

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Empresas Militares y de Seguridad Privada: El
Estatus Jurídico de sus Empleados en contexto de
Conflictos Armados Internacionales**

Isaac Fernando Albán Asimbaya

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual ISFQ, y esto de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo supuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Isaac Fernando Albán Asimbaya

Código: 00321696

Cédula de identidad: 1720910601

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA: EL ESTATUS JURÍDICO DE SUS EMPLEADOS EN CONTEXTO DE CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES¹

PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES: THE LEGAL STATUS OF THEIR EMPLOYEES IN THE CONTEXT OF INTERNACIONAL ARMED CONFLICTS

Isaac Fernando Albán Asimbaya²
isaac.alban08@outlook.com

RESUMEN

El uso de empresas militares y de seguridad privada en conflictos armados internacionales ha crecido exponencialmente en los últimos años. La participación directa de estas empresas en hostilidades plantea un reto complejo para el Derecho Internacional Humanitario, particularmente frente a la clasificación del estatus jurídico de sus empleados. Este trabajo examina la ambigüedad en la definición de sus roles, explorando si deben ser tratados como civiles, combatientes o combatientes no privilegiados. A través de un enfoque cualitativo, se analizan los vacíos regulatorios que surgen de la falta de una normativa clara en el Derecho Internacional Humanitario y el impacto del Documento de Montreux. Esta investigación resalta la necesidad de una determinación más estricta sobre las actividades de los empleados de estas empresas durante conflictos armados en virtud de su estatus jurídico.

PALABRAS CLAVE

Empresas Militares y Seguridad Privada, Derecho Internacional Humanitario, Documento de Montreux, Combatientes no privilegiados.

ABSTRACT

The use of military and private security companies in international armed conflicts has grown exponentially in recent years. The direct participation in hostilities by these companies present a complex challenge for International Humanitarian Law, particularly towards the classification of the legal status of their employees. This paper examines the ambiguity in the definition of their roles, exploring whether they should be treated as civilians, combatants, or unprivileged combatants. Through a qualitative approach, the regulatory gaps that arise from the lack of clear regulations in International Humanitarian Law and the impact of the Montreux Document are analyzed. This research highlights the need for stricter determination on the activities of employees of these companies in armed conflict regarding their legal status.

KEYWORDS

Private Military and Security Companies, International Humanitarian Law, Montreux Document, Unlawful Combatants.

Fecha de lectura: 28 de noviembre de 2024
Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2024

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Hugo Washington Cahueñas Muñoz.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO NORMATIVO. - 4. MARCO ÓRICO. - 5. LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA: EXTERNALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. - 5.1. EL DEBATE CONCEPTUAL SOBRE LAS EMSP. - 5.2. EFICIENCIAS Y COMPLEJIDADES DEL DESPLIEGUE DE EMSP. - 6. EMPLEADOS DE EMSP BAJO EL DIH: ENTRE COMBATIENTES Y CIVILES. - 6.1. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN HOSTILIDADES Y EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN. - 6.2. AMBIGÜEDADES EN EL ESTATUS DE LOS EMPLEADOS. - 6.3. *UNLAWFUL COMBATANTS* ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA? - 7. LA SUPERVISIÓN DE LAS EMSP: SU REGULACIÓN BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL. - 7.1. EL DOCUMENTO DE MONTREUX Y OTRAS PROPUESTAS. - 8. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES.

1. Introducción.

Las Empresas Militares y de Seguridad Privada, EMSP, han experimentado un crecimiento notable desde la década de 1990, reflejándose en el número de contratistas privados y su relación directa con la cantidad de personal de fuerzas militares. Durante la Primera Guerra del Golfo, hubo la participación de al menos 9 mil contratistas, con una proporción de 1 a 58 en relación con el personal militar; en el conflicto bosnio, 1992-1994, participaron más de mil contratistas, con una proporción de 1 a 15; y durante el conflicto iraquí, 2003-2011, intervinieron 21 mil contratistas, con una gran proporcionalidad de 1 a 6³.

Esta situación, relacionada directamente con la privatización de funciones y ejecuciones militares, generó discusiones dentro del Derecho Internacional Humanitario, DIH, motivando al Comité Internacional de la Cruz Roja y el Gobierno Suizo a presentar una propuesta intergubernamental denominada Documento de Montreux, cuya finalidad fue promover el respeto del DIH por parte de las EMSP en conflictos armados⁴. Sin embargo, esta recopilación de obligaciones jurídicas y buenas prácticas internacionales, no logra concretar directrices precisas que determinen la situación jurídica de los empleados de las EMSP.

El DIH se ha encargado de regular los conflictos armados por medio de normas convencionales y consuetudinarias. Melzer señala que esta rama del derecho tiene como fin establecer un estándar de humanidad mínimo que tienen que ser respetados. Este

³ Deborah Avant, *"The Market for Force"*, Cambridge University Press, (2005).

⁴ Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza. "Documento de Montreux: Sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados", *Comité Internacional de la Cruz Roja*, (2011).

acatamiento a las normas cumple dos propósitos: regular los medios y métodos empleados durante un conflicto armado; y proteger aquellas personas que no participan o han dejado de participar dentro de las hostilidades⁵.

Esta rama del derecho diferencia combatientes y civiles durante conflictos armados internacionales, CAI: por un lado, la primera clasificación, aplicable solamente a quienes forman parte de las fuerzas armadas de los Estados, FFAA, y tienen el derecho de participar directamente en hostilidades; por el contrario, la segunda clasificación, goza de una amplia y estricta protección contra ataques hostiles directos⁶.

A diferencia de esto, dentro de conflictos armados no internacional, CANI, no existe un privilegio de combatiente. Según el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, las FFAA no pueden clasificarse como civiles⁷, y, además, los miembros de las fuerzas no estatales, también grupos armados organizados, GAO, pierden su estatus de civil al involucrarse en hostilidades⁸.

La creciente participación de actores privados en conflictos armados ha cuestionado principios fundamentales del DIH, como el de distinción, que exige diferenciar entre combatientes y civiles, y dirigir ataques únicamente contra objetivos militares legítimos.⁹ La naturaleza dual de los empleados de las EMSP, cuyas atribuciones pueden ir desde cumplir funciones de apoyo o seguridad, a involucrarse directamente en el combate, representan un reto a este principio¹⁰.

La ausencia de una clasificación precisa expone a los empleados de las EMSP a riesgos continuos, ya que podrían carecer de las protecciones del DIH otorgadas a los civiles y tampoco ser reconocidos como combatientes regularizados, lo que les negaría el estatus de prisioneros de guerra si son capturados en CAI¹¹.

Bajo este contexto, surge un problema jurídico fundamental que radica en la aplicación de criterios del DIH que permitan determinar el estatus de los empleados de las EMSP de manera más precisa. La ambigüedad sobre dicho estatus dificulta la

⁵ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral* (Ginebra, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2022), 17.

⁶ Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales [PA I], Ginebra, 08 de junio de 1977; ICRC, “*Study on Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross* (2005).

⁷ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, 12 de agosto de 1949.

⁸ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, 140.

⁹ Artículos 52 (1) y 52 (2), PA I, 1977.

¹⁰ Pilar Pozo, “El uso de compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”, *Athena Intelligence Journal* 2, 4 (2007).

¹¹ Mario Martínez, “La externalización de bienes y servicios militares: Las empresas militares privadas”, *Revista de Investigación Talentos*, 1 (2014).

regulación adecuada de estos particulares, lo que afecta directamente a la protección que deberían recibir durante conflictos armados internacionales y, al mismo tiempo, plantea desafíos significativos sobre el cumplimiento de las normas básicas establecidas en el DIH.

Esta investigación analiza los criterios del DIH para determinar el estatus de los empleados de empresas privadas en CAI, considerando la ausencia de directrices específicas para que los Estados incorporen a estos grupos en sus fuerzas armadas¹².

La pregunta de investigación del trabajo gira en torno a qué criterios del marco establecido por el DIH se pueden utilizar para definir si los empleados de las EMSP deberían ser calificados como combatientes, civiles, u otras clasificaciones discutidas por doctrina internacional, como los combatientes no privilegiados. Para tales efectos, la investigación se limitará a la clasificación de su estatus, sin profundizar en la responsabilidad penal de los Estados.

2. Estado del Arte.

La siguiente sección repasa el debate que se ha realizado sobre la participación de las EMSP en CAI durante los últimos años, hasta abordar la clasificación jurídica del estatus de los empleados de las EMSP en el marco del DIH. De manera progresiva, se abordará ciertas perspectivas generales sobre los diferentes estatus, hasta algunos análisis específicos y concretos sobre su participación directa en conflictos armados.

De acuerdo con Lindsey Cameron, dentro de los desafíos que enfrenta el DIH, resalta la falta de claridad sobre la clasificación del estatus jurídico de los empleados de las EMSP. La autora señala que, si bien el DIH ha dibujado una línea clara entre combatientes y civiles, la intervención de estas empresas en conflictos actuales ha denotado la presencia de una problemática en cuanto al estatus de estos asalariados¹³. Este análisis contribuye a la presente investigación debido a que presenta ciertas consideraciones que el Documento de Montreux no ha detallado.

Esta preocupación es compartida por Emanuela-Chiara Gillard, quien también menciona que una clasificación equívoca de sus estatus no solo afecta a la correcta aplicación de normas humanitarias convencionales y consuetudinarias, sino que también

¹² Michael Schmitt, "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *Chicago Journal of International Law* 5, 2 (2005)

¹³ Lindsey Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation", *International Review of the Red Cross* 88 (2006), 573–598. <https://doi.org/10.1017/S1816383106000683>.

genera complicaciones frente a un *compliance* con el principio de distinción, un pilar fundamental del derecho humanitario¹⁴. Así mismo, según Moesgaard¹⁵, la participación de empleados de las EMSP en funciones relacionadas a actividades hostiles, por ejemplo, dentro de seguridad armada, operaciones tácticas e interrogatorios, ha creado una “zona gris” en su clasificación jurídica, generando complicaciones de cara a su tratamiento bajo el DIH.

Mario Urueña-Sánchez y Héctor Olasolo Alonso adoptan un enfoque más propositivo, es decir, plantean criterios nuevos o poco trabajados en esta rama del derecho internacional, partiendo del estudio de estas empresas en otras áreas disciplinarias. Estos autores sugieren que se debería desarrollar una definición con un enfoque más operativo para las EMSP que no genere una disrupción al marco del DIH, realizando una propuesta con criterios precisos para definir el concepto de las EMSP, y así, encasillar a los empleados dentro de un estatus concreto¹⁶.

Según el análisis que realizan, dicho estatus debe depender tanto de las funciones que desempeñan y cuan involucrados sea su participación directa de hostilidades¹⁷. Este aporte resulta importante para el presente trabajo ya que implica un análisis teórico de una posible solución al problema identificado. A este supuesto, Melzer ha añadido que cual fuese la actividad o función que desarrollen, los actores privados se encuentran abarcados por el paraguas del DIH¹⁸.

En contraposición, Sassoli ofrece una perspectiva más crítica de cara a la capacidad y limitación que tiene el DIH para la regulación interna a las actividades de las EMSP. Sassoli argumenta que las normas humanitarias fueron esquematizadas y planeadas para regir la conducta de actores estatales y grupos armados involucrados en conflictos armados; consecuentemente, las EMSP no han sido destinatarios explícitos del DIH¹⁹.

¹⁴ Emanuela-Chiara Gillard, “*Business goes to war: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross* 88 (2006), 525–572.

¹⁵ Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”, *Danish Institute for International Studies*, (2013).

¹⁶ Urueña-Sánchez, Mario, y Héctor Olasolo Alonso. “Las compañías Militares Y De Seguridad Privadas: Hacia Una definición Operativa Para El Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Criminalidad* 64 (2022), 47–61. <https://doi.org/10.47741/17943108.354>.

¹⁷ *Ibid.*, 53.

¹⁸ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*.

¹⁹ Marco Sassoli “*International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts*”, *Institut Català Internacional per la Pau*, (2013), 111-112.

A diferencia de Ureña-Sánchez y Olasolo Alonso, este autor no ve como solución una redefinición, y tampoco una propuesta de nuevas pautas, más bien, aboga por una revisión y análisis más profundo del marco normativo ya estructurado²⁰. Según Sassoli, el mayor problema que enfrenta el DIH con respecto a las EMSP es la adecuada implementación de normas y reglas sobre el entrenamiento y supervisión que deberían tener con la finalidad de evitar el cometimiento de violaciones al derecho internacional²¹.

Por último, Schmitt realizó un análisis detallado sobre la participación directa de los asalariados en hostilidades. Plantea que se debería revisar la medida en que ellos participen directamente en combates, para encasillar su estatus bajo el DIH²².

Schmitt, coincidiendo con Cameron y Gillard, señala que la normativa actual carece de criterios claros para determinar cuándo los empleados de EMSP pierden su estatus de civiles y se convierten en combatientes. Propone que esta clasificación debe basarse en una evaluación integral de su rol en el conflicto, considerando solamente si participan directamente en hostilidades durante un periodo de tiempo determinado, o si deben ser considerados combatientes.²³.

Esta divergencia de propuestas de los autores permite que se identifiquen dos enfoques diferenciados sobre el debate actual: uno que busca una aplicación más estricta de normas existentes, y otro que presenta conceptos diferentes fuera de los tradicionales regulados por el DIH.

3. Marco Normativo.

La siguiente sección enuncia la normativa en lo referente a la categorización de los diferentes estatus de personas dentro de un CAI, por lo que, exclusivamente, se mencionarán las normas de DIH. De tal forma, se analizan cómo estos supuestos se ven implicados dentro de la categorización jurídica de los empleados de las EMSP en el marco internacional de conflicto armado. Y, además, aunque no es de carácter vinculante para los Estados, se hará una revisión de lo que propone el Documento de Montreux en referencia a la responsabilidad estatal de contratar a personal privado de estas empresas.

²⁰ Marco Sassoli "International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts", 118-120.

²¹ *Ibid*, 122.

²² Michael Schmitt, "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees" (2005), 511-546.

²³ *Ibid*, 536-545.

En relación con la definición de calidad de beligerante y prisioneros de guerra, el Reglamento de la Haya Relativo a las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre de 1907²⁴, propone una concepción a estos estatus en sus primeros artículos. Describe a la calidad de beligerancia como aquellos ejércitos, milicias y cuerpos voluntarios que cumplen con ciertas condiciones²⁵, incluyendo a combatientes y no combatientes dentro de las FFAA de un estado²⁶. Además, menciona que no solo gozan de los privilegios de prisioneros de guerra los miembros de FFAA, también aquellos que siguen a tal ejército²⁷.

Posteriormente, estos conceptos fueron desarrollados por los Convenios de Ginebra, en específico, el tercer convenio relacionado al trato debido a los prisioneros de guerra²⁸, en el que también se encuentra una concepción sobre qué requerimientos se deben cumplir para obtener el privilegio de prisioneros de guerra. El artículo 4 prescribe los supuestos en los cuales una persona se podría beneficiar de los privilegios de este estatus jurídico²⁹.

Al establecer un marco de trabajo bajo el contexto de CAI, es imprescindible mencionar al Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949³⁰, PA I. Este contiene una sección sobre el estatuto de combatiente y de prisioneros de guerra, así como la protección de personas que han tomado parte en las hostilidades³¹. También define el concepto de personas civiles y su protección especial, estableciendo que los “civiles gozarán de protección (...), salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”³².

Es pertinente para este estudio realizar un análisis complementario de las normas convencionales mencionadas previamente junto con normas consuetudinarias del DIH, aplicables para CAI³³. Estas normas, desarrolladas por la buena práctica reiterada de los Estados, aportan al entendimiento del principio de distinción³⁴. Esto es fundamental para el trabajo debido a que son normas que deben ser seguidas incluso por aquellos Estados

²⁴ Reglamento de la Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, La Haya, 18 de octubre de 1907.

²⁵ Art. 1, Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 1907.

²⁶ Art. 3, Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 1907.

²⁷ Artículo 5, Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 1907.

²⁸ III Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, 12 de agosto de 1949.

²⁹ Artículo 4A, III Convenio de Ginebra, 1949.

³⁰ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, [PA I], Ginebra, 08 de junio de 1977

³¹ Artículos 43, 44, PA I, 1977.

³² Artículos 45, 50, 51, PA I, 1977.

³³ Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario [DIHC]

³⁴ Normas 1-6, DIHC.

que no son parte a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, principales instrumentos del DIH.

Es esencial contrastar las discusiones sobre el estatus de los empleados de las EMSP con las recomendaciones del Documento de Montreux, que aborda las obligaciones jurídicas internacionales y las buenas prácticas de los Estados respecto a las operaciones de estas empresas durante los conflictos armados.³⁵ Este documento jurídico no vinculante, cuya naturaleza podría ser discutida entre doctrina, por su carácter interpretativo de normas existentes, y *soft law*, por las recomendaciones de buenas prácticas a los Estados, pretende promover el buen uso de estas empresas, proponiendo una definición³⁶, y un breve esclarecimiento sobre el estatus jurídico de sus asalariados³⁷. Esto permitirá resaltar los apartados que no han sido trabajados por esta propuesta intergubernamental.

4. Marco Teórico.

Al abordar el estatus jurídico de los empleados de las EMSP en el contexto de CAI, se han encontrado dos enfoques que destacan entre las discusiones que se han desarrollado alrededor de este tema. Si bien no son teorías plasmadas, se han identificado estas dos posiciones dentro del análisis de la doctrina existente.

Como se señaló en el estado del arte, una primera teoría ha sugerido que las normas del DIH ofrecen criterios y herramientas adecuadas para abarcar esta problemática, mientras que una segunda teoría, sostiene que se deberían adoptar nuevas instituciones, conceptos y lineamientos con las cuales se haga frente a las emergentes realidades de las EMSP.

Por un lado, la teoría conservadora, argumenta que el DIH, tal como se ha estructurado, comprende un marco sólido para abordar el estatus de los empleados de las EMSP. Cameron señala que las dificultades en la práctica surgen más bien por la falta de implementación efectiva del DIH que por un vacío normativo en sí³⁸. El autor argumenta

³⁵ Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza. *El Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas para los Estados relacionados con las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante conflictos armados*. Montreux, (2008).

³⁶ Preámbulo, Documento de Montreux, (2008).

³⁷ Declaración 24 y 15, Documento de Montreux, (2008).

³⁸ Lindsey Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation", (2006).

que una aplicación coherente de los principios humanitarios proporciona las nociones idóneas para abordar el estatus jurídico de los empleados³⁹.

Schmitt refuerza esta idea afirmando que las reglas existentes ya regulan los supuestos en los que civiles pierden su protección cuando participan directamente en hostilidades⁴⁰. Para este autor, los asalariados pueden ser tratados como civiles hasta que su participación en hostilidades los haga perder sus privilegios⁴¹.

De igual manera, Gillard ha mencionado que el desafío radica en cómo aplicar los principios del DIH, específicamente el principio de distinción, en aquellas situaciones “grises” en las que los empleados desempeñan funciones tanto civiles como militares. Por ello, Gillard cree que el problema no radica en el marco de la normativa internacional, sino en la falta de supervisión de los Estados para garantizar la distinción clara de las funciones de las EMSP que contratan⁴². En ese sentido, se ha identificado que estos autores, si bien destacan algunos desafíos, no consideran que el DIH necesita un rediseño de cara a esta problemática, más bien, una implementación más rigurosa.

En contraposición, la teoría propositiva sugiere que el marco actual del DIH no es suficientemente claro, y que se deberían desarrollar y adoptar instituciones que vayan de la mano con la evolución de los conflictos armados. Ureña-Sánchez y Olasolo Alonso proponen un enfoque operativo que defina el estatus de los empleados de EMSP según sus funciones y nivel de participación en actos hostiles, para evitar ambigüedad de su clasificación⁴³.

Estos autores han trabajado en un concepto que empezó a utilizarse mayormente a finales del anterior siglo: combatientes no privilegiados⁴⁴. Si bien este término no se encuentra regulado por el marco normativo del DIH, y no entra dentro de la categoría de prisioneros de guerra del III CG, es una consideración que se ha tenido dentro del debate de si pudiera considerarse denominar a los empleados de las EMSP bajo este estatus, y las posibles protecciones del IV Convenio de Ginebra de 1949⁴⁵.

³⁹ *Ibid*, 578.

⁴⁰ Michael Schmitt, “*Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*”.

⁴¹ *Ibid*, 516.

⁴² Emanuela-Chiara Gillard “*Business goes to war: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law*”, 531.

⁴³ Mario Ureña-Sánchez Mario y Héctor Olasolo Alonso. “Las compañías Militares Y De Seguridad Privadas: Hacia Una definición Operativa Para El Derecho Internacional Humanitario”, 50.

⁴⁴ Knut Dörmann, “*The legal situation of unlawful/unprivileged combatants*”, *International Review of the Red Cross*, 85, (2003), 45-74.

⁴⁵ *Ibid*, 48.

Laborie añade a esta postura que la privatización de la guerra ha cambiado y evolucionado radicalmente la naturaleza de los conflictos armados, y que el DIH necesita adaptarse a esta realidad con nuevas regulaciones específicas para las EMSP, tanto interna, estatal, y jurídicamente⁴⁶.

Finalmente, Percy hace hincapié en que, si bien el Documento de Montreux es un gran avance para la regulación de las EMSP, no presenta una aplicación clara con respecto a las funciones de las empresas de seguridad privada, ESP, por lo que las regulaciones nacionales e internacionales tienen que establecer los parámetros sobre los cuales estas empresas evolucionarán, o tendrán que estar listas para adaptarse de manera tardía a tales evoluciones⁴⁷.

Este trabajo tomará como base la visión conservadora, que reconoce los fundamentos sólidos del DIH, y considerará tomar las ideas de la visión propositiva, que busca adoptar nuevas medidas frente a esta problemática. Para esto, se hará un análisis contextual de la normativa del DIH, bajo una metodología de interpretación literal, es decir, según el sentido ordinario de los términos utilizados en los textos normativos⁴⁸.

Finalmente se propondrá una postura mixta que sugiere que, si bien es necesario una implementación más rigurosa de las normas convencionales y consuetudinarias existentes, es importante que la comunidad internacional regule estrictamente la contratación de estas empresas, al cumplir estándares legales adecuados, determinar un orden jerárquico claro, y estableciendo funciones delimitadas.

5. Las Empresas militares y seguridad privada: La externalización de los conflictos armados.

La caída del bloque soviético y el fin de la “Guerra Fría” trajeron cambios drásticos en la estructura de la seguridad internacional, las fuerzas privadas resurgieron de una manera corporativa, movidas por un nuevo paradigma mundial político-económico⁴⁹. La disolución de la Unión Soviética planteó nuevos desafíos de seguridad para los Estados, transformando la gestión de los conflictos armados. Esta transformación se caracteriza por la externalización de bienes y servicios militares, permitiendo la intervención de

⁴⁶ Mario Laborie “La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares Privadas”, (2008), 83-119.

⁴⁷ Sarah Percy, “*Regulating the private security: a story of regulating the last war*”, (2012), 941-960.

⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

⁴⁹ Kim Richard Nossal, “*Roland Goes Corporate: Mercenaries and Transnational Security Corporations in the Post-cold War Era*”, *Civil Wars*, 1, 1, (1998) 16-35. <https://doi.org/10.1080/13698249808402365>

actores privados en sectores tradicionalmente reservados a las FFAA.⁵⁰ Las EMSP pasaron a ocupar un lugar destacado en la estructura de la seguridad internacional, de manera que incluso la Organización de las Naciones Unidas, ONU, recurre a este tipo de servicios de seguridad y logística⁵¹.

Uno de los sucesos más destacados del creciente uso de EMSP en CAI, fue el conflicto iraquí. En Irak, el uso de empresas militares privadas levantó fuertes críticas, no solo por su falta de control efectivo, sino por los incidentes de uso excesivo de la fuerza, que resultaron en la muerte de civiles⁵². Además, uno de los factores más destacados fue el origen del personal de las empresas contratadas por Estados Unidos durante este conflicto. Se estima que el gobierno americano dispuso de 182 000 contratistas privados, de los cuales 118 000 de nacionalidad iraquí, 43 000 de terceros estados, y 21 000 nacionales americanos; de todo este personal, entre 20 y 30 mil eran personal de seguridad⁵³.

Así, los gobiernos han preferido externalizar los servicios y bienes militares hacia las EMSP, siendo el Estado el titular y responsable de la gestión de ciertos servicios que son brindados por los privados⁵⁴. Entonces, esta externalización se presenta como una respuesta aparentemente perfecta para la optimización de recursos y costes, considerando que los límites de este *outsourcing* quedan enmarcados en la tutela de las FFAA y sus funciones centrales⁵⁵.

Este impacto histórico estableció un marco fáctico del que resultarían algunas propuestas conceptuales que engloban a estas corporaciones privadas, comprendiendo que el reto era aún más desafiante cuando brindar servicios militares y de seguridad pueden llegar a ser las caras dos caras de una misma moneda.

5.1. El debate conceptual sobre las EMSP.

Inicialmente, las empresas militares privadas, EMP, y las empresas de seguridad privada, ESP, se consideraban independientes entre sí⁵⁶. Su evolución puede observarse

⁵⁰ Carlos Berdud, “El Estatuto jurídico de los Mercenarios y de las Compañías Militares privadas en el Derecho Internacional” *Editorial Thomson Aranzadi*, (2007), 32.

⁵¹ Carlos Berdud, “El Estatuto jurídico de los Mercenarios y de las Compañías Militares privadas en el Derecho Internacional”, (2007), 32.

⁵² Pilar Pozo, “El uso de compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”, (2007), 56-57.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Mario Martínez Hernández, “La externalización de bienes y servicios militares: las empresas militares privadas”, *Revista de Investigación Talentos*, 1, (2014), 8-17.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”, (2013), 5-6.

en tres olas que la literatura ha estudiado sobre estas empresas. La primera sobre actos individuales, como los mercenarios, que surgen mayormente en la década de los 60 en África⁵⁷. La segunda, emergen fuerzas privadas dentro del sector corporativo, englobando empresas que proveen servicios militares y de seguridad. Se analiza su estructura y su utilización como herramientas por parte de los Estados durante la década de 1990.⁵⁸ Y la tercera, que toma lugar desde inicios del siglo XXI, que amplía el estudio para comprender prácticas mayormente enfocadas en la seguridad, no solo en las funciones militares⁵⁹.

Se han sugerido tres elementos externos, o externalidades, que se deben tomar en cuenta para llegar a un concepto de las EMSP⁶⁰. Primero, una externalidad geográfica, que, según el escenario en el que actúan, reclutarían personal extranjero, y también aumentarían los territorios donde hacen presencia⁶¹. Segundo, una externalidad política, la cual relaciona el contrato de servicios que brindan, junto con sus funciones y elementos, generando un vínculo entre las compañías y las autoridades políticas. Y tercero, una externalidad ideológica, que, si bien no ha sido revisada en la mayoría de las conceptualizaciones de las EMSP, comprende que la naturaleza de estas compañías no es establecida por motivaciones ideológicas, sino lucrativas⁶².

En tal sentido, existen varias definiciones propuestas según su finalidad. Singer las define como organizaciones que comercian con servicios relacionados con los conflictos armados, especializados en la provisión de habilidades militares, así como operaciones tácticas, de combate y asistencia técnica militar⁶³. En un mismo sentido funcional, Arango las define como empresas que ofrecen apoyo logístico, entrenamiento, seguridad, trabajos de inteligencia, y asistencia diversa a la milicia⁶⁴.

El Documento de Montreux, elaborado por el CICR y el gobierno suizo, define a las EMSP como entidades comerciales que ofrecen servicios de seguridad o militares. Estos servicios abarcan la protección armada de personas y bienes, el mantenimiento y

⁵⁷ Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”, (2013), 8.

⁵⁸ *Ibid*, 11.

⁵⁹ *Ibid*, 17.

⁶⁰ Mario Urueña-Sánchez Mario y Héctor Olasolo Alonso. "Las compañías Militares Y De Seguridad Privadas: Hacia Una definición Operativa Para El Derecho Internacional Humanitario", (2022).

⁶¹ *Ibid*, 58.

⁶² *Ibid*.

⁶³ P.W. Singer, “*Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry and Its Ramifications for International Security*.” *International Security* 26, 3 (2001), 186–220.

⁶⁴ María Julia Arango “La privatización de la guerra: nuevas perspectivas para el siglo XXI”, *Revista Ágora Internacional*, 2, 4, (2007).

operación de sistemas armamentísticos, la custodia de prisioneros, y el asesoramiento o capacitación de fuerzas y personal de seguridad.⁶⁵

En la segunda sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, establecido por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU para considerar un marco normativo internacional sobre las actividades de las EMSP, algunas delegaciones destacaron la importancia de distinguir entre empresas militares y de seguridad. Se sugirió que, de alcanzarse un consenso sobre su definición, este debería centrarse en la naturaleza de la empresa o en el tipo de servicios que presta⁶⁶.

Todas estas conceptualizaciones denotan la falta de consenso que existe sobre la definición de las EMSP, identificando la ausencia de un marco conceptual diferenciado⁶⁷. En tal sentido, se observa la urgencia de una solución sobre esta disyuntiva, en especial por aquellos Estados con capacidades y recursos limitados, los cuales ven como una opción factible la contratación de estas empresas.

Esto genera un impacto en la planificación estratégica e inteligencia militar de algunos gobiernos, debido a que no solo producen recursos militares, sino también productos de conocimiento a gobiernos y entidades comerciales⁶⁸.

5.2. Eficiencias y complejidades del despliegue de EMSP.

El uso de EMSP ha otorgado flexibilidad operativa exclusivas a estas corporaciones. Su despliegue rápido y eficaz es una de las razones principales por las que muchos Estados han preferido que se externalicen ciertos servicios militares⁶⁹. Estas empresas han facilitado la respuesta de los gobiernos frente a ciertos requerimientos militares sin la necesidad de expandir permanentemente sus FFAA sobre funciones circunstanciales, por lo que presentan una simplificación de gestión en operaciones temporales y contingentes⁷⁰.

De la misma manera, otro beneficio notorio es el costo de las contrataciones de las EMSP, mismas que pueden ser significativamente menor que el de mantener una

⁶⁵ Documento de Montreux, [2008]

⁶⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas “Informe del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, sobre su segundo período de sesiones del 13 de agosto del 2012” (2012)

⁶⁷ Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”, 6.

⁶⁸ Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”.

⁶⁹ Aaron Ettinger, “*Neoliberalism and the Rise of the Private Military Industry*”, 747.

⁷⁰ P.W. Singer, “*Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry and Its Ramifications for International Security*”, 186–220.

fuerza armada permanente⁷¹, lo cual es de suma relevancia en cuanto a que la mayoría de los CAI son conflictos asimétricos. Este tipo de conflictos armados son aquellos donde las partes tienen diferentes capacidades de beligerancia, ya sea a nivel operacional, de estrategia militar o política, así como disparidad de sus medios y métodos de guerra⁷², es decir, las armas empleadas y la manera en que se conducen las hostilidades⁷³. En situaciones como los conflictos de Afganistán y Kosovo, se contrataron EMSP para proporcionar seguridad en áreas donde el despliegue de fuerzas regulares hubiese sido costoso y complicado de mantener⁷⁴.

Una de las eficiencias clave es que, aun cuando los empleados de las EMSP pueden participar directamente en las hostilidades, estos podrían no ser considerados mercenarios. Esto sería posible en tanto en cuanto los empleados de las empresas sean enlistados formalmente dentro de las FFAA de un Estado⁷⁵.

El PA I define a los mercenarios en su artículo 47, bajo seis requisitos que deben cumplirse, resaltando que son aquellos que “hayan sido reclutados esencialmente para combatir en un conflicto armado, (...) que tomen parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal (...)”⁷⁶. El mismo artículo prescribe que estos mercenarios no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra⁷⁷, denotando esta ilegitimidad de funcionamiento dentro de conflictos armados. En tal sentido, aunque las empresas puedan involucrarse en hostilidades, no se equiparan con los mercenarios si no cumplen las condiciones definidas en el artículo precedente⁷⁸.

Lógicamente, si cumplen con estos criterios, sin haber sido enlistados, pueden ser reconocidos como mercenarios. Entonces, debería haber un análisis escrupuloso en aquellas situaciones en que, inicialmente, dentro de sus funciones no se contemple la de combatir dentro del conflicto armado, como lo prescribe el primer requisito del artículo

⁷¹ Pilar Pozo, “El uso de compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”.

⁷² Toni Pfanner, “*Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action*”, *International Review of the Red Cross*, 87, 857, (2005), 149-174.

⁷³ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, 115.

⁷⁴ Mario Martínez Hernández, “La externalización de bienes y servicios militares: las empresas militares privadas”.

⁷⁵ Documento de Montreux, [2008], 39.

⁷⁶ Art. 47 (2), PA I, 1977.

⁷⁷ Art. 47 (2), PA I.

⁷⁸ Sarah Percy, “*Regulating the private security: a story of regulating the last war*”, 944.

referido⁷⁹. En tal sentido, si no fueron “especialmente reclutados con [ese] fin”⁸⁰, no se podría considerarlos mercenarios.

En la misma línea, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su “*Report on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*”, recalcó que “[El] artículo 47 del Protocolo Adicional I no prohíbe el reclutamiento, el entrenamiento, la financiación ni la utilización de mercenarios. Tampoco penaliza a una persona por ser mercenario ni a un Estado por contratarlos durante un conflicto armado.”⁸¹.

Todo esto genera que los Estados contraten los servicios de estas empresas con mayor seguridad jurídica, permitiendo su operación por parte del DIH. Esto evita la prohibición impuesta a los mercenarios en instrumentos internacionales como la Convención de la Organización para la Unidad Africana para la Eliminación de los Mercenarios en África de 1977 y la Resolución 161 A del Consejo de Seguridad de la ONU del 21 de febrero de 1961.

Sin embargo, estas eficacias vienen acompañadas de importantes desafíos. Una de sus principales complejidades es la falta de claridad sobre su cadena de mando. Eso es una dificultad para los estados contratantes, debido a que no existe una estructura jerárquica uniforme que garantice el control directo de las actividades de las EMSP⁸². Esto ha generado que estas empresas actúen sin ningún tipo de rendición de cuentas, y terminan exigiéndose a los estados contratantes, resultando en un abuso en el campo de batalla, y, por ende, viola el DIH⁸³.

Las tensiones entre las EMSP y FFAA también han generado desafíos operativos. La relación entre estos cuerpos suele ser conflictivas porque no se delimitan funciones, mismo que afecta negativamente la coordinación durante el despliegue y ejecución de hostilidades⁸⁴. Esta circunstancia impacta directamente la eficiencia y éxito de las operaciones militares en curso, aunque generalmente las víctimas de esto terminan siendo civiles que se ven afectados por la ausencia de un control uniforme⁸⁵. Precisamente esto

⁷⁹ Art. 47 (1), PA I.

⁸⁰ Art. 47 (2.a), PA I.

⁸¹ “*Report on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*», 53.ª sesión. Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/1997/24, 20 de febrero de 1997, 32.

⁸² Christa Moesgaard, “*Private Military and Security Companies – from Mercenaries to Intelligence Providers*”, 9.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, 11.

⁸⁵ *Ibid.*

ha producido incidentes de violación de DDHH, incluyendo situaciones de uso excesivo de fuerza⁸⁶. Esto ha demostrado que las empresas necesitan una regulación de cara al DIH y al Derecho Internacional de los derechos humanos, DIDH.

Finalmente, solamente el documento de Montreux, a nivel internacional, recopila disposiciones que pretenden delimitar un marco regulatorio específico sobre las EMSP. Aunque por medio de las normas del DIH se ha procurado regular el uso de estas empresas aplicando la normativa existente, hay una falta de supervisión y control de estas corporaciones, específicamente sobre el estatus jurídico de sus empleados, principales afectados al verse envueltos directa o indirectamente en las hostilidades⁸⁷.

6. Empleados de EMSP bajo el DIH: Entre Combatientes y Civiles.

Si bien entendemos que las EMSP no operan en un vacío legal⁸⁸, existe una falta de implementación efectiva de las normas existentes a estos actores privados. Esto resulta en que el estatus jurídico de los empleados de estas empresas durante CAI sea objeto de debate. Aunque los conceptos del DIH sean claros, se ha vuelto confusa su aplicación alrededor de las operaciones y funciones de los empleados de estas empresas.

Bajo el DIH, los conceptos de combatientes y civiles se encuentran claramente definidos por normas convencionales y consuetudinarias, así, en el artículo 43 y 51 del PA I, y en las normas 1– 6 del DIH consuetudinario. En la práctica, estos dos estatus pueden complementarse debido a la naturaleza cambiante de las actividades bélicas. Combatientes son aquellos miembros de las FFAA de una parte en conflicto que tienen derecho a participar directamente en hostilidades y, en caso de captura, son tratados como prisioneros de guerra⁸⁹. Por otro lado, los civiles son todas las personas que no pertenecen a las fuerzas armadas y, por lo tanto, no deben ser objeto de ataques, salvo que participen directamente en hostilidades y pierdan estas protecciones⁹⁰.

En teoría, los empleados de las EMSP son clasificados como civiles, ya que no forman parte de las FFAA de un Estado. No obstante, su participación directa en hostilidades puede hacer que pierdan temporalmente la protección que les otorga el DIH, especialmente si han sido incorporados en las FFAA estatales, *de iure* o *de facto*⁹¹. Sin

⁸⁶ Pilar Pozo, “El uso de compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”, 59.

⁸⁷ Mario Laborie. “Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario”, 261-300.

⁸⁸ Documento de Montreux, [2008], 41.

⁸⁹ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, 89.

⁹⁰ *Ibid.*, 93.

⁹¹ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH*, 39.

embargo, no está claro si el estatus debe determinarse por la estipulación de sus funciones dentro del contrato, o si debería regirse estrictamente por cómo actúan dentro del conflicto armado.

En el Documento de Montreux, el CICR comentó que, si bien es un análisis caso por caso, el estatuto del personal depende de su contrato⁹². Esto es problemático, ya que el DIH se aplica por los hechos, no por el derecho. Esta contradicción genera una zona gris jurídica en la que la clasificación de estos asalariados no es del todo clara, ni en términos de la naturaleza de sus actividades que puede reflejarse en el contrato entre las EMSP y los Estados, ni en su participación en hostilidades. Entonces, más que por el contrato que se celebre, el estatus de los empleados debería definirse por su rol real y concreto en el campo de batalla.

Este contexto implica un problema jurídico significativo: los empleados de EMSP están sujetos a una categorización de su estatus jurídico ambigua que depende tanto de los hechos sobre el terreno, como de las interpretaciones legales del DIH⁹³. La provisión de servicios de apoyo logístico o inteligencia no implica una pérdida de protección civil bajo el DIH. Esta protección solamente se pierde cuando los civiles participan directamente en hostilidades, como en acciones de combate o seguridad armada⁹⁴, y cuando participan en actividades de espionaje⁹⁵.

Entonces, existe una regulación indeterminada sobre el estatus de los empleados de acorde a sus funciones, que dificulta la protección efectiva de estos actores y la aplicación correcta de las normas del DIH, entendiendo la amplia protección que tienen los civiles, y los privilegios de los combatientes.

6.1. La participación directa en hostilidades y el principio de distinción.

Es imperativo analizar la noción de la participación directa en hostilidades al hablar de la clasificación jurídica de los empleados de las EMSP. La Guía sobre participación directa en hostilidades identifica tres criterios acumulativos en los que civiles, incluidos los empleados de las EMSP, pueden perder su estatus civil: 1) umbral de daño, 2) causalidad directa, y 3) nexo entre el acto realizado y el conflicto armado⁹⁶.

⁹² Documento de Montreux, [2008], 58.

⁹³ Sarah Percy, "Regulating the private security: a story of regulating the last war", 81.

⁹⁴ Marco Sassoli "International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts", 119.

⁹⁵ Artículo 46, PA I, 1977.

⁹⁶ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH*, 46.

Primero, para que un acto alcance el umbral de daño, debe ser probable que cause efectos adversos en las operaciones o capacidades militares de una parte en conflicto, o que provoque muerte, heridas, o destrucción en personas o bienes protegidos.⁹⁷

El segundo criterio dice que debe haber una causalidad directa entre el acto y el daño que pueda generar dicho acto, o de la operación militar ordenada en la que se integra el acto, sin que ese actuar sea necesario ni suficientemente indispensable para ser una participación directa⁹⁸. Por ejemplo, un operador de drones no necesita participar físicamente en el campo de batalla para que su contribución se considere participación directa, mientras que el financiamiento de armas no sería suficiente para clasificar su acción dentro de este criterio.

Y tercero, el nexo beligerante requiere que el propósito del acto sea causar directamente un daño para apoyar a una parte del conflicto, y afecta a otra⁹⁹. Estas tres condiciones, aunque útiles teóricamente, no siempre resultan claras en la práctica, especialmente en situaciones donde los empleados realizan funciones como inteligencia militar o seguridad armadas, por lo que se entiende que se tendrá que recurrir siempre a las normas básicas del DIH y las presunciones en situación de duda¹⁰⁰.

La problemática resulta en que los empleados a menudo ocupan una posición híbrida: por un lado, desempeñan funciones que, bajo el DIH, podrían considerarse civiles, pero, por otro lado, sus actividades pueden tener un impacto directo en las hostilidades, cumpliendo con los tres criterios mencionados previamente.

En muchos casos, estas tareas pueden incluir la protección de instalaciones militares o la recopilación de inteligencia sobre objetivos enemigo, lo que podría llegarse a interpretar como una participación directa en hostilidades si las circunstancias y los hechos lo justifican¹⁰¹. Por ello, actividades como el transporte de suministros como medicina o alimentos, financiamiento a una de las partes del conflicto, e incluso la fabricación de armas, no se considera como participación directa¹⁰².

La ambigüedad sobre el estatus de los empleados presenta un riesgo tanto para ellos, al poder convertirse en objetivos legítimos de ataque, como para el cumplimiento del principio de distinción, pilar del DIH, que exige la diferenciación entre civiles y

⁹⁷ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH*, 47.

⁹⁸ *Ibid*, 51-52.

⁹⁹ *Ibid*, 58.

¹⁰⁰ *Ibid*, 38.

¹⁰¹ Lindsey Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation", 190-191.

¹⁰² ICRC, "Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities", (2006), 46-48.

combatientes. Este principio fundamental se refleja en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo, que establece que "las hostilidades solo podrán tener el objetivo de debilitar las fuerzas armadas del enemigo"¹⁰³.

El Documento de Montreux recuerda a los Estados la obligación de clasificar jurídicamente a los contratistas antes de su despliegue y de distinguirlos durante sus funciones, según el artículo 43 del Protocolo Adicional I. Para esto, recomienda su identificación visible siempre que sea posible, ya sea que participen directa o indirectamente en hostilidades¹⁰⁴. Al hacer esto, se podría determinar si forman parte de las FFAA de un Estado, o si se encuentran bajo funciones que no implican su participación en las hostilidades.

Una falta de aplicación de este principio por parte de los Estados compromete tanto a los empleados de las EMSP, como al sistema de protección humanitaria en su totalidad. Si el principio de distinción no se respeta adecuadamente, las partes en conflicto podrían justificar ataques contra cualquier persona que perciban como una amenaza potencial, diluyendo las normas humanitarias que separan a los civiles de los combatientes.

6.2. Ambigüedades en el estatus de los empleados.

A pesar de que el derecho internacional ha establecido algunas bases sobre la distinción entre combatientes y civiles, esta naturaleza cambiante de los conflictos modernos ha expuesto debilidades en su aplicación a actores privados. Esta situación es especialmente crítica cuando, en algunas ocasiones, las EMSP desempeñan funciones que requieren de un análisis exhaustivo para categorizar su estatus jurídico, ya sea que hayan actuado de manera propia, o bajo el comando del estado contratante.

Esto pudo verse durante el uso de estas empresas por parte de Estados Unidos en Irak durante la ocupación posterior a 2003. Los empleados de la empresa Blackwater – hoy Academi – encargados de misiones de seguridad privada, fueron acusados de haber participado directamente en hostilidades durante el incidente de Nisour Square en 2007, cuando mataron a 17 civiles iraquíes¹⁰⁵. Aunque los empleados estaban contratados para proteger a funcionarios estadounidenses, su uso de fuerza letal en zona de conflicto generó dudas sobre si sus funciones tenían un carácter meramente civil, o si tenían la

¹⁰³ Declaración que prohíbe el uso, en tiempo de guerra, de ciertos proyectiles explosivos (Declaración de San Petersburgo), 29 de noviembre al 11 de diciembre de 1868.

¹⁰⁴ Buena Práctica 16 del Documento de Montreux, [2008].

¹⁰⁵ Jennie Palmer, "War For Sale: The Case of Blackwater Unaccountable Private Military Companies in Iraq and Afghanistan", Regis University Student Publications, (2018).

disposición de intervenir directamente en hostilidades, afectando así la protección civil que el DIH les otorgaría¹⁰⁶.

Un caso similar ocurrió durante la Guerra de los Balcanes en la década de 1990. Le EMP *Military Professional Resources Inc.*, MPRI, participaron en la capacitación de las fuerzas armadas croatas durante la Operación Tormenta¹⁰⁷. No estuvieron directamente en combate, pero su asistencia logística y estratégica facilitó operaciones militares que resultaron en violaciones graves del DIH¹⁰⁸.

En una situación hipotética en la que el contrato estipule funciones de apoyo logístico, determinando así su estatus como civiles, conforme a lo que sugiere el Documento de Montreux¹⁰⁹, pero donde los empleados participen directamente en hostilidades, el DIH prevalecería sobre lo pactado, subordinando las estipulaciones del contrato a los hechos en el terreno.

Este escenario proyecta una cuestión sobre el valor jurídico de las funciones contractuales, dado que, en última instancia, es la realidad operativa la que define el estatus legal de los empleados. Esto revela la ambigüedad jurídica en la clasificación de sus funciones, permitiendo a los Estados modificar sus roles arbitrariamente y difuminando la distinción entre tareas civiles y hostiles.

La autonomía operativa de las EMSP, bajo el mando de las FFAA, plantea la pregunta de cuándo sus empleados dejan de ser civiles para convertirse en combatientes de facto. Si solo los miembros de las FFAA son considerados combatientes, ¿genera esto una inseguridad jurídica que convierte el contrato en un documento insuficiente para delimitar sus funciones?

Estos roles de participaciones indirectas, como protección de activos militares o reconocimiento táctico en zonas de conflicto, son situaciones que los ponen en riesgo de ser considerados objetivos legítimos de ataque¹¹⁰, ya que son muy susceptibles a cruzar la línea de participación directa en las hostilidades.

La flexibilidad operativa de las EMSP es un factor clave en la proliferación en los conflictos modernos¹¹¹, pero también ha abierto la puerta a un abuso contractual. Esto

¹⁰⁶ Sarah Percy, “*Regulating the private security: a story of regulating the last war*”, 44.

¹⁰⁷ Amnestia Internacional, “*Croatia. A shadow on Croatia’s future: Continuing impunity for war crimes and crimes against humanity*”, (2004), Disponible en <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/eur640052004en.pdf> [Accedido 10 de octubre de 2024].

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Comentario sobre Declaración 24, Documento de Montreux, [2008].

¹¹⁰ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH*, 41.

¹¹¹ Mario Laborie “La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares Privadas”, 91.

plantea interrogantes sobre el alcance de la responsabilidad de los Estados en la regulación de estas empresas, tomando en consideración que varios autores plantean que, al menos en cuanto al estatus jurídico, existe una base sólida, y es más bien una falta de aplicación del DIH¹¹². Aunque en teoría los empleados deberían ser civiles salvo participación directa en hostilidades, en la práctica, esta distinción es difícil de aplicar, creando zonas grises en los contratos y funciones dentro de la “guerra” moderna.

Es importante mencionar que la falta de mecanismos de supervisión internacional que monitoreen de manera independiente sus actividades en el terreno contribuye a esta ambigüedad, lo que puede ocasionar situaciones en las que los empleados asuman tareas que suelen ser realizadas por los miembros de las FFAA¹¹³.

Aunque el DIH prohíba expresamente algunas actividades en las que las EMSP no pueden involucrarse, como estar a cargo de campos de prisioneros de guerra¹¹⁴, y campos de internamiento¹¹⁵, la externalización de otras funciones durante las últimas décadas demuestra que la tendencia decanta más por una regulación permisiva, que prohibitiva.

6.3. *Unlawful combatants*: ¿Solución o problema?

El concepto de combatientes no privilegiados o *unlawful combatants* ha sido objeto de análisis en el DIH, ganando protagonismo en los conflictos modernos con la participación de las EMSP. Aunque no está explícitamente regulado en el DIH, se utiliza para describir a quienes participan en hostilidades sin pertenecer a las FFAA regulares de un Estado¹¹⁶, implicando que, por ejemplo, no gozan de la protección de prisioneros de guerra¹¹⁷.

Esta categorización podría incluir a civiles que pierden su inmunidad frente a ataques sin haber sido combatientes legales. Un ejemplo son los empleados de EMSP en Irak, quienes participaron en operaciones militares sin pertenecer a FFAA estatales, convirtiéndose en objetivos legítimos sin los privilegios de combatientes regulares.¹¹⁸ Durante esta ocupación, aparentemente, asistirían en funciones logísticas, pero al

¹¹² Lindsey Cameron, “*Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation*”, 598.

¹¹³ Emanuela-Chiara Gillard “*Business goes to war: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law*”, 533.

¹¹⁴ Artículo 39, III Convenio de Ginebra, 1949.

¹¹⁵ Artículo 99, IV Convenio de Ginebra, 1949.

¹¹⁶ Knut Dormann, “*The legal situation of unlawful/unprivileged combatants*”, 45-75.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Mario Urueña-Sánchez y Héctor Olasolo Alonso, “*Las compañías Militares Y De Seguridad Privadas: Hacia Una definición Operativa Para El Derecho Internacional Humanitario*”, 47-61.

participar directamente en las hostilidades, bajo el DIH, perderían sus protecciones de civiles, e incluso los ubicaría fuera de los privilegios de prisioneros de guerra¹¹⁹.

Ahora, si bien dentro del Documento de Montreux se presentan recomendaciones importantes sobre las actividades de las EMSP, estableciendo principios clave para sus operaciones dentro del marco del DIH, no hay mayor profundización sobre el estatus de este tipo de intervenciones ilegales, es decir, sobre aquellos que se involucran en las hostilidades.

Aunque recuerda la obligación de los Estados de garantizar que las EMSP y sus empleados cumplan con el DIH¹²⁰, no introduce ni propone mecanismos concretos que clarifiquen el estatus de estos empleados cuando toman parte activa en los combates, lo cual genera preocupaciones ya que, por la naturaleza del Documento, no marca una regulación internacional vinculante. Si bien se comenta que el estatus debería ser establecido previo a sus operaciones¹²¹, la falta de normativa y control ha llevado a casos como el de Irak, en los que esta clasificación precedente, quedaría obsoleta y opacada por los hechos en el campo de batalla.

Ahora, lo más importante a resaltar es que, si bien la noción de civiles que participan en hostilidades se refiere exclusivamente a esta pérdida de protección durante el tiempo que dura su acto, en caso de ser civiles, este no hace referencia a ningún estatus de las personas, sino, solamente a su participación en actos hostiles específicos¹²². Así, el concepto de combatiente no privilegiado abarca a todos aquellos que toman parte directa en hostilidades sin que tengan el derecho de hacerlo¹²³. Entonces, si se llegara a reconocer el concepto de *unprivileged* o *unlawful combatant*, como un estatus, los empleados podrían ubicarse sobre esta clasificación jurídica. De esto, resulta una duda, ¿qué protecciones, otorgadas por el DIH, podrían tener los combatientes no privilegiados?

Si bien los *unprivileged combatants* no tienen derecho al estatus de prisionero de guerra de acuerdo con la Tercera Convención de Ginebra¹²⁴ y a la regla 108 del DIH

¹¹⁹ Mario Urueña-Sánchez y Héctor Olasolo Alonso, “Las compañías Militares Y De Seguridad Privadas: Hacia Una definición Operativa Para El Derecho Internacional Humanitario”, 47–61.

¹²⁰ Declaraciones 1-8, Documento de Montreux, [2008].

¹²¹ Marie-Louise Tougas, “*Commentary on Part I of the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict*”, 96, 893, (2014), 350.

¹²² Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el DIH*, 44.

¹²³ Knut Dormann, “*The legal situation of unlawful/unprivileged combatants*”, 46.

¹²⁴ III Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, 12 de agosto de 1949.

consuetudinario¹²⁵, siguen recibiendo protecciones bajo otras normativas del DIH. El artículo 75 del PA I garantiza un mínimo de derechos fundamentales aplicables a todas las personas que participen en hostilidades¹²⁶, aunque no se benefician de un trato más favorable en virtud de los Convenios.

Este artículo especifica que deben ser tratados con humanidad y se les debe proteger contra la tortura, tratos crueles o degradantes¹²⁷. Además, prescribe el derecho a un juicio, incluyendo el derecho a la presunción de inocencia y a no ser condenados sin el debido proceso ante un tribunal regularmente constituido¹²⁸. En el artículo 45 punto 3, refuerza esta protección al especificar que cualquier persona que no tenga derecho al estatus de prisionero de guerra tendrá que recibir las protecciones mínimas estipuladas en el artículo 75 del mismo protocolo¹²⁹.

Además, aunque el Cuarto Convenio prescribe una excepción de esta protección sobre aquellas personas que podrían vulnerar la seguridad de un Estado, como espías o saboteadores, estos individuos tienen el derecho de ser tratados humanamente y de llevar un juicio justo¹³⁰. Entonces, ante estos casos, seguiría aplicando el artículo 75 del PA I, asegurando que estas garantías mínimas sean respetadas, incluso en territorios ocupados.¹³¹

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra garantiza la protección contra ejecuciones sumarias y actos inhumanos para personas que participan en hostilidades de manera no autorizada, como los combatientes no privilegiados, asegurando nivel básico de protecciones independientemente de su estatus¹³². Si bien este artículo es aplicable para CANI, además de ser considerado como una norma mínima de humanidad aplicable a los conflictos armados¹³³, también define el régimen de las personas protegidas y el de las normas aplicables a la conducción de hostilidades¹³⁴. Aunque quienes caen bajo esta clasificación no gozan de todas las protecciones de civiles o combatientes, el DIH les garantiza una salvaguarda mínima, imponiendo límites claros a los Estados en su trato.

¹²⁵ Norma 108, Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario [DIHC]

¹²⁶ Artículo 75, PA I, 1977.

¹²⁷ Artículo 75(4)(d), PA I, 1977.

¹²⁸ Artículo 5(1), PA I, 1977.

¹²⁹ Artículo 45(3), III Convenio de Ginebra, 1949.

¹³⁰ Artículo 5, III Convenio de Ginebra, 1949.

¹³¹ Artículo 74, PA I, 1977.

¹³² Artículo 3 común, Convenios de Ginebra, 1949.

¹³³ *Ver.* Nicaragua c. Estados Unidos, Corte Internacional de Justicia, fallo, 27 de junio de 1986, párrs. 218-219. (Artículo 3 común sirve como umbral mínimo de protección en conflictos armados.)

¹³⁴ Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho internacional Humanitario, Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, 4, (2004), 89.

La clasificación de ciertos empleados de EMSP como combatientes no privilegiados podría facilitar la clarificación de su rol en hostilidades; sin embargo, la falta de regulación explícita en el DIH sobre esta categoría genera inseguridad jurídica, ya que sus derechos y obligaciones no están claramente definidos, exponiéndolos a posibles desprotecciones.

Por lo que, para considerar este concepto como una posible solución al conflicto de la ambigüedad del estatus jurídico, tendría que venir de la mano con una positivización de esta categoría jurídica. De no ser así, la falta de claridad en esta clasificación complica la atribución de responsabilidades en conflictos armados, dejando a los Estados y a las partes en conflicto la tarea de aplicar las normas vigentes ante nuevos desafíos en CAI.

7. La supervisión de las EMSP: Su regulación bajo el derecho internacional.

El despliegue de las EMSP en los últimos años ha puesto en primer plano la necesidad de regular y supervisar adecuadamente sus actividades. Aunque instrumentos internacionales, como el Documento de Montreux, reflejan intentos por guiar a los Estados en esta tarea, aún persisten vacíos normativos y carencia de mecanismos efectivos para garantizar un control. Esto genera riesgos para las propias empresas, sus empleados, los Estados y los civiles que, en muchos casos, se ven afectados por las operaciones de las EMSP en contextos de conflicto.¹³⁵

Estas dificultades en la supervisión de las EMSP por parte de los Estados podrían deberse a un marco legal vinculante. El Documento de Montreux es, hasta la fecha, el esfuerzo más significativo para regular estas empresas, pero su carácter no vinculante deja la aplicación efectiva en manos de los Estados, lo que genera una supervisión desigual e insuficiente¹³⁶. Aunque este documento pretende recordar a los Estados sobre sus obligaciones bajo el derecho internacional¹³⁷, quienes son responsables de las EMSP¹³⁸, no proporciona mecanismos claros de rendición de cuentas, lo que facilita la evasión de responsabilidades cuando los contratistas cometan violaciones al DIH.

En este contexto, la complejidad jurisdiccional es otro obstáculo importante para la supervisión de las EMSP. Estas empresas operan en múltiples jurisdicciones y bajo

¹³⁵ Marco Sassoli "International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts", 117-118.

¹³⁶ Mario Ureña-Sánchez, "El Derecho Internacional, la regulación de las Compañías Militares y de Seguridad Privada (CMSP) y el mercenarismo: análisis, falencias y dinámicas", *Revistas Jurídicas*, 18, (2020), 248-266.

¹³⁷ Documento de Montreux, [2008]

¹³⁸ Marco Sassoli "International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts", 115.

contratos con diversos Estados, lo que genera una red de responsabilidad compartida con mayor dificultad¹³⁹.

Por ejemplo, en Irak, las EMSP contratadas por el gobierno estadounidense operaban en un entorno donde no quedaba claro si debían responder a las leyes de Irak o a las de EE. UU., lo que dificulta el control de sus actividades y rendición de cuentas por posibles abusos al DIH¹⁴⁰. Esta superposición de jurisdicciones, además, deja a varios actores en un limbo legal, ya que los mecanismos de supervisión estatal no siempre abarcan todas las responsabilidades que derivan de la participación de las EMSP en hostilidades¹⁴¹.

Otro desafío clave es la supervisión de estas empresas en su participación directa en hostilidades. Esta ambigüedad, aunque ya tratada en puntos previos, es relevante en cuanto a la supervisión, pues la falta de un estatus claro para estos empleados debilita los esfuerzos para hacer cumplir las normas del DIH, porque, al menos del Documento de Montreux, el estatus se debería estipular en los contratos de las EMSP con los Estados¹⁴². Estas empresas operan en un marco formado por diferentes tipos de normas internacionales, destinadas a varios actores, mismas que no son específicas a estos actores privados¹⁴³, lo que ha provocado esta zona gris en la aplicación del DIH.

El papel de los Estados es central en este contexto de observación del cumplimiento de las normas humanitarias. La declaración primera del Documento de Montreux establece que los Estados contratantes deben garantizar que las EMSP cumplan con las disposiciones del DIH, fuera y durante conflictos armados, y que, en virtud de ello, sus empleados estén debidamente entrenados¹⁴⁴. Varios Estados, incluso siendo participantes del Documento de Montreux, no han asumido plenamente esta responsabilidad, como en la masacre de Nisour Square, que reflejó una falta de control de EE. UU. como Estado contratante¹⁴⁵. Estos casos demuestran cómo la ausencia de

¹³⁹ Felipe Medina Ardilla, "La responsabilidad internacional del Estado por actos particulares: Análisis jurisprudencial interamericano", Debate Interamericano, (2009).

¹⁴⁰ Michael Schmitt, "*Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*", (2005), 511-546.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Comentario de la Declaración 24, Documento de Montreux, [2008].

¹⁴³ Marco Sassoli "*International Law and the Use and Conduct of Private Military and Security Companies in Armed Conflicts*", (2013), 114.

¹⁴⁴ Declaración 1, Documento de Montreux, [2008].

¹⁴⁵ Amnistía Internacional, "*Croatia. A shadow on Croatia's future: Continuing impunity for war crimes and crimes against humanity*", Disponible en <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/eur640052004en.pdf>. [Accedido 10 de octubre de 2024].

supervisión estatal puede conducir a violaciones del DIH sin una rendición de cuentas adecuadas.

Esta falta de marco legal vinculante sobre el control estatal de las EMSP repercute en la aplicación del DIH. Esto se condensa cuando tomamos en cuenta la ambigüedad de su estatus y la complejidad jurisdiccional aplicable a las empresas. Sin embargo, el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión a nivel estatal y el cumplimiento más riguroso de las normas existentes pueden ser pasos importantes para garantizar un *compliance* humanitario por parte de estas empresas.

7.1. El Documento de Montreux y otras propuestas.

El Documento de Montreux representa uno de los esfuerzos internacionales más relevantes al proponer directrices sobre la regulación de las EMSP de acorde al derecho internacional en el contexto de conflictos armados. A pesar de su impacto, existen ciertas limitaciones en lo que respecta al Documento debido a su naturaleza no vinculante. Como documento intergubernamental, presenta propuestas que no imponen obligaciones legales claras a los Estados, dejando en manos de cada país la aplicación de las normas y buenas prácticas que sugiere.

Esto se ve reflejado en el número de países que han firmado su apoyo al Documento: 59 estados de los cuales la mayoría son de la región de Europa occidental y solamente 5 países de la región de América Latina y el Caribe, entre los que se encuentra Ecuador que firmó en el año 2009¹⁴⁶. Este elemento es sumamente relevante por la noción que brinda sobre la naturaleza jurídica de estos instrumentos, ya que, si bien el Documento nació como una iniciativa de expertos del CICR y el gobierno suizo, la aceptación de los Estados, en este caso mediante su firma, reflejan su acuerdo sobre aspectos específicos¹⁴⁷, que eventualmente podrían plasmarse en una fuente formal de derecho internacional.

Esta desigualdad de apoyo en las diferentes regiones también es un reto del Documento. Por un lado, la mayoría de los Estados europeos firmaron su apoyo entre los

¹⁴⁶ Participantes del Documento de Montreux, *Montreux Document Forum*. Disponible en <https://www.montreuxdocument.org/es/about/participants.html> [Accedido 10 de octubre de 2024]

¹⁴⁷ María Angélica Benavides Casals, “El Soft Law En El Contexto De Las Fuentes Del Derecho Internacional: Aportes Para La discusión”. *Revista De Derecho Público*, 94, (2021), 9. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.64239>

primero 6 años desde que se presentó el documento¹⁴⁸, incentivados por el apoyo de la Unión Europea desde el 2008¹⁴⁹.

Por otro lado, si bien ese mismo año la OEA discutió en la Resolución de la Asamblea general AG/RES. 2433 sobre la promoción y respeto del DIH¹⁵⁰, apenas en el 2024, en la resolución “Promoción de la seguridad hemisférica: un enfoque multidimensional”, instruyó a sus miembros a adherirse al Documento de Montreux, entendiendo la preocupación de los Estados sobre el papel de las EMSP y sus obligaciones jurídicas existentes en virtud del derecho internacional¹⁵¹. Ambas resoluciones, al ser *soft law*, sirven más como guías para la acción estatal que como obligaciones legales estrictas.

Sin perjuicio de ello, hasta la fecha, no se ha desarrollado un marco normativo regional sólido de cara a la regulación de las EMSP en conformidad al DIH. Pese a que esto podría darse debido a que ningún Estado de la región se encuentre involucrado en un CAI, denota aún más la ausencia de interés de una propuesta concreta sobre esta problemática.

En tal sentido, este es uno de los aspectos fundamentales que la comunidad internacional debe seguir trabajando para un apoyo más globalizado sobre el Documento, tomando en cuenta la importancia de que organizaciones regionales incentiven su relevancia de cara al desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional, tal como la OEA procura implementar a través de su Comité Jurídico¹⁵².

En cuanto al fondo del Documento de Montreux, hay una falta de disposiciones específicas sobre la supervisión efectiva de las EMSP. El Documento sugiere, dentro de su recopilación de Buenas Prácticas, que los Estados contratantes, territoriales y de origen tienen la responsabilidad de supervisar las actividades de estas empresas¹⁵³. Esto recae solamente sobre los Estados, sin una supervisión externa, con la complejidad de que cada uno implementa los mecanismos que considera pertinentes a parte de los pocos que menciona el Documento.

¹⁴⁸ María Angélica Benavides Casals, “El Soft Law En El Contexto De Las Fuentes Del Derecho Internacional: Aportes Para La discusión”, 9.

¹⁴⁹ Informe de la Reunión Regional del Foro del Documento de Montreux, “Apoyo a la Implementación Práctica del Documento y a la Creación de Redes entre funcionarios Especializados”, (2018), 14.

¹⁵⁰ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, “Promoción y Respeto del Derecho Internacional Humanitario - AG/RES.2433 (XXXVIII-O/08)”, (2008).

¹⁵¹ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, “Promoción de la seguridad hemisférica: un enfoque dimensional - AG/doc.5845/24”, (2024).

¹⁵² Artículo 4, Estatuto del Comité Jurídico Interamericano, OEA, (2007).

¹⁵³ Documento de Montreux, (2008), 20-28.

El embajador de la Unión Europea, en la Reunión Regional del Foro del Documento de Montreux, resaltó la importancia de la participación de organismos internacionales en la regulación y supervisión estricta de las EMSP¹⁵⁴, una posición también respaldada por el Parlamento Europeo en su *Report on Private Security Companies* de la Comisión de Asuntos Exteriores de 2017¹⁵⁵.

En 2016, el Foro del Documento de Montreux introdujo dos herramientas clave: la Guía Legislativa para Estados sobre la Regulación de las EMSP¹⁵⁶ y el Instrumento de Orientación Contractual¹⁵⁷. El Instrumento de Orientación Contractual proporciona directrices prácticas para la elaboración de contratos que integren consideraciones de DIH, promoviendo así una cultura de respeto y cumplimiento dentro de las EMSP¹⁵⁸. Por su parte, la Guía Legislativa ofrece a los Estados un marco detallado para desarrollar y actualizar normativas internas que armonicen con las obligaciones legales internacionales y las mejores prácticas reconocidas¹⁵⁹.

Aunque estas herramientas han contribuido a la implementación del Documento de Montreux y han fortalecido la supervisión de las EMSP, su naturaleza no vinculante limita el compromiso estatal hacia la autorregulación. Si bien estos instrumentos no actúan como herramientas de interpretación de DIH, sí funcionan como una herramienta adicional para apoyar el entendimiento del Documento.

La Guía Legislativa enlista como desafíos a la falta de una definición universalmente aceptada, deficiencias en mecanismos de monitoreo, ausencia de un registro centralizado, carencia de cláusulas para el cumplimiento del DIH, y la falta de políticas internas sobre estándares de derecho internacional¹⁶⁰. Estos desafíos reflejan una carencia estructural en la regulación de las EMSP bajo el DIH.

La ausencia de una definición universal y mecanismos efectivos de monitoreo crea vacíos jurídicos que dificultan la supervisión de las actividades de estas empresas y la imputación de responsabilidades en casos de violaciones. Además, sin un registro

¹⁵⁴ Informe de la Reunión Regional del Foro del Documento de Montreux, “Apoyo a la Implementación Práctica del Documento y a la Creación de Redes entre funcionarios Especializados”, (2018), 14.

¹⁵⁵ Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, “*Report on Private Security Companies*”

¹⁵⁶ Centro de Ginebra para el Control Democrático de las FFAA, “Guía Legislativa para Estados sobre la Regulación de las EMSP”, (2016).

¹⁵⁷ Centro de Ginebra para el Control Democrático de las FFAA, “*A Contract Guidance Tool for PMS services*”, (2016)

¹⁵⁸ *Ibid*, 7.

¹⁵⁹ Centro de Ginebra para el Control Democrático de las FFAA, “Guía Legislativa para Estados sobre la Regulación de las EMSP”.

¹⁶⁰ *Ibid*, 12-48.

centralizado para asegurar el *compliance* con el DIH, la supervisión estatal e internacional es limitada, lo que permite que algunas EMSP operen con escasa regulación.

Existen otras iniciativas del sector privado centradas en la regulación de las EMSP que cubren estos aspectos irresueltos, como el Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada¹⁶¹, instrumento de autorregulación que establece estándares voluntarios para las EMSP, llevada a cabo por el *International Code of Conduct Association*, ICoCA¹⁶². Estas iniciativas proporcionan una herramienta adicional para el control de las EMSP, y podrían ser complementadas con una aplicación estricta de propuestas como el Documento de Montreux.

La regulación de las EMSP es un reto vigente para el DIH, mayormente, porque varios de estos instrumentos “no crean ninguna obligación jurídica nueva ni tampoco legitima ni proporciona base jurídica para la utilización de estas empresas por parte de los Estados”¹⁶³. Sin perjuicio de ello, estas propuestas deberían ser consideradas al momento de la construcción de un marco legal que abarque a estos actores privados.

8. Conclusiones y consideraciones.

A lo largo de este trabajo, se ha evidenciado que la participación de las EMSP en conflictos armados plantea importantes desafíos para el DIH. Dentro de esos problemas, se encuentra la ambigüedad en cuanto al estatus jurídico de los empleados de estas empresas dentro de CAI, ya sea como combatiente, civil, o como combatientes no privilegiados. Esta incertidumbre genera vacíos normativos que afectan directamente la capacidad de los Estados y del DIH para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales aplicables durante los conflictos armados.

Si bien podría resultar útil clasificar a ciertos empleados de las EMSP como combatientes no privilegiados para clarificar su participación en hostilidades, la ausencia de una regulación explícita sobre esta categoría en el DIH podría generar inseguridad jurídica. Al no estar claramente prescritos los derechos y obligaciones de quienes podrían caer bajo esta clasificación, se corre el riesgo de desproteger a estas personas. Esto

¹⁶¹ Las iniciativas de la ICoCA proporcionan un marco para que las empresas alineen sus operaciones con los principios de DDHH y DIH, recordando la prohibición de tortura y el uso excesivo de la fuerza en contexto de conflictos armados. A través de certificaciones y auditorías, se fortalece la supervisión en contextos con escasa regulación estatal. Su impacto es limitado debido a su carácter voluntario y la baja adhesión estatal, con solo ocho países miembros.

¹⁶² *International Code of Conduct Association*, “Código De Conducta Internacional Para Proveedores De Servicios De Seguridad Privada”, (2010).

¹⁶³ Nils Melzer, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, 44

también podría dificultar la atribución de responsabilidades en situaciones de conflicto armado, dejando a los Estados y a las partes en conflicto la tarea de aplicar las normas existentes a los nuevos desafíos en CAI.

Se ha analizado que, a pesar de los esfuerzos por regular estas actividades a nivel internacional, como es el caso del Documento de Montreux, sigue siendo insuficiente. Esta propuesta, cuya falta de obligatoriedad por su naturaleza, denota la necesidad de una regulación estricta sobre las actividades de estas empresas en el contexto de conflicto armado.

Uno de los hallazgos más importantes de esta investigación es una noción de la naturaleza jurídica de este documento, ya que, si bien contiene elementos que resultan en una naturaleza híbrida, la adhesión de los Estados a este instrumento podría indicar que estamos frente a *soft law*, y podría ser la base para una futura costumbre internacional. Sin perjuicio de esto, se recomienda que se investigue a profundidad sobre este aspecto del Documento debido a la relevancia que podría tener en ulteriormente.

Aunque otros instrumentos han promovido la autorregulación y la adopción de buenas prácticas operativas, tampoco poseen este carácter vinculante, mismo que limita su aplicabilidad. Este instrumento ha permitido que los Estados comprendan de una manera más amplia la aplicación de ciertas normas del DIH, y, además, el apoyo de otros sujetos internacionales denota un interés y preocupación vigente sobre esta problemática. Se recalca la relevancia de sus propuestas sobre buenas de cara a un eventual desarrollo de *hard law* que tenga como esencia al Documento de Montreux.

El análisis realizado también provee que la participación directa de las EMSP en hostilidades plantea un problema crítico, ya que estas empresas no siempre respetan ciertos pilares humanitarios, como el principio de distinción. Al operar sin una regulación estricta, los empleados de estas empresas suelen caer en zonas grises, y pueden verse involucrados en violaciones graves al DIH, sin que existan mecanismos claros de rendición de cuentas.

A la luz de estos hallazgos, se puede concluir que las actuales regulaciones no logran garantizar un control efectivo sobre las EMSP, lo que constituye un obstáculo para la aplicación del DIH en conflictos armados, estrictamente en cuanto a la clasificación del estatus jurídico de sus empleados.

Es esencial que los Estados adopten legislaciones que integren las diferentes propuestas presentadas por la comunidad internacional, creando un marco legal obligatorio en cuanto a la supervisión de las EMSP. Esto resulta crucial para el

cumplimiento de las normas internacionales humanitarias, y lleva a considerar la importancia de establecer y supervisar funciones limitadas de los empleados de las empresas, con el fin de proteger el estatus jurídico de los empleados de las EMSP dentro de un conflicto armado.

Para ello, se sugiere que, como mecanismo de supervisión e investigación de las actividades de las EMSP, se considere a la Comisión Internacional de Encuesta, prevista en el artículo 90 del Protocolo Adicional I. Esta Comisión tiene la facultad de investigar denuncias de violaciones graves al DIH y podría desempeñar un papel crucial en la supervisión de estas empresas en contextos de conflicto armado.

Finalmente, se recomienda que futuras investigaciones se centren en explorar el papel de las EMSP en relación con otras aristas y principios del DIH, así como la interacción y óptica desde los DDHH. Asimismo, estudiar la responsabilidad penal de las empresas y de sus directivos por crímenes de guerra. Esto aportaría una visión más completa sobre cómo el marco normativo del DIH y otras ramas del derecho internacional deben converger de cara a los desafíos que plantean las EMSP.