal mercenaries in International Law: Proposing and international convention for legitimate military and security support that reflects customary international law”, *American University International Law Review*, Vol. 24, N°3, 2009, p. 618.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. *Ob. cit.*, p.154.

¹⁹ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.108.

De acuerdo con Cockayne, las EMSP suelen aparecer en distintas situaciones como cuando el poder del Estado para aplicar la ley es funcionalmente débil o se le percibe como ilegítimo, o cuando el Estado consiente o apoya el uso de EMSP. También aparecen cuando la demanda de violencia organizada es elevada y cuando las EMSP son las únicas fuentes de violencia organizada²⁰.

Es así que con el paso del tiempo las EMSP se volvieron negocios muy rentables y, hoy en día, son importantes actores que no solo se involucran con Estados y grupos armados sino que también se han desarrollado en el campo de la ayuda humanitaria, llegando a ser contratadas por Naciones Unidas en sus operaciones para el mantenimiento de la paz (OMP)²¹. De acuerdo con la información de la División de Adquisiciones de Naciones Unidas (*UN Procurement Division*²²), la ONU contrata, mediante órdenes de compra (PO: *Purchase Order*) o contratos, con distintas EMSP para la provisión de servicios de seguridad, entrenamiento entre otras cosas a distintas Operaciones de Mantenimiento de la paz²³.

En la década de los noventa, la ONU contrató los servicios de seguridad de la empresa DSL - "*Defense Systems Limited*" y de la EMPS *DynCorp* para la OMP en Bosnia. Otro ejemplo es el contrato entre la ONU y *Lifeguard* y DSL en 1998 para que brindaran servicios de seguridad a las operaciones de ayuda humanitaria en Sierra

²⁰ COCKAYNE, James (a). *Ob. cit.*, p.297.

²¹ PINGEOT Lou. *Ob. cit.*

²² UNITED NATIONS. UN Procurement Division website. [en línea] Consulta: 20 de marzo de 2014. <<http://www.un.org/depts/ptd/>>

²³ Entre los servicios que las EMSP proveen se encuentran: servicios aéreos, asesoramiento de riesgo, manejo de seguridad, reformas del sector de seguridad, protección a convoyes humanitarios y la provisión de guardias armados o desarmados (según se determine en el contrato). Ver: PINGEOT, Lou. *Ob. cit.*, p.24e.

Leona antes del establecimiento de la OMP²⁴. No obstante, la ONU ha ido incrementando el uso de EMSP en distintas operaciones para el mantenimiento de la paz. Este incremento se puede relacionar con los ataques que dichas OMP han sufrido en la última década²⁵. Otras razones pueden ser la disponibilidad inmediata que representa contratar a una EMSP en contraste con la dificultad del alistamiento de cascos azules y la minimización de costos²⁶. En el siguiente cuadro se puede ver el incremento de gasto en el uso de EMSP por la ONU durante los últimos 4 años²⁷.

OPM	VALOR EN \$			
	2009	2010	2011	2012
MINUSTAH	1,579,320	872,580	754,940	1,633,553
MINURSO	0	55,522	0	0
MONUC/MONUSCO	1,040,050	1,454,978	6,028,710	5,963,930
UNAMA	3,178,144	8,437,472	9,364,111	10,824,554
UNAMI	0	386,975	540,842	1,123,088
UNIFIL	112,591	0	95,681	227,709
UNLB	0	456,125	491,373	354,457
UNMEE	89,926	0	0	0
UNMIK	766,787	547,126	47,660	488,119
UNMIL	2,336,002	1,390,746	1,865,054	3,543,747
UNMIS	56,913	93,322	72,780	0
UNMIT	2,766,705	3,480,203	3,098,000	1,851,643
UNMOGIP	0	86,829	278,435	209,932
ONUCI	1,237,337	1,123,443	740,116	5,961,102
UNOMIG	36,288	0	0	0
UNSOA	0	41,266	0	205,113
UNTSO	0	0	0	0
Total (UNPD)	13,200,063	18,426,587	23,377,702	32,386,947

Fuente: Elaboración propia. En base a las cifras dadas por la División de Adquisiciones de Naciones Unidas, tanto de los datos de la sección de Contratos como las Órdenes de Compra. Los montos presentados para cada OPM han sido calculados sumando las órdenes de servicios individuales de distintas EMSP. Cuando la EMSP tenía en el mismo año tanto un contrato como una orden de compra se ha registrado el monto mayor. Las cifras buscan mostrar una tendencia general y no han de tomarse de manera exacta.

²⁴ ØSTENSE, Åse Gilje. *UN Use of Private Military and Security Companies: Practices and Policies*, Ginebra: DCAF, 2011, p.26.

²⁵ En el bombardeo a la oficinas de la ONU del 2004 en Bagdad, murieron 22 miembros de la ONU, incluyendo al representante especial Sergio Vieira de Mello. En julio del 2006 hubo otro ataque a las oficinas ubicadas en Beirut y en Diciembre del 2007 a las oficinas de Algeria.

²⁶ UNITED STATES SENATE. "Department of Commerce, Justice, and State, the Judiciary, and Related Agencies Appropriation Bill", 2005, 160. [en línea] Consulta: 08 de abril de 2014. <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-108srpt344/pdf/CRPT-108srpt344.pdf>>

²⁷ No se ha tomado en cuenta el año 2013 ni 2014 ya que no se encuentra disponible la información completa.

El aumento de contratación con las EMSP en operaciones para el mantenimiento de la paz es una razón más para estudiar a dichas EMPS y el definir el marco jurídico en el que se desenvuelven para poder realizar una correcta atribución de responsabilidades cuando se cometen violaciones al DIH, al DPI y a las normas de derechos humanos. En la siguiente sección se examinará con mayor detalle a las EMSP.

2. UNA MIRADA A LAS EMPRESAS MILITARES Y/O DE SEGURIDAD PRIVADAS EN ACCIÓN

Con el transcurso del tiempo, las actividades realizadas por las EMSP han ido variando y aumentando desde la sola protección de bienes hasta la participación directa en las hostilidades, siendo confuso determinar cuál es el límite de este rubro de la industria.

Andrew Bearpark²⁸ señala que las EMSP se desenvuelven básicamente en las siguientes áreas: servicios de seguridad²⁹, apoyo a la reconstrucción en posconflictos armados³⁰ y entrenamiento militar³¹.

²⁸ Andrew Bearpark es director general honorario de la Asociación Británica de Empresas de Seguridad Privadas, la cual es una asociación independiente que representa a las principales compañías del sector especializado en seguridad privada y gestión de riesgos en Reino Unido.

²⁹ Este tipo de servicio se lleva a cabo mediante las siguientes actividades de protección: protección de personas y de bienes por profesionales, convoyes de seguridad y planificación de las evacuaciones para la búsqueda y la recuperación de bienes, toma de rehenes y verificaciones previas al empleo.

³⁰ Algunos ejemplos son el asesoramiento para la protección del personal y de los sitios, el apoyo a la ayuda humanitaria y las acciones de socorro en desastres naturales (lo cual incluye logística, comunicación y servicios de energía).

³¹ El autor no coloca posibles ejemplos para la clasificación que hace, probablemente porque las EMSP suelen ofrecer más de un solo tipo de servicios. Ver: PFANNER, Toni. "Entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (Redactor jefe de la Revista Internacional de la Cruz Roja) en Londres, 17 de octubre de 2006", *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, Cambridge University Press, pp.263-272.

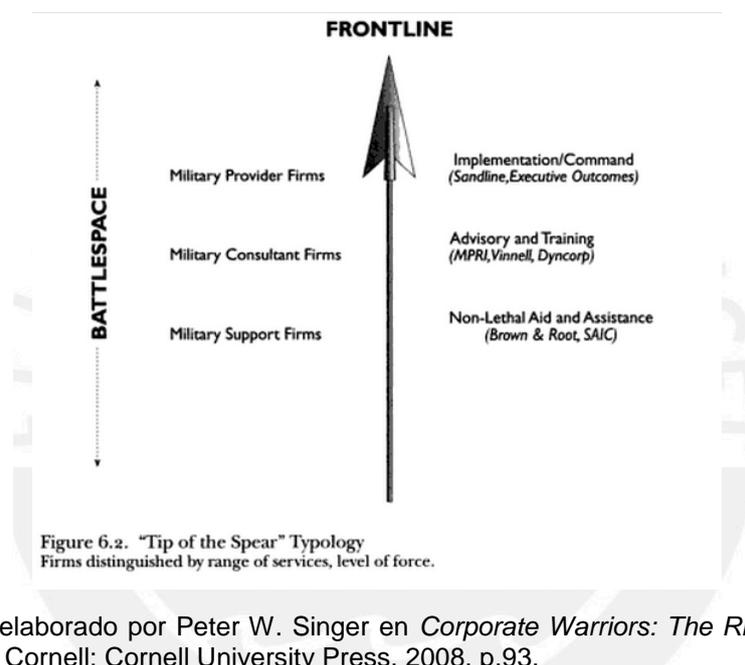
Por otro lado, Peter W. Singer considera que la mejor manera de estructurar la industria de las EMSP es por la gama de servicios y nivel de uso de la fuerza que las EMSP son capaces de ofrecer, haciendo una analogía con la metáfora “la punta de la lanza”³². Por ejemplo, el soldado de infantería que pelea en el campo de batalla (representa la punta de la lanza) tiene un entrenamiento y experiencia diferente a un soldado que trabaja en el centro de comando o en la unidad de logística con los cuales el soldado de infantería probablemente no podría concretar su misión. Es así que Singer divide las actividades de las EMSP en tres áreas según su ubicación en el campo de batalla³³. En primer lugar coloca a las empresas proveedoras militares (*Military Provider Firms*), las cuales se encargan de dirigir las operaciones militares e implementar las órdenes desde el campo de batalla; ejemplos de esta sección son las EMSP “*Executive Outcomes*” y “*Sandline*” ya que dirigieron operaciones de combate en Angola y Sierra Leona respectivamente. En segundo lugar se encuentran las empresas consultoras militares (*Military Consultant Firms*), las cuales prestan servicios de asesoramiento y de formación integral para el entrenamiento y la reestructuración de las fuerzas armadas, es decir, son los encargados de realizar las estrategias y tácticas aunque no operan en el campo de batalla. Por ejemplo se puede mencionar a la empresa “*Military Profesional Resources Incorporated*” (MPRI), la cual es una de las empresas más conocidas por prestar servicios de entrenamiento y equipamiento al ejército Bosnio en la década de los noventa³⁴. Por último, Singer coloca a las empresas de apoyo militar (*Military Support Firms*), las cuales prestan servicios militares complementarios a las operaciones militares; en otras palabras se

³² Esta frase hace alusión a la complementariedad que existe entre la punta de la lanza y la propia lanza. La punta es lo primero en entrar, iniciando el proceso para que luego el resto de la lanza termine de derribar al oponente. El autor utiliza la frase como analogía ya que visualiza los distintos tipos de servicios ofrecidos por las EMSP como complementarios.

³³ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, pp. 88-100.

³⁴ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, pp. 119-135.

encargan de tareas no letales como realizar la logística, servicios de inteligencia, apoyo técnico, transporte, entre otras cosas. Un ejemplo de dicho tipo de empresas es la EMSP “*Broot & Root Services*” (BRS) la cual ofrece sus servicios a Estados Unidos desde el fin de la guerra fría y opera en países como Afganistán, Albania, Bosnia, Croacia, Haití, Hungría, Italia, Kuwait, Macedonia, Arabia Saudita, entre otros. A continuación se muestra un gráfico de la metáfora de la punta de la lanza como se explicó en líneas anteriores.



Fuente: Gráfico elaborado por Peter W. Singer en *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell: Cornell University Press, 2008, p.93.

Estos, son solo ejemplos de cómo se clasifica la propia industria y la diversidad de actividades que ofrecen. Como se ha podido apreciar, se habla de la existencia de distintos tipos de empresas privadas con el posible objetivo de diferenciar obligaciones y responsabilidades dependiendo del tipo de EMSP; por ello es que las propias empresas escogen distintas denominaciones. Por ejemplo, se dice que las empresas militares son aquellas que realizan actividades “ofensivas” (es decir que pueden atacar) y que por otro lado las empresas de seguridad privadas realizan

actividades defensivas³⁵. Sin embargo, como ya se ha mencionado, en esta investigación se las llamará indistintamente EMSP, ya que si se piensa en el efecto real y tomando en consideración la opinión del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios, la denominación distinta entre las mismas no las exime de responsabilidad ni las limita, por lo que para efectos legales no es necesario distinguirlas.

Por otro lado, lo que se debe analizar, ante la existencia de violaciones al DIH en los conflictos armados o violaciones a los derechos humanos en otras situaciones de violencia, no es si el personal o la empresa prestaba servicios de seguridad o servicios militares, sino si se trata de combatientes o si se trata de civiles, lo cual se precisará a continuación.

2.1. Estableciendo el estatus jurídico del personal de las EMSP, ¿combatientes, personas que asumen una función continua de combate, o civiles?

En la sección previa se hizo un recuento del espectro de servicios brindados por las EMSP de manera general. Sin embargo, hace falta determinar qué consecuencias jurídicas tiene la provisión de dichos servicios con relación al estatus jurídico del personal de las EMSP, ya que no es lo mismo brindar servicios de apoyo logístico a brindar un contingente de soldados que participe directamente en las hostilidades.

Por ello, es necesario determinar si se está frente de un combatiente, en caso de conflicto armado internacional (CAI), de un integrante de la fuerza armada estatal o

³⁵ PFANNER, Toni. *Ob.cit.*, p.266.

de una persona que asume la función continua de combate, en caso de un conflicto armado de índole no internacional (CANI), o si se está frente a un civil.

La importancia de dicho análisis es en razón de un fin práctico en el sentido de que la otra parte en el conflicto pueda saber si el personal de dichas EMSP puede o no participar de las hostilidades, y por tanto si es un objetivo militar legítimo. Antes de determinar el estatus jurídico del personal de las EMSP, es necesario hacer referencia a dos nociones básicas: participación directa en las hostilidades y función continua de combate. De este modo, antes de precisar el estatus de combatiente, se analizará en los dos acápites siguientes el contenido de ambas figuras.

2.1.1 Noción y características de la Participación Directa en las Hostilidades

La noción “Participación Directa en las Hostilidades” (PDH) ha sido un término controvertido desde su inclusión en el artículo 51.3 del Protocolo Adicional I, el cual establece lo siguiente: *“Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”* Dicha noción comprende básicamente dos elementos según lo señalado en la Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades; por un lado hostilidades y por otro, la participación directa.

De acuerdo con los comentarios del Protocolo Adicional I, se debe entender acto de hostilidad como aquellos actos que, *“por su naturaleza y su propósito, están destinados a causar daños concretos al personal y al material de las fuerzas*

*armadas*³⁶; en otras palabras, el concepto de hostilidades debe entenderse como los medios y métodos realizados por las partes en conflicto para causar daño al enemigo. Además, la palabra hostilidades cubre el tiempo durante el cual se desarrolla la acción sin necesidad de portar un arma³⁷. Por su parte, participación directa se refiere al grado de participación individual en actos hostiles específicos³⁸.

Asimismo, existen tres elementos constitutivos y de índole acumulativa de la participación directa en las hostilidades las cuales son; (i) umbral de daño, (ii) causalidad directa y (iii) nexa beligerante.

El umbral del daño se refiere a que debe de haber probabilidades de que el acto cause efectos adversos a las operaciones militares o capacidad militar de una parte del conflicto armado siendo el rango de actividades desde ataques que causen la muerte o heridas al personal militar hasta la transmisión de información de inteligencia en relación con los objetivos de un ataque³⁹. No obstante, si se realiza un acto que no

³⁶ SANDOZ, Yves (a). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Tomo II, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá: Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 2001, p. 863.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ De acuerdo al estudio realizado por el CICR al Tribunal penal internacional para Ruanda en el caso Akayesu, las palabras activa y directa son equivalentes y se refieren a la misma calidad y grado de participación individual en las hostilidades. Sin embargo, la Corte Penal Internacional, en el fallo de Thomas Lubanga, señaló que participación directa y participación activa eran nociones distintas ya la participación activa permite que sean más las acciones que se tomen en cuenta (por ejemplo ser cocinero o esclavo sexual, entre otras actividades) que las que se podrían tomar si fuese participación directa la cual solo implica tomar parte en las hostilidades. Para mayor información: MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra: CICR, 2010, pp.27-36; ICRC. 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts Report, Ginebra, Octubre, 2011; TPIR. Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Caso N° ICTR-96-4-T del 2 de septiembre de 1998, §629; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, §627; AMERICAN NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. DECONSTRUCTING LUBANGA. "The ICC's First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo", September 7, 2012, p. 14.

³⁹ MELZER, Nils. *Ob. cit.*, p.48.

causa daños de índole militar a la otra parte, dicho acto no cumpliría con el umbral de daño por lo que no sería considerado como participación directa en las hostilidades.

Segundo, la causalidad directa implica que debe de existir un vínculo causal directo entre la actividad ejercida y el daño producido al enemigo⁴⁰. En ese sentido, la causalidad directa se distingue de la indirecta ya que la última admite los actos que faciliten materialmente el daño como puede ser proporcionar suministros, servicios, realizar investigación científica, entre otros, y que por tanto, son actos que no causan daños concretos al enemigo ya que son actividades de apoyo de la guerra. Por tanto, el requisito de causalidad directa se cumplirá siempre y cuando el acto sea parte de una secuencia causal⁴¹.

Tercero, el nexo beligerante hace referencia a que el propósito del acto ha de ser el detrimento de la capacidad militar de la otra parte. Este nexo beligerante no se relaciona con el estado de ánimo de la persona ni con el término “acto hostil”⁴² sino con el propósito objetivo del acto⁴³.

⁴⁰ SANDOZ, Yves (b). Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Tomo I, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá: Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 2001, §1679.

⁴¹ MELZER, Nils. *Ob. cit.*, pp.51-58.

⁴² Durante las reuniones de expertos en el CICR se llegó a la conclusión que el término “acto hostil” no era un término del DIH sino que formaba parte de las Reglas de enfrentamiento (ROE) por lo que su significado podía ser muy subjetivo, fácil de malinterpretar; por tanto, no podía formar parte de la noción de participación directa en las hostilidades. (*They agreed that “hostile intent” was not a term of IHL, but belonged to the technical terminology of ROE. ROE in turn constituted command and control instruments of domestic law designed to provide guidance to armed personnel as to their conduct in specific contexts. As such, ROE did not necessarily reflect the content of IHL and certainly could not be used to define the concept of direct participation in hostilities. [...] Therefore, it was generally regarded as unhelpful, confusing or even dangerous to refer to “hostile intent” for the purpose of defining “direct participation in hostilities”*). Véase: ICRC. Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report, Ginebra, 23-25 October 2005, p.37.

⁴³ *Ibid*; MELZER, Nils. *Ob. cit.*, p.59.

Por lo anteriormente señalado, se puede decir que dentro de cada EMSP habrá distintos estatus y probablemente la mayor parte del personal de las EMSP no participe directamente en las hostilidades y por tanto, será considerado civil; sin embargo, una parte puede caer bajo la categoría de combatiente en un CAI o tener una función continua de combate en un CANI. A continuación se analizarán los requisitos para que una persona pueda ser considerada como combatiente o, de encontrarse en un CANI, de tener una función continua de combate.

2.1.2 Noción y desarrollo del estatuto de combatiente

Esta noción corresponde solo a contextos de conflicto armado internacional⁴⁴ e implica que la persona puede atacar y ser atacado, es decir, que puede participar directamente en las hostilidades, con lo cual los combatientes son inmunes a cualquier acción legal por actos lícitos cometidos en la guerra –como por ejemplo matar a los soldados enemigos – pero no son inmunes por la comisión de violaciones al DIH⁴⁵.

Esta figura aparece en el artículo 43.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁴⁶, en la cual se señala que los miembros de las fuerzas armadas⁴⁷ son combatientes⁴⁸. No obstante, el estatuto de combatiente no

⁴⁴ En el caso de conflicto armado no internacional lo que se debe tomar en cuenta es si los individuos participan o no directamente en las hostilidades, ya que al hacerlo se pierde la protección como civiles.

⁴⁵ CAMERON, Lindsey. “New standards for and by private military companies?” En: PETERS, Anne, Lucy KOECHLIN, Till FORSTER y Gretta FENNER ZINKERNAGEL (editores). *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 113-145.

⁴⁶ En adelante Protocolo Adicional I.

⁴⁷ A excepción del personal sanitario y religioso.

⁴⁸ VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, CICR, 2008, p.24; TPIY. Fiscal vs. Dusko Tadic, N° IT-94-1-A, Sala de apelaciones, Decisión del 15 de Julio de 1999, §92.

solo es otorgado a las fuerzas armadas (fuerzas regulares) sino que además, de manera implícita, se le aplica a aquellas fuerzas irregulares como los comprendidos en el artículo 4.2 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁴⁹ siempre y cuando cumplan con las cuatro condiciones que se establecen. Si bien es cierto, el artículo 4 se refiere a la protección de prisioneros de guerra y no a la conducción de hostilidades, el estatuto de combatiente se encuentra comprendido en el reconocimiento del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura⁵⁰. Lo anterior quedaba claro en el Reglamento de la Haya de 1907 cuando en el artículo se establecía lo siguiente:

Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: (1) tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; (2) tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; (3) llevar las armas ostensiblemente; (4) sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra. En los países en que las milicias o los Cuerpos de voluntarios formen el ejército o hagan parte de él, tanto aquéllas como éstos quedan comprendidos bajo la denominación de ejército.

Como se aprecia, la figura del combatiente aparecía de manera más clara ya que en el artículo primero se colocaba “los derechos y los deberes de la guerra” a los miembros de las fuerzas armadas y sus afines como las milicias y cuerpos voluntarios que reunían las condiciones que ahora se requieren en el artículo 4.A.2 del III Convenio de Ginebra, sin restringirlo solo a fuerzas armadas⁵¹. Por tanto, se puede decir que todos los miembros de las fuerzas armadas (a excepción del personal

⁴⁹ En adelante III Convenio de Ginebra.

⁵⁰ SANDOZ, Yves (b). *Ob. cit.*, §1677; SOSSAI, Mirko. “Status of Private Military and Security Company Personnel in the Law of International Armed Conflict”. En: FRANCONI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 197-217.

⁵¹ Artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la Haya, 18 de octubre de 1907.

sanitario y religioso) son combatientes pero no todos los combatientes forman parte de las fuerzas armadas⁵².

No obstante, para que los miembros de otras milicias así como movimientos de resistencia organizados pertenecientes a una de las Partes en el conflicto, sean considerados prisioneros de guerra, es decir tengan el estatuto de combatiente, se debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 4.A.2 del III Convenio de Ginebra:

Artículo 4A: Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

- 2) Los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimiento de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:
 - a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
 - c) llevar las armas a la vista;
 - d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

En este punto se debe resaltar que el pertenecer a una Parte en conflicto, como menciona Melzer, es de suma importancia ya que exige la relación *de facto* entre un grupo armado organizado y una parte en el conflicto⁵³. En efecto, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el caso de Dusko Tadic analizó el elemento de “pertenecer a una Parte del conflicto”:

⁵² VIERUCCI, Luisa. “Private Military and Security Companies in Non-international Armed Conflicts: Ius ad Bellum and Ius in Bello Issues”. En: FRANCONI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 235-261.

⁵³ MELZER, Nils. *Ob.cit.*p.23.

93. The content of the requirement of “belonging to a Party to the conflict” is far from clear or precise. The authoritative ICRC Commentary does not shed much light on the matter, for it too is rather vague.¹¹⁴ The rationale behind Article 4 was that, in the wake of World War II, it was universally agreed that States should be legally responsible for the conduct of irregular forces they sponsor. As the Israeli military court sitting in Ramallah rightly stated in a decision of 13 April 1969 in Kassem et al.:

In view, however, of the experience of two World Wars, the nations of the world found it necessary to add the fundamental requirement of the total responsibility of Governments for the operations of irregular corps and thus ensure that there was someone to hold accountable if they did not act in accordance with the laws and customs of war.^{115”}⁵⁴

El Tribunal llegó a la conclusión que el fin de colocar “pertenecer a una parte” era hacer responsable al Estado de las conductas no solo de sus fuerzas armadas sino también de sus fuerzas irregulares. Por tanto, se podría pensar que para comprobar que el personal de la EMSP pertenece a una Parte del conflicto, es necesario realizar un *test* de control efectivo (*effective control*) o de control general (*overall control*)⁵⁵.

Cabe recordar que la primera decisión que explica el término control es el caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual la Corte Internacional de Justicia determina que ha de haber un control efectivo (*effective control*) para atribuir responsabilidad al Estado. Sin embargo, el estándar que coloca la Corte es muy alto ya que se debe probar que el Estado tiene control de cada acción realizada por la entidad⁵⁶.

⁵⁴ TPIY. Fiscal vs. Dusko Tadic, N° IT-94-1-A, Sala de apelaciones, Decisión del 15 de Julio de 1999, §93-94.

⁵⁵ Sin embargo, cabe recordar que ambos son empleados para situaciones distintas; el test de control general ha de ser utilizado para determinar la responsabilidad penal individual ya que el mandato del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia fue determinar la responsabilidad penal individual y el test de control efectivo, utilizado en el caso de Nicaragua, ha de ser utilizado para determinar la responsabilidad internacional del Estado.

⁵⁶ CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia del 27 de junio de 1986, § 106.

Por otro lado, el *test* de control general se estableció en la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en el caso Tadic, en la cual se señaló que el *test* que realizó la Corte Internacional de Justicia para determinar la responsabilidad del Estado en el caso Nicaragua, el grupo analizado fue un grupo desorganizado de individuos que actuaban en nombre del Estado⁵⁷. Por ello, agregó que en caso de fuerzas militares o paramilitares, el *test* debía de ser distinto, exigiendo solo el control general (*overall control*) mas no el control en cada operación específica⁵⁸.

In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law⁵⁹.

Sin embargo, y en concordancia con Lindsey Cameron, estos *tests* no pueden aplicarse para determinar “la pertenencia” a una Parte en el conflicto ya que, en primer lugar, no reflejan el contenido de pertenecer y segundo, porque el estándar que se pide es mayor al que exige el DIH. El artículo 91 del Protocolo Adicional I es claro cuando se señala que la Parte en el conflicto asumirá la responsabilidad de “*todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas*” y no exige que dichas personas estén bajo el control o dirección de dicha Parte en el conflicto. En realidad lo único que hace falta para decir que un grupo pertenece o no a una Parte en el conflicto es que la Parte acepte que dicho grupo de personas (en

⁵⁷ TPIY. Fiscal vs. Dusko Tadic, N° IT-94-1-A, Sala de apelaciones, Decisión del 15 de Julio de 1999, §124.

⁵⁸ Para mayor información ver: Sección 1.2.4, *infra* del tercer capítulo.

⁵⁹ Ídem., §131. El subrayado es propio.

este caso el personal de las EMSP) pelea de su lado. Por tanto, es posible que, en efecto, la EMSP cumpla con esta condición de pertenecer a una de las Partes en el conflicto pero no es la regla⁶⁰.

Por otro lado, además de pertenecer a una de las partes en conflicto, para tener el estatuto de combatiente, se debe de cumplir con las siguientes cuatro condiciones; (i) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados, (ii) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, (iii) llevar las armas a la vista y (iv) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Con respecto a las otras cuatro condiciones:

Literal a: Estar mandados por una persona que responda de sus subordinados:

Debido a que se trata de empresas, se puede presumir que existe un nivel de jerarquía dentro del personal de las EMSP, y que por ende, todas las EMSP cumplen con esta condición. No obstante no se puede simplemente presumir; por el contrario, es necesario comprobar que efectivamente hay una determinada organización y jerarquía al interior de la EMSP.

Literal b: Tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia:

Este criterio es necesario para cumplir con el principio de distinción, con el fin que la otra Parte en el conflicto pueda distinguir a los combatientes y personas que participen directamente en las hostilidades de los civiles, por lo que es de suma importancia se cumpla con el mismo. Sin embargo puede ser problemático ya que la terminología es

⁶⁰ CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.392-401.

vaga. ¿Qué se debe entender como un signo distintivo y reconocible a la distancia?, ¿podría decirse que se pide uniforme, gorros, emblemas? De acuerdo con los comentarios al artículo 4 del III Convenio de Ginebra, el signo distintivo puede ser un gorro, un polo, un saco o inclusive un emblema en el pecho.

Such a sign need not necessarily be an arm-band. It may be a cap (although this may frequently be taken off and does not seem fully adequate), a coat, a shirt, an emblem or a coloured sign worn on the chest. If the partisans are on board a vehicle or an engine of war, tank, aeroplane or boat, the distinctive sign must of course be shown on the vehicle concerned. This is in line with the long-established regulations of international law regarding the flag in the case of war at sea.⁶¹

En sintonía con el comentario anterior, no hay una necesidad de tener uniformes, aunque no por eso deja de ser deseable. De acuerdo con algunos autores⁶², en la práctica, el personal de las EMSP no lleva signos distintivos ni mucho menos uniformes. A modo de ejemplo se puede citar lo que se dice sobre el personal de las EMSP en Afganistán:

Some do wear visible company logos on hat, T-shirts or even uniforms, others wear civilian clothing and do not display company identification at all (or show IDs upon request). Marked cars are very rare... and many cars do not even feature licence plates. According to PSCs and clients interviewed, civilian clothing is often preferred in order to keep a low profile when escorting VIP clients (...)⁶³.

⁶¹ CICR. *Comentario al artículo 4 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a los prisioneros de Guerra*. El subrayado es propio. [en línea] Consulta: 20 de febrero de 2014. <<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=2F681B08868538C2C12563CD0051AA8D>>

⁶² SCHMITT, Michael N. "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, 2004-2005. [en línea] Consulta: 10 de febrero 2014. SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1610014>>, WATKIN, Kenneth. "Warriors without rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy", Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Paper, p.67.

⁶³ "Algunos llevan logotipos visibles de la empresa en el sombrero, polos o incluso uniformes. Otros usan ropa de civil y no llevan una identificación de la empresa (tampoco muestran identificaciones cuando se los piden). Carros identificados como de propiedad de la empresa son muy raros... y muchos carros ni siquiera cuentan con placas con el número de matrícula. De acuerdo a dichas empresas y a los clientes entrevistados, se prefiere que el personal de dichas empresas vistan como civiles para mantener un bajo perfil cuando escoltan a clientes VIP". (Traducción propia) En: JORAS, Ulrike y Adrian SCHUSTER (editores). "Private Security Companies and Local Populations. An exploratory study of Afghanistan and Angola", Working paper. Berna: Swisspeace, 2008, p.19.

Asimismo, en Irak la situación no es muy distinta, según lo descrito en la conversación entre un oficial de la marina de Estados Unidos con un empleado de *Blackwater*. El oficial dijo que muchas EMSP estadounidenses usaban un atuendo de “chico malo”⁶⁴. También señaló que cuando se encontraba en Irak esperando a que la delegación de iraquíes llegara, estuvo rodeado de personas con atuendos similares (botas y pantalones de safari combinados con un polo de un solo color, una pistola, una M-4, una gorra y un cable de fibra óptica en el oído). Asimismo, el oficial relata que no se podía distinguir quién trabaja para quién porque todos parecían de un mismo grupo.

Aquí el extracto de la conversación del oficial:

While we were waiting for the delegation of IZz [sic] (Iraqis) to arrive, the Ambassador and the generals went into a small room to chat ... I was hanging out outside ... The place was crawling with the Ambassador's and generals' PSDs (personal security detail). The generals' ... are made up of Marines, but the Ambassador's is made up of private contractors. They all look exactly alike. Merrill low-top trail shoe-boots, REI or J. Peterman light weight safari pants, a muted single colour t-shirt, high speed chest rig/flack vest with lots of magazines, a couple little gadgets, an American flag Velcro patch, a Glock pistol, an M-4 with some ridiculous scope almost as big as the rifle, a battered baseball cap, the mandatory goatee, and the clear, spiralled fibre-optic cord running out of their ear. So they're all walking around, looking concerned at everyone, talking into their wits, and oozing with seriousness. One of the guys starts shooting the shit with me. Nice guy from upstate New York. After a few minutes, he says, "So, who are those guys over there?" and points at a small group of PSD guys across the courtyard. I said, "I thought they were with you". He said... they weren't. I said, "Well who are you with?" He said he was with the Ambassador. I said, "Well who do you work for?" He said, "Blackwater". I said, "Well, I think those guys work for Triple Canopy... Who could they be here with?" He said he didn't know. I didn't either. So

⁶⁴ SCHMITT, Michael, N. *Ob. cit.*, p.530: "many private US armies that work there wear a bewildering and amusing hodgepodge of 'tough guy' attire". Ver también: CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob. cit.* p.403.

here we are in Iraq, in a courtyard full of mercenaries, but no one can figure out exactly who is working for who and they all look so alike, there's no way to tell. Typical.⁶⁵

Por lo anteriormente presentado se entiende que, en muchos casos las EMSP no cumplirían con la condición de llevar un signo distintivo fijo y reconocible a distancia. Por tanto, el personal de las EMSP que no fuesen distinguibles con algún signo, no tendrían el estatus de combatiente.

Literal c: Llevar las armas a la vista;

Este es un requisito que cumplen en su mayoría las EMSP ya que cuando el personal esta designado a seguridad o protección llevan sus armas de manera abierta por lo que no es una condición complicada de cumplir.

Literal d: Dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

De acuerdo con Cameron, esta condición debe analizarse de manera global, es decir no se trata de las acciones de un grupo de individuos sino del comportamiento de la EMSP. Por tanto, si se tienen casos en lo que el personal violó las normas de DIH eso no significa *per se* que la EMSP no dirigió sus operaciones de acuerdo con el DIH. En realidad lo que se debe tomar en cuenta son las instrucciones que se da al personal, las cuales deben de ser conformes al DIH. Por tanto, las EMSP sí pueden cumplir con esta condición.

⁶⁵ Se ha respetado la redacción del texto original y el subrayado es propio. Ver: SCHMITT, Michael, N. *Ob. cit.*, nota 77.

En suma, el cumplimiento de estas cuatro condiciones se tiene que evaluar caso a caso; sin embargo, las EMSP podrían ser combatientes si son parte de las fuerzas armadas, es decir, si son incorporadas. Si bien es cierto que esta situación suena improbable no es menos cierto que sea posible. De hecho en el año 1997, Papúa Nueva Guinea contrató a la EMSP “*Sandline International Inc.*” para que le brindara servicios militares y de seguridad, de modo especial para recuperar la isla de *Bougainville* la cual estaba tomada por un grupo secesionista⁶⁶. En la cláusula correspondiente a las responsabilidades del Estado se deja en claro que los empleados de *Sandline International Inc.* son alistados en las fuerzas armadas de Papúa Nueva Guinea como “agentes especiales” y que estos agentes trabajaran de manera conjunta con las fuerzas armadas pudiendo inclusive dar órdenes a los de rangos inferiores.

Responsibilities of the State

Immediately on signing this agreement the State automatically grants to Sandline and its personnel all approvals, permissions, authorisations, licences and permits to carry arms, conduct its operations and meet its contractual obligations without hindrance, including issuing instructions to PNG defence forces personnel to co-operate fully with Sandline commanders and their nominated representatives. All officers and personnel of Sandline assigned to this contract shall be enrolled as Special Constables, but hold military ranks commensurate with those they hold within the Sandline command structure and shall be entitled to given orders to junior ranks as may be necessary for the execution of their duties and responsibilities.

The State will ensure that full co-operation is provided from within its organisation and that of the PNG defence forces. The Commanders of the PNG defence forces and Sandline shall form a joint liaison and planning team for the duration of this agreement. The operational deployment of Sandline personnel and equipment is to be jointly determined by the Commander, PNG defence forces and Sandline's commander, taking account of their assessment of the risk and value thereof.⁶⁷

⁶⁶ PORTMANN, Roland. *Legal personality in international law*. Oxford: Cambridge University Press, 2010, p.265.

⁶⁷ **Responsabilidades del Estado:** Inmediatamente después de la firma de este acuerdo, el Estado otorga de manera automática al personal de *Sandline*, todas las autorizaciones, permisos y licencias

La cláusula anterior es un claro ejemplo de la incorporación del personal de una EMSP a las fuerzas armadas de un Estado. En ese sentido, la atribución de responsabilidad individual sería más sencillo ya que las acciones del personal de dicha EMSP se podrían alegar como comportamiento de órganos del Estado, como se señala en el artículo 4 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; este punto se desarrollará más adelante en el capítulo tercero de esta investigación. En todo caso, si el personal de las EMSP fuera incorporado, no habría duda en que pertenecerían a las fuerzas armadas del Estado y en caso de CAI tendrían el estatuto de combatiente y serían prisioneros de guerra. Sin embargo, este caso es actualmente muy raro ya que cuando los Estados privatizan estas actividades no suelen hacer dicha incorporación, por el contrario, desvinculan las actividades del Estado con las de las empresas.

En suma, sí es posible que las EMSP tenga el estatus de combatiente, siempre y cuando las EMSP sean incorporadas a las fuerzas armadas o participen directamente en las hostilidades y cumplan con las condiciones ya analizadas.

para portar armas, conducir las operaciones y cumplir con sus obligaciones contractuales sin obstáculos, incluyendo la emisión de instrucciones al personal de las fuerzas de defensa de Papúa Nueva Guinea para que cooperen completamente con los comandantes de *Sandline* y sus representantes designados. Todos los funcionarios y personal de *Sandline* asignados a este Contrato deben ser alistados como agentes especiales, pero han de mantener los rangos militares acordes con los que ostentan dentro de la estructura de mando en *Sandline* y tendrán derecho a dar las órdenes necesarias a los rangos inferiores para cumplir con sus deberes y responsabilidades. El Estado asegurará la plena cooperación por parte de su organización y de las fuerzas de defensa de Papúa Nueva Guinea. Los comandantes de las fuerzas de defensa de Papúa Nueva Guinea y de *Sandline* conformarán un equipo en la planificación de operaciones durante la duración de este acuerdo. El despliegue operativo de personal y equipo de *Sandline* debe ser determinado conjuntamente por el comandante de las Fuerzas de Defensa de Papúa Nueva Guinea y el comandante de *Sandline*, teniendo en cuenta la evaluación del riesgo y el valor de los mismos. (Traducción propia) Véase en: Agreement for the Provision of Military assistance dated this 31 days of January 1997 between the independent state of Papua New Guinea and Sandline International. [en línea] Consulta: 19 de febrero de 2014. <
<http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>>

2.1.3 Función Continua de Combate

La frase “*función continua de combate*” proviene de una nueva tendencia en la doctrina, jurisprudencia y discusiones de expertos para denominar a aquellas personas que no forman parte de las fuerzas armadas del Estado, pelean y no tienen los derechos de los civiles⁶⁸.

Como se sabe, en el contexto de un conflicto armado no internacional, la figura del combatiente no existe ya que dicha figura es exclusiva de contextos de conflicto armado internacional. En su lugar, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional⁶⁹ utiliza las palabras “fuerzas armadas” para referirse a los miembros de las fuerzas armadas estatales mientras que “fuerzas armadas disidentes” y “otros grupos armados organizados” son términos utilizados para referirse a las fuerzas no estatales⁷⁰. Se entiende que los miembros de dichos grupos no son considerados civiles, lo cual no significa que ganan privilegios como combatientes sino que pierden los privilegios como civiles. Asimismo, con respecto a las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados, la afiliación de personas a dichos grupos dependerá si la persona asume una *función continua de combate*⁷¹, en otras palabras, sus acciones deberán consistir en la preparación,

⁶⁸ SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in war*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, pp-205-206.

⁶⁹ En adelante Protocolo Adicional II.

⁷⁰ Artículo 1 del Protocolo Adicional II.

⁷¹ En el Informe de Participación Directa en las Hostilidades de 2008, los expertos del CICR aclararon que cuando se habla de función “continua” de combate no se debe entender como necesario que las operaciones han de ser llevadas sin interrupciones, ya que solo se colocó dicho término para diferenciar a los que pelean dentro de un grupo armado, de los civiles que de manera esporádica participan de las hostilidades sin tener algún rol en un grupo armado determinado. Para mayor información: ICRC. Fifth expert meeting on the notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report, Ginebra, 5-6 February 2008, p.58.

realización o comisión de actos u operaciones que equivalgan a una participación directa en las hostilidades.

Cabe destacar que dicha categoría se distingue de los civiles que participan directamente en las hostilidades de manera espontánea, esporádica o no organizada y por tanto, se puede asumir que la persona que asume una función continua de combate podrá ser neutralizada incluso antes de que se cometa algún acto hostil⁷².

Probablemente en un contexto de CAI la participación directa en las hostilidades no es tan determinante como lo es en un CANI para la determinación del estatus jurídico ya que, en el caso del CAI, basta que sean fuerzas armadas de una de las Partes o sean incorporadas como tales para que tengan el estatus de combatiente⁷³. No obstante, en un CANI es importante analizar la participación directa en las hostilidades ya que mantener los derechos como una persona civil o el poder ser atacado de manera directa dependerá si dicha persona participa o no en las hostilidades⁷⁴.

2.2. Escenarios que reflejan el comportamiento de las EMSP

Conociendo cuáles son las potenciales actividades que las EMSP pueden realizar, se puede fácilmente deducir el porqué del crecimiento de esta industria, y es que hay varias variables de ventajas competitivas entre contratar a una EMSP que usar a las fuerzas armadas. Por ejemplo, es más eficiente y menos costoso contratar a una EMSP para que realice una actividad específica en un momento determinado que

⁷² No existen requisitos que se deban de cumplir para caer en esta categoría como sí los hay en la categoría jurídica de combatiente. Para mayor información: MELZER, Nils. *Ob. cit.*, pp.27-36; ICRC. 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts Report, Geneva, October 2011, p.43

⁷³ Artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6) del III Convenio de Ginebra, artículo 43.2 del Protocolo Adicional I y norma 3 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR.

⁷⁴ Artículo 51.3 del Protocolo Adicional I, artículo 13.3 del Protocolo Adicional II y norma 6 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario del CICR.

afrontar los gastos que implican mantener a un ejército de forma permanente para que realice las mismas actividades.

Sin embargo, Singer W. señala que, en realidad, los Estados contratan con EMSP no porque cueste menos, sino con la finalidad de evadir la toma de decisiones políticas difíciles con respecto a las necesidades militares y evitar las pérdidas humanas.

Confronting the problem of controlling private contractors requires challenging a common myth—that outsourcing saves money. This philosophy stems from a wide craze of privatizing government services that began long before President Bush took office. But hiring private employees in Iraq at pay rates several times more than what soldiers make, plus paying the overhead at the private firms, has never been about saving money. It's more about avoiding tough political choices concerning military needs, reserve call-ups and the human consequences of war.⁷⁵

En cualquier caso, es un hecho fáctico que hoy en día, las EMSP son contratadas por Estados y por organizaciones internacionales como ya se ha señalado. Por ello, en los siguientes acápite, se reseñarán tres casos específicos de actuación de distintas EMSP en los que se ejemplifica su actuación en distintos contextos.

2.2.1. Irak. Caso CACI y Titan- escándalo de Abu Ghraib, ¿inmunidad o impunidad?

En el año 2004 el mundo entero fue testigo de las violaciones flagrantes al DIH por parte de las fuerzas estadounidenses en el centro de detención de *Abu Ghraib*, ubicada a las afueras de Bagdad - Irak. Fotos de prisioneros de guerra iraquíes siendo torturados invadieron diferentes medios⁷⁶, poniendo en evidencia las violaciones

⁷⁵ SINGER, Peter (b). "The Contract the Military needs to break". En: WASH. POST, Sept. 13, 2004, p.B3.

⁷⁶ MARINER, Joanne. "*Private contractors who torture*", CNN. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014. <<http://edition.cnn.com/2004/LAW/06/17/mariner.contractors/>>, BORGER, Julian. "*US military in*

cometidas por las EMSP. En este caso las empresas controvertidas son dos: la empresa CACI (*Consolidated Analysis Center, Incorporated*) y *Titan Corporation*.

Los empleados de la empresa CACI y Titan trabajaban como traductores para la brigada de inteligencia del servicio militar de inteligencia de las fuerzas armadas de Estados Unidos y declararon que no se encontraban entrenados en técnicas de interrogación⁷⁷ lo cual llevó a la comisión de actos de tortura⁷⁸. En ese sentido, un tribunal afgano declaró a tres contratistas estadounidenses culpables de tortura⁷⁹.

Sin embargo, y a pesar de las flagrantes violaciones⁸⁰, muchos miembros del personal de dichas EMSP gozaron de la inmunidad otorgada por la orden número 17 de la Autoridad provisional de la Coalición (*Coalition Provisional Authority*⁸¹), en cuya sección 4 numeral 3 señala que el personal contratado por Estados Unidos, es decir el personal de las EMSP, son inmunes a los procesos legales iraquíes respecto a los actos realizados con el fin de cumplir con los términos del contrato o subcontrato.

torture scandal, Use of private contractors in Iraqi jail interrogations highlighted by inquiry into abuse of prisoners, The Guardian. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014.

<<http://www.guardian.co.uk/media/2004/apr/30/television.internationalnews>>, EL MUNDO: “Las fotos de la Vergüenza”. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014. <<http://www.elmundo.es/fotografia/2004/05/fotosirak/>>

⁷⁷ En el Informe Taguba se implica a interrogadores y traductores de EMSP en malos tratos a prisioneros iraquíes. Ver: TAGUBA, Antonio. “*Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade*”. Consulta: 28 de enero de 2014 [en línea] <www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf>, pag.48.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ SHAISTAA, Shameem. *Informe de la Relatora Especial: Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a libre determinación*, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas. E/CN.4/2005/14, 8 de Diciembre de 2004, p.14.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ La Autoridad provisional de la Coalición era una división del Departamento de Defensa de Estados Unidos cuyo administrador reportaba al Secretario de Defensa de Estados Unidos. Se investió como el gobierno transitorio en Iraq, luego de que las fuerzas armadas de Estados Unidos y Reino Unido entraran en territorio iraquí. Funcionó del 21 de abril de 2003 al 28 de junio de 2004. Algunos autores señalan que dicha Autoridad proclamó su legitimidad respaldándose en la Resolución de Consejo de Seguridad 1483. Para mayor información: HALCHIN, L.Elaine. *CRS Report for Congress: The Coalition Provisional Authority (CPA): Origin, Characteristics, and Institutional Authorities*, 6 de Junio de 2005.

Contractors shall be immune from Iraqi legal process with respect to acts performed by them pursuant to the terms and conditions of a Contract or any sub-contract thereto. Nothing in this provision shall prohibit MNF Personnel from preventing acts of serious misconduct by Contractors, or otherwise temporarily detaining any Contractors who pose a risk of injury to themselves or others, pending expeditious turnover to the appropriate authorities of the Sending State. In all such circumstances, the appropriate senior representative of the Contractor's Sending State in Iraq shall be notified.⁸²

Además, no se les pudo aplicar el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos (*Uniform Code of Military Justice*) ya que el personal de las EMSP se encuentra fuera de esa jurisdicción⁸³.

Sin embargo, existe la Ley de jurisdicción militar extraterritorial del año 2000 (*Military Extraterritorial Jurisdiction - Act of 2000*), por la cual se extiende el Derecho federal de los Estados Unidos a las personas empleadas por el Departamento de Defensa o que acompañan a las fuerzas armadas, fuera de los Estados Unidos⁸⁴ que transgredan la ley pero que se encuentren dentro de la jurisdicción territorial o marítima de los Estados Unidos⁸⁵. Dicha ley exigía que la EMSP debía ser contratada

⁸² COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. "Order Number 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional authority, MNF-IRAQ, Certain Missions and Personnel in Iraq", Pursuant to Article 26 (c) of the Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period of 8 March 2004, 27 de Junio de 2004. [en línea] Consulta: 26 de mayo de 2013

<http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_wit_h_Annex_A.pdf> El subrayado es propio.

⁸³ Dicho código en el subcapítulo I - sección 802- artículo 2, señala que se aplica a: los miembros de los servicios uniformados de los Estados Unidos: la Fuerza Aérea, el Ejército, la Guardia Costera, la Infantería de Marina, la Armada Nacional de los Océanos y la Atmósfera Cuerpo Comisionado, y el Servicio de Salud Pública Cuerpo Comisionado. US CONGRESS. Chapter 47 - Uniform Code of Military Justice. Consulta: 30 de abril de 2014. [en línea] <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partII-chap47.pdf>>

⁸⁴ "To amend title 18, United States Code, to establish Federal jurisdiction over offenses committed outside the United States by persons employed by or accompanying the Armed Forces, or by members of the Armed Forces who are released or separated from active duty prior to being identified and prosecuted for the commission of such offenses, and for other purposes."

⁸⁵ § 3261. Criminal offenses committed by certain members of the Armed Forces and by persons employed by or accompanying the Armed Forces outside the United States (a) Whoever engages in conduct outside the United States that would constitute an offense punishable by imprisonment for more than 1 year if the conduct had been engaged in within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States—

por el Departamento de Defensa de Estados Unidos⁸⁶. Por tanto, si la EMSP fue contratada por otro departamento o agencia, por ejemplo la Agencia Central de Inteligencia (*Central Intelligence Agency - CIA*), no se podría aplicar dicha Ley. Debido a la estrechez de esta disposición, algunos miembros del personal implicado en el caso de Abu Ghraib no fueron sancionados por no haber sido contratados por el Departamento de Defensa⁸⁷. Debido a ello, en el 2005 se enmendó la ley, extendiendo su jurisdicción al personal de las EMSP contratadas por agencias ajenas al Departamento de Defensa siempre que dicho personal esté actuando en apoyo de misiones para dicho departamento. Hasta ahora no hay definición o interpretación para la frase “brindar apoyo a las misiones del Departamento de Defensa” por lo cual la aplicación de esta ley es compleja⁸⁸.

En mayo del 2004, el secretario de defensa de los Estados Unidos, Donald H. Rumsfeld declaró ante los medios que asumía la total responsabilidad por los hechos ocurridos en Abu Ghraib de la siguiente manera: “*the alleged abuse of Iraqi prisoners*”

⁸⁶ §. *Definitions*

As used in this chapter:

(1) *The term ‘employed by the Armed Forces outside the United States’ means -*

(A) *employed as a civilian employee of the Department of Defense (including a nonappropriated fund instrumentality of the Department), as a Department of Defense contractor (including a subcontractor at any tier), or as an employee of a Department of Defense contractor (including a subcontractor at any tier); (B) present or residing outside the United States in connection with such employment; and (C) not a national of or ordinarily resident in the host nation.*

(2) *The term ‘accompanying the Armed Forces outside the United States’ means—*

(A) *a dependent of— “(i) a member of the Armed Forces; “(ii) a civilian employee of the Department of Defense (including a nonappropriated fund instrumentality of the Department); or “(iii) a Department of Defense contractor (including a subcontractor at any tier) or an employee of a Department of Defense contractor (including a subcontractor at any tier); (B) residing with such member, civilian employee, contractor, or contractor employee outside the United States; and (C) not a national of or ordinarily resident in the host nation.*

⁸⁷ En el año 2005 la ley de jurisdicción militar extraterritorial fue enmendada, dicho análisis se encuentra en el capítulo 2. Para mayor información véase: WALLWORK, Richard D. *Operational Implications of Private Military Companies in the Global War on Terror*, School of Advanced Military Studies United States Army Command and General Staff College Fort Leavenworth, Kansas, p.52. [en línea] Consulta: 26 de mayo de 2013. <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA436294>>.

⁸⁸ McCARRON, Paula. “The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial Jurisdiction Act, Corrections Today”, *Alexandria, American Correctional Association*, December 2008, S. 39.

*at the prison in Iraq occurred on my watch, and as secretary of defense I am accountable for them, and I take full responsibility*⁸⁹. El ex secretario manifestó el deseo de renunciar al presidente de Estados Unidos, George W. Bush. Sin embargo, Rumsfeld continuó en su cargo como secretario de defensa hasta el año 2006⁹⁰.

En suma, se puede concluir que en el caso de la intervención de las EMSP CACI y Titan, las violaciones cometidas por el personal de esas EMSP han quedado impunes hasta el día de hoy, a pesar de las declaraciones del secretario de defensa de esa época, gracias a la inmunidad otorgada por los Estados Unidos y la estrecha lectura e interpretación de las leyes y jurisprudencia interna de ese Estado.

2.2.2. Ex Yugoslavia: EMSP en la “Operación Tormenta”

El Estado de Croacia se independizó el 25 de junio de 1991 de la República Federal Socialista de Yugoslavia. En abril de 1991 la población serbia declaró su independencia, creando el estado de la República Serbia Krajina con capital en *Knin*. El conflicto entre ambas partes no tardó en estallar. En 1992, el Consejo de Seguridad envió una operación para el mantenimiento de la paz (UNPROFOR) a las zonas en donde los serbios constituían mayoría o sustancialmente minoría y donde había habido tensiones étnicas⁹¹. En octubre de 1994 los serbios ocupaban un tercio del territorio croata, siendo difícil para ellos realizar un ataque por la falta de entrenamiento a sus fuerzas militares y falta de experiencia de los líderes militares

⁸⁹ GARAMONE, Jim. *Rumsfeld Accepts Responsibility for Abu Ghraib en American Forces Press Service, U.S. Department of Defense*, 2004. [en línea] Consulta: 26 de mayo de 2014. <<http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=26511>>

⁹⁰ ALVAREZ, Alex. *Donald Rumsfeld says he should have stepped down in 2004*. [en línea] Consulta: 22 de abril de 2014. <<http://www.mediaite.com/tv/donald-rumsfeld-says-he-should-have-stepped-down-in-2004/>>

⁹¹ US. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. *Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI)*, Case N° 10 CV 5197, Second Amended Complaint. §36.

croatas. Por ello, la EMSP “*Military Professional Resources Incorporated (MPRI)*”, fue contratada por el gobierno de Croacia para que entrenara y modernizara lo más rápido posible las fuerzas armadas croatas y las convirtieran en un ejército competente para poder invadir Krajina y sacar a la población Serbia que estaba ocupando esa zona⁹².

En ese contexto es que la Operación Tormenta fue llevada a cabo entre el 3 y el 5 de agosto de 1995, durante la guerra de Croacia. Como se recordará, el ejército croata realizó una masacre en contra de la población serbia de Krajina, masacre considerada como uno de los casos de limpieza étnica más extensa en la historia de la postguerra de Europa. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado, durante los juicios en contra de los generales croatas Gotovina, Markac y Cermak, que dicha operación fue una asociación criminal destinada a la expulsión masiva de la población serbia en la que se cometieron desapariciones, torturas, destrucción sistemática de viviendas, saqueos, crímenes de lesa humanidad, entre otros⁹³.

En efecto se afirma que dicha operación tenía como objetivo atacar de manera organizada, general y sistemática a la población civil; y de desplazar a la población serbia de manera permanente del territorio croata:

As designed by MPRO Operation Storm was a widespread, organized, systematic attack on a civilian population. The purpose and intent of Operation Storm was to forcibly and permantly displace the Serbian population of the Krajina region from Croatian territory. MPRI knew the purpose and intent of Operation Storm and knew, or should have known, that its implementation would cause the deaths and (or permanent removal from Krajina of scores of thousands of innocent Serbian civilians.⁹⁴

⁹² Ídem., §42.

⁹³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Human Rights Questions: Human Rights Situations and Reports of Special Rapporteurs and Representatives, Situation of human rights in the former Yugoslavia, Annex*, Resolución A/50/727, 7 de Noviembre de 1995.

⁹⁴ Ídem., §51.

Con el pasar de los años, nuevas evidencias han surgido, reafirmando la participación de la EMPS MPRI en la Operación Tormenta. Por ejemplo en el caso *Prosecutor v. Prljic*, el oficial admitió que contrataron a la EMPS MPRI para que los ayudaran a preparar la Operación Tormenta, como se pone en evidencia en el siguiente extracto de transcripción del caso:

So that's why we hired the organization MPRI in Croatian Army, with top American generals whom we paid and who helped us to prepare (Operations) Flash and Storm. They proposed, and Franjo Tudjman appointed people, but they were not to blame if something didn't go well⁹⁵.

En la actualidad hay un caso en contra de la EMSP MPRI en Chicago, *Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI)*, el cual se inició en el 2010. En ese caso, los demandantes son un grupo de víctimas de la región Krajina contra L-3 Communications Corp (L-3) y la EMPS MPRI (división de L-3) por el crimen de complicidad para cometer el crimen de genocidio, entre otros crímenes⁹⁶.

La Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que tenía jurisdicción para conocer el caso bajo la Ley de reclamación por agravios contra extranjeros (*Alien Tort Claims Act – ATCA*). En el párrafo 1350 de dicha ley se señala que los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original en toda acción civil entablada por un extranjero por un agravio cuando se cometan actos ilícitos en violación a las leyes de la nación o de un tratado de los Estados Unidos: “*The district courts shall have original jurisdiction of*

⁹⁵ TPIY. Fiscal vs. Prljic, et. al., Caso N° IT-04-74, del 15 de Julio de 2009, transcripciones, p. 1157.

⁹⁶ INSERTERBIA NEWS. *Serbs from Croatia suing Military Professional Resources Inc.* 8 de Agosto de 2013. [en línea] Consulta: 2 de mayo de 2014. <inserterbia.info/today/2013/08/serbs-from-croatia-suing-military-professional-resources-inc/>; US. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. *Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI)*, Case N° 10 CV 5197, Second Amended Complaint. §86.

any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States". En el 2013, MPRI respondió la demanda con una moción de desestimación del caso debido a que ya habían pasado más de 10 años desde lo ocurrido por lo que la acción habría prescrito⁹⁷. Asimismo alegó falta de jurisdicción, haciendo referencia al caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, el cual fue resuelto el 17 de abril del 2013 por la Corte Suprema de los Estados Unidos y estableció que el "Alien Tort Claims Act"⁹⁸ no se puede aplicar de manera extraterritorial⁹⁹ lo cual podría hacer que la petición se declare infundada o improcedente; sin embargo este caso aún no ha sido resuelto.

2.2.3. Sierra Leona: Aporte positivo de *Executive Outcomes* en Sierra Leona.

Sierra Leona es un país rico en minerales como el diamante; sin embargo es uno de los países con uno de los índices más bajos de desarrollo humano, según el índice del Informe de Desarrollo humano de las Naciones Unidas, ubicándose en el lugar 177 de 180 países¹⁰⁰. En la década de los noventa la situación no era muy distinta, según P.W. Singer, debido a los gobiernos corruptos y la guerra civil.

En marzo de 1991 inició la guerra civil entre el gobierno de Siaka Stevens y un pequeño grupo armado (*Revolutionary United Front* - RUF) dirigido por Foday Sankoh. El grupo RUF era conocido por secuestrar niños y obligarlos a matar a sus

⁹⁷ US. DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS EASTER DIVISION. Civil Action N° 10-cv-5197, filed 07th January 2013.

⁹⁸ El *Alien Tort Claim Act* se analizará en la sección 3.1.3. *infra* del segundo capítulo.

⁹⁹ "We therefore conclude that the presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and that nothing in the statute rebuts that presumption." SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Kiobel*, individually and on behalf of her late husband *Kiobel*, et al. v. *Royal Dutch Petroleum CO.*, Case N° 10- 1491, April 17th 2013. [en línea] Consulta: 10 de enero de 2014. < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_16gn.pdf >; MISETIC, Luka. *Miseti Law* (blog) *U.S. Supreme Court Ruling Effectively Ends Krajina Serb Lawsuit Against MPRI*, Wednesday, April 17, 2013. [en línea] Consulta: 20 de febrero de 2014. < <http://misetiiclaw.blogspot.com/2013/04/us-supreme-court-ruling-effectively.html> >

¹⁰⁰ PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano 2013, El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, PNUD, 2013.

opositores y se caracterizaron por amputar las extremidades a todo el que se opusiera a su rebelión. En ese ámbito, el gobierno contrató a la empresa *Executive Outcomes*, la cual se había formado en el año 1989, para derrotar al grupo armado, ya que carecía de fuerzas armadas sólidas¹⁰¹.

Finalmente, esta EMSP derrotó al grupo RUF, quien accedió a negociar con Sierra Leona. El resultado fue la elección de un administrador de Naciones Unidas: Ahmed Tejan Kabbah. Más de un millón de personas desplazadas pudieron volver a sus hogares. En este caso, las EMSP ayudaron al retorno de la paz y a la realización de las primeras elecciones libres luego de 37 años en Sierra Leona.

A diferencia de lo ocurrido en *Abu Ghraib*, las operaciones en Sierra Leona demostraron que las EMSP pueden tener un impacto positivo, ya que ayudaron a mantener la soberanía y estabilidad de un Estado, protegiendo a la población civil¹⁰². El impacto fue de tal magnitud, que la asociación “*Children Associated with the War*” otorgó un diploma a la empresa *Executive Outcomes* en agradecimiento al trabajo realizado en favor de los niños víctimas de la guerra¹⁰³.

3. DEFINICIÓN DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

Como se precisó en el numeral anterior, el rango de actividades que realizan las EMSP es amplio. Por ello es que es necesario establecer qué es lo que se entiende

¹⁰¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución E/CN.4/1997/24, 20 de Febrero de 1997, §52; SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, pp.110-115.

¹⁰² AUSTRALIAN BROADCASTING CORPORATION. *Sierra Leone - Soldiers of Fortune*, 29 de agosto de 2000. [en línea] Consulta: 05 de diciembre de 2013. <<http://www.abc.net.au/foreign/stories/s433773.htm>>

¹⁰³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Documento E/CN.4/1997/24, 20 de Febrero de 1997, §55.

por EMSP y así poder, más adelante, determinar el marco de responsabilidad en caso de comisión de violaciones al DIH. Para ello es necesario rescatar lo ya expresado en tres documentos internacionales que a pesar de no ser legalmente vinculantes cuentan con reconocimiento internacional. A continuación se analizarán solo las definiciones contenidas en los documentos¹⁰⁴.

3.1. Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008¹⁰⁵

El Documento de Montreux es producto de una iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el gobierno Suizo. Nace ante la necesidad de esclarecer el marco de obligaciones jurídicas existentes que tienen las EMSP en relación al DIH y a las normas de derechos humanos.

Dicho documento se basa en las normas existentes del DIH y busca aclarar las obligaciones jurídicas existentes entre los Estados y las EMSP. Sin embargo, no es un instrumento jurídicamente vinculante¹⁰⁶, a pesar de que inicialmente contó con el respaldo de 17 Estados, entre ellos Estados Unidos, Reino Unido de Gran Bretaña y

¹⁰⁴ Véase sección 1 *infra* del segundo capítulo de esta investigación para un análisis completo de dichos instrumentos.

¹⁰⁵ El nombre completo es Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados del 17 de diciembre de 2008, aprobado por Resolución A/63/467-S/2008/636 la cual contiene en el anexo el Documento de Montreux, Montreux, 17 de setiembre de 2008, Naciones Unidas.

¹⁰⁶ Punto 3 del Prefacio del Documento Montreux.

Sudáfrica los cuales son los Estados con mayor cantidad de EMSP¹⁰⁷. Por ello, se puede afirmar que el Documento de Montreux forma parte del *Soft Law*¹⁰⁸.

3.1.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas

En el prefacio del Documento de Montreux se define a las EMSP de la siguiente manera:

Entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales.

Como se desprende de la definición que da el Documento de Montreux, las empresas son entidades comerciales, es decir, las reconoce como una unidad que realiza actividades económicas mas no coloca características especiales para ser considerada como EMSP, lo cual permite la inclusión de una mayor cantidad de compañías al régimen propuesto. Además, se colocan las actividades que serían consideradas como servicios militares y/o de seguridad, sin hacer distinción alguna entre las actividades propiamente militares con las de seguridad. Asimismo, el no

¹⁰⁷ GÓMEZ DEL PRADO, José (a). "A U.N. Convention to PMSCs?", *Criminal Justice Ethics*, Vol.31, Nº3, December 2012, p.263. En la actualidad, el Documento de Montreux es respaldado por 50 Estados, entre ellos Ecuador, Chile y Uruguay; y tres organizaciones internacionales (Unión Europea, la Organización para la seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización del Tratado del Atlántico Norte). Para mayor información: Confederación Suiza, Derecho Internacional Humanitario, Empresas Privadas y de Seguridad Privadas, Participating States of the Montreux Document. Consulta: 08 de mayo de 2014. [en línea] <<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>>

¹⁰⁸ El *Soft Law* es una expresión utilizada en doctrina para referirse a aquellos fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que producen determinados efectos jurídicos. En esa línea, Daniel Thürer considera al soft law como "*as a phenomenon in international relations covers all those social rules generated by States or the subjects of international law which are not binding but which are nevertheless of special legal relevance*". Para mayor información véase: THÜRER, Daniel (a). "Soft Law", *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhardt, 2000, p.454; DEL TORO, Mauricio. "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.VI, 2006, pp.513-549.

colocar una denominación específica e incluir a todas aquellas que presten servicios militares y/o de seguridad es una característica positiva ya que el espectro de posibilidades es amplia, por lo que muchas EMSP calzarían en esa definición. Sin embargo, como ya se mencionó, este instrumento no tiene fuerza vinculante por lo que para su efectividad es necesaria la implementación de los Estados en su legislación nacional.

3.2. Proyecto de Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) del 5 de julio de 2010¹⁰⁹.

El Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios fue establecido en abril de 2005 mediante la Resolución 2005/2 por la Comisión de Derechos Humanos, sustituyendo al relator especial para el uso de mercenarios que había existido desde 1987. En el año 2009, el Consejo de Derechos Humanos –el cual reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos desde el 15 de marzo del 2006 –le solicita a dicho grupo, por medio de la Resolución 10/11 del 26 de marzo de 2009, intercambiar con los Estados miembros ideas sobre un posible Proyecto de Convención que regule de forma integral las actividades de las EMSP y de su personal. Es así que el 2010, mediante la Resolución A/HRC/15/25, dicho grupo presentó, al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General, un informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico. Asimismo se presenta un proyecto de convención internacional en el cual se propone la siguiente definición para las EMSP:

¹⁰⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/HRC/15/25 del 5 de julio de 2010.

3.2.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas

El artículo 2.a señala que una EMSP es aquella entidad que provee servicios militares y/o de seguridad mediante personas físicas o entidades legales a cambio de una compensación¹¹⁰. Además, establece que un servicio militar incluye: estrategias de planeación, inteligencia, investigación, reconocimiento de terreno, operaciones aéreas o de cualquier otro tipo, vigilancia satelital, cualquier transferencia de conocimiento para aplicación militar, soporte material o técnico a las fuerzas armadas y, deja abierta la lista colocando: “otras actividades relacionadas”. También describe que los servicios de seguridad se refieren a la protección armada de edificios, instalaciones, propiedad y de personas, cualquier transferencia de conocimiento con motivos de seguridad y vigilancia, así como otras actividades relacionadas.

Asimismo, este proyecto no especifica el tipo de persona jurídica que debe ser (por ejemplo una sociedad abierta, cerrada, *Joint venture*, con o sin fines de lucro, etc) y es que, lo único que busca el proyecto es dotar a las empresas de un marco jurídico que regula sus actividades para prevenir las violaciones al DIH y los derechos humanos, mas no juzgar los servicios que ellas presten. Además este proyecto no limita las actividades que pueden realizar las EMSP a una lista taxativa, sino que deja la lista de actividades abierta a otras que estén relacionadas.

De igual manera, establece una distinción entre servicios militares y servicios de seguridad, colocando ambas actividades en literales distintos y separando las listas de actividades que corresponden a cada servicio. Esta característica es positiva en el

¹¹⁰ Artículo 2.a.: Por empresa militar y/o de seguridad privada (EMSP) se entenderá la entidad empresarial que preste servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o jurídicas.

sentido de querer abarcar todas las opciones que presenta el mercado mas no por las consecuencias jurídicas, ya que todo depende de qué actividades lleve a cabo el personal de la EMSP sin importar si se autodenominan empresas de seguridad o militares. Sin embargo, este documento es solo un proyecto por lo que no tiene fuerza vinculante.

3.3. Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, 9 de noviembre de 2010

El Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, en adelante el Código de Conducta, es una iniciativa multilateral (gobiernos, compañías y organizaciones no gubernamentales) patrocinada por el gobierno de Suiza, el cual tiene como objetivo establecer un conjunto de principios y fundamentos para poder desarrollar normas y mecanismos de gobernanza y supervisión para las Compañías de Seguridad Privadas y Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (CSP).

Además, el Código de Conducta busca crear una mejor gestión y una atribución de responsabilidades en la implementación efectiva de los principios de dicho código. En él, se regulan temas fundamentales como el entrenamiento que el personal de estas empresas debe tener; las reglas del uso de la fuerza, reglas para la detención y arresto de personas; se reitera la prohibición de conductas como la tortura; entre otros temas.

De acuerdo con el numeral 3 del preámbulo de este Código de Conducta, las empresas signatarias también se adhieren a los principios contenidos en el

Documento de Montreux antes mencionado y al marco de “Respeto, Protección, Remedio” desarrollado por el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie¹¹¹.

Lamentablemente, a pesar de tratarse de una gran iniciativa, el propio Código de Conducta contempla una limitación importante, ya que en sus disposiciones generales se señala: *“El propio Código no hace recaer ninguna obligación jurídica ni responsabilidad legal alguna en las empresas firmantes, más allá de las ya existentes en virtud del derecho nacional o internacional”*, generando que éste sea otro instrumento no vinculante parte del *soft law*. Sin embargo, el Código de Conducta prevé la creación de un mecanismo de supervisión de cumplimiento del código, mecanismo que sería de gran utilidad ya que sería vinculante para todos aquellos que sean parte del mismo de manera voluntaria¹¹².

3.3.1. Definición de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas

A diferencia del Documento de Montreux y del Proyecto de Convención Internacional sobre EMSP, el Código de Conducta solo menciona los servicios de seguridad privada pero no los de índole militar como se muestra a continuación:

Compañías de Seguridad Privada y Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (de forma conjunta llamados en adelante “CSP”) - toda empresa, según lo establecido en el presente Código, cuya actividad empresarial consiste en la prestación de

¹¹¹ Lo cual supone actuar con la debida diligencia, a fin de evitar atentar contra los derechos de terceros. Ver sección 3.2 *supra* del presente capítulo. Disponible en: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie*, Resolución A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

¹¹² Para un mayor análisis véase sección 1.2 *infra* del segundo capítulo.

servicios de seguridad ya sea en nombre propio o en nombre de terceros, independientemente de cómo esa empresa se define a sí misma.

Las CSP son descritas como empresas que tienen como actividad empresarial la prestación de servicios de seguridad, independientemente de cómo la empresa se defina a sí misma, por lo que el cambio de términos (empresa o compañía) no debe ocasionar confusiones. Además, se señala que los servicios de seguridad incluyen la vigilancia y protección de personas y objetos o cualquier otra actividad en la que el personal de la empresa esté obligado a transportar o a accionar un arma en el ejercicio de sus funciones¹¹³. De lo anterior, se puede precisar que la ausencia de la actividad militar en la definición es una gran carencia del Código de Conducta ya que deja de lado las actividades que han sido materia de mayor controversia, dentro de las cuales se han cometido violaciones al DIH, DPI y a los derechos humanos.

A continuación se muestra un cuadro resumen con los aportes de los tres instrumentos respecto a la definición de EMSP:

¹¹³ Preámbulo del Código de Conducta: Servicios de Seguridad.- la vigilancia y protección de personas y objetos, como los convoyes, las instalaciones, lugares designados, las propiedades u otros lugares (ya sea con armas o sin armas), o en cualquier otra actividad en la que el personal de las empresas esté obligado a transportar o accionar un arma en el ejercicio de sus funciones.

	DOCUMENTO DE MONTREUX (2009)	PROYECTO PARA UNA POSIBLE CONVENCIÓN PARA LAS EMPRESAS MILITARES Y PRIVADAS DE SEGURIDAD (2010)	CÓDIGO DE CONDUCTA INTERNACIONAL PARA PROVEEDORES DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA (2010)
Sujeto materia de regulación	Empresas como entidades comerciales privadas.	Empresas como entidades empresariales que prestan servicios militares y/o de seguridad a cambio de una remuneración.	Empresas que tienen como actividad empresarial la prestación de servicios de seguridad.
Tipos de servicios prestados	Militares y/o de Seguridad	Militares y/o de Seguridad	Seguridad
Actividades que pueden prestar	No hay distinción entre actividades militares y de seguridad. La lista incluye: servicios de guardia armada, protección de personas y objetos, mantenimiento y explotación de sistemas armamentísticos, custodia de prisioneros, asesoramiento o capacitación de fuerzas y personal de seguridad locales.	<p><u>Actividades militares:</u></p> <p>Planeamiento estratégico, inteligencia, investigación, reconocimiento de terreno, operaciones aéreas de cualquier otro tipo, vigilancia satelital, cualquier transferencia de conocimiento para aplicación militar, soporte material o técnico a las fuerzas armadas y otras actividades relacionadas.</p> <p><u>Actividades de Seguridad:</u></p> <p>Protección armada de edificios, instalaciones, propiedad y de persona, cualquier transferencia de conocimiento con motivos de seguridad y vigilancia y otras actividades relacionadas.</p>	Vigilancia y protección de personas y objetos o cualquier otra actividad en la que el personal de la empresa esté obligado a transportar o a accionar un arma en el ejercicio de sus funciones.

Fuente: Elaboración propia. En base al Documento de Montreux, el Código de Conducta internacional para proveedores de servicio de seguridad privada y el Proyecto de una posible convención para las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.

3.4. ¿Qué se debe entender por EMSP?

Anteriormente se ha mencionado que se empleará el término EMSP indistintamente para empresas que se consideren militares o de seguridad. Pero, ¿basta con llamarlas de manera indistinta o además es necesario establecer un rango de actividades?

Si lo que se busca es comprender a todas las EMSP en un solo grupo para que al momento de establecer su regulación sea más sencilla, entonces una lista taxativa de actividades no es lo indicado. Por otro lado, la definición del Proyecto de Convención Internacional trata correctamente de regular tanto el ámbito de actividades de seguridad como el de actividades militares, sin restringir las actividades a una lista taxativa. Asimismo define a las EMSP como entidades empresariales lo cual es un término general, al igual que el término entidades comerciales, utilizado en el Documento de Montreux. Sin embargo, tomando un enfoque funcional y flexible, en esta investigación el término EMSP se aplicará a cualquier empresa privada que ofrece servicios de índole militar y/o de seguridad sin importar su auto denominación, dejando así abierta la lista de posibles actividades que pueden realizar, ya que con el tiempo las actividades podrían aumentar o disminuir.

3.5. Límites sobre el uso de las EMSP

Si bien es cierto, no hay tratado que prohíba el uso de EMSP, el uso de las mismas no es ilimitado. A modo de ejemplo, es evidente que un Estado no puede utilizar a las EMSP para que realicen acciones que están prohibidas para sus fuerzas armadas.

En el ámbito del DIH, los Convenios de Ginebra de 1949 contienen ciertas disposiciones que de manera exclusiva delegan ciertas acciones a las fuerzas armadas del Estado como por ejemplo el ejercer el poder del oficial responsable de los campamentos de prisioneros de guerra o en los centros civiles de detención¹¹⁴. Dichas responsabilidades son exclusivas de las fuerzas armadas por lo cual no se puede contratar a un EMSP para que desarrolle dicha función.

¹¹⁴ Artículo 39 del III Convenio de Ginebra y artículo 99 del IV Convenio de Ginebra.

Asimismo hay ciertas actividades reservadas a las fuerzas armadas o agentes del Estado como la conducción de las hostilidades, la toma de decisiones judiciales¹¹⁵, el mantenimiento del orden público y seguridad¹¹⁶ y la firma de acuerdos con otros Estados para el establecimiento de zonas desmilitarizadas¹¹⁷.

Por otro lado, en el ámbito de los derechos humanos, las normas no están tan claras como en el DIH ya que no hay un tratado que explícitamente prohíba la delegación de atribuciones tradicionales del Estado como la potestad de arrestar y detener a un ciudadano, es decir, el poder coercitivo del Estado. Sin embargo, existen límites implícitos como los que Cameron señala: el mantenimiento del orden público y la administración de justicia¹¹⁸. Por tanto, se considera que existen funciones inherentes al Estado que por ser propias del Estado no deberían ser delegadas a terceros y serían el límite a los servicios que pueden ser ofrecidos por las EMSP.

4. ALCANCES ESPECÍFICOS DE LA FIGURA DEL MERCENARIO: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LAS EMSP

Cuando se menciona la palabra “mercenario” se le suele asociar de manera inmediata con asesinos a sueldo, que toman provecho de la guerra y miseria, y por supuesto se les relaciona con ilegalidad. Una definición comúnmente aceptada es “*Dicho de una*

¹¹⁵ Artículo 78 del IV Convenio de Ginebra establece que solo la Potencia ocupante puede imponer una residencia forzosa a personas protegidas debido a razones imperiosas. Por tanto, de acuerdo con Cameron, se entiende que solo los agentes del Estado pueden realizar dicha tarea y no se puede contratar a una EMSP para realizar dicha labor. Para mayor información: CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob cit.*, p.107.

¹¹⁶ De realizar actividades de policía se consideraría al personal de las EMSP como agentes del Estado por realizar funciones inherentes al Estado. Para mayor análisis sobre qué debe entenderse por funciones inherentes al Estado véase sección 1.2.2 *infra* del tercer capítulo.

¹¹⁷ Sin embargo, si el personal de la EMSP realiza algún acuerdo con otro Estado en nombre del Estado para el cual trabaja, entonces, dicha persona tendría que tener la capacidad para representar al Estado y debería ser considerado un agente del Estado.

¹¹⁸ CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob cit.*, p.112-124.

*tropa: Que por estipendio sirve en la guerra a un poder extranjero*¹¹⁹. No obstante existe una definición legal para dicho término y determinadas características que han de cumplirse de manera concomitante para catalogar a una persona como mercenario. En las líneas siguientes se abarcará los orígenes de esta figura y las consecuencias de serlo en el Derecho internacional. Asimismo se señalarán las diferencias y similitudes con la figura de las EPMS.

4.1. Origen Histórico de la categoría de Mercenarios

Como se mencionó anteriormente, la definición común que se tiene de los mercenarios es que son aquellas personas que aceptan dinero o alguna compensación a cambio de sus servicios. Para algunos, la figura del mercenario apareció en la antigua Grecia ya que es sabido que en la antigua Grecia se contrataba a no ciudadanos para que formen parte de su ejército¹²⁰. No obstante, la referencia histórica más antigua del uso de mercenarios en un conflicto armado data de 2094-2047 A.C., cuando estos fueron usados en las fuerzas del rey Shulgi de Ur. Asimismo, se puede mencionar la batalla de Kadesh (1294 A.C.) en donde se enfrentaron los egipcios al mando del faraón Ramsés II versus la coalición encabezada por los hititas. En esa batalla el faraón Ramsés II contrató a los nubios y los incluyó en su ejército¹²¹.

Más adelante, en el periodo del imperio del Estado fenicio del norte Cartago, el imperio enfrentó tres veces a Roma en las llamadas “Guerras Púnicas” con el fin de evitar la

¹¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 22ª edición, 2001. [en línea] Consulta: 02 de febrero de 2014 <<http://lema.rae.es/drae/?val=mercenario>>

¹²⁰ OWENS, Patricia. “Distinctions. “Public” and “Private” Force?”, *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944), Vol. 84, N° 5, Setiembre 2008, p.980.

¹²¹ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.20; HOLMILA, Erkki. “The History of Private Violence”, *ENDC Proceedings N° 15 Cultural, Peace and Conflict Studies Series*, Vol. III: The Law of Armed Conflict: Historical and Contemporary Perspectives, Estonian National Defence College, 2012; STRATOS, Anita. *The Evolution of Warfare: Part I. H* [en línea] Consulta: 11 de febrero de 2014 <www.touregypt.net/featurestories/war.htm>.

expansión del imperio romano. En ese sentido, se debe resaltar que el ejército de Cartago estaba conformado por mercenarios, quienes al final de la primera Guerra Púnica, protagonizaron la llamada “Guerra de los mercenarios” (241-237 A.C). La Primera Guerra Púnica duró 23 años y Roma terminó ganando, así pues el imperio de Cartago no pudo cumplir con los mercenarios, a los cuales no les pagaron los sueldos ni cumplieron con las promesas de premios en recompensa por los largos años de campaña¹²². Otras referencias sobre los mercenarios se pueden encontrar en el imperio romano en el que a pesar de ser reconocidos por tener un ejército de ciudadanos romanos, también contrataban mercenarios, los cuales eran especialistas en la arquería y caballería¹²³.

Sin embargo no es hasta la edad media en que realmente surge la figura del mercenario que hoy en día conocemos. Luego de que el imperio romano cayera, Europa del oeste se sumergió en una época en donde el intercambio comercial con dinero era casi nulo y el feudalismo se volvió el sistema de gobierno¹²⁴. Recién en el siglo XIII el comercio resurgió y, por tanto, unidades privadas de servicios militares eran requeridos, sobre todo por la nobleza quienes contrataban mercenarios para evitar armar a la población. Es por ello que Cassese señala que la categoría de mercenarios existió principalmente en la Edad Media y el Renacimiento, cuando el Estado - nación aún no había emergido y no habían fuerzas armadas regulares¹²⁵.

¹²² BAGNALL, Nigel. *The Punic Wars, 264-146 BC*, Osprey Publishing, 2002, p.44, SALVAT (Editores). *Historia Universal Tomo VI Roma*, Lima 2005, p. 95; SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.23.

¹²³ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.21.

¹²⁴ SALVAT (Editores). *Historia Universal Tomo X La Edad Media*, Lima 2005, pp. 79-102, SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.22.

¹²⁵ CASSESE, Antonio (a). “Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?”, *ZaöRV*, Vol. 40, 1980.

Durante los siguientes siglos, los mercenarios seguían presentes pero se puede decir que resurgieron como un fenómeno preocupante durante los años sesenta, producto de la caída del colonialismo, debido a que algunos Estados sentían que no podían confiar solo en sus fuerzas armadas sino que necesitaban de otros actores para controlar de manera fáctica su territorio. Es por ello que en esa época se contrataba mercenarios en contra de los movimientos de liberación nacional. En ese sentido se puede mencionar la situación de la provincia sureña “Katanga” de la actual República Democrática del Congo (RDC), provincia que trató de separarse de RDC bajo el liderazgo de Moise Kapenda Tchombe, quién contrato mercenarios para lograr su objetivo¹²⁶.

Como se ha reseñado, los mercenarios han estado presentes desde los tiempos antes de Cristo y aún hoy en día persisten. Por lo tanto, saltan dudas sobre si quizás las EMSP son el nuevo nombre para la figura de mercenarios o en todo caso cuáles son las diferencias. En las siguientes líneas se profundizará sobre ello.

4.2.El personal de las EMSP, ¿se trata realmente de mercenarios?

A continuación se analizará la definición de mercenarios que se adopta en el DIH y el Derecho internacional. Luego, se contrastarán las tres definiciones y características de los mercenarios con las EMSP a fin de determinar si se les puede o no equiparar a nivel jurídico.

¹²⁶ MAKALELE, Albert. *This is a Good Country: Welcome to the Congo*. Bloomington: Indiana, 2008, p. 92; CASSESE, Antonio (a). *Ob. cit.*, p.2

4.2.1. Definición de mercenario frente al Derecho Internacional Humanitario

De acuerdo con el DIH, el mercenario es aquel “*individuo que se enrola voluntariamente en las fuerzas armadas combatientes de un Estado beligerante del que no es nacional, impulsado por el deseo de obtener un provecho personal.*”¹²⁷

Como se aprecia, la definición de mercenarios dentro del marco legal del DIH es en esencia lo que se ha entendido por mercenarios desde sus orígenes. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 47 del Protocolo Adicional I del 8 de junio de 1977¹²⁸, en el cual se colocan ciertas condiciones que han de cumplirse de manera acumulativa para ser considerado mercenario, las cuales se abordan a continuación:

Artículo 47 – Mercenarios

1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.
2. Se entiende por mercenario toda persona:
 - a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
 - b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
 - c) 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;
 - d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
 - e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
 - f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto¹²⁹.

¹²⁷ VERRI, Pietro. *Ob. cit.*, p.63

¹²⁸ De acuerdo al estudio de Derecho internacional consuetudinario del CICR, los manuales militares de: Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, España, Francia, Nueva Zelanda, Países Bajos y Yugoslavia, siguen la definición de “mercenario” del Protocolo Adicional I.

¹²⁹ En ambos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, en la versión en español, se utiliza el término “reclutar” y en el texto en inglés se utiliza el término “*recruitment*” que significa la acción de incorporar o inscribir. Por ello, no se ha de dotar a dicho término, en el contexto de los Convenios de Ginebra, con la connotación de acto forzado (como el que se le da en la sentencia de Thomas

En primer lugar se puede decir que bajo el DIH, ser mercenario no es una violación a los Convenios de Ginebra ni genera responsabilidad penal a nivel internacional, ya que a nivel nacional dependerá de la legislación interna de cada Estado para saber si es o no punible¹³⁰. La consecuencia de ser mercenario es que, en el contexto de un conflicto armado internacional, no son considerados como combatientes ni tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra.

Como se recordará, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades, por tanto, cuando son capturados, no pueden ser juzgados por participar en las hostilidades ni por actos que no vulneran el DIH; además, los prisioneros de guerra tienen una serie de derechos contenidos en el III Convenio de Ginebra.

Por tanto, los mercenarios tienen el mismo estatus de los civiles, es decir, tienen inmunidad contra ataques directos a menos que participen directamente en las hostilidades. Si los mercenarios participan directamente en las hostilidades, entonces pierden su inmunidad mientras dure su participación ya que, cuando ésta termina recuperan la protección que tiene la población civil, la de no ser atacados de manera directa.

La idea anterior se refuerza en la norma 108 del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario¹³¹ en el cual se remarca lo siguiente:

Lubanga, para mayor información, ver literal a) *infra* de la presente sección.) Asimismo, en esta sección se empleará el término reclutamiento sin que ello implique el acto forzoso.

¹³⁰ La legislación nacional de Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazajstán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Ucrania, entre otros, señala que la participación de mercenarios en conflictos armados es punible. Para mayor información: HENCKAERTS, Jean y Louise DOSWALD-BECK. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, CICR, 2007, p.445.

¹³¹ CICR. Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario, Anexo en Revista Internacional de la Cruz Roja, Vol. 87, N° 857, Marzo de 2005.

Norma 108. Los mercenarios, tal y como están definidos en el Protocolo adicional I, no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo. [CAI]

En segundo lugar, para ser considerado mercenario, las seis condiciones que se piden han de cumplirse de manera concomitante y algunas de ellas hacen referencias a escenarios tan específicos que la definición de mercenarios resulta difícil de aplicar en la realidad. Si bien es cierto, algunas de las condiciones son sencillas de probar como el literal a y b, probar el literal c (“*animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal*” y de que se le ha prometido “*una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas*”) es difícil debido a lo subjetivo que es probar la motivación sin considerar lo complicado de probar que un mercenario recibe una remuneración excesiva. Con respecto a este inconveniente, en el reporte *Diplock* del Reino Unido se expresó lo siguiente:

(...) any definition of mercenaries which required positive proof of motivation would, in our view, either be unworkable, or so haphazard in its application as between comparable individuals as to be unacceptable. Mercenaries, we think, can only be defined by reference to what they do, and not by reference to why they do it.¹³²

En conexión con lo anterior, a pesar de tener una definición de mercenarios, en la práctica era y sigue siendo inaplicable y hasta eludible. Por ejemplo, se puede evadir caer en la categoría de mercenarios si el Estado los incorpora a sus fuerzas armadas¹³³. Sin embargo, es importante señalar que aunque este artículo es de difícil

¹³² DIPLOCK, Derek WALKER-SMITH, Geoffrey DE FREITAS. *Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries*, Londres, Agosto de 1976, §7.

¹³³ CASSESE, Antonio. *Ob. cit.*, p.24.

aplicación, la participación de un mercenario en un conflicto armado es punible en varias legislaciones nacionales¹³⁴.

Con respecto a las similitudes y diferencias entre esta definición de mercenarios con las EMSP se puede decir lo siguiente:

Literal a: Ser especialmente reclutado, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado.

En la versión en español de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra se hace uso del término “reclutar” para indicar, de acuerdo a los comentarios a dichos Protocolos¹³⁵, que los mercenarios eran individuos que se inscribían voluntariamente para formar parte en un conflicto armado. Los términos utilizados en los textos en inglés¹³⁶ y francés¹³⁷ son “*recruitment*” y “*recrutée*” respectivamente. Los tres términos significan inscribir o incorporar a una persona como miembro de un grupo¹³⁸. No obstante, como la CPI lo ha señalado en la sentencia de Thomas Lubanga, existen dos tipos de reclutamiento, el primero es el que se da voluntariamente y el segundo el que se da de manera forzosa¹³⁹.

607. The Chamber accepts the approach adopted by the Pre-Trial Chamber that “conscriptio” and “enlistment” are both forms of recruitment,¹⁷⁷⁵ in that they refer to the incorporation of a boy or a girl under the age of 15 into an armed group, whether

¹³⁴ Como ejemplo se puede citar la legislación de Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazajstán, Moldava, Rusia, Tayikistán, Ucrania, Uzbekistán y Vietnam.

¹³⁵ SANDOZ, Yves (b). *Ob. cit.*, §1801 -1805.

¹³⁶ “*is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict (...)*”. En: Artículo 1 del Protocolo Adicional I (versión en inglés).

¹³⁷ “*qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé*”. En: Artículo 1 del Protocolo Adicional I (versión en francés).

¹³⁸ Oxford Dictionary. *Recruit*. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014. <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/recruit>>; Diccionario de la Real Academia Española. Reclutar. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=reclutar>> y Le Petit Robert. *Recrutée*. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014. <http://pr12.bvdep.com/login_.asp>

¹³⁹ POCAR, Fausto, Marco PEDRAZZI, Micaela FRULI (editores). *War crimes and the conduct of hostilities*. Massachusetts: Edward Publishing Limited, 2013, p.126

coercively (conscription) or voluntarily (enlistment).¹⁷⁷⁶ The word “recruiting”, which is used in the Additional Protocols and in the Convention on the Rights of the Child, was replaced by “conscripting” and “enlisting” in the Statute. Whether a prohibition against voluntary enrolment is included in the concept of “recruitment” is irrelevant to this case,¹⁷⁷⁷ because it is proscribed by Article 8.

608. This interpretation gives the relevant provisions of the Statute their plain and ordinary meaning. It is to be noted that “enlisting” is defined as “to enrol on the list of a military body”¹⁷⁷⁸ and “conscripting” is defined as “to enlist compulsorily”.¹⁷⁷⁹ Therefore, the distinguishing element is that for conscription there is the added element of compulsion. [...] ¹⁴⁰.

Para el reclutamiento voluntario se utiliza la palabra “*enlistment*” (en inglés), “*enrôlement*” (en francés) y “alistar” (en español) mientras que al reclutamiento forzoso se le llama “*conscription*” (en inglés), “*conscription*” (en francés) y “reclutamiento” (en español). Como se puede desprender de lo anterior, en español no existe un término exclusivo para el reclutamiento forzoso¹⁴¹ por lo cual, se utiliza el término “reclutamiento” como el término general y también como el específico para indicar la incorporación forzosa.

Por todo ello, debe quedar claro que cuando en 1977 se coloca como requisito el reclutamiento / *recruitment* / *recrutée* de individuos, el Protocolo Adicional I se refería a la inscripción voluntaria y no hacía referencia al reclutamiento forzoso. Por tanto, el contenido del literal “a” del presente artículo excluye a las personas que son reclutadas de manera forzosa.

¹⁴⁰ CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, §607-608.

¹⁴¹ En efecto, en el Estatuto de Roma se utiliza el término “reclutar” como el equivalente al de “*conscript*” en la versión del idioma inglés. Ver: Art. 8.b. xxvi) en la versión de inglés y español.

Por otro lado, también se excluye a las personas que por ejemplo, prestan servicios de manera duradera a un ejército extranjero ya que la condición indica que ha sido reclutado específicamente para pelear en un conflicto armado particular y no como un empleado en general¹⁴².

En lo referido a las EMSP, las empresas suelen contratar con los Estados por lo que la individualidad se pierde. Además, una EMSP contrata a su personal para que provean determinados servicios y no los recluta, entendiendo que reclutar significa reunir a personas para un fin específico. Asimismo se pide que se reclute a las personas para combatir especialmente para un conflicto determinado. En este punto ya muchas EMSP pueden descartarse ya que las mismas ofrecen una diversidad de servicios los cuales no necesariamente son combatir como ya se ha explicado líneas arriba y que el personal contratado por las EMSP, no son contratados para un conflicto en particular. Sin embargo siempre existen las excepciones a la regla pero, por lo general las EMSP no calzarían en este requerimiento.

Literal b: Tomar efectivamente parte directa en las hostilidades

Con esta condición se excluye a todo aquel que no participe directamente en las hostilidades, es decir a los asesores, entrenadores militares, personal de logística, técnicos, personal administrativo, etc. Teniendo en cuenta que hay EMSP que se caracterizan por solo brindar esos servicios, esas EMSP no son mercenarias a pesar de que lo que los motive a realizar estas actividades sea la búsqueda de una ventaja económica.

¹⁴² SANDOZ, Yves (b). *Ob. cit.*, pp. 802-808.

Literal c: Tomar parte en las hostilidades animado esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal, recibir 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

Sin lugar a dudas, esta condición es la que representa un mayor reto para probar que algún individuo es un mercenario y por tanto, puede hacer que la calificación como mercenarios a las EMSP sea inaplicable por la dificultad de la prueba.

Cuando se habla del móvil por el cual una persona realiza una determinada acción las cosas se complican ya que la motivación es un tema muy subjetivo. Según los comentarios del Protocolo Adicional I, debido a que todos los soldados reciben una remuneración para su manutención, la retribución recibida por los mercenarios debe ser excesivamente superior a la de los miembros del ejército¹⁴³. Sin embargo eso no hace más que complicar la condición ya que para comprobar que se trata de mercenarios es necesario demostrar que se les pagó de manera excesiva a comparación de los miembros de las fuerzas armadas. Asimismo con esta condición se excluye a los mercenarios cuya motivación es exclusivamente ideológica.

En cuanto a las EMSP, algunos indican que su motivación no es la ganancia personal sino que las EMSP buscan un beneficio empresarial¹⁴⁴. Visto de manera general la empresa como persona jurídica busca la ganancia empresarial y el personal de las mismas son solo trabajadores que son remunerados por sus servicios por la EMSP y

¹⁴³ Ídem, pp. 804-805.

¹⁴⁴ SINGER, Peter (a). *Ob. cit.*, p.47

no por el Estado parte en el conflicto. En realidad podría generarse confusiones por la existencia de dos planos, el primero es el de la persona jurídica la cual es la que contrata con el Estado buscando un beneficio empresarial, y el segundo plano en el cual el personal de la EMSP recibe un pago por los servicios realizados por parte de la EMSP. Debido a que el artículo está referido a personas naturales no se podría aplicar al personal de las EMSP, no solo porque es de difícil probanza que son pagados de manera excesiva pero también porque la parte en conflicto que contrata a la EMSP no les paga directamente.

Literal d: No ser ciudadanos de una parte en conflicto ni residentes en un territorio controlado por una parte en conflicto

Esta condición excluye de caracterizar de mercenarios a los ciudadanos o residentes que combaten de manera voluntaria y que puede que cumplan con las demás condiciones de motivación y ganancia excesiva. El personal de las EMSP suele ser extranjeros por lo que no sería complicado que sí se cumpla esta característica.

Literal e: No ser miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto

Quizá, pueda pensarse que, como las EMSP son empresas privadas, el personal de las mismas no son miembros *per se* de las fuerzas armadas de la parte en conflicto por lo que esta condición sería fácil de cumplir. Además, la mayoría de casos indica que las EMSP no son incorporadas a las fuerzas armadas del Estado que contrata sus servicios¹⁴⁵. Sin embargo, en 1999, la Corte Suprema de Queensland determinó que el estado de Papua Nueva Guinea tomó juramento a la EMSP *Sandline*

¹⁴⁵ CAMERON, Lindsey y Vincent CHATEIL. *Ob. cit.*, p.69.

International Inc. como si fuesen sus fuerzas armadas para evadir la categoría de mercenarios¹⁴⁶.

Por tanto, aunque este literal parezca que siempre se aplica a las EMSP hay que analizar caso por caso, verificando si el Estado ha asimilado o no al personal de la EMSP como parte de sus fuerzas armadas¹⁴⁷.

Literal f: No haber sido enviado en misión oficial por un Estado que no es parte en el conflicto, como miembro de sus fuerzas armadas

Prima facie, este literal excluye a los mercenarios por el hecho de que en principio el mercenario se inscribe por propia motivación y no por mandato de un tercero. En el caso de las EMSP, por lo general éstas son contratadas por una parte en el conflicto y no por un tercero por lo que no se cumpliría tampoco esta condición.

Luego de haber analizado cada una de las seis condiciones se puede concluir que las EMSP no son mercenarios según se define en el Protocolo Adicional I.

4.2.2. Definición de mercenario frente al Derecho Internacional

A medida que el problema de los mercenarios se hacía más latente –sobre todo en el continente africano- la ONU empezó a tomar cartas en el asunto. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea de Naciones Unidas pidieron la retirada y evacuación

¹⁴⁶ SUPREME COURT OF QUEENSLAND (Australia), Papua New Guinea v Sandline (1998) QSC 298, 22 December 1998), updated: 19 march 1999, §5 y Agreement for the Provision of Military assistance dated this 31 days of January 1997 between the independent state of Papua New Guinea and Sandline International.

“The State will ensure that full co-operation is provided from within its organisation and that of the PNG Defence Forces. The Commanders of the PNG Defence Forces and Sandline shall form a joint liaison and planning team for the duration of this agreement. The operational deployment of Sandline personnel and equipment is to be jointly determined by the Commander PNG Defence Forces and Sandline’s Commander taking account of their assessment of the risk and value thereof”.

¹⁴⁷ SANDOZ, Yves (b). *Ob. cit.* p.807.

de los mercenarios del Congo, en relación con la secesión de Katanga¹⁴⁸. No obstante y de acuerdo con Cassese¹⁴⁹, la ONU enfrentaba el tema del mercenarismo de manera casuístico sin considerar el gran problema de la relación entre los mercenarios y los Estados que los respaldaban. Fue recién en 1968 que la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Resolución 2395 (XXIII) “Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa”¹⁵⁰, en la cual se dice lo siguiente en el párrafo 9:

9. Exhorta urgentemente a todos los Estados a que tomen todas las medidas para impedir que en sus territorio se recluten o instruyen personas como mercenarios para la guerra colonial que tiene lugar en los territorios bajo dominación portuguesa y para las violaciones de la integridad territorial y la soberanía de los Estados africanos independientes;

A este respecto, la Asamblea General consideró el problema de manera general ya que insta a todos los Estados a prohibir el reclutamiento y entrenamiento de mercenarios lo cual es una prohibición expresa que no se había dado en anteriores resoluciones. Además es clara la preocupación de los Estados africanos los cuales ven amenazada su independencia, soberanía e integridad territorial.

En el mismo año la Asamblea General también emitió la Resolución 2465 (XXIII) “Aplicación de la Declaración sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales”¹⁵¹ en la cual se dice lo siguiente:

¹⁴⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 161/A del 21 de febrero de 1961 y 169 del 24 de noviembre de 1961; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1599 (XV) del 15 de abril de 1961.

¹⁴⁹ CASSESE, Antonio (a). *Ob. cit.*, p.7.

¹⁵⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2395 (XXIII), adoptada el 29 de noviembre de 1968 con 85 votos a favor, 3 en contra (Brasil, Portugal y Sudáfrica) y 15 abstenciones.

¹⁵¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2465 (XXIII), adoptada el 20 de diciembre de 1968 con 87 votos a favor, 7 en contra y 17 abstenciones.

8. Declara que la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional e independencia es un acto criminalmente punible y que los propios mercenarios son criminales que se hallan fuera de la ley, e insta a los gobiernos de todos los países a adoptar leyes que declaren crimen punible el reclutamiento, la financiación y el adiestramiento de mercenarios en sus territorios y que prohíban a sus ciudadanos alistarse como mercenarios;

Con esta resolución la Asamblea General de Naciones Unidas declara que el utilizar mercenarios contra movimientos de liberación nacional e independencia es una acción que genera responsabilidad penal¹⁵². Asimismo, insta a los Estados a adoptar medidas internas para tipificar el mercenarismo como un crimen; al igual que el reclutamiento, la financiación y el adiestramiento de mercenarios y además solicita a los Estados prohibir a sus ciudadanos alistarse como mercenarios, una prohibición que no se había hecho hasta ese momento.

Recién en 1977, el Consejo de Seguridad aprobó una resolución por consenso, condenando el reclutamiento de mercenarios¹⁵³. Sin embargo, en el continente africano se tomaron otro tipo de medidas ya que consideraron que el problema del mercenarismo ponía en peligro la seguridad de todo el continente africano¹⁵⁴. Es así que la OUA¹⁵⁵ se concentró en el problema de la utilización de mercenarios en contra de Estados soberanos y las consecuencias políticas del uso de mercenarios y por ende la necesaria erradicación de ellos¹⁵⁶, dejando de lado el caso en el que el Estado

¹⁵² Se entiende que como el uso de mercenario se cataloga como acto criminal punible, la acción genera responsabilidad penal.

¹⁵³ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 405, adoptada el 14 de abril de 1977.

¹⁵⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. Resolución ECM/Res. 5-III del 10 de setiembre de 1964.

¹⁵⁵ Desde el 2002 la OUA se convirtió en la Unión Africana (UA) mediante la Constitución de la Unión Africana, adoptada en la trigésima sexta sesión ordinaria de la Asamblea de jefes de Estado y Gobierno, 11 de Julio de 2000, Lome-Togo.

¹⁵⁶ CASSESE, Antonio (a). *Ob. cit.*, p.12.

contratara a mercenarios para la seguridad o para que entrenen a sus fuerzas armadas.

Los siguientes dos tratados adoptan la definición de mercenarios dada por el artículo 47.2 del Protocolo Adicional I, y son los únicos tratados que recogen los elementos de esta última disposición, además del Protocolo Adicional I:

4.2.2.1. Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la eliminación de los Mercenarios en África del 3 de julio de 1977¹⁵⁷

En 1977, el Consejo de Ministros de la OUA aprobó en Libreville la Convención sobre la eliminación de los mercenarios en África la cual fue rubricada por los representantes de los Estados de la OUA en la XIV Conferencia Cumbre. Esta convención entró en vigor el 22 de octubre de 1985 y representa un importante instrumento regional en los años de la descolonización. La convención ha sido ratificada por 30 de los 53 Estados miembros¹⁵⁸.

Article 1. - Definition

1. A mercenary is any person who:

- a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflicts;
- b) does in fact take a direct part in the hostilities;
- c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and in fact is promised by or on behalf of a party to the conflict material compensation;
- d) is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflicts;
- e) is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and
- f) is not sent by a state other than a party to the conflict on official mission as a member

¹⁵⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. Resolución CM/433/Rev.L, Annex 1 (1972)

¹⁵⁸ Algeria, Benin, Burkina Faso, Camerún, Comoros, Congo, República Democrática del Congo, Egipto, Nueva Guinea, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Lesoto, Liberia, Libia, Madagascar, Mali, Níger, Nigeria, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sudán, Tanzania, Togo, Tunisia, Zambia y Zimbawe.

of the armed forces of the said state.

La definición dada en este tratado es un espejo de lo que dice el Protocolo Adicional I salvo que no coloca el elemento subjetivo que sí tenía el Protocolo Adicional I y solo requiere la promesa de alguna compensación material (artículo 1.1.c). La diferencia más marcada con el Protocolo Adicional I es que en esta Convención sí se criminaliza la actividad mercenaria. Sin embargo se dice que será mercenario aquel quien haya sido reclutado especialmente para “pelear” en un conflicto armado. Esta condición hizo que la Convención pierda fuerza contra los mercenarios ya que ellos no solo eran contratados para participar directamente en los conflictos armados sino que principalmente eran reclutados para que entrenen a las fuerzas armadas o para que realicen actividades de seguridad¹⁵⁹. Además, la Convención criminaliza el uso ilegal de los mercenarios, excluyendo de su aplicación cuando los mercenarios son contratados de manera “legal”, por ejemplo por el Estado, como fue el caso del dictador Mobutu Sese Seko¹⁶⁰.

Como ya se analizó con referencia al Protocolo Adicional I, las EMSP tampoco calzarían en la definición propuesta por esta convención¹⁶¹.

¹⁵⁹ CLAPHAM, Andrew (a). *Human Rights Obligation of Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p.300.

¹⁶⁰ FIDALGO, Feliciano. El presidente Mobutu recluta mercenarios en París, El País – Archivo, 27 de mayo de 1978. [en línea] Consulta: 21 de mayo de 2014.
<http://elpais.com/diario/1978/05/27/internacional/265068010_850215.html>

¹⁶¹ Hasta el momento, las disposiciones de esta Convención no han sido utilizadas para procesar a alguna persona.

4.2.2.2. Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios del 7 de diciembre de 1989¹⁶²

Esta convención fue ratificada por 33 Estados¹⁶³ y cuenta con una definición de mercenarios que, al igual que la Convención de la OUA criminaliza la actividad. Además, divide en dos la definición de mercenarios. A continuación, el análisis correspondiente:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención:

1. 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.

En esta primera parte de la definición, se aprecia un lenguaje muy similar al Protocolo Adicional I y a la Convención de la OUA, pero se diferencia en que no se pide como condición para ser mercenario el participar directamente en las hostilidades. Sin

¹⁶² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, Resolución A/RES/44/34, 4 de diciembre de 1989. (Esta convención entró en vigor el 20 de octubre de 2001)

¹⁶³ Angola, Arabia Saudita, Azerbaiyán, Barbados, Bielorrusia, Bélgica, Camerún, Congo, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chipre, Georgia, Alemania, Honduras, Italia, Liberia, Libia, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauritania, Moldavia, Montenegro, Nueva Zelanda, Nigeria, Perú, Polonia, Qatar, República Democrática del Congo, Rumania, Senegal, Serbia, Seychelles, Siria, Surinam, Togo, Turkmenistán, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán y Venezuela. United Nations Treaty Collection. *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*.

embargo, como ya se precisó con relación a los anteriores tratados, el factor de la motivación y la retribución continúan siendo condiciones difíciles de probar por lo que esta primera parte tampoco es de fácil aplicación.

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención:

2. Se entenderá también por “mercenario” toda persona en cualquier otra situación:

- a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de:
 - i) Derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado, o de,
 - ii) Socavar la integridad territorial de un Estado;
- b) Que tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material;
- c) Que no sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto;
- d) Que no haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y
- e) Que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto.

Esta segunda parte de la definición es más amplia en el sentido en que no restringe el contexto a solo conflicto armado y no se coloca que la promesa de pago deba de ser excesiva. Sin embargo, restringe los escenarios a derrocar un gobierno o socavar la integridad territorial de un Estado por lo que no sorprende que no sea muy utilizada y que se pueda eludir cumplir con todos los requisitos. Además de los otros requisitos que como ya se analizaron, excluyen de su aplicación a las EMSP. Hasta el momento, esta Convención, cuya entrada en vigor fue en el 2001, no ha sido utilizada y ha sido catalogada como obsoleta¹⁶⁴.

¹⁶⁴ GÓMEZ DEL PRADO, José (a). *Ob. cit.*, pp.262-286.

De todo lo anteriormente expuesto hay dos conclusiones importantes a las que se puede arribar:

La primera es que la aplicación de alguno de estos tres instrumentos se torna compleja debido a la débil definición de mercenario¹⁶⁵, lo cual es retratado en la siguiente famosa expresión: “*any mercenary who cannot exclude himself from this definition deserves to be shot – and his lawyer with him!*”¹⁶⁶

Segundo, si bien es cierto se puede pensar que las EMSP son la nueva clase mercenaria ya que cobran por sus servicios y el personal contratado suele ser extranjero del Estado en el que trabajan, esas dos características no los hacen mercenarios, al menos no *de jure*. Ello debido a que existen muchas variables que han de ser analizadas y que es probable que las EMSP no cumplan con los requisitos, excluyéndolas de dicha categoría.

En suma, se debe tener en consideración que para establecer si una determinada EMSP es o no mercenaria, se ha de realizar un análisis caso por caso ya que aunque es muy improbable que cumplan con todas las condiciones necesarias mencionadas en los diferentes tratados antes analizados, no es imposible que puedan calzar (solo

¹⁶⁵ Por ello es que en el 2004, el Relator especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios propuso algunas modificaciones a la definición de mercenario que se utiliza en la Convención de 1989. Por ejemplo, señala que se debe de entender como mercenario aquel que haya sido reclutado no solo con el fin de participar en un conflicto armado sino que se incluye la participación en actos delictivos como la desestabilización de gobiernos legítimos, terrorismo, tráfico de personas, drogas y de armas y cualquier otro tráfico ilícito, sabotaje, entre otros. Además se excluye la necesidad de que la retribución deba ser considerablemente mayor a la prometida. Para mayor información: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución del Consejo Económico y Social, E/CN.4/2004/15, 20 de diciembre de 2003, §47.

¹⁶⁶ BEST, Geoffrey. *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1980, p. 375, nota 83.

que no es común que lo hagan). A continuación se muestra un cuadro comparativo con algunas de las diferencias entre ambas figuras:

DIFERENCIAS		
	Mercenarios	EMSP
Organización	Individual o milicias.	Estructura permanente y jerárquica, incluye un directorio y accionistas.
Móvil	Ganancia individual, espíritu de lucro.	Ganancia empresarial (<i>business profit</i>)
Competencia	Mercado negro	Mercado global
Marco legal	Se esconden de la ley	Normas nacionales.
Reclutamiento	Anuncios velados, reclutamiento de personas sin especialidad (<i>soul sellers</i>).	Público y especializado.

Fuente: Elaboración propia. En base al Protocolo Adicional I y al cuadro 3.2 presentado por Peter W. Singer en *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell: Cornell University Press, 2008, p.47.

Como se ha analizado a lo largo de este capítulo, las EMSP son nuevos actores que cobran importancia en la actualidad por los servicios que ofrecen y por las lamentables situaciones de violaciones al DIH, DPI y derechos humanos en las que algunas EMSP se han visto envueltas, como las mencionadas en Afganistán e Irak. Asimismo, se ha comprobado que las EMSP no calzan en la definición propuesta para mercenarios. Sin embargo, eso no significa que no se encuentren sujetas a ningún marco normativo, ya que, como se ha precisado, tanto el DIH como los derechos humanos, imponen límites al uso de EMSP. No obstante, es necesario establecer si existe o no regulación específica al respecto ya que no se trata de un grupo pequeño de empresas que operan en un Estado, sino que se está frente a una industria en crecimiento que opera en distintos Estados en contextos de conflicto armado, otras situaciones de violencia y en situaciones de paz. Por ello, en el siguiente capítulo se estudiará, a nivel internacional, regional y nacional, los instrumentos jurídicos existentes que permiten regular a esta nueva industria.

CAPÍTULO II

APROXIMACIONES A LA REGULACIÓN DE LAS EMSP

“inter arma enim silent leges”
Marcus Tullius Cicero¹⁶⁷

Como se mencionó en el primer capítulo, las EMSP son actores importantes ya que sus servicios son utilizados por Estados, organizaciones no gubernamentales¹⁶⁸, la propia Organización de Naciones Unidas, entre otros actores. En general, las EMSP operan en distintos escenarios como los de conflicto armado, otras situaciones de violencia e inclusive en situaciones de paz¹⁶⁹. Sin embargo, sus actividades no son ilimitadas ya que, el Derecho internacional humanitario y los derechos humanos establecen ciertos límites a la actuación de las EMSP. Sin embargo, es importante saber si existe o no una regulación específica, más allá de la aplicación normativa general, vista en el primer capítulo, que regule estas actividades a nivel internacional, a nivel regional y a nivel nacional.

Por ello, en el segundo capítulo de esta investigación se abordará de manera sistemática la existencia o inexistencia de regulación específica de EMSP a nivel internacional, regional y nacional, así como la autorregulación por parte de estas empresas. Por esa razón, en esta sección se hará uso del método deductivo, ya que, en base a distintos instrumentos sobre las EMSP se tratará de identificar los avances, obstáculos y la tendencia que prima con respecto a la regulación de las EMSP.

¹⁶⁷ *“in times of war, the laws are silent”*. En: SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press: Nueva York, 2010, p.3.

¹⁶⁸ A modo de ejemplo se puede citar a Worldvision en Sierra Leona.

¹⁶⁹ Por ejemplo se puede hacer referencia, en el contexto de la Operación para el mantenimiento de la paz en Haití, a la empresa *Triple Canopy*, la cual supervisó un campamento de refugiados en Haití y a la empresa *Raidon Tactics*, la cual vigiló los convoyes humanitarios y proporcionó seguridad a las agencias de noticias en el mismo Estado. Para mayor información: El centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas de Ginebra. El Documento de Montreux sobre las empresas militares y de seguridad privadas: Actas del Seminario Regional para América Latina, Santiago, Chile – 12 y 13 de mayo de 2011.

1. REGLAS APLICABLES A NIVEL INTERNACIONAL

Los Convenios de Ginebra y la Convención de Naciones Unidas contra mercenarios de 1989 no contienen disposiciones que solucionen los obstáculos procesales para la atribución de responsabilidad, a las EMSP, aunque representan importantes estándares legales de conducta.

A principios del siglo XXI, distintos actores han intentado aliviar la falta de regulación específica de las EMSP mediante iniciativas y códigos. Muchos expertos afirman que no existen vacíos legales ya que las actividades de seguridad y militares realizados por el personal de las EMSP sí están regulados por medio de una serie de normas aplicables a los Estados en sus relaciones con las EMSP¹⁷⁰. Sin embargo, el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios ha señalado reiteradamente en sus informes que existe un vacío legal en la reglamentación de las actividades de las EMSP a nivel internacional y que es necesario regular a las EMSP de manera específica ya que existen dificultades para aplicar las leyes nacionales¹⁷¹. En los siguientes acápites se analizarán los instrumentos jurídicos existentes para corroborar la falta de regulación específica y por tanto la existencia de zonas grises con respecto a la regulación internacional de las EMSP¹⁷².

¹⁷⁰ GILLARD, Emanuela-Chiara. Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law en IRRC, Vol.88, N°863, September 2006, pp.525-572; CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob. cit.*

¹⁷¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Resolución A/HRC/18/32, 4 de julio de 2011, Resolución A/65/325 (2010), §36.

¹⁷² El tema de atribución de responsabilidad se estudiará con profundidad en el tercer capítulo de esta investigación.

1.1 Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008

Como se señaló en el primer capítulo, el Documento de Montreux es un producto del Departamento Federal de Relaciones Exteriores del gobierno Suizo y el CICR, está dirigido a los Estados y se aplica únicamente en un contexto de conflicto armado. La finalidad del documento es resaltar algunas obligaciones jurídicas internacionales vigentes que tienen los Estados en relación a las EMSP mas no establecer nuevas obligaciones ya que carece de carácter vinculante.

Esta iniciativa se desarrolló durante tres años e involucró consultas a diversos actores civiles, a la propia industria de las EMSP y a los gobiernos. Asimismo, las fuentes de este documento son diversas e incluyen a los Convenios de Ginebra de 1949, el estudio de Derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el Código de exportación de armas de la UE, regulación nacional en Estados como Afganistán, Australia, Canadá, Francia, Irak, Sierra Leona, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos, el Código de Conducta de las operaciones para el mantenimiento de la paz, entre otros¹⁷³.

El documento de Montreux se divide en dos partes; la primera trata las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes relativas a las EMSP, con lo cual se puede afirmar que es un reconocimiento – de los Estados que participan en esta iniciativa – de los estándares internacionales de DIH y de derechos humanos relevantes para la

¹⁷³ COCKAYNE, James (b). “Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weakness and Promise of the Montreux Document”, *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford University Press, 2009, p.402.

actividad de las EMSP en contextos de conflictos armados. Este reconocimiento es de suma importancia ya que reafirma la aplicación del DIH y de las normas de derechos humanos en contextos de conflicto armado, sobre todo por Estados que como Estados Unidos mantenían una posición contraria¹⁷⁴.

Asimismo, en esta primera parte se distinguen cuatro tipos de Estados de acuerdo a la relación que tengan con la EMSP. Los cuatro tipos de Estados son: (i) Estados contratantes (aquellos que contratan a las EMSP), (ii) Estados territoriales (aquellos en cuyo territorio operan las EMSP), (iii) Estados de origen (aquellos en los que tienen su sede las EMSP) y (iv) todos los demás Estados¹⁷⁵.

Para los Estados contratantes, el Documento de Montreux confirma la obligación de dichos Estados de respetar el DIH aunque contraten a EMSP, es decir, el que contraten a terceros para realizar algunas actividades no exime a los Estados de sus obligaciones internacionales. En ese sentido, en los numerales 3, 9, 14 y 18 se destaca la obligación general de hacer que se respete el DIH, obligación impuesta por el artículo 1 del I Convenio de Ginebra. También se menciona, en el numeral 2 del Documento de Montreux, la obligación de no contratar a EMSP para llevar a cabo actividades exclusivas de autoridades estatales (como ejercer el poder del oficial

¹⁷⁴ Se recuerda que luego del ataque terrorista del 11 de setiembre del año 2001, el gobierno de Estados Unidos anunció que el régimen de los derechos humanos no aplicaba en contextos de conflicto armado, y que en su lugar solo debía de aplicarse el DIH. Para mayor información: HATHAWAY Oona, Rebecca CROOTOFF, Philip LEVITZ, Haley NIX, William PERDUE, Chelsea URVIS y Julia SPIGEL. "The relationship between international humanitarian law and human rights Law in armed conflict", *Minnesota Law Review*, 2012, p.6.

¹⁷⁵ En esta categoría se encuentran todos aquellos otros Estados que no sean contratantes, territoriales o de origen. En ese sentido, el Documento de Montreux señala que en la medida en que esté en su poder, todos los demás Estados están obligados a abstenerse de alentar la comisión de violaciones al DIH a cualquiera de las partes en un conflicto armado. A lo largo de esta investigación solo se analizarán las primeras tres categorías (contratantes, territoriales y de origen) por ser las más importantes.

responsable de los campamentos de prisioneros de guerra o en los centros civiles de detención¹⁷⁶). Asimismo, en los numerales 5, 11, 16 y 20, se recoge el texto de los Convenios de Ginebra¹⁷⁷ respecto a la obligación de establecer la responsabilidad penal para el personal de las EMSP que cometa cualquier infracción grave a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I. Es así que en el numeral 26e de la primera parte se recuerda que el personal de las EMSP puede ser procesado si comete delitos tipificados en el derecho nacional o internacional. De igual manera, se recuerda la responsabilidad de los Estados por las acciones de las EMSP en el numeral 7 y 8, en los cuales se señala que existen circunstancias en las cuales el Derecho internacional responsabiliza al Estado contratante por las acciones de la EMSP¹⁷⁸. Por ejemplo, cuando las EMSP son incorporadas a las fuerzas armadas del Estado contratante¹⁷⁹, cuando las EMSP son contratadas para que ejerzan elementos de la autoridad gubernamental¹⁸⁰ o cuando las EMSP actúan de facto obedeciendo instrucciones del Estado o se encuentran bajo su dirección o control¹⁸¹. Otras obligaciones internacionales son la responsabilidad que tiene el Estado contratante de reparar el daño causado y la obligación de la EMSP de respetar el DIH y los derechos humanos, en la medida que dichas ramas del Derecho, aunque no vinculan directamente a las empresas, se encuentran integradas en la legislación nacional aplicable a la EMSP. Es necesario hacer hincapié en que la presencia de esta serie de obligaciones en el Documento de Montreux es de suma importancia ya

¹⁷⁶ Artículo 39 del III Convenio de Ginebra y artículo 99 del IV Convenio de Ginebra.

¹⁷⁷ Artículo 49, 50, 129 y 146 comunes de los Convenios de Ginebra.

¹⁷⁸ En ese sentido, existe el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el cual, aunque sigue siendo un proyecto, contiene normas de Derecho consuetudinario como las listadas en la sección de atribución de un comportamiento al Estado.

¹⁷⁹ Artículo 4 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos – Comportamiento de los órganos del Estado.

¹⁸⁰ Artículo 5 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos – Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

¹⁸¹ Artículo 8 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos – Comportamiento bajo la dirección o control del Estado.

que representa una compilación de normas existentes recogidas de tratados internacionales y del Derecho consuetudinario ya que, como se mencionó anteriormente, el Documento de Montreux no crea nuevas obligaciones.

La segunda parte contiene 73 sugerencias de buenas prácticas que los Estados pueden adoptar para promover el respeto del DIH y de las normas de derechos humanos¹⁸². Estas directrices no son jurídicamente vinculantes por lo que ningún Estado (sea contratante, territorial o de origen) está en la obligación de aplicar una u otra buena práctica, pero sirven de apoyo para cumplir a cabalidad con las obligaciones mencionadas en la primera parte del documento.

Las recomendaciones para los Estados varían de acuerdo al tipo de relación o nexo que tengan con la EMSP. Si son Estados contratantes, las buenas prácticas se orientan a comprobar que la legislación del Estado y sus prácticas en materia de contratación pública sean adecuadas para contratar a EMSP. Es así que el documento lista una serie de recomendaciones para la determinación de los servicios, procedimientos para la selección y la contratación de las EMSP, criterios de selección de las EMSP, condiciones de los contratos con las EMSP y la supervisión del respeto de las disposiciones y rendición de cuentas.¹⁸³

En el caso de los Estados territoriales, el Documento de Montreux centra sus recomendaciones en orientar a los Estados en la gestión de los servicios militares y de seguridad desarrollados en su territorio. También recomienda evaluar la legislación

¹⁸² DEPARTAMENTO FEDERAL DE RELACIONES EXTERIORES DE SUIZA. Dirección de Derecho Internacional. Informe sobre el Documento de Montreux, CICR, p.16.

¹⁸³ Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008, Sección A de la segunda parte.

nacional del Estado territorial para que el mismo se asegure que el marco jurídico nacional prevé la regulación de la actuación de las EMSP y garantice el respeto del DIH y los derechos humanos; de ser insuficiente, se recomienda la implementación de nuevas disposiciones para regular las actividades de esas empresas¹⁸⁴. En ese sentido, las buenas prácticas que señala el Documento de Montreux están dirigidas a: la determinación de los servicios que pueden ser prestados en su territorio, exigir que la EMSP tenga una autorización de prestar servicios militares de seguridad, el procedimiento relativo a las autorizaciones para que la EMSP pueda desarrollar sus actividades en su territorio, a los criterios para la concesión de autorizaciones, las condiciones de la autorización, las normas relativas a la prestación de servicios por las EMSP y por su personal y la supervisión del respeto de las disposiciones y rendición de cuentas.

Para los Estados de origen, el Documento de Montreux busca orientar a los Estados en la gestión de los servicios militares y de seguridad suministrados en el extranjero. En ese sentido, se recomienda que los Estados de origen comparen su sistema de regulación con el de los Estados contratantes y territoriales para evitar la superposición de normas. Por ello es que las buenas prácticas sugeridas se encuentran dirigidas a: la determinación de los servicios que pueden o no ser exportados, la creación de una licencia de funcionamiento válida por un periodo de tiempo limitado y renovable como un sistema de autorización para ejercer más control, el procedimiento relativo a las autorizaciones, criterios para la concesión de

¹⁸⁴ Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008, Sección B de la Segunda parte.

autorizaciones y la supervisión del respeto de las disposiciones y rendición de cuentas¹⁸⁵.

El Documento de Montreux ha recibido la crítica de un miembro del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios. Así, José Gómez Prado, miembro de este grupo, señaló que el Documento de Montreux reconocía de facto la nueva industria de los proveedores de servicios militares y de seguridad, legitimando los servicios ofrecidos, los cuales aún no se encuentran regulados

Instead of proposing a moratorium until the good practices become reality and the pertinent mechanisms they provide have been put in place, the Swiss Initiative has already stamped its seal of legitimacy to PMSCs. The document recognises de facto this new industry and the military and security services it provides. It legitimises the services the industry provides, which still remain unregulated and unmonitored¹⁸⁶.

Sin embargo, se ha señalado que el Documento de Montreux no legitima las actividades de las EMSP sino que por el contrario se mantiene al margen, tratándolas como entes que en la realidad existen, con lo cual el Gobierno suizo y el CICR no rechazan ni aprueban el uso de las EMSP¹⁸⁷. Al respecto, se puede inferir que el Documento de Montreux fue creado desde una perspectiva realista ante la presencia inminente de estos actores; probablemente lo más deseable sería que no operaran ni existieran pero ya que ese no es el caso, es preferible definir un marco regulatorio que permita su adecuada regulación.

¹⁸⁵ Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008, Sección C de la segunda parte.

¹⁸⁶ GÓMEZ DEL PRADO, José (b). "Private Military and Security Companies and the UN Working Group on Mercenaries", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, Nº3, p.444.

¹⁸⁷ DEPARTAMENTO FEDERAL DE RELACIONES EXTERIORES DE SUIZA. Dirección de Derecho Internacional. *Preguntas y respuestas acerca del Documento de Montreux en Informe sobre el Documento de Montreux*, CICR, p.44.

En suma, en todas las disposiciones del Documento de Montreux, se enfatiza la obligación de respetar el DIH y los derechos humanos por parte de la EMSP y de su personal. Inclusive, se menciona algunos límites en el uso de las EMSP en ciertas actividades exclusivas del Estado como los ya mencionados. Sin embargo, el Documento no se pronuncia sobre otras situaciones, como por ejemplo si el personal de la EMSP tiene la facultad de imponer castigo sobre el propio personal, cuáles son las funciones consideradas como atribuciones del poder público (para que el comportamiento de la EMSP sea considerado dentro del artículo 5 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos), cuál es el mecanismo de reclamo para las víctimas de las violaciones cometidas por el personal de las EMSP, las obligaciones de debida diligencia que han de tener los Estados, y a su vez imponer a las EMSP, para velar por el cumplimiento de los derechos humanos, previendo la comisión de violaciones¹⁸⁸, entre otras.

No obstante, el Documento de Montreux es un instrumento jurídico importante de *soft law*¹⁸⁹, el cual, aunque carece de efecto vinculante, orienta a los Estados, y a los

¹⁸⁸ El deber del Estado de proteger los derechos humanos ha sido desarrollado por el representante especial del Secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. En su informe, se establecen tres principios rectores – respeto, protección y remedio- los cuales han sido consagradas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la resolución A/HRC/8/5 del 7 de abril de 2008 y suponen actuar con la debida diligencia para evitar atentar contra los derechos de terceros. Algunos autores remarcan la ausencia de estas obligaciones en el Documento de Montreux, señalando que es una debilidad del Documento. Para mayor información véase: GÓMEZ DEL PRADO, José (b). *Ob. cit.*, p. 445; COCKAYNE, James (b). *Ob. cit.*, p.427; RUGGIE, John. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008. Consulta: 15 de abril de 2014. [en línea] <<http://www.cpii.org.ar/descargas/informe%20de%20Ruggie%20en%20espanol.pdf>>; DE SCHUTTER, Olivier, Anita RAMASASTRY, Mark B. TAYLOR y Robert C. THOMPSON. *La diligencia debida en materia de derechos humanos: El papel de los Estados*, Diciembre de 2012. Consulta: 13 de mayo de 2014. [en línea] <<http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-EI-Papel-de-los-Estados.pdf>>

¹⁸⁹ Véase nota 108 *supra* del primer capítulo.

demás actores en general, para prevenir las violaciones de derechos humanos. Además, recuerda a los Estados, sean contratantes, territoriales o de origen, que la aplicación de las obligaciones y buenas prácticas mencionadas en el documento no solo involucran un compromiso de las EMSP sino que para que dichas obligaciones sean efectivas, es necesario que los Estados implementen los mecanismos de aplicación adecuados.

1.2 Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, 9 de noviembre de 2010

El Código de Conducta contó, inicialmente, con 464 EMSP signatarias, siendo 163 del Reino Unido, 54 de Estados Unidos y 19 de Sudáfrica. Esas cifras son importantes ya que los tres Estados mencionados son los mayores exportadores de los servicios de las EMSP en contextos de conflicto armado¹⁹⁰. Hoy en día, dicho código cuenta con más de 600 empresas signatarias¹⁹¹. A su vez, el Código de Conducta tiene dos propósitos: “*establecer de común acuerdo un conjunto de principios para las CSP (Compañías de seguridad privada y proveedores de servicios de seguridad privada) y establecer los fundamentos para traducir esos principios en normas derivadas de estos (sic), así como los mecanismos de gobernanza y supervisión*”¹⁹², con lo cual queda claro que una vez identificados los estándares de actuación para las CSP, para la eficacia del instrumento, es necesaria la creación de un mecanismo independiente que efectúe la supervisión de las actividades de las CSP¹⁹³. No obstante, el Código

¹⁹⁰ GÓMEZ DEL PRADO, José (a). *Ob. cit.*, p.263.

¹⁹¹ FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS OF THE SWITZERLAND CONFEDERATION. International Code of Conduct. Consulta en línea: 13 de mayo de 2014. [en línea] <<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/coc.html>>

¹⁹² Numeral 5 del Preámbulo del Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.

¹⁹³ Sección C - Implementación del Código de Conducta Internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.

de Conducta no es un instrumento vinculante como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación.

En contraste con el Documento de Montreux, el Código de Conducta está dirigido a la industria de la seguridad privada y no a los Estados. Además, el Código de Conducta indica que se aplica en “entornos complejos”, término definido por el propio Código de Conducta como aquellas *“zonas que experimentan o se recuperan de disturbios populares o inestabilidad, debidos ya sea a desastres naturales o a conflictos armados, en situaciones donde se ha visto considerablemente mermado el imperio de la ley y en el que ha disminuido, se ha visto limitada, o simplemente no existe, la capacidad de la autoridad estatal para hacer frente a esa situación”*; es decir, el Código de Conducta se aplica tanto en el contexto de un conflicto armado, otras situaciones de violencia y en los contextos de paz, lo cual es otra diferencia con el Documento de Montreux, el cual solo se aplica en contextos de conflicto armado.

En lo que respecta al contenido, el Código de Conducta insta principios a favor del respeto de los derechos humanos¹⁹⁴ e incluye limitaciones al uso de la fuerza¹⁹⁵,

¹⁹⁴ Numeral 3 del Preámbulo del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada: “A partir de estos fundamentos, las empresas firmantes de este Código Internacional de Conducta para los prestatarios de servicios de seguridad privada (el “Código”), adhieren a los principios del Documento de Montreux y al mencionado marco de “Respeto, Protección, Remedio” en lo que se refiere a las CSP. De este modo, las empresas firmantes se comprometen a la prestación responsable de servicios de seguridad a fin de fomentar el Estado de Derecho, respetar los derechos humanos de todas las personas y proteger los intereses de sus clientes.” Numeral 21 del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada: Las empresas firmantes cumplirán y exigirán a su personal que cumpla las leyes aplicables, incluidos el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos que les sean impuestas por la legislación nacional pertinente, así como cualquier otra legislación nacional e internacional aplicable. (...)

¹⁹⁵ Sección F. Principios específicos relativos a la conducta del personal, numeral 30. Además, se señala en el numeral 32 que se deben de cumplir como mínimo con las normas previstas por los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego de las Naciones Unidas por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1990 de Naciones Unidas.

requisitos para la detención de personas¹⁹⁶, prohibición expresa de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹⁹⁷, entre otros. Asimismo, se señala que las empresas firmantes se comprometen y comprometen a su personal a no participar, alentar o tratar de beneficiarse de delitos nacionales o internacionales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura, desaparición forzada, trabajo forzoso u obligatorio, toma de rehenes, violencia sexual o de género, tráfico de seres humanos, tráfico de armas o drogas, trabajo infantil o ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias¹⁹⁸.

Por otro lado, el Código de Conducta contiene una serie de compromisos específicos en materia de gestión y gobernanza del personal de las empresas¹⁹⁹. Por ejemplo, se señala el modo en que las empresas signatarias deben llevar a cabo su proceso de selección del personal contratado y subcontratado, el adiestramiento del personal no solo para portar armas de fuego sino también en las leyes nacionales e internacionales pertinentes dentro de las que se incluyen las normas internacionales de derechos humanos, el DIH, el DPI y otras leyes penales vigentes.

A pesar de su no obligatoriedad, el Código de Conducta, puede ser implementado por los Estados. Por ejemplo, Estados Unidos ya implementó los estándares del Código

¹⁹⁶ Numeral 33 del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.

¹⁹⁷ Números 35 - 37 del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.

¹⁹⁸ Numeral 22 del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada.

¹⁹⁹ DU PLESSIS, André. "The Global Code of Conduct for Private Security Companies: why it matters to humanitarian organisations", *Humanitarian Exchange Magazine*, Issue 47, June 2010. [en línea] Consulta: 12 de mayo de 2014. <<http://www.odihpn.org/humanitarian-exchange-magazine/issue-47/the-global-code-of-conduct-for-private-security-companies-why-it-matters-to-humanitarian-organisations>>

de Conducta en el Departamento de Defensa, quien es el órgano que suele realizar los contratos con las EMSP²⁰⁰.

Respecto al segundo objetivo, mencionado en el numeral 7 del Código de Conducta en el cual se precisa la necesidad de establecer mecanismos externos independientes para una gestión y supervisión eficaz, cabe mencionar que destaca; no solo por su novedad sino por su utilidad ya que hasta el momento no existía un mecanismo de supervisión y de imposición de sanciones ante las violaciones de las EMSP. Es así que, el 16 de enero del año 2012, el Comité Directivo presentó, de acuerdo a su mandato²⁰¹, un borrador del Estatuto del Mecanismo de supervisión del Código de Conducta Internacional para los proveedores de servicios de seguridad²⁰² el cual fue aprobado el 22 de febrero del 2013 por un grupo de representantes de las empresas firmantes del Código de Conducta, la sociedad civil y los gobiernos involucrados en dicha iniciativa. De esa manera se establece la Carta para el Código de Conducta

²⁰⁰ COCKAYNE, James (c). "Private Military and Security Companies Agree to Increased International Oversight", *The International Relations and Security Network*, 22 de Marzo de 2013. Consulta: 14 de mayo de 2014. [en línea]

<<http://www.isn.ethz.ch/DigitalLibrary/Articles/Detail/?lng=en&id=162008>>

²⁰¹ Numeral 11 del Código internacional para proveedores de servicios de seguridad privada: "Una vez formalizada la firma de este Código, las empresas firmantes y otras partes interesadas nombrarán un comité directivo con 6 a 9 miembros procedentes de múltiples partes interesadas, que funcionará como un "Comité temporal". Este comité directivo será responsable de establecer y documentar los acuerdos iniciales relativos al mecanismo de gobernanza y supervisión independientes, incluyendo los Estatutos o una Carta que esbozará el mandato y las políticas que regirán el mecanismo. El Comité Directivo se comprometerá a desarrollar un plan de trabajo para la constitución del mecanismo antes de finalizar el mes de marzo de 2011, y a desarrollar los Estatutos/la Carta hasta finales de julio de 2011 y un plan operativo antes de finalizar el mes de noviembre de 2011."

²⁰² TEMPORARY STEERING COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL CODE OF CONDUCT. *Draft Charter of the Oversight Mechanism for the International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, 16 January 2012. [en línea] Consulta: 13 de mayo de 2014. < http://www.icoc-ppsp.org/uploads/Draft_Charter.pdf>

Internacional para los proveedores de servicios de seguridad²⁰³ (*International Code of Conduct for Private Security service Providers Association – ICoCA*)²⁰⁴.

La Carta para el Código de Conducta Internacional para los proveedores de servicios de seguridad (en adelante “la Carta”) comprende, hasta la fecha, a 6 Estados (Australia, Noruega, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos²⁰⁵), 150 empresas y 13 organizaciones de la sociedad civil. De acuerdo con el artículo 1.1, se crea una asociación (en adelante “la Asociación”) sin fines de lucro voluntaria que se rige por el derecho suizo, de duración ilimitada, la cual está presidida por una asamblea general - compuesta por los miembros de dicha Asociación -, una junta de directores -la cual se conforma por 12 miembros que representen a los Estados, las empresas y a la sociedad civil de manera equitativa – y una secretaría la cual opera bajo la supervisión de un director ejecutivo²⁰⁶.

De acuerdo con el artículo 2.2 de la Carta, el objetivo es promover la gobernanza y supervisión de la implementación del Código de Conducta, así como promover la provisión responsable de los servicios de seguridad y el respeto de los derechos humanos contenidos en la legislación nacional e internacional. Al respecto, se pueden identificar tres funciones principales siendo la primera función la expedición de

²⁰³ Traducción utilizada por el Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios en la Resolución A/68/339 del año 2013.

²⁰⁴ International Code of Conduct for Private Security Service Provider`s Association, Articles of Association, 22 de Febrero de 2013. [en línea] Consulta: 13 de mayo de 2014. <http://www.icoca.ch/assets/icoc-aoa_english3.pdf>

²⁰⁵ ICoCA. List of governments that are members of the ICoC Association. Consulta: 24 de enero de 2015. [en línea] <http://www.icoca.ch/en/membership?states_governments=states&op=Search&view_type=list&for_m_id=_search_for_members_filter_form>

²⁰⁶ *Article 5 – Association Bodies: The bodies of the Association are: the General Assembly; the Board of Directors; the Secretariat operating under the supervision of an Executive Director; and such other bodies that may be established pursuant to these Articles.*

certificados a las EMSP de que están cumpliendo con los estándares señalados en el Código de Conducta lo cual es importante ya que se señala que los requisitos para la certificación se basarán no solo en la legislación nacional e internacional sino que serán consistentes con el DIH y los derechos humanos²⁰⁷. La segunda función es el monitoreo del comportamiento de las empresas respecto al respeto de los derechos humanos y su impacto en las operaciones de seguridad²⁰⁸. La tercera función, brindar un procedimiento justo y accesible para quejas y reclamaciones contra las empresas que formen parte de la asociación, es un gran avance, ya que es una canal para las posibles víctimas no solo para reclamar la violación de sus derechos sino también solicitar la debida compensación y reparación. Esta función es importante ya que, hasta el momento, las víctimas no han podido hacer efectivo sus reclamos por problemas de jurisdicción²⁰⁹.

Sin lugar a duda, la creación de la Asociación es un importante avance para supervisar las acciones de las EMSP²¹⁰ ya que, al ser un mecanismo de supervisión voluntario controlado de manera conjunta por la industria de las EMSP, la sociedad civil y los Estados, las probabilidades de que más empresas se unan es grande²¹¹. Sin embargo, es importante recordar que esta Asociación se rige bajo el Código de

²⁰⁷ El sistema y política de certificación aún se encuentran en desarrollo por la junta de directores de la Asociación. Véase: Article 11 – Certification of the International Code of Conduct for Private Security Service Provider’s Association, Articles of Association; ICoCA. Certification. Consulta: 14 de mayo de 2014. [en línea] < <http://www.icoca.ch/certification.html>>

²⁰⁸ Los procedimientos aún se encuentran en desarrollo a cargo de la junta de directores de la Asociación. Véase: Article 12 – Reporting, Monitoring and Assessing Performance of the International Code of Conduct for Private Security Service Provider’s Association, Articles of Association; ICoCA. Monitoring. Consulta: 14 de mayo de 2014. [en línea] < <http://www.icoca.ch/monitoring.html>>

²⁰⁹ Véase la sección 2.2 *supra* del primer capítulo de esta investigación.

²¹⁰ Los procedimientos aún se encuentran en desarrollo a cargo de la junta de directores de la Asociación. Véase: Article 13 – Complaints Process of the International Code of Conduct for Private Security Service Provider’s Association, Articles of Association; ICoCA. Complaints Process. Consulta: 14 de mayo de 2014. [en línea] < <http://www.icoca.ch/complaints-process.html>>

²¹¹ Se debe tomar en consideración que Estados Unidos y Reino Unido forman parte de la Asociación, lo cual es un incentivo para que las EMSP que se relacionan con ellos se adhieran a dicha entidad.

Conducta, el cual solo contempla a las empresas de seguridad, con lo cual se excluye de su aplicación a las empresas militares y los servicios relacionados a ellas como el asesoramiento e instrucción de fuerzas policiales o militares, tareas relacionadas con detenidos o prisioneros, entre muchos otros. La exclusión de los servicios militares representa un obstáculo en la regulación de las EMSP.

En suma, el instrumento analizado es un código dirigido a los actores privados el cual recoge los principios a seguir por los proveedores privados para operar de acuerdo al DIH y a los derechos humanos. Es una excelente iniciativa ya que no solo establece altos estándares de conducta, los cuales han de ser implementados para su aplicación efectiva, sino que además, la creación de la Asociación representa un avance histórico ya que no existen precedentes de un mecanismo independiente de supervisión de las actividades de las empresas privadas que pueda imponer sanciones. Habrá que esperar el desarrollo de la Asociación respecto a los mecanismos de protección y la acogida, por parte del sector privado, ya que, al ser un mecanismo voluntario, solo será efectivo si el sector privado acepta el Código de Conducta y su respectiva Asociación.

1.3 Proyecto de una posible convención sobre las EMSP para su examen y adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos, 5 de julio de 2010

El proyecto de una posible convención sobre las EMSP para su examen y adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos (en adelante “Proyecto de Convención sobre las EMSP”) es un producto del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios, el cual, como se mencionó en el primer capítulo, fue establecido por

la Comisión de Derechos Humanos en abril de 2005 mediante la Resolución 2005/2, numeral 11²¹². La Comisión de Derechos Humanos le solicitó al Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios que elabore y presente propuestas concretas sobre posibles nuevas normas, directrices o principios básicos que promuevan el aumento de la protección de los derechos humanos²¹³. Esta petición fue reiterada el 28 de marzo de 2008 en la Resolución 7/21 del Consejo de Derechos Humanos en la cual, además, se prorroga por tres años el mandato del Grupo de Trabajo²¹⁴. Más adelante, en el año 2009, el Consejo de Derechos Humanos solicita al Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios, mediante la Resolución 10/11: (a) consultar con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, con instituciones académicas y con expertos sobre el contenido y el alcance del posible proyecto de convención sobre las EMSP; (b) intercambiar ideas con los Estados Miembros sobre dicha posible convención; e (c) informar sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico²¹⁵. En cumplimiento de ese mandato, en julio de 2010, el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios, mediante Resolución 15/25, presentó un informe en donde se describe el progreso realizado en la elaboración de un posible nuevo proyecto de convención sobre las

²¹² “Decide poner fin al mandato de la Relatora Especial sobre los mercenarios y establecer un grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, integrado por cinco expertos independientes -uno de cada grupo regional-, durante un período de tres años(...)”

²¹³ El Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios estuvo integrado por cinco expertos independientes: Sr. José Luis Gómez del Prado (España) –el cual fue Presidente durante el período en que se elaboró el informe con Resolución 15/25- , la Sra. Shaista Shameem (Fiji), la Sra. Amada Benavides de Pérez (Colombia), el Sr. Alexander Nikitin (Federación Rusa) y la Sra. Najat Al-Hajjaji (Jamahiriya Árabe Libia).

²¹⁴ Su mandato vuelve a ser renovado por tres años adicionales en el año 2010, con la Resolución 15/12 del Consejo de Derechos Humanos y por otros tres años en el año 2013 por la Resolución 24/13.

²¹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *La utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución 10/11, 26 de marzo de 2009, Numeral 13.

EMSP y un anexo en el que se presenta el Proyecto de Convención sobre las EMSP²¹⁶.

El Proyecto de Convención sobre las EMSP está dirigido a los Estados y organizaciones intergubernamentales no solo en caso de conflicto armado si no en todas las situaciones, es decir, también se aplica en otras situaciones de violencia y en contextos de paz²¹⁷. Además, plantea cinco objetivos los cuales son: (i) reafirmar y reforzar la responsabilidad de los Estados con respecto al uso de la fuerza; (ii) determinar las funciones inherentes al Estado, las cuales no pueden ser objeto de contratación externa; (iii) regular las actividades de las EMSP y los subcontratistas; (iv) promover la cooperación internacional entre los Estados sobre la expedición de licencias y la regulación de las actividades de las EMSP y (v) establecer y aplicar mecanismos de seguimiento de las actividades de las EMSP respecto de las violaciones de las normas de DIH y derechos humanos²¹⁸.

También enuncia ocho principios generales aplicables a todo el Proyecto de Convención sobre EMSP los cuales son: (i) la responsabilidad del Estado parte con respecto a las actividades militares y de seguridad de las EMSP registradas o que operan en su jurisdicción; (ii) el respeto de los principios del estado de derecho por las EMSP; (iii) el respeto de la soberanía de los Estados por parte de las EMSP; (iv) la obligación del Estado parte de prohibir a las EMSP la participación directa en las hostilidades; (v) la obligación del Estado parte de prohibir a la EMSP los actos

²¹⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/HRC/15/25, 5 de julio de 2010.

²¹⁷ Ídem., Artículo 3 – Ámbito de aplicación.

²¹⁸ Ídem., § 49.

terroristas y acciones militares que constituyan violaciones del derecho internacional; (vi) la prohibición de la delegación y/o contratación externa de funciones inherentes a los Estados; (vii) prohibición de la contratación externa del uso de ciertas armas (como las descritas en el artículo 35 del Protocolo Adicional I) y (viii) la prohibición de la adquisición, la posesión o el tráfico ilícito de armas municiones por las EMSP y su personal.

Asimismo, contiene cuarenta y nueve artículos en los que no solo se desarrollan los principios generales mencionados sino que propone definiciones y disposiciones detalladas. A modo de ejemplo, en el artículo 9 de dicho proyecto se prohíbe la delegación y/o contratación externa de funciones inherentes a los Estados.

Artículo 9.- Cada Estado parte definirá y limitará el alcance de las actividades de las EMSP y prohibirá específicamente la contratación externa con las EMSP de funciones definidas como funciones inherentes a los Estados, incluidas la participación directa en las hostilidades, las operaciones bélicas y/o de combate, la captura de prisioneros, la legislación, las tareas de espionaje, inteligencia y transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, de seguridad y policiales, el uso de armas de destrucción en masa y el ejercicio de funciones de policía y otras actividades conexas, especialmente las facultades de arresto o detención, incluida la de interrogar a los detenidos y otras funciones que un Estado parte considere funciones inherentes al Estado.

Al respecto, cabe resaltar que dicho artículo ha de considerarse como un punto fundamental del Proyecto de Convención sobre EMSP ya que no solo se establece una prohibición sino que se define, por primera vez, aquellas funciones que deben ser consideradas inherentes a los Estados y que por tanto, no deben de ser privatizadas,

lo cual concuerda con el principio del monopolio del uso legítimo de la fuerza del Estado²¹⁹. Claramente es una cuestión importante ya que, de adoptarse dicha convención, se establecerían límites tangibles a los servicios que pueden ofrecer las EMSP. En ese sentido, el Proyecto de Convención sobre EMSP aspira a solucionar cuestiones jurídicas cuya obligatoriedad y responsabilidad no está clara. Por ejemplo, el proyecto señala como una función inherente al Estado la facultad de interrogar detenidos lo cual implicaría, en el caso concreto de lo ocurrido en la prisión de Abu Ghraib que, Estados Unidos cedió a la EMSP CACI y Titan una prerrogativa del Estado y por tanto, se podría probar la responsabilidad internacional de Estados Unidos bajo el artículo 5 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Dicho ello, cabe señalar que algunos expertos encuentran difícil la aprobación de una lista de funciones inherentes al Estado debido a las diferentes tradiciones constitucionales y a la falta de uniformidad de dicha definición entre los Estados²²⁰. En efecto, varios Estados ya han manifestado observaciones respecto a ese artículo ya que afirman que no existe en el Derecho internacional una definición acordada sobre cuáles son las funciones inherentes a los Estados y por tanto consideran que definir esas funciones puede resultar una tarea difícil y subjetiva²²¹.

²¹⁹ Además, deja abierta la posibilidad de que sean los Estados los que definan en su legislación interna las funciones que consideren inherentes al propio Estado.

²²⁰ COCKAYNE, James (d). "A Workshop with the UN Working Group on Mercenaries", *International Peace Institute*, August 2009. Para un análisis más detallado véase sección 1.2.2 *infra* del tercer capítulo.

²²¹ GÓMEZ DEL PRADO, José (a). *Ob. cit.*, p.272; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/HRC/15/25, 5 de julio de 2010, numeral 82. Para un análisis más detallado véase sección 1.2.2 *infra* del tercer capítulo.

Entre otras disposiciones, no solo se establece la obligación del Estado de velar por que toda EMSP y su personal respeten las normas internacionales de derechos humanos y de DIH sino que además, establece la responsabilidad del Estado de imponer sanciones penales, civiles y/o administrativas a los infractores y a las propias EMSP como personas jurídicas²²². Asimismo, se propone el establecimiento de un Comité de regulación, supervisión y control de las EMSP para vigilar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que los Estados adopten²²³ y la creación de un registro internacional de las EMSP²²⁴.

Luego de la distribución de este proyecto, en el año 2010, el Consejo de Derechos Humanos, mediante Resolución 15/26, estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, encargándole el estudio de la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las EMSP²²⁵. Dentro del primer período de sesiones de ese grupo, se llegó a un acuerdo general entre los presentes que las actividades de las EMSP debían de estar reguladas de manera adecuada²²⁶. Sin embargo, existen ciertos Estados que se encuentran en desacuerdo con el proyecto, dentro de los que destaca Estados Unidos. De acuerdo con Laborie, la argumentación de Estados Unidos se basa en tres aspectos: (i) la cuestión de las EMSP no debe

²²² Parte IV del Proyecto de Convención sobre EMSP.

²²³ Artículo 29 del Proyecto de Convención sobre EMSP.

²²⁴ Artículo 30 del Proyecto de Convención sobre EMSP.

²²⁵ El Consejo de Derechos Humanos también dispuso que los miembros del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios debían participar en el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta como especialistas.

²²⁶ El primer período contó con la participación de representantes de 70 miembros, la Unión Europea, la Unión Africana y el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios. Véase: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resumen del primer período de sesiones del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, Resolución A/HRC/WC.10/1/4, Ginebra, 23 a 27 de mayo de 2011.

considerarse un asunto relacionado con los derechos humanos; (ii) la manera más eficaz de regular a las EMSP es poniendo en práctica las reglas ya existentes, incluyendo el Código de Conducta y (iii) el Proyecto de Convención sobre las EMSP no es la solución más eficaz²²⁷. Además, se debe tomar en consideración que Estados Unidos apoya la autorregulación de la industria bajo el ya precisado Código de Conducta²²⁸.

A la fecha, no existen mayores avances sobre esta interesante propuesta ni señales sobre la futura adopción de dicho Proyecto de Convención sobre EMSP; por tanto, lo analizado sobre este proyecto aún no es jurídicamente vinculante y las EMSP siguen sin una regulación apropiada y específica a nivel internacional.

En cualquier caso, este proyecto es una gran iniciativa ya que busca regular la mayor parte de aspectos que no se encuentran claros respecto a las EMSP ya que si bien es cierto, los Estados tienen la responsabilidad de asegurar que las EMSP respondan por las violaciones de los derechos humanos y por tanto los Estados deberían elaborar normas nacionales para reglamentar a dichas empresas, en la realidad eso no sucede²²⁹. Se debe hacer hincapié en que es necesario un marco internacional que sirva de estándar mínimo para la regulación de las EMSP, teniendo en cuenta

²²⁷ LABORIE, Mario. *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2012, p.180.

²²⁸ HUSKEY, Kristine y Scott SULLIVAN. "United States: Law and Policy Governing Private Military Contractors after 9/11". En: BAKKER, Christine y Mirko SOSSAI (editores). *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*. Oxford: Hart, 2012, p.377.

²²⁹ Véase: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Nota del Secretario General sobre el Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/66/317, 22 de agosto de 2011, §48.

que dichas actividades suelen ser transnacionales y por tanto requieren no solo de regulación nacional o regional sino también internacional.

A continuación se muestra un cuadro resumen sobre los tres instrumentos analizados:

	DOCUMENTO DE MONTREUX (2009)	PROYECTO DE CONVENCIÓN PARA LAS EMPRESAS MILITARES Y PRIVADAS DE SEGURIDAD (2010)	CÓDIGO DE CONDUCTA INTERNACIONAL PARA PROVEEDORES DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA (2010)
Naturaleza Jurídica	Obligaciones jurídicas internacionales existentes.	Principios generales, definiciones y disposiciones.	Buenas prácticas y estándares.
Dirigido a	Estados	Estados, Organizaciones intergubernamentales e indirectamente a las EMSP y su personal.	Empresas (actores privados)
Aplicable en contextos de	Conflicto armado.	Conflicto armado, otras situaciones de violencia y contextos de paz.	Conflictos armados, otras situaciones de violencia o desastres naturales.
Estatus	No vinculante	No vinculante	No vinculante

Fuente: Elaboración propia. En base al Documento de Montreux, el Código de Conducta internacional para proveedores de servicio de seguridad privada y el Proyecto de una posible convención para las Empresas Militares y de Seguridad Privadas.

1.4 Aportes desde el Derecho internacional consuetudinario

El Derecho internacional consuetudinario es aquel creado por la práctica de los Estados o sus agentes, la cual, es realizada con convicción de obligatoriedad²³⁰. Si bien es cierto, los tratados son una fuente del Derecho internacional, el Derecho internacional consuetudinario también contiene obligaciones en materia de DIH y de derechos humanos, no solo para los Estados, sino también para las EMSP y para su personal²³¹.

²³⁰ Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; CASSESE, Antonio (b). *International Law*. 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp.151-169. BUZATU, Anne-Marie. "European Practices of Regulation of PMSCs and Recommendations for Regulation of PMSCs through International Legal Instruments", *The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF)*, Ginebra, 30 de Setiembre de 2008, p.25.

²³¹ Por ejemplo, se puede señalar la norma 139 del Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR en el cual, se indica que las partes en el conflicto deben respetar el DIH,

En el año 2005, el CICR publicó un estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los contextos de conflicto armado, con el fin de superar algunos problemas que plantea la aplicación del DIH convencional²³². En este estudio se lista una serie de normas que son aplicables a las actividades de las EMSP, tales como la prohibición de actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población²³³; la precaución en el ataque por la cual se debe tomar todas las precauciones factibles para evitar o reducir, en todo caso, a un mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil y sus bienes²³⁴; la prohibición de los actos de tortura²³⁵, entre muchas otras prohibiciones aplicables a las EMSP y a su personal. No obstante, no existe una prohibición a utilizar EMSP.

De igual manera, se precisa la responsabilidad de los Estados respecto a la obligación de respetar y hacer respetar el DIH por “*sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control*”²³⁶.

Al respecto, se debe tomar en consideración que en una EMSP, la mayoría de su personal está conformado por personal civil, el cual no participa directamente en las hostilidades y por tanto no caería en el supuesto de la norma²³⁷. Sin embargo, existen casos en los cuales parte del personal de la EMSP calzaría en la categoría de fuerzas

así como otras personas y agrupaciones que actúan de hecho siguiendo instrucciones o bajo su dirección o control. Véase: SASSOLI, Marco. “Foreword”. En: CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL (editores). *Ob. cit.*, p. XVI.

²³² CICR. *Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario*, Vol. 87, N° 857, Marzo de 2005.

²³³ Ídem., norma 2.

²³⁴ Ídem., norma 15.

²³⁵ Ídem., norma 90.

²³⁶ Ídem., norma 139.

²³⁷ Para determinar si son o no civiles se debe analizar caso por caso, tomando en cuenta lo analizado en la sección 2.1 *supra* del primer capítulo.

armadas o agrupaciones que actúen de hecho siguiendo instrucciones o bajo la dirección o control del Estado²³⁸. En esos casos, esta norma de Derecho consuetudinario reafirma la responsabilidad del Estado hacia esas entidades.

A su vez, en la norma 149 se señala la responsabilidad internacional de los Estados por las violaciones cometidas por sus órganos, personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa, personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su control o dirección y las violaciones cometidas por personas o grupos privados que el Estado reconoce y acepta como comportamiento propio. Esta norma no solo forma parte del DIH consuetudinario sino que forma parte del Derecho consuetudinario general²³⁹.

Como resultado de las normas consuetudinarias que se aplican a las actividades de las EMSP, es posible afirmar que las EMSP no actúan en un vacío legal a pesar de no ser reguladas de manera específica ya que no existe ningún tratado en el que se regule su actuación. Sin embargo, habrá que analizar si existen mecanismos en donde se puedan hacer efectivos los reclamos ante la violación de estas normas.

2. REGLAS APLICABLES A NIVEL REGIONAL

Como se mencionó anteriormente, no solo es necesario la existencia de normas internacionales que regulen las actividades de las EMSP sino que además son importantes las regulaciones a nivel regional para una mayor complementariedad y

²³⁸ Para mayor información ver la sección 1 *infra* del tercer capítulo.

²³⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución A/Res/56/83, 28 de enero de 2002.

garantía del respeto de los derechos humanos y el DIH²⁴⁰. A continuación se mencionan las medidas tomadas a nivel regional del continente europeo y americano.

2.1 Continente Europeo

El continente europeo no ha sido ajeno a las actividades de las EMSP; es así que la Unión Europea ha mostrado su apoyo al Documento de Montreux y al Código de Conducta. Sin embargo, algunos órganos del Consejo de Europa han mostrado una mayor preocupación por el aparente vacío legislativo internacional respecto a la regulación de las EMSP.

El 22 de diciembre del año 2008 se presentó, a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁴¹, el informe del relator del Comité de Asuntos Políticos y Democracia, Wolfgang Wodarg titulado “Firmas militares y de seguridad privada y la erosión del monopolio estatal del uso de la fuerza”²⁴². En dicho informe se precisa que el incremento del uso de EMSP debilita el monopolio del uso de la fuerza del Estado²⁴³. Asimismo señala que aunque las EMSP se encuentran obligadas por disposiciones generales del DIH y de los derechos humanos (cuando realizan actividades que normalmente son realizadas por agentes estatales), hay muchas dificultades en aplicar dichas disposiciones. Además se resalta la falta de un

²⁴⁰ GÓMEZ DEL PRADO, José (a). *Ob. cit.*, p.269.

²⁴¹ El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional cuyo propósito es la promoción de la cooperación de los estados de Europa para la configuración de un espacio político y jurídico común. Se constituyó mediante el tratado de Londres el 5 de mayo de 1949 y cuenta con 47 estados miembros. Para mayor información véase: COUNCIL OF EUROPE. The Council in brief. Consulta: 21 de mayo de 2014. [en línea] <<http://hub.coe.int/>>

²⁴² El informe fue presentado en cumplimiento de la moción de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) en el cual se solicita hacer un estudio a la problemática de la proliferación de las EMSP. Ver: PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*. Doc. 11337, Motion for a resolution, 27th June 2007.

²⁴³ LABORIE, Mario. *Ob. cit.*, p.183.

instrumento jurídico vinculante internacional que regule de manera explícita a las EMSP debido a que como las EMSP suelen operar en el ámbito internacional, sus acciones suelen tener consecuencias transnacionales. Por ello es que en el informe se esboza una propuesta de recomendación²⁴⁴ en la que no solo se plasman las preocupaciones por el incremento de Estados que utilizan los servicios de las EMSP sino que recomienda la creación de un instrumento que regule las relaciones de los miembros del Consejo de Europa con las EMSP basados en la responsabilidad que tiene el Consejo de Europa en proteger los valores fundamentales y estándares en derechos humanos:

Many of the challenges arising from the increasing role of PMSCs reach to the core of the values protected by the Council of Europe. Our Organisation has therefore particular responsibilities in addressing the issue of regulating activities of PMSCs on the basis of common principles. The Council of Europe, with its experience in defining, promoting and protecting common standards in the field of human rights, democracy and the rule of law, offers the appropriate framework for this, and should take the lead in this process, as it did before in many other ground-breaking areas.²⁴⁵

Luego, el Comité de Asuntos Legales y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa apoyó el informe y planteó ciertas modificaciones a dicha propuesta de recomendación²⁴⁶. Es así que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió una recomendación al Comité de

²⁴⁴ Una recomendación es una propuesta, dirigida al Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuya aplicación e implementación corresponde a cada uno de los gobiernos. Ver: PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). Documents, Adopted Texts. Consulta: 18 de mayo de 2014. [en línea] < http://website-pace.net/en_GB/web/apce/documents >

²⁴⁵ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force*, Report (Political Affairs Committee), 22 December 2008, §11.

²⁴⁶ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*, Opinion of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, 27th January 2009.

Ministros a principios de 2009²⁴⁷, recomendando la creación de un proyecto de Convenio del Consejo de Europa para la Regulación de las EMPS²⁴⁸. Esta recomendación fue transmitida a la Comisión Europea para la Democracia, comisión conocida como “Comisión de Venecia”²⁴⁹.

La Comisión de Venecia adoptó un informe sobre este asunto, señalando en general que si bien es cierto consideraba factible una convención en el marco del Consejo de Europa, existen tratados que ya regulan a las EMSP como el DIH, los derechos humanos, DIP, los tratados sobre control de armas y el Derecho consuetudinario. Además, resaltó la dificultad que representa llegar a un consenso sobre los estándares comunes en la regulación de las EMSP colocando como ejemplo las buenas prácticas del Documento de Montreux las cuales a pesar de haber sido acordados por los Estados signatarios de dicho instrumento son expresamente no vinculantes.

Por otro lado, la comisión recordó que la ONU aún trabajaba en un proyecto de convención sobre EMSP y que un tratado europeo sobre el tema podría ser percibido de manera negativo, debilitando el trabajo de la ONU en la materia. Asimismo propuso la adopción de una recomendación en la cual se exprese el apoyo al Documento de

²⁴⁷ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force*, Recommendation 1858 (2009), §9.

²⁴⁸ *Ibíd*, §14.

²⁴⁹ La Comisión de Venecia se compone de expertos independientes y tiene como misión asesorar legalmente a los miembros del Consejo de Europa, ayudar a la diseminación y la consolidación de una herencia constitucional común. Está compuesta por 59 Estados miembros, incluyendo a 12 Estados no europeos. Para mayor información: COUNCIL OF EUROPE. Venice Commission, Presentation. Consulta 18 de mayo de 2014. [en línea] <http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation>

Montreux y se haga un llamado a los Estados que aún no son signatarios para que se adhieran al mismo²⁵⁰.

El 21 de abril del 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa respondió a la recomendación 1858 señalando que nota la preocupación de la Asamblea acerca del posible vacío legal a nivel internacional respecto a las EMSP y manifiesta la existencia de un informe de la Comisión de Venecia respecto al tema. De igual manera invita al Comité Europeo de problemas criminales, al Comité Directivo sobre Derechos humanos y al Comité de Asesores legales en Derecho internacional público a estudiar las sugerencias hechas por la Comisión de Venecia en su informe. No obstante, el Comité de Ministros señaló que los asuntos relacionados con la defensa nacional no son de competencia del Consejo de Europa. El Comité de Ministros del Consejo de Europa no se ha vuelto a pronunciar sobre el tema, probablemente por una previsible falta de aceptación de un documento vinculante²⁵¹.

²⁵⁰ Report on Private Military and Security Firms and erosion of the State Monopoly on the use of force, Adopted by the Venice Commission at its 79th Plenary Session, Study no. 531 / 2009, CDL-AD(2009)038, Straßburg, 29 June 2009, §65.

²⁵¹ Si bien es cierto en la Unión Europea no hay regulación directa para las EMSP, existen normas por las que se limita de cierto modo los productos que se pueden utilizar en ese ámbito. En ese sentido cabe mencionar los siguientes tres regímenes: (i) el régimen para el control de la exportación de ciertos productos de uso militar y civil –dual- use ítems – (Council Regulation (EC) 428/2009); (ii) la regulación sobre la exportación de productos y tecnología militar (Council Common Position 2008/9444/CFSP, 8 de diciembre de 2008) y (iii) la regulación respecto a ciertos productos que podrían ser utilizados para el castigo capital, la tortura o cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante (EC 1236/2005, 27 de junio de 2005). Sin embargo, estas normas cubren básicamente la producción y el comercio de productos de defensa pero no cubren la exportación de servicios militares y de seguridad. Para mayor información ver: GESTRI, Marco. “The European Union and Private Military and Security Contractors: Existing controls and legal bases for further regulations” en *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*. Christine Bakker y Mirko Sossai (editores), Oxford: Hart, 2012, pp.53-77; QUIRICO, Ottavio. “A Comparative Overview of European and Extra- European National Regulation of Private Military and Security Services”. En: *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*. Christine Bakker y Mirko Sossai (Eds), Oxford: Hart, 2012, pp. 105-121.

2.2 Continente Americano

La Organización de Estados Americanos (OEA), en el marco de la primera reunión de Ministros en materia de Seguridad Pública de las Américas del año 2008, recomendó a los Estados parte profundizar el conocimiento sobre los servicios de seguridad privada y/o fortalecer normas jurídicas que regulen su funcionamiento²⁵². Este acto refleja la preocupación de la región por el creciente uso de EMSP.

Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos del año 2009, señaló elementos básicos a ser considerados por los Estados respecto a la inserción de la seguridad privada en la seguridad ciudadana.

En los países donde el funcionamiento de empresas privadas de seguridad esté autorizado de acuerdo a las normas que rigen la actividad económica, la presencia en el mercado de este tipo de emprendimientos debe ser debidamente regulada por las autoridades públicas. En especial, debe señalarse la necesidad de que el ordenamiento jurídico interno regule las funciones que pueden cumplir las empresas privadas de seguridad; el tipo de armamento y medios materiales que están autorizadas a utilizar; los mecanismos adecuados para el control de sus actividades; la implementación de un registro público; a la vez que definir un sistema para que estos emprendimientos privados informen regularmente sobre los contratos que ejecutan, especificando puntualmente el tipo de actividades que desempeñan. (...) ²⁵³.

²⁵² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: “*Compromiso por la Seguridad en las Américas*”. Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública en las Américas. México, D.F. OEA/Ser.K/XLIX. MISPA/doc. 7/08 rev. 4, 29 Octubre 2008, §5.

²⁵³ CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009, §73.

Por otra parte - a nivel de América Latina y el Caribe - el Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNRILEC) ha producido un documento de trabajo titulado “Control y Regulación de las Empresas de Seguridad Privadas en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo”²⁵⁴. En dicho documento se contextualiza el fenómeno de la expansión del mercado de la seguridad privada así como las diferentes respuestas jurídicas para afrontar dicho fenómeno. Este documento de trabajo responde al incremento de uso de servicios de seguridad en la región el cual, de acuerdo a algunas estadísticas, mientras aumenta la actividad económica de países latinoamericanos, la demanda por seguridad privada aumenta de manera directamente proporcional²⁵⁵. Esto podría explicarse debido al incremento de la percepción de inseguridad en la región²⁵⁶. Tal incremento, en algunos Estados, ha causado un desbalance entre la seguridad pública y la privada. A modo de ejemplo se puede citar el caso de Guatemala, Estado en el que existen 19,900 policías y 120,000 guardias privados²⁵⁷.

Sin embargo, a nivel de América, como región, no se ha emitido ningún proyecto de tratado o recomendación para la regulación de las EMSP²⁵⁸.

²⁵⁴ UNLIREC. *Control y Regulación de las Empresas de Seguridad Privada en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo*, Documento de Trabajo, 2011.

²⁵⁵ GREZ, Juan Francisco. *Industria de Seguridad Privada en perspectiva comparada, desempeño económico y gobernabilidad como factores clave en el crecimiento del sector*, Santiago de Chile, 2010, p.30.

²⁵⁶ PNUD. Informe regional de desarrollo humano 2013-2014, Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, Nueva York, 2013, p.150.

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ Cabe señalar que Chile, Ecuador y Uruguay son los único Estados latinoamericanos participantes del Documento de Montreux.

3. REGLAS APLICABLES A NIVEL NACIONAL

Para obtener una imagen completa de la situación actual de la regulación de las EMSP en materia de derechos humanos y DIH, es necesaria un análisis a nivel nacional ya que, la legislación nacional es otro medio por el cual se debe regular el sector militar y de seguridad privada. Dado que este trabajo no se enfoca en la regulación a nivel nacional de las EMSP, no se examinarán todas las legislaciones existentes de todos los Estados del mundo. Sin embargo, es importante estudiar la legislación de Estados Unidos y Reino Unido, en relación a la regulación ante violaciones del DIH y derechos humanos, ya que son los Estados que más exportan los servicios de seguridad y militares, es decir, hay más EMSP de nacionalidad estadounidense y británica, por lo cual podrían servir de ejemplo. Asimismo, se precisará la legislación nacional peruana al respecto.

3.1 Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América (EE.UU) no solo es el Estado en el que la mayoría de las EMSP tienen su sede sino que además es uno de los Estados que más contrata los servicios de las EMSP. Probablemente esa sea la razón por la cual, dentro del marco legal de los EE.UU, existan normas que intentan regular dichas actividades²⁵⁹. Sin embargo, en la práctica y hasta hoy en día, no se puede decir que existan mecanismos efectivos para denunciar las violaciones de derechos humanos y al DIH cometidas por el personal de las EMSP. En los siguientes acápites se analizarán los instrumentos jurídicos más importantes que podrían ser aplicados a las EMSP y su personal en EE.UU.

²⁵⁹ WHITE HOUSE OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET (OMB). Performance of Commercial Activities, Circular N° A-76 y US DEPARTMENT OF ARMY. Logistics Civil Augmentation Programme, AR 700-137, 2012; US CONGRESS. National Defense Authorization Act for fiscal year 2010, Pub. L N° 111-84, §1038; HUSKEY, Kristine y Scott SULLIVAN. *Ob. cit.*, pp. 341-350.

3.1.1 Jurisdicción en la Corte Federal: *Military Extraterritorial Jurisdiction - Act of 2000*

El *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* – MEJA²⁶⁰ (ley de jurisdicción militar extraterritorial del año 2000) es una ley, promulgada el 22 de noviembre del año 2000 durante el gobierno de William Clinton, que autoriza la aplicación de la ley de los EE.UU. dentro de una jurisdicción especial marítima y territorial para arrestar a los sospechosos de crímenes, efectuar su extradición a los Estados Unidos y ponerlos a disposición judicial²⁶¹. Esta ley puede aplicarse a las actividades de las EMSP de acuerdo al párrafo 3261; sin embargo, colocaba como requisito la contratación por medio del Departamento de Defensa, lo cual, era un gran obstáculo para incluir a las otras EMSP contratadas por otros departamentos del gobierno como el Departamento de Estado (DoS), la Agencia para el desarrollo internacional (USAID), la CIA, entre otros.

Por ello es que, en el año fiscal 2005, la ley fue enmendada por *the Ronald W. Reagan National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2005*²⁶². Con dicha enmienda, se extiende la jurisdicción de la ley al personal de las EMSP, o subcontratados de las mismas, que hayan sido contratados por otras agencias ajenas al Departamento de Defensa, siempre que dicho personal esté actuando en apoyo de misiones del

²⁶⁰ US. CONGRESS. Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000, Public Law 106–523, 22. November 2000.

²⁶¹ §3261. *Criminal offenses committed by certain members of the Armed Forces and by persons employed by or accompanying the Armed Forces outside the United States (a) Whoever engages in conduct outside the United States that would constitute an offense punishable by imprisonment for more than 1 year if the conduct had been engaged in within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States—*

²⁶² US. CONGRESS. Ronald W. Reagan National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2005, Public Law 108-375, 28th October 2004.

Departamento de Defensa²⁶³, excluyendo a aquellas EMSP que no se asocien a dicho departamento como por ejemplo el Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Asimismo, el MEJA excluye de su aplicación a aquellos que son nacionales del Estado en donde la EMSP desarrolla sus actividades ya que se entiende que el Estado, en cuyo territorio opera la EMSP, tiene un mayor interés en procesar dichos crímenes²⁶⁴. No obstante, la ley no se pronuncia sobre el caso de los extranjeros, es decir, la ley no explica si, bajo su jurisdicción, se encuentra un nacional de otro país; por ejemplo, un nacional peruano es contratado por una EMSP de EE.UU. para que trabaje en Afganistán, en ese caso la ley no se pronuncia. Por tanto, se cree que solo se aplica a nacionales de EE.UU.²⁶⁵. En suma, el MEJA no es una ley que se pueda aplicar de manera eficaz y que solucione el problema de atribución de responsabilidad al personal de las EMSP que haya cometido violaciones al DIH, derechos humanos y/o al DPI.

3.1.2 Jurisdicción militar: *Uniform Code of Military Justice*

El *Uniform Code of Military Justice* – UCMJ (Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos) prevé el enjuiciamiento de los miembros de las fuerzas militares de EE.UU. en el extranjero y de las personas que acompañan a dichas fuerzas

²⁶³ Section 3267(1)(A) of title 18, United States Code, is amended to read as follows:
(A) employed as- "(ii) a contractor (including a subcontractor at any tier) of- "(I) the Department of Defense (including a nonappropriated fund instrumentality of the Department); or "(II) any other federal agency, or any provisional authority, to the extent such employment relates to supporting the mission of the Department of Defense overseas; or (iii) an employee of a contractor (or subcontractor at any tier) of-"

²⁶⁴ KERRIGAN, Kathleen A. The Military Extraterritorial Jurisdiction Act, thesis presented to the Faculty of the U.S. Army Command and General Staff College in partial fulfilment of the requirements for the degree Master of Military Art and Science Strategy, Kansas, 2004, p.22 y McCARRON, Paula. The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial Jurisdiction Act, Corrections Today, Alexandria (American Correctional Association), December 2008.

²⁶⁵ KERRIGAN, Kathleen A. *Ob. cit.*, p.22.

militares en caso de declaratoria de guerra²⁶⁶. Sin embargo, el requisito de estar en un contexto de guerra declarada obstruyó la aplicación de este código. A modo de ejemplo se puede citar el caso de *United States v. Averette*, en el cual, durante el conflicto que hubo en Vietnam, un contratista robó baterías de una base militar. No obstante, como Estados Unidos nunca le declaró la guerra a Vietnam, la corte determinó que no tenía jurisdicción bajo el UCMJ²⁶⁷. Debido a ello, muchos de los civiles que acompañaron a las fuerzas armadas en Irak o Afganistán y que cometieron violaciones a los derechos humanos, no pudieron ser juzgados por este código²⁶⁸. En ese sentido cabe mencionar que la figura de la guerra declarada no es necesaria para la determinación de la existencia de un conflicto armado²⁶⁹ por lo que la norma se encontraba desfasada. Recién en el año 2007 se enmendó el UCMJ, eliminando el requisito de guerra declarada. Además, se amplió la jurisdicción de dicha norma, ya que ahora también prevé la aplicación para aquellos que hayan participado en las

²⁶⁶ En el subcapítulo I - sección 802- artículo 2, se señala que se aplica a: los miembros de los servicios uniformados de los Estados Unidos: la Fuerza Aérea, el Ejército, la Guardia Costera, la Infantería de Marina, la Armada Nacional de los Océanos y la Atmósfera Cuerpo Comisionado, entre otros y en caso de guerra, también se aplica a los civiles que acompañen a las fuerzas armadas. Comisionado. US. CONGRESS. Chapter 47 - Uniform Code of Military Justice. Consulta: 30 de abril de 2014. [en línea] <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partII-chap47.pdf>>

²⁶⁷ US. COURT MARTIAL. *United States v. Averette*, 19 Court Martial Annotation 363 (1970).

²⁶⁸ McCARRON, Paula. *Ob. cit.*

²⁶⁹ Artículo 2 común de los cuatro Convenios de Ginebra, ICRC. Commentary – Art.2: Application of the Convention, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, 1952. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014. <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=41229BA1D6F7E573C12563CD00519E4A>>

operaciones militares que se realizan fuera del territorio estadounidense (*contingency operations*²⁷⁰), término oficial para referirse a las operaciones en Irak y Afganistán²⁷¹.

A pesar de la modificación, se sigue dejando de lado a aquellos que participan en otro tipo de operaciones de índole no militar como las operaciones humanitarias. Por otro lado, se debe tomar en consideración de que se trata de un código militar que, en caso se aplique al personal de las EMSP, se aplicaría a civiles, lo cual entra en conflicto con los derechos constitucionales de los mismos²⁷². En ese sentido, la jurisprudencia estadounidense señala que juzgar a civiles en cortes militares vulnera sus derechos al debido proceso y a ser juzgado públicamente por un jurado imparcial²⁷³.

La razón de dicha vulneración se debe a que el fuero militar solo requiere de mayoría para declarar la culpabilidad de alguien a diferencia del fuero civil en donde se necesita de unanimidad²⁷⁴. Respecto a ello se ha de recordar que en la Corte IDH se sigue la misma línea de pensamiento en el sentido que se aborda la problemática siguiendo el principio de funcionalidad.

²⁷⁰ Se debe entender como aquella operación diseñada por el Departamento de Defensa de EE.UU. en donde los miembros de las fuerzas armadas pueden participar en acciones militares contra un enemigo de los EE.UU. Código de EE.UU. USC101 (a)(13): "(A) is designated by the Secretary of Defense as an operation in which members of the armed forces are or may become involved in military actions, operations, or hostilities against an enemy of the United States or against an opposing military force; or (B) results in the call or order to, or retention on, active duty of members of the uniformed services under section 688, 12301 (a), 12302, 12304, 12304a, 12305, or 12406 of this title, chapter 15 of this title, section 712 of title 14, or any other provision of law during a war or during a national emergency declared by the President or Congress."

²⁷¹ FINER, Jonathan. "Holstering the Hired Guns: New Accountability Measures for Private Security Contractors. Recent Developments", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, p.263.

²⁷² Ídem., p.253; CHAPMAN, Katherin J. "The Untouchables: Private Military Contractors's Criminal Accountability under the UCMJ", *Vanderbilt Law Review*, 2010, p.10

²⁷³ Quinta y sexta enmienda de la Constitución de Estados Unidos del 15 de diciembre de 1791. SUPREME COURT OF UNITED STATES. Reid v. Covert 354 US 1, June 10th 1957; SUPREME COURT OF UNITED STATES. Solorio v. United States, 483, US 435, June 25th 1987. En este último caso se sostiene que el UCMJ se limita a los militares.

²⁷⁴ HUSKEY, Kristine y Scott SULLIVAN. *Ob. cit.*, p.360.

(...) En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares.²⁷⁵

Este principio también ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y señala que la jurisdicción militar se debe limitar a los delitos militares cometidos por elementos de las fuerzas armadas²⁷⁶.

Al respecto se debe considerar que la jurisdicción militar se debe restringir al personal militar en actividad. Resultaría controvertido aplicar el UCMJ a personal civil de las EMSP ya que se violaría los derechos civiles de dichos individuos.

Por todo lo señalado, este instrumento resulta insuficiente para investigar y procesar violaciones al DIH, derechos humanos y DPI por parte del personal de las EMSP, los cuales, en su mayoría, son personal civil y no cumplen una función militar.

3.1.3 *Alien tort Claims Act of 1789*

El *Alien Tort Claims Act* – ATCA (ley de reclamación por agravios contra extranjeros) es una ley civil que dota de jurisdicción a los tribunales de los EE.UU cuando se

²⁷⁵ CORTE IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, §272. También véase: CORTE IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999, §128; CORTE IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, §272 y 275.

²⁷⁶ Véase: TEDH. Caso Abdullan Öcalan vs. Turquía, N° 46221/99. Sentencia del 12 de mayo de 2005, §115-118. Para mayor información: SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Idehpucp, 2012, pp.152 – ss. GUTIÉRREZ, Juan Carlos y Silvano CANTÚ. La restricción a la Jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, Revista internacional de derechos humanos SUR, N° 13, diciembre 2010.

comete una violación de “la ley de las naciones”²⁷⁷ o tratado firmado por los EE.UU. Fue creada en 1789 para proteger legalmente a los embajadores extranjeros que residían en Estados Unidos y para permitir denuncias contra piratas que viajaban a distintos países para evadir su juzgamiento²⁷⁸.

El párrafo 1350 señala lo siguiente: “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”.

Del enunciado anterior se pueden deducir tres requisitos necesarios los cuales serían (i) la denuncia debe ser hecha por un extranjero, (ii) debe tratarse de un agravio que acarree responsabilidad extracontractual (*tort*) y (iii) dicho agravio debe ser una violación a la ley de las naciones o de un tratado en el que EE.UU. sea parte. En ese entendido es que extranjeros han demandado graves violaciones a los derechos humanos en tribunales estadounidenses. A modo de ejemplo se puede citar el caso *Filártiga v. Peña Irala*²⁷⁹, en el que un padre paraguayo y su hija demandaron a un policía paraguayo en base al ATCA por la tortura y muerte de su hijo y hermano durante la dictadura del General Stroessner (cuando los tres vivían en los EE.UU). La corte de apelaciones declaró que sí tenían jurisdicción sobre el caso debido a que los

²⁷⁷ La “ley de las naciones” puede entenderse como los principios y estándares internacionales establecidos por Naciones Unidas y las fuentes del Derecho internacional establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dichas fuentes son: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Ver sección 1.4 *supra* del presente capítulo.

²⁷⁸ ALLEN & OVERY. The Alien Tort Claims Act of 1789, *Advocates for international Development*, 16th October 2008, p.3. Consulta; 20 de mayo de 2014. [en línea] <<http://a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>>

²⁷⁹ US COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT. *Dolly M.E. Filártiga and Joel Filártiga, Plaintiffs-Appellants, v. Americo Norberto Peña-Irala, Defendant-Appellee*, N° 191, 630 F. 2d 876; 1980 U.S. App. LEXIS 16111, June 30, 1980.

actos denunciados eran prohibidos por el Derecho internacional. Finalmente la familia Filártiga ganó el caso por una suma de \$10,4 millones.

Por tanto, esta ley podría ser una solución para aquellos que buscan una reparación civil por daños y perjuicios causados por EMSP. A modo de ejemplo se puede citar el caso *Al Shimari v. CACI International Inc*²⁸⁰. En ese caso, el Centro de Derechos Constitucionales (*Center for Constitutional Rights –CCR*) demandó a la EMSP CACI, en representación de cuatro hombres iraquíes, por el delito de tortura cometido en la prisión de Abu Ghraib. Sin embargo, en primera instancia, la Corte Distrital de Virginia desestimó la aplicación del ATCA en aplicación del caso *Kiobel v. Shell/Royal Dutch Petroleum* en donde se señala lo siguiente: "(...) *even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application*²⁸¹". Es decir, el caso señala la existencia de una presunción en contra de la aplicación del ATCA, presunción que solo puede ser desestimada si el reclamo es lo suficientemente fuerte y se enmarca dentro del territorio de los Estados Unidos.

Por ello, la Corte Distrital decidió que no podía aplicar el ATCA ya que los hechos ocurrieron exclusivamente en territorio Iraquí (territorio extranjero) y no en territorio estadounidense, a pesar que Estados Unidos ejercía total jurisdicción sobre dicha prisión y que las investigaciones militares de Estados Unidos concluyeron que

²⁸⁰ US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. Suhail Najim Abdullah Al Shimari, et al, Plaintiffs, v. CACI International, Inc. et al, Defendants. Case N° 1:08-cv-827 (GBL/JFA).

²⁸¹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Kiobel*, individually and on behalf of her late husband *Kiobel*, et al. v. *Royal Dutch Petroleum CO.*, Case N° 10- 1491, April 17th 2013, p.14.

efectivamente el personal de la EMSP CACI había participado en la comisión de abusos contra los detenidos de Abu Ghraib.

(...) the Court holds that it lacks ATS jurisdiction over Plaintiffs' claims because the acts giving rise to their tort claims occurred exclusively in Iraq, a foreign sovereign. As the Court held in *Kiobel*, the presumption against extraterritorial application applies to the ATS. Here, because Plaintiffs complain of injuries sustained on foreign soil, the Court cannot apply the ATS extraterritorially to extend jurisdiction over Plaintiffs' claims. *Kiobel* precludes such a result. Therefore, Plaintiffs' claims under the ATS are dismissed for want of jurisdiction.²⁸²

En ese sentido, dicha sentencia causó polémica ya que por un lado, había quienes aseguraban que este límite era necesario ya que EE.UU. no podía convertirse en una corte en donde un extranjero denunciara actos no cometidos en EE.UU. contra otro extranjero²⁸³. Otros señalaban que era un atraso para la protección de los derechos humanos ya que a pesar de haber probado que EE.UU. ejercía jurisdicción sobre la prisión, no habría un pronunciamiento acerca de las violaciones a derechos humanos ocurridas en dicha prisión por localizarse fuera del territorio estadounidense²⁸⁴.

²⁸² US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. *Suhail Najim Abdullah Al Shimari, et al, Plaintiffs, v. CACI International, Inc. et al, Defendants*. Case N° 1:08-cv-827 (GBL/JFA), 26 de junio de 2013, p.1. (Subrayado propio)

²⁸³ GREEN, Adam. *Kiobel v. Shell: the limits of ATC Act*, Blog Beyond BRICS, 18 de Abril de 2013, 1:43pm. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <<http://blogs.ft.com/beyond-brics/2013/04/18/kiobel-v-shell-the-limits-of-atc-act/>>; POSNER, Eric. *The United States can't be the World's Courthouse*, Slate Web Magazine, 24 de abril de 2014. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2013/04/the_supreme_court_and_the_alien_tort_statute_ending_human_rights_suits.html>

²⁸⁴ NELSON, Susan, SPAZIANO, Jennifer. *US Supreme Court Greatly restricts scope of Alien Tort Claims; Holds Statute Does not apply Extraterritorially*, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, 23 de Abril de 2013. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <<https://www.skadden.com/insights/us-supreme-court-bars-extraterritorial-application-alien-tort-statute-rejects-claims-allege>>; METLISKY, Anton. *What's left of the Alien Tort Statute?*, SCOTUS blog, 18 de abril de 2013. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <<http://www.scotusblog.com/2013/04/commentary-whats-left-of-the-alien-tort-statute/>>

No obstante, el 30 de junio de 2014, la cuarta Sala de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que sí era posible utilizar el ATCA. En dicha apelación se señala que el confuso lenguaje de Kiobel (“*touch and concern*”) no debía impedir su análisis ya que la Corte Suprema sí establece lineamientos a utilizar respecto el ATCA ante la existencia de vínculos sustanciales con el territorio de los Estados Unidos.

Although the “touch and concern” language in Kiobel may be explained in greater detail in future Supreme Court decisions, we conclude that this language provides current guidance to federal courts when ATS claims involve substantial ties to United States territory. We have such a case before us now, and we cannot decline to consider the Supreme Court’s guidance simply because it does not state a precise formula for our analysis²⁸⁵.

Asimismo distingue el caso Kiobel del caso Al Shimari ya que encuentra que en este último, los vínculos con el territorio sí rompen la presunción establecida en Kiobel. La Corte de Apelaciones basa su decisión en los siguientes hechos: (1) CACI es una corporación estadounidense; (2) el personal de CACI tiene la nacionalidad estadounidense; (3) está probado que dicho personal fue contratado para realizar interrogaciones en Irak bajo las órdenes del Departamento del interior; (4) existen acusaciones contra el gerente de CACI por ordenar la tortura y el encubrimiento de dicho actos y (5) el deseo del Congreso de permitir, mediante la ley de protección a las víctimas del tráfico humano (Trafficking Victims Protection Act – TVPA), que los extranjeros tengan acceso a las cortes estadounidenses contra ciudadanos estadounidenses que han cometido actos de tortura en el extranjero.

We conclude that the plaintiffs’ ATS claims ‘touch and concern’ the territory of the United States with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial

²⁸⁵ US. FOURTH CIRCUIT COURT OF APPEALS. Suhail Najim Abdullah Al Shimari, et al, Plaintiffs, v. CACI International, Inc. et al, Defendants. Case N° 13-1937, 30 de julio de 2014, pp.27-ss.

application based on: (1) CACI's status as a United States corporation; (2) the United States citizenship of CACI's employees, upon whose conduct the ATS claims are based; (3) the facts in the record showing that CACI's contract to perform interrogation services in Iraq was issued in the United States by the United States Department of the Interior, and that the contract required CACI's employees to obtain security clearances from the United States Department of Defense; (4) the allegations that CACI's managers in the United States gave tacit approval to the acts of torture committed by CACI employees at the Abu Ghraib prison, attempted to "cover up" the misconduct, and "implicitly, if not expressly, encouraged" it; and (5) the expressed intent of Congress, through enactment of the TVPA and 18 U.S.C. § 2340A, to provide aliens access to United States courts and to hold citizens of the United States accountable for acts of torture committed abroad. Accordingly, we hold that the district court erred in concluding that it lacked subject matter jurisdiction under the ATS, and we vacate the district court's judgment dismissing the plaintiffs' ATS claims on that basis²⁸⁶.

Sin duda, esta decisión ha cambiado el panorama y representa un importante avance en la atribución de responsabilidad para el personal de las EMSP. No obstante, habrá que esperar cuál es el resultado de este caso (el cual a sido remitido nuevamente a primera instancia) y de la decisión que se tome en el caso *Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI)* –mencionado en el primer capítulo- para definir cuál es el futuro del ATCA.

3.2 Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

El Reino Unido, a diferencia de muchos Estados europeos, es un Estado en el cual ha surgido el interés de estudiar y regular las actividades de las EMSP. Probablemente la razón sea que, al igual que en EE.UU., Reino Unido es Estado sede de muchas EMSP²⁸⁷, o quizá se deba a que el gobierno de Reino Unido ha mostrado

²⁸⁶ Ídem., pp.32 - ss.

²⁸⁷ Aegis Defence Services Ltd, 3E Group, 3rg Associates Ltd, A2RM Ltd, Actus International Security Limited, Acuitas, AH Risk Management Ltd, Aid Training & Operations Ltd, Allmode Limited, Alsec

preocupación ante la renuncia o permisos que miembros altamente entrenados de sus fuerzas armadas pedían para ser parte del personal de EMSP en Irak²⁸⁸.

3.2.1. “Green Paper” – Libro Verde, Compañías Militares Privadas: Opciones para su regulación

El *Green Paper– Private military companies: Options for regulations*²⁸⁹ es un documento en donde se establecen diversas opciones para regular a las EMSP. Es producto de una solicitud del Comité de Relaciones Exteriores de la Cámara de los Comunes luego del reporte del Comité de investigación sobre las actividades de la EMSP *Sandline International* en Sierra Leona²⁹⁰.

Las distintas opciones que se proponen para su regulación interna son: (i) Prohibir a las EMSP del Reino Unido la realización de actividades militares en el extranjero; (ii) prohibir la contratación para fines militares en el extranjero; (iii) establecer un sistema de concesión de licencias para actividades militares; (iv) establecer un sistema de registro y de notificaciones; (v) establecer una licencia general con estándares

Marine Security Ltd, Altor Risk Group, Ambrey Risk Ltd, Annubis Associates Limited, Argonaut Security Ltd, etc. Para mayor información: ICoC. The International Code of Conduct for Private Security Service Providers Signatory Companies, Complete List as of 1 August 2013. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] < http://www.icoc-psp.org/uploads/Signatory_Companies_-_September_2013_-_Composite_List.pdf>

²⁸⁸ FALLAH, Katherine. Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict, en IRRIC, Vol.88, N°863, Cambridge University Press, September 2006, pp.599-611; FISK, Robert y Severin CARRELL. Britain’s secret army in Iraq: thousands of armed security men who answer to nobody, Independent (UK), 28 March 2004. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <http://www.sandline.com/hotlinks/Independent-Secret_army.html>

²⁸⁹ Foreign and Commonwealth Office. Private Military Companies: Options for Regulation 2001-02, HC 577, Ordered by the House of Commons, London, 12th February 2002.

²⁹⁰ El Comité concluyó que *Sandline International* fue la responsable de la entrega de armas al presidente Kabbah en Sierra Leona, en contravención a las disposiciones del Reino Unido y del embargo de armas de Naciones Unidas. Para mayor información véase: FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE. Ninth Report on Private Military Companies, HC 922, London, 23rd July 2002.

mínimos para las EMSP y/o (vi) la autorregulación a través de un código de conducta voluntario.²⁹¹

El *Green Paper* concluye que el crecimiento de la industria de las EMSP no es un fenómeno pasajero y que la contratación de estas empresas genera preguntas importantes sobre atribución de responsabilidad, en el ámbito nacional e internacional, respecto a las actividades de estas compañías. Además, recomienda que el gobierno desarrolle un proyecto de Convención para regular las actividades de las EMSP²⁹². No obstante, el 16 de setiembre del año 2010, el gobierno emitió un comunicado en el que rechaza todas las opciones reguladoras propuestas en el *Green Paper* pero se compromete a impulsar estándares para la industria privada. Por ello, las autoridades británicas han participado activamente en el desarrollo de iniciativas privadas como el Código de Conducta, dejando de lado la regulación interna²⁹³.

En suma, el enfoque británico está orientado a la autorregulación, a diferencia del estadounidense, en el cual se intenta regular, aún sin resultados tangibles, las actividades de las EMSP.

²⁹¹ FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE. Private Military Companies: Options for Regulation 2001-02, HC 577, Ordered by the House of Commons, London, 12th February 2002, §. 70 - 76. De la conducta del Reino Unido, se puede inferir que se ha optado por una autorregulación a través del Código de conducta estudiado en la sección 1.2 del presente capítulo.

²⁹² FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE. Ninth Report on Private Military Companies, HC 922, London, 23rd July 2002.

²⁹³ LABORIE, Mario. *Ob. cit.*, p.203.

3.3. República del Perú

Desde hace algunos años, empresas de seguridad privada como Securitas²⁹⁴ se han proliferado en el país debido a la creciente inseguridad ciudadana²⁹⁵. El Perú adoptó la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios el 04 de diciembre de 1989²⁹⁶; sin embargo, como se explicó en el primer capítulo, dicho tratado no regula las actividades de las EMSP. Es así que en el 2011 se promulgó la Ley 28879²⁹⁷ y su respectivo reglamento, con la cual se busca *“regular tanto a las personas naturales y jurídicas públicas o privadas, que presten servicios de seguridad privada a terceros y aquellas personas jurídicas públicas o privadas que organizan servicios internos por cuenta propia dentro de su organización empresarial; y las actividades inherentes a dicha prestación u organización”*²⁹⁸.

Además, se definen los servicios de seguridad privada como aquellos destinados a:

(...) cautelar y proteger la vida e integridad física de las personas, así como dar seguridad a patrimonios de personas naturales o jurídicas; realizadas por personas naturales o jurídicas bajo alguna de las modalidades normadas en la presente Ley y debidamente autorizadas y registradas ante la autoridad competente²⁹⁹.

²⁹⁴ SECURITAS. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <<http://www.securitas.com/pe/es-pe/>>

²⁹⁵ DAMMERT, Lucía. Seguridad Privada: ¿Respuestas a las necesidades de seguridad pública en conglomerados urbanos?, Secretaría de Seguridad Multidimensional del Departamento de Seguridad Pública de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Marzo 2008. Consulta: 20 de mayo de 2014. [en línea] <<http://www.oas.org/dsp/documentos/Publicaciones/Seg%20Privada-%20Resp%20a%20la%20nec%20d%20Seg%20Pub%20n%20Conglo%20Urbanos.pdf>>

²⁹⁶ Sin embargo, el instrumento de adhesión fue recién depositado el 23 de marzo de 2007, entró en vigor el 22 de abril del 2007 y fue publicado el 25 de julio del mismo año.

²⁹⁷ Ley 28879, Ley de servicios de seguridad privada, publicada el 30 de marzo de 2011.

²⁹⁸ Artículo 1 de la Ley 28879.

²⁹⁹ Artículo 4 de la Ley 28879.

Si bien es cierto, tanto la ley como el reglamento intentan regular los servicios de seguridad dentro del territorio peruano, precisando las modalidades bajo las cuales se desarrollan los servicios de seguridad³⁰⁰, los tipos de vehículos autorizados, la obligación de celebrar contratos de trabajo y seguros de salud; ambas solo listan obligaciones administrativas, abriendo paso a varios vacíos. Por ejemplo, dentro de las obligaciones para las empresas privadas no hay una sola disposición de respetar las normas de derechos humanos³⁰¹. Además, no hay regulación sobre la atribución de responsabilidad penal del personal que cometa violaciones a los derechos humanos ya que solo se contemplan sanciones de carácter administrativo³⁰².

Asimismo, se establecen una serie de prohibiciones como el contratar, capacitar, entrenar y adiestrar mercenarios, el espionaje, entre otros. No obstante establece una prohibición muy importante y es que prohíbe a las empresas de seguridad a desempeñar funciones que competan exclusivamente a las fuerzas armadas o a la policía nacional del Perú³⁰³, es decir tácitamente se prohíbe a estas empresas que brinden servicios de índole militar. Sin embargo, no hay un listado ni explicación de lo que debe entenderse por funciones de competencia exclusiva de las fuerzas armadas o policía.

³⁰⁰ Prestación de servicio de vigilancia privada, de protección personal, de transporte de dinero y valores, se protección por cuenta propia, de servicios individuales de seguridad personal y patrimonial, de servicios de tecnología de seguridad y de servicios de consultoría y asesoría en temas de seguridad privada.

³⁰¹ En el artículo 60 del Reglamento (D.S.003-2011-IN) se establece en el literal j que está prohibido desarrollar toda actividad violatoria de los derechos de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú. Sin embargo, dicha disposición podría ser inconstitucional ya que agrega una prohibición no establecida en la ley. Además, es una prohibición de realizar violaciones a la Constitución por lo que sigue sin existir una obligación de respetar, de manera específica, los derechos humanos.

³⁰² En el artículo 93 del reglamento se establecen sanciones administrativas para aquel que incumpla la ley y el reglamento.

³⁰³ Artículo 24.c de la Ley 28879, Ley de servicios de seguridad privada, 30 de marzo de 2011.

Por ende, si bien existe legislación nacional que intenta regular solo los servicios de seguridad, esta legislación es insuficiente y es necesario que se desarrolle para prevenir violaciones a los derechos humanos.

4. ¿AUTORREGULACIÓN? CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LAS PROPIAS EMPRESAS

La autorregulación de las EMSP surgió como una iniciativa voluntaria de las empresas ya que en la industria de las EMSP la reputación e imagen son de gran importancia en un mundo en donde los medios de comunicación tienen gran influencia y llegada a millones de potenciales clientes. Por tanto, no es raro que algunas empresas, de manera individual o grupal, hayan adoptado reglamentos internos, códigos de ética, códigos de conducta o principios voluntarios³⁰⁴.

Existen ejemplos de agrupaciones de EMSP que se rigen por un mismo código a nivel nacional, regional e internacional³⁰⁵. En ese sentido, un ejemplo de asociación de EMSP a nivel nacional es la Asociación británica de compañías privadas de seguridad (*British Association of Private Security Companies – BAPSC*), la cual es una asociación de EMSP en el Reino Unido, constituida bajo la recomendación del *Green Paper*, y cuyo objetivo es promover oportunidades comerciales solo para aquellas empresas que cumplan con la ley, excluyendo a aquellas que no lo hacen y que carecen de buena reputación³⁰⁶. A nivel regional, en la UE, los representantes de la Confederación europea de servicios de seguridad (*Confederation of European Security Services – CoESS*) y de la Federación sindical Uni-Europa (*Trade Union*

³⁰⁴ HOPPE, Carsten y Ottavio QUIRICO. “Codes of Conduct for Private Military and Security Companies, the State of Self-regulation in the Industry”. En: FRANCIOSI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.363.

³⁰⁵ NINDLER, Reinmar. *PMCs und internationaler Menschenrechtsschutz – Die Bindung privater Militärunternehmen an Menschenrechte*, Graz, Junio 2012, p.109.

³⁰⁶ Ídem., p. 365; BAPSC. Information about BAPSC. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014. <<http://www.bapsc.org.uk/about-us.html>>

Federation Uni-Europa) publicaron un código conjunto en donde buscan homogenizar los principios que deben seguir las EMSP³⁰⁷. Por último, a nivel internacional existe la Asociación internacional de Operaciones de estabilidad (*International Stability Operations Association – IPOA*) la cual no es exclusivamente para las EMSP sino que abarca otras actividades como a las empresas que se encargan de realizar entregas de ayuda humanitaria, construcción de casas post conflicto, el fortalecimiento de la gobernabilidad, entre otras actividades relacionadas. Publicó un código de conducta el 1 de abril de 2011 y es miembro observador del Código de Conducta Internacional para los proveedores de servicios de seguridad de la Asociación³⁰⁸.

Por otro lado, un ejemplo de autorregulación individual es el Código de Valores y Ética de la empresa Securitas, empresa que opera en Perú. Dicho código menciona los valores bajo los cuales se rigen, entre los cuales se incluye la integridad, eficacia y servicio. Además, se comprometen a cumplir con las leyes y reglamentos nacionales y a respetar a sus empleados remunerándolos de manera justa con un horario de trabajo razonable. También cuenta con una única disposición sobre los derechos humanos, afirmando su apoyo y respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo su responsabilidad de promover y cumplir esos derechos³⁰⁹. Como se deduce, el compromiso reseñado

³⁰⁷ CoESS. CoESS and UNI Europa sign Code of Conduct and Ethics for the private security sector, News and press. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014. <<http://www.coess.eu/?CategoryID=200&ArticleID=226&SearchParam=%3Ccode+conducct%3E>>; CoESS. Code of conduct and ethics for the private security sector. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014.

<http://www.coess.eu/_Uploads/dbsAttachedFiles/Code_of_Conduct_and_Ethics_EN.pdf>

³⁰⁸ ISOA. ISOA Code of Conduct. [en línea] Consulta: 13 de setiembre de 2014. <http://c.ymcdn.com/sites/www.stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf>; ISOA. ISOA Granted Observer Status with the ICoCA, 30 de Julio de 2014. [en línea] Consulta: 13 de setiembre de 2014. <<http://www.stability-operations.org/news/184275/ISOA-Granted-Observer-Status-with-the-ICoCA.htm>>

³⁰⁹ SECURITAS. Código de Valores y Ética. Numeral 5.

en ese código es insuficiente para la prevención de violaciones del DIH, derechos humanos y DPI.

En realidad, como puede deducirse del análisis del código anterior, la mayor parte de disposiciones de estos códigos de conducta se relacionan a principios éticos, elementos de competitividad, pautas de calidad, entre otras cosas. Si bien es ciertos algunos códigos son más exhaustivos que otros ya que mencionan que deben cumplir con la Declaración Universal de Derechos humanos, los Convenios de Ginebra de 1949 y demás convenciones concernientes al respeto de los derechos humanos³¹⁰, no contienen mecanismos de control y sanción. Esta falta de mecanismos es preocupante ya que debilita la eficacia de la autorregulación.

Por otro lado, en el caso en que el código de conducta se prohíba las violaciones al DIH y a los derechos humanos, si la legislación nacional no regula dichas situaciones, entonces dicho código es inaplicable a nivel nacional.

En ese sentido, el Grupo de Trabajo sobre mercenarios considera que debido a la peligrosidad de los servicios militares y de seguridad, las EMSP han de ser reguladas por instrumentos internacionales y no simplemente por la propia industria.

(...) los servicios prestados por las EMSP no deberían considerarse productos comerciales normales que puedan reglamentarse por medio de iniciativas de autorregulación. Los servicios que prestan las EMSP son sumamente específicos y peligrosos y conllevan el comercio con una amplia gama de servicios militares y de

³¹⁰ Por ejemplo, el Código de conducta de ISOA contiene dichas disposiciones en su preámbulo.

seguridad que exigen la formulación de normas y mecanismo de supervisión internacionales³¹¹.

En suma, a pesar del intento de la propia industria de regular sus actividades, se considera que la autorregulación no es la solución más adecuada para regular a las EMSP principalmente por dos razones. Primero, se considera que el que, de manera individual o grupal, las EMSP adopten un código, genera fragmentación en el sentido de que da pie a la existencia de varios cuerpos de principios voluntarios que no necesariamente son uniformes. Segundo, si bien es cierto las EMSP son los actores que conocen mejor los riesgos y el manejo de la propia industria ya que son ellos los que actúan en el terreno; las EMSP no son los únicos actores involucrados ya que el Estado también cumple un rol, ya sea contratándolas, permitiendo su ingreso a su territorio u otorgando las licencias de funcionamiento. En ese sentido es necesario tener en cuenta que el Documento de Montreux es producto tanto de los Estados como de las EMSP con lo cual se prueba la utilidad y necesidad de que todos los actores involucrados trabajen en el tema. Por ello, la regulación a dicho sector de la industria no solo debe de provenir las EMSP (autorregulación) sino de todos los actores involucrados.

5. AVANCES IDENTIFICADOS Y OBSTÁCULOS: ¿EXISTEN ZONAS GRISES?

A nivel internacional, los tres documentos analizados reflejan el objetivo común de mejorar la regulación, la responsabilidad y la transparencia de las EMSP. Por tanto, tanto el Documento de Montreux y el Código de Conducta representan grandes avances para la correcta regulación del sector. De igual manera, intentan definir a las

³¹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución A/HRC/18/32, 4 de julio de 2011; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/65/325 (2010), §37.

EMSP, con ciertas diferencias como las ya analizadas en el primer capítulo, lo cual es un aspecto positivo ya que se acepta como un fenómeno nuevo y diferente al del mercenarismo.

Sin embargo, ninguna de esas iniciativas es vinculante y por tanto no generan responsabilidad internacional ante su incumplimiento para los Estados, con lo cual hay una menor probabilidad de que sean adoptados y cumplidos. El código de conducta es una guía ética sobre derechos humanos pero no hay atribución de responsabilidad si se deja de cumplir, aunque la creación de la Asociación es un paso más hacia la adecuada regulación de las EMSP. No obstante, el sistema del Código de Conducta –y por tanto de la Asociación – es voluntarista por lo que habría que esperar que la propia industria decida utilizar dichos mecanismos. Asimismo, el Proyecto de Convención sobre EMSP propone varias respuestas a aquellas situaciones complicadas en la actualidad como por ejemplo, la definición de funciones inherentes al Estado, la prohibición de la participación directa en las hostilidades por parte de las EMSP, entre otras disposiciones que, aunque puedan parecer exhaustivas, son necesarias. Empero, se trata de un proyecto de convención con un largo camino por recorrer para ser adoptado.

A nivel regional, si bien es cierto existe interés por estudiar más a fondo a las EMSP y cierta preocupación en la consecuencia de su actuación, no existe instrumento jurídico alguno que regule a las EMSP y al parecer, tampoco hay voluntad política de querer regularlas.

En cuanto al ámbito nacional, los Estados analizados en esta investigación no han desarrollado de manera específica una adecuada regulación para las EMSP. Ninguna de las legislaciones estudiadas se puede colocar como ejemplo a ser adoptada por los demás Estados ya que no son del todo eficaces y resultan insuficientes. Para que los Estados puedan prevenir las violaciones del DIH y de los derechos humanos deben tomar medidas legislativas y de otro tipo; asumir la responsabilidad de asegurar que las EMSP respondan por las violaciones de los derechos humanos para así proteger a sus nacionales y, en caso de violaciones, deben de enjuiciar a los culpables, brindando a las víctimas remedios efectivos así como reparaciones³¹².

Finalmente, luego del análisis realizado a los instrumentos jurídicos existentes, se considera que no hay, a ningún nivel, un cuerpo normativo vinculante que regule de manera específica a las EMSP. Por ahora, solo el Derecho internacional consuetudinario contiene normas (como por ejemplo normas de DIH y de derechos humanos) que deben de ser cumplidas por las EMSP y su personal. Por tanto, se considera que la regulación a las EMSP es insuficiente, siendo el mayor problema la falta de mecanismos para hacer efectivas las obligaciones de dicho personal y de las EMSP cuando se cometen violaciones. En el capítulo siguiente se analizará si todas las leyes y normas ya existentes contenidas en tratados y en el Derecho internacional consuetudinario bastan para atribuir responsabilidad al personal y a las EMSP cuando se cometen violaciones al DIH, derechos humanos y DPI o si de lo contrario, resulta necesaria una convención internacional.

³¹² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución A/66/317, 22 de agosto de 2011 y ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/65/325 (2010), §48.

CAPÍTULO III

LA INSUFICIENTE RESPUESTA DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES ANTE VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

“War is not polite recreation but the vilest thing in life, and we ought to understand that and not play at war”. Leo Tolstoy³¹³

A lo largo del capítulo I y II, se ha retratado a las EMSP como actores importantes, así como la regulación general en la que se enmarcan. Además, se ha analizado en diversos niveles –internacional, regional y nacional – las distintas disposiciones que se aplican a su actuación, ya que, aunque no existan normas específicas en el DIH ni en el Derecho internacional de los derechos humanos que las regulen, ello no implica que actúan en un vacío legal.

No obstante, al estudiarse algunas situaciones en las que se han cometido violaciones al DIH, derechos humanos y DPI por parte de las EMSP, como los casos mencionados en Abu Ghraib y los cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, se ha podido comprobar la dificultad que representa la atribución de responsabilidad ya que al parecer, nadie asume responsabilidad ante dichas violaciones. ¿Quién debe entonces asumir la responsabilidad?, ¿Acaso el Estado, la EMSP como persona legal o los individuos? Estas preguntas representan, en la actualidad, un reto para el DIH y para el Derecho internacional.

En el año 2013, la presidencia del Consejo de Seguridad señaló, respecto a la protección de civiles, lo siguiente: *“El Consejo de Seguridad reconoce que los Estados tienen la responsabilidad primordial de proteger a los civiles y respetar y garantizar*

³¹³ TOLSTOY, Leo. *War and Peace*, Toronto: Random House, 2002, p. 886.

*los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, según lo estipulado por las normas pertinentes del derecho internacional*³¹⁴. En efecto, los Estados son los que tienen la principal responsabilidad de proteger a los civiles y a las víctimas en los contextos de conflictos armados, no solo por ser aún los principales actores en el sistema internacional sino que además son éstos los que han negociado y firmado los Convenios de Ginebra de 1949, en cuyo artículo 1 se señala que: *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias*³¹⁵.

Por lo anterior, se puede decir que la responsabilidad de respetar y hacer respetar corresponde primordialmente a los Estados. Sin embargo, esta visión es, como señala Thürer, una visión convencional en la cual el Estado es el sujeto principal del Derecho internacional³¹⁶ y por tanto la responsabilidad sería solo de los Estados. No obstante esta aproximación tiene varias desventajas ya que pueden existir contextos en los cuales el Estado no quiera o no pueda hacer respetar el DIH. Como se analizó en el segundo capítulo, la gran mayoría de los Estados no ha regulado el tema a nivel nacional, y los pocos que tienen disposiciones al respecto, no lo han hecho de manera adecuada.

³¹⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD. Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, S/PRST/2013/2, Security Council 6917^a, 12 de febrero de 2013. [en línea] Consulta: 14 de Agosto de 2014. En: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/PRST/2013/2>>

³¹⁵ Dicha disposición se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los cuales tienen como estados parte a los 193 estados miembros de Naciones Unidas, a la Santa Sede, las Islas Cook y Palestina. Para mayor información ver: ICRC. States Party to the following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 13 August 2014. [en línea] Consulta: 15 de Agosto de 2014. En: <<http://www.icrc.org/ihl>>

³¹⁶ THÜRER, Daniel (b). *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*. La Haya: Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2011, p.286.

Es por ello que se considera que la respuesta respecto a la atribución de responsabilidades debe enfocarse no en un solo actor, sino que se debe considerar la coexistencia de responsabilidades múltiples a distintos niveles. De esa manera, no solo debe evaluarse la responsabilidad del Estado sino también de otros actores no estatales como las mismas EMSP como personas jurídicas³¹⁷ y al propio personal de las EMSP como individuos. Por ello, en el presente capítulo se estudiará la posibilidad de atribución de responsabilidad para los Estados (sean contratantes, territoriales o de origen³¹⁸), los individuos, y para la EMSP como persona jurídica.

I. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PARA LOS ESTADOS

El tema de la responsabilidad internacional de los Estados ha sido un tema estudiado desde los inicios de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) por su importancia en las relaciones entre Estados. En 1949, en su primer período de sesiones, la CDI eligió dicho tema para ser codificado y en respuesta, en 1953, la Asamblea General le pidió a la CDI que procediera con dicho estudio, mediante la resolución 799 (VIII). Es así que en 1955, la CDI inició el estudio y nombró a F.V. García Amador como Relator especial del tema siendo su sucesor Roberto Ago, quien además de presentar ocho informes, presentó un plan general para el proyecto en 1975³¹⁹. Tras años de estudio³²⁰, en 1996, la CDI decidió transmitir el proyecto de artículos a los Estados para recibir sus comentarios y observaciones. En el año 2001, siendo James Crawford el

³¹⁷ CLAPHAM, Andrew (b). "Extending international criminal Law beyond the individual to corporations and Armed opposition groups", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, Nº5, 2008.

³¹⁸ Utilizando la terminología del Documento de Montreux por la cual se entiende al Estado contratante como aquel que contrata los servicios de una EMSP, Estado territorial aquel Estado en el que opera la EMSP y Estado de origen a aquel Estado cuya nacionalidad ostenta la EMSP.

³¹⁹ CDI (a). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975, Documentos del vigésimo séptimo período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General, Vol. II, Nueva York, 1976, pp.60-64, A/100/Rev.1, §38-51.

³²⁰ En 1979 el Relator especial fue Willem Riphagen siendo sucedido por Gaetano Arangio-Ruiz en 1987. Este último terminó su mandato en 1997, año en el que James Crawford fue nombrado Relator Especial.

Relator especial, la CDI presentó a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante proyecto sobre la responsabilidad del Estado)³²¹.

El proyecto sobre la responsabilidad del Estado fue formulado vía codificación y desarrollo progresivo por lo que contiene normas básicas de Derecho internacional que ya formaban parte de la costumbre internacional. Se divide en cuatro partes: (i) el hecho internacionalmente ilícito; la cual trata de las condiciones que deben darse para que la responsabilidad internacional del Estado se produzca, (ii) el contenido de la responsabilidad internacional del Estado; en esta parte se determinan las consecuencias jurídicas para el Estado responsable, (iii) modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado, parte que se refiere a cuándo el Estado o los Estado pueden reaccionar ante un hecho internacionalmente ilícito y (iv) disposiciones generales.

De acuerdo con Crawford, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no es en sí una lista de normas que le señala a los Estados cómo comportarse, sino que se trata de un sistema que engloba a las normas que gobiernan la conducta de los Estados, la atribución de responsabilidad, disposiciones sobre violaciones y los remedios que existen para resarcir las violaciones que los Estados pueden cometer³²². En efecto, como la CDI expresa en sus comentarios, el proyecto sobre la responsabilidad internacional del Estado considera la existencia de una norma

³²¹ Dicha resolución fue aprobada por la Asamblea General mediante la Resolución A/RES/56/83 el 12 de diciembre de 2001.

³²² CRAWFORD, James, "The International Court of Justice and the Law of State Responsibility". En: TAMS Christian J. y James SLOAN (editores.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 71-86.

primaria que le impone una obligación a un Estado³²³, y cuya violación y atribución de la misma al Estado produce el hecho internacionalmente ilícito.

Asimismo, este proyecto de responsabilidad del Estado se basa en tres principios generales que deben darse para que se produzca la responsabilidad del Estado, los cuales se detallan a continuación:

- a) El hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional

De acuerdo con este principio, siempre que se produzca un hecho ilícito atribuible a un Estado, éste será sujeto de responsabilidad internacional. Este principio ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional. A modo de ejemplo se puede citar el Asunto de los Fosfatos de Marruecos de 1938, en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito contra otro Estado, la responsabilidad internacional surge “directamente entre los dos Estados”³²⁴. De la misma manera, el principio se confirma en el caso relativo al Estrecho de Corfú de 1949³²⁵; en el asunto relativo a las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua³²⁶; en el caso Gabčíkovo-Nagymaros³²⁷; en las Opiniones Consultivas sobre la Reparación por los Daños

³²³ CDI (b). Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Suplemento Nº 10 (A/56/10), Nueva York, 2001, Capítulo IV: Responsabilidad de los Estados, p.39.

³²⁴ CPJI. Asunto concerniente a los Fosfatos de Marruecos, Objeciones preliminares, 1938, Series A/B, Nº 74, p.28.

³²⁵ En el caso concerniente al estrecho de Corfú, la CIJ concluye que Albania es responsable internacionalmente por las explosiones en aguas de Albania ya que las autoridades de Albania no hicieron nada para prevenir el desastre. En: CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania), Fondo, Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 23.

³²⁶ CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, § 283 y 292.

³²⁷ CIJ. Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia), Sentencia del 25 de setiembre de 1997, p. 149, §47.

Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas³²⁸, y sobre la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania³²⁹, entre otros casos y opiniones resueltos por la Corte Internacional de Justicia.

Este principio también ha sido aplicado en el caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, en el cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló que la violación del artículo 1.1 de la Convención Americana, de acuerdo a las reglas del Derecho internacional, al ser un hecho imputable al Estado, compromete su responsabilidad³³⁰. De la misma manera se puede citar el caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela, en donde la Corte IDH sostiene lo siguiente:

De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación³³¹.

Por tanto, como la CDI señaló, una vez que se comete el hecho internacionalmente ilícito, nacen nuevas relaciones jurídicas internacionales entre el Estado al que se le atribuye la violación de una obligación internacional y al Estado cuyo derecho resulta lesionado³³².

³²⁸ CIJ. Opinión Consultiva sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 11 de abril de 1949, p.184.

³²⁹ CIJ. Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, 30 de marzo de 1950, p.221.

³³⁰ CORTE IDH. Velásquez Rodríguez c. Honduras, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1998, § 164.

³³¹ CORTE IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2006, §116.

³³² CDI (b). *Ob. cit.*, p.46.

b) El hecho internacionalmente ilícito se compone de dos elementos

De acuerdo con el artículo 2 del proyecto de responsabilidad del Estado, el hecho ilícito está constituido por un elemento subjetivo el cual será el hecho atribuible al Estado en virtud del Derecho internacional, y un elemento objetivo el cual es la violación de una obligación jurídica internacional del Estado. Ambos elementos han sido tratados por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el ya mencionado asunto Fosfatos de Marruecos.

Asimismo, la CIJ se ha referido a ambos elementos en varias ocasiones como en el asunto del Personal diplomático y consular, en el cual señaló que para atribuir la responsabilidad internacional a Irán se tenían que cumplir con ambos elementos: *“First, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable.”*³³³

Como se desprende de la lectura del texto, el elemento subjetivo es señalado cuando la CIJ indica que se debe determinar si los hechos son atribuibles o no al Estado, y el elemento objetivo se refleja en el requerimiento de determinar qué obligaciones ha violado en virtud de los tratados vigentes o cualquier otra norma de Derecho internacional.

333 En primer lugar, se debe determinar en qué medida los hechos en cuestión pueden considerarse jurídicamente imputables al Estado iraní. En segundo lugar, debe considerarse si son compatibles o no con las obligaciones que incumben al Irán en virtud de los tratados vigentes o de cualquier otra norma de Derecho internacional aplicable. (Traducción propia) En: CIJ. Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, Sentencia del 24 de mayo de 1980, §56.

Además, cabe resaltar que el hecho internacionalmente ilícito puede consistir en acciones u omisiones, o la combinación de ambos. Sin embargo, cabe reflexionar sobre cómo atribuir responsabilidad al Estado, el cual es un ente organizado pero que no puede actuar por sí mismo. En ese sentido, la CDI explica que el “hecho del Estado” debe entenderse como una acción y omisión de un ser humano³³⁴. De igual forma, lo anterior había sido señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional: *“una acción u omisión de un ser humano o un grupo de seres humanos: Los Estados solo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes”*³³⁵. Por ello, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado exige que el comportamiento debe ser atribuible al Estado. Este tema se desarrolla a lo largo de la primera parte del proyecto de responsabilidad internacional del Estado cuando se menciona a los órganos y entidades cuyo comportamiento es atribuible al Estado.

- c) El hecho internacionalmente ilícito debe ser calificado como tal por el Derecho internacional

Este principio retratado en el artículo 3 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, implica que el hecho internacionalmente ilícito se rige solo por el Derecho internacional mas no por el Derecho interno de los Estados. Por tanto, si la conducta es lícita en el Derecho interno pero ilícita en el ámbito internacional, se producirá un hecho internacionalmente ilícito³³⁶.

³³⁴ CDI (b). *Ob. cit.*, p.52

³³⁵ CPJI. Asunto de los Colonos alemanes en Polonia, Opinión Consultiva del 10 de setiembre de 1923, Series B, N°6, p.22. : *“States can only act by and through their agents and representatives”*.

³³⁶ En ese sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 señala que una parte no puede invocar disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Ver: NOVAK, Fabián y Luis García CORROCHANO. *Derecho internacional Público*, Tomo II, Vol.1, Lima: Fondo editorial PUCP, 2005, pp.407-ss.

Respecto al tema, el juez Antonio Cançado Trindade, en su voto concurrente en el caso la última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros versus Chile), ha señalado lo siguiente:

De los hechos en este caso "La Última Tentación de Cristo" se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del *cas d'espèce*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido³³⁷.

En dicho caso se discute el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión pues en Chile se prohibió la exhibición de la película "La última Tentación de Cristo". A pesar que el Derecho interno chileno permitía la censura previa, dicha censura viola el artículo 13 de la Convención Americana por lo cual la Corte IDH declara que se ha generado responsabilidad internacional para el Estado³³⁸. Como se aprecia, tanto la Corte IDH como en el voto concurrente del juez Cançado Trindade se confirma la diferencia e independencia entre lo que constituye un ilícito en el plano del Derecho internacional y uno en el Derecho interno. Queda claro que a fin de determinar la responsabilidad internacional de los Estados solo se toma en cuenta el incumplimiento de la obligación internacional.

A continuación se analizarán los dos elementos de la responsabilidad internacional de los Estados y acto seguido se examinarán los artículos 4, 5, 7 y 8 del proyecto sobre responsabilidad del Estado para determinar si existe correspondencia o no entre los criterios de atribución de responsabilidad y la actuación de las EMSP,

³³⁷ CORTE IDH. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Voto del Juez Cançado Trindade, §14.

³³⁸ CORTE IDH. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, §72.

determinando en qué casos el Estado sería responsable por las violaciones cometidas por las EMSP. Asimismo, se explorará si se puede atribuir o no responsabilidad internacional al Estado a causa de su falta de debida diligencia respecto a las actuaciones de las EMSP.

1.1. Elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito

Como ya se señaló, para que exista responsabilidad del Estado es necesaria la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Para que este hecho se configure es necesaria la conjunción del elemento subjetivo y objetivo, los cuales se explican a continuación:

1.1.1. Elemento Subjetivo

En cuanto al elemento subjetivo, de acuerdo con el artículo 2 del proyecto sobre responsabilidad del Estado, el hecho puede consistir en una acción u omisión y ha de ser atribuible a un Estado. Respecto a la acción u omisión, la CDI señala que en principio no debe existir diferencia entre ambas ya que los casos en los que se ha invocado la omisión son igual de numerosos que aquellos que se basan en acciones³³⁹. En esa línea se puede citar el caso concerniente al estrecho de Corfú en el cual la CIJ concluye que Albania es responsable internacionalmente por las explosiones en aguas de Albania ya que las autoridades de Albania no hicieron nada para prevenir el desastre³⁴⁰.

³³⁹ CDI (b). *Ob. cit.*, p.51.

³⁴⁰ CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania), Fondo, Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 23.

Por otro lado, en teoría, el comportamiento de todos los seres humanos vinculados con el Estado por nacionalidad o residencia puede atribuirse al Estado³⁴¹. Sin embargo, el proyecto de responsabilidad internacional del Estado limita los escenarios, dejando de lado el comportamiento de las personas que actúan por cuenta propia y solo tomando en cuenta el comportamiento de los órganos o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o que hayan actuado como agentes del Estado³⁴². También se incluye el comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado sin ser un agente del Estado, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole, entre otros supuestos³⁴³.

1.1.2. Elemento Objetivo

En relación al elemento objetivo, se debe corroborar la existencia de una violación de una obligación internacional que esté contemplada en tratados, Derecho consuetudinario u otras fuentes del Derecho internacional. Como bien señala Cassese, el elemento objetivo está conformado por la inconsistencia entre la conducta cometida por el Estado y sus obligaciones internacionales, la existencia de un daño hacia otro sujeto y la ausencia de circunstancias que excluyan la ilicitud³⁴⁴.

Con respecto a la inconsistencia, a la cual se refiere Cassese, entre la conducta cometida por el Estado y la obligación internacional, la última ha de estar vigente en

³⁴¹ CDI (b). *Ob. cit.*, p.62.

³⁴² Esto ha quedado establecido en varios casos como el asunto Tellini de 1923 en el cual, el comité especial de juristas respondió, ante el incidente entre Italia y Grecia, que un Estado solo incurre en responsabilidad por un delito político si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y perseguir, detener y juzgar al delincuente. En: SOCIEDAD DE NACIONES. *Journal oficial*, 5º año, N°4, abril de 1924, p.524.

³⁴³ Para mayor información ver: BROWNLIE, Ian, "Responsibility for Acts of State Organs and Agents", *System of the Law of nations, State Responsibility, Part I*, Reimpreso, Nueva York: Oxford University Press, 2001, pp. 132-166.

³⁴⁴ CASSESE, Antonio (b). *International Law*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p.246.

el momento de la violación (principio de *tempus commissi delicti*) y la violación será por una acción u omisión, comportamiento que podrá ser instantáneo o continuado en el tiempo³⁴⁵.

En relación al daño causado, según Cassese, el daño material será aquel que perjudique de manera económica o patrimonial los intereses de un Estado o sus nacionales; mientras que el daño moral es aquél que daña el honor o dignidad del Estado. Sin embargo, R. Ago señala que el daño causado es inherente a la propia violación de la obligación internacional por lo que no habría necesidad de probar el daño moral o material causado³⁴⁶. En efecto, la CDI adoptó la misma posición de R. Ago, simplificando de ese modo el elemento objetivo. Por último, respeto al elemento objetivo se debe tomar en cuenta las distintas circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho internacionalmente ilícito, detalladas en el capítulo V de la primera sección del proyecto sobre responsabilidad del Estado³⁴⁷.

1.2. Atribución del comportamiento de las Empresas Militares y Privadas de Seguridad al Estado mediante el proyecto de artículos de responsabilidad del Estado

En el supuesto en el que el personal de las EMSP cometa violaciones al DIH y a los derechos humanos, como por ejemplo ataques contra civiles, actos de tortura (como los señalados en la prisión de Abu Ghraib), tratos crueles e inhumanos, entre otros; para que dicho comportamiento sea atribuible al Estado es necesario que la EMSP

³⁴⁵ Véase: NOVAK, Fabián y Luis García CORROCHANO. *Ob. cit.*, pp. 409-ss.

³⁴⁶ CASSESE, Antonio (b). *Ob. cit.*, p.252.

³⁴⁷ Las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho internacionalmente ilícito son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. Cf. *infra*, sección 1.4 del presente capítulo.

sea considerada como un órgano del Estado, una entidad facultada a ejercer atribuciones del poder público o que la EMSP se encuentre bajo la dirección o control del Estado.

Si bien es cierto, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado aún no es un tratado, muchas de las disposiciones contenidas en dicho proyecto forman parte del Derecho consuetudinario. En efecto, en las sentencias de la CIJ y de la Corte IDH se declara la generación de responsabilidad internacional cuando el Estado viola una obligación internacional. De igual manera, la norma 149 del estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario que realizó el CICR en el 2005, establece que el Estado es responsable de las violaciones del DIH que le son imputables, en particular: (a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas; (b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa; (c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y (d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que el Estado reconoce y acepta como comportamiento propio.

Por ello y con el fin de evaluar en qué casos las violaciones cometidas por el personal de las EMSP pueden ser atribuidas al Estado – ya sea contratante, territorial o de origen –, se analizarán los artículos 4, 5, 7 y 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

1.2.1. Artículo 4 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado

Artículo 4.- Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Este artículo establece la atribución de responsabilidad internacional al Estado por el comportamiento de sus órganos *de jure*. Acudiendo al método literal de interpretación y de acuerdo con la Real Academia Española, un órgano en términos legales significa "*persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado*"³⁴⁸.

Por otro lado, en los comentarios del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la CDI señala que el término "órgano del Estado" comprende a todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado³⁴⁹.

En esa línea es coherente atribuir el comportamiento de los órganos del Estado, que actúan en su capacidad oficial, al mismo Estado. Por ejemplo, en el caso *Moses* de 1874, la Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos estableció que el Estado es responsable por la conducta de sus propios órganos señalando lo

³⁴⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española: órgano. [en línea] Consulta: 9 de octubre de 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=%C3%B3rgano>>

³⁴⁹ CDI (b). *Ob. cit.*, p.68.

siguiente: “An officer or person in authority represents pro tanto his government, which in an international sense is the aggregate of all officers and men in authority”³⁵⁰.

Asimismo, Crawford señala que el artículo 4 sería aplicable no solo para órganos del gobierno central u aquellos que manejen las relaciones exteriores del Estado, sino que también se aplica a órganos del Estado a nivel provincial y local³⁵¹.

Por tanto, para que el artículo 4 sea aplicable a las EMSP, las EMSP han de ser órganos *de jure*, es decir han de ser creadas por un Estado como parte de su estructura gubernamental. Sin embargo, debido a que las EMSP son entidades privadas generalmente creadas por personas y no por Estados, es difícil afirmar que las EMSP puedan ser consideradas órganos *de jure*. Sin embargo, podría darse el caso en el cual el Estado, mediante una norma interna o un contrato incorpore a una EMSP como órgano oficial del Estado³⁵². Por ejemplo, en la opinión consultiva que la CIJ emitió sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro del 26 de febrero de 2007, se señala que el grupo armado “*Scorpions*” fue legalmente incorporado por las fuerzas armadas serbias mediante una norma interna.

(...) It is in dispute between the Parties as to when the “Scorpions” became incorporated into the forces of the Respondent. The Applicant has claimed that incorporation occurred by a decree of 1991 (...). The Respondent states that “these

³⁵⁰ CRAWFORD, James (b). *State responsibility, the general part. Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.117.

³⁵¹ CRAWFORD James (c). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. 3ra.Ed. Oxford: Cambridge University Press, p.95.

³⁵² HOPPE, Carsten. “Private Conduct, Public Service?: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law committed by Individuals providing Coercive Services under a Contract with a State”. En: MATHESON, Michael J. y MOMTAZ, Djamchid (editores). *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents Académie de Droit International de la Haye / Hague Academy of International Law*, Leiden: Nijhoff, 2010, p.425.

regulations [were] relevant exclusively for the war in Croatia in 1991” and that there is no evidence that they remained in force in 1992 in Bosnia and Herzegovina (...) ³⁵³

Por otro lado, existen dos caminos para incorporar una EMSP a la estructura gubernamental de un Estado ³⁵⁴. El primero es mediante la legislación nacional, la cual ha de permitir la incorporación de la EMSP dentro de los órganos del Estado; por ejemplo la existencia de una norma que permita el alistamiento de contratistas privados a las fuerzas armadas. El segundo camino es la incorporación mediante un contrato. En ese sentido, ante la inexistencia de una norma específica que permita o prohíba la contratación de EMSP, el Estado puede contratar con una EMSP y establecer, en el mismo contrato, el estatus del personal EMSP como parte de un órgano preexistente (como por ejemplo las fuerzas armadas). A modo de ejemplo se puede citar el contrato entre *Sandline International* y Papúa Nueva Guinea.

Como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, en el contrato entre Papúa Nueva Guinea y la EMSP *Sandline International*, ambas partes estipularon que el personal de *Sandline* tendría el estatus de “agente especial”, una clasificación dentro de la fuerza policial ³⁵⁵.

³⁵³ CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §389.

³⁵⁴ Cameron señala que existen dos caminos para la incorporación mediante un contrato siendo la existencia de una normativa nacional que permita la incorporación y que luego mediante un contrato se incorpore al personal de la EMSP a un órgano del Estado. El segundo camino sería que el contrato mismo señale que el personal de la EMSP está siendo incorporado en un órgano del Estado, es decir que no exista una norma que lo autorice o prohíba y el contrato produzca la incorporación. La autora considera que en realidad la diferencia entre ambos caminos no es la forma o contenido del contrato sino el origen de la regla que permite la incorporación, siendo el primer camino una norma general del Derecho interno y el otro camino el contrato privado. Véase: CAMERON Lindsey y CHETAIL Vincent. *Ob.cit.*, pp.138-140; CAMERON, Lindsey. *Ob.cit.*, pp. 113-145.

³⁵⁵ Agreement for the Provision of military assistance dated this 31 day of January 1997 between the independent State of Papua New Guinea and Sandline International. Re-impreso en: SINGER, Peter (a). *Ob.cit.*, Anexo 2, p. 245.

Responsibilities of the State

Immediately on signing this agreement the State automatically grants to Sandline and its personnel all approvals, permissions, authorisations, licences and permits to carry arms, conduct its operations and meet its contractual obligations without hindrance, including issuing instructions to PNG defence forces personnel to co-operate fully with Sandline commanders and their nominated representatives. All officers and personnel of Sandline assigned to this contract shall be enrolled as Special Constables, but hold military ranks commensurate with those they hold within the Sandline command structure and shall be entitled to give orders to junior ranks as may be necessary for the execution of their duties and responsibilities³⁵⁶.

Sin embargo, el ejemplo de *Sandline* es la excepción mas no la regla, ya que los Estados no suelen incorporar a las EMSP a sus fuerzas armadas por medio de contratos. Por otro lado, en algunos sistemas, el estatus y funciones de determinadas entidades no son solo determinados por ley, sino también por su comportamiento. Como señala Brownlie, en muchas ocasiones, entender qué es un órgano del Estado es una cuestión de hecho y no se puede determinar mediante las normas nacionales³⁵⁷, por lo cual, se podría decir que el Derecho interno no es el único que puede definir quiénes son o no órganos³⁵⁸. Esto se debe a que el Estado no puede evadir su responsabilidad por una entidad que en efecto funciona como un órgano

³⁵⁶ Responsabilidades del Estado: Inmediatamente después de la firma de este acuerdo, el Estado otorga de manera automática al personal de *Sandline*, todas las autorizaciones, permisos y licencias para portar armas, conducir las operaciones y cumplir con sus obligaciones contractuales sin obstáculos, incluyendo la emisión de instrucciones al personal de las fuerzas de defensa de Papúa Nueva Guinea para que cooperen completamente con los comandantes de *Sandline* y sus representantes designados. Todos los funcionarios y personal de *Sandline* asignados a este Contrato deben ser alistados como agentes especiales, pero han de mantener los rangos militares acordados con los que ostentan dentro de la estructura de mando en *Sandline* y tendrán derecho a dar las órdenes necesarias a los rangos inferiores para cumplir con sus deberes y responsabilidades. (Traducción propia) Véase en: Agreement for the Provision of Military assistance dated this 31 days of January 1997 between the independent state of Papua New Guinea and Sandline International. [en línea] Consulta: 19 de febrero de 2014. <<http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>>

³⁵⁷ BROWNLIE, Ian. *Ob. cit.*, pp. 132-166.

³⁵⁸ MOMTAZ Djamchid. "Attribution of conduct to the State: State organs and entities empowered to exercise elements of governmental authority". En: CRAWFORD, James. *The Law of International Responsibility*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp.237-246.

estatal pero que no figura en su normativa interna. En ese sentido el artículo 4 también incluye a aquellas entidades que en la práctica se comportan como órganos pero que nominalmente no lo son, es decir los llamados "órganos *de facto*". La CIJ, en la opinión consultiva que emitió sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, señaló que para considerar a determinadas entidades como órganos *de facto*, estas deben encontrarse en "completa dependencia" del Estado, como ya lo había señalado en el caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua³⁵⁹.

Los criterios estipulados por la CIJ en el caso Nicaragua para determinar si existe o no completa dependencia de la entidad con el Estado, lo cual determinaría su estatus como órgano de facto, son los siguientes: (i) evaluar si fue o no creada por el Estado³⁶⁰; (ii) evaluar el nivel de cooperación y coordinación entre la entidad y los otros órganos del Estado para desarrollar actividades del Estado, es decir el apoyo directo en combate en las operaciones militares³⁶¹ y (iii) evaluar si hay un control efectivo de las operaciones tomando en cuenta el nivel de autonomía en la toma de decisiones de estas entidades³⁶².

Los dos primeros elementos son claros en el sentido que son preguntas directas al momento de investigar, lo cual no implica que su probanza sea fácil. No obstante, el

³⁵⁹ CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §389 - 393.

³⁶⁰ CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, § 108.

³⁶¹ Ídem., §108.

³⁶² Ídem., § 109 - 112.

tercer elemento planteado por la CIJ representa un alto grado de dificultad ya que al requerir el control efectivo, lo que intrínsecamente pide es una dependencia total³⁶³.

En otras palabras, no basta argumentar que una entidad es un órgano de facto porque cuenta con el apoyo financiero del Estado, sino que cualquier atisbo de autonomía, como por ejemplo en la esfera política, militar o logística descalificaría a la EMSP como órgano de facto³⁶⁴. En efecto, los tres elementos que plantea la CIJ dejan poco espacio para la discrecionalidad ya que el estándar que plantea es realmente alto, lo cual se debe a que la CIJ considera que la atribución de responsabilidad para un Estado basado en las acciones de un órgano de facto debe ser realmente excepcional.

However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's Judgment quoted above expressly described as "complete dependence"³⁶⁵.

Por ello es que, en el caso de las EMSP, muy pocas podrían entrar en el supuesto de órganos de facto ya que en su gran mayoría tienen autonomía legal y económica. En suma, para que sea posible atribuir responsabilidad internacional al Estado que contrata los servicios de una EMSP bajo el artículo 4, se deberá estar en alguna de las siguientes situaciones: (i) el Estado tenga una norma interna que incorpore a la EMSP como órgano oficial del Estado³⁶⁶; (ii) que el Estado estipule un contrato con la

³⁶³ *Ibíd.* La CIJ plantea, en el caso Nicaragua, que el control efectivo implica una completa dependencia entre el órgano y el Estado.

³⁶⁴ COCKAYNE, James (e). "Private Military and Security Companies". En: CLAPHAM, Andrew y Paola GAETA. *The Oxford international law in armed conflict*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.633.

³⁶⁵ CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §393.

³⁶⁶ Por ejemplo que los incorpore como parte de sus fuerzas armadas.

EMSP en donde se les incorpore como órganos oficiales del Estado o (iii) que las EMSP actúen como órgano de facto del Estado, en cuyo caso se deberá probar los tres elementos del caso Nicaragua antes señalados.

1.2.2. Artículo 5 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado

Artículo 5.- Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

El artículo 5 versa sobre organismos que no son órganos en el sentido del artículo 4 sino que, por el contrario se trata del comportamiento de entidades facultadas para ejercer atribuciones del poder público de un Estado. Esto se distingue de las situaciones en las cuales una entidad actúa bajo la dirección o control del Estado ya que esas situaciones se regulan bajo el artículo 8 y se pide la completa dependencia hacia el Estado, lo cual no es requisito en el artículo 5³⁶⁷.

El término entidad abarca una variedad de posibilidades como por ejemplo empresas públicas, entidades semi-públicas, agencias públicas y empresas privadas³⁶⁸. En la actualidad es más frecuente que los Estados privatizen ciertas funciones estatales. Por ejemplo las aerolíneas que ejercen funciones de control migratorio o empresas privadas que manejan prisiones son entidades que ejercen funciones, que en principio, son propias del Estado³⁶⁹. Si estas entidades privadas, que ejercen

³⁶⁷ CDI (b). *Ob. cit.*, p.81.

³⁶⁸ *Ídem.*, p.78.

³⁶⁹ *Ibíd.*

competencias del Estado, incumplieran con una obligación del Estado, éste, a pesar de haber cedido dicha competencia a entidades privadas, sería responsable internacionalmente. A manera de ejemplo, en el caso *Cabal and Pasini v Australia* se señala lo siguiente:

7.2 Prior to considering the admissibility of the individual claims raised, the Committee must consider whether the State party's obligations under the Covenant apply to privately-run detention facilities, as is the case in this communication, as well as State-run facilities. (...) It recalls its jurisprudence in which it indicated that a State party "is not relieved of its obligations under the Covenant when some of its functions are delegated to other autonomous organs." The Committee considers that the contracting out to the private commercial sector of core State activities which involve the use of force and the detention of persons does not absolve a State party of its obligations under the Covenant, notably under articles 7 and 10 which are invoked in the instant communication. Consequently, the Committee finds that the State party is accountable under the Covenant and the Optional Protocol of the treatment of inmates in the Port Philip Prison facility run by Group 4.³⁷⁰

Como se puede apreciar, a pesar que el Estado delegue sus funciones inherentes a la soberanía estatal a entidades privadas, la responsabilidad sigue siendo del Estado. Otro caso es el de *Dame Mossé (1953)* en el cual la Comisión Conciliadora Franco-Italiana determinó que la responsabilidad por los actos cometidos por la entidad fascista eran atribuibles a Italia debido a que dicha entidad, a la cual se le imputaba la indebida confiscación de bienes a un nacional francés, efectivamente ejercía atribuciones de poder público ya que poseía autoridad pública dentro del Estado.

³⁷⁰ El Estado no se libera de sus obligaciones contenidas en la Convención a pesar de que delegue alguna de sus funciones a entidades autónomas. (Traducción y subrayado propia). En: HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Cabal and Pasini v. Australia*, CCPR/C/78/D/1020/2001, 19 de setiembre de 2003, §.7.2.

No obstante, el artículo 5 presenta dos obstáculos para su aplicación por la presencia de conceptos muy generales y que la CDI no explicó en detalle en sus comentarios³⁷¹. El primer obstáculo es la falta de definición de atribuciones del poder público; de acuerdo con Crawford, dicha definición no era necesaria ya que éstas varían dependiendo de la “sociedad, de su historia y tradiciones”³⁷². En el proyecto de responsabilidad internacional del Estado, la CDI no definió qué se debe entender como entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público a pesar que hubo Estados, como el de Yugoslavia, que pidieron la inclusión de una cláusula que lo definiera³⁷³.

De acuerdo con Lehnardt, antes que la privatización de las EMPS en contextos de conflicto armado se convirtiera en un tema destacado, la Oficina de Responsabilidad Gubernamental de Estados Unidos (GAO por sus siglas en inglés) y la Oficina de Administración y Presupuesto de Estados Unidos (OMB por sus siglas en inglés), desarrollaron un informe en el que intentan definir qué funciones estatales pueden ser sujeto de privatización³⁷⁴. No obstante, el informe no define ni hace una lista de las funciones gubernamentales, aunque sí hizo énfasis en que un criterio clave para determinar la privatización de ciertas funciones estatales es verificar que el gobierno mantenga la capacidad para seguir en control de las funciones de política y gestión del privado al cual se le brindan dichas funciones.

The basic principle to adhere to is that the government should not contract out its responsibilities to serve the public interest or to exercise its sovereign powers. A key

³⁷¹ BALLESTEROS, Vanessa. “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la Responsabilidad internacional del Estado” En: *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, p. 6.

³⁷² CDI (b). *Ob. cit.*, p. 80.

³⁷³ Ídem, p.29.

³⁷⁴ LEHNARDT, Chia. “State responsibility and Private Military Companies”. En: SZABÓ, Marcel (editor). *State responsibility and the law of treaties*, La Haya: Eleven, 2010, pp.55-76.

criterion in determining whether service contracts are appropriate is whether the government maintains sufficient in-house capability to be thoroughly in control of the policy and management functions of the agency³⁷⁵.

Empero, a pesar de la no existencia de una lista que establezca cuáles son, por lo general, las atribuciones del poder público, es necesario hacer énfasis que ciertas funciones como el uso de la fuerza, la detención y disciplina en prisiones, la inmigración y la cuarentena en los aeropuertos, son claros ejemplos de atribuciones del poder público³⁷⁶. Por tanto, se considera que aunque no exista formalmente una lista taxativa, en la realidad sí hay ciertas funciones consideradas como atribuciones del poder público, por ello, en el caso en el que el personal de la EMSP cometa violaciones al DIH y a los derechos humanos en ejercicio de las funciones listadas anteriormente, dichas violaciones serían atribuibles al Estado. Respecto a los otros servicios que ofrecen las EMSP como la vigilancia, planeamiento estratégico, investigación, reconocimiento de terreno, entre otras actividades, no es claro si deben ser consideradas como prerrogativas del Estado, por tanto se deberá analizar el caso en concreto contrastando la sociedad, cultura y tradiciones del Estado en cuestión para comprobar si efectivamente se trata de una prerrogativa estatal.

El segundo obstáculo es la necesidad de que el Derecho interno faculte a la entidad a cumplir funciones de carácter público. Este requisito es importante ya que se basa en la existencia de una autorización del Estado soberano a la entidad de ejercer dicha

³⁷⁵ US. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. «Government Contractors: Are Service Contractors Performing Inherently Governmental Functions? GAO-GGD92-11», Noviembre 1991. [en línea]. Consulta: 21 de Agosto de 2014. En: <<http://www.gao.gov/assets/160/151334.pdf>>

³⁷⁶ CDI (b). *Ob. cit.*, p.78; BALLESTEROS, Vanessa. *Ob. cit.*, p. 9; LEHNARDT, Chia (a). *Ob. cit.*, p.68 y HOPPE, Carsten. *Ob. cit.*, p.431.

prerrogativa³⁷⁷. Ante ello, caben dos interpretaciones, una más restrictiva que la otra. La primera es que se entienda que el medio por el cual se faculta a la entidad sea una medida legislativa, es decir una ley; la segunda opción es considerar como suficiente un contrato entre el privado y el Estado. De acuerdo con los comentarios de la CDI, se puede inferir que el requisito de que el Derecho interno faculte a la entidad se cumpliría con el solo contrato entre ambos ya que se menciona el ejemplo de las empresas de seguridad privadas cuando se les encarga la vigilancia de las prisiones³⁷⁸. Por tanto, en esta investigación se considera que este requisito es posible de cumplir por las EMSP aunque puedan surgir opiniones distintas al respecto.

En consecuencia, en los casos en los cuales se demuestre que la EMSP ejerce atribuciones del poder público las cuales le han sido otorgadas por el Derecho interno del Estado, por ejemplo mediante el contrato de la EMSP y el Estado, entonces la responsabilidad por las violaciones al DIH y a los derechos humanos cometidas por el personal de la EMSP podrá ser atribuida al Estado. Como se aprecia, en ese escenario, la responsabilidad será del Estado que contrate los servicios de la EMSP y no del Estado territorial³⁷⁹ o de origen ya que el Estado contratante es quien le otorga atribuciones del poder público a las EMSP. Por otro lado, en los casos en los que no exista tal norma o no se tenga claro si la función que ejerce es una atribución del poder público, no se podrá utilizar este artículo.

³⁷⁷ BEAUCILLON, Charlotte, Julian FERNANDEZ, y Hélène RASPAIL, "State Responsibility for Conduct of Private Military and Security Companies Violating *Ius ad Bellum*". En: FRANCIONNI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores), *War by Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.404.

³⁷⁸ CDI (b). *Ob. cit.*, p.78; BALLESTEROS, Vanessa. *Ob. cit.*, p 29.

³⁷⁹ A menos que el Estado en cuyo territorio se encuentren operando las EMSP sea el mismo que el Estado que contrata dichos servicios.

1.2.3. Artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado

Artículo 7.- Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

El artículo 7 trata de los actos *ultra vires*, es decir de los actos no autorizados de órganos o entidades del Estado siempre y cuando actúen en su calidad oficial. Esta norma ha sido corroborada por la práctica de los Estados³⁸⁰, la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, el artículo 7 no es una puerta abierta para cualquier acto que el órgano o la entidad haya cometido ya que es necesario que la comisión haya sido en su capacidad oficial. Esta importante restricción limita la responsabilidad del Estado, el cual no puede asumir la responsabilidad por los actos que cometan sus agentes en su capacidad privada. Por ello es que el criterio utilizado en el artículo 7 es que el órgano o entidad actúe en su capacidad oficial o que al menos exista la apariencia que actúa en dicha capacidad.

Por ejemplo, en el caso *Caire*, un oficial y dos soldados le pidieron al señor *Caire*, nacional francés, que les diera \$ 5000 en oro bajo amenaza de muerte. Como el señor *Caire* se rehusó, el oficial y los soldados lo detuvieron y después de cierto tiempo lo

³⁸⁰ En ese sentido, el 26 de octubre de 1897, el gobierno italiano consultó a varios gobiernos, entre ellos el británico, si los daños y perjuicios causados a los extranjeros por parte de un gobierno y sus agentes en ejercicio de sus funciones podían ser materia de reclamación diplomática. En respuesta, el gobierno británico señaló lo siguiente: *“todos los gobiernos deben siempre ser considerados responsables de todos los actos cometidos por sus agentes en virtud de su calidad oficial”*. Este es un ejemplo del consenso que existe respecto a los actos *ultra vires*, los cuales siguen siendo responsabilidad del Estado siempre y cuando los órganos o agentes del Estado actúen en su capacidad oficial. En: CDI (b). *Ob. cit.*, 87 y ILC. State responsibility, Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, Document A/CN.4/264 and ADD.1, 30 de junio de 1972 – 9 de abril de 1973, p. 77.

mataron. A pesar que el arresto del señor *Caire* fue ocasionado por un interés privado, el tribunal arbitral (*France-Mexico Claims Commission*) determinó que el Estado mexicano era responsable por el acto ya que los oficiales utilizaron su insignia (la cual los identificaba como agentes del Estado) para realizar el arresto. Se señaló que un Estado asume la responsabilidad por todos los actos cometidos por sus oficiales y sus órganos sin considerar si el oficial o el órgano actuaron o no dentro de los límites de su competencia o si los ha excedido.

(...) cases may be cited where the wrongful character of the act or omission was not made dependent on the animus behind the State organ or official. For example, in the *Caire* case (1929), the Commission declared that “to be able to admit the so-called objective responsibility of the State for acts committed by its officers or organs outside the limits of their competence, it is necessary that they should have acted at least apparently as competent officials or organs, or that, in acting, they had used the powers or means belonging to their official capacity³⁸¹.

Por tanto, cuando un Estado contrata con una EMSP y le cede una competencia propia del Estado, como lo es el uso de la fuerza³⁸², cualquier acción que involucre el uso de esa atribución le generará responsabilidad al Estado contratante. Por ello es que si se alega que la EMSP cometió violaciones al DIH o a los derechos humanos extralimitándose del poder conferido por el Estado, el Estado contratante sería responsable bajo el artículo 7. Sin embargo, para que ello sea posible, primero deberá probarse que la EMSP era un órgano del Estado (artículo 4) o persona o entidad facultada por el Estado para ejercer atribuciones del poder público (artículo 5) y

³⁸¹ GARCÍA, F.V. “State responsibility, some new problems”, *Recuel des Cours*, Vol. 94, 1958. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p.386.

³⁸² En los casos en los que los servicios contratados no sean tan claros como el uso de la fuerza sino sean por ejemplo de investigación o vigilancia, la aplicación de este artículo no será tan clara. Todo dependerá de la naturaleza del servicio brindado por la EMSP.

segundo, deberá probarse que la EMSP actuó o aparentó actuar en la capacidad oficial que le fue concedida por el Estado³⁸³.

Por ejemplo, si un Estado contrata a una EMSP y le otorga ciertas atribuciones del poder público como el uso de la fuerza pero le prohíbe a dicha EMSP participar directamente en las hostilidades, asignándole solo un rol defensivo; si la EMSP participa en las hostilidades en aparente capacidad oficial extralimitándose y, en ese escenario, el personal de las EMSP comete violaciones al DIH, el Estado contratante sería responsable por las violaciones de las EMSP bajo el artículo 7 ya que si bien la EMSP estaría contraviniendo instrucciones del Estado, el Estado debe asumir su responsabilidad por todos los actos cometidos por su agentes, órganos o entidades con atribuciones del poder público siempre y cuando actúen en aparente capacidad oficial.

Antes de finalizar con el análisis del artículo 7 cabe resaltar que en los comentarios del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la CDI señaló que existía una excepción por la cual los Estados podrían asumir la responsabilidad por el comportamiento de sus órganos cuando estos actuaran en el ámbito privado: la existencia de una disposición que establezca que el Estado asume la responsabilidad ante todos los actos de sus órganos o agentes en un tratado³⁸⁴. En ese sentido, en el ámbito del DIH existe dicha disposición, en el artículo 3 del Reglamento de la Haya y

³⁸³ Por ejemplo, Cameron y Chateil señalan como posibles señales que denotan actuar en capacidad oficial: portar armas, dar órdenes en público, operar en puestos de control, entre otros. CAMERON, Lindsey y Vincent CHETEIL. *Ob. cit.*, p. 160.

³⁸⁴ UNITED NATIONS. Yearbook of the International Law Commission 1975, Documents of the twenty-seventh session including the report of the Commission to the General Assembly, Vol. II, Nueva York: 1976, p.69.

el artículo 91 del Protocolo Adicional I³⁸⁵, por la cual la Parte en el conflicto asume toda la responsabilidad por los actos cometidos por sus fuerzas armadas.

La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas³⁸⁶.

Como se aprecia, en el artículo 91 del Protocolo Adicional I se establece que los Estados serán responsables por “todos” los actos cometidos por las personas que formen parte de las fuerzas armadas, es decir, el Estado no solo asumirá la responsabilidad por los actos cometidos por sus fuerzas armadas en su capacidad oficial sino también aquellos cometidos en su capacidad privada³⁸⁷. Se considera que esta excepción mencionada en los comentarios de la CDI, es correcta debido a que el control que ejerce un Estado sobre sus fuerzas armadas es mucho mayor en comparación a la ejercida sobre otros agentes del Estado durante un conflicto armado y por tanto, se justifica que el Estado asuma la responsabilidad de todos los actos. En consecuencia, en el caso en el que el personal de la EMSP fuese incorporado como parte de las fuerzas armadas del Estado, su comportamiento sería atribuible al Estado que las incorporó, sean comportamientos en su capacidad oficial o como privados.

³⁸⁵ Esta norma fue aprobada por consenso y en los comentarios se señala que corresponde a los principios generales del derecho sobre la responsabilidad internacional. En: SANDOZ, Yves (a). *Ob. cit.*, pp.1473 -1474.

³⁸⁶ Artículo 91 del Protocolo adicional I. (Énfasis propio)

³⁸⁷ SASSÒLI, Marco. “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N° 846, Junio 2002, pp.405-406; FREEMAN, A.W. “Responsibility off States for unlawful acts of their armed forces”, *Recuel des Cours*, Vol. 88, 1955, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 333 - 339.

1.2.4. Artículo 8 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado

Artículo 8.- Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Este artículo no está referido a la conducta de un órgano ni de una entidad sino del comportamiento de personas o entidades que siguen las instrucciones de un órgano del Estado o están bajo su dirección o control, los conocidos agentes de facto.

Ahora bien, el artículo 8 se puede dividir en dos situaciones de atribución; la primera sería la atribución de un comportamiento de una persona o de un grupo de personas al Estado si éstas actúan bajo instrucciones del Estado, es decir, que se encuentran subordinados a él, y la segunda situación sería la atribución del comportamiento de una persona o de un grupo de personas que actúan bajo el control o dirección del Estado, lo cual está relacionado con la ejecución del acto ilícito o la serie de actos ilícitos.

Respecto a la primera situación queda claro que la responsabilidad internacional surge cuando un Estado ordena a una persona o grupo de personas que realice alguna acción. Por ejemplo, si el Estado le ordena a la EMSP que realice ciertas actividades o si ordena instrucciones parecería que automáticamente se podría aplicar este artículo³⁸⁸. Sin embargo, la CIJ, en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, señaló que para

³⁸⁸ BEAUCILLON, Charlotte, Julian FERNANDEZ, y Hélène RASPAIL. *Ob. cit.*, p.406.

que un Estado sea responsable por el artículo 8, las instrucciones debían de ser dadas en cada operación en la que se alegue alguna violación³⁸⁹. Ciertamente, dicha conclusión representa un obstáculo para la aplicación del artículo. No obstante, de acuerdo con los comentarios de la CDI y Crawford, el término “operación” debe ser entendido de manera general en el sentido que deje a discreción a la EMSP a elegir el método de cómo cumplir con la instrucción dada³⁹⁰.

Por ejemplo, Hoppe menciona el caso hipotético de que se le ordene al personal de la EMPS que torturen a los prisioneros de guerra hasta que confiesen³⁹¹. Dicho escenario constituye una clara instrucción del Estado que es dada de manera general con la cual bastaría para poder atribuir responsabilidad internacional al Estado. Otro ejemplo sería el que el Estado ordene a la EMSP a obtener determinada información utilizando cualquier medio. Esta orden también podría generar responsabilidad internacional al Estado ya que al otorgar “carta blanca”, permite de manera indirecta la violación del DIH. Sin embargo, si el Estado solo diera la orden de interrogar a cada prisionero por un periodo extendido de tiempo en un ambiente cerrado, la orden no es necesariamente ilegal y si la tortura ocurriese, sería complicado atribuir responsabilidad internacional al Estado utilizando el argumento de que el personal de la EMSP recibió instrucciones del Estado, ya que la instrucción no fue torturar.

Como se aprecia, para determinar si se puede o no utilizar esta primera parte del artículo dependerá de cada caso, aunque su uso es restrictivo debido a que se tendría

³⁸⁹ CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §208.

³⁹⁰ CRAWFORD, James (b), *Ob. cit.*, pp. 141-165, CDI (b). *Ob. cit.*, p. 97.

³⁹¹ HOPPE, Carsten. *Ob. cit.*, p. 439.

que probar que las instrucciones del Estado causaron la comisión de violaciones, es decir, se debe probar el nexo existente entre las violaciones y el Estado.

En cuanto a la segunda situación, se debe probar que la persona o el grupo de personas actúan bajo la dirección o control del Estado. Para que se cumpla el criterio de dirección será necesario que el Estado dirija paso a paso la comisión del ilícito, distinguiéndose así de la primera situación de atribución³⁹². Con respecto al criterio de control, se tienen dos decisiones emblemáticas que dan luces al término como se mencionó en el capítulo 1 de la presente investigación³⁹³. La primera decisión que explica el término control es el ya mencionado caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual la Corte Internacional de Justicia determina que ha de haber un control efectivo (*effective control*) para atribuir responsabilidad al Estado. Empero, el estándar que establece la Corte es complicado ya que se ha de probar que el Estado tiene el control sobre cada acción realizada por la entidad.

In the light of the evidence and material available to it, the Court is not satisfied that all the operations launched by the *contra* force, at every stage of the conflict, reflected strategy and tactics wholly devised by the United States³⁹⁴.

La segunda decisión corresponde a la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en el caso Tadić, en la cual se distanció de lo establecido por la CIJ en el caso Nicaragua. La Sala de apelaciones basa su argumentación en que el *test* que realizó la CIJ para determinar la responsabilidad del Estado fue hecho a un grupo

³⁹² CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob. cit.*, p. 209.

³⁹³ Ver sección 2.1.2, *supra* del primer capítulo.

³⁹⁴ A la luz de la evidencia y el material del que se dispone, la Corte no está convencida de que durante todas las etapas del conflicto, todas las operaciones de los *contras* reflejen que las estrategias y tácticas empleadas hayan sido ideadas completamente por los Estados Unidos (Traducción propia). CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, § 106. Para mayor información revisar la sección 1.2.1 del presente capítulo.

desorganizado de individuos que actuaban en nombre del Estado³⁹⁵. Por ello, agregó que en caso de fuerzas militares o paramilitares, el *test* debía de ser distinto, exigiendo solo el control general (*overall control*) mas no el control en cada operación específica.

In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law³⁹⁶.

Cabe recordar que el mandato del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia fue determinar la responsabilidad penal individual y no la responsabilidad internacional del Estado. No obstante, en el 2001, cuando la CDI redactó sus comentarios sobre el proyecto, no hizo ninguna aclaración respecto a cuál era el *test* más apropiado para aplicar el artículo 8. Más adelante, en el 2008, en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, la CIJ se pronunció al respecto. En efecto, la CIJ se decantó por el *test* planteado en el caso de Nicaragua y además rechazó las críticas que recibió en el caso Tádic por parte del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia con relación al *test* de control efectivo³⁹⁷. Asimismo, la CIJ señaló que para determinar

³⁹⁵ TPIY. Fiscal v. Dusko Tadic, N° IT-94-1-A, Sala de apelaciones, Decisión del 15 de Julio de 1999, §124.

³⁹⁶ Con el fin de atribuir los actos de un grupo militar o paramilitar a un Estado, sería necesario probar que el Estado ejerce un control general sobre el grupo, no solo por el equipamiento y la financiación del grupo, sino también por la coordinación o la asistencia en la planificación general de su actividad militar. Solo entonces el Estado asumirá la responsabilidad internacional por cualquier mala conducta del grupo. Sin embargo, no es necesario que, además, el Estado también deba, ya sea a la cabeza o a los miembros del grupo, dar instrucciones específicas para la comisión de actos en contravención del derecho internacional. (Traducción propia) Ídem., §131.

³⁹⁷ SCHABAS, William. "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2008.

la responsabilidad internacional del Estado, el *test* del control general (*overall control*), aplicado en el caso Tádic, no era el adecuado ya que con dicho *test* se diluye la conexión requerida entre la conducta del órgano estatal y el Estado para la existencia de responsabilidad internacional.

(...) the “overall control” test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs – only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above (paragraph 398). This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the “overall control” test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility³⁹⁸.

³⁹⁸ El *test* del control general tiene el gran inconveniente de ampliar el alcance de la responsabilidad del Estado más allá del principio fundamental que rige el Derecho de la responsabilidad internacional: un Estado es solo responsable de su propio comportamiento, es decir, del comportamiento de las personas que actúen en su nombre. Eso aplica a los actos realizados por los órganos oficiales y también por las personas o entidades que aunque no son reconocidas de manera formal como órganos bajo el Derecho interno, se pueden equiparar con los órganos del Estado debido a que se encuentran en una relación de completa dependencia del Estado. Aparte de esos casos la responsabilidad del Estado también se puede generar por los actos de personas o grupos de personas – no de órganos del Estado – solo sí, asumiendo que esos actos son internacionalmente ilícitos, son atribuibles en virtud del Derecho consuetudinario reflejado en el Artículo 8 antes citado (párrafo 398). Esto es así cuando un órgano del Estado dio las instrucciones o proporcionó la dirección bajo las cuales los autores del hecho ilícito actuaron o donde el Estado ejerce un control efectivo sobre la acción cuando la violación fue cometida. En ese sentido, el *test* del control general no es adecuado ya que estira demasiado, casi al límite, la conexión que debe existir entre la conducta de los órganos del Estado y su responsabilidad internacional. (El énfasis y la traducción son propias.) Para mayor información ver: CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §406.

Hoy en día el estándar para analizar la responsabilidad del Estado acorde al artículo 8 del proyecto de responsabilidad internacional del Estado ha de ser el establecido por la CIJ en el caso Nicaragua, es decir, el control efectivo. Por ello, para determinar la responsabilidad internacional al Estado se tendrá que probar que el control que ejercía el Estado sobre la EMSP era un control general y por tanto, se deberá comprobar si se cumplen con los tres criterios establecidos en el caso Nicaragua³⁹⁹.

Para finalizar el examen del artículo 8 cabe hacer la siguiente pregunta: ¿qué pasa en el caso en el cual las órdenes del Estado fueron lícitas pero se ejecutaron de manera ilícita? Ciertamente, tales actos no le acarrearían responsabilidad internacional al Estado. Sin embargo, si el hecho ilícito se comete de manera incidental producto de una misión ordenada y dirigida por el Estado, entonces sí habría responsabilidad para el Estado. Mas aún, si el hecho ilícito se comete durante una operación bajo el control efectivo del Estado, entonces la responsabilidad también recaerá en el Estado que posea dicho control pues se ha de recordar que el control efectivo que exige el artículo 8 requiere que el Estado pueda impedir la comisión de dicho ilícito⁴⁰⁰.

En base al análisis realizado de los artículos del proyecto de responsabilidad internacional del Estado, se ha demostrado que se podrá invocar la responsabilidad internacional del Estado cuando sea posible probar que el servicio brindado por la

³⁹⁹ Como se señaló en la sección 1.2.1 del presente capítulo, los tres criterios para determinar si existe o no control efectivo son: (i) evaluar si fue o no creada por el Estado; (ii) evaluar el nivel de cooperación y coordinación entre la entidad y los otros órganos del Estado para desarrollar actividades del Estado, es decir el apoyo directo en combate en las operaciones militares y (iii) evaluar si hay un control efectivo de las operaciones tomando en cuenta el nivel de autonomía en la toma de decisiones de estas entidades.

⁴⁰⁰ CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Ob. cit.*, p.220.

EMSP, cuyo personal ha cometido violaciones al DIH, ha sido en calidad de: (i) órgano del Estado; (ii) entidad que ejerce atribuciones del poder público; (iii) órgano u entidad que se excede en su competencia y (iv) persona o grupo de personas que actúan bajo las instrucciones, dirección o control del Estado.

Por tanto, se puede afirmar que sí es posible atribuir a un Estado la responsabilidad internacional por las violaciones cometidas por el personal de la EMSP pero los casos serán limitados y dependerá de cada caso en concreto el poder establecer qué artículo es el adecuado.

Asimismo, se puede afirmar que la responsabilidad internacional podrá ser atribuida de manera más sencilla cuando la EMSP sea incorporada a las fuerzas armadas del Estado ya que probar el control efectivo resulta una tarea de difícil ejecución debido a que las EMSP, en general, cuentan con una organización, economía, entre otras cosas, que funcionan independientemente del Estado. En ese aspecto, se considera que el artículo 5 es el más viable de atribución cuando las EMSP tengan la capacidad de ejercer el uso de la fuerza u otras atribuciones del poder público.

No obstante, este análisis también ha demostrado que existirán situaciones en las cuales el Estado que contrata a estas entidades no asumirá la responsabilidad por las violaciones cometidas por el personal de las EMSP, principalmente en los casos en que dichas entidades sean independientes y no se logre demostrar el control efectivo. Dichos casos representan una zona gris dentro del marco regulatorio que debería existir para estos actores internacionales.

A continuación se presenta el siguiente cuadro en el cual se establece de manera general los casos en los que el Estado asumiría la responsabilidad internacional por los actos cometidos por las EMSP.

Si las EMSP son:	Atribución de Responsabilidad al Estado por el:			
	Artículo 4	Artículo 5	Artículo 7	Artículo 8
Órgano /Órgano de facto	Sí	No	No	No
Órgano que excede su competencia o contraviene instrucciones	No	No	Sí	No
Entidades o personas que ejercen atribuciones del poder público bajo el Derecho interno	No	Sí	No	No
Entidades o personas que ejercen atribuciones del poder público que exceden su competencia o contravienen instrucciones	No	No	Sí	No
Persona o grupo de personas que actúan de hecho por instrucciones, control o dirección del Estado	No	No	No	Sí

Fuente: Elaboración propia. En base al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

1.3. La responsabilidad del Estado basada en la falta de debida diligencia

En las secciones anteriores se han analizado supuestos bajo los cuales, el Estado sería responsable en relación a sus propios actos ya que el comportamiento de las EMSP se atribuiría al Estado. Sin embargo y a pesar que aquella forma de atribución de responsabilidad es la parte central del proyecto, no es la única a considerar⁴⁰¹. Al respecto, es importante recalcar que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no solo considera las acciones sino también las omisiones del Estado.

⁴⁰¹ MARKS, Susan y Fiorentina AZIZI. "Responsibility for violations of human rights obligations: International mechanisms". En: CRAWFORD, James, Alain PELLET, Simon OLLESON. *The Law of International Responsibility*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp.725-738.

Por ello, si no fuera posible atribuir las acciones de las EMSP como comportamiento propio del Estado, entonces, en caso se cometan violaciones al DIH, derechos humanos y DPI, ¿dichas situación siempre quedaría impune? La respuesta es negativa a la luz de la atribución de responsabilidad por omisión, ya que, en determinados casos, el Estado podrá ser responsable por haber omitido su deber de debida diligencia⁴⁰². Por ello, cabe el análisis de si el Estado, sea el que contrata con la EMSP, el Estado de origen o el Estado en donde operan dichas entidades, cumplió o no con el principio básico de la debida diligencia de algunas obligaciones básicas como el respetar y hacer respetar el DIH, el proteger a la población civil, el reprimir las violaciones al DIH, entre otras⁴⁰³. A continuación se explicará qué se debe entender por debida diligencia y algunas de las obligaciones positivas que tiene el Estado que, al no cumplirlas generarían responsabilidad internacional para el Estado.

1.3.1. La debida diligencia a la luz del Derecho internacional

La debida diligencia es un principio del Derecho internacional bajo el cual el Estado debe tomar medidas de prevención y protección de los individuos en sus relaciones entre sí. De acuerdo con Dupuy, la debida diligencia es una obligación de medios mas no de resultados ya que se trata de que el Estado tome las medidas aunque el Estado realmente no logre su cometido⁴⁰⁴. La responsabilidad internacional surge cuando el Estado omite el cumplimiento de sus deberes de prevención y protección.

⁴⁰² PINZAUTI, Giulia. "Adjudicating Human Rights Violations Committed by Private Contractors in Conflict Situations before the European Court of Human Rights". En: FRANCIONNI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.152.

⁴⁰³ TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 54-79. LEHNARDT, Chia. *Ob. cit.*, p.74 y HOPPE, Carsten. *Ob. cit.*, pp. 458-ss.

⁴⁰⁴ DUPUY, Pierre-Marie. "Reviewing the Difficulties of Codification: Ongo's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *European Journal of International Law*, Vol.10 (2), 1999, p. 379.

A este respecto, se pueden mencionar tres decisiones importantes que lo plantean y desarrollan⁴⁰⁵. El primer caso es la decisión del árbitro Max Huber en el caso de Islas de Palmas (Estados Unidos vs. Países Bajos), en el cual se señaló que el Estado tiene la obligación de proteger, dentro de su territorio, los derechos de otros Estado, en particular los derechos de integridad y de inviolabilidad en tiempos de paz y de guerra; obligación que deriva del principio de soberanía del Estado⁴⁰⁶. El segundo caso es el caso relativo al Estrecho de Corfú de 1949 en el cual la CIJ señala que todos los Estados tienen la obligación de no permitir que su territorio sea utilizado para realizar actos que vulneren los derechos de otros Estados⁴⁰⁷. El tercer caso es el de la Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, caso en el cual la CIJ expresa de manera clara que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional si manifiestamente no toman las medidas adecuadas para prevenir, en este caso, el genocidio⁴⁰⁸. Como se aprecia, a través del tiempo el principio de debida diligencia se ha ido desarrollando y ha ido tomando fuerza, ya que en los dos primeros casos mencionados se señalaba la existencia de un principio por el cual el Estado debía realizar acciones positivas para evitar la comisión de ilícitos hacia otros Estados. En el tercer caso citado no solo se pide que el Estado tome acciones positivas para beneficio de otros Estados sino que considera a los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, a quienes debe proteger y debe garantizar el respeto de sus derechos.

⁴⁰⁵ BEAUCILLON, Charlotte, Julian FERNANDEZ, y Hélène RASPAIL. *Ob. cit.*, p.409.

⁴⁰⁶ CPA. Caso Isla de Palmas (Estados Unidos vs. Países Bajos), Sentencia arbitral del 4 de abril de 1928.

⁴⁰⁷ CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania), Fondo, Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 22.

⁴⁰⁸ CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007, §430.

En esa línea, las convenciones de derechos humanos contienen disposiciones que obligan a los Estados a respetar, proteger o garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos a toda persona sujeta a su jurisdicción⁴⁰⁹. A modo de ejemplo se puede citar la sentencia de la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez en el cual, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁴¹⁰.

De hecho, la Corte IDH no solo ha reiterado la existencia de responsabilidad para el Estado ante la falta de debida diligencia sino que lo ha desarrollado en la doctrina del “riesgo razonablemente previsible”. De acuerdo con dicha doctrina, el Estado será responsable solo si no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a los individuos. Por ejemplo, en el caso de la Masacre de Pueblo Bello, la Corte IDH señaló lo siguiente: “[...] *la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste*

⁴⁰⁹ Artículo 1 de la Convención Americana de Derecho humanos (CADH); artículo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos); artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 6 al Artículo 7 (Derecho a la vida), 16° periodo de sesiones, 1982, §3; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 44° periodo de sesiones, 1992, §8; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 80° periodo de sesiones, 2004, §7; TEDH. Caso Costello-Roberts vs Reino Unido. Sentencia del 25 de marzo de 1993, §28 y CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 29 de julio de 2009, §172.

⁴¹⁰ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 29 de julio de 1988, §172.

*no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas*⁴¹¹.

Asimismo, en el caso Campo Algodonero, la Corte IDH señaló lo siguiente:

México no demostró haber adoptado las medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida. El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder horas valiosas. En el período entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor una vez éstas no repercutieron en acciones de búsqueda específicas. Además, las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas que daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez llevan al Tribunal razonablemente a concluir que hubo demoras injustificadas luego de las presentaciones de las denuncias de desaparición. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará⁴¹².

En efecto, la Corte IDH reiteró el estándar de debida diligencia y lo definió con mayor precisión, especificando que la responsabilidad del Estado se encontraba condicionada a que el Estado tenga el conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato y cuente con las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁴¹³.

⁴¹¹ CORTE IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, §140.

⁴¹² CORTE IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009, §284. (El subrayado es propio).

⁴¹³ Ídem., §123.

Esta última precisión es importante ya que bajo el principio general de la responsabilidad, el Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares⁴¹⁴. Por ello es importante que la Corte IDH haya fijado un límite a dicha responsabilidad al exigir que el Estado tenga el conocimiento no solo del riesgo general sino de un riesgo particularizado referido a una víctima o un grupo determinado. Por otro lado, en el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, la Corte IDH sostuvo que el Estado viola sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos no solo cuando lleva a cabo ejecuciones extrajudiciales sino también cuando las tolera, cuando no las investiga de manera adecuada y cuando no las sanciona de manera efectiva⁴¹⁵. Por todo ello se puede afirmar que en el ámbito específico de los derechos humanos, existen deberes que, cuando el Estado omite, generan responsabilidad internacional.

De igual manera, en el ámbito del DIH, existen obligaciones que los Estados han de tener en cuenta a fin de cumplir con su debida diligencia. A modo de ejemplo se puede citar el artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949, en el cual se estipula que los Estados tienen la obligación de hacer respetar las normas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949. En ese sentido, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado se recalca dicha obligación:

⁴¹⁴ CORTE IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, §123; CORTE IDH. Caso Ríos y otros vs Venezuela, Excepciones preliminares, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de enero de 2009, §110; CORTE IDH. Caso Perozo y otros vs Venezuela, Excepciones preliminares, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de enero de 2009, §121.

⁴¹⁵ CORTE IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, §124.

La Corte desea asimismo poner de relieve que el artículo 1 del Cuarto Convenio de Ginebra, disposición común a los cuatro Convenios de Ginebra, estipula que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias" De esa disposición se desprende que todo Estado parte en dicho Convenio, sea o no parte en un conflicto determinado, tiene la obligación de hacer que se cumplan las exigencias impuestas por los instrumentos en cuestión⁴¹⁶.

Asimismo se puede citar el artículo 43 del Reglamento de la Haya en el cual se establece la obligación del Estado ocupante de tomar todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar el orden y la vida públicos. Este artículo fue utilizado por la CIJ para determinar la responsabilidad del Estado de Uganda en el caso de Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda). La CIJ señaló que debido a que el Estado de Uganda ocupaba el distrito de Ituri, distrito parte del territorio de la República Democrática del Congo, bajo el artículo 43 del Reglamento de la Haya, Uganda tenía la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prever las violaciones a los derechos humanos y al DIH⁴¹⁷.

En el caso de las EMSP, el Estado contratante no es el único que debe tener la debida diligencia en implementar mecanismos que prevengan, investiguen, castiguen y repararen las violaciones al DIH y derechos humanos cometidos por las EMSP. En ese sentido, el Estado territorial tiene la misma obligación bajo el artículo 1 de los Convenios de Ginebra. Dicho Estado es aquel en donde operan las EMSP; por tanto se presume que dicho Estado tiene la capacidad de controlar dichas actividades en

⁴¹⁶ CIJ. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, §158.

⁴¹⁷ CIJ. Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, § 178.

la medida que se encuentra en su territorio y el Estado ejerce control sobre su territorio⁴¹⁸. Sin embargo, esta presunción no siempre es válida ya que se puede tratar de un Estado que carece de dicha capacidad o que se encuentra en una situación de ocupación. No obstante, en los casos que sí posea la capacidad de controlar su territorio, el Estado territorial tiene la obligación de tomar medidas para prevenir, investigar, castigar y reparar las violaciones al DIH y derechos humanos.

Por otro lado, el Estado de origen también tiene ciertas obligaciones respecto a la actuación de las EMSP. En ese sentido, el principio de no intervención⁴¹⁹ le impone un deber de diligencia al Estado de origen de prevenir que la EMSP realice actividades en otro Estado que puedan interferir en sus asuntos internos⁴²⁰.

En adición, sobre los Estados contratantes, John Ruggie ha señalado en su Informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, que si el Estado contratante no adopta las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por

⁴¹⁸ TONKIN, Hannah. *Ob. cit.*, pp. 123-171.

⁴¹⁹ Este principio ha sido desarrollado por distintas resoluciones de la Asamblea General como por ejemplo la Resolución 375 (1949) – el Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados y la Resolución 2131 (1965) – Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Ambas resoluciones señalan que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de intervenir en los asuntos externos e internos de otro Estado. Asimismo, la Resolución 2625 (1970) – Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, desarrolla dicho principio. Asimismo, el principio de no intervención ha sido reafirmado por la jurisprudencia de la CIJ en los el asunto de Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos) y en el de las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda). Ver: CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia de méritos del 27 de junio de 1986, § 205; CIJ. Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda), §162 – 165.

⁴²⁰ TONKIN, Hannah. *Ob.cit.*, pp. 229-259.

agentes privados, el Estado deberá asumir su responsabilidad internacional por la falta de diligencia⁴²¹.

Los casos mencionados anteriormente son algunos de los muchos que podrían generar la responsabilidad del Estado por la falta de debida diligencia ante la violación de los derechos humanos y del DIH por parte de las EMSP. Sin embargo, con aquellos ejemplos queda demostrado que no solo se puede atribuir responsabilidad demostrando que la EMSP actúa como un órgano o entidad del Estado sino que también es posible la atribución de responsabilidad si el Estado no realiza acciones para cumplir con sus obligaciones de prevención y sanción.

1.4. La no existencia de eximentes de responsabilidad a la luz del DIH

De acuerdo con el proyecto de artículos de responsabilidad del Estado, existen determinadas circunstancias bajo las cuales el acto no es ilícito. Los eximentes de responsabilidad listados en el proyecto son: consentimiento, legítima defensa, contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad⁴²². Sin embargo, en el proyecto también se señala que ninguna de esas circunstancias exime de responsabilidad si se ha producido la violación de normas imperativas del Derecho internacional, es decir de normas de *ius cogens*⁴²³.

⁴²¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

⁴²² Artículo 20 - 26 del proyecto de responsabilidad del Estado.

⁴²³ Artículo 26 del Proyecto de artículos de responsabilidad del Estado. Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, una norma de *ius cogens* es aquella “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En el caso de la presente investigación, la pregunta adecuada sería si cabe algún eximente de responsabilidad cuando – en caso se pueda atribuir el comportamiento de una EMSP a un Estado – la EMSP incurra en violaciones al DIH y a los derechos humanos. Al respecto cabe señalar que la CIJ, el Tribunal Penal para ex Yugoslavia y la CDI consideran que las normas básicas del DIH, como por ejemplo el artículo 3 común⁴²⁴ a los cuatro convenios de Ginebra, son de carácter imperativo⁴²⁵. Además, es importante resaltar que la mayoría de normas del DIH están dirigidas a la protección de los derechos básicos de la población civil por lo que se puede deducir que aquellos serán los derechos que, al ser violados, no cabrá excepción alguna que exima dicha responsabilidad. A continuación se realizará un breve análisis sobre cada una de las eximentes de responsabilidad para comprobar su aplicación en caso de violaciones al DIH y a los derechos humanos.

Sobre el consentimiento, eximente contemplado en el artículo 20 del proyecto de responsabilidad del Estado, los artículos 51, 52, 131 y 148 respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra son claros al señalar que ningún Estado puede exonerar de responsabilidad a otro Estado ante la comisión de infracciones de dichos convenios; por tanto el consentimiento queda descartado. Respecto a la legítima defensa, la CDI señaló en sus comentarios que dicha circunstancia no eximía de responsabilidad a los Estados cuando se trataba de violaciones al DIH o a las provisiones de derechos humanos no derogables, por ejemplo en momentos de

⁴²⁴ El artículo 3 contiene derechos inderogables ya que constituyen el fundamento del respeto por la persona. Asimismo su contenido coincide con las disposiciones inderogables que se encuentran en diversos instrumentos de derechos humanos como el artículo 27 de la CADH o el artículo 4 del PIDCP; formando de esa manera el núcleo duro de los derechos humanos.

⁴²⁵ CIJ. Opinión Consultiva sobre la ilicitud del empleo y de la amenaza de empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996, §79; CDI, *Ob. cit.*, p.46; TPIY. Fiscal v. Zoran Kupreškić y otros, Caso N° IT-95-16-T, Sentencia del 14 de enero de 2000, § 520; TPIY. Fiscal v. **Furundžija**, Caso IT-95-17/1-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, §153.

emergencia pública, como las que se encuentran en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos o el artículo 4 del Protocolo internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴²⁶.

Otro eximente de responsabilidad son las contramedidas, también conocidas como represalias, en razón de un hecho internacionalmente ilícito. De acuerdo al DIH, las represalias están prohibidas ya que afectan las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos. En realidad no cabe la adopción de contramedidas que impliquen el uso de la fuerza armada en las obligaciones internacionales; por tanto, ante la violación de DIH y los derechos humanos por parte de las EMSP, no se podría argumentar que dichos actos fueron efectuados como una contramedida.

Distinto es el caso de la fuerza mayor, en el cual, la ilicitud del hecho de un Estado queda excluida debido a la existencia de una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto ajeno al control del Estado. Por ejemplo, si un avión maniobrado por la EMSP cae en un pueblo producto de un tornado, en ese caso no habría hecho ilícito ya que la naturaleza no se encuentra bajo el control del Estado, por lo que dicha situación no es algo que el Estado pudiera prever o controlar. Por otro lado, respecto al peligro extremo, el artículo 24 del proyecto de responsabilidad del Estado señala que la ilicitud quedará excluida si el autor de dicho ilícito lo cometió para salvar su vida o la vida de otras personas. En ese sentido, los comentarios de la CDI señalan que la ilicitud podrá ser excluida solo cuando los intereses que se intentan proteger

⁴²⁶ CDI (b). *Ob. cit.*p.180, §3.

son claramente superiores a los demás intereses en esas circunstancias⁴²⁷. Sin embargo, en el caso de las EMSP se considera que no se podría invocar este eximente ya que se trata de violaciones al DIH y a los derechos humanos básicos como por ejemplo la tortura.

Por último, el estado de necesidad puede ser invocado cuando la única forma del Estado de salvaguardar un interés fundamental es no cumpliendo otra obligación internacional de menor importancia. No obstante, como ya se ha mencionado, muchas de las normas del DIH y de los derechos humanos, como el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, son considerados como *ius cogens* por lo que dichas obligaciones internacionales prevalecerán sobre cualquier otro interés que pudiera tener el Estado. En suma, el único caso en el cual se podría considerar eximir la ilicitud de un comportamiento del Estado (cometido por las EMSP) sería el de fuerza mayor ya que es una situación que se encuentra fuera de la esfera de control del Estado. En las demás situaciones, ante las violaciones al DIH y derechos humanos, no se podrá invocar cualquier otra eximente⁴²⁸.

1.5. Obligaciones para el Estado responsable

Si se logra establecer la responsabilidad del Estado, por las violaciones de las EMSP al DIH, derechos humanos y/o DPI, surgen las obligaciones del Estado infractor reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación⁴²⁹.

⁴²⁷ CDI (b). *Ob. cit.* p.199.

⁴²⁸ Para mayor información ver: SASSÒLI, Marco. *Ob. cit.*, pp.401 - 434.

⁴²⁹ GONZÁLEZ, Silvina. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al Derecho internacional general*. Avellaneda: SGN Editora, 2013, pp.83 – ss; CORTE IDH. Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005, §146.

Respecto a la reparación, ésta debe intentar ser, en la medida de lo posible, una plena restitución con lo cual se debe restablecer la situación anterior a la violación. Asimismo, cabe señalar que la reparación puede adoptar tres formas: Compensación, Restitución y Satisfacción, formas que deberán de evaluarse caso por caso, dependiendo del daño causado.

Por ejemplo, en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, la Corte IDH determinó la responsabilidad estatal de Colombia por los actos cometidos por sus agentes:

123. En síntesis, una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. [...] ⁴³⁰.

En ese sentido, la Corte reiteró que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño debe ser reparado adecuadamente⁴³¹ y es por ello que ordenó compensar a los familiares de las víctimas por daño material e inmaterial. Además, ordenó medidas de satisfacción para reparar el daño inmaterial debido a la gravedad de los hechos del caso. Las medidas fueron: (a) obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; (b) identificación de las víctimas de la masacre de Mapiripán y sus familiares; (c) el Estado debe de designar un mecanismo oficial de seguimiento de cumplimiento de

⁴³⁰ CORTE IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 de Setiembre de 2005, §123. Énfasis propio.

⁴³¹ *Ibíd.*, §242.

las reparaciones ordenadas; (d) el Estado debe dar un tratamiento adecuado a los familiares de las víctimas; (e) una disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional; (f) la construcción de un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Mapiripán; (g) capacitar a los miembros armados del Estado en derechos humanos y en DIH y (h) publicar las partes pertinentes de la sentencia⁴³².

En el caso de las EMSP, el Estado responsable debería de compensar monetariamente a las víctimas y a sus familias y se le deberían de imponer medidas de satisfacción parecidas a las mencionadas en el caso mencionado anteriormente además de ordenar la implementación en su sistema nacional de las normas respectivas a la regulación apropiada de las EMSP.

En ese sentido, el único documento no vinculante de los tres estudiados en el segundo capítulo de la presente investigación que se pronuncia respecto a las obligaciones del Estado hallado responsable es el Documento de Montreux el cual señala que cuando la conducta ilícita de las EMSP sea imputable al Estado contratante, el Estado tiene la obligación de conceder reparaciones por las violaciones al DIH y derechos humanos⁴³³. Por ello, se considera que el Proyecto de Convención sobre EMSP debería modificarse e incluir una disposición al respecto.

⁴³² *Ibíd.*, §294 - 318.

⁴³³ Documento de Montreux, 17 de setiembre de 2008, Sección A, numeral 8 de la primera parte.

2. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL PARA EL PERSONAL DE LAS EMSP

En la sección anterior se analizó la responsabilidad estatal por la violación al DIH y a los derechos humanos por parte de las EMSP. No obstante, como se mencionó al principio de este capítulo, los Estados no son los únicos responsables de dichas acciones ya que, el personal de las EMSP, como cualquier otro individuo, también tiene obligaciones bajo dichos regímenes y por tanto, será responsable por las violaciones que haya cometido o que haya ordenado cometer⁴³⁴. Sin embargo, surge la siguiente pregunta: ¿Ante qué tribunal se pueden realizar dichas imputaciones?

Una primera respuesta es considerar a los tribunales nacionales como los encargados de juzgar dichas violaciones. En ese sentido, existen varias posibilidades ya que se podría acudir a los tribunales nacionales del Estado en el que se desarrollan las actividades de las EMSP, o acudir al Estado de origen o al Estado que contrató con dichas entidades. Más aún, es importante volver a señalar que todos los Estados están obligados a respetar y asegurar el respeto de los Convenios de Ginebra y, en caso también sean Estados parte del Protocolo Adicional I, también tendrían la capacidad de ejercer la jurisdicción universal ante una infracción grave a dichos Convenios⁴³⁵.

⁴³⁴ Artículo 49 del I Convenio de Ginebra, artículo 50 del II Convenio de Ginebra, artículo 129 del III Convenio de Ginebra, artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, artículo 85 del Protocolo Adicional I; SEIBERTH, Corinna. *Private military and security companies in international law : a challenge for non-binding norms: the Montreux Document and the International Code of Conduct for Private Security Providers*. Portland: Intersentia, 2014, p. 106; THURER, Daniel (b). *Ob.cit.*, p. 258; CASSESE, Antonio (c). *International Criminal Law, Oxford: Oxford University Press, 2008*, p.11 y JØRGENSEN, Nina. "Individual criminal responsibility under International Law", *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 139-158.

⁴³⁵ La jurisdicción universal implica que cualquier Estado tiene la jurisdicción de juzgar dichos crímenes sin importar la nacionalidad del perpetrador o el territorio en donde se cometió dicho crimen. Véase: Norma 156 y 157 del Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario, Vol. 87, Nº 857, Marzo de 2005; GOLDMANN, Matthias. "Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, January 2009.

No obstante, los casos contra el personal de las EMSP en tribunales nacionales suelen presentar algunas dificultades. Por ejemplo, muchas veces el Estado territorial no tiene la capacidad de tomar medidas legales en contra de dicho personal porque se encuentra inestable y sin un poder judicial que funcione de manera adecuada⁴³⁶. Asimismo, se ha dado el caso en el cual el Estado territorial otorga la inmunidad a dicho personal mediante un acuerdo entre el Estado contratante y el Estado territorial. El ejemplo emblemático es el de Estados Unidos con la Autoridad provisional de la Coalición en Irak (*Coalition Provision Authority*), Estados que hasta el 2008 mantenían un acuerdo de inmunidad (*Status of Force Agreements – SOFA’s*) para que el personal de las EMSP estadounidenses no sea juzgado en tribunales iraquíes⁴³⁷. Por otro lado, los Estados de origen o los contratantes, por lo general, no tienen los mecanismos adecuados para procesar dicho crímenes o dichos mecanismos no han sido efectivos para enjuiciar al personal de las EMSP como lo muestra la práctica nacional de los Estados Unidos⁴³⁸. De igual manera, muchos Estados carecen de la legislación necesaria respecto a las EMSP por lo que son incapaces de iniciar procesos en contra de ellos⁴³⁹.

Sin embargo, ante la comisión de crímenes internacionales como los crímenes de guerra⁴⁴⁰, el genocidio, crímenes de lesa humanidad y agresión, la Corte Penal internacional (CPI) tiene, de manera complementaria⁴⁴¹, la competencia para juzgar

⁴³⁶ SEIBERTH, Corinna. *Ob. cit.*, p.113.

⁴³⁷ Ver nota 82 *infra* del primer capítulo.

⁴³⁸ Ver sección 3.1 *infra* del segundo capítulo. También véase: LEHNARDT, Chia (b). “Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 5, 2008, pp. 1031-1032.

⁴³⁹ Ver sección 3 *infra* del segundo capítulo.

⁴⁴⁰ Se debe recordar que todas las infracciones graves a los Convenios de Ginebra configuran los crímenes de guerra. Ver: HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Ob.cit.*, pp.643-682.

⁴⁴¹ El principio de complementariedad se encuentra establecido en el preámbulo del Estatuto de Roma y en el artículo 1 y 17 del mismo instrumento. Este principio señala que aunque el Estado tiene la

a aquellos individuos que cometan dichas violaciones y eso incluye al personal de las EMSP⁴⁴². En efecto, cualquier individuo miembro de las EMSP podría cometer crímenes de guerra ya que no es necesario ser miembro de las fuerzas armadas para perpetrar un crimen de guerra siempre y cuando actúe en el marco de un conflicto armado y se establezca el nexo requerido⁴⁴³. De igual manera, no se necesita tener la calidad de miembro de la fuerza armada para cometer el crimen de genocidio o de lesa humanidad. Teóricamente, el personal de una EMSP podría ser juzgado en la CPI siempre y cuando se cumplan los requisitos jurisdiccionales⁴⁴⁴ y los criterios de admisibilidad establecidos en el Estatuto de Roma⁴⁴⁵.

Pero, ¿hasta dónde podrían llegar las acusaciones de la CPI en la cadena de mando de la organización de una EMSP?. Es decir, es posible atribuir la responsabilidad

responsabilidad primaria de investigar y judicializar crímenes bajo el Derecho internacional, la CPI puede cooperar con la judicialización, lo cual no implica la primacía de un sistema sobre el otro. La CPI tendrá competencia complementaria cuando: (i) el Estado no pueda realizar la investigación y enjuiciamiento del asunto controvertido o (ii) no se encuentre dispuesto a realizar la investigación y enjuiciamiento del asunto controvertido. Ver: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ra edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 174-186.

⁴⁴² GILLARD, Emanuela-Chiara. *Ob.cit.*, p.542; DOSWALD-BECK, Louise. "Private military companies under international humanitarian law". En: CHESTERMAN, Simon y Chia LEHNARDT (editores). *From Mercenaries to Market: the rise and regulation of private military companies*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 134.

⁴⁴³ Norma 156 del Estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR; DÖRMANN, Knut. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.34-37; HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Ob. cit.*, pp. 648-649. Asimismo, la sentencia de Thomas Lubanga de la CPI demuestra que se puede investigar, enjuiciar y condenar a una persona que no es parte de las fuerzas armadas de un Estado por crímenes de guerra.

⁴⁴⁴ Se debe recordar que la jurisdicción de la CPI, *rationi temporis*, rige a partir del 1 de julio de 2002, se aplica a los Estados parte del ER, a pedido de un Estado parte, de *proprio motu*, por el fiscal o del Consejo de Seguridad y es solo para los crímenes de guerra, de lesa humanidad, el genocidio y crímenes de agresión. Para mayor información ver: Artículos 5, 11, 12 y 13 del Estatuto de Roma; SCHABAS, William. *Ob. cit.*, pp.58-170.

⁴⁴⁵ La jurisdicción de la CPI se rige por el principio de complementariedad, y para que la situación sea admitida debe cumplir, además de la admisibilidad y complementariedad, con el requisito de gravedad y de interés de la justicia. Ver: Preámbulo, artículo 15 y 17 del Estatuto de Roma; CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, pp.342-344. La presente investigación no analizará la atribución de responsabilidad del autor directo por considerar que no existe vacío normativo al respecto. Véase artículo 25 del Estatuto de Roma.

penal más allá de los propios perpetradores y llegar a los gerentes o inclusive a los directores de las EMSP? En las siguientes secciones se responderá a dicha pregunta explorando principalmente la doctrina de la responsabilidad del superior y la responsabilidad por autoría mediata.

2.1. La doctrina de la responsabilidad de los superiores jerárquicos

La doctrina de la responsabilidad de los superiores jerárquicos señala que los jefes tendrán la responsabilidad penal por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Además es un principio del DIH consuetudinario que se aplica en contextos de conflicto armado internacional así como en conflictos armados no internacionales⁴⁴⁶.

Esta norma fue desarrollada y utilizada en los juicios posteriores a la segunda guerra mundial, en especial en los Tribunales de Núremberg y el lejano oriente, en donde varios jefes militares fueron condenados por los crímenes de sus subordinados⁴⁴⁷. Asimismo, es importante recordar que para la aplicación de este principio es necesario probar la existencia de un vínculo entre la conducta criminal y el conflicto armado. En otras palabras, la conducta que va a ser atribuida debe haberse en el

⁴⁴⁶ Norma 153 del Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Ob. cit.*, p.632-634. En efecto, el TPYI ha señalado que el principio de responsabilidad del superior también aplica en un conflicto no internacional. Véase: TPIY. Fiscal v. Hadzihasanovic y Kubura (“Central Bosnia”), decisión sobre el recurso interlocutorio de incompetencia en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, Caso Nº IT-01-47-AR72, Sala de apelaciones, 16 de julio de 2003, §37-57.

⁴⁴⁷ En ese sentido, Tribunal Militar internacional de Tokyo encontró culpable al primer ministro Hideki Tojo por omisión en la medida que no castigó a los que cometieron violaciones en contra de los prisioneros de guerra y no realizó ninguna medida para prevenir dichas violaciones en el futuro. Ver: BOISTER, Neil y Robert CRYER (editores) *Documents on the Tokyo international military tribunal, Charter, Indictment and Judgment*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p 624; CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, pp.236 - 252 y Tribunal Militar de Núremberg. The High Command Trial case (Estados Unidos vs Wilhelm von Leeb et al.), Sentencia del 27 de octubre de 1948, §543.

contexto de un conflicto armado y no ser una conducta aislada⁴⁴⁸. Por ejemplo, en el caso de las EMSP, las torturas cometidas contra los prisioneros en Abu Ghraib clasificarían como crímenes de guerra ya que existe el nexo entre la violación cometida con el conflicto armado⁴⁴⁹. Los elementos necesarios para aplicar la responsabilidad del superior jerárquico, en líneas generales, implican que el sujeto sea un superior militar o civil y: (i) tenga una relación de superioridad (de *iure* o *de facto*) con respecto al subordinado (ii) tenga conocimiento o deliberadamente omita información que indique que sus subordinados cometen crímenes o que se proponían cometerlos; y (iii) que no se adopten las medidas necesarias y razonables para la prevención de violaciones o para la represión de la comisión de las mismas⁴⁵⁰.

El Estatuto de Roma codifica dicho principio en el artículo 28, tomando en consideración dos posibles situaciones. En el literal “a” se codifica la responsabilidad penal para el jefe militar o afín⁴⁵¹, es decir para el comando militar. A modo de ejemplo se puede citar el caso de Bosco Ntaganda, donde la Fiscalía de la CPI presentó cargos bajo responsabilidad del superior según el artículo 28 literal a.

164. The Chamber recalls that, in order to make a finding on Mr. Ntaganda’s criminal responsibility based on the mode of liability set forth in article 28 (a) of the Statute, the following objective and subjective elements must be fulfilled:

- (a) the suspect must be either a military commander or a person effectively acting as such; (b) the suspect must have effective command and control, or

⁴⁴⁸ Para mayor información ver: TPIY. Fiscal vs Kunarac, Kovac y Vukovid (“Foca”), caso N° IT-96-23-T, Sala de apelaciones, Decisión del 12 de junio de 2002, §58; QUIRICO, Ottavio (b). “The Criminal Responsibility of Private Military and Security Company Personnel under International Humanitarian Law”. En: FRANCIANNI, Francesco y Natalino RONZITTI. *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 431.

⁴⁴⁹ Para mayor información sobre el caso véase infra capítulo 1, sección 2.2.1.

⁴⁵⁰ Estos elementos se desprenden de la lectura del artículo 28 literal a y b el Estatuto de Roma.

⁴⁵¹ Artículo 28 (a) del Estatuto de Roma; CPI. Situación en la República Centroafricana. Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, §408; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 9 de junio de 2014, §164-167.

effective authority and control over the forces (subordinates) who committed one or more of the crimes set out in articles 6 to 8 of the Statute; (c) the crimes committed by the forces (subordinates) resulted from the suspect's failure to exercise control properly over them; (d) the suspect either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces (subordinates) were committing or about to commit one or more of the crimes set out in article 6 to 8 of the Statute; and (e) the suspect failed to take the necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of such crime(s) or failed to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

165. Based on the evidence presented, the Chamber finds that, in the alternative Mr. Ntaganda is criminally responsible pursuant to article 28 (a) of the Statute for the crimes set forth in: (i) counts 1 to 5, 10 to 13, 17 to 18 during the *First Attacks*; (ii) counts 1 to 5, 7, 8, 10 to 13, 17 and 18 during the *Second Attack*; and (iii) counts 6, 9 and 14 to 16, during the *Non-international Armed Conflict*.

166. The Chamber concludes that, taken together, the first two elements have been satisfied. As stated previously, Mr. Ntaganda was a military commander in the UPC/FPLC and had effective command and control over the UPC/FPLC troops during the period relevant to the charges. The Chamber further specifies that, contrary to the submissions presented by the Defense, Mr. Ntaganda's command and control also extended over the civilians within the UPC/FPLC, considering that he possessed certain of these civilians as "our combatants" and, in addition, he armed and instructed some of them to kill and oust the Lendu.

167. The Chamber further finds that the fourth element has also been met. For the reasons set out below, the evidence reveals that Mr. Ntaganda knew that UPC/FPLC members and/or Hema civilians were committing or about to commit the crimes specified by the Chamber previously⁴⁵².

En cambio en el literal "b" se codifica el crimen para los casos que no cubre el literal "a", es decir para la autoridad civil⁴⁵³. Esto último se debe a que la responsabilidad de

⁴⁵² CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 9 de junio de 2014, §164-167. Se han omitido las referencias propias de la sentencia.

⁴⁵³ Artículo 28 (b) del Estatuto de Roma.

los crímenes de guerra cometidos por los subordinados puede recaer en el personal militar⁴⁵⁴ pero también, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, puede recaer en civiles y en cualquier persona que se encuentre en una posición de superioridad ya que las órdenes también pueden proceder de ellos⁴⁵⁵.

Por ejemplo, en el caso Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para la Rwanda señaló que el burgomaestre Jean Paul Akayesu, como autoridad local, era el responsable de mantener la ley y el orden público en la comuna Taba y que por tanto; el conocimiento de las matanzas que ocurrían contra la etnia Tutsi y el presenciar dichas violaciones sin oposición alguna generó su responsabilidad individual penal.

704. The Chamber finds that, as pertains to the acts alleged in paragraph 12, it has been established that, throughout the period covered in the Indictment, Akayesu, in his capacity as bourgmestre, was responsible for maintaining law and public order in the commune of Taba and that he had effective authority over the communal police. Moreover, as "leader" of Taba commune, of which he was one of the most prominent figures, the inhabitants respected him and followed his orders. Akayesu himself admitted before the Chamber that he had the power to assemble the population and that they obeyed his instructions. It has also been proven that a very large number of Tutsi were killed in Taba between 7 April and the end of June 1994, while Akayesu was bourgmestre of the Commune. Knowing of such killings, he opposed them and attempted to prevent them only until 18 April 1994, date after which he not only stopped trying to maintain law and order in his commune, but was also present during the acts of violence and killings, and sometimes even gave orders himself for bodily or mental harm to be caused to certain Tutsi, and endorsed and even ordered the killing of several Tutsi.

705. In the opinion of the Chamber, the said acts indeed incur the individual criminal responsibility of Akayesu for having ordered, committed, or otherwise aided and abetted in the preparation or execution of the killing of and causing serious bodily or mental harm to members of the Tutsi group. Indeed, the Chamber holds that the fact that Akayesu, as a local authority, failed to oppose such killings and serious bodily or

⁴⁵⁴ TPIY. Fiscal v. Delalić y otros, caso N° IT-96-21-T, Sentencia del 16 de noviembre de 1998, §372.

⁴⁵⁵ Norma 152 de las normas consuetudinarias del CICR.

mental harm constituted a form of tacit encouragement, which was compounded by being present to such criminal acts⁴⁵⁶.

De igual manera, en el caso campo Celebici, la sala de apelaciones señaló que en efecto, es posible que los líderes civiles incurran en responsabilidad penal por las acciones cometidas por sus subordinados u otras personas que se encuentran bajo su control efectivo.

(...) In this respect, the Appeals Chamber does not consider that the rule is controversial that civilian leaders may incur responsibility in relation to acts committed by their subordinates or other persons under their effective control⁴⁵⁷.

No obstante, si bien es cierto, la doctrina del superior jerárquico puede aplicarse para militares o civiles, los elementos (*actus reus*⁴⁵⁸ y *mens rea*⁴⁵⁹) que configuran esta responsabilidad difieren en la medida que las obligaciones para un militar no son las mismas que las de un civil⁴⁶⁰. Esto se ve reflejada principalmente en la distinta tipificación de ambos, los cuales se encuentran diferenciados por distintos literales y contienen distintos elementos⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ TPIR. Fiscal vs Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, §704- 705. De igual manera en: TPIR. Fiscal v. Kayishema y Ruzindana, caso N° ICTR-95-1-A, Sentencia del 1 de junio de 2001, §294. (Subrayado propio)

⁴⁵⁷ TPIY. Fiscal vs Delalić y otros (Campo Celebici), caso N° IT-96-21-T, Sala de Apelaciones, decisión del 20 de febrero de 2000, §196.

⁴⁵⁸ El *actus reus* se refiere a la conducta en sí misma, es decir, al acto u omisión contraria a una norma que impone un determinado comportamiento. Véase CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, p.53.

⁴⁵⁹ El *mens rea* es el estado mental, el elemento subjetivo y psicológico que depende del crimen que se quiere imputar. Por ejemplo, para el crimen de genocidio es necesario probar la intención del individuo de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Para mayor información ver: CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, pp.56-69. Además ver sección 2.1.1. *supra* del presente capítulo para el análisis de los elementos de la responsabilidad del superior.

⁴⁶⁰ TPIY. Fiscal vs Zlatko Aleksovski, caso N° IT-95-14/1-T, decisión del 25 de junio de 1999, §78; AMBOS, Kai (a). "Superior Responsibility". En: CASSESE, Antonio, Paola GAETA y John R.W.D.JONES (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Vol. 3, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp.830-ss.

⁴⁶¹ Para mayor información ver siguiente sección.

Probablemente dicha diferenciación se deba a que la jerarquía en la estructura militar permite una disciplina organizada y facilita la existencia de mecanismos que obligan a los subordinados a cumplir con las órdenes superiores⁴⁶². Caso distinto es el de los civiles, en donde la jerarquía y disciplina militar no se aplican de manera tan estricta o con tanta formalidad.

2.1.1 Condiciones para la existencia de la responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior se encuentra codificada en el artículo 86.2 del Protocolo Adicional I, en el cual se señala:

El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si o tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

También fue recogida en los estatutos de los tribunales internacionales ad hoc de Yugoslavia y de Ruanda.

El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículo 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se apresaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores⁴⁶³.

⁴⁶² METTRAUX, Guenael. "Military Commanders, Civilian Leaders, and Other Superiors, whether De Jure or De Facto", *The Law of Command Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 100.

⁴⁶³ Artículo 7.3 del Estatuto para el Tribunal penal internacional de la ex Yugoslavia. El artículo 6.3 del Estatuto para el Tribunal penal internacional para Rwanda utiliza el mismo lenguaje.

De la misma manera, dicha norma se confirma el Estatuto de Roma en el artículo 28 literal a para mandos militares y literal b para civiles:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En ese sentido, ambos literales establecen elementos distintos los cuales se detallan a continuación:

ARTÍCULO 28		
	LITERAL A	LITERAL B
SUJETO	Jefe militar (o el que actúe efectivamente) / jefe de facto de grupos armados irregulares. (<i>Actus reus</i>)	Autoridad civil. (<i>Actus reus</i>)
¿POR QUÉ SERÁ RESPONSABLE?	Por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo / Autoridad y control efectivo. (<i>Actus reus</i>)	Por los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. (<i>Actus reus</i>)
ELEMENTOS	Hubiese sabido o hubiere debido saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo o se proponían a cometer crímenes en razón de las circunstancias del momento. (<i>Mens rea</i>)	Hubiese tenido conocimiento o hubiere hecho caso omiso a la información que indicase que se cometían o se proponían a cometer crímenes. (<i>Mens rea</i>)
	No adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión o poner en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. (<i>Actus reus</i>)	No adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir o poner en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. (<i>Actus reus</i>)
		Los crímenes deben guardar relación con las actividades bajo su responsabilidad y control efectivo. (<i>Actus reus</i>)

Fuente: Elaboración propia. En base al artículo 28 del Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI⁴⁶⁴.

Como se aprecia en el cuadro, existen algunas diferencias entre ambos literales⁴⁶⁵. En primer lugar, como ya se ha establecido, un literal se dirige a los jefes militares o afines, mientras que el otro regula a las autoridades civiles. En segundo lugar, los jefes militares serán responsables por dos tipos de actos: (i) los actos cometidos por sus fuerzas bajo su mando y control efectivo o (ii) los actos cometidos por sus fuerzas bajo su autoridad y control efectivo. Esto se diferencia del literal que regula a las autoridades civiles ya que ellas solo serán responsables cuando tengan autoridad y control efectivo. En esa línea, Kai Ambos señala que los términos “mando” y “autoridad” implican tener el control y que la diferencia es formal ya que se ha de entender que el jefe militar tiene el mando en un sentido material porque puede ordenar una conducta o la aplicación de alguna directiva mientras que el término

⁴⁶⁴ CPI. Situación en la República Centroafricana. Fiscal vs. Jean- Pierre Bemba Gombo, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, §408; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 9 de junio de 2014, §164-167.

⁴⁶⁵ La diferencia entre cada elemento se explicará con más detalle en la siguiente sección.

autoridad se relaciona con el derecho de ordenar⁴⁶⁶. En tercer lugar, en ambos casos se exige que el control sea efectivo, aunque se hace un mayor énfasis respecto a las autoridades civiles, limitando la responsabilidad de los civiles a comparación de los jefes militares. Ello se debe a que, de acuerdo con el tercer elemento mencionado en el artículo 28 literal b del Estatuto de Roma, solo se podrá imputar, a las autoridades civiles, actividades que se encuentren bajo su responsabilidad, dejando fuera todas aquellas actividades que no estén relacionadas al trabajo de sus subordinados. Caso contrario es el *actus reus* de los jefes militares, a los cuales se les puede imputar casi todas las conductas de sus subordinados debido a la estructura jerárquica militar⁴⁶⁷.

Como se puede apreciar, de dichas normas se desprenden las tres condiciones ya mencionadas que constituyen el *actus reus* y *mens rea* de la figura del crimen las cuales son: (i) para que se configure un crimen mediante dicha modalidad, es necesario que exista una relación entre el superior y el subordinado; (ii) el jefe debe (o debió) saber sobre los crímenes que sus subordinados cometieron y (iii) a pesar de tener el conocimiento, el superior no investiga o denuncia dichas acciones. Dicho esto, a continuación se explicarán las tres condiciones necesarias para que los superiores sean responsables por la omisión de un delito cometido o a punto de ser cometido por un subordinado, tomando en cuenta los matices que diferencian la responsabilidad entre un militar y un civil⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ AMBOS, Kai (a). *Ob. cit.*, p.839; CPI. Situación en la República Centroafricana. Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, §408-ss.

⁴⁶⁷ *Ibíd.*, p.840. Asimismo es importante hacer hincapié en que cuando se habla de control efectivo, se ha de entender como la capacidad de prevenir y castigar los crímenes de otros y no confundir con el test de control efectivo que realizó la CIJ en el caso Nicaragua. Ver: METTRAUX, Guenael. *Ob. cit.*, p.111.

⁴⁶⁸ Para fines de esta investigación, solo se analizará la responsabilidad del superior en contextos de conflicto armado, es decir cuando se cometen crímenes de guerra ya que se busca probar la responsabilidad penal cuando se cometen violaciones al DIH por parte de las EMSP.

a) Relación entre el superior y el subordinado (actus reus)

En general, la relación que exige esta condición es que exista una autoridad efectiva mas no una autoridad formal o una estructura jerárquica. Asimismo, basta que exista un individuo en posición de autoridad para la existencia de dicha relación. Dicha posición de autoridad debe permitir al superior tener la capacidad material de evitar que se cometan crímenes y también debe poder reprimir dichas acciones⁴⁶⁹.

En compás con lo anterior, los tribunales penales internacionales han señalado que lo esencial para la existencia de una relación de subordinación es la existencia del control que el superior ejerza sobre los subordinados:

While the matter is, thus, not undisputed, it is the Trial Chamber's opinion that a position of command is indeed a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for command responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's de facto, as well as de jure, position as a commander⁴⁷⁰.

De lo anterior se puede inferir que lo importante es probar que el superior tenga la capacidad para prevenir y reprimir las comisiones de crímenes de sus subordinados. Por tanto, para probar el control efectivo por parte de los superiores a sus subordinados es necesaria la existencia de una organización y de un control efectivo.

⁴⁶⁹ CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, p.247.

⁴⁷⁰ TPIY. Fiscal vs Delalić y otros (Campo Celebici), caso N° IT-96-21-T, Sentencia del 16 de noviembre de 1998, §370. (Subrayado propio)

Por lo que atañe a los mandos militares, la organización no representa mayor obstáculo ya que toda fuerza armada cuenta con una organización jerárquica, es la naturaleza misma de dicha institución. Por su parte, las EMSP son entidades privadas cuyos superiores suelen ser civiles y, aunque no tienen la misma organización que las fuerzas militares, sí cuentan con una organización y jerarquía interna. Asimismo, cuando el personal de las EMSP participa en contextos de conflicto armado, su organización suele ser de acuerdo con los lineamientos militares⁴⁷¹. Además, de acuerdo al Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia, no es necesaria una organización sofisticada para la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior⁴⁷². En adición cabe señalar que la relación entre el superior y el subordinado también puede ser indirecta para los casos que involucren a los gerentes de entidades privadas⁴⁷³.

Respecto al control efectivo, el Tribunal Penal internacional para Rwanda ha señalado que la manera de llevar a cabo el control efectivo será distinto entre un jefe militar y un jefe civil debido a la naturaleza de cada uno.

52. Hence, the establishment of civilian superior responsibility requires proof beyond reasonable doubt that the accused exercised effective control over his subordinates, in the sense that he exercised a degree of control over them which is similar to the degree of control of military commanders. It is not suggested that “effective control” will necessarily be exercised by a civilian superior and by a military commander in the same way, or that it may necessarily be established in the same way in relation to both a civilian superior and a military commander.

55. The Appeals Chamber holds the view that the Trial Chamber’s approach to the notion of “effective control” in relation to civilian superior was erroneous in law, to the

⁴⁷¹ QUIRICO, Ottavio. *Ob. cit.*, p. 435.

⁴⁷² TPIY. Fiscal vs Delalić y otros (Campo Celebici), caso N° IT-96-21-T, Sala de Apelaciones, decisión del 20 de febrero de 2000, §193.

⁴⁷³ Este punto se explicará en la sección 2.2 *supra* del presente capítulo.

extent that it suggested that the control exercised by a civilian superior must be of the same nature as that exercised by a military commander. As the Appeals Chamber has already stated, this is not the case. It is sufficient that, for one reason or another, the accused exercises the required “degree” of control over his subordinates, namely, that of effective control⁴⁷⁴.

Una manera de inferir el control efectivo es la existencia de órdenes por parte del superior y de reportes en respuesta a dichas órdenes⁴⁷⁵. De tal manera, se comprueba la real existencia de una cadena de mando. En ese sentido, en el caso Ríos Montt, el tribunal utilizó como prueba los planes operativos militares que autorizó el general Ríos Montt y los reportes de los comandantes al general Ríos Montt – en donde se indicaba la existencia de vandalismo, violaciones, robos, entre otros crímenes cometidos por el ejército guatemalteco – para probar que la responsabilidad del superior del general⁴⁷⁶.

Por otra parte, el nivel de control efectivo de los superiores civiles se podrá determinar de otra manera como por ejemplo el hecho de que dentro de la organización, el individuo en cuestión ejerza una posición que le permita tener el control efectivo sobre el personal que lidera⁴⁷⁷. Consecuentemente en el caso del personal de las EMSP, sí se podría cumplir con este requisito aunque se tendría que realizar una evaluación caso por caso para determinar si efectivamente existe una organización y si efectivamente el superior puede ejercer un control efectivo sobre su personal.

⁴⁷⁴ TPIR. Fiscal vs Ignace Bagilishema, caso N° IT-95-1-A-A, Sala de Apelaciones, decisión del 3 de julio de 2002, §52 y 55. (Se han omitido las notas al pie de página del texto original y el subrayado es propio).

⁴⁷⁵ METTRAUX, Guenael. *Ob. cit.*, p.101.

⁴⁷⁶ FIDH. Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable, Informe 2013, p.18. [en línea] Consulta: 15 de setiembre de 2014. <http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf>; Tribunal Primero de Sentencia Penal Mayor Riesgo “A” de Guatemala (Caso Ríos Montt), Sentencia del 10 de mayo de 2013.

⁴⁷⁷ METTRAUX, Guenael. *Ob. cit.*, p.110.

b) Los jefes o mandos superiores sabían o deberían haber sabido (*mens rea*)

Con referencia al *mens rea*, es importante distinguir el *mens rea* del subordinado en la comisión de un crimen⁴⁷⁸ y el *mens rea* del superior. Esto es en razón a que la autoridad superior asume su responsabilidad por su propia acción u omisión, incumpliendo sus propias obligaciones⁴⁷⁹.

Respecto al *mens rea* del superior, la práctica estudiada por el CICR, señala que no es necesario que el conocimiento que tengan los superiores sobre los crímenes sea real y exhaustivo sino que por el contrario basta un conocimiento inferido⁴⁸⁰. Esto se deduce del lenguaje utilizado por los distintos tribunales para referirse sobre el tema. Por ejemplo, en los tribunales penales internacionales se utiliza la frase “*tenía razones para saber*”⁴⁸¹ mientras que, en el Protocolo Adicional I “[los superiores] sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento”⁴⁸². Asimismo, en el Tribunal Militar Internacional de Tokyo se utiliza la frase: “*es responsable de no haber estado al corriente*”⁴⁸³.

Sin embargo, el artículo 28 del ER establece dos estándares distintos de *mens rea* dependiendo de si se trata de un jefe militar o de una autoridad civil⁴⁸⁴. Estos estándares deben ser interpretados a la luz del artículo 30.3 del ER en el cual se establece que por “conocimiento” se debe entender como la conciencia de que existe

⁴⁷⁸ En ese sentido, la intención que tenga el subordinado para la comisión del crimen internacional (dolo del subordinado) no será relevante para determinar *mens rea* del superior.

⁴⁷⁹ CASSESE, Antonio (c). *Ob. cit.*, p.250.

⁴⁸⁰ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Ob. cit.*, p.635.

⁴⁸¹ Artículo 7.3 del Estatuto para el Tribunal penal internacional de la ex Yugoslavia y artículo 6.3 del Estatuto para el Tribunal penal internacional para Rwanda.

⁴⁸² Artículo 86.2 del Protocolo Adicional II.

⁴⁸³ BOISTER, Neil y Robert CRYER (editores). *Ob.cit.*, p.83, §48445.

⁴⁸⁴ También se coloca el *mens rea* de “hubiese sabido” (para jefes militares) y “hubiese tenido el conocimiento” (para autoridades civiles), los cuales se interpretan de la misma manera.

una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Es así que para el caso del jefe militar se coloca el estándar de “hubiera debido saber” lo cual implica un estado de negligencia mas no un conocimiento de la situación. En cambio, en el caso de la autoridad civil, se le exige que “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información”, es decir, la ignorancia consciente (“*wildful blindness*”). Este parámetro es más alto que el establecido para jefes militares ya que va más allá de la negligencia pues se trata de un acto imprudente ya que se debe probar que la autoridad sí sabía pero hizo caso omiso, por tanto es más complicado de aplicar⁴⁸⁵.

c) Medidas para prevenir o reprimir violaciones (actus reus)

Por último, el superior debe tomar medidas necesarias para prevenir o reprimir violaciones, obligación que es sumamente importante como lo mencionó la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas en su informe final sobre la situación de la ex Yugoslavia⁴⁸⁶. La importancia radica en que ante el incumplimiento de la prevención o represión se genera la responsabilidad por omisión con lo cual, a pesar de que el superior no ordenara la comisión de crímenes, si no toma las medidas necesarias para que no ocurran o, se entera y lo encubre, el superior sería responsable por dichas violaciones. Sin embargo, las medidas que se pueden exigir a un superior militar son distintas a las de un jefe civil según lo ha señalado por el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia.

This approach is appealing but raises the question of the nature of the powers in fact and in law which an accused's functions confer on him. Hierarchical power constitutes

⁴⁸⁵ AMBOS, Kai (a). *Ob cit.*, pp. 846-849.

⁴⁸⁶ Esta comisión fue establecida en virtud de la Resolución 780 del Consejo de Seguridad del 6 de octubre de 1992. Ver: SECURITY COUNCIL. *Final report of the Commission of experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, Resolution S/1994/674, 27th May 1994, §143-144.

the very foundation of responsibility under the terms of Article 7(3) of the Statute. In order to entail his responsibility under Article 7(3), whatever his status, the accused must first have superior authority. In this respect, the International Law Commission's conclusion that civilian authorities are superiors if they exercise a degree of control with respect to their subordinates similar to that of a military person in an analogous command position is a particularly relevant analytical aid. In the opinion of the Trial Chamber, a civilian must be characterised as a superior pursuant to Article 7(3) if he has the ability de jure or de facto to issue orders to prevent an offence and to sanction the perpetrators thereof. A civilian's sanctioning power must however be interpreted broadly. It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities. Although the power to sanction is the indissociable corollary of the power to issue orders within the military hierarchy, it does not apply to the civilian authorities. It cannot be expected that a civilian authority will have disciplinary power over his subordinate equivalent to that of the military authorities in an analogous command position. To require a civilian authority to have sanctioning powers similar to those of a member of the military would so limit the scope of the doctrine of superior authority that it would hardly be applicable to civilian authorities. The Trial Chamber therefore considers that the superior's ability de jure or de facto to impose sanctions is not essential. The possibility of transmitting reports to the appropriate authorities suffices once the civilian authority, through its position in the hierarchy, is expected to report whenever crimes are committed, and that, in the light of this position, the likelihood that those reports will trigger an investigation or initiate disciplinary or even criminal measures is extant⁴⁸⁷.

Por ejemplo, a un civil se le puede exigir que coopere con la policía o con la autoridad judicial cuando tiene el conocimiento de la ocurrencia de un crimen por parte de sus subordinados. En cambio, tradicionalmente, un mando militar cuenta con mecanismos de represión propios de la cadena de mando militar⁴⁸⁸.

En el caso de las EMSP, se considera que estas medidas pueden ir desde una orden directa de prohibición de actos ilícitos hasta la capacitación y entrenamiento de su

⁴⁸⁷ TPIY. Fiscal vs Zlatko Aleksovski, caso N° IT-95-14/1-T, Sentencia del 25 de junio de 1999, §78.

⁴⁸⁸ METTRAUX, Guenael. *Ob. cit.*, p. 109.

personal en DIH, en especial a aquellos que realizan actividades riesgosas como la participación directa en las hostilidades o actividades relacionadas al lugar donde se desarrolla un conflicto armado.

Dicho lo anterior se pueden distinguir tres situaciones en las cuales el superior cumpliría con los elementos mencionados. La primera sería el caso en el cual el superior tuvo el conocimiento de los crímenes cometidos pero no adoptó ninguna acción para prevenir o detenerlos. La segunda situación es cuando el superior posee la información suficiente que le permitía concluir que se ha cometido o se iba a cometer un crimen y no realiza ninguna acción al respecto, incumpliendo su obligación de supervisar a sus subordinados. La tercera es el caso en el cual el superior tiene conocimiento de la existencia de información que indica la comisión de crímenes pero, voluntariamente decide no revisar dicha información incurriendo en una negligencia que puede ser comparada como el asentimiento de los actos cometidos por sus subordinados⁴⁸⁹.

2.2 ¿Cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad penal para los gerentes y directores de EMSP?

Teóricamente, los gerentes y directores de las EMSP, podrían ser responsables por la omisión de cumplimiento de su obligación de prevención y represión en los casos en los que se cumplan con los requisitos ya señalados.

No obstante, la exigencia del control efectivo podría generar controversia. Sin embargo, como ya se mencionó, los gerentes y el personal directivo también pueden

⁴⁸⁹ AMBOS, Kai (a). *Ob. cit.*, pp.823-872; SANDOZ, Yves (a). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Tomo II, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Bogotá 2001, p. 1416.

ser responsables aunque no se encuentren dando órdenes en el terreno y mantengan una relación indirecta con aquellos que cometieron los crímenes⁴⁹⁰.

Así pues, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda señaló, en el caso Musema que los civiles, que tenían cargos gerenciales, tenían responsabilidad por no haber actuado ante la comisión de crímenes por parte de sus subordinados.

880. The Chamber finds that it has been established beyond reasonable doubt that Musema exercised de jure authority over employees of the Gisovu Tea Factory while they were on Tea Factory premises and while they were engaged in their professional duties as employees of the Tea Factory, even if those duties were performed outside factory premises. The Chamber notes that Musema exercised legal and financial control over these employees, particularly through his power to appoint and remove these employees from their positions at the Tea Factory. The Chamber notes that Musema was in a position, by virtue of these powers, to take reasonable measures, such as removing, or threatening to remove, an individual from his or her position at the Tea Factory if he or she was identified as a perpetrator of crimes punishable under the Statute. The Chamber also finds that, by virtue of these powers, Musema was in a position to take reasonable measures to attempt to prevent or to punish the use of Tea Factory vehicles, uniforms or other Tea Factory property in the commission of such crimes. The Chamber finds that Musema exercised de jure power and de facto control over Tea Factory employees and the resources of the Tea Factory⁴⁹¹.

En el caso concreto, se comprobó que Musema ejercía el control efectivo sobre el personal de la fábrica de té y sobre los recursos de dicha fábrica. Dicho control se demostró a través de su facultad de nombrar y remover al personal de sus puestos de trabajo, con lo cual, Musema no solo tenía un control legal sino económico sobre su personal. Asimismo, debido a la posición que ostentaba Alfred Musema, el tribunal

⁴⁹⁰ TPIR. Fiscal vs Nahimana, caso N° ICTR-96-11, Sala de Apelaciones, decisión del 28 de noviembre de 2007, § 803-822.

⁴⁹¹ TPIR. Fiscal vs Musema, caso N° ICTR-96-13, Sentencia del 27 de enero de 2000, §880.

consideró que tenía el poder de tomar las medidas necesarias para influenciar en su personal y de esa manera prevenir la comisión de crímenes.

Con respecto a las demás condiciones, se considera que sí se pueden aplicar a los gerentes y directores de las EMSP en la medida que se encuentran en la capacidad de tomar medidas que prevengan la comisión de violaciones, como se mencionó en la sección anterior. De igual manera, también se puede probar el elemento subjetivo de dichas autoridades civiles ya que al ostentar un cargo alto en la organización de la EMSP les permite tener acceso a la información de los actos cometidos por sus subordinados. Sin embargo se considera que se debe realizar una evaluación caso por caso para comprobar si el personal directivo y los gerentes de las EMSP tienen realmente las facultades para dar instrucciones que sean efectivamente implementadas por el personal y comprobar el conocimiento que tenían de la situación. De esa manera se podría probar si estaba o no en su alcance prevenir y reprimir la comisión de crímenes por parte de su personal⁴⁹².

2.3. ¿Qué otras formas de atribución se podrían plantear para el caso de los gerentes y directores de las EMSP?

El análisis anterior se basa en el caso en el cual, las autoridades de las EMSP no hubiesen planeado ni ordenado la comisión de crímenes con el personal subordinado a ellos. A continuación se estudiará dicho escenario a la luz de la atribución por autoría mediata, toda vez que es la única que podría aplicarse a los altos funcionarios de las

⁴⁹² QUIRICO, Ottavio (b). *Ob. cit.*, p. 436.

EMSP en relación a la comisión de violaciones al DIH de su personal de acuerdo al Estatuto de Roma⁴⁹³.

2.3.1. Autoría mediata (*perpetrador by means or indirect perpetrator*)

Esta forma de atribución de responsabilidad se encuentra codificada en el artículo 25.3 literal a del Estatuto de Roma (“quien cometa un crimen por conducto de otro”) y estipula la responsabilidad de aquella persona que utiliza al autor directo como un instrumento para la comisión de un delito⁴⁹⁴. Esta figura se encuentra basada en los trabajos de Claus Roxin y suele identificarse como el perpetrador detrás del perpetrador (*Täter hinter dem Täter*)⁴⁹⁵. En ese sentido este modelo de atribución obedece a que el perpetrador detrás del perpetrador controla la voluntad del autor directo. Este principio de autoría mediata ha sido desarrollado por las cortes peruanas, con especial relación al dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Por ejemplo, en el caso Megajudio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros) se señala lo siguiente:

Los delitos ya no son obra de autores individuales o de personas que actúan en concierto y en ejecución de un plan común más o menos delineado. Esta visión tradicional ha variado por la aparición de nuevas organizaciones, grupos o estructuras que de manera colectiva y buscando una finalidad común perpetran diversas infracciones con la pretensión de alcanzar mayores cuotas de poder en base al delito, facilitando a su vez, la impunidad de quienes ocupan los puestos de dirección y mando. Por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos,

⁴⁹³ Si bien es cierto, el Estatuto de Roma también contempla la coautoría (artículo 25.3.a), el presente trabajo se plantea el escenario en el cual los directores y gerentes son responsables por las acciones de otros. En ese sentido, en la coautoría es necesario que la pluralidad de personas involucradas realicen los elementos objetivos de un delito; por ello su análisis es inadecuado para el caso.

⁴⁹⁴ CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de setiembre de 2008, §495; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, §339. CASSESE, Antonio (d). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 793- 795 y FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional (DPLF), Washington, 2009, pp. 82-ss.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, §496. También véase: AMBOS, Kai (b). “Article 25: Individual Criminal Responsibility”. En: TRIFFTERER, Otto (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2nd edition, 2008, p.753.

nivel de adaptación y cobertura estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido.

La aparición del dominio de la organización responde al hecho que las demás categorías penales, en concreto las reglas de la autoría y participación, son insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización.

La búsqueda de mecanismos de atribución que solucionen de manera adecuada y justa los nuevos problemas propios de las organizaciones ilícitas, en especial los que se vinculan a los directivos, líderes y mandos de la organización se orienta a consolidar el efecto preventivo de la pena que se vería profundamente resquebrajado si es que la sanción se limita a una represión de los ejecutores materiales⁴⁹⁶.

Para la Sala Penal Nacional, la autoría mediata es una forma más de atribución de responsabilidad, la cual evita la impunidad de los directivos, líderes y mandos de una organización, como en el caso lo era la cúpula de Sendero Luminoso⁴⁹⁷.

La CPI establece tres elementos⁴⁹⁸ necesarios para determinar la autoría mediata del dirigente imputado los cuales son: (i) se deberá ejercer el control de facto de la

⁴⁹⁶ SALA PENAL NACIONAL (PERÚ). Caso Megajudio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros), Expediente N° 560-03, 13 de octubre de 2006, pp.160 – 161.

⁴⁹⁷ Para más detalle ver: FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Ob.cit.*, pp.84-96.

⁴⁹⁸ La tercera Sala de Cuestiones preliminares de la CPI estableció cinco elementos comunes entre la autoría mediata (participación indirecta) y la coautoría indirecta, los cuales son: (i) el imputado deberá tener el control sobre la organización; (ii) la organización deberá estar organizada jerárquicamente; (iii) la ejecución de los crímenes deberá estar asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes a sus subordinados; (iv) el sospechoso deberá cumplir con el elemento subjetivo del crimen y (v) el sospechoso deberá ser consciente de las circunstancias que le permiten ejercer control sobre otra persona para la comisión de un delito. En: CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, §349-365; CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de setiembre de 2008, §500-537 y CPI. Situación en el Estado de Libia. Decisión del fiscal en base al artículo 58, orden de arresto contra Gaddafi & Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-1, 27 de junio de 2011, §69.

organización⁴⁹⁹; (ii) la organización deberá estar jerárquicamente organizada⁵⁰⁰ y (iii) la ejecución de los crímenes deberá estar asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes por sus subordinados, los cuales son fungibles⁵⁰¹.

En ese sentido, en el caso de las EMSP podría aplicarse esta figura siempre y cuando se cumplan estos tres elementos y se pruebe el dolo del autor mediato, el cual no es una simple negligencia sino que son órdenes que llevaron a la comisión de crímenes. Se considera que es posible esta forma de atribución aunque es poco probable si tomamos en cuenta que las EMSP desean cumplir con las obligaciones y buenas prácticas identificadas por el Documento de Montreux. No obstante, deberá analizarse el caso en concreto para probar o descartar que los directores y gerentes se encontraban directamente involucrados en la comisión de violaciones al DIH por parte de su personal.

3. ¿ES POSIBLE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LA EMSP COMO PERSONA JURÍDICA?

Como se ha desarrollado en las secciones anteriores, ante la violación del DIH y los derechos humanos, surge la responsabilidad internacional para los Estados y

⁴⁹⁹ CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de setiembre de 2008, §500-510.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, §511-514.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, §515- 518. En ese sentido, Roxin hace hincapié en la fungibilidad de los subordinados: “*the direct author of the crime is still a free and responsible agent, who is punishable as the perpetrator with personal responsibility. But this circumstance is irrelevant in relation to the control exercised by the intellectual author, since from his viewpoint, the perpetrator does not represent a free and responsible individual but an anonymous, interchangeable figure. While his power of control over his own actions is unquestionable, the perpetrator is nonetheless, at the same time, a mere gear in the wheel of the machinery of power who can be replaced at any time, and this dual perspective places the intellectual author along-side the perpetrator at the heart of the events*”. En: ROXIN, Claus. *Taterschaft und Tatherrschaft*, 8va edición, Berlin: Walter de Gruyter, 2006, p.245.

responsabilidad penal internacional para los individuos. No obstante, no solo los Estados e individuos tienen la obligación de cumplir con las normas del DIH, derechos humanos y DPI, ya que estas normas también han de ser cumplidas por todos los actores que se involucren en un conflicto armado⁵⁰². Por ello es que la EMSP, como persona jurídica e importante actor en la comunidad internacional, también tiene el deber de respetar el DIH.

Sin embargo, antes de analizar la existencia de la responsabilidad penal internacional de la persona jurídica es, importante mencionar el estatus de las EMSP como empresas o corporaciones internacionales en el ordenamiento jurídico internacional. La determinación de la subjetividad internacional sigue siendo hoy en día un concepto en desarrollo y controvertido ya que no se encuentra regulado en ningún tratado, costumbre o principios generales del Derecho⁵⁰³. De acuerdo a la opinión consultiva sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1949, se puede decir que un sujeto de Derecho internacional será aquella persona física o jurídica que sea titular de derechos y obligaciones y que tenga la capacidad de hacerlos valer⁵⁰⁴. Sin embargo, este concepto ha tenido varias críticas desarrollándose varias teorías al respecto⁵⁰⁵.

Es por ello que no es sorpresa que discutir sobre la subjetividad internacional de las corporaciones siga siendo un tema abierto en el cual aún no hay consenso. Además,

⁵⁰² CICR. *Empresas y Derecho Internacional Humanitario, Introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Julio 2007. [en línea] Consulta: 23 de setiembre de 2014. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0882.pdf>

⁵⁰³ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob.cit.*, pp. 20-30.

⁵⁰⁴ CIJ. Opinión Consultiva sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 11 de abril de 1949, p.179.

⁵⁰⁵ Ver: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob.cit.*, pp. 20-30; CLAPHAM, Andrew (a). *Ob.cit.*, pp. 59-83.

de acuerdo con Clapham, la subjetividad internacional suele confundirse con la personalidad jurídica internacional y la capacidad de la entidad⁵⁰⁶. No obstante, si la EMSP es o no un sujeto de Derecho internacional no cambia el hecho de que tienen derechos y obligaciones que cumplir⁵⁰⁷.

Por otro lado, actualmente a nivel internacional, no existe un tribunal que tenga jurisdicción sobre personas jurídicas⁵⁰⁸, lo cual, es una consecuencia generada por el propio Derecho internacional, el cual no atribuye responsabilidad a las mismas. Empero, eso no implica que la inexistencia de tribunales traiga como consecuencia que las empresas no puedan quebrantar el Derecho internacional⁵⁰⁹.

A diferencia del nivel internacional, a nivel nacional, algunos Estados sí regulan la responsabilidad civil de la persona jurídica⁵¹⁰. Esto se debe a que, en la mayoría de sistemas jurídicos, ante el incumplimiento de un compromiso o contrato, se genera una obligación de indemnizar el daño causado, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en cada jurisdicción⁵¹¹. Respecto al tema de investigación de este trabajo, solo en los Estados Unidos se han dado casos en los cuales se ha reclamado la responsabilidad civil de una persona jurídica por violaciones cometidas

⁵⁰⁶ CLAPHAM, Andrew (a). *Ob.cit.*, pp. 59-83.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p.80. El tema sobre la subjetividad internacional de la EMSP es un tema que trasciende la presente investigación.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p.206.

⁵⁰⁹ *The absence of an international jurisdiction to try corporations does not mean that transnational corporations cannot break international law.* En: CLAPHAM, Andrew (a). *Ob.cit.*, p.267.

⁵¹⁰ THÜRER, Daniel (b). *Ob. cit.*, p.257; Cf. GILLARD, Emanuela-Chiara. *Ob.cit.*, p.542.

⁵¹¹ MONGELARD, Éric. "Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, Cambridge University Press (edición en español), pp.335-364; OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. *Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes*, Lima, mayo 2003. [en línea] Consulta: 24 de setiembre de 2014.

<<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5c4c308046e11b089b429b44013c2be7/Responsabilidad+civil+de+las+personas+jur%C3%ADdicas+por+actos+de+sus+administradores+o+dependientes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5c4c308046e11b089b429b44013c2be7>>

por el personal de EMSP⁵¹². De acuerdo con Cockayne, esto se debe a la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, la cual ha generado que sea posible la judicialización de violaciones de determinados estándares internacionales como por ejemplo la prohibición de crímenes de lesa humanidad⁵¹³.

Por otro lado, son pocos los Estados los cuales contemplan la responsabilidad penal de una persona jurídica, principalmente porque las personas jurídicas no cumplirían con el principio de culpabilidad el cual implica la conciencia de haber cometido un acto ilícito, y una entidad legal *per se* no tiene conciencia ya que no es un ser humano. No obstante, Estados como Alemania, Portugal y España sí contemplan la responsabilidad penal pero de manera restringida⁵¹⁴. A pesar de ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica sí ha sido discutida a nivel global. A continuación se explorarán las posibilidades de existencia de responsabilidad penal de una persona jurídica a nivel internacional.

3.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿Es posible la atribución de responsabilidad penal internacional?

En la Conferencia de Roma de 1998, conferencia en la cual se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), la delegación de Francia propuso que el artículo referido a la modalidad de atribución de responsabilidad penal en la CPI, el

⁵¹² Ver sección 2.2.2. *infra* del primer capítulo.

⁵¹³ COCKAYNE, James (e). *Ob. cit.*, p.650; US. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. *Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI)*, Case Nº 10 CV 5197, Second Amended Complaint. [en línea] Consulta: 23 de setiembre de 2014 <<http://www.complexlitgroup.com/19-L3-Complaint.pdf>>

⁵¹⁴ BAJO Fernández, Miguel. *Culpabilidad y persona jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid. [en línea] Consulta: 23 de setiembre de 2014. <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10720/1/CC%2045%20art%202.pdf>>; CAMPANER Muñoz, Jaime. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio: una visión crítica*. [en línea] Consulta: 10 de setiembre de 2014. <http://fee.uib.cat/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf>

actual artículo 25, debía incluir a las personas jurídicas para complementar la sanción del individuo⁵¹⁵.

5. The Court shall also have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives.

6. The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices on the same crimes⁵¹⁶.

Sin embargo, dicha propuesta no prosperó por diversas razones. Por ejemplo, muchas delegaciones expresaron su preocupación debido a que no todas las legislaciones nacionales contemplaban el concepto de responsabilidad penal para las personas jurídicas⁵¹⁷. De igual manera, aunque varias delegaciones como las de Japón, Túnez y Kenia recibieron con agrado la propuesta, también creían necesario delimitar mejor qué se entendía por personas jurídicas⁵¹⁸. Finalmente, la propuesta fue desplazada para próximos debates en otros grupos de trabajo.

En ese sentido hay varios argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal internacional para las personas jurídicas. Dentro de los argumentos a favor se encuentra la unificación de los distintos estándares y reglas sobre la responsabilidad criminal corporativa que existe en distintos Estados, ya que la falta de unidad de

⁵¹⁵ THÜRER, Daniel y M. MACLAREN. "Military outsourcing as a case study in the accountability and responsibility of Power". En: REINISCH, A. y U. KRIEBAUM (editores), *The Law of International Relations: Lieber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2007, p.363 y LEE, Roy. *The international Criminal Court, the making of the Rome Statute, La Haya: Kluwer Law international*, 1999, p.199.

⁵¹⁶ UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15th June – 17th July 1998, Official Records, Vol. III, Reports and other documents, Resolution A/CONF.183/13 (Vol. III)*, New York, 2002, p.31.

⁵¹⁷ UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15th June – 17th July 1998, Official Records, Vol. II, Summary records of the meetings of the Committee of the Whole, Resolution A/CONF.183/13 (Vol. II)*, New York, 2002, p.133.

⁵¹⁸ *Ibid.*

estándares puede ocasionar la elección del lugar más conveniente, por la flexibilidad en su legislación, para la constitución de una EMSP (*forum shopping*)⁵¹⁹. Asimismo, si se adoptan normas respecto a la responsabilidad de la persona jurídica a nivel internacional, se consolidarían y unificarían los principios del derecho penal y se promovería la interpretación conjunta de los derechos humanos que se aplican a las empresas⁵²⁰.

Por otro lado, entre los contraargumentos se encuentra la idea de que una persona jurídica no cumpliría con el *mens rea*, ya que debido a que es una entidad abstracta no tiene conciencia y, por tanto, no tendría intención criminal. Empero, el contrargumento más fuerte es respecto a la gran dificultad que significó instituir la CPI, la cual da indicios de lo difícil que sería llegar a un consenso para enmendar el Estatuto de Roma con el fin de ampliar su jurisdicción a las personas jurídicas. Probablemente no sea imposible lograrlo en el futuro.

3.1.1. Nuevas perspectivas: Aplicación de responsabilidad penal en el caso de España

Como se mencionó anteriormente, España es uno de los Estados que ha implementado la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la ley

⁵¹⁹ JONGE, Alice. "Bringing the TNC under international law: theory and principles", *Transnational corporations and International Law, Accountability in the Global Business Environment*, Oxford: Edward Elgar Publishing, 2011, p.161.

⁵²⁰ Como por ejemplo los principios "Respeto, Protección, Remedio" desarrollado por el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Véase: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, John Ruggie. Resolución A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

orgánica 5/2.010 del 22 de junio del año 2010. Con esa ley se reformó el Código penal vigente desde 1995⁵²¹.

La reforma estableció una lista cerrada (*numerus clausus*) de supuestos para la admisión de responsabilidad penal de la empresa, como por ejemplo la trata de personas, la prostitución, la estafa, las insolvencias, delitos contra la Hacienda pública, entre otros. De igual manera, la norma señala que para el establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas se podrán utilizar dos vías. La primera es a causa de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho por las personas que tienen poder de representación de dicha entidad, y la segunda vía es la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por no haber ejercido el debido control sobre su personal, lo cual propicia la comisión de infracciones⁵²². Por último, entre lo que más destaca de esta reforma es que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse independientemente de que se pueda o no determinar la responsabilidad penal individual.

Se considera que la reforma española es un gran avance y que el segundo supuesto de imputación de responsabilidad sea el más adecuado en lo que respecta a las EMSP, ya que en cierto modo es atribuir responsabilidad a la persona jurídica por la falta de diligencia en el control sobre su personal. Asimismo, aunque esta legislación es incipiente y aún no es el común denominador de los Estados, podría ser una valiosa vía para disminuir las violaciones al DIH y a los derechos humanos. Lo anterior se debería a que si una persona jurídica es declarada responsable, tendría que pagar

⁵²¹ CAMPANER Muñoz, Jaime. *Ob.cit.*; DE LA CUESTA, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la AIDP*, ISSN-1993-2995, 2011.

⁵²² La norma señala que se tomará en cuenta las circunstancias concretas del caso. Ver: Artículo 31 bis de la ley orgánica 5/2.010 del 22 de junio del año 2010.

multas y se podría imponer hasta la sanción de cerrar la empresa, con lo cual las EMSP perderían mucho a nivel económico por incumplir con normas que puedan ocasionarle dicha sanción.

No obstante, como se indicó al principio de esta sección, en la esfera de la persona jurídica, el Derecho internacional aún tiene mucho que evolucionar, lo cual no quita que ya se realicen estos métodos a nivel nacional. En conclusión, a nivel internacional aún no hay quien regule la responsabilidad penal de las personas jurídicas, existiendo una zona gris con respecto a la regulación de las EMSP a nivel internacional.

4. RECOMENDACIONES FINALES ANTE LAS LAGUNAS NORMATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A lo largo de la presente investigación, se ha buscado comprobar que ante la existencia de zonas grises en torno a la regulación de la actuación de las EMSP, en particular ante la atribución de responsabilidades por la comisión de violaciones al DIH, a los derechos humanos y DPI, es posible acudir a otras formas de atribución de responsabilidad para llenar dichas lagunas. En efecto, se ha podido determinar que sí es posible atribuir responsabilidad al Estado y al individuo, en el ámbito internacional y bajo ciertas condiciones, pero aún no es posible la atribución de responsabilidad internacional a la persona jurídica.

En ese sentido, en el caso de la responsabilidad del Estado, resulta a menudo complejo demostrar que la EMSP actuaba como un órgano o entidad del Estado, y por ello se podría invocar la responsabilidad por la falta de debida diligencia. Empero, aún con esos mecanismos, no existe corte alguna que haya determinado la

responsabilidad internacional del Estado por las violaciones cometidas por parte del personal de las EMSP, a pesar de la existencia de pruebas, como ya se ha mencionado en los casos de Estados Unidos. Por tanto, para el caso del Estado, la demostración de responsabilidad internacional es un camino complicado pero no imposible.

Por otro lado, respecto a la responsabilidad del individuo, el Estatuto de Roma tiene las herramientas suficientes para atribuir responsabilidad a los individuos que cometen crímenes internacionales. No obstante, a nivel de los tribunales nacionales, como ya se ha mencionado en el segundo capítulo, muchos Estados no cuentan con una regulación específica de las EMSP, por ello, cualquier crimen que el personal de la EMSP cometa, deberá ser evaluado a la luz de los crímenes tipificados en el Derecho nacional de cada Estado.

Respecto a la responsabilidad internacional de la persona jurídica, se ha dejado en claro que no hay regulación internacional al respecto, por lo que evidentemente existe una clara laguna normativa. Aunque es importante hacer hincapié en los avances que se están produciendo a nivel nacional, resaltando el ejemplo del Estado español, Estado en el cual sí es posible determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Asimismo, en muchos Estados, sí es posible atribuir responsabilidad civil a una persona jurídica.

Por todo ello se considera que para mejorar la regulación a nivel internacional, es necesario la adopción de un mecanismo que regule a las EMSP de manera específica y que establezca un estándar mínimo para la regulación de las mismas ya que,

aunque muchas EMSP se autorregulen por medio de códigos de conducta, se considera que las actividades que ofrecen las EMSP necesitan estar reguladas por normas que vayan más allá de códigos de conducta. El Proyecto de convención sobre las EMSP representa un gran ejemplo de mecanismo regulatorio; sin embargo, la viabilidad de su aprobación es aún incierta debido a la falta de consenso entre Estados.

De manera complementaria, es importante y necesario trabajar en tres aspectos fundamentales para lograr una mejora global y efectiva en la regulación, los cuales implican tomar medidas de prevención y represión. Dichos aspectos son: (i) la implementación de las normas ya existentes – en distintos tratados de DIH, derechos humanos y DPI – y de los principios generales y *soft law*; (ii) la creación de normas nacionales que regulen de manera específica a las EMSP y (iii) la eliminación de los obstáculos que impidan la atribución de responsabilidad.

En cuanto al proceso de implementación, se debe de implementar las normas ya existentes, como las que se encuentran codificadas en el Estatuto de Roma y los Convenios de Ginebra, para de esa manera, regular la actuación de las EMSP. También se ha de establecer las formas de atribución de responsabilidad para las EMSP y los mecanismos de supervisión y protección contra la violación del DIH, derechos humanos y DPI.

En relación al segundo aspecto, los Estados, en especial los contratantes, territoriales y de origen, deben regular las actividades de las EMSP mediante la creación de normas que definan qué servicios pueden brindar las EMSP así como la forma en que

llevaran a cabo dichas actividades. Por ejemplo, dichos Estados, deben exigir que las EMSP pasen por un procedimiento estricto de creación y obtención de licencia de funcionamiento. Asimismo, los Estados deben asegurarse que todo el personal de la EMSP sea capacitado y entrenado de acuerdo a las normas del DIH, derechos humanos y DPI, poniendo énfasis al personal que opera en zonas de conflicto armado, entre otras medidas.

Con respecto a los obstáculos, es preciso que los Estados no celebren entre ellos acuerdos que otorguen inmunidad (como los ya mencionados “SOFA’s”). Asimismo, se debe de impedir las amnistías que puedan exculpar las violaciones cometidas por el personal de las EMSP, y el velo corporativo de la EMSP no ha de ser un impedimento para que ésta asuma sus obligaciones cuando se demuestre su responsabilidad civil y/o penal como persona jurídica.

CONCLUSIONES

1. Las EMSP tienen un rol importante en contextos de conflictos armados y hoy en día se involucran no solo con Estados y grupos armados, sino que también son contratadas por organizaciones internacionales como la ONU.
2. Las actividades realizadas por las EMSP cubren una amplia gama de servicios como son los servicios de seguridad, entrenamiento militar, estrategias y tácticas militares, logística y equipamiento, apoyo técnico, entre otros. En ese sentido Peter W. Singer las divide en tres áreas de acuerdo a su participación en el terreno: (i) empresas proveedoras militares (*Sandline International*); (ii) empresas consultoras militares (*Military Consultant Firms*) y (iii) empresas de apoyo militar (*Broot & Root Services*). De este modo, las industrias intentan diferenciarse entre empresas militares y empresas de seguridad.
3. En esta investigación se denomina, a todas las empresas que ofrezcan los servicios mencionados en el numeral anterior, Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP), sin hacer distinción por el tipo de servicio que ofrezcan. Esto obedece a un fin práctico debido a que la denominación distinta entre las mismas no las exime de responsabilidad ni las limita cuando su personal comete violaciones al DIH, DPI y/o derechos humanos.
4. Por otro lado, debido a los diferentes servicios que las EMSP ofrecen, se entiende que habrá personal que puede ser considerado combatiente, persona que asume una función continua de combate, o civil. En esa línea, el estatus jurídico del personal dependerá básicamente si participa directamente en las

hostilidades. Este concepto ha sido estudiado por el CICR, el cual señala la existencia de tres elementos constitutivos de dicho concepto los cuales son: (i) umbral de daño; (ii) causalidad directa y (iii) nexo beligerante.

5. Por otro lado, para que el personal de la EMSP sea considerado como combatiente, dicho personal debe actuar en un contexto de conflicto armado internacional y tendrá que pertenecer a una parte en el conflicto, para lo cual basta que la parte en el conflicto acepte que dicho grupo de personas combate de su lado. Asimismo se debe cumplir con las cuatro condiciones formuladas en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra. Estas condiciones son las siguientes: (i) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; (ii) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia; (iii) llevar las armas a la vista y (iv) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. De acuerdo con el análisis realizado en esta investigación, se afirma que las EMSP sí podrían cumplir con dichos requisitos. Por otro lado las EMSP también podrían ser combatientes si se las incorpora como parte de las fuerzas armadas de un Estado. Por ejemplo, el Estado de Papúa Nueva Guinea incorporó a la EMSP “*Sandline International*” a sus fuerzas armadas como agentes especiales.
6. De igual forma, en el contexto de conflicto armado no internacional, si el personal de las EMSP participa directamente en las hostilidades pero no forma parte de las fuerzas armadas del Estado, entonces dicho personal tendrá una función continua de combate. Dicha categoría no otorga los privilegios que tienen los combatientes – como el ser considerado prisionero de guerra o el

tener el derecho a combatir – e inclusive, las personas que se encuentren dentro de esta categoría pierden los derechos que tenían como civiles (como el no ser atacado).

7. Es importante tener en consideración que las EMSP no son solo conocidas por ser una industria en crecimiento, sino también por las violaciones al DIH y DPI que su personal ha cometido en distintos contextos. A modo de ejemplo se pueden citar las torturas que empleados de las EMSP *CACI* y *Titan Corporation* infligieron a los prisioneros de guerra iraquíes en el centro de detención de Abu Ghraib en Irak. En ese caso, a pesar de las violaciones flagrantes, los miembros de dichas EMSP gozaron de inmunidad, la cual fue otorgada por el gobierno de Estados Unidos mediante la orden número 17 de la Autoridad provisional de la Coalición. De igual manera, no se imputó responsabilidad internacional al Estado que contrató los servicios de estas EMSP (Estados Unidos) ni tampoco al Estado en el cual estas empresas operaban (Irak). Otro ejemplo es la masacre que se llevó a cabo en contra de la población serbia de Krajina durante la guerra de Croacia. En dicha guerra, la EMSP “*Military Professional Resources Incorporated* (MPRI)” fue contratada por el gobierno de Croacia para el entrenamiento de sus fuerzas armadas y para el diseño de la Operación Tormenta, operación que ha sido catalogada por el Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia como una asociación criminal destinada a la expulsión masiva de la población serbia, en la cual se cometieron desapariciones, crímenes de lesa humanidad, torturas, entre otros crímenes. Es así que se ha probado que dicha operación diseñada por la EMSP MPRI

tenía como objetivo atacar de manera organizada general y sistemática a la población civil serbia.

8. Respecto a la definición jurídica de las EMSP, se recuerda que las mismas han sido definidas por tres instrumentos no vinculantes a nivel internacional los cuales son: Documento de Montreux, el Proyecto de una posible Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas, y el Código internacional de conducta para proveedores de servicios de seguridad privada. A pesar de la no existencia de uniformidad en la definición que se utiliza para las EMSP en estos instrumentos, los mismos convergen en la noción que las EMSP son entidades empresariales que prestan servicios de seguridad y/o militares y listan una serie de posibles actividades a realizar con algunas particularidades dependiendo del instrumento (por ejemplo el código internacional de conducta solo considera los servicios de seguridad excluyendo a los servicios de índole militar). Por ello es que desde un enfoque funcional y flexible, esta tesis aplica el término EMSP a cualquier empresa privada que ofrezca servicios de índole militar y/o de seguridad sin importar su auto denominación. De esta manera se deja la lista abierta a posibles actividades que puedan realizar puesto que con el transcurso del tiempo el rango de actividades podría aumentar o disminuir.

9. Por otro lado, a pesar de la usual asociación entre las EMSP y los mercenarios, se ha comprobado que las EMSP no calzan en la definición actual propuesta para mercenarios, figura regulada en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la

eliminación de los Mercenarios en África de 1977, y la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989. Esto se debe a que para ser considerado mercenario es necesario cumplir con varios requisitos, algunos de los cuales son complicados de probar, como por ejemplo que la retribución recibida es excesivamente superior a la que un miembro del ejército recibiría por cumplir las mismas funciones. Otro ejemplo es el tomar parte directa en las hostilidades (como lo establece el Protocolo Adicional I), lo cual excluiría a varias EMSP ya que no todas cumplen dicha función. Finalmente será una determinación casuística, aunque por lo general las EMSP no calzan en este concepto.

10. A pesar de la no existencia de un cuerpo normativo internacional específico que regule las actividades de las EMSP, existen iniciativas de regulación en distintos niveles, siendo los más desarrollados los que se encuentran a nivel internacional. En ese sentido, a nivel internacional no solo se aplican los Convenios de Ginebra, las cuales imponen importantes estándares legales de conducta, sino que además existe el Documento de Montreux, el cual, a pesar de no ser vinculante, orienta a los Estados, resaltando sus obligaciones jurídicas internacionales respecto a las EMSP, como por ejemplo el establecer responsabilidad penal para el personal de las EMSP que cometa cualquier infracción grave a los Convenios de Ginebra, el reparar el daño causado y el respetar los derechos humanos, entre otros. Por otro lado también existe el Código internacional de Conducta para proveedores de servicios de seguridad, el cual se encuentra dirigido a las empresas privadas y no a los Estados. Esta

iniciativa es importante ya que identifica estándares de actuación para las EMSP y estipula la creación de un mecanismo independiente que supervise y fiscalice las actividades de las EMSP. A su vez, el grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios presentó al Consejo de Derechos Humanos en el 2010 un Proyecto de Convención para regular las actividades de las EMSP, el cual está dirigido a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales. Sin embargo, hasta la fecha no existen mayores avances sobre esta interesante propuesta.

11. A nivel regional, ni en la Unión Europea, ni en el seno de la Organización de los Estados Americanos existe un cuerpo normativo o resolución que regule las actividades de las EMSP, más allá del llamado a que el tema en cuestión se regule de manera interna en los Estados en los cuales las EMSP realicen sus operaciones.

12. A nivel nacional, la presente investigación ha estudiado la legislación nacional de Estados Unidos y el Reino Unido, ya que son los Estados que más exportan los servicios de seguridad y militares. Respecto a Estados Unidos se ha encontrado que existen tres cuerpos normativos importantes que podrían aplicarse a las EMSP, siendo estos: la ley de jurisdicción militar extraterritorial del año 2000, el Código Uniforme de Justicia Militar, y la ley de reclamación por agravios contra extranjeros. Se considera que este último instrumento podría ser una solución para aquellas víctimas que buscan una reparación civil por los daños y perjuicios causados por una EMSP; sin embargo, habrá que esperar la decisión de la Sala de Apelaciones en el caso *Genocide Victims of*

Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI) para comprobar la efectiva utilidad de este instrumento. En cuanto al Reino Unido, dicho Estado se ha enfocado en la autorregulación de las EMSP, en lugar de implementar medidas legislativas que regulen dicha industria. Es así que dicho Estado participa activamente en las iniciativas privadas de autorregulación como el Código internacional de conducta ya mencionado.

13. En cuanto al contexto peruano, desde hace algunos años, distintas empresas de seguridad prestan servicios a entidades privadas y públicas debido a la creciente inseguridad ciudadana. El Estado peruano cuenta con la Ley 28879 y su respectivo reglamento, el cual busca regular tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas públicas o privadas que prestan servicios de seguridad a terceros. Sin embargo, esta regulación solo contempla escenarios en los cuales las EMSP realizan funciones administrativas, y no hace mención alguna al respeto que debe tener este tipo de empresas a los derechos humanos y al DIH. Por tanto, se considera que la legislación peruana es insuficiente, siendo necesario su desarrollo para la prevención de violaciones al DIH, DPI y derechos humanos.

14. Como se menciona en esta tesis, la propia industria de las EMSP intenta autorregularse de manera individual o grupal mediante reglamentos internos, códigos de ética, códigos de conducta o principios voluntarios. Sin embargo, se considera que debido a la peligrosidad de los servicios que estas EMSP pueden ofrecer, la autorregulación no es suficiente aunque sí es importante, ya que la regulación de las EMSP debe darse a nivel internacional, regional y

nacional, y debe involucrar no solo a los Estados sino también a la industria privada. Solo mediante la apropiada regulación y la implementación de mecanismos de prevención, investigación y represión, se podrán hacer efectivas las obligaciones y buenas prácticas que tiene el personal de las EMSP.

15. Cuando las EMSP violan el DIH, derechos humanos y DPI, la atribución de responsabilidad representa un reto para el Derecho internacional. No obstante, se considera que la atribución de responsabilidades debe enfocarse no solo en el Estado sino también en el individuo y en la persona jurídica. De esa manera, existirán responsabilidades paralelas en distintos niveles.

16. A nivel de la responsabilidad internacional para los Estados, utilizando el proyecto sobre responsabilidad del Estado, esta tesis ha demostrado que sí es posible atribuir responsabilidad internacional al Estado por las violaciones cometidas por el personal de las EMSP cuando pueda probarse que dicho personal ha actuado en calidad de: (i) órgano del Estado; (ii) entidad que ejerce atribuciones del poder público; (iii) órgano u entidad que se excede en su competencia y (iv) persona o grupo de personas que actúan bajo las instrucciones, dirección o control del Estado.

17. Respecto al artículo 7 del proyecto de responsabilidad del Estado, es importante resaltar que a pesar de solo responsabilizar al Estado por los actos *ultra vires* cometidos en la capacidad oficial, el artículo 91 del Protocolo Adicional I representa una excepción a dicha regla al establecer que los

Estados son responsables por “todos” los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

18. Asimismo es posible afirmar que la manera más sencilla de atribuir responsabilidad será cuando la EMSP sea incorporada a las fuerzas armadas de un Estado, pues probar el control efectivo (requisito para aplicar el artículo 4 y artículo 8 del proyecto sobre responsabilidad del Estado) resulta difícil en la medida que las EMSP cuentan con un organización y economía independientes a las del Estado (con lo cual no se cumplirían las condiciones que establece la CIJ para probar el control efectivo). De la misma manera, se considera que el artículo 5 del proyecto de responsabilidad del Estado es el más viable cuando las EMSP tengan la capacidad de hacer uso de la fuerza u otras atribuciones del poder público.

19. Esta investigación también concluye que existirán situaciones en las cuales el Estado no asumirá responsabilidad internacional, respecto a los artículos 4, 5, 7 y 8 del proyecto sobre responsabilidad del Estado, principalmente en aquellos casos en los que no se pueda probar el control efectivo. Además, también es posible la atribución de responsabilidad internacional si el Estado incumple con su deber de debida diligencia.

20. Asimismo, cuando el Estado sea hallado responsable de responsabilidad internacional, debe compensar a las víctimas y sus familiares no solo monetariamente sino que también debe otorgar las llamadas medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. En ese sentido, se considera que

el Proyecto de Convención sobre EMSP debería incluir una disposición al respecto.

21. Respecto a la responsabilidad penal internacional para el personal de las EMSP, la responsabilidad no solo será para aquellos individuos que cometan de manera directa crímenes internacionales sino que además, también podrán ser responsables los gerentes y directores de acuerdo con el principio de responsabilidad del superior (artículo 28 del Estatuto de Roma) o mediante la figura de la autoría mediata contemplada en el artículo 25.3 literal a del Estatuto de Roma.

22. En cuanto a la EMSP como persona jurídica, la presente investigación considera que la subjetividad internacional de la EMSP es aún un tema controvertido que no afecta los derechos y obligaciones que tiene la EMSP con respecto a la responsabilidad por violaciones al DIH y derechos humanos.

23. En ese sentido, con respecto a la responsabilidad internacional de la persona jurídica, en la actualidad no existe a nivel internacional un tribunal que tenga jurisdicción sobre las personas jurídicas, existiendo una zona gris al respecto. Así, son pocos los Estados que a nivel nacional regulan esta figura, principalmente porque no se cumpliría con el principio de culpabilidad. Sin embargo, en España, la responsabilidad penal para la persona jurídica se encuentra regulada, lo cual representa un ejemplo para la comunidad internacional. Se considera que este tipo de imputación de responsabilidad es un nuevo camino para disminuir las violaciones al DIH, derechos humanos y

DPI ya que es probable que, ante sanciones económicas, las EMSP se vean más compelidas a cumplir con las normas, implementándolas de manera más eficientes a fin de evitar pérdidas dinerarias.

24. La atribución de responsabilidad por violaciones al DIH, derechos humanos y DPI por parte de las EMSP deberá ser evaluado casuísticamente ya que no se puede afirmar o desestimar la responsabilidad por dichas acciones solo por la inexistencia de un cuerpo normativo específico que las regule. En ese sentido, y a pesar que no existe ninguna corte a nivel internacional o nacional que haya determinado la responsabilidad del Estado o de los gerentes o directores de una EMSP por las violaciones cometidas por parte del personal, esta investigación ha demostrado que aunque puede llegar a ser complicado no es imposible arribar a dichas situaciones.

25. Finalmente se considera que la comunidad internacional debe responder ante este desafío contemporáneo, representado por la industria de las EMSP, mediante la adopción del Proyecto de convención sobre EMSP. Sin embargo, de manera complementaria, los Estados, en especial aquellos que se involucran con las EMSP, deben de implementar mecanismos de actuación que faciliten la prevención, investigación y enjuiciamiento y que provean de remedios eficaces a aquellos que sufren las violaciones del DIH, DPI y derechos humanos por parte de las EMSP. Solo así se podrá vislumbrar un futuro en el cual disminuyan los espacios en donde dichas violaciones queden impunes.

BIBLIOGRAFIA

1. DOCTRINA

AMBOS, Kai (a). "Superior Responsibility". En: CASSESE, Antonio, Paola GAETA y John R.W.D.JONES (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Vol. 3, Oxford University Press: Oxford, 2002.

AMBOS, Kai (b). "Article 25: Individual Criminal Responsibility". En: TRIFFTERER, Otto (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition, 2008.

AMERICAN NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. DECONSTRUCTING LUBANGA. "The ICC's First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo", September 7, 2012.

BAGNALL, Nigel. *The Punic Wars, 264-146 BC*, Osprey Publishing, 2002.

BEST, Geoffrey. *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*. Weidenfeld and Nicolson, London, 1980.

BALLESTEROS, Vanessa. "Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la Responsabilidad internacional del Estado" En: *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, pp. 1 - 43.

BEAUCILLON, Charlotte, Julian FERNANDEZ, y Hélène RASPAIL, “State Responsibility for Conduct of Private Military and Security Companies Violating *Ius ad Bellum*”. En: FRANCIOSI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores), *War by Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.397 - 420.

BROWNLIE, Ian. *System of the Law of nations, State Responsibility, Part I*, Reimpreso, Nueva York: Oxford University Press, 2001, pp. 132-166.

BOISTER, Neil y Robert CRYER (editores). *Documents on the Tokyo international military tribunal, Charter, Indictment and Judgment*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BUZATU, Anne-Marie. “European Practices of Regulation of PMSCs and Recommendations for Regulation of PMSCs through International Legal Instruments”, *The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF)*, Ginebra, 30 de Setiembre de 2008.

CAMERON, Lindsey y Vincent CHETAIL. *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge University Press: Cambridge, 2013.

CAMERON, Lindsey. “New standards for and by private military companies?” En: PETERS, Anne, Lucy KOECHLIN, Till FORSTER y Gretta FENNER ZINKERNAGEL

(editores). *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press: Cambridge, 2009, pp. 113-145.

CASSESE, Antonio (a). "Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?", *ZaöRV*, Vol. 40, 1980.

CASSESE, Antonio (b). *International Law*. 2nd edition, Oxford University Press: Oxford, 2005.

CASSESE, Antonio (c). *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio (d). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 793- 795.

CHAPMAN, Katherin J. The Untouchables: Private Military Contractors's Criminal Accountability under the UCMJ, *Vanderbilt Law Review*, 2010.

CICR. Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario, Anexo en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 87, N^o 857, Marzo de 2005.

CLAPHAM, Andrew (a). *Human Rights Obligation of Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

CLAPHAM, Andrew (b). “Extending international criminal Law beyond the individual to corporations and Armed opposition groups”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, N°5, 2008.

COCKAYNE, James (a). “La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, Cambridge University Press, 2006.

COCKAYNE, James (b). “Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weakness and Promise of the Montreux Document”, *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford University Press, 2009.

COCKAYNE, James (d). A Workshop with the UN Working Group on Mercenaries, International Peace Institute, August 2009.

COCKAYNE, James (e). “Private Military and Security Companies”. En: CLAPHAM, Andrew y Paola GAETA. *The Oxford international law in armed conflict*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp.624 - 655.

CRAWFORD, James (a). “The International Court of Justice and the Law of State Responsibility”. En: TAMS Christian J. y James Sloan (editores.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 71-86.

CRAWFORD, James (b). *State responsibility, the general part. Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CRAWFORD James (c). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. 3ra.Ed. Oxford: Cambridge University Press.

CRAWFORD, James (d). *Chance, Order, Change: The Course of International Law – General course on Public International Law*, La Haya: Ail Pocket, 2014.

DEL TORO, Mauricio. “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.VI, 2006, pp.513-549.

DEPARTAMENTO FEDERAL DE RELACIONES EXTERIORES DE SUIZA. Dirección de Derecho Internacional. *Informe sobre el Documento de Montreux*, CICR, 2011.

DEPARTAMENTO FEDERAL DE RELACIONES EXTERIORES DE SUIZA. Dirección de Derecho Internacional. *Preguntas y respuestas acerca del Documento de Montreux en Informe sobre el Documento de Montreux*, CICR.

DIPLOCK, Derek WALKER-SMITH, Geoffrey DE FREITAS. *Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries*, Londres, Agosto de 1976.

DÖRMANN, Knut. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DOSWALD-BECK, Louise. "Private military companies under international humanitarian law". En: CHESTERMAN, Simon y Chia LEHNARDT (editores). *From Mercenaries to Market: the rise and regulation of private military companies*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DUPUY, Pierre-Marie. "Reviewing the Difficulties of Codification: Ongo's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *European Journal of International Law*, Vol.10 (2), 1999.

FALLAH, Katherine. Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict, *IRRC*, Vol.88, N°863, Cambridge University Press, September 2006, pp.599-611.

FINER, Jonathan. "Holstering the Hired Guns: New Accountability Measures for Private Security Contractors. Recent Developments", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33.

FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE. Ninth Report on Private Military Companies, HC 922, London, 23rd July 2002.

FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE. Private Military Companies: Options for Regulation 2001-02, HC 577, Ordered by the House of Commons, London, 12th February 2002.

FREEMAN, A.W. "Responsibility off States for unlawful acts of their armed forces", *Recuel des Cours*, Vol. 88, 1955, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 333 - 339.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional (DPLF), Washington, 2009.

GARCÍA, F.V. "State responsibility, some new problems", *Recuel des Cours*, Vol. 94, 1958. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

GESTRI, Marco. "The European Union and Private Military and Security Contractors: Existing controls and legal bases for further regulations". En: BAKKER, Christine y Mirko SOSSAI (editores) *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*.

GILLARD, Emanuela-Chiara. Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law, *IRRC*, Vol.88, Nº 863, September 2006, pp.525-572.

GOLDMANN, Matthias. "Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, January 2009.

GÓMEZ DEL PRADO, José (a). “A U.N. Convention to PMSCs?”, *Criminal Justice Ethics*, Vol.31, N°3, December 2012.

GÓMEZ DEL PRADO, José (b). “Private Military and Security Companies and the UN Working Group on Mercenaries”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, N°3.

GONZÁLEZ, Silvina. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al Derecho internacional general*. Avellaneda: SGN Editora, 2013.

GREZ, Juan Francisco. *Industria de Seguridad Privada en perspectiva comparada, desempeño económico y gobernabilidad como factores clave en el crecimiento del sector*, Santiago de Chile, 2010.

GUTIÉRREZ, Juan Carlos y Silvano CANTÚ. La restricción a la Jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, *Revista internacional de derechos humanos SUR*, N° 13, diciembre 2010.

HALCHIN, L. Elaine. *CRS Report for Congress: The Coalition Provisional Authority (CPA): Origin, Characteristics, and Institutional Authorities*, 6 de Junio de 2005.

HATHAWAY Oona, Rebecca CROOTOF, Philip LEVITZ, Haley NIX, William PERDUE, Chelsea URVIS y Julia SPIGEL. “The relationship between international

humanitarian law and human rights Law in armed conflict”, *Minnesota Law Review*, 2012.

HENCKAERTS, Jean y Louise DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas, CICR, 2007.

HOBBSAWM, Eric. *Guerra y Paz en el siglo XXI*. Barcelona: Memoria Crítica, 2007.

HOLMILA, Erkki. “The History of Private Violence”, *ENDC Proceedings N° 15 Cultural, Peace and Conflict Studies Series*, Vol. III: The Law of Armed Conflict: Historical and Contemporary Perspectives, Estonia: Estonian National Defence College, 2012.

HOPPE, Carsten y Ottavio Quirico. “Codes of Conduct for Private Military and Security Companies, the State of Self-regulation in the Industry”. En: FRANCIOSI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors.*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

HOPPE, Carsten. “Private Conduct, Public Service?: State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law committed by Individuals providing Coercive Services under a Contract with a State”. En: MATHESON, Michael J. y MOMTAZ, Djamchid (editores). *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents Académie de Droit International de la Haye / Hague Academy of International Law*, Leiden: Nijhoff, 2010.

HUSKEY, Kristine y Scott SULLIVAN. "United States: Law and Policy Governing Private Military Contractors after 9/11". En: BAKKER, Christine y Mirko SOSSAI (editores), *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*. Oxford: Hart, 2012.

ICRC. *31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts Report*, Ginebra, Octubre, 2011.

ICRC. Fifth expert meeting on the notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report, Ginebra, 5-6 February 2008.

ICRC. Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report, Ginebra, 23-25 October 2005.

JONGE, Alice. "Bringing the TNC under international law: theory and principles", *Transnational corporations and International Law, Accountability in the Global Business Environment*. Oxford: Edward Elgar Publishing, 2011.

JORAS, Ulrike y Adrian SCHUSTER (Editores). "Private Security Companies and Local Populations. An exploratory study of Afghanistan and Angola", Working paper. *Swisspeace*, Berna, 2008.

JØRGENSEN, Nina. "Individual criminal responsibility under International Law", *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 139-158.

KERRIGAN, Kathleen A. *The Military Extraterritorial Jurisdiction Act*, thesis presented to the Faculty of the U.S. Army Command and General Staff College in partial fulfilment of the requirements for the degree Master of Military Art and Science Strategy, Kansas, 2004.

KINSEY, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*. Routledge: Nueva York, 2006.

KRAUSE, Paul. *The Battle for Homestead, 1890-1892, Politics, Culture, and Steel*. University of Pittsburg Press: Pittsburgh, 1992.

LABORIE, Mario. *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2012.

LEE, Roy. *The international Criminal Court, the making of the Rome Statute, La Haya: Kluwer Law international*, 1999.

LEHNARDT, Chia (a). "State responsibility and Private Military Companies". En: SZABÓ, Marcel (editor). *State responsibility and the law of treaties*, La Haya: Eleven, 2010, pp.55-76.

LEHNARDT, Chia (b). "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", *European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 5, 2008.

MAKALELE, Albert. *This is a Good Country: Welcome to the Congo*. Bloomington: Indiana, 2008.

MARKS, Susan y Fiorentina AZIZI. "Responsibility for violations of human rights obligations: International mechanisms". En: CRAWFORD, James, Alain PELLET, Simon OLLESON. *The Law of International Responsibility*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp.725-738.

McCARRON, Paula. "The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial Jurisdiction Act, Corrections Today", *Alexandria, American Correctional Association*, December 2008.

MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra: CICR, 2010.

METTRAUX, Guenael. “Military Commanders, Civilian Leaders, and Other Superiors, whether De Jure or De Facto”, *The Law of Command Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

MONGELARD, Éric. “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, Cambridge University Press, pp.335-364.

MOMTAZ Djamchid. “Attribution of conduct to the State: State organs and entities empowered to exercise elements of governmental authority”. En: CRAWFORD, James. *The Law of International Responsibility*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, pp.237-246.

NINDLER, Reinmar. PMCs und internationaler Menschenrechtsschutz – Die Bindung privater Militärunternehmen an Menschenrechte, Graz, Junio 2012.

NOVAK, Fabián y Luis García CORROCHANO. *Derecho internacional Público*, Tomo II, Vol.1, Lima: Fondo editorial PUCP, 2005.

ØSTENSE, Åse Gilje. *UN Use of Private Military and Security Companies: Practices and Policies*, DCAF: Ginebra, 2011.

OWENS, Patricia. “Distinctions. “Public” and “Private” Force?”, *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944), Vol. 84, Nº 5, Setiembre 2008.

PÁEZ, Laura (ed). *La teoría Sociológica de Max Weber*, México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

PFANNER, Toni. “Entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (Redactor jefe de la Revista Internacional de la Cruz Roja) en Londres, 17 de octubre de 2006”, *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de Artículos 2006*, Cambridge University Press, pp.263-272.

PINGEOT, Lou. “Dangerous Partnership, Private Military & Security Companies and the UN”, Informe, Junio de 2012.

PINZAUTI, Giulia. “Adjudicating Human Rights Violations Committed by Private Contractors in Conflict Situations before the European Court of Human Rights”. En: FRANCIONNI, Franceso y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano 2013, El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, PNUD, 2013.

PNUD. Informe regional de desarrollo humano 2013-2014, Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, Nueva York, 2013.

POCAR, Fausto, Marco PEDRAZZI, Micaela FRULI (editores). *War crimes and the conduct of hostilities*. Edward Publishing Limited: Massachusetts, 2013.

PORTMANN, Roland. *Legal personality in international law*. Cambridge University Press: Oxford, 2010.

QUIRICO, Ottavio (a). "A Comparative Overview of European and Extra- European National Regulation of Private Military and Security Services". En: BAKKER, Christine y Mirko SOSSAI (editores). *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The interplay between international, European and Domestic Norms*, Oxford: Hart, 2012.

QUIRICO, Ottavio (b). "The Criminal Responsibility of Private Military and Security Company Personnel under International Humanitarian Law". En: FRANCIONNI, Francesco y Natalino RONZITTI (editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

ROXIN, Claus. *Taterschaft und Tatherrschaft*, 8va edición, Walter de Gruyter: Berlin, 2006.

RUGGIE, John. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

SALVAT (Editores). *Historia Universal Tomo VI Roma*, Lima 2005.

SALVAT (Editores). *Historia Universal Tomo X La Edad Media*, Lima 2005.

SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Idehpucp, 2012.

SÁNCHEZ, Víctor M. “¿Qué es el Derecho internacional?”. En: SÁNCHEZ, Víctor M (director). *Derecho internacional público*, editorial Huygens: Barcelona, 2010.

SANDOZ, Yves (a). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Tomo II, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá: Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 2001.

SANDOZ, Yves (b). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Tomo I, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Bogotá 2001.

SASSÒLI, Marco. “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N° 846, Junio 2002.

SCHABAS, William. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), 2008.

SCHEIMER, Michael. "Separating Private Military Companies from illegal mercenaries in International Law: Proposing and international convention for legitimate military and security support that reflects customary international law", *American University International Law Review*, Vol. 24, N°3, 2009.

SCHMITT, Michael N. "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, 2004-2005.

SCHWARTZ, Moshe y Joyprada SWAIN. "Department of Defence Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis", US Congressional Research Service Report, 13 de mayo de 2011.

SEIBERTH, Corinna. *Private military and security companies in international law : a challenge for non-binding norms: the Montreux Document and the International Code of Conduct for Private Security Providers*. Portland: Intersentia, 2014.

SHAISTAA, Shameem. *Informe de la Relatora Especial: Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a libre determinación*, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de

sesiones, documento de las Naciones Unidas. E/CN.4/2005/14, 8 de Diciembre de 2004, p.14.

SINGER, Peter (a). *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press: Cornell, 2008.

SINGER, Peter (b). "The Contract the Military needs to break", *WASH. POST*, Sept. 13, 2004.

SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflict, International Humanitarian Law in war*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

SOSSAI, Mirko. "Status of Private Military and Security Company Personnel in the Law of International Armed Conflict". En: FRANCONI, Francesco y Natalino RONZITTI (Editores). *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 197-217.

TONKIN, Hannah. *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

THÜRER, Daniel (a). "Soft Law", *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhardt, 2000.

THÜRER, Daniel (b). *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law: La Haya, 2011.

THÜRER, Daniel y M. MACLAREN. "Military outsourcing as a case study in the accountability and responsibility of Power". En: REINISCH, A. y U. KRIEBAUM (editores), *The Law of International Relations: Lieber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Eleven International Publishing: Utrecht, 2007.

TOLSTOY, Leo. *War and Peace*, Toronto: Random House, 2002.

US. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. «Government Contractors: Are Service Contractors Performing Inherently Governmental Functions? GAO-GGD92-11», Noviembre 1991.

VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, CICR, 2008.

VIERUCCI, Luisa. "Private Military and Security Companies in Non-international Armed Conflicts: *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* Issues". En: FRANCIANI, Francesco y Natalino RONZITTI (Editores). *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 235-261.

WATKIN, Kenneth. "Warriors without rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy", Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Paper.

WHITE HOUSE OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET (OMB). Performance of Commercial Activities, Circular N° A-76.

2. ENLACES ELECTRÓNICOS

Agreement for the Provision of Military assistance dated this 31 days of January 1997 between the independent state of Papua New Guinea and Sandline International. [en línea] Consulta: 19 de febrero de 2014. <<http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>>

ALVAREZ, Alex. *Donald Rumsfeld says he should have stepped down in 2004*. [en línea] Consulta: 22 de abril de 2014. <<http://www.mediaite.com/tv/donald-rumsfeld-says-he-should-have-stepped-down-in-2004/>>

ALLEN & OVERY. The Alien Tort Claims Act of 1789, Advocates for international Development, 16th October 2008, p.3. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014. <<http://a4id.org/sites/default/files/user/alien-tort.pdf>>

AUSTRALIAN BROADCASTING CORPORATION. *Sierra Leone - Soldiers of Fortune*, 29 de agosto de 2000. [en línea] Consulta: 05 de diciembre de 2013. <<http://www.abc.net.au/foreign/stories/s433773.htm>>

BAJO Fernández, Miguel. Culpabilidad y persona jurídica, Universidad Autónoma de Madrid. [en línea] Consulta: 23 de setiembre de 2014.
<<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10720/1/CC%2045%20art%202.pdf>>

BAPSC. Information about BAPSC. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014.
<<http://www.bapsc.org.uk/about-us.html>>

BORGER, Julian. “US military in torture scandal, Use of private contractors in Iraqi jail interrogations highlighted by inquiry into abuse of prisoners”, The Guardian. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014.
<<http://www.guardian.co.uk/media/2004/apr/30/television.internationalnews>>

CAMPANER Muñoz, Jaime. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio: una visión crítica. [en línea] Consulta: 10 de setiembre de 2014. <http://fee.uib.cat/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf>

CICR. *Comentario al artículo 4 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a los prisioneros de Guerra.* [en línea] Consulta: 20 de febrero de 2014.
<<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMAR T&articleUNID=2F681B08868538C2C12563CD0051AA8D>>

CICR. *Empresas y Derecho Internacional Humanitario, Introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el Derecho*

Internacional Humanitario, Ginebra, Julio 2007. [en línea] Consulta: 23 de setiembre de 2014. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0882.pdf>

COCKAYNE, James (c). "Private Military and Security Companies Agree to Increased International Oversight", *The International Relations and Security Network*, 22 de Marzo de 2013. [en línea] Consulta: 14 de mayo de 2014. <<http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Articles/Detail/?lng=en&id=162008>>

CoESS. CoESS and UNI Europa sign Code of Conduct and Ethics for the private security sector, News and press. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014. <<http://www.coess.eu/?CategoryId=200&ArticleID=226&SearchParam=%3Ccode+conduct%3E>>

COUNCIL OF EUROPE. The Council in brief. Consulta: 21 de mayo de 2014. [en línea] <<http://hub.coe.int/>>

COUNCIL OF EUROPE. Venice Commission, Presentation. [en línea] Consulta 18 de mayo de 2014. <http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation>

DAMMERT, Lucía. Seguridad Privada: ¿Respuestas a las necesidades de seguridad pública en conglomerados urbanos?, Secretaría de Seguridad Multidimensional del Departamento de Seguridad Pública de la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, Marzo 2008. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014. <<http://www.oas.org/dsp/documentos/Publicaciones/Seg%20Privada->

%20Resp%20a%20la%20nec%20d%20Seg%20Pub%20n%20Conglo%20Urbanos.
pdf>

DE LA CUESTA, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, *Revista electrónica de la AIDP*, ISSN-1993-2995, 2011.

DE SCHUTTER, Olivier, Anita RAMASASTRY, Mark B. TAYLOR y Robert C. THOMPSON. *La diligencia debida en materia de derechos humanos: El papel de los Estados*, Diciembre de 2012. [en línea] Consulta: 13 de mayo de 2014.
<<http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf>>

DU PLESSIS, André. “The Global Code of Conduct for Private Security Companies: why it matters to humanitarian organisations”, *Humanitarian Exchange Magazine*, Issue 47, June 2010. [en línea] Consulta: 12 de mayo de 2014.
<<http://www.odihpn.org/humanitarian-exchange-magazine/issue-47/the-global-code-of-conduct-for-private-security-companies-why-it-matters-to-humanitarian-organisations>>

EL MUNDO: “Las fotos de la Vergüenza”. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014.
<<http://www.elmundo.es/fotografia/2004/05/fotosirak/>>

FIDALGO, Feliciano. El presidente Mobutu recluta mercenarios en París, *El País – Archivo*, 27 de mayo de 1978. [en línea] Consulta: 21 de mayo de 2014.
<http://elpais.com/diario/1978/05/27/internacional/265068010_850215.html>

FIDH. Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable, Informe 2013, p.18. [en línea]

Consulta: 15 de setiembre de 2014.

<http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613esp2013.pdf>

FISK, Robert y Severin CARRELL. Britain's secret army in Iraq: thousands of armed security men who answer to nobody, Independent (UK), 28 March 2004. [en línea]

Consulta: 20 de mayo de 2014. <http://www.sandline.com/hotlinks/Independent-Secret_army.html>

GARAMONE, Jim. *Rumsfeld Accepts Responsibility for Abu Ghraib en American Forces Press Service, U.S. Department of Defense, 2004.* [en línea] Consulta: 26 de

mayo de 2014. <<http://www.defense.gov/News/NewsArticle.aspx?ID=26511>>

GREEN, Adam. Kiobel v. Shell: the limits of ATC Act, Blog Beyond BRICS, 18 de Abril de 2013, 1:43pm. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014.

<<http://blogs.ft.com/beyond-brics/2013/04/18/kiobel-v-shell-the-limits-of-atc-act7>>

ICoC. The International Code of Conduct for Private Security Service Providers Signatory Companies, Complete List as of 1 August 2013. [en línea] Consulta: 20 de

mayo de 2014. <http://www.icoc-ppsp.org/uploads/Signatory_Companies_-_September_2013_-_Composite_List.pdf>

ICoCA. Certification. [en línea] Consulta: 14 de mayo de 2014.

<<http://www.icoca.ch/certification.html>>

ICoCA. List of governments that are members of the ICoC Association. [en línea]
Consulta: 24 de enero de 2015.

<http://www.icoca.ch/en/membership?states_governments=states&op=Search&view_type=list&form_id=_search_for_members_filter_form>

ICoCA. International Code of Conduct for Private Security Service Provider`s Association, Articles of Association, 22 de Febrero de 2013. [en línea] Consulta: 13 de mayo de 2014. <http://www.icoca.ch/assets/icoc-aoa_english3.pdf>

ICRC. States Party to the following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 13 August 2014. [en línea] Consulta: 15 de Agosto de 2014. <<http://www.icrc.org/ihl>>

INSERBIA NEWS. *Serbs from Croatia suing Military Professional Resources Inc.* 8 de Agosto de 2013. [en línea] Consulta: 2 de mayo de 2014. <inserbia.info/today/2013/08/serbs-from-croatia-suing-military-professional-resources-inc/>;

ISOA. ISOA Code of Conduct. [en línea] Consulta: 13 de setiembre de 2014. <http://c.ymcdn.com/sites/www.stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf>;

ISOA. ISOA Granted Observer Status with the ICoCA, 30 de Julio de 2014. [en línea] Consulta: 13 de setiembre de 2014. <<http://www.stability-operations.org/news/184275/ISOA-Granted-Observer-Status-with-the-ICoCA.htm>>

Le Petit Robert. *Recrutée*. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014.
<http://pr12.bvdep.com/login_.asp>

MARINER, Joanne. “*Private contractors who torture*”, CNN. [en línea] Consulta: 5 de mayo de 2014. <<http://edition.cnn.com/2004/LAW/06/17/mariner.contractors/>>

METLISKY, Anton. What’s left of the Alien Tort Statute?, SCOTUS blog, 18 de abril de 2013. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014.
<<http://www.scotusblog.com/2013/04/commentary-whats-left-of-the-alien-tort-statute/>>

MISERIC, Luka. Miseric Law (blog) U.S. Supreme Court Ruling Effectively Ends Krajina Serb Lawsuit Against MPRI, Wednesday, April 17, 2013. [en línea] Consulta: 20 de febrero de 2014. <<http://misericlaw.blogspot.com/2013/04/us-supreme-court-ruling-effectively.html>>

NELSON, Susan, SPAZIANO, Jennifer. US Supreme Court Greatly restricts scope of Alien Tort Claims; Holds Statute Does not apply Extraterritorially, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, 23 de Abril de 2013. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014.
<<https://www.skadden.com/insights/us-supreme-court-bars-extraterritorial-application-alien-tort-statute-rejects-claims-allege>>

Oxford Dictionary. *Recruit*. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014.
<<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/recruit>>

PINKERTON GOVERNMENT SERVICES: History. [en línea] Consulta: 31 de enero de 2014 <<http://www.pinkertons.com/company.htm>>

POSNER, Eric. The United States can't be the World's Courthouse, Slate Web Magazine, 24 de abril de 2014. [en línea] Consulta: 20 de mayo de 2014.
<http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2013/04/the_supreme_court_and_the_alien_tort_statute_ending_human_rights_suits.html>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 22ª edición, 2001. [en línea] Consulta: 02 de febrero de 2014 <<http://lema.rae.es/drae/?val=mercenario>>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Reclutar. [en línea] Consulta: 17 de noviembre de 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=reclutar>>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española: órgano. [en línea] Consulta: 9 de octubre de 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=%C3%B3rgano>>

SECURITAS: Press release. "Securitas and Pinkerton to Form World Leader in Security", 22 de febrero de 1999. En: Securitas (web) [en línea] Consulta: 28 de Setiembre de 2014 <www.securitas.com/en/News/Press-releases/1999/Securitas-and-Pinkerton-to-Form-World-Leader-in-Security>

STRATOS, Anita. *The Evolution of Warfare: Part I. H* [en línea] Consulta: 11 de febrero de 2014 <www.touregypt.net/featurestories/war.htm>.

OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. *Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes*, Lima, mayo 2003. [en línea] Consulta: 24 de setiembre de 2014. <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5c4c308046e11b089b429b44013c2be7/Responsabilidad+civil+de+las+personas+jur%C3%ADdicas+por+actos+de+sus+administradores+o+dependientes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5c4c308046e11b089b429b44013c2be7>>

TAGUBA, Antonio. “*Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade*”. Consulta: 28 de enero de 2014 [en línea] <www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf>, pag.48.

TEMPORARY STEERING COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL CODE OF CONDUCT. *Draft Charter of the Oversight Mechanism for the International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, 16 January 2012. [en línea] Consulta: 13 de mayo de 2014. <http://www.icoc-psp.org/uploads/Draft_Charter.pdf>

UN Procurement Division website. [en línea] Consulta: 20 de marzo de 2014. <<http://www.un.org/depts/ptd/>>

UNITED STATES SENATE. “Department of Commerce, Justice, and State, the Judiciary, and Related Agencies Appropriation Bill”, 2005, 160. [en línea] Consulta: 08 de abril de 2014. <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-108srpt344/pdf/CRPT-108srpt344.pdf>>

WALLWORK, Richard D. *Operational Implications of Private Military Companies in the Global War on Terror*, School of Advanced Military Studies United States Army Command and General Staff College Fort Leavenworth, Kansas, p.52. [en línea] Consulta: 26 de mayo de 2013. <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA436294>>.

3. JURISPRUDENCIA Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

3.1 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

CIJ. Caso del Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania), Fondo, Sentencia del 9 de abril de 1949.

CIJ. Opinión Consultiva sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 11 de abril de 1949.

CIJ. Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, 30 de marzo de 1950.

CIJ. Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, Sentencia del 24 de mayo de 1980.

CIJ. Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), Sentencia del 27 de junio de 1986.

CIJ. Opinión Consultiva sobre la ilicitud del empleo y de la amenaza de empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996.

CIJ. Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia), Sentencia del 25 de setiembre de 1997.

CIJ. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004.

CIJ. Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005.

CIJ. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro, Sentencia del 26 de febrero de 2007.

3.2 CORTE PERMANENTE DE ARITRAJE

CPA. Caso Isla de Palmas (Estados Unidos vs. Países Bajos), Sentencia arbitral del 4 de abril de 1928.

3.3 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA

CPJI. Asunto de los Colonos alemanes en Polonia, Opinión Consultiva del 10 de setiembre de 1923, Series B, N°6.

CPJI. Asunto concerniente a los Fosfatos de Marruecos, Objeciones preliminares, 1938, Series A/B, N° 74.

3.4 CORTE PENAL INTERNACIONAL

CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007.

CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, Fallo conforme al artículo 74 del Estatuto, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.

CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares, Confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de setiembre de 2008.

CPI. Situación en la República Centroafricana. Fiscal vs. Jean- Pierre Bemba Gombo, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) del Estatuto (confirmación de cargos) ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009.

CPI. Situación en el Estado de Libya. Decisión del fiscal en base al artículo 58, orden de arresto contra Gaddafi & Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-1, 27 de junio de 2011.

CPI. Situación en la República Democrática del Congo. Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Decisión conforme al artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto (confirmación de cargos), ICC-01/05-01/08, 9 de junio de 2014.

3.5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE IDH. Velásquez Rodríguez c. Honduras, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1998.

CORTE IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999.

CORTE IDH. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

CORTE IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006.

CORTE IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2006.

CORTE IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007.

CORTE IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009.

CORTE IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009, §284.

3.6 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

TEDH. Caso Costello-Roberts vs Reino Unido. Sentencia del 25 de marzo de 1993.

TEDH. Caso Abdullan Öcalan vs. Turquía, N° 46221/99. Sentencia del 12 de mayo de 2005.

3.7 TRIBUNALES AD HOC

3.7.1. TRIBUNALES MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG

Tribunal Militar de Nüremberg. The High Command Trial case (Estados Unidos vs Wilhelm von Leeb et al.), Sentencia del 27 de octubre de 1948.

3.7.2. TRIBUNAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

TPIY. Fiscal v. **Furundžija**, Caso IT-95-17/1-T, Sentencia del 10 de diciembre de 1998.

TPIY. Fiscal vs Zlatko Aleksovski, caso N° IT-95-14/1-T, Sentencia del 25 de junio de 1999.

TPIY. Fiscal vs. Dusko Tadic, N° IT-94-1-A, Sala de apelaciones, Decisión del 15 de Julio de 1999.

TPIY. Fiscal v. Zoran Kupreškić y otros, Caso N° IT-95-16-T, Sentencia del 14 de enero de 2000.

TPIY. Fiscal v. Delalić y otros, caso N° IT-96-21-T, Sentencia del 16 de noviembre de 1998.

TPIY. Fiscal vs Delalić y otros (Campo Celebici), caso N° IT-96-21-T, Sala de Apelaciones, decisión del 20 de febrero de 2000.

TPIY. Fiscal vs Kunarac, Kovac y Vukovid (“Foca”), caso N° IT-96-23-T, Sala de apelaciones, Decisión del 12 de junio de 2002.

TPIY. Fiscal v. Hadzihasanovic y Kubura (“Central Bosnia”), decisión sobre el recurso interlocutorio de incompetencia en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, Caso N° IT-01-47-AR72, Sala de apelaciones, 16 de julio de 2003.

TPIY. Fiscal vs. Prljic, et. al., Caso N° IT-04-74, del 15 de Julio de 2009, transcripciones.

3.7.3. TRIBUNAL PENAL PARA RWANDA

TPIR. Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Caso N° ICTR-96-4-T del 2 de septiembre de 1998.

TPIR. Fiscal vs Musema, caso N° ICTR-96-13, Sentencia del 27 de enero de 2000.

TPIR. Fiscal v. Kayishema y Ruzindana, caso N° ICTR-95-1-A, Sentencia del 1 de junio de 2001.

TPIR. Fiscal vs Ignace Bagilishema, caso N° IT-95-1-A-A, Sala de Apelaciones, decisión del 3 de julio de 2002.

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

4.1. NORMAS INTERNACIONALES

CONSEJO DE SEGURIDAD. Estatuto para el Tribunal penal internacional de la ex Yugoslavia, Resolución 827, 25 de mayo de 1993.

CONSEJO DE SEGURIDAD. Estatuto para el Tribunal penal internacional para Rwanda, Resolución 955, 1994.

I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949.

II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949.

III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la Haya, 18 de octubre de 1907.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, New York, 4 December 1989.

4.2. INSTRUMENTOS DE SOFTLAW

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, Resolución 375 (1949).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Resolución 2131 (1965).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1599 (XV) del 15 de abril de 1961.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2395 (XXIII), adoptada el 29 de noviembre de 1968.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2465 (XXIII), adoptada el 20 de diciembre de 1968.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, Resolución A/RES/44/34, 4 de diciembre de 1989.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Resolución 2625 (1970).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Human Rights Questions: Human Rights Situations and Reports of Special Rapporteurs and Representatives, Situation of human rights in the former Yugoslavia, Annex*. Resolución A/50/727, 7 de Noviembre de 1995.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Documento E/CN.4/1997/24, 20 de Febrero de 1997.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución A/Res/56/83, 28 de enero de 2002.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/65/325 (2010).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución A/HRC/15/25 del 5 de julio de 2010.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resumen del primer período de sesiones del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas

militares y de seguridad privadas, Resolución A/HRC/WC.10/1/4, Ginebra, 23 a 27 de mayo de 2011.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Nota del Secretario General sobre el Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, Resolución A/66/317, 22 de agosto de 2011.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Experts reports “Alarming resurgence” in use of mercenaries to violate human rights, often in new, novel ways, in statement to third committee*, 31 de Octubre de 2011.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. Resolución A/68/339, 20 de Agosto de 2013.

CDI (a). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975, Documentos del vigésimo séptimo período de sesiones incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General, Vol. II, Nueva York, 1976, pp.60-64, A/100/Rev.1.

CDI (b). Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Suplemento N° 10 (A/56/10), Nueva York, 2001, Capítulo IV: Responsabilidad de los Estados.

CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.LV/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009.

CoESS. Code of conduct and ethics for the private security sector. [en línea] Consulta: 12 de setiembre de 2014.
<http://www.coess.eu/_Uploads/dbsAttachedFiles/Code_of_Conduct_and_Ethics_EN.pdf>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 6 al Artículo 7 (Derecho a la vida), 16° periodo de sesiones, 1982.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 44° periodo de sesiones, 1992.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general N° 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 80° periodo de sesiones, 2004.

CONFEDERACIÓN SUIZA. Derecho Internacional Humanitario, Empresas Privadas y de Seguridad Privadas, Participating States of the Montreux Document. Consulta: 08 de mayo de 2014. [en línea]
<<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos

humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Resolución A/HRC/18/32, 4 de julio de 2011.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución A/66/317, 22 de agosto de 2011.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 161/A del 21 de febrero de 1961 y 169 del 24 de noviembre de 1961.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 405, 14 de abril de 1977.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *La utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Resolución 10/11, 26 de marzo de 2009.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, S/PRST/2013/2, Security Council 6917^a, 12 de febrero de 2013.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución E/CN.4/2004/15, 20 de diciembre de 2003.

CORTE IDH. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Voto del Juez Cançado Trindade.

FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS OF THE SWITZERLAND CONFEDERATION. International Code of Conduct. Consulta en línea: 13 de mayo de 2014. [en línea]

<<http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/coc.html>>

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Cabal and Pasini v. Australia*, CCPR/C/78/D/1020/2001, 19 de setiembre de 2003.

ILC. State responsibility, Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, Document A/CN.4/264 and ADD.1, 30 de junio de 1972 – 9 de abril de 1973, p. 77.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: “*Compromiso por la Seguridad en las Américas*”. Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública en las Américas. México, D.F. OEA/Ser.K/XLIX. MISPA/doc. 7/08 rev. 4, 29 Octubre 2008.

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. Resolución CM/433/Rev.L, Annex 1 (1972).

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. Resolución ECM/Res. 5-III del 10 de setiembre de 1964.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*, Opinion of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, 27th January 2009.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force*, Recommendation 1858 (2009).

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force*, Report (Political Affairs Committee), 22 December 2008.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). Documents, Adopted Texts. Consulta: 18 de mayo de 2014. [en línea] < http://website-pace.net/en_GB/web/apce/documents >

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (PACE). *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*. Doc. 11337, Motion for a resolution, 27th June 2007.

SECURITY COUNCIL. *Final report of the Commission of experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, Resolution S/1994/674, 27th May 1994.

SOCIEDAD DE NACIONES. Journal officiel, 5^o año, N^o4, abril de 1924.

UNRILEC. Control y Regulación de las Empresas de Seguridad Privada en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo. Documento de Trabajo, UNLIREC, 2011.

VENICE COMMISSION. Report on Private Military and Security Firms and erosion of the State Monopoly on the use of force, Adopted by the Venice Commission at its 79th Plenary Session, Study no. 531 / 2009, CDL-AD(2009)038, Straßburg, 29 June 2009.

UNITED NATIONS. Yearbook of the International Law Commission 1975, Documents of the twenty-seventh session including the report of the Commission to the General Assembly, Vol. II, Nueva York: 1976.

UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15th June – 17th July 1998, Official Records, Vol. III, Reports and other documents, Resolution A/CONF.183/13 (Vol. III), New York, 2002.*

UNITED NATIONS. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15th June – 17th July 1998, Official Records, Vol. II, Summary records of the meetings of the Committee of the Whole, Resolution A/CONF.183/13 (Vol. II), New York, 2002, p.133.*

5. NORMAS NACIONALES

España

Ley orgánica 5/2.010 del 22 de junio del año 2010

Estados Unidos

Quinta y sexta enmienda de la Constitución de Estados Unidos del 15 de diciembre de 1791.

U.S. CONGRESS. Chapter 47 - Uniform Code of Military Justice. Consulta: 30 de abril de 2014. [en línea] <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partII-chap47.pdf>>

US. CONGRESS. Alien Tort Claims Act – ATCA, 1789.

COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. “Order Number 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional authority, MNF-IRAQ, Certain Missions and Personnel in Iraq”, Pursuant to Article 26 (c) of the Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period of 8 March 2004, 27 de Junio de 2004. [en línea] Consulta: 26 de mayo de 2013.

<http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition__Rev__with_Annex_A.pdf>

US DEPARTMENT OF ARMY. Logistics Civil Augmentation Programme, AR 700-137, 2012.

US. CONGRESS. National Defense Authorization Act for fiscal year 2010, Pub. L N° 111-84, §1038.

US. CONGRESS. Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000, Public Law 106–523, 22. November 2000.

US. CONGRESS. Ronal W. Reagan National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2005, Public Law 108-375, 28th October 2004.

Perú

Ley 28879, Ley de servicios de seguridad privada, publicada el 30 de marzo de 2011.

Reglamento de la ley de servicios de seguridad privada, D.S.003-2011-IN, publicada el 31 de marzo de 2011.

6. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

Australia

SUPREME COURT OF QUEENSLAND (Australia), Papua New Guinea v Sandline (1998) QSC 298, 22 December 1998), updated: 19 march 1999.

Estados Unidos

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Kiobel, individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. v. Royal Dutch Petroleum CO., Case N° 10- 1491, April 17th 2013.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Reid v. Covert 354 US 1, June 10th 1957.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Solorio v. United States, 483, US 435, June 25th 1987.

US. COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT. Dolly M.E. Filártiga and Joel Filártiga, Plaintiffs-Appellants, v. Americo Norberto Peña-Irala, Defendant-Appellee, N° 191, 630 F. 2d 876; 1980 U.S. App. LEXIS 16111, June 30, 1980.

US. COURT MARTIAL. United States v. Averette, 19 Court Martial Annotation 363 (1970).

US. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. Genocide Victims of Krajina v. L-3 Services, INC (MPRI), Case N° 10 CV 5197, Second Amended Complaint.

US DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS EASTER DIVISION. Civil Action N° 10-cv-5197, filed 07th January 2013.

US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA. Suhail Najim Abdullah Al Shimari, et al, Plaintiffs, v. CACI International, Inc. et al, Defendants. Case N° 1:08-cv-827 (GBL/JFA), 26 de junio de 2013.

US. FOURTH CIRCUIT COURT OF APPEALS. Suhail Najim Abdullah Al Shimari, et al, Plaintiffs, v. CACI International, Inc. et al, Defendants. Case N° 13-1937, 30 de julio de 2014.

Guatemala

Tribunal Primero de Sentencia Penal Mayor Riesgo “A” de Guatemala (Caso Ríos Montt), Sentencia del 10 de mayo de 2013.

Perú

SALA PENAL NACIONAL (PERÚ). Caso Mega juicio contra la cúpula de Sendero Luminoso (Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso y otros), Expediente N° 560-03, 13 de octubre de 2006.