



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

ESCUELA DE DERECHO

**PRIVATIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL
DERECHO INTERNACIONAL:**

**ANÁLISIS DE OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES
PARA LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA**

TESINA DE PREGRADO

**Autores: Eduardo Olivares Hidalgo
Francisca Oyarzún Sanhueza
Profesor Guía: Pietro Sferrazza Taibi
Diciembre 2016**

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA.....	9
1. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA PRIVATIZACIÓN DE LA GUERRA...9	
2. CARACTERÍSTICAS Y TIPOS DE EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA.....	12
CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL..	17
1. LOS MERCENARIOS BAJO EL SISTEMA UNIVERSAL Y REGIONAL..	17
1.1 La Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios y la Convención de la organización para la Unidad Africana para la eliminación de los mercenarios en África.....	17
1.2 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.....	19
2. REGULACIÓN BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SU RELACIÓN CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA.....	21
3. MECANISMOS DE SOFT LAW: EL DOCUMENTO DE MONTREUX.....	26

CAPÍTULO III: OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DE LAS OPERACIONES DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA.....	28
1. OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EXIGIBILIDAD EN ACTORES ESTATALES Y NO ESTATALES.....	28
1.1 Exigibilidad en actores estatales.....	28
1.2 Exigibilidad en actores estatales por actos cometidos por hechos de particulares y exigibilidad a actores no estatales.....	30
2. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS.....	34
3. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	41
3.1 Obligación general de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.....	32
3.2 Obligación general de proteger los derechos humanos.....	43
3.3. Responsabilidades intransferibles de los Estados.....	44
3.4 Obligación de establecer la responsabilidad penal.....	46
3.4.1 Obligación de promulgar instrumentos legislativos.....	47
3.4.2 Investigación, procesamiento y extradición.....	48
3.4.3 Jurisdicción de los Estados.....	50
CAPÍTULO IV: SITUACIÓN EN CHILE DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA.....	51

CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	59
1. DOCTRINA	60
2 JURISPRUDENCIA	61
2.1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	61
2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL	62
3. DOCUMENTOS INTERNACIONALES	62
4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	63
5. DOCUMENTOS DIPLOMÁTICOS.....	64
6. ARTÍCULOS DE PRENSA.....	64

ABREVIATURAS

ICG I	Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña
IICG II	Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar
IIICG III	Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra
IVCG IV	Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
GTUM	Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios como Medio para Violar los Derechos Humanos y de Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación
Documento de Montreux	Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privada durante los conflictos armados.

ONU	Organización de Naciones Unidas
PAICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)
PIICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)
PPCEMSP	Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)

INTRODUCCIÓN

Desde el fin de la Guerra Fría, la demanda por Empresas Privadas de Seguridad Militar ha incrementado considerablemente. Esta situación genera varias interrogantes en el ámbito del Derecho Internacional, dado que, a pesar de estar íntimamente ligados, su composición y estructura no se condice con la de los mercenarios, por lo que se ha dicho que operan en un vacío normativo. La presente investigación se propone estudiar el fenómeno de las Empresas Militares y de Seguridad Privada bajo la óptica del Derecho Internacional, dilucidando el marco normativo aplicable a las Empresas Militares y de Seguridad Privada, a su personal y a los Estados. Desafortunadamente, por un tema de extensión no se tratará la atribución de responsabilidad a los Estados.

La elección del tema de este trabajo estuvo supeditada a que Chile, tras 17 años de dictadura, experimentó diversas violaciones sistemáticas a los derechos humanos, por lo cual consideramos que cualquier aporte en la materia desde éste rincón del planeta resulta contributivo. También, porque en nuestro idioma existe poca literatura al respecto, y un gran desconocimiento de la problemática, a nivel global, regional y local, a pesar de haber estado presente a lo largo de las últimas décadas. Categorías que en el *Common Law* y en la doctrina de origen anglosajón están claras, pero que en Iberoamérica han recibido menos tratamiento, al punto de ser casi inexistente la literatura que al respecto se ha escrito.

En el primer capítulo, de carácter introductorio, se exponen generalidades sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada, partiendo por una aproximación histórica de lo que fueron los mercenarios, desde su origen, hasta la Empresa Militar y de Seguridad Privada de hoy en día, informando sobre las causas de su aparición y los contextos históricos que propiciaban el cambio paulatino en las instituciones. Luego, se entregan las características de

las Empresas Militares y de Seguridad Privada y a su vez se utilizan clasificaciones de acuerdo a distintos parámetros, para lograr entender de qué estamos hablando.

El segundo capítulo, para comenzar con el análisis bajo la óptica de la rama del Derecho que hemos escogido para analizar la problemática, aborda el marco normativo del Derecho Internacional, comenzando con los instrumentos internacionales sobre mercenarios, luego presenta y contextualiza al 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. Una vez establecido el panorama general en el Derecho Internacional, el problema se ve a la luz del Derecho internacional humanitario, desentrañando los problemas que dificultan su aplicación al caso. Por último, este capítulo da a conocer el mecanismo de *Soft Law* propuesto por la Confederación Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja, por tratar específicamente sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada, además de ya encontrarse vigente.

El tercer capítulo, aborda las obligaciones internacionales derivadas de las operaciones de las Empresas Militares y de Seguridad Privada. Éste capítulo parte contextualizando la evolución que ha sufrido los derechos humanos, comenzando por lo básico, que es la exigibilidad en actores estatales. Luego, se analiza el mismo tema, pero esta vez viendo el avance que ha tenido los derechos humanos hasta el punto de poder exigir su cumplimiento en actores estatales por actos cometidos por particulares; también se analiza la eficacia de los derechos humanos entre particulares.

El último sub apartado se ocupa de introducir el Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad, 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, y contrasta su articulado con el contenido en el Documento de Montreux, desglosando y sistematizando las diferentes obligaciones

internacionales que los Estados deben cumplir a propósito de las Empresas Militares y de Seguridad Privada.

Para finalizar, El cuarto capítulo se ocupa de la situación en Chile de las Empresas Militares y de Seguridad Privada, a partir del contexto latinoamericano, relatando la misión a Chile del Grupo de Trabajo Contra la Utilización de Mercenarios el año 2007, así como también un informe anual del año 2015 que analiza la situación en Latinoamérica, haciendo especial énfasis en Chile. A raíz de la visita se desbarató una red de, generando cierta controversia en Chile, cuyas repercusiones se siguen en el presente capítulo. Culmina con la correspondencia enviada por la Misión Permanente de Chile ante las organizaciones internacionales en Ginebra al Grupo de Trabajo Contra la Utilización de Mercenarios.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

1. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA PRIVATIZACIÓN DE LA GUERRA

Lo que hoy conocemos como Empresa Militar y de Seguridad Privada es el resultado de una larga evolución, cuyos cimientos se encuentran en el desarrollo que previamente experimentaron los mercenarios. Es por ello que ambos conceptos se encuentran intrínsecamente unidos.

La prevención anterior obliga a explicar el origen de los mercenarios, que se remonta a tiempos inmemoriales. La humanidad ha contado con la existencia de los mercenarios

desde hace más de tres mil años y diversos pasajes históricos demuestran que estuvieron presentes, por ejemplo, en las civilizaciones egipcia, griega y romana.¹

En la edad media, reyes y señores feudales siguieron contratando mercenarios para que combatieran en lugar y a nombre de ellos, y también para que realizaran expediciones militares ofensivas.² En la Guerra de los 30 años (1618 al 1648), la mayor parte de las fuerzas militares usadas fueron privadas. De igual manera, en el Renacimiento las ciudades-Estado italianas contrataban comandantes militares independientes, llamados *condottieri*, para no ceder poder militar frente a otras ciudades-Estado y así no alterar su propia economía productiva al forzar a sus propios ciudadanos a entrar al servicio militar.³

En el siglo XIX, tras los acontecimientos históricos que dieron lugar a la consolidación del poder en manos de los Estados y al establecimiento de la noción de soberanía estatal, los Estados tomaron control del poder militar, por lo que se instauró la estructura jerárquica en los ejércitos nacionales en la cual no se da cabida a la presencia de mercenarios.⁴

Durante la primera mitad del siglo XX, en el contexto de las guerras mundiales, los mercenarios se habían visto relegados a un segundo plano por el protagonismo de los ejércitos nacionales. No fue hasta finales de la década de los sesenta que el uso de mercenarios contra los movimientos de liberación nacional que peleaban por la independencia en

¹ Vid. STINNETT, Nathaniel. “The Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 28, issue 1, Article 8, p. 212.

² ZARATE, Juan Carlos. “The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, 1998, p. 83.

³ STINNETT, op. cit., p. 213.

⁴ SHEEHY, Benedict / MAOGOTO, Jackson. “Contemporary Private Military Firms Under International Law: An Unregulated «Gold Rush»”, *Adelaide Law Review*, vol. 26, No. 2, 2006, p. 2.

territorios coloniales fue proscrito⁵. Particularmente ya que el Estado se había alejado de aceptar la mercantilización de la violencia⁶.

Como resultado de la experiencia postcolonial, el sentimiento generalizado contra los mercenarios empezó a volverse negativo. Unidades mercenarias desafiaron directamente a un sinnúmero de regímenes estatales en proceso de formación en África, así como también batallaron contra la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) en el transcurso de la operación realizada en Congo desde 1960 hasta 1964⁷. El grupo de mercenarios más temidos era conocido con el apodo de “Les Affreux”.⁸

La Guerra Fría fue un periodo histórico de hipermilitarización. Su finalización desató alrededor del planeta una cadena de reducción del personal militar. Durante la década de los noventa, los ejércitos del mundo se redujeron en más de 6 millones de personas.⁹ Fue este el escenario perfecto para el surgimiento de las Empresas Militares y de Seguridad Privada.

La Empresa Militar y de Seguridad Privada (en adelante EMSP) es una forma reciclada de organizaciones mercenarias como los *condottieri*. A pesar de que en forma se parecen, la EMSP ha desarrollado un *modus operandi* compatible con las necesidades y estructuras del sistema internacional post guerra fría, basado en la soberanía estatal¹⁰, además de contemplar funciones que pueden ir más allá de la participación directa en las hostilidades tradicionalmente entendida, como aquellas de inteligencia, consejería técnica, aprovisionamiento de armas, etc., lo cual se detallará más adelante.

⁵ KINSEY, Christopher. “International Law and the Control of Mercenaries and Private Military Companies” [En línea], *Cultures & Conflicts*, 2008. Disponible en <<http://conflicts.revues.org/11502>>. [Consulta: 11 de agosto de 2016].

⁶ SHEEHY, Benedict. et. al. *Legal Control of the Private Military Corporation*. Londres: Palgrave Macmillan, 2009, p. 12.

⁷ Misión de paz enviada a raíz de la guerra civil, detonada por la secesión de Katanga y Kasai del Sur que apoyaba Bélgica, para seguir controlando la riqueza minera del país, restaurándose el orden gracias a la intervención de la ONU Vid. CERVERA VALLTER, María. “El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 2014, p. 106.

⁸ SINGER, Peter. “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, issue 521, 2004, p. 527.

⁹ SINGER, Peter. “The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry”, *International Security*, vol. 26, issue 3, 2001/2002, p. 193.

¹⁰ ZARATE, op. cit., p. 91.

En los últimos años, gran conmoción causó al mundo entero el tiroteo a quemarropa ocurrido el 16 de Septiembre de 2007 en la plaza Nisoor de Bagdad, por parte de la empresa estadounidense Blackwater, que causó la muerte de 17 personas, todos ellos civiles, sin distinción de sexo ni edad, además de dejar otras 20 personas heridas. Muchos son los casos que podríamos citar, pero consideramos que reviste gran interés traer a la palestra esta matanza, porque dicha masacre es considerada la violación más atroz de derechos humanos por parte de una EMSP que se ha conocido.¹¹ Ello fue sólo es una pequeña muestra del poder que poseen las EMSP y lo mortíferas que pueden llegar a ser, por lo cual se debe poner alto a este tipo de situaciones, además de regularse adecuadamente las actividades que desempeñan, para que no se sigan repitiendo.

Pero, así las cosas, y en el escenario actual, el siguiente paso a dar corresponde a entender de qué hablamos cuando hablamos de EMSP, identificando a los sujetos involucrados, a través de su caracterización y clasificación.

2. CARACTERÍSTICAS Y TIPOS DE EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

Tradicionalmente, solía distinguirse entre “Empresas Privadas de Seguridad” y “Empresas Privadas Militares”, pero dicha clasificación ha entrado en desuso, toda vez que la tendencia ha sido agruparlas bajo la denominación única de “Empresa Militar y de Seguridad Privada”. Ello queda de manifiesto en el Documento de Montreux, que señala en el punto 9 de su prefacio: “Las «EMSP», como quiera que se describan a sí mismas, son 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

¹¹ GÓMEZ DEL PRADO, J.L. “Impact on Human Rights of a New Non-State Actor”, *Brown Journal of World Affairs*, Otoño/Invierno 2011, vol. 28, Issue 1, p. 155.

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”¹². Con dicha definición se deja en claro que independientemente del nombre que se le dé a la entidad, de acuerdo al tipo de servicios que presten corresponden a un único tipo de entidad.

Dentro del ámbito doctrinal nos encontramos con la clasificación que realiza MANDEL¹³, tomando como parámetros el ámbito de actuación, forma que adopta y los propósitos que tiene la seguridad privada.

En un primer sentido, el parámetro de ámbito de actuación es subdividido en ayuda extranjera y sustitución interna. El primero de dichos casos corresponde cuando fuerzas no gubernamentales de un estado proveen servicios de seguridad privada en otro estado, sea para un gobierno o para un ente no gubernamental; y el segundo a aquel caso en que los servicios de seguridad privada son proveídos por civiles de un mismo estado, contratados para reemplazar a los organismos responsables de mantener el orden y la seguridad interna del Estado en cuestión, como las policías. Luego, la segunda subclasificación dentro del ámbito de actuación corresponde al sujeto que contrata los servicios, independientemente de su finalidad. Dos son los modelos posibles: De arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba. De arriba hacia abajo se refiere a aquella situación en que es un gobierno quién efectúa la contratación, ya sea de seguridad interna o externa, nacionales o extranjeros; y de abajo hacia arriba dice relación cuando son individuos o grupos poco organizados tales como milicias,

¹² Documento de Montreux: *Sobre las obligaciones jurídicas pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privada durante los conflictos armados*. (En adelante, Documento de Montreux) Comité Internacional de la Cruz Roja y Departamento Federal de las Relaciones Exteriores, Confederación Suiza, Montreux, 17 de septiembre de 2008. Doc. A/63/467 – S/2008/636. Disponible en https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/es/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/Montreux-completo_es.pdf. [Consulta: 02 de diciembre de 2016].

¹³ MANDEL, Robert. “The Privatization of Security”, *Armed Forces & Society*, vol. 28, Issue 1, Otoño 2001, pp. 139-139.

brigadas vecinales, fuerzas de autodefensa, pandillas, etc. deciden proveer servicios de seguridad para sí mismos o para otros.

Seguidamente, dentro de la forma que adopta la seguridad privatizada, distingue entre apoyo directo al combate o asesoría militar. La primera forma provee, o bien las fuerzas combatientes en sí mismas (como mercenarios o ejércitos privados), o bien provee las herramientas de la violencia, es decir, armamento, ya sea a menor o gran escala. La segunda forma se encarga de educar en las aulas a los combatientes de un ejército, sobre estrategias de combate, o bien de dar entrenamiento directo para el campo de batalla. Lo que en dicho caso cabe resaltar es que en ningún momento los proveedores de las empresas tienen participación directa en las hostilidades.

Por último, el parámetro del propósito que tiene la seguridad privada dice relación fin ofensivo o defensivo. En el caso de los servicios defensivos, el propósito corresponde a la mantención del orden, vigilar las amenazas y mantener el *status quo*. Los servicios ofensivos dicen relación con el derrocamiento de gobiernos legítimamente establecidos. MANDEL señala que dependiendo de la situación podemos encontrarnos frente a zonas grises, por lo cual se debe atender al motivo principal del contratante.

Si bien esta clasificación tiene un valor en sí misma, al hacer hincapié en muchos aspectos que habitualmente se pasan por alto, como, por ejemplo: el hecho que una EMSP puede operar en su propio país, toma en consideración intenciones de los contratantes, más allá fin económico e las EMSP, etc., no la tomaremos en consideración para el desarrollo del presente trabajo porque su aplicabilidad se ve limitada, al no revestir interés muchos de los casos que explicita dicha clasificación.

Otra clasificación nos dice que las principales características de la EMSP varían según el tipo de cliente al que le ofrecen servicios, y por ende, el rango de actividades y las funciones militares que cumplen. SINGER¹⁴ realiza dicha clasificación mediante una forma bastante

ejemplificadora de ilustrarla, mediante la “metáfora de la punta de lanza” de, en cuya virtud se intenta categorizar las empresas militares según si se ubican o no en el campo de batalla, la forma en que impacta la participación de las EMSP en los conflictos, el nivel de entrenamiento con que cuentan, el prestigio y experiencia que tienen, etc. En base a lo anterior, dichas empresas pueden clasificarse en tres grandes categorías: 1) proveedoras, 2) consultoras y 3) de apoyo o respaldo. En la punta de la lanza se encuentran las empresas que toman participación en las hostilidades; al medio están las empresas relacionadas a la inteligencia militar; y por último, en el extremo más lejano, se encuentran las empresas de logística. Esta tripartición nos permite realizar una aproximación al fondo del asunto. En primer lugar, para Singer las empresas “proveedoras”, se encargan de suministrar todo lo requerido en el ambiente táctico, es decir, personal de batalla o de comando. Este personal de la EMSP puede estar distribuidos dentro del personal de la empresa contratante y de esta forma, brindarles experiencia y liderazgo. Los principales tipos de clientes de estas empresas suelen tener baja capacidad militar para enfrentar situaciones de amenaza.

En segundo lugar, SINGER se refiere a las “empresas consultoras militares”, que proveen asesoramiento y entrenamiento de personal, además de ofrecer análisis estratégico, operacional y organizacional para estructurar fuerzas armadas. Estas empresas tienen entre sus trabajadores a ex militares e incluso a ex generales de alto rango. Este tipo de empresa se diferencian de las anteriores, porque se encargan de preparar las fuerzas militares de los clientes y no participan directamente de las hostilidades. Por tanto, las consultoras no asumen los riesgos del campo de batalla. Los clientes de este tipo de empresas, generalmente, no tienen necesidades tan urgentes como los del primer tipo. Estos clientes se dedican a la formación de equipos sujetos a contratos a largo plazo y generalmente asociados a proyectos lucrativos.

Por último, las “empresas de apoyo militar” proveen implementos y logística y no participan en la realización ni planificación de hostilidades. Solamente satisfacen necesidades

funcionales, tales como soporte técnico, transporte, y apoyo logístico en general. Los clientes típicos de estas empresas requieren intervenciones inmediatas, pero a largo plazo, relacionadas con el reabastecimiento constante de implementos. Esta categoría de empresas militares tiende a tener un origen más tradicional, operando como suministradores de implementos no militares a empresas civiles tradicionales, pero que al expandirse entran a la industria militar.

En la misma línea, NEWELL y SHEEHY optan por emplear las categorías utilizadas por SINGER, y argumentan que, extendiendo la metáfora de SINGER y aplicándola a la naturaleza de la interacción entre los Estados y las EMSP, debería notarse que la lanza requiere de un lanzador (Por ejemplo, un Estado, corporación u otro individuo con el financiamiento necesario para conservar una EMSP).¹⁵ Es decir, la existencia de las EMSP, metaforizada a través de la lanza, sólo es potencialmente dañino si existe alguien que la ponga en movimiento, por lo que debe regularse las responsabilidades que corresponden a dichos entes.

A pesar de que dicha clasificación se encuentra en sintonía con el desarrollo y evolución que ha experimentado la materia hasta el día de hoy, la gran crítica que se le puede formular a dicha clasificación es que, a diferencia de la anterior, ésta toma como parámetro únicamente las actividades realizadas por las empresas. A pesar de ello, consideramos apropiado utilizarla porque ningún tipo de EMSP queda fuera de ella.

Para efectos de la presente investigación, y a pesar que a veces las empresas pueden ser clasificadas en más de uno de los tipos enunciados, centraremos nuestro análisis principalmente en las EMSP del primer y segundo tipo, dado que por lo general son éstas quienes per se cometen violaciones directas a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, o a lo menos propician el escenario para dichas violaciones.

¹⁵ SHEEHY / NEWELL, op. cit., p. 72.

Encontrándose contextualizados temporalmente, identificado los sujetos, caracterizados y clasificados, proseguimos con el detalle de la regulación bajo el ordenamiento jurídico internacional.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. LOS MERCENARIOS BAJO EL SISTEMA UNIVERSAL Y REGIONAL.

En éste apartado del Capítulo II analizaremos los distintos instrumentos existentes en el sistema universal. También abordaremos someramente el tratamiento que en su oportunidad se le dio a este tema en África. Luego describiremos al Grupo de Trabajo sobre la utilización de Mercenarios.

1.1 La Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios y la Convención de la organización para la Unidad Africana para la eliminación de los mercenarios en África.

En el Derecho Internacional, la figura de los mercenarios se encuentra descrita en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios¹⁶. En dicho instrumento se reconoce que la figura del mercenario es frecuentemente utilizada para quebrantar principios de derecho internacional, tales como la igualdad soberana, la independencia política, la integridad territorial de los Estados y la libre determinación de los pueblos.¹⁷

En su artículo 1º, la convención en comento identifica las características necesarias para determinar qué es un mercenario: *“1. Se entenderá por “mercenario” toda persona: a) Que haya*

¹⁶ *Convenio internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, adoptada por la AG en su res. 44/49, Nueva York, 4 de Diciembre de 1989 y entrada en vigor el 20 de Octubre de 2001, *UNTS*, vol. 2163, p. ¿?.

¹⁷ *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*. cit., preámbulo, párr. ¿?.

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. 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”¹⁸

A pesar del intento de determinar qué se entendería por mercenario bajo el Derecho internacional, la convención se limitó meramente a enunciar un número vago de requisitos que deben ser cumplidos copulativamente para que un individuo pueda ser considerado mercenario, resultando ineficaz la prohibición de la figura.¹⁹ Ello resulta de difícil aplicación, toda vez que de faltar alguno de dichos requisitos, un sujeto no queda comprendido en dicha clasificación.²⁰ Adicionalmente, SINGER señala que el tratado surgió descontextualizado, porque al momento de su aprobación, el comercio militar privado ya había cambiado, dejando de estar compuesto sólo por mercenarios individuales y pasando a estar dominado

¹⁸ Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, cit., artículo 1.

¹⁹ Cfr. SINGER, Peter. “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Transitional Law*, n° o vol??, 2004, p. 531.

²⁰ *Infra* §2.

por compañías privadas.²¹ Cabe mencionar que, a la fecha, Chile aún no ha ratificado el tratado.

En los contextos regionales, la organización para la Unidad africana, predecesora de la Unión Africana, promulgó Convención para la Eliminación de los Mercenarios en África²², debido a los procesos de descolonización de los años sesenta y setenta, vividos en dicho continente. Su texto original se encuentra únicamente en árabe, francés e inglés. Su Artículo 1(1) define a los mercenarios: “*A mercenary is any person who: a) Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict; 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 conflict; 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 of the armed forces of the said state*”. Dicha convención también ha caído en desuso porque no prohíbe la contratación o el empleo de mercenarios para otros propósitos.²³

Ya que todo dicho articulado se encuentra obsoleto, es menester analizar las posibles vías y mecanismos, existentes y futuros, para aproximarse a una solución a este problema.

1.2 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

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

²¹ Íd.

²² ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA, Convención de la organización para la Unidad Africana para la eliminación de los mercenarios en África, Doc. CM/433/Rev. L. Annex 1, 3 de Julio de 1972, entrada en vigor el 22 de Abril de 1985.

²³ SINGER, Peter. “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal Of Transnational Law*, vol. 42, issue 521, 2004, p. 529.

determinación (En adelante, GTUM), fue creado en el año 2005 por la Comisión de Derechos Humanos, compuesto por cinco expertos independientes, cada uno de los cuales representa a cada grupo regional. Reemplazó al antiguo Relator Especial sobre la utilización de mercenarios, que estuvo en vigencia desde 1987 hasta la creación de este Grupo de Trabajo.

El GTUM ha emitido una serie de informes elaborando propuestas de normas complementarias, opiniones, vigilancia de actividades mercenarias y estudio de actuales tendencias. Se trata de una iniciativa de trabajo que, entre otros aspectos, tiene por objeto aclarar el marco jurídico de las EMSP. Así, se señaló que dentro de sus propósitos se incluye el “vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades”²⁴. Dentro del mandato que se le otorgó en la citada resolución, cabe destacar que éste señala en su letra a) *“elaborar y presentar propuestas concretas sobre posibles nuevas normas, directrices generales o principios básicos que promuevan el aumento de la protección de los derechos humanos en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, cuando hacen frente a las amenazas actuales y nuevas que suponen los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos”*.

En su último informe anual presentado ante el Consejo de Derechos Humanos²⁵, cabe destacar, por un lado, su preocupación por la carencia de legislaciones internas conforme a derecho internacional de los derechos humanos y derecho humanitario, a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil de las personas y las empresas, así como a los

²⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. E/CN.4/RES/2005/2 (7 de abril de 2005), 38ª sesión., párr. 12.

recursos efectivos a disposición de las víctimas. Por otro lado, la reiteración en la necesidad de crear un instrumento normativo internacional amplio y vinculante para proteger a quienes se ven más afectados por la actividad de las EMSP. Esto, tomando en cuenta lo que ya hemos señalado en relación a los mecanismos de *Soft Law*, en base al establecimiento de estándares y buenas prácticas. Previa a analizar el trabajo del GTUM, es menester analizar la normativa general del Derecho internacional humanitario.

2. REGULACIÓN BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SU RELACIÓN CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

Como indicamos en el capítulo anterior²⁶, son las especiales características de las EMSP las que son difíciles de encuadrar en la normativa tradicional existente. El estatuto del personal de las EMSP bajo el derecho internacional humanitario es ambiguo²⁷ y resulta difícil clarificar cuales reglas se aplican y en que supuestos, además que deberá verse caso a caso la normativa aplicable.

El *Documento de Montreux*²⁸ señala que todo individuo debe respetar el Derecho internacional humanitario, en cualquier actividad relacionada con un conflicto armado, por tanto, esto incluye al personal de las EMSP. De esta forma, si cometen violaciones graves del derecho humanitario, como atacar a la población civil o maltratar a los detenidos, estarán incurriendo en un crimen de guerra, lo que trae a su vez la obligación de establecer las responsabilidades penales correspondientes, como se trató anteriormente. El citado

²⁶ Supra, §1.2 del Capítulo anterior

²⁷ PATINSON, James. "Outsourcing the responsibility to protect: humanitarian intervention and private military and security companies", *Cambridge University Press*, vol o n°, 2010, p. 15

instrumento alude a que, aunque las empresas de por sí no están sujetas a las obligaciones previstas en el derecho humanitario, sus empleados sí lo están.

Por el contrario, ya no desde el punto de vista de la responsabilidad penal, sino que desde la protección del personal, el *Documento de Montreux*²⁹ reconoce que ésta dependerá del tipo de actividad que ejerzan, aludiendo a que la mayoría de los empleados de las EMSP desplegados en situaciones de conflicto armado actúan en calidad de civiles, y por tanto se encuentran salvaguardados bajo esa condición. Sin embargo, si participan directamente en las hostilidades, ya no gozan de dicha protección. Es por ello que previamente al análisis del Documento de Montreux, es menester detenerse en el análisis detallado del marco normativo bajo la óptica del Derecho internacional humanitario.

La problemática de la determinación del estatuto jurídico, bajo el Derecho internacional humanitario, consiste en que su aplicación es limitada, ya que el concepto de mercenario se encuentra tan minuciosamente descrito que su aplicación se torna imposible a los mercenarios, y con mayor razón a la EMSP. El concepto de mercenario no se encontraba originalmente en los Convenios de Ginebra, por lo que posteriormente fue añadido en 1977, mediante el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)³⁰, abordando dicha problemática, negándoles el estatuto de combatientes e incorporando los requisitos para que alguien sea considerado mercenario de la siguiente manera: *“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*

²⁹ Documento de Montreux...cit., p. 42

³⁰ *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)* (en adelante, PAICG), aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, UNTS, vol. 1125, p. 25.

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 a 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 conflicto”.

Según se ha entendido, los requisitos que establece dicho artículo son copulativos³¹, lo que dificulta su aplicación práctica, no sólo al concepto tradicional de mercenarios, también a las EMSP que nos encontramos analizando. El desglose de dichos requisitos deja entrever la inaplicabilidad de dicho artículo, principalmente porque las funciones que dicho personal desempeña y los puestos que ocupan en la estructura corporativa de la EMSP son variables.

Para ilustrar la dificultad que acarrea la aplicación de dicho artículo al personal de una EMSP, analizaremos cada requisito de dicho artículo. En primer lugar, la letra a) deja fuera al personal de la EMSP que no ha sido reclutado para combatir en un conflicto armado, es decir, aquellos que desde no fueron reclutados exclusivamente para dicho fin, dado que las labores que se suelen encomendar a una EMSP suelen ir más allá de combatir en un conflicto armado; además dicha intencionalidad puede surgir sobre la marcha. La letra b) señala como requisito el que la persona “*de hecho, tome parte directa en las hostilidades*”, lo cual no sucede con todo el personal de las EMSP, como aquel que desarrolla funciones de monitoreo o apoyo logístico. El requisito de la letra c) es el que resulta más controvertido, porque al requerir motivación pecuniaria se adentra en los móviles internos de la persona que se trate, lo cual en la práctica resulta muy engorroso de probar. La letra d) dejaría fuera aquellos casos en que

³¹ LIU, Hin Yan. “Leashing the Corporate Dogs of War: The Legal Implications of the Modern Private Military Company”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, Issue 1, 2015, p. 144.

el personal de la EMSP ha sido reclutado en los países donde se desarrolla el conflicto, como Afganistán o Irak.³²

Dicho artículo fue reproducido casi en su totalidad (Con la excepción del “*que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades*”) por la *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*³³, teniendo los mismos problemas en la práctica que el mencionado artículo 47 del PAICG, siendo casi imposible de aplicar a los nuevos actores no estatales.³⁴

Otra falencia de dicho artículo, corresponde a que el PAICG es aplicable sólo a los conflictos internacionales. Por su parte, el Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados no internacionales guarda silencio en relación a los mercenarios³⁵, Sumado a que, en general, la mayoría del articulado de la regulación establecida en el Derecho internacional humanitario, mediante los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, rigen exclusivamente para los conflictos armados internacionales. Señalar, por ejemplo, que el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra³⁶, luego de establecer algunas disposiciones mínimas aplicables a los conflictos armados no internacionales, señala en sus incisos finales “*Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.*” Entonces, la aplicación del resto de las normas se encuentra supeditado a que las partes en conflicto convengan su aplicación, lo cual, en medio de un conflicto, puede resultar totalmente ilusorio. Cabe

³² Cfr. GÓMEZ DEL PRADO, José Luís. “PMSCs and the UN Working Group on the Use of Mercenaries” *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13 Issue 3, 2009 p. 435

³³ *Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, adoptada por la AG en su res. 44/49, Nueva York, 4 de Diciembre de 1989 y entrada en vigor el 20 de Octubre de 2001, UNTS, vol. 2163, p.75.

³⁴ GÓMEZ DEL PRADO, José Luís. “PMSCs and the UN Working Group on the Use of Mercenaries” *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13 Issue 3, 2009 pp. 439-440.

³⁵ Cfr. *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 internacional (Protocolo II)* (En adelante, PAICG), aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, UNTS, vol. 1125.

³⁶ ICG, cit. artículo 3, IICG, cit. artículo 3; IIICG, cit. artículo 3; IVCG, cit. artículo 3.

mencionar que, es en los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, las guerras civiles, en donde situaciones como las que aborda la presente investigación son más prevalentes³⁷.

Hecha la prevención anterior, y dilucidando que en lo sucesivo su aplicación se verá restringida únicamente en caso de conflictos armados internacionales, la inaplicabilidad del artículo 47 del PAICG al caso de las EMSP obliga a, yendo de lo particular a lo general, remitirse, al estatuto de combatientes del IICG³⁸, en particular al artículo 4 (A) referente a los prisioneros de guerra: “*Artículo 4. A. 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: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos 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 de 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 reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra...*”. No es necesario detenerse en el número 1 de la letra a del artículo 4º, al ser un hecho conocido que el personal de las EMSP no es, en definitiva, miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto. Respecto de la letra b), algunos han entendido que cierto personal de las EMSP puede encuadrarse en esta hipótesis³⁹.

³⁷ KINSEY, Christopher. “International Law and the Control of Mercenaries and Private Military Companies” [En línea], *Cultures & Conflicts*, 2008. Disponible en <<http://conflicts.revues.org/11502>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2016], p. 7.

³⁸ *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, UNTS, vol. 75, p. 135.

³⁹ HOPPE, Carsten, “Passing the back: State responsibility for private military companies”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, p. 1008.

Por último, en cuanto al estatuto de civiles respecto de las EMSP, es aplicable por exclusión, según se infiere del artículo 50 del PAICG: *“Definición de personas civiles y de población civil: 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. 2. La población civil comprende a todas las personas civiles. 3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.”*. De acuerdo a la interpretación de algunos expertos del CICR, la mayoría del personal de las EMSP que operan en conflictos armados internacionales podrían ser considerados civiles. Sólo un número minoritario serían vistos como combatientes y mercenarios, quienes perderían la protección bajo el derecho internacional humanitario.⁴⁰ Es por ello que han surgido diversas iniciativas que abordar el tema de manera específica, de lo cual se detalla a continuación.

3. MECANISMOS DE SOFT LAW: EL DOCUMENTO DE MONTREUX

El *Documento de Montreux* es el resultado de un proceso internacional puesto en marcha en 2006 por la Confederación Suiza y el CICR. Se trata de un documento jurídicamente no vinculante, que no tiene por objeto legitimar la utilización de EMSP en ninguna circunstancia concreta, sino promover el respeto del Derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos. Fue preparado por expertos gubernamentales procedentes de diecisiete Estados especialmente interesados por las EMSP o por el Derecho internacional humanitario, sin perjuicio de haberse consultado a representantes de la sociedad civil y de las EMSP. Cabe destacar que la Asamblea General de la ONU invitó a todos los Estados a que consideren la posibilidad de comunicar su apoyo al documento⁴¹.

⁴⁰ GÓMEZ DEL PRADO, José Luís. "Impact on Human Rights of a New Non-State Actor: Private Military and Security Companies", *Brown Journal of World Affairs*, Vol. 28, Issue I, 2011 p. 160

⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Situación de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados*. A/63/467 – S/2008/636 (6 de octubre de 2008), anexo.

Por otro lado, el PPCEMSP nace a partir 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. El GTUM determinó la existencia de un vacío en la reglamentación de las EMSP a nivel internacional. Destaca que si bien existen normas enmarcadas en el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos que podrían aplicarse a los Estados en sus relaciones con las EMSP, se observan dificultades en la aplicación de las leyes nacionales y en la realización de investigaciones en zonas de conflicto, generando como resultado que no se condene como responsables a las EMSP por violaciones a los derechos humanos⁴².

Adicionalmente, el GTUM defiende la creación de un instrumento jurídico internacional, como una convención, tomando como parámetro la naturaleza de la empresa que se trate. Así, plantea que los servicios prestados por las EMSP no deberían considerarse como productos comerciales normales que puedan regirse a través de iniciativas de autorregulación. En este sentido, es importante tomar en cuenta que los servicios prestados por las EMSP son específicos y peligrosos, incluyendo servicios militares y de seguridad⁴³, cuya naturaleza hace necesaria una regulación internacional desde el Derecho público, dejando de lado iniciativas privadas que se limitan al establecimiento de buenas prácticas⁴⁴.

En el siguiente capítulo trataremos en detalle cómo el Documento de Montreux ha abordado la regulación de las EMSP, contrastando con el trabajo que ha realizado el GTUM.

CAPÍTULO III

⁴² Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *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*. A/HRC/15/25 (5 de julio 2010), párr. 36.

⁴³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *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*. A/HRC/15/25 (5 de julio 2010), párr. 37. ABREVIATURA

⁴⁴ Vid. *Código de Conducta Internacional para Proveedores de servicios de seguridad privada*, Confederación Suiza, 9 de noviembre de 2010, disponible en <http://icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc_spanish3.pdf>. [Consulta: 12 de octubre de 2016]. EXPLICAR EN LA NOTA EN QUE CONSISTE ESTE CODIGO

OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DE LAS OPERACIONES DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

1. OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EXIGIBILIDAD EN ACTORES ESTATALES Y NO ESTATALES

En este apartado se tratará la sujeción a los derechos humanos por parte de los diferentes entes que se mencionan, y las respectivas obligaciones derivadas de dicha sujeción.

1.1 Exigibilidad en actores estatales

Las obligaciones que recaen en los Estados como principal promotor de los derechos humanos en su territorio obligan a que, de uno u otro modo, se hagan cargo de situaciones -como sucede con las EMSP- en las que por lo general no responderían, porque de lo contrario la protección a los derechos humanos perdería significado si los Estados pudieran evadir responsabilidad, trasladándolas al sector privado. En el caso de las EMSP, que despliegan funciones militares que habitualmente desarrollan los ejércitos nacionales, debe ser el mismo Estado quien primeramente fije los límites y tome medidas eficaces que salvaguarden todos los derechos humanos que puedan verse turbados, amenazados o violados.

En este sentido, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe el deber de los Estados de “*respetar y garantizar* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

presente Pacto...”⁴⁵. Esto nos lleva a la distinción entre obligación de garantía y obligación de respeto, desprendida de diversos instrumentos firmados y ratificados por los Estados.

Adicionalmente, en el sistema interamericano, dichas obligaciones se encuentran recogidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos que dispone “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” (subrayado de los autores).

Según indica para este caso en concreto KOROLEVA⁴⁶ en su tesis de magíster: “El deber de “garantizar” implica que los Estados están obligados a tomar las medidas positivas para asegurar el disfrute de estos derechos. Los propósitos del Pacto permiten concluir que este deber comprende dos aspectos: la obligación de tomar medidas preventivas ante las violaciones de los derechos humanos perpetradas por particulares y la obligación de asegurar el acceso a recursos eficaces en caso de que se cometa tal violación. El deber de “prevenir” implica, a su vez, la obligación de controlar y regular a los actores privados, adoptando las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas pertinentes.

NASH, en cuanto a la obligación de respeto señala que “consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran

⁴⁵ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, *UNTS*, vol. 999, p. 241, art. 2(1)

⁴⁶ Cfr. KOROLEVA, Anastasiya. *Las Empresas Militares Y De Seguridad Privadas En Los Conflictos Armados Desde La Perspectiva Del Derecho Internacional*. Director: Dra. Ana Manero Salvador. Tesis de magíster. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014.

las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad”. A su vez, define la obligación de garantía como “la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera que sea su contenido normativo”.⁴⁷ Dichas obligaciones son complementarias, y cómo es posible ver, el límite de tales obligaciones es difuso, y muchas veces se superponen la una con la otra, compartiendo una gran zona gris.

Los instrumentos mencionados en los párrafos anteriores, representan parte de la base jurídica que permite hacer exigible a los estados las obligaciones en cuanto al deber de prevenir, respetar y garantizar los derechos humanos allí contenidos, y que además tienen una fuerte vinculación con el actuar de las EMSP. Sin embargo, donde surge la problemática es en relación a la exigibilidad de obligaciones jurídicas internacionales a los Estados por actos cometidos por particulares y de manera directa a las EMSP, cuestión que analizaremos a continuación.

1.2 Exigibilidad para los Estados por la comisión de actos por hechos de particulares y exigibilidad a actores no estatales

A pesar de que solía entenderse que los actos cometidos por agentes no estatales (particulares) no podían ser atribuidos directamente a los Estados, con la evolución actual de la doctrina y jurisprudencia internacional tal afirmación ya no puede sostenerse. Así, con el

⁴⁷ NASH ROJAS, Claudio. “*El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*” [En línea] 2009, Disponible en <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/El%20Sistema%20Interamericano,%20Capitulo%20II.pdf>>. [Consulta: 29 de diciembre de 2016], pp. 30-32.

transcurso de los años se ha entendido paulatinamente que cabe la posibilidad de atribuirles responsabilidad internacional por actos cometidos por particulares.

Para esto, primero debemos atender -en términos generales- a la noción de derechos humanos, comprendido que los derechos siempre tienen su correlación en las obligaciones jurídicas. Los derechos humanos son concebidos como una limitación de carácter superior e infranqueable para la voluntad soberana del Estado, tomando en cuenta la desigualdad o desequilibrio que existe en la relación con los individuos.⁴⁸ Así, se ha considerado que la esencia del concepto recae en que cada individuo tiene ciertos derechos inalienables y legalmente exigibles para protegerse en contra de la interferencia del estado y las libertades fundamentales.⁴⁹

No obstante, la concepción clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones cometidas por particulares. Por tanto, para poder comprender la magnitud del concepto de derechos humanos en las sociedades modernas, debemos hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo preámbulo destaca que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁵⁰. Por otro lado, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también señala en su preámbulo que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

⁴⁸ AGUILAR, Gonzalo/CONTRERAS, Cristian, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 13 n.1, 2007, pp. 205-243. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008

⁴⁹ MALANCZUK, Peter “Akehurst’s Modern Introduction to International Law”, *Routledge*, 7ª edición, 1997, p. 210.

⁵⁰ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada el 8 de diciembre por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/217 (III), 10 de diciembre de 1948, preámbulo, párr. ¿?.

Por tanto, el romper con esa concepción clásica como limitación dirigida únicamente al estado, tiene inmediata relación con el denominado “efecto horizontal de los derechos humanos”. Dicho efecto se refiere a la idea de que los derechos serán concebidos ya no sólo como límites o prerrogativas frente al poder público sino también frente a los particulares, desplegando su eficacia frente a éstos⁵¹. Sin embargo, reconocer que los derechos fundamentales surten efectos en las relaciones particulares no es un aporte para la doctrina internacional, sino más bien el planteamiento de un problema. Más allá de la discusión de si los derechos humanos vinculan al poder público o también a los particulares, el problema radica en hacerlos verdaderamente válidos en las relaciones entre privados, es decir, creando un mecanismo que evite dichas violaciones, o que las repare una vez cometidas.⁵²

En cuanto a la evolución jurisprudencial, de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), ha experimentado una particular evolución en esta materia, partiendo con el caso *Canal de Corfú* (1949), en el que estableció que los Estados pueden ser responsabilizados por conductas de particulares cuando van acompañadas de ciertas acciones u omisiones por parte de los Estados.⁵³ Posteriormente, en el caso *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980), la CIJ responsabilizó al Estado de Irán por el secuestro ocurrido la embajada estadounidense de su país, por no haber tomado medidas para prevenir la toma de la embajada ni para hacer que el personal diplomático saliera de ella.⁵⁴

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha reafirmado en reiteradas oportunidades la existencia de una eficacia de los derechos fundamentales en relaciones privadas. El caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* fue el primero en tratar dicha teoría, señalando que “un hecho ilícito violatorio de

⁵¹ ANZUREZ, José. “La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 22, 2010, p. 4.

⁵² *Ibid.*, p. 36.

⁵³ Cfr. CIJ. *The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment, 9 de abril de 1949, ICJ Reports 1949, pp. 4-23.

⁵⁴ Cfr. CIJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Judgment, 24 de mayo de 1980, ICJ Reports 1980, p.32, párrs. 63-64.

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 la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁵⁵

La imputación directa a los particulares de la violación de los derechos fundamentales es una constante desde el año 2003 a nivel interamericano, experimentando la jurisprudencia una evolución que termina por consagrarse con la Opinión Consultiva 18/03, el verdadero *leading case* de la doctrina interamericana de la *Drittwirkung*⁵⁶: “existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”⁵⁷.

No obstante, también es relevante tener en cuenta que este efecto horizontal de los derechos humanos, “no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado”⁵⁸. Así, como señaló la Corte IDH en la sentencia sobre el fondo del caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* “para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los

⁵⁵ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 172.

⁵⁶ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *drittwirkung* der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *UNED Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 583-608.

⁵⁷ CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva, 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, párrs. 140 y 141.

⁵⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, Tesis de jurisprudencia 15/12, 9ª época

Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”⁵⁹

En suma, los efectos de la Opinión Consultiva 18/03 van más allá de la obligación del Estado de disponer de los medios necesarios para evitar o reparar las lesiones de derechos en las relaciones privadas⁶⁰, y la Corte IDH declara, sin lugar a dobles interpretaciones, que “los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares”.⁶¹ Además, cuando hablamos de la exigibilidad de obligaciones relativas a derechos humanos, constituye un desafío clave determinar tres aspectos: primero, qué derechos son sólo oponibles frente al Estado; segundo, qué derechos gozan de multidireccionalidad, o *multistakeholder approach*; y en qué casos esta multidireccionalidad y eficacia entre particulares se traducirá en la responsabilidad del estado por actos cometidos por particulares.

2. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

⁵⁹ Corte IDH. *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia sobre el fondo de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 123.

⁶⁰ Corte IDH. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, fundamento 153; *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, fundamento 129; e *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia sobre el fondo de 2 de septiembre de 2004. Serie C No 112.

⁶¹ Opinión consultiva 18/03, cit., fundamento 151 y resultando quinto.

Vinculado con lo que veníamos mencionando en relación a la exigibilidad de las obligaciones jurídicas internacionales de las empresas y su enfoque multidireccional, es que pretendemos abordar algunos aspectos más específicos en el presente apartado.

En la actualidad, no existe una regulación sistemática de las EMSP en el Derecho Internacional. Esto se debe principalmente al conflicto en materia de atribución de responsabilidad internacional, ya que se discute que su comportamiento sea imputable por ejercer atribuciones de poder público⁶², o bien por actuar de hecho en base a las reglas de control, dirección e instrucciones⁶³. Sumado a lo anterior, se debe tomar en consideración desde un punto de vista fáctico, el rechazo de las empresas a la imputación directa del catálogo de obligaciones que afectan a los Estados en virtud de tratados internacionales, en cuanto a promover y asegurar que se cumplan, respeten y protejan los derechos humanos.⁶⁴

Otro aspecto a evaluar es la personalidad internacional que tendrían las empresas, que en términos generales se podría señalar que se refiere a la capacidad de contraer obligaciones y derechos⁶⁵. La determinación de cuáles son los elementos fundamentales de la personalidad jurídica internacional es una materia bastante controversial. Existen autores que hacen alusión a la capacidad de presentar demandas derivadas de violaciones del derecho internacional, concluir tratados internacionales y gozar de privilegios e inmunidades de jurisdicción.⁶⁶ Por otro lado, la CIJ ha señalado que una entidad puede ser calificada como un sujeto del derecho internacional cuando cumple con dos requisitos de carácter cumulativo: tiene la capacidad de ser titular de derechos y deberes internacionales y,

⁶² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). A/66/10 (3 de octubre de 2011), art. 5.

⁶³ *Ibid.*, art. 8.

⁶⁴ Principios ruggie párr. 2

⁶⁵ MALANCZUK, Peter “Akehurst’s Modern Introduction to International Law”, *Routledge*, 7ª edición, 1997, p. 91

⁶⁶ MALANCZUK, Peter “Akehurst’s Modern Introduction to International Law”, *Routledge*, 7ª edición, 1997, p. 91

consecuentemente, la capacidad de hacer prevalecer sus derechos mediante reclamaciones internacionales⁶⁷.

En consecuencia, según el concepto que se tenga de personalidad jurídica, es que se puede determinar si las empresas gozan de ella. Así, existen autores que consideran que efectivamente las empresas pueden ser dotadas de personalidad jurídica internacional⁶⁸, pero la interrogante continuaría en orden a determinar cuál sería el contenido y alcance de los derechos y obligaciones que dicha personalidad le entregaría a una empresa.

Sin embargo, tomando en cuenta el enfoque horizontal de los derechos humanos, podemos señalar que el Derecho internacional debe y puede establecer obligaciones a los particulares en razón de la protección de los derechos humanos, y el alcance de dichas obligaciones debe estar dado por las características de la actividad en cuestión⁶⁹.

En el documento elaborado por John Ruggie⁷⁰, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”⁷¹, se establecieron tres principios fundamentales. El primero, se refiere a la obligación del Estado de brindar protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por empresas, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El segundo es la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. El tercero se relaciona con un mejor acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales. La elaboración de este documento de

⁶⁷ CIJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory opinion. I.C.J. Reports. Publicado en Harris, D.J, Cases and materials on International Law p. 133.

⁶⁸ RATNER, Steven, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, Vol. 111, Núm. 3, 2001, p. 448.

⁶⁹ RATNER, Steven, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, Vol. 111, Núm. 3, 2001, p 449.

⁷⁰ John Ruggie ocupó el cargo de Representante Especial del Secretario General de la ONU para los Derechos Humanos y Empresa, entre los años 2005 a 2011.

principios no tiene por objetivo la creación de nuevas obligaciones internacionales, sino que precisar la normativa actual integrándola en un modelo único, coherente e inclusivo, identificando sus debilidades.⁷²

En cuanto al primer eje, se señala que la responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones.⁷³ Tal responsabilidad tiene aplicación con independencia del tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura; pero también se reconoce que los medios que utilicen las empresas para cumplir con dicha responsabilidad serán proporcionales, entre otros factores, a su tamaño⁷⁴. Esto trae como consecuencia la necesidad de contar con políticas y procedimientos apropiados: compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar derechos humanos; un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; y procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.⁷⁵

En ese sentido, destacamos la existencia de un estándar de debida diligencia, que implica fundamentalmente la evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, variando según la complejidad de la empresa y el factor de riesgo

⁷² Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie..* A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011), párr. 13.

⁷³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie..* A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011).

⁷⁴ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie..* A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 14.

⁷⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie..* A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 15.

involucrado en sus operaciones.⁷⁶ Por otro lado, cobra relevancia la complicidad que se pueda atribuir a una empresa por contribuir a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos causadas por otras partes. En este sentido, desde un punto de vista jurídico, la mayoría de las jurisdicciones nacionales prohíben la complicidad en la comisión de un delito y algunas establecen la responsabilidad penal de las empresas e incluso la posibilidad de iniciar acciones civiles por daños.⁷⁷

En cuanto a este estándar de debida diligencia, debe comprenderse que no significa una garantía automática de exención de responsabilidad⁷⁸, porque aun con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no haya sabido prever o evitar⁷⁹, debiendo afrontarlo a través de diversos mecanismos de reparación eficaces, ya sea judiciales o extrajudiciales. Estos mecanismos de reparación pueden consistir en disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas de tipo penal o administrativo, además de los requerimientos o garantías de no repetición.

Por otro lado, el documento de Principios Rectores también reconoce la posibilidad de que un determinado contexto nacional o zonas afectadas por conflictos, pueda impedir asumir plenamente esta responsabilidad. Ante esta situación -que es precisamente a la que se ven enfrentadas las EMSP- el estado del país receptor puede verse impotente para proteger adecuadamente los derechos humanos, careciendo de control efectivo. Por lo mismo, se asigna un rol clave a los estados de origen, quienes tienen la misión de asistir tanto a las

⁷⁶ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 17.

⁷⁷ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 17.

⁷⁸ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 17.

⁷⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 22.

empresas como a los Estados receptores para evitar que ocurran violaciones de derechos humanos, mientras que los Estados vecinos también pueden brindar apoyo.⁸⁰

El informe de principios rectores al cual hemos hecho referencia, no está exento de críticas ni de controversias en su origen. El mandato de John Ruggie tenía por propósito adoptar un enfoque de consenso ante la oposición de empresas y estados frente a esta relación entre el mundo empresarial y estatal, desde el punto de vista de la responsabilidad por violaciones de derechos humanos. Así, se ha criticado que el instrumento pueda significar una mera enunciación de estándares y responsabilidades, cuya eficacia y vigencia sería meramente una idea utópica, sin un impacto real en caso de no ser aceptado por la mayoría de las entidades en cuestión. En la misma tónica, se señala que las empresas naturalmente resistirían cualquier intento de imposición de obligaciones internacionales vinculantes, o en caso de aceptarlas, buscarían mecanismos para mitigarlas y limitarlas al menos grado posible.⁸¹

Así, se señala que, en la búsqueda por generar consensos, Ruggie habría realizado concesiones de principios que los defensores de los derechos humanos deberían negarse a hacer. El resultado del instrumento intentaría simplemente apaciguar la preocupación de las empresas, negando que las empresas tengan obligaciones jurídicas internacionales para la realización de los derechos humanos y que a las empresas sólo se les requiere que eviten violar los derechos fundamentales.⁸²

Por consiguiente, BILCHITZ concluye que “en un momento en el cual se están desarrollando normas internacionales sobre la naturaleza de las obligaciones de las empresas para la realización de derechos fundamentales y en el cual dichas normas pueden tener

⁸⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011). Principio 12.

⁸¹ BILCHITZ, David, “El marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 7, Núm. 12, 2010, p. 228.

⁸² BILCHITZ, David, “El marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 7, Núm. 12, 2010, p. 228.

grandes implicancias para los derechos de muchos individuos, el punto de partida debería ser más amplio y permitir que las empresas compartan de manera más equitativa algunas de las cargas de la realización de los derechos fundamentales. De este modo, el punto de partida debería ser que las empresas no tienen únicamente la responsabilidad de evitar violar los derechos fundamentales, sino que deben asistir activamente para que éstos se cumplan.”

En este sentido, tomando en cuenta el riesgo que involucra la actividad de las EMSP y tal como hemos venido señalando, es que cobra vital importancia la identificación de estándares en materia internacional creados con un enfoque multidireccional, que de alguna forma prevengan potenciales abusos como los vistos en los casos de *Blackwater*⁸³ y *Titan Corporation*⁸⁴.

De esta forma, John Ruggie reconoció que algunos asuntos y desafíos de los derechos humanos necesitan de respuestas multidireccionales, a través de la asignación de ‘responsabilidades compartidas’, dentro de redes colaborativas que incluyan una combinación entre Estados territoriales y estados de origen, actores de la sociedad civil, asociaciones industriales, instituciones internacionales y grupos de inversión.⁸⁵ Sin embargo, tal visión no se vio reflejada en el documento final de los principios rectores, producto de lo controversial de la materia y de los consensos que se permitieron, según ya se ha hecho alusión.

Por último, destacar que dicha responsabilidad compartida no debe significar un desconocimiento de la obligación primaria de respetar los derechos humanos por parte a los

⁸³ Blackwater (actualmente bajo el nombre ‘Academi’) es una empresa militar privada estadounidense, cuya parte de su personal fue acusada en el año 2007 de matar a catorce civiles iraquíes y dejar otros diecisiete heridos. El año 2015 uno de ellos fue sentenciado a cadena perpetua, mientras que otros tres a treinta años de cárcel. Vid.: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/apr/13/former-blackwater-guards-sentencing-baghdad-massacre>

⁸⁴ Titan Corporation (actualmente L-3) es una empresa militar privada que fue demandada por torturas cometidas durante el año 2004 en la prisión de Abu Ghraib, cercana a Bagdad, Irak. Ver: <http://www.newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib> y <https://business-humanrights.org/en/abu-ghraib-lawsuits-against-caci-titan-now-l-3-0>

⁸⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*. A/HRC/4/035 (9 Febrero 2007),

Estados o una interpretación restrictiva de la responsabilidad, sino que simplemente reconocer que las empresas tienen una obligación de respetar los derechos humanos adecuándose a ciertos estándares de protección.

3. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La expansión de las EMSP trae como consecuencia que sus conductas sean objeto de atención en cuanto al marco normativo del Derecho internacional humanitario, particularmente en cuanto a sus obligaciones. Aunque no está clara la forma en que se intersectan las responsabilidades que caben a los diferentes tipos de Estados⁸⁶, resulta relevante realizar una sistematización de las obligaciones que caben a los Estados contratantes, de origen y territoriales. En este sentido, resulta clave que para el momento en que deba analizarse la atribución de responsabilidad internacional, se identifique primero la existencia de una obligación jurídica internacional; además de constituir un ejercicio crítico que tienda evidenciar las complejidades de la normativa vigente. Para esto, utilizaremos como fuentes principales el “*Documento de Montreux*”⁸⁷ y la “*Propuesta de proyecto de convención sobre la regulación de las empresas militares y de seguridad(EMSP)*”⁸⁸ (en adelante, PPCEMSP), estableciendo una comparación de los ejes más importantes.

El *Documento de Montreux* sistematiza las obligaciones de los Estados diferenciado entre “Estados contratantes”, esto es, aquellos que contratan directamente los servicios de una EMSP, incluso -si procede- cuando esa empresa subcontrata sus servicios con otra EMSP; “Estados territoriales” que son los Estados en cuyo territorio operan las EMSP; y finalmente “Estados de origen”, referente a los Estados cuya nacionalidad ostentan las EMSP, es decir, los Estados en los que están registradas las empresas. Cabe aclarar que, si el

⁸⁶ MACLEOD, Sorcha. “Private Security Companies and Shared Responsibility: The Turn to Multistakeholder Standard-Setting and Monitoring through Self-Regulation-‘Plus’”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 62, 2015, p. 130.

⁸⁷ *Documento de Montreux, cit.*

Estado en el que está registrada una EMSP no es en el que están ubicadas sus principales oficinas directivas, el “Estado de origen” será el Estado en el que se encuentren esas oficinas.⁸⁹ Tales distinciones serán utilizadas en las siguientes secciones del presente trabajo, con el objetivo de analizar las obligaciones que derivan del Derecho internacional humanitario.

3.1 Obligación general de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario

El *Documento de Montreux* señala que los Estados contratantes, territoriales y de origen tienen la obligación general de hacer respetar el Derecho internacional humanitario⁹⁰, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949^{91,92}. La visión predominante de la CICR⁹³, en cuanto a la interpretación del “hacer respetar” es que debe aplicarse tanto a otros Estados como a los agentes no estatales, posición confirmada por el Derecho internacional humanitario consuetudinario⁹⁴. Lo anterior, permite una facultad de monitoreo de las actividades de las EMSP por parte de los Estados.

⁸⁹ *Documento de Montreux*. cit., párr. 9.

⁹⁰ *Documento de Montreux*..., cit., párrs. 9 y 14.

⁹¹ “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”

⁹² Cfr. *I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (en adelante, ICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art.1; *II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar* (en adelante, IICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art. 1; *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (en adelante, IIICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art. 1; *IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (en adelante, IVCG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigencia el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, n° 973, 1950, art. 1.

⁹³ Ver: comentario artículo 1 en INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd edition, 2016 Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>

⁹⁴ Vid. CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos)*, Merits, Judgment, 27 de junio de 1986, *I.C.J. Reports*, 1986 párr. 220; International Committee of the Red Cross, *Study on Customary International Humanitarian Law*, regla 144 (2005).

En este sentido, el PPCEMSP representaría un mayor avance respecto del *Documento de Montreux*, ya que además de exigir una regulación legislativa por parte de los Estados, da un paso más allá apuntando hacia la obligación de establecer un régimen nacional de regulación y supervisión, con el fin de prohibir e investigar las actividades ilegales y la concesión de licencias y autorizaciones. El establecimiento de este régimen puede comprenderse desde una óptica preventiva, pero también desde el punto de vista de la obligación de respetar, entendiéndose que el establecimiento de un régimen de regulación y supervisión importa una acción positiva, al disponer recursos para que el órgano funcione.

Así, respecto al régimen nacional de regulación y supervisión, el artículo 13.b del PPCEMSP requiere a nivel nacional “un registro y/o un órgano gubernamental que actúe como centro nacional de reunión, análisis e intercambio de información relativa a posibles violaciones de las leyes nacionales e internacionales para proporcionar información pertinente sobre las actividades de las EMSP”. En cuanto a la concesión de licencias, el PPCEMSP exige en su artículo 15 que las EMSP y sus empleados deban importar y exportar únicamente aquellos servicios con arreglo a las correspondientes licencias y autorizaciones.

3.2 Obligación general de proteger los derechos humanos

El *Documento de Montreux* impone a todos los Estados la obligación general de proteger los derechos humanos⁹⁵. Esto también incluye la obligación de adoptar medidas para prevenir toda conducta ilícita de las EMSP, colaborando con la realización de investigaciones y asegurando la garantía de recursos efectivos contra ese tipo de conductas. En términos prácticos, esta obligación también se reduce a un deber de debida diligencia de los Estados en su actividad de monitoreo de las actividades de las EMSP.

El *Documento de Montreux* establece, dentro de las “buenas prácticas” para la protección de los derechos humanos, la sugerencia de selección de las empresas con las que

⁹⁵ *Documento de Montreux...*, cit., párrs. 10 y 15.

se contratará y que el personal contratado no tenga antecedentes penales; asegurar que hayan recibido la formación adecuada e implementar mecanismos internos de investigación y disciplinarios, tanto en las empresas como en el Derecho interno. Además, para garantizar la eficacia del derecho a recurso, se exige que las EMSP tengan la capacidad económica y financiera necesaria frente al eventual pago de indemnizaciones⁹⁶. Finalmente, se exige implementar mecanismos de rendición de cuentas de carácter civil y la obligación de las empresas de conceder una reparación a las víctimas.⁹⁷

3.3. Responsabilidades intransferibles de los Estados

Un primer grupo de obligaciones, que podemos denominar “Responsabilidades intransferibles de los Estados”, se encuentran en las declaraciones 1 y 2 de la primera parte del *Documento de Montreux* en lo que respecta a los Estados contratantes. La declaración 1 señala que los Estados contratantes están vinculados por las obligaciones que les impone el Derecho internacional, aunque contraten EMSP.⁹⁸ En la declaración 2 de su primera parte, el *Documento de Montreux* va un poco más lejos, prescribiendo que “Los Estados contratantes están obligados a no contratar a EMSP para llevar a cabo actividades que el derecho humanitario internacional asigna explícitamente a agentes o autoridades estatales, como ejercer, de conformidad con los Convenios de Ginebra, el poder del oficial responsable de los campamentos de prisioneros de guerra o los centros de internamiento de civiles”. Si bien ello representa un avance importante, en especial al señalar ejemplos de actividades, en nuestra opinión resulta insuficiente si se compara con el tratamiento que otorga el PPCEMSP en esta materia. Al respecto, el prefacio del PPCEMSP señala “Preocupados por el aumento

⁹⁶ *Documento de Montreux...*, cit., *Buenas prácticas*, párr. 7,33 y 61

⁹⁷ *Documento de Montreux...*, cit., *Buenas prácticas*, párr. 50

⁹⁸ *Documento de Montreux...*, cit., declaración 1: “Los Estados contratantes están vinculados por las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, aunque contraten a EMSP para llevar a cabo algunas actividades. Si se trata de potencias ocupantes, los Estados contratantes tienen la obligación de tomar todas las medidas que estén en su mano para restablecer y asegurar, en la medida de lo posible, el orden público y la seguridad, es decir que tienen el deber de ejercer funciones de vigilancia para prevenir violaciones del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos”.

de la delegación o contratación externa de funciones inherentes a los Estados, que mina la capacidad del Estado para retener el monopolio del uso legítimo de la fuerza”. Dicho orden de ideas se basa en una especial postura sobre el papel del Estado, que puede que no sea compartida por todos los Estados, en particular por aquellos con mayor tendencia a una ideología privatista de sus funciones⁹⁹. Luego, en las definiciones señala “Por funciones inherentes a los Estados se entenderá las funciones acordes con el principio del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado, que los Estados no pueden contratar externamente o delegar en las EMSP en ninguna circunstancia. Entre estas funciones se cuentan 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”. Por último, en su artículo 4 numeral 3 señala que “Ningún Estado parte puede delegar o contratar con EMSP funciones inherentes al Estado”. La mayor novedad que representaría la conjugación de esta triada de disposiciones es que se restringen las actividades que pueden llevar a cabo las EMSP, lo que a su vez permite disminuir las posibilidades de violaciones del Derecho internacional humanitario y a los derechos humanos por parte de las EMSP.

Cabe resaltar que, a diferencia de los Estados territoriales y Estados de origen, los Estados contratantes tienen un estándar mayor para dar cumplimiento a la obligación de hacer respetar el Derecho internacional humanitario, ya que la letra a) de la declaración 3 del Documento les obliga a que “garanticen que las EMSP que contraten y su personal conozcan

⁹⁹ WHITE, Nigel D. “The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Issue 1, 2011, p. 137.

sus obligaciones y hayan recibido la formación oportuna”¹⁰⁰. Esto es un acierto del Proyecto, al ser este punto importante la prevención de violaciones del derecho internacional humanitario por parte de las EMSP, porque ataca de raíz el origen de los problemas. Sin embargo, dicha obligación puede tornarse ineficaz al estar supeditada a que sea realizada por el Estado contratante “en la medida en que esté en su poder”. Realidad opuesta presenta el PPCEMSP en su Artículo 7¹⁰¹, señalando en términos imperativos que los estados adoptarán las medidas que sean necesarias para asegurar que las EMSP sean respetuosas de la normativa pertinente.

3.4 Obligación de establecer la responsabilidad penal

El *Documento de Montreux* señala la existencia de una serie de obligaciones que tiene por objetivo concretar la obligación internacional de perseguir la responsabilidad penal, que a su vez incluye varios aspectos: aprobación de instrumentos legislativos; deber de investigar, deber de procesar y reglas de jurisdicción.

Si bien se analizará distinguiendo entre Estados territoriales, de origen y contratantes, es menester destacar que en este último caso, el establecimiento de la responsabilidad penal resulta de vital importancia, dado que deben ser ellos los principales llamados a que las EMSP rindan cuentas por las infracciones al Derecho internacional humanitario, cuando éstas no han respetado los términos en que contrataron con los Estados, cuando se han excedido en las facultades que les han sido concedidas, así como también cuando no han obedecido las instrucciones que les han sido dadas.

¹⁰⁰ Declaración 3 letra a Documento de Montreux: “Los Estados contratantes están obligados, en la medida en que esté en su poder, a hacer que las EMSP a las que contraten respeten el derecho internacional humanitario; en particular, tienen la obligación de: a) Garantizar que las EMSP a las que contraten y su personal conozcan sus obligaciones y hayan recibido la formación oportuna”

¹⁰¹ PPCEMSP..., cit., art. 7.

En conexión con lo anterior, consideramos que es el estado territorial el que adquiere un rol determinante en cuanto a la obligación en comento, ya que en el fondo la empresa está operando bajo su jurisdicción. Por otro lado, el estado de origen también cumple un papel significativo desde la perspectiva de hacer respetar los estándares de derechos humanos y derechos humanitarios en la creación de empresas. Sin embargo, consideramos que quien tiene el rol más trascendental es el estado contratante, pues es aquél quien está privatizando una función que, en principio, le corresponde a su propio ejército y no a una empresa.

3.4.1 Obligación de promulgar instrumentos legislativos

En este sentido, se indica en el *Documento de Montreux* que los Estados tienen la obligación de promulgar los instrumentos legislativos necesarios para establecer sanciones penales efectivas aplicables a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, infracciones graves a los Convenios de Ginebra y, si procede, del PAICG¹⁰². La base jurídica de esta obligación se encuentra en los artículos 49 del ICG¹⁰³, 50 del IICG¹⁰⁴, 129 del IIICG¹⁰⁵ y 146 del IVCG¹⁰⁶.

En cuanto a la obligación de promulgar instrumentos legislativos, es posible señalar que tiene un carácter disuasivo y preventivo, ya que en la inclusión de tales herramientas legales que persigan las conductas indebidas, los Estados asumen un compromiso en la

¹⁰² *Documento de Montreux...*, cit., párrs. 11 y 16

¹⁰³ *I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (en adelante, ICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art. 49.

¹⁰⁴ *II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar* (en adelante, IICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art. 50.

¹⁰⁵ *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (en adelante, IIICG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, art. 129.

¹⁰⁶ *IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (en adelante, IVCG), aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigencia el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, n° 973, 1950, art. 146.

eliminación de riesgos de impunidad¹⁰⁷, lo cual cobra especial relevancia desde que la impunidad es un factor recurrente en el ámbito de las EMSP.

Las infracciones graves de los Convenios se refieren a una serie de crímenes del Derecho internacional, consistente en violaciones del Derecho internacional humanitario o crímenes de guerra o graves violaciones a los derechos humanos, tales como crímenes de lesa humanidad y genocidio. Específicamente, los Convenios mencionados entienden por ‘infracción grave’ aquellas cometidas contra personas o bienes protegidos por los Convenios: “el homicidio internacional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”¹⁰⁸. A lo anterior, también se agrega “el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente convenio”¹⁰⁹, y la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal y la toma de rehenes¹¹⁰.

3.4.2 Investigación, procesamiento y extradición

A su vez, el establecimiento de responsabilidades penales se relaciona con el deber de hacer comparecer a los inculpados ante los tribunales nacionales o bien, a entregar a esas personas para que sean juzgadas en otro Estado. Aquí, nuevamente nos referimos a la obligación de investigar o bien, enjuiciar, extraditar o entregar a las personas sospechosas de haber cometido otros delitos contemplados en el derecho internacional, siempre que ese Estado disponga de indicios de delito suficientes contra esas personas, o en un tribunal penal

¹⁰⁷ Cfr. CIJ. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 de julio de 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 422, párr. 75.

¹⁰⁸ ICG, cit., art. 50; IICG, cit., art. 51.

¹⁰⁹ IIICG, cit., art. 130.

¹¹⁰ IVCG, cit., art. 147.

internacional. Todo el proceso de investigación y enjuiciamiento involucra que el estado vele por los estándares relativos al derecho a un juicio imparcial y la proporcionalidad de la sanción en cuanto a la gravedad del delito.¹¹¹ Adicionalmente, cabe destacar que más allá de la alta complejidad que pueda haber en zonas de conflictos armados, el no investigar y enjuiciar esas infracciones constituye de por sí un incumplimiento de las normas de los tratados de derechos humanos.¹¹²

Esta responsabilidad también recae de mayor manera sobre los Estados contratantes, porque son ellos los que en teoría conocen y/o pueden identificar a los altos mandos de las EMSP que en el caso concreto hayan cometido los abusos prohibidos por la. Asimismo, por ser los Estados territoriales el lugar donde ocurren las hostilidades, la persecución penal puede verse obstruida por la contingencia en que se encuentre el Estado territorial en cuestión, en que por lo general las instituciones dejan de funcionar con la regularidad necesaria, en particular el poder judicial de dicho país y los órganos encargados de la persecución penal, haciéndose ilusorio el ejercicio del *ius puniendi* por parte de dichos Estados.

Por otro lado, algunos estados han creado recientemente unidades nacionales especiales para el procesamiento de crímenes internacionales, como estrategia que refuerce la eficiencia de las investigaciones y la probabilidad de éxito en el procesamiento.¹¹³ Así, en un informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, se alude al término de “estrategias para la priorización” para identificar políticas con la finalidad de clasificar y organizar los casos de una jurisdicción a fin de determinar el orden en que debería procesarse y juzgarse a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho internacional humanitario¹¹⁴.

¹¹¹ *Documento de Montreux...*, cit., párr. 12 y 17

¹¹² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 31 Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (16 de mayo de 2004), párr. 18.

¹¹³ Véase: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Preventing and repressing international crimes* [En línea], Vol. I (2014), pp. 57-58. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4138-1.pdf> (Consulta: 30 de noviembre de 2016).

¹¹⁴ Entre los Estados que han adoptado estrategias de enjuiciamiento explícitas se encuentran Bosnia y Herzegovina y Colombia. Las iniciativas emprendidas en Argentina -si bien no había una estrategia por escrito-

Se señala en el mencionado informe, a modo de recomendación por parte del Relator Especial que las estrategias de enjuiciamiento deben desarrollarse a partir de las dimensiones sistémicas o estructurales de las transgresiones masivas, los patrones seguidos en ellas, la identificación de las cadenas de mando y otros participantes y arreglos que sirven de apoyo. Se destaca, además, que las estrategias de priorización deben consistir en dismantelar la red de actores y las estructuras que permitieran que diversos actores cometieran conjuntamente las transgresiones, cuestión que adquiere relevancia a nivel de las EMSP, dada la naturaleza compleja de la prestación de servicio que ofrecen¹¹⁵.

3.4.3 Jurisdicción de los Estados

En relación a esta obligación que involucra el deber de enjuiciamiento, se expresa en el *Documento de Montreux* como aplicable para los Estados territoriales, de origen y contratantes, sin dejar claro qué Estado tendría jurisdicción en algún caso en concreto, con lo que cabría concluir que ocupa el modelo clásico de territorialidad del hecho y nacionalidad del autor o víctima. En cuando al PPCEMSP establece las siguientes reglas¹¹⁶:

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción mediante su derecho nacional respecto de los delitos enunciados en el artículo 19 cuando éstos sean cometidos: a) En el territorio de ese Estado; b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; o c) Por un nacional de ese Estado. 2. Un Estado parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de los delitos enunciados en el artículo 19 cuando: a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado; o b) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado. 3. La

en este ámbito son ejemplares, así como las de Chile. Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff. A/HRC/27/56 (27 de agosto de 2014), p. 21.

¹¹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff. A/HRC/27/56 (27 de agosto de 2014), párr. 118, letra g.

¹¹⁶ PPCEMSP...cit., Art. 21

presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción adicional ejercida de conformidad con el derecho nacional”

En comparación con el enfoque tradicional de la jurisdicción estatal, el PPCEMSP es mucho más sólido sobre el hecho de que las EMSP pretendan refugiarse a pretexto de la inmunidad de jurisdicción.¹¹⁷ Así, además de establecer que el Estado parte debe tomar medidas para investigar, perseguir y castigar violaciones, asegurando recursos efectivos a las víctimas, se debe ignorar la aplicación de acuerdos de inmunidad jurisdiccional a las EMSP y sus empleados por violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario.¹¹⁸ Lo mismo ha sido señalado por el Comité de Derechos Humanos, en relación a que los Estados no pueden eximir a los presuntos autores de su responsabilidad individual mediante una amnistía o inmunidad o indemnidad previas¹¹⁹. Ello cual es una respuesta a la inmunidad dada a las EMSP en Irak por la Autoridad provisional de la Coalición en el periodo 2004-2008¹²⁰.

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN EN CHILE DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

Aun cuando la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios¹²¹ se encuentre obsoleta y sea de difícil aplicación a casos de EMSP, como se señaló anteriormente, hasta el día de hoy Chile no la

¹¹⁷ WHITE, Nigel D. “The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention” *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Issue 1, 2011, p. 141

¹¹⁸ Art. 23.1 y 23.2 proyecto convencion

¹¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31 Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, 16 de mayo de 2004, párr. 18.

¹²⁰ WHITE, Nigel D. “The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group’s Draft Convention”, *Human Rights Review*, vol. 11, issue 1, 2011 p. 141.

¹²¹ *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*. cit.

ha suscrito¹²², lo cual representaría al menos un avance en la materia y una muestra de voluntad política por parte del Estado de Chile sobre la materia.

Tras la comparación entre el PPCEMSP y el *Documento de Montreux*, es posible apreciar que este último, además de ser un instrumento no vinculante por sí mismo, posee una regulación incompleta, insuficiente y poco exhaustiva; podemos señalar que al menos representa un piso mínimo respecto de la normativa actual del Derecho internacional humanitario. En consecuencia, es necesario incluir en el presente trabajo una reseña de la proyección que ha tenido su cumplimiento en diversos estados.

A pesar de que históricamente y en la actualidad el problema que nos convoca ha estado situado en otros puntos del orbe, por ejemplo, Asia, África, Europa y Norteamérica por diversos motivos, como por ejemplo donde tienen lugar las hostilidades, origen del personal, etc. Hemos decidido enfocarnos en Latinoamérica y Chile, como consecuencia del mismo motivo recién expresado. Por más que la atención no ha estado puesta en Latinoamérica, ello no ha obstado a la presencia, surgimiento, operaciones de las EMSP. Aunque el impacto de las EMSP es evidentemente menor a diferencia de lo que podría ocurrir respecto de EE.UU., Reino Unido, Irak, Afganistán, Libia, entre otros; debemos sumarle un matiz regional, dado que Chile es el país en que residimos, y al encontrarse en Latinoamérica solemos encontrarnos en sincronía con lo que ocurre en gran parte del continente americano. Además el análisis resulta pertinente toda vez que el común de los ciudadanos desconoce la existencia de esta problemática, porque esta ha tenido escasa cobertura.

Actualmente, el uso de las EMSP es un fenómeno creciente en Latinoamérica, siendo posible identificar 5 situaciones¹²³. Primero, los contratistas latinoamericanos son

¹²² *Infra*, §1.1

¹²³ PERRET, Antoine/GARCÍA, Bertha. “Special Feature: Latin American and the Caribbean” [En línea], en DEWINTER-SCHMITT, Rebecca. (Ed.), *Montreux Five Years On: An Analysis of State Efforts to Implement Montreux Document Legal Obligations and Good Practices*, 2013. Disponible en

contratados por EMSP internacionales para trabajar en otros países, como Irak y Afganistán. Segundo, las EMSP son activas en situaciones conflictivas en la región, específicamente, en Colombia donde prestan múltiples servicios a la policía y el ejército en su lucha contra el tráfico de drogas y los grupos armados ilegales, en el marco de la cooperación del “Plan Colombia”, entre EE.UU. y Colombia. Una tercera situación donde las EMSP se encuentran activas, es en las operaciones de mantenimiento de paz. Por ejemplo, en Haití las EMSP son contratadas por organizaciones internacionales y Estados para proveer servicios humanitarios y de seguridad después del terremoto de 2010. En cuarto lugar, las EMSP también operan contra guerrillas urbanas, particularmente en México, donde las EMSP de los Estados Unidos de América son contratadas en el marco de la cooperación internacional entre los Estados Unidos de América y México, para entrenar a la policía local. Por último, las EMSP han tenido un aumento en la contratación por corporaciones multinacionales para proteger personas o bienes en Latinoamérica.

Expertos de distintos países¹²⁴ han expresado que les resulta inesperada la falta de interés de la región en el *Documento de Montreux*, considerando que las EMSP en la región son las más armadas en el mundo, con una ratio de armas por empleador de cerca diez veces más alta que en Europa occidental ¹²⁵. En efecto, sólo cuatro países de la región -Chile, Costa Rica, Ecuador y Uruguay- han firmado el documento, pero sin mayor impacto en su legislación. De hecho, en la normativa interna de los países, ni siquiera se regulan los servicios privados de seguridad militar, ni se hace mención de las empresas militares y de seguridad privadas.¹²⁶

<<https://www.wcl.american.edu/humright/center/resources/publications/documents/YESMontreuxFv31.pdf>>. [Consulta: 27 de noviembre de 2016], p. 33.

¹²⁴ Íd.

¹²⁵ Vid. FLORQUIN, Nicolás et. al. “A Booming Business: Private Security and Small Arms” [En línea], en GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND DEVELOPMENT STUDIES *Small Arms Survey 2011: States of Security*, 2011. Disponible en <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-04-EN.pdf>>. [Consulta: 30 de noviembre de 2016].

¹²⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de derecho de los pueblos a la libre determinación*. A/HRC/30/34 (8 de julio de 2015), párr. 75

Adicionalmente, en el informe anual de 2015 del GTUM, se analizaron legislaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay, llegando a la conclusión de que no existen procedimientos concretos en relación con las violaciones de los derechos humanos.¹²⁷ Por otro lado, también se señala que las infracciones están vinculadas fundamentalmente con el incumplimiento de las formalidades y requisitos relativos a los permisos y autorizaciones, las normas que rigen la posesión y el porte de armas de fuego, los requisitos en cuanto al uso de uniformes e instalaciones y los actos u omisiones en el ejercicio de las funciones y el quebrantamiento de las prohibiciones¹²⁸.

Otra deficiencia importante que observa el GTUM, y que no solo es aplicable a Latinoamérica, sino que se puede extrapolar a otras regiones, es que los servicios transnacionales y militares prestados en conflictos armados y otras situaciones complejas, como la denominada “guerra contra las drogas”, aumentan la probabilidad del uso de armas de fuego por parte del personal de las empresas militares y de seguridad privadas y el riesgo de violación de los derechos humanos. Por ende, es necesario contar con normas precisas que regulen el uso de la fuerza y de las armas de fuego, como lo es dotarse de la posibilidad de perseguir los infractores más allá de las fronteras nacionales.

En cuanto a Chile, es posible apreciar que es un Estado de origen para algunas EMSP, pero no un Estado territorial donde se opere o un Estado contratante que precisamente contrate servicios de EMSP¹²⁹. El Grupo de Trabajo realizó una misión a Chile el año 2007, en cuyo informe expresó su preocupación por el reclutamiento, entrenamiento y contratación

¹²⁷ Señala el informe: “En las leyes que se examinaron no existen procedimientos concretos en relación con las violaciones de los derechos humanos. No se hace mención alguna a esas violaciones en ninguno de los artículos que se ocupan de las inspecciones y las sanciones, y no se menciona la indemnización de las víctimas de violaciones.” Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de derecho de los pueblos a la libre determinación*. A/HRC/30/34 (8 de julio de 2015), párr. 117.

¹²⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de derecho de los pueblos a la libre determinación*. A/HRC/30/34 (8 de julio de 2015), párr. 118.

¹²⁹ PERRET, Antoine/GARCÍA, Bertha. “Special Feature: Latin American and the Caribbean” [En línea], en DEWINTER-SCHMITT, Rebecca. (Ed.), *Montreux Five Years On: An Analysis of State Efforts to Implement Montreux Document Legal Obligations and Good Practices*, 2013. Disponible en <<https://www.wcl.american.edu/humright/center/resources/publications/documents/YESMontreuxFv31.pdf>>. [Consulta: 27 de noviembre de 2016], p. 33.

de chilenos para ir a trabajar con empresas de seguridad privada en Iraq, fenómeno que comenzó el año 2003¹³⁰.

Así, se relata la historia del proceso de reclutamiento de chilenos para la empresa militar privada norteamericana *Blackwater*, a través de la empresa *Red Táctica* del ciudadano chileno José Miguel Pizarro Ovalle. De los contratos respectivos en el reclutamiento de chilenos, éstos figuraban como ‘guardias o vigilantes privados’ en Iraq, Jordania, Afganistán y/o Kuwait. Entre las cláusulas de los contratos, se incluía el establecimiento de jurisdicción de tribunales arbitrales de Uruguay y Panamá para la resolución de controversias; el reconocimiento de prestaciones de servicios en ambiente de alta peligrosidad y riesgo; la realización de operaciones en países en estado de guerra; e incluso una declaración de liberación de toda responsabilidad a la empresa, de pagos, indemnizaciones o asistencias por cualquier daño o perjuicio a la seguridad y/o integridad personal de las personas contratadas¹³¹. Pizarro Ovalle también fundó las compañías *Neskowin*, domiciliada en Uruguay, y *Global Guards*, domiciliada en Panamá.

Tras conocerse el reporte del GTUM, generó una denuncia interpuesta en su contra por la Dirección General de Movilización Nacional, organismo dependiente del Ministerio de Defensa Nacional de Chile, y un proceso penal seguido en su contra. El 26 de abril de 2006, en 17° Juzgado del Crimen de Santiago, Pizarro Ovalle fue condenado a 61 días de reclusión nocturna y al pago de 200 Unidades Tributarias Mensuales (CLP \$7.530.400 - USD ~\$11.200) por infringir la Ley de Vigilantes Privados. En 2008, la Corte de Apelaciones de Santiago ratificó dicho fallo¹³² y en 2011 la Corte

¹³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *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. Misión a Chile*. A/HRC/7/7/Add.4 (4 de febrero de 2008), párr. 15.

¹³¹ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *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. Misión a Chile*. A/HRC/7/7/Add.4 (4 de febrero de 2008), párr. 17 y 18

¹³² Corte ratifica condena a empresario que reclutaba vigilantes para enviarlos a Irak [En línea]. *El Mercurio*, 10 de diciembre de 2008. Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=334611&pagrel=2>>. [Consulta: 28 de noviembre de 2016].

Suprema de Justicia de Chile rechazó un recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en contra de la sentencia condenatoria.¹³³ Cabe señalar que se estableció que Pizarro Ovalle reclutaba al personal mediante anuncios en periódicos de distribución nacional.

El Grupo de Trabajo ha observado una cierta incongruencia, ya que, por un lado, el Gobierno Chileno en las sesiones del Consejo de Seguridad en 2003 se opuso a una intervención de guerra preventiva en Iraq, pero al mismo tiempo existían alrededor de mil ex militares y ex policías chilenos que tomaron parte del conflicto armado como “contratistas independientes”, además de señalarse que el Estado chileno incurrió en omisiones por no haber tomado las medidas apropiadas tendientes a proteger el derecho a la vida y a la integridad física de quienes fueron para ir a Iraq¹³⁴.

El año 2012, la Misión Permanente de Chile ante las organizaciones internacionales en Ginebra, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, respondió al GTUM un cuestionario realizado sobre la documentación legislativa vinculada a regulaciones en torno a empresas militares y/o de seguridad privada, su personal y actividades¹³⁵. Cabe resaltar de la respuesta de dicha misión permanente señala que en Chile existen únicamente “Compañías de Seguridad”, mas no “Compañías Militares”¹³⁶. Luego, señala que La Subdirección de Seguridad Privada de Carabineros de Chile (OS.10.) considera que puede

¹³³ *Suprema ratificó condena a empresario que reclutaba vigilantes para enviarlos a Irak* [En línea]. *El Mercurio*, 28 de Enero de 2011. Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/01/28/461126/suprema-ratifico-condena-a-empresario-que-reclutaba-vigilantes-para-enviarlos-a-irak.html>>. [Consulta: 28 de noviembre de 2016].

¹³⁴ Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *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. Misión a Chile*. A/HRC/7/7/Add.4 (4 de febrero de 2008), párr. 67 y 68

¹³⁵ MISIÓN PERMANENTE DE CHILE ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN GINEBRA, *Respuesta Chilena al cuestionario del Grupo de Trabajo contra la Utilización de Mercenarios, Minuta Empresas Militares y de Seguridad Privadas (26 de junio de 2012)*, Disponible en <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/Law/Chile.pdf>>. [Consulta: 30 de noviembre de 2016].

¹³⁶ MISIÓN PERMANENTE DE CHILE ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN GINEBRA, *Respuesta Chilena al cuestionario del Grupo de Trabajo contra la Utilización de Mercenarios*, cit., p. 3.

ser prematuro iniciar las negociaciones de una convención internacional.”¹³⁷ Reconoce que en Chile “no existe una ley única que regule la actividad de empresas de seguridad privada, sino que existen una serie de reglamentos, decretos y leyes que tratan el tema, pero de manera parcial.”¹³⁸ Además, indican que se encuentra en trámite parlamentario la aprobación de una "Ley de Seguridad Privada". Cabe señalar que su proceso de formación legislativo no prosperó, estando estancada su tramitación hasta el día de hoy.

CONCLUSIONES

El marco normativo de las EMSP se basa en la aplicación de normas generales contenidas en tratados internacionales y en instrumentos específicos de *soft law*, sin que exista un tratamiento sistemático sobre el tema. Así, la política que se ha adoptado es a generar estándares a través de normas de buenas prácticas de las EMSP, lo cual puede materializarse en que los estándares no se cumplen porque sencillamente no son jurídicamente vinculantes para las empresas.

En términos generales, se recurre a las obligaciones de garantía, respeto y reparación para poder imputar responsabilidad a un estado. Sin embargo, la alta complejidad y tamaño de las empresas ha traído como consecuencia que sus operaciones afecten tales derechos, situación que se vuelve especialmente crítica cuando se trata de conflictos armados, dada la falta de control que puede tener el estado dentro de su territorio. Ante esto, resulta imperante encontrar una fórmula que tienda a un mayor compromiso y participación activa por parte de las empresas en el cumplimiento de las normas de derechos humanos y derecho humanitario, no conformándose con la mera actividad preventiva de los estados.

¹³⁷ *Ibíd.* p 4.

¹³⁸ *Íd.*

Por otro lado, se observa una multiplicidad de obligaciones vinculantes a los estados y aplicables en relación a las EMSP, que se reducen en tres ejes: obligación de respetar normas de derechos humanos; obligación de respetar el derecho humanitario y obligación de establecer la responsabilidad penal, lo cual incluye la obligación de promulgar instrumentos legislativos de control, obligación de investigación, procesamiento y extradición

De la normativa y jurisprudencia analizada existe claridad que en aquellos casos en que existan vulneraciones a los derechos humanos derivadas del actuar de las EMSP, el estado puede ser internacionalmente responsable ya sea de manera directa o indirecta. No obstante, consideramos que es de vital importancia que los instrumentos internacionales vayan dirigidos hacia un mecanismo integral que comprenda desde el ámbito de la prevención hasta evaluar una posible imputación directa o responsabilidad compartida a las empresas. En este sentido, consideramos que la presente tesis sirve de base para una posterior investigación sobre las reglas de imputación de responsabilidad internacional y un análisis sobre los mecanismos que se podrían adoptar para que las EMSP quepan dentro de dicha hipótesis, evaluando la posibilidad de abrir la definición de sujeto de derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

- AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, Cristian, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 13 n.1, 2007, pp. 205-243. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008
- ANZUREZ, José. “La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 22, 2010, pp. 4
- BILCHITZ, David, “El marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 7, Núm. 12, 2010, p. 228.
- CERVERA VALLTER, María. “El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 30, 2014, p. 106.
- FLORQUIN, Nicolás et. al. "A Booming Business: Private Security and Small Arms" [En línea], en GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND DEVELOPMENT STUDIES *Small Arms Survey 2011: States of Security*, 2011. Disponible en <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/en/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-04-EN.pdf>>. [Consulta: 30 de noviembre de 2016].
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. “Impact on Human Rights of a New Non-State Actor” *Brown Journal of World Affairs*, Otoño/Invierno 2011, Vol. 28, Issue 1, p.155
- “PMSCs and the UN Working Group on the Use of Mercenaries” *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13 Issue 3, 2009 pp. 439-440.
- HOPPE, Carsten. “Passing the back: State responsibility for private military companies”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, p. 1008.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Preventing and repressing international crimes* [En línea], Vol. I (2014). Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4138-1.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2016]
- “*Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*” [En línea], 2nd edition, 2016 Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary> [Consulta 14 de noviembre de 2016]
- KOROLEVA, Anastasiya. *Las Empresas Militares Y De Seguridad Privadas En Los Conflictos Armados Desde La Perspectiva Del Derecho Internacional*. Director: Dra. Ana Manero Salvador. Tesis de magister. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2014.
- KINSEY, Christopher. “International Law and the Control of Mercenaries and Private Military Companies” [En línea], *Cultures & Conflicts*, 2008. Disponible en <<http://conflicts.revues.org/11502>>. [Consulta: 11 de agosto de 2016].
- LIU, Hin Yan. “Leashing the Corporate Dogs of War: The Legal Implications of the Modern Private Military Company”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, Issue 1, 2015, p. 144.
- MALANCZUK, Peter *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*”, 7ª ed. Londres/Nueva York, 1997, p. 210.

- MANDEL, Robert. "The Privatization of Security", *Armed Forces & Society*, Vol. 28, Issue 1, Otoño 2001, pp. 139-139
- MACLEOD, Sorcha. "Private Security Companies and Shared Responsibility: The Turn to Multistakeholder Standard-Setting and Monitoring through Self-Regulation-Plus", *Netherlands International Law Review*, Vol. 62, 2015, p. 130.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, "La doctrina de la drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *UNED Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 583-608.
- NASH ROJAS, Claudio. "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos" [En línea] 2009, disponible <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/EI%20Sistema%20Interamericano,%20Capitulo%20II.pdf>>. [Consulta: 29 de diciembre de 2016], pp. 30-32.
- PATTINSON, James. "Outsourcing the responsibility to protect : Humanitarian intervention and Private Military and Security Companies", *Cambridge University Press*, 2010. p. 15
- PERRET, Antoine/GARCÍA, Bertha. "Special Feature: Latin American and the Caribbean" [En línea], en DEWINTER-SCHMITT, Rebecca. (Ed.), *Montreux Five Years On: An Analysis of State Efforts to Implement Montreux Document Legal Obligations and Good Practices*, 2013. Disponible en <<https://www.wcl.american.edu/humright/center/resources/publications/documents/YESMontreuxFv31.pdf>>. [Consulta: 27 de noviembre de 2016], p. 33.
- RATNER, Steven, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, Vol. 111, Núm. 3, 2001, p. 448-449
- SHEEHY, Benedict / MAOGOTO, Jackson. "Contemporary Private Military Firms Under International Law: An Unregulated «Gold Rush»", *Adelaide Law Review*, vol. 26, No. 2, 2006 p. 2.
- SHEEHY, Benedict. et. al. "Legal Control of the Private Military Corporation." Londres: Palgrave Macmillan, 2009, p. 12.
- SINGER, Peter. "War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, issue 521, 2004, p. 527.
- "The Rise and Ramifications of the Privatized Military Industry", *International Security*, vol. 26, issue 3, 2001/2002, p.193.
 -
- STINNETT, Nathaniel. "The Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol.28, issue 1, Article 8, p. 212.
- WHITE, Nigel D. "The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group's Draft Convention", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, Issue 1, 2011, p. 137.

ZARATE, Juan Carlos. "The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder", *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, 1998, p. 83.

2. JURISPRUDENCIA

2.1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opiniones Consultivas

- *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.

Casos Contenciosos

- *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

- *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

- *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

- *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

- *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, sentencia sobre el fondo de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Opiniones Consultivas

- *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory opinion. I.C.J. Reports. Publicado en Harris, D.J, Cases and materials on International Law, p. 133

Casos Contenciosos

- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Judgment, 27 de junio de 1986, I.C.J. Reports, 1986, p. ????????

- *The Corfu Channel Case*, judgment, 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports*, 1949.
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran*, Judgment, FECHA, *I. C. J. Reports*, 1980.
- *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 de Julio de 2012 *I.C.J. Reports* 2012.

2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL

MÉXICO

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Tesis de jurisprudencia 15/12, 9ª época

3. DOCUMENTOS INTERNACIONALES

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

Asamblea General

Situación de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados. A/63/467 – S/2008/636 (6 de octubre de 2008), anexo. Común.

Comisión de Derechos Humanos

Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. E/CN.4/RES/2005/2 (7 de abril de 2005).

Comisión de Derecho Internacional

Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, en COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53º período de sesiones. A/56/10 (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001).

Comité de Derechos Humanos

Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados Parte en el Pacto. *Observación general N° 31* CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (16 de mayo de 2004).

Consejo de Derechos Humanos

Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts. A/HRC/4/035 (9 de Febrero 2007).

Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. A/HRC/27/56 (27 de agosto de 2014).

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.. A/HRC/17/31 (27 de mayo 2011).

Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios como Medio para Violar los Derechos Humanos y de Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación

Informe anual del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de derecho de los pueblos a la libre determinación. A/HRC/30/34 (8 de julio de 2015).

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. A/HRC/15/25 (5 de julio 2010).

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. Misión a Chile. A/HRC/7/7/Add.4 (4 de febrero de 2008).

Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos, en CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 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. A/HRC/15/25 (5 de julio 2010), Anexo.

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Tratados Internacionales

I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, p. 31.

II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75.

III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75.

IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigencia el 21 de octubre de 1950, *UNTS*, vol. 75, n° 973, 1950

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Convención de la organización para la Unidad Africana para la eliminación de los mercenarios en África en ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA, Convención de la organización para la Unidad Africana para la eliminación de los mercenarios en África, Doc. CM/433/Rev. L. Annex 1, 3 de Julio de 1972, entrada en vigor el 22 de Abril de 1985.

Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, adoptada por la AG en su res. 44/49, Nueva York, 4 de diciembre de 1989 y entrada en vigor el 20 de Octubre de 2001, *UNTS*, vol. 2163.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI) de la AG, 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, *UNTS*, vol. 999, p. 171.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125.

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 internacional (Protocolo II), aprobado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, *UNTS*, vol. 1125.

Instrumentos de *Soft Law*

Código de Conducta Internacional para Proveedores de servicios de seguridad privada, Confederación Suiza, 9 de noviembre de 2010, disponible en http://icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc_spanish3.pdf. [Consulta: 12 de octubre de 2016]. CONSULTA????

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 8 de diciembre por la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/217 (III), 10 de diciembre de 1948.

Documento de Montreux. Sobre las obligaciones jurídicas pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privada durante los

conflictos armados. Comité Internacional de la Cruz Roja y Departamento Federal de las Relaciones Exteriores, Confederación Suiza, Montreux, 17 de septiembre de 2008. Doc. A/63/467 – S/2008/636. Disponible en <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/es/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/Montreux-completo_es.pdf>. [Consulta: 02 de Diciembre de 2016].

5. DOCUMENTOS DIPLOMÁTICOS

MISIÓN PERMANENTE DE CHILE ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN GINEBRA, Respuesta Chilena al cuestionario del Grupo de Trabajo contra la Utilización de Mercenarios, Minuta Empresas Militares y de Seguridad Privadas (26 de junio de 2012), Disponible en <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/Law/Chile.pdf>>. [Consulta: 30 de noviembre de 2016].

6. ARTÍCULOS DE PRENSA SIN IDENTIFICACIÓN DE AUTOR

Corte ratifica condena a empresario que reclutaba vigilantes para enviarlos a Irak [En línea]. *El Mercurio*, 10 de diciembre de 2008. Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=334611&pagrel=2>>. [Consulta: 28 de noviembre de 2016].

Suprema ratificó condena a empresario que reclutaba vigilantes para enviarlos a Irak [En línea]. *El Mercurio*, 28 de Enero de 2011. Disponible en <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/01/28/461126/suprema-ratifico-condena-a-empresario-que-reclutaba-vigilantes-para-enviarlos-a-irak.html>>. [Consulta: 28 de noviembre de 2016].