

**LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA
POR PARTE DE ESTADOS UNIDOS DURANTE LA OCUPACIÓN A IRAK:
¿TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
CARRERA DE RELACIONES INTERNACIONALES
BOGOTÁ D.C.
2017**

**LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA
POR PARTE DE ESTADOS UNIDOS DURANTE LA OCUPACIÓN A IRAK:
¿TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?**

NATALIA SÁNCHEZ ANGULO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
CARRERA DE RELACIONES INTERNACIONALES
BOGOTÁ D.C.
2017**

**LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA
POR PARTE DE ESTADOS UNIDOS DURANTE LA OCUPACIÓN A IRAK:
¿TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?**

NATALIA SÁNCHEZ ANGULO

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO

BENJAMÍN HERRERA CHAVES

Master en Análisis de problemas políticos, económicos e internacionales

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
CARRERA DE RELACIONES INTERNACIONALES
BOGOTÁ D.C.
2017**

TABLA DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>2</u>
<u>MARCO TEÓRICO.....</u>	<u>6</u>
<u>CAPÍTULO I EL ROL DE LAS EMSP EN IRAK.....</u>	<u>11</u>
<u>CAPÍTULO II RESPONSABILIDAD ESTATAL E INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....</u>	<u>23</u>
<u>CAPÍTULO III TRANSFORMACIÓN Y DEBATE: EL DERECHO INTERNACIONAL, LAS EMSP Y EL DOCUMENTO DE MONTREUX.....</u>	<u>32</u>
<u>CONCLUSIONES.....</u>	<u>48</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>50</u>

INTRODUCCIÓN

Las Empresas Militares y de Seguridad Privada (EMSP) son compañías que se dedican a la prestación de servicios del orden militar. Estas tuvieron un auge de contratación por parte de Estados Unidos especialmente durante la invasión y posterior Ocupación a Irak entre el 2003 y el 2011. Su accionar dentro del conflicto armado generó una serie de cuestionamientos y debates alrededor de la legalidad de la contratación de este tipo de compañías en contextos de enfrentamiento tradicionalmente estatal. La incursión de nuevos actores no estatales que son contratados por parte del Estado hizo parte de una transformación de la forma en que los Estados se relacionan con el Derecho Internacional a partir de nuevas dinámicas y prácticas legales.

Este trabajo presenta su desarrollo a partir de la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se relaciona el comportamiento de Estados Unidos frente al Derecho Internacional con la contratación de Empresas Militares y de Seguridad Privada (EMSP) durante la Ocupación de Irak (2003-2011)?

El objetivo general de esta monografía consiste en analizar la relación entre la contratación de EMSP por parte de Estados Unidos durante la invasión y posterior ocupación a Irak entre el 2003 y el 2011, y el comportamiento de éste frente al Derecho Internacional. Este trabajo se desarrolla en tres capítulos. El primer capítulo aborda el rol que desempeñó la seguridad privada durante la ocupación a Irak. Para el desarrollo de este objetivo se realiza una descripción del contexto histórico bajo el cual inicia la invasión y ocupación a Irak seguido del estudio de la entrada de EMSP al territorio iraquí, y terminando con la presentación de las situaciones que suscitaron mayor controversia por el accionar de las EMSP en materia de Derecho Internacional.

El segundo capítulo analiza la regulación del Derecho Internacional frente a las EMSP a partir de dos principios del derecho que han causado debate a partir de la

privatización de la seguridad en casos de conflictos armados: la responsabilidad estatal ante el uso de EMSP y la individualización del Derecho Internacional.

Finalmente, el tercer y último capítulo identifica las nuevas formas de relación y caracterización de los Estados frente al Derecho Internacional, y cómo estas nuevas formas han llevado a una aproximación hacia el problema de las EMSP de forma diferente, representada en el Documento de Montreux de 2008 (CICR, 2008).

El desarrollo de esta monografía se ha hecho a la luz del Institucionalismo Neoliberal como teoría derivada de la teoría Liberal de las Relaciones Internacionales, y se ha apoyado en la teoría normativa de las Relaciones Internacionales. A partir de la primera se entiende que las acciones de los Estados dependen de los arreglos institucionales prevalecientes en el sistema. De esta forma permite asumir el Derecho Internacional como la institución garante de una interdependencia estatal sin desconocer la existencia de actores no estatales con poder de acción dentro del Sistema Internacional. La teoría normativa presenta de forma complementaria que las acciones de un Estado no están guiadas sólo por lo que es o lo que podría ser sino por el deber ser, como una concepción ética de dirigir el accionar de un Estado ante el Derecho Internacional.

La discusión sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada ha sido y sigue siendo un punto de debate entre diferentes sectores como la academia, la jurisprudencia y los gobiernos. Este trabajo pretende nutrir el debate, y llegar a una aproximación sobre el rol de éstas frente al Derecho Internacional durante la ocupación de Irak entre 2003 y 2011. Durante este período Estados Unidos celebró cerca de cinco mil contratos con EMSP para prestar servicios de combate, logística y entrenamiento militar en Irak (Nascimento, 2010). Adicionalmente, los agentes de estas compañías representaron un 52% de las fuerzas estadounidenses en Irak durante el periodo 2003-2012 (Congressional Research Service, 2009). De esta forma se expresa en un periodo de tiempo determinado, y

una circunstancia concreta como la ocupación a Irak, la incursión de un actor no estatal privado dentro de las dinámicas de un conflicto armado internacional que suscitó un gran número de cuestionamientos en cuanto a su proceder dentro del Derecho Internacional.

El constante cambio en las dinámicas del Sistema Internacional ha permitido que se retome la cuestión de la vigencia del Derecho Internacional pues por situaciones como la introducción de EMSP. Este sistema de derecho se ha quedado limitado ante la regulación de sujetos que interfieren en conflictos armados. De esta forma, se debe buscar entender en la mayor de las posibilidades los diferentes y nuevos actores como lo son las Empresas Militares de Seguridad Privada para poder aproximarse hacia una apuesta más incluyente de los cambiantes conflictos armados.

Este trabajo busca profundizar el conocimiento que hay sobre las EMPS y sus dinámicas a través del caso de Irak para llegar con información robusta a la discusión de regulaciones asertivas y nuevas formas de enfrentarse al Derecho Internacional. El caso de Irak permite observar la incursión de Estados contratistas, Estados Unidos, Estados receptores, Irak, y las EMSP. De este caso de estudio podemos obtener lecciones importantes que permitan nutrir el debate y ofrecer un análisis para aquellos actores que eventualmente se embarquen en una regulación vinculante de estas empresas.

Dentro del estudio de las Relaciones Internacionales este trabajo es pertinente por dos aspectos: primero, consiste en la aplicación de la teoría del Institucionalismo Neoliberal de las Relaciones Internacionales en donde sus postulados enmarcan el accionar de Estados Unidos como país contratista de EMSP y su relación con el Derecho Internacional durante la Invasión y posterior ocupación de Irak, a partir de la creación de lasos de interdependencia forjados por las instituciones que regulan la forma en que los Estados interactúan entre sí.

En segunda instancia, el estudio del comportamiento de los Estados ante las regulaciones del Derecho Público, han sido objeto de debate a lo largo de la historia pues se ve el contraste entre la esfera política y material versus el deber ser de la ley a la cual todos los Estados del Sistema Internacional están llamados a cumplir. Este trabajo sobre la contratación de EMSP y su relación con el Derecho Internacional entra dentro de este debate y busca nutrirlo a partir de nuevas perspectivas y aproximaciones al tema.

MARCO TEÓRICO

El desarrollo de este trabajo, se basa en dos aproximaciones teóricas que permiten obtener una mirada más amplia de la problemática a partir de premisas complementarias dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales. Estas son el Liberalismo y la teoría normativa de las Relaciones Internacionales. Cada una de éstas ofrece desde sus conceptos y premisas marcos que sirven al fin de entender con mayor profundidad y juicio el rol del Derecho Internacional dentro de las dinámicas de la ocupación en Irak en relación con los países contratistas de las Empresas Militares de Seguridad Privada (EMSP).

El liberalismo como corriente de pensamiento político, logra ser adaptada dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales de forma contundente al punto de convertirla en una de las teorías clásicas de ésta. Sus premisas más representativas juegan un rol importante en la delimitación del marco teórico de este trabajo. El liberalismo afirma que “el Estado no es un actor unitario” (Viotti & Kauppi, 1999, pág. 199). Esto quiere decir que el Estado no es un actor en sí mismo sino que está compuesto por una serie de individuos, grupos sociales, procesos y valores que en sumatoria componen lo que es. De estos componentes hay tantos intereses propios como integrantes, lo cual supone que para entender el accionar de un Estado, es menester identificar la combinación de interés actores y factores que influyeron dentro del proceso de toma de decisión.

Esta primera aproximación teórica del liberalismo se concreta en este trabajo, en la comprensión de Estados Unidos como país contratista de EMSP para la ocupación de Irak. La acción militar que dio lugar a la invasión de Irak en 2003 contó con una serie de instancias previas que se gestaron para que ésta se desarrollara de la forma en la que lo hizo. Estas instancias son los actores y predisposiciones legales que se encontraron detrás del proceso de toma de decisión. Para el caso de Estados Unidos, se resalta tanto el Congreso de mayoría republicana, el Presidente George W. Bush; miembros de las altas esferas de

mando en temas de política exterior, así como el “Iraq Liberation Act” de 1998¹. Cada uno de estos actores trae consigo una carga de intereses que pueden ser tanto personales, de carácter económico o político, así como intereses que pueden ser colectivos y compartidos como la defensa de los valores estadounidenses y la voluntad de venganza luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001.

En segunda instancia, el liberalismo le otorga importancia especial a los actores no estatales como entidades activas e influyentes dentro de las relaciones que conforman el sistema internacional. En esta categoría están las organizaciones internacionales, las corporaciones transnacionales, los grupos civiles y las organizaciones no gubernamentales; éstas hacen parte de las dinámicas internacionales de diferentes formas. Si bien algunos no tienen poder de decisión directa sobre políticas o acciones, sí tienen capacidad de sentar agendas, influenciar la toma de decisión a través del ejercicio del lobby, ejercer presión sobre los gobiernos a través de la opinión pública y demás.

Estos nuevos actores se insertan cada vez más en las dinámicas que tradicionalmente eran vistas sólo como escenarios de actuación de los Estados. Un ejemplo de esto, es la incursión de las Empresas Militares de Seguridad privada dentro de la ocupación a Irak. Si bien Estados Unidos ocupa a Irak con su fuerza nacional, también entra con fuerzas contratadas de carácter privado y quienes juegan un rol de seguridad y defensa en campo importante, de forma tal que llegaron a ser imprescindibles para el correcto funcionamiento de las estructuras en campo de los mandos de Estados Unidos y posteriormente del gobierno instaurado en Irak. La presencia de este tipo de actores que cumplen funciones tradicionalmente estatales o que asisten a los Estados para el desarrollo de actividades de seguridad, hacen que se identifiquen los escenarios globales

¹ El “Iraq Liberation Act” de 1998 fue una ley sancionada por el Congreso de Estados Unidos bajo la presidencia de Bill Clinton que tenía como propósito establecer un programa para apoyar la transición hacia la democracia en Irak (Tripp, 2007).

como cambiantes y dinámicos. De esta forma, son jugadores importantes del sistema internacional pues moldean e influyen en los procesos y acciones en los que se desarrollan diferentes unidades y generan determinados resultados.

La última contribución del liberalismo se expresa en una relación causal que permite sentar las bases para entender la relación del Derecho Internacional dentro del escenario internacional, que consiste en la afirmación de que el Derecho Internacional es de suma importancia dentro del sistema internacional ya que cumple un rol positivo en la promoción de la paz y la armonía en el sistema internacional (Viotti & Kauppi, 1999). Esto se justifica desde el institucionalismo neoliberal, una teoría derivada del liberalismo, ya que las acciones de los Estados están relativamente condicionadas por los arreglos institucionales prevalecientes en el sistema.

Desde una perspectiva liberal, hay una necesidad de establecer ciertas instituciones que permitan regular la forma en que los Estados interactúan entre sí, pues de esta forma se generan lazos de interdependencia que permiten a los Estados reducir la incertidumbre sobre la forma en que otros actuarán en determinadas circunstancias. A partir de una buena regulación el liberalismo confía en que habrá un equilibrio dentro del sistema, el cual abogará por mantener la paz y la armonía entre diferentes actores; y que adicionalmente un Estado tendrá interés en respetar aquellos acuerdos que han estado institucionalizados dentro del sistema.

Esta aproximación del liberalismo permite entender por qué hay un debate alrededor de cómo se interpretó el Derecho Internacional de la Guerra de Irak. Si bien existe un derecho a la guerra que ha sido institucionalizado bajo la figura de los cuatro Convenios de Ginebra y sus tres protocolos adjuntos, el respeto por esta institución se da formalmente más no de fondo. Hay un compromiso estatal por no violar las disposiciones de las regulaciones, pero los Estados o los

diferentes actores buscan las formas de evitar la violación, pero no cumplir a cabalidad los preceptos.

Este es el caso de Irak en donde a pesar de que se encuentra una regulación institucionalizada regente como lo es el Derecho Internacional Humanitario (DIH), su cumplimiento por parte de Estados Unidos, sujeto de derecho internacional, se da parcialmente. Esto sucede debido a la existencia de violaciones por parte de sus contratistas en campo, quienes a su vez, no son tradicionalmente considerados sujetos de Derecho Internacional. Por tanto, esta es una forma en la que si bien el liberalismo tiene razón en que un Estado buscará respetar aquellas instancias internacionales previamente dispuestas, falla en el sentido que no prevé que los Estados buscarán otros medios no evidentes para evadirlas.

No obstante, el hecho de que exista una regulación para la guerra sí permite que los Estados se aproximen de forma distinta hacia su accionar dentro de un conflicto armado. Por consiguiente el enfoque que presenta la teoría normativa de las Relaciones Internacionales resulta interesante para la construcción de la investigación. Para esta teoría, las decisiones que un Estado dentro del sistema internacional toma no están guiadas sólo por lo que es o lo que podría ser, sino que hay un especial hincapié en el deber ser. Esto da lugar a que en el proceso de toma de decisiones se dé el desarrollo de “decisiones de valor” (Viotti & Kauppi, 1999).

Estas decisiones de valor recopilan uno de los puntos previamente presentados por el liberalismo, pues consisten en el establecimiento de un sistema nutrido por los diferentes sujetos que componen el Estado, que si bien tienen sus propios intereses, tienen de igual forma un conjunto de valores que entran a jugar un rol importante a la hora de tomar un curso de acción. Estos valores condicionarán a que un Estado manifieste que tiene el “*Moral High Ground*” o predominancia moral sobre los demás. Esta última ha sido una constante en el discurso estadounidense en el momento tanto de dirigirse a la comunidad internacional

como de emprender acciones coercitivas desde el primer momento con la proclamación del Destino Manifiesto². De esta forma Estados Unidos prueba ser un fiel abanderado discursivamente y en términos formales, de abogar por las decisiones de valor.

Es desde esta decisión de valor, dice la teoría normativa, que se comienza a traducir el principio de la guerra justa a legislación concreta en forma de tratados internacionales, a mediados del siglo XIX y el siglo XX (Viotti & Kauppi, 1999). La guerra justa como principio es tan antiguo como la misma concepción de guerra (Grotius, 1625), en tanto más claro fuera el sistema de regulación, las naciones serían capaces de mantener guerras con arbitrajes mucho más claros haciéndole campo a la justicia. Esto se traduce en este caso de estudio, en que las normas y las leyes limitan el ejercicio de poder de guerra de los Estados. Esta es la razón por la cual Estados Unidos, en su incursión hacia la ocupación de Irak, decide ampliar su campo de acción, que estaba limitado por el DIH, incluyendo EMSP quienes al no estar regulados suponían una fuente de maniobras especiales para este.

En síntesis, este trabajo se apoya en diferentes premisas presentadas por la teoría del liberalismo de las Relaciones Internacionales, así como de la teoría normativa de las Relaciones Internacionales; para entender de qué forma se desarrolla la ocupación a Irak en términos de cumplimiento de DIH por parte de Estados Unidos como país contratante de las EMSP. Entendiendo a Estados Unidos como una unidad de diferentes actores, intereses y valores que influyen su accionar y que fueron determinantes para la forma en que sucedió la ocupación de Irak, el rol que el Derecho Internacional pudo haber cumplido durante esta en el marco de la contratación de actores no estatales para escenarios y funciones estatales.

² El Destino Manifiesto es una doctrina de Estados Unidos que contiene la idea que la expansión territorial era la misión y el destino de los estadounidenses para redimir a los pueblos de occidente. Esta doctrina surge en el siglo XVIII y sirve como justificación de los proyectos expansionistas de la época. En los años recientes ha sido usado como motivación para incursiones militares en el exterior (Johannsen, 1997).

CAPÍTULO I

EL ROL DE LAS EMSP EN IRAK

El rol que desempeñó la seguridad privada durante la ocupación Irak puede ser comprendido desde un marco descriptivo en el que se aborda en primera instancia el inicio de la guerra y posterior ocupación en Irak desde sus motivaciones y el contexto histórico internacional en que tuvieron lugar, la ocupación en términos de decisión política y los actores de la misma. Se estudia, de esta forma, la entrada en territorio iraquí de las Empresas Militares de Seguridad Privada, su rol, contratación y razón de ser; Al final se presentan las controversias desatadas por la presencia y contratación de las EMSP en Irak desde las violaciones de DIH cometidas hasta el problema de su regulación.

La decisión de invadir Irak fue un proceso que se fue gestando previamente a los ataques del 11 de septiembre y la declaración de la “Guerra contra el terrorismo” por George W. Bush. En 1998 y bajo la presidencia de Clinton ya se había aprobado en el congreso de los Estados Unidos el “Iraq Liberation Act” que buscaba llevar el modelo democrático de regreso a Irak mediante la asignación de recursos a grupos opositores al régimen Ba’thista de Saddam Husein (Tripp, 2007). En palabras de Ali A. Allawi, “han sido pocas las guerras en la historia del mundo que puedan equipararse a la invasión y ocupación de Irak por su complejidad de motivos y su ambigüedad de propósito” (Allawi, 2007).

Sin embargo, fue en el 2001 que Estados Unidos bajo el nuevo mandato de George W. Bush, comienza a plantear una nueva aproximación en términos de política exterior frente a Irak. Anteriormente se buscó presionar al régimen no sólo por medio del apoyo a los grupos opositores al régimen sino también a través de las Naciones Unidas en donde por medio de resoluciones sancionatorias y la instauración de una misión de observación se pretendía primero dificultar las relaciones exteriores de Irak con sus países vecinos y segundo encontrar al

régimen de Husein culpable de la elaboración y desarrollo de un programa nuclear con miras a la producción de armas de destrucción masiva (Tripp, 2007).

Las motivaciones que llevaron a Estados Unidos a presionar el régimen van más allá del Destino Manifiesto y la necesidad de llevar democracia y libertad a todos los rincones del mundo. Las motivaciones que hay detrás han sido ampliamente debatidas y estudiadas desde diferentes puntos de vista. La primera y más evidente motivación que llevó a Estados Unidos a decidir emprender una invasión a Irak fue el ataque a las Torres Gemelas y el Pentágono del 11 de septiembre de 2001. A partir de este ataque, Estados Unidos decide emprender una guerra contra el terrorismo en donde no escatimará en enfrentar cualquier amenaza que tenga un tinte de extremismo islámico que pueda representar un peligro para la seguridad nacional de este (ALLAWI, 2007).

En segunda instancia es importante analizar el marco histórico en el cual Estados Unidos se enfrenta con el Medio Oriente. Tradicionalmente, esta región ha merecido gran importancia para Estados Unidos debido a su privilegiada posición geopolítica y la necesidad de mantener alianzas con diversos países de la región está motivada no sólo por mantener vínculos políticos y estratégicos sino por la importancia en materia económica de hidrocarburos. Esta última ha hecho que Estados Unidos mantenga vínculos estrechos con países que les permite por medio de intercambios económicos, militares e institucionales (en foros internacionales) ejercer un liderazgo en la región. Este era el caso de la relación entre Estados Unidos e Irán en la década de los 70s en donde gracias a ésta, había un contrapeso hacia Iraq quien ya bajo el régimen Ba'thista estaba limitado por el poderío Iraní que tenía un amplio apoyo estadounidense. Sin embargo, luego de la revolución en Irán de 1979 que instauró una República Islámica con un fuerte componente anti-estadounidense, el Irak de Hussein pasó a ser un poder regional sin contrapeso (ALLAWI, 2007). Esto hizo que Estados Unidos por un lado se distanciara de los asuntos iraquíes y se mantuviese al margen de las

interacciones entre los países del medio oriente más allá de sus intereses nacionales económicos.

Esta determinación de Estados Unidos frente a Irak desembocó en la invasión y anexión de Kuwait por parte del régimen de Saddam Husein en 1990. No sólo era Kuwait un pequeño país del Medio Oriente, sino uno de los mayores productores de petróleo y firme aliado de Estados Unidos en la región. Este acto resultó en la Guerra del Golfo y sentó las bases para lo que sería el establecimiento de una política de contención y confrontación al régimen Ba'athista de Saddam Husein (ALLAWI, 2007).

A raíz de la invasión de Kuwait y la Guerra del Golfo, el peso de la institucionalidad internacional reflejada en la Organización de las Naciones Unidas, cayó sobre Irak en la forma de sanciones y embargos económicos que fueron ejercidos por medio de resoluciones tanto del Consejo de Seguridad como del Comité de Sanciones de esta organización. Esto representó un golpe no sólo para el gobierno de Saddam Husein sino para la estructura estatal en sí. Mantener el funcionamiento del Estado y una favorabilidad política en la población iraquí se dificultó en gran medida a partir de esto (Tripp, 2007).

Adicionalmente, respondiendo ante las preocupaciones de países como Estados Unidos y Gran Bretaña, Naciones Unidas estableció una misión de investigación en Irak en búsqueda del desarrollo y supervisión para la destrucción de armas biológicas, químicas, misiles balísticos y si hubiere de destrucción masiva, llamada Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM) y posteriormente la Comisión para el Monitoreo, Verificación e Inspección de las Naciones Unidas (UNMOVIC) la cual trabajaría de la mano del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA). Esta misión fue ampliamente rechazada por Irak, tanto en su primera como en su segunda fase. Sin embargo, funcionó en su primera fase entre 1991 y 1999, y posteriormente de 1999 a 2002 respondiendo ante la presión

internacional y cooperando en acatamiento de las prescripciones puestas por estas misiones (ONU, 2003).

De las misiones es importante notar que luego de los ataques del 2001 y en el marco de la guerra contra el terrorismo, Estados Unidos y sus aliados, principalmente Gran Bretaña y España, esperaban que los informes emitidos por UNMOVIC y el OIEA demostraran la poca voluntad que tenía Irak de cooperar y que a su vez se presentaran indicios sobre la tenencia y desarrollo de armas de destrucción masiva por parte del régimen de Saddam Hussein. A pesar de esto, los informes arrojaron la conclusión de que Irak no tenía en su posesión armas de destrucción masiva o un programa nuclear desarrollado con el fin de crearlas, y resaltó la cooperación que brindó el régimen para llevar a cabo las inspecciones y facilitar el trabajo de la misión en territorio iraquí (Tripp, 2007).

El acatamiento de Irak con las predisposiciones internacionales impuestas a través de la ONU se puede interpretar desde una intención política y económica del régimen para disminuir la presión internacional, buscando que las pretensiones de invasión por parte de Estados Unidos y sus aliados, se disiparan en gran medida. En segunda instancia buscaba aliviar el peso que cargaba debido a las sanciones económicas y de embargo impuestas por la ONU a raíz de la invasión a Kuwait (ALLAWI, 2007). Este buen comportamiento traducido en los reportes positivos de la UNMOVIC y la OIEA resultaron ser el mayor obstáculo para la aprobación de una nueva resolución dentro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que permitiera el uso de la fuerza contra Irak (Tripp, 2007).

Es de esta forma que Estados Unidos emprende una campaña hacia la invasión de Irak con una fuerza nacional de 67,700 soldados en terreno en marzo del 2003 (Congressional Research Service, 2009). Esta campaña logra cumplir con su objetivo de derrocar al régimen de Saddam Hussein e instaurar una ocupación estadounidense en el territorio iraquí. Esta ocupación desde que fue establecida dentro de la estrategia política militar de la incursión en Irak, estaba pensada para

durar un año bajo el gobierno directo estadounidense (ALLAWI, 2007). Debido a esto, una de las prioridades de Estados Unidos una vez en la ocupación de Iraq, era instaurar un sistema democrático liberal que pudiera ser perpetuado por un gobierno de la oposición a Husein que se mostrase fuertemente aliado a las pretensiones estadounidenses.

Para poder movilizar un proyecto de ocupación desde Estados Unidos hasta Irak, era menester del primero poder contar con toda la fuerza y el personal necesario para consolidar un control gubernamental sobre el territorio ocupado. Desde la Primera Guerra del Golfo, Estados Unidos incursionó con la inclusión de Empresas Militares y de Seguridad Privada (EMSP) dentro de su estrategia en terreno. La inclusión de estas figuras representa, de acuerdo con el Congressional Research Service (2011), una serie de beneficios que resultan una alternativa positiva para el ejercicio de la fuerza en operaciones militares. El primero de estos beneficios es el carácter operacional que las EMSP tienen, pues al delegar funciones técnicas a estos contratistas, se libera la fuerza de personal uniformado que puede concentrarse en misiones exclusivamente de combate.

En segunda instancia, la contratación de estas empresas contribuye en los casos en que se deben tomar acciones de manera rápida ya que es más fácil contratar un grupo especializado en capacidades de apoyo críticas, que entrenar o preparar a un grupo de uniformados que están en base, en la habilidad necesitada. Un ejemplo de estos son los contratistas con habilidades lingüísticas que les permiten actuar a la vez de intérpretes en el terreno. Adicionalmente, contratar EMSP suele requerir un gasto menor que el de tener soldados activos. Esto es en especial cuando se necesitan fuerzas determinadas que cumplan una misión en terreno que está limitada en el tiempo de forma tal que una vez cumplida, se termina el contrato y el gasto. Mientras que para un soldado se debe mantener a lo largo de su carrera. Finalmente, contratar EMSP que son estadounidenses, activa la economía ya que es dinero que entra al mercado estadounidense y a la fuerza

laboral lo que en el largo plazo supone estabilidad por medio de una estrategia que ayudó a la contra insurgencia (Congressional Research Service, 2011).

Para entender mejor la relación de las EMSP en Irak, es necesario conocer qué se entiende por esta categoría. De ahí entonces que el Documento de Montreux³ sobre el cual se hablará más adelante, intente proveer una definición incluyente sobre estos actores:

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 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; (CICR, 2008, pág. 10).

La importancia de esta definición radica en que busca englobar las diferentes compañías que prestan el mismo servicio de privatización de la seguridad. Esto se da debido a que cada empresa se describe a sí misma conforme sus objetivos y misión, además de la legislación sobre entidades comerciales que rige en cada país. De allí que se puedan encontrar firmas de seguridad, compañías prestadoras de servicios de consultoría, entre otras, que si bien no hacen explícitas sus iniciativas militares, sí actúan dentro de los conflictos armados con una amplia gama de servicios ofertados (Nascimento, 2010).

Es de esta forma que entonces Estados Unidos llega a Irak con un alto número de contratistas que hacen parte de toda la movilización hacia la estabilización y recuperación del territorio ya liberado de Saddam Husein. Se estima que alrededor

³ “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” (CICR, 2008) Se profundizará sobre este documento en el tercer capítulo.

de 20 EMSP se encontraban trabajando para el Departamento de Defensa de Estados Unidos, así como para el Departamento de Estado en el 2005 y para el 2011 había 64,000 contratistas versus 46,000 uniformados en terreno (Congressional Research Service, 2011). Esto representa que el 58% de la fuerza estadounidense en Irak estaba privatizada. Es de igual forma importante resaltar que para marzo del 2011, hubo una tendencia en declive del número de tropas en terreno desde el Departamento de Defensa, sin embargo esto implicó un aumento en el número de contratistas privados que entraron a suplir algunos de los vacíos operacionales que dejó la retirada de las tropas (Congressional Research Service, 2011).

El Departamento de Defensa de Estados Unidos hace hincapié en que no todos los contratistas en Irak cumplían funciones de índole militar o referentes a la seguridad. El mayor porcentaje de contratistas estaban concentrados en desempeñar roles de apoyo a las bases, funciones de limpieza, alimentación y bienestar; le seguían las funciones de seguridad que varían en funciones de logística, consultoría y combate las cuales podían ser prestadas por una o varias EMSP a la vez (Nascimento, 2010). Otras de las funciones de contratistas en Irak fueron intérpretes y traductores, transporte, construcción, comunicación y entrenamiento. Es importante destacar que los porcentajes de las funciones desempeñadas por los diferentes contratistas cambiaron a medida que cambiaba el conflicto armado, teniendo en algunos puntos más o menos contratistas de seguridad, de apoyo de bases, de construcción y demás (Congressional Research Service, 2009).

El perfil de los contratistas de las EMSP tiende a ser un punto de especial atención y en algunos casos, controversia, esto es debido a que los contratistas tienen diferentes nacionalidades y trabajan en un país que no es el suyo para una compañía que puede o no, ser del mismo origen que el contratista. Por esto se hace una distinción entre Estados contratantes, Estados de origen y Estados territoriales, al momento de hablar sobre EMSP (CICR, 2008). Los Estados

territoriales son aquellos en donde se lleva a cabo el accionar de las EMSP, normalmente el lugar donde se da un conflicto armado; los Estados de origen son aquellos en donde está constituida legalmente la EMSP y los Estados contratistas son aquellos que como su nombre lo dice, contratan a las EMSP para desarrollar funciones específicas sea o no en su lugar de origen o contratación. Para el caso de las EMSP contratadas por Estados Unidos en Irak, la mayoría eran de origen estadounidense pero estas a su vez contaban con personal de diferentes partes del mundo; el 29% eran estadounidenses, el 15% locales y el 57% restante pertenecían a otras nacionalidades (Congressional Research Service, 2009).

Una de las mayores críticas al momento de hablar sobre el desempeño de las EMSP durante la ocupación de Irak, radica en la falta de mecanismos de control que han tenido los Estados contratistas sobre éstas. El ex Secretario de Defensa de Estados Unidos Robert Gates afirmó en 2009 que el uso de contratistas por parte del Departamento de Defensa ocurrió sin una estrategia previa que expresara los límites de qué podían hacer las EMSP en especial en momentos de combate o entrenamiento (U.S. Congress, 2009). Una deficiente administración de los contratos celebrados con las EMSP representa el riesgo de que estas puedan actuar fuera de los marcos establecidos con el contratista, además de propiciar violaciones a la población civil y genera para el Estado contratista un gasto innecesario ya que al no haber un control claro sobre las EMSP no hay una determinación concreta de sus funciones y accionar, generando una falta de coordinación y ayuda en el desarrollo de misiones en terreno (Congressional Research Service, 2011).

Las críticas al sistema de control de las EMSP, que vienen incluso desde los entes contratistas, nace a partir de situaciones concretas en donde se dieron violaciones de Derechos Humanos, y en las que no hubo forma en la que Estados Unidos como Estado contratista pudiera haber prevenido dicha situación, debido a la falta de mecanismos de control ejercido sobre las EMSP. Dentro de este tipo de situaciones, hubo dos que marcaron la forma en que se llevaba a cabo el conflicto

en Irak. La emboscada de Fallujah en 2004 y la masacre de la Plaza Nisour en 2007. La primera perpetrada por insurgentes iraquíes contra personal de Blackwater, una de las mayores EMSP en Irak; y la segunda perpetrada por personal de Blackwater contra civiles iraquíes en la Plaza Nisour de Bagdad.

Fallujah es una ciudad iraquí localizada al oeste de Bagdad, determinante para la ocupación estadounidense en Irak, al ser uno de los principales centros del movimiento insurgente iraquí que presentó una resistencia armada a la intervención estadounidense. El 31 de marzo de 2004, un convoy en el que viajaba personal de Blackwater fue atacado por insurgentes iraquíes mientras conducían una misión de transporte de servicios alimenticios. Los contratistas fueron asesinados y sus cuerpos fueron públicamente humillados y exhibidos, resultando en una algarabía por parte de iraquíes quienes filmaron y fotografiaron todo el evento y enviaron este material a los medios internacionales. Esta situación causó fuertes críticas e indignación por parte de la población estadounidense la cual comenzó a exigir una reacción más fuerte y determinada contra los iraquíes. Esta emboscada sumada a la presión nacional, resultó en la primera y segunda batalla de Fallujah. Estas fueron operaciones libradas por Estados Unidos con el fin de tomar el control de la ciudad y que se dieron en dos partes debido al proceso de decisión política desde Estados Unidos (West, 2006).

Este caso representó por una parte una reafirmación al riesgo que significa tener personal de EMSP desarrollando funciones para las cuales no cuentan con la debida protección o previsión de peligros que conlleva realizar funciones en terreno en donde no hay control estatal. De igual forma, sentó un precedente donde Estados Unidos demostró que el ataque al personal de EMSP es como si hubiese sido un ataque directo a su fuerza armada en territorio y emprendió una campaña de retaliación y posterior ocupación a raíz de esta situación. De igual forma, esta situación sentó un espacio de controversia legal pues los familiares de los contratistas atacados, demandaron a Blackwater por muerte injusta ante la justicia estadounidense en el caso "Helvenston et al. v. Blackwater Security". Las

familias alegaban que no había habido cumplimiento con el contrato celebrado entre Blackwater y el personal en aras de ahorrar dinero y no cumplir con todas las medidas de seguridad que debían tener para con los empleados. Luego de seis años, un juez federal desestimó la demanda por falta de avances de las partes quienes llegaron a un acuerdo fuera del juzgado (Baker, 2011).

La masacre de la Plaza Nisour, fue a diferencia de la emboscada de Fallujah, un hecho que perpetró personal de las EMSP en contra de población civil iraquí. Fue adicionalmente uno de los hechos más reconocidos a nivel internacional concernientes al accionar de las EMSP en Irak. El 16 de septiembre del 2007, empleados de Blackwater, abrieron fuego contra civiles iraquíes en la Plaza Nisour de Bagdad, dejando 17 muertos y 20 heridos. Los contratistas arguyeron que el convoy que iban escoltando había sido emboscado y que abrieron fuego en defensa del ataque. Esta versión de los hechos contrasta con la versión iraquí donde la policía luego de hacer la debida investigación, corroborada por el FBI, concluyó que de las 17 bajas causadas por los contratantes, al menos 14 fueron no provocadas (Johnston & Broder, 2007). Estos hechos causaron altos niveles de indignación dentro de la población iraquí que veía ya con descontento la continuada presencia de Estados Unidos y sus contratistas en territorio iraquí. La reacción en Estados Unidos por parte de los canales oficiales no fue menos condenatoria. El Departamento de Estado se comprometió a realizar una investigación justa y transparente para esclarecer los hechos y analizar en un sentido más amplio el rol de las EMSP en Irak (Tavernise, 2007).

Las implicaciones que estos hechos tuvieron representaron en primera instancia un reto para el manejo de la diplomacia estadounidense frente a Irak. El gobierno iraquí revocó temporalmente la licencia de Blackwater que le permitía operar en su territorio, sin embargo, debido al amplio contrato y trayectoria entre la empresa y Estados Unidos, era una cuestión complicada para el Departamento de Estado tomar la determinación de terminar el contrato con Blackwater de forma inmediata. Adicionalmente, en medio de estos hechos surge el cuestionamiento de ante quién

deben responder estos contratistas. En un primer instante el gobierno iraquí planteó que abriría procesos en contra de todo el personal de Blackwater, sin embargo, se vieron inhabilitados debido a la existencia de la orden 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición firmada en 2006 que establecía inmunidad ante la ley iraquí para las fuerzas de Estados Unidos y sus contratistas (Duffy, 2015).

Estados Unidos mientras instauraba una comisión de investigación conjunta, también pasó un proyecto de ley que establecía que todos los contratistas de EMSP serían sujetos a la ley federal de Estados Unidos y por tanto serían juzgados bajo esta como medida de evitar impunidad en estos sujetos que previamente estaban abarcados por el Acto de Jurisdicción Militar Extraterritorial la cual resultaba no siempre ser aplicable para las funciones que estaban desempeñando las EMPS al momento de cometer un acto al margen de la ley (Flaherty, 2007).

Naciones Unidas presentó un informe en 2007 a raíz del accionar de las EMSP en Irak en donde presentaba su preocupación por el alto número de contratistas en terreno desempeñando funciones de carácter militar. Para la organización internacional esto constituía una nueva forma de mercenarismo por lo que la consideraba ilegal dentro del Derecho Internacional al violar el Protocolo adjunto de 1977 al Convenio de Ginebra (ONU, 2007). No obstante al ser Estados Unidos un país no signatario de este Protocolo adjunto el reporte por parte de Naciones Unidas no fue tomado como determinante al momento de continuar o no con la contratación de EMSP (Flaherty, 2007).

En 2008 el Departamento de Justicia abrió proceso penal a cinco de los contratistas de Blackwater a quienes se les presentaron los cargos de homicidio involuntario, intento de homicidio involuntario y ayuda y complicidad. No obstante, los cargos fueron levantados en 2010 ya que un Juez de distrito determinó que el proceso llevado había sido mal obrado pues se había elaborado el caso a partir de

las declaraciones de los guardias y esto constituye una violación a sus derechos bajo la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (Savage, 2010). En 2014 las demandas fueron reinstauradas y para el juicio de 2015, los cinco fueron sentenciados conforme a los cargos impuestos (Duffy, 2015).

De esta forma se materializa el rol de las EMSP contratadas por Estados Unidos para la ocupación de Irak. Un proyecto militar que buscaba saciar los intereses políticos militares estadounidenses en aras de librar una guerra contra el terrorismo y la opresión, llevando una bandera de libertad en manos de múltiples actores que por un bajo control estatal resultaron en un sinnúmero de pérdidas materiales y humanas. Las EMSP en Irak fueron tan importantes como las fuerzas militares oficiales, pero más por los cuestionamientos que estas desataron en términos de cómo hacer los conflictos armados modernos y las regulaciones que deben ir con ellos.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD ESTATAL E INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

El análisis de la regulación del Derecho Internacional frente a las EMSP se presenta desde de dos principios del derecho que han suscitado debate a partir de la privatización de la seguridad en casos de conflictos armados. Estos principios son la responsabilidad estatal y la individualización del Derecho Internacional. Éstos se han visto cuestionados a partir de situaciones como la Ocupación de Irak entre 2003 y 2011 en donde la presencia de EMSP fue muy alta e intensa en términos de su accionar militar y no muy clara desde el Derecho Internacional.

Cuando se habla de Derecho Internacional en tiempos de conflicto armados, se refiere inmediatamente al Derecho Internacional Humanitario (DIH) consagrado en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adjuntos. Este es un sistema de derechos creado por los Estados para los Estados en un momento histórico en donde los enfrentamientos se daban de formas muy concretas y con características similares. El DIH funciona a partir de dos principios básicos, el imperativo de distinción a los combatientes de los civiles y la imposición de límites a los beligerantes para reducir en la mayor medida de lo posible el sufrimiento a sus adversarios (Nascimento, 2010).

Sin embargo, los Estados han dejado de ser gradualmente los actores exclusivos en el sistema internacional, incluso cuando se refiere a Derecho Internacional y el empleo de la fuerza. La introducción de nuevos actores que no hacían parte de la esfera pública tradicional dentro de las dinámicas de un conflicto armado y la forma en la que estos debían ser vistos ante el Derecho Internacional fue un debate que inicio en los años 70 y que desembocó en el primer y segundo protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 los cuales incluyeron las guerras civiles (Nascimento, 2010). Estos protocolos permitieron ampliar el espectro del DIH y abrir un espacio a la interpretación del Derecho Internacional

dentro de conflictos armados no tradicionales teniendo en cuenta una diversidad de actores (Duffy, 2015).

La introducción de nuevos actores no estatales representó un punto de debate pues la cuestión era si deberían estos actores dejar su condición de civiles por hacer parte del conflicto y pasar a ser considerados beligerantes. Si fuere así, la cuestión sería si el Estado contratista, para el caso de las EMSP, estaría de alguna forma librado de responsabilidad por el accionar de su contratado o por el contrario cargaría con una corresponsabilidad del accionar de este.

Al ser el DIH un sistema de Derecho Internacional público, sólo los Estados pueden ser sujetos de éste, sin embargo, la apuesta tanto el DIH como el Derecho Internacional, es abogar por que cada Estado tenga un sistema legal nacional lo suficientemente fuerte que le permita prevenir, reprimir y castigar de forma eficiente actos de violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional (Duffy, 2015). Es en este punto donde comienza la responsabilidad estatal.

Si un Estado no demuestra tener un sistema judicial lo suficientemente eficiente para poder juzgar violaciones perpetradas en su territorio al Derecho Internacional o los Derechos Humanos, entonces el Derecho Penal Internacional entra a tener jurisdicción sobre el Estado para juzgar a individuos determinados desde la Corte Penal Internacional (CPI). Los inconvenientes de esta predisposición son en primera instancia que la CPI solo juzga determinados crímenes como el genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (Duffy, 2015). Adicionalmente, para que se active la Corte el Estado de origen debe ser miembro del Estatuto de Roma de 1998 y el caso debe ser plenamente investigado antes de abrir el proceso. De esta forma resulta más eficiente para el sistema de Derecho Internacional, apoyarse en los sistemas judiciales nacionales para juzgar a aquellos individuos quienes cometan violaciones a las normas de Derecho Internacional (Portmann, 2010). No obstante, el delegar la jurisdicción a los Estados corre el riesgo de que estos

beneficien a sus nacionales y no lleven a cabo un juicio justo en pro de satisfacer sus intereses nacionales sobre el respeto a la institucionalidad internacional.

El asunto de la responsabilidad estatal dentro del sistema de Derecho Internacional, suscita entonces un cuestionamiento frente a la forma en que los Estados se mueven dentro del marco legal para reducir su responsabilidad en contextos de conflicto armado ante la actuación de terceros. Si bien los tratados internacionales hacen responsable al Estado de impartir justicia de acuerdo con la ley doméstica y hay instancias como el DIH y la CPI que se encargan de tomar medidas en el determinado caso de que un Estado no tenga la capacidad de hacerlo, no hay mecanismos de control lo suficientemente rigurosos que permitan asegurar una actuación transparente del Estado (Duffy, 2015).

Teniendo en cuenta el problema de la responsabilidad estatal, un Estado tiende a inclinarse por la contratación de EMSP desde un aspecto legal con tres objetivos en concreto. El primero es para evitar responsabilidad de las posibles violaciones al DIH que puedan cometer los agentes contratados; en segunda instancia para evadir las responsabilidades de monitoreo y control que se ejercen sobre los Estados parte en un conflicto armado, de forma más severa que a los grupos insurgentes; y finalmente, otra motivación de los Estados es evitar restricciones o supervisión legislativa o parlamentaria sobre el desarrollo de ciertas misiones u operaciones militares en terreno (Duffy, 2015).

Adicionalmente, uno de los argumentos principales sobre la responsabilidad estatal frente a los actos ilegales cometidos por las EMSP es que estas empresas tienen un alto grado de autonomía y las operaciones que éstas llevan a cabo, no son cien por ciento controladas por el Estado. Esto permitía que los Estados se sintieran exonerados de culpa ante el accionar de terceros en medio del conflicto, aunque esta postura no fuera bien recibida por parte de algunos miembros de la comunidad internacional.

En medio del debate y en vista de que las opciones de actuar por parte de los Estados son suficientemente amplias como para llevarlos a optar por salidas como la contratación de EMSP en momentos de conflicto armado para evadir situaciones de responsabilidad estatal directa, se presentan los “artículos sobre la Responsabilidad Estatal para Actos Intencionalmente Ilícitos” de 2001, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas. Como su nombre lo indica, son un conjunto de artículos que pretenden establecer un precedente sobre la forma en que los Estados deben asumir su responsabilidad ante los deberes de Derecho Internacional (Comisión de Derecho Internacional , 2001).

Para los artículos de la CDI un Estado no sólo es responsable por sus propios actos u omisiones, sino que puede ser responsable de la ilegalidad de los actos cometidos por otro Estado o entidad. Este tipo de responsabilidad se da en caso de que el primer Estado supiera de la ilegalidad de las acciones perpetradas por el segundo, y aun así no impidiera, informara o corroborará con los mecanismos internacionales para la denuncia de estos actos, bien sea por intención u omisión (Comisión de Derecho Internacional , 2001).

Para el caso de la privatización de la seguridad, de igual forma, un Estado es responsable por los actos ilegales cometidos por una EMSP, en caso de que esta esté actuando bajo las instrucciones del Estado, conforme a lo expresado por el artículo 8 de la resolución:

Artículo 8: Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento. (Comisión de Derecho Internacional , 2001)

Dentro del Derecho Internacional no se puede atribuir la conducta de un individuo, o una entidad al Estado, sin embargo, esto si se puede hacer si hay un vínculo o relación de hecho entre éstos. Para el caso de las EMSP, hay un contrato de por medio que sirve como requerimiento suficiente para hacer al Estado responsable del accionar de una EMSP en tanto ésta funciona bajo las directrices de éste. Sin embargo, si hay un accionar incidental que se sale del control del Estado, este no será considerado responsable siempre y cuando cumpla con el test de control efectivo (Sassóli, 2002).

El concepto de control efectivo, es altamente controvertido debido a que es muy complicado definir qué tanto control es control efectivo. No obstante es un concepto clave al determinar si un Estado es responsable por los actos cometidos por entidades asociadas en donde tienen gran peso y relevancia los hechos y la evidencia. En cuanto a lo que EMSP refiere, se entiende que el proceso de contratación se da a partir de un proceso decisorio extenso y condicionado por lo que habría suficiente control como para establecer un control efectivo. Para esto, es fundamental que un Estado lleve a cabo medidas de monitoreo, control y prevención de abusos, así como que busque establecer contratos transparentes como formas de protegerse y evitar que se den actos ilegales por parte de sus contratistas (Duffy, 2015).

La CDI también otorga responsabilidad al Estado por actos cometidos por terceros que estuvieren desempeñando un rol estatal, hubiese o no control o autorización por parte del Estado. Esto se propuesto en el artículo 5 de la resolución:

Artículo 5: Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se

trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad. (Comisión de Derecho Internacional , 2001)

Este artículo limita en especial el uso de EMSP como guardias de prisiones estatales, ya que este es un rol estatal que no puede ser delegado a un tercero, pero que comúnmente era desempeñado por agentes de EMSP. Los actos y violaciones cometidos contra los prisioneros constituirían entonces un acto de responsabilidad estatal.

De esta forma entonces se incluye dentro del Derecho Internacional de establecer una serie de preceptos claros que respondan a las áreas grises del accionar de terceros asociados con el Estado en cuanto a lo que refiere la responsabilidad estatal. No obstante, el Estado no puede ser el único responsable sobre un accionar ilegal de un individuo o un tercero. En la corte de Núremberg, luego de la Segunda Guerra Mundial, se introdujo el juicio a las personas naturales y las personas legales, estas últimas constituidas por partidos políticos o corporaciones, como una forma de generar represalias contra los actos ilegales hechos o promovidos por éstos.

Este principio de hacer a las personas jurídicas, sujetos de Derecho Internacional, se intentó implementar en la Corte Penal Internacional, pero fue rechazado por razones formales del funcionamiento de la corte más que de fondo. Adicionalmente al momento de su conformación, la CPI buscó referirse solamente a personas naturales pues encontrar a una persona responsable ante crímenes determinados es más factible que juzgar a toda una persona jurídica e imponer sanciones resulta más efectivo cuando se juzga a un individuo (Duffy, 2015).

La individualización del Derecho Internacional se da orgánicamente pues los actos ilegales como la violación de Derechos Humanos o la violación sistemática del Derecho Internacional Humanitario, se da a partir del proceso de decisión de individuos quienes tienen un grado de responsabilidad directo aunque estén bajo

la maquinaria del Estado. Esto quiere decir que, si bien el Estado debe asumir su responsabilidad, también lo deben hacer los individuos. Para la corte de Núremberg, castigando a los hombres es la única forma de hacer que se cumpla y respete el Derecho Internacional (Portmann, 2010).

Los individuos que cometen violaciones al Derecho Internacional deben ser inicialmente juzgados por el sistema jurídico nacional que les corresponde y por el instrumento de Derecho Internacional pertinente en casos donde sea aplicable. Dentro de esta categoría se incluyen los generales y encargados de las más altas esferas de mando que podrían incluso ser juzgados bajo tribunales militares especiales.

En el momento que se asume al ser humano individual como sujeto de Derecho Internacional le da un estatus de persona internacional que trae consigo una serie de derechos, pero en especial deberes para con el Derechos Internacional y los Derechos Humanos. La personalidad internacional rechaza la distinción entre lo público y lo privado en cuanto a las normas constitucionales del Derecho Internacional (Portmann, 2010).

La visión individualista del Derecho Internacional entiende al Estado desde una concepción funcional en donde hay un énfasis en el rol activo de los individuos como gobernantes y dirigentes de la maquinaria estatal; por tanto, para que pueda haber un sistema de Derecho Internacional lo suficientemente institucionalizado y eficiente, debe existir responsabilidad individual. Si se entiende al individuo como responsable de crímenes internacionales, éste está atentando contra los valores fundamentales de la Comunidad Internacional y debe responder ante éstos (Portmann, 2010).

Dentro del sistema de derecho nacional de Estados Unidos, se han enfrentado a un número de procesos en los que ha habido violaciones de Derecho Internacional por parte de actores privados como las EMSP. Estos procesos resultaba un reto

para el sistema de derecho ya que no había precedentes en el accionar internacional que sentaran las bases sobre cómo juzgar a una entidad privada que había cometido violaciones al Derecho Internacional desde una corte nacional. Ante estos casos la postura que han tomado las cortes estadounidenses es que las entidades privadas pueden violar Derecho Internacional de carácter *ius cogens*, es decir que corporaciones pueden ser encontradas responsables de la violación de una norma imperativa del Derecho Internacional que no admite su exclusión o alteración de su contenido (Portmann, 2010).

La “Ley de reclamación por agravios contra extranjeros” del código de Estados Unidos, ha sido la carta que ha guiado el accionar de las cortes ante las violaciones de Derecho Internacional de terceros. Esta ley contempla que "the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States." (28 U. S. C. §1350). Es decir que las cortes de Estados Unidos pueden entrar a juzgar agravios cometidos en el exterior por extranjeros siempre y cuando supongan una violación al *ius cogens* o a un tratado de Estados Unidos.

Bajo el amparo de esta ley, Estados Unidos ha emitido fallos para diversos casos en donde ha encontrado que actores privados actuando no necesariamente en nombre del Estado pueden ser sujetos de Derecho Internacional y por tanto se les pueden atribuir responsabilidades ante el *ius cogens* que en la mayoría de los casos se vieron representados en sanciones y reparaciones de carácter económico (Portmann, 2010). Este ha sido entonces el avance que ha presentado Estados Unidos en términos de la personalidad jurídica y el Derecho Internacional, siendo especialmente pertinente pues este es uno de los Estados con mayor contratación de EMSP, lo cual permite que haya una mayor susceptibilidad a tener que juzgar casos de violaciones al Derecho Internacional por parte de estos.

La privatización de la seguridad durante la ocupación a Irak rivalizó con las actividades desarrolladas tradicionalmente por las fuerzas del Estado. Esta

rivalidad presenta de entrada un problema con lo establecido por el Derecho Internacional en donde se establece que en ningún caso civiles deben entrar a cumplir funciones estatales durante un conflicto armado. No obstante, la clasificación de los contratistas de EMSP como civiles no se acopla completamente a su carácter debido a su activa participación del conflicto armado.

El surgimiento de una categoría profesional híbrida donde se ejercen funciones públicas con metas privadas evidenció que había una falta de mecanismos legales que regularan las interpretaciones públicas del Derecho Internacional para la satisfacción de intereses individuales de los Estados, las corporaciones e incluso los individuos (Nascimento, 2010). De allí radica la importancia de traer al debate de la privatización de la seguridad militar, los principios de responsabilidad estatal, individualización del Derecho Internacional, y llamar a avances de la aplicación del Derecho Internacional para actores privados.

La permisividad en el ambiente en que convivían las EMSP y la burocracia estatal ha tenido que ir enfrentando obstáculos que van orientados hacia un mayor control y regulación del Derecho Internacional sin ceñirse a los medios tradicionales de ejercer control sobre éstos, pues durante la ocupación a Irak el número de situaciones que constituyeron violaciones al Derecho Internacional, llevaron a una transformación de la forma en la que los Estados se relacionan con este, reconociendo por un lado la institucionalidad que implica un sistema de derecho internacional, pero buscando garantizar la protección de sus intereses de forma prioritaria.

CAPÍTULO III

TRANSFORMACIÓN Y DEBATE: EL DERECHO INTERNACIONAL, LAS EMSP Y EL DOCUMENTO DE MONTREUX

Las medidas de regular las Empresas Militares y de Seguridad Privada por medio de instrumentos de Derecho Internacional han estado marcadas por un posible cambio de era que lo afecta gracias a las nuevas formas de relacionamiento y caracterización de los Estados frente al sistema de Derecho. Estas medidas desembocaron en el Documento de Montreux de 2008, cuyo carácter práctico y no vinculante permiten cuestionar si es un instrumento que responde al panorama de las EMSP y el cumplimiento de las disposiciones de Derecho Internacional por parte de éstas.

La invasión a Irak y su posterior ocupación en 2003, supuso un cambio en la forma que los Estados se relacionan con el Derecho Internacional que permitiría cuestionar si hay una nueva era de Derecho Internacional. El contexto de la guerra contra el terrorismo, había dado pie a que la forma en que Estados Unidos se lograra sus objetivos no estuviera estrictamente guiada por el Derecho Internacional, y es en este contexto donde se introducen actores no estatales como las Empresas Militares y de Seguridad Privada. Los preceptos que desafía la invasión y posterior ocupación de Irak son: la prohibición del uso de la fuerza, las restricciones a la conducta en la guerra y la protección a los Derechos Humanos (Williams, 2008).

En cuanto a lo que refiere la prohibición del uso de la fuerza, la Carta de las Naciones Unidas establece en su capítulo 7 que todo Estado tiene derecho a hacer uso de la fuerza en legítima defensa, siempre y cuando el Estado que emprenda su uso informe al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la situación y el acto de legítima defensa a cometer no afecte la autoridad del Consejo de Seguridad pues es en este órgano donde reside la responsabilidad de mantener el orden y la seguridad internacional (ONU, 1945). Este artículo hace

referencia al principio de Derecho *ius ad bellum*, el derecho que tienen los Estados a la guerra, pero que luego de la Segunda Guerra Mundial fue limitado para prevenir atentados contra la humanidad (Williams, 2008).

La razón por la que Estados Unidos desafía este principio del Derecho Internacional se debe a su inicio de la intervención de Irak. Si bien luego del ataque del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos decide emprender una guerra contra el terrorismo y alega hacerlo en legítima defensa por estos ataques; la Comunidad Internacional no está de acuerdo con la intervención en Irak. La intervención a Afganistán fue acompañada por la Comunidad Internacional y los mecanismos procedimentales de las Naciones Unidas como forma de defensa ante el ataque, pero Irak no tenía asociación con los hechos del 9-11 por tanto la invasión a este país no estaba justificada.

Desde Washington se planteaba que el Régimen de Saddam Husein favorecía a los grupos terroristas, contenía armas nucleares y además atentaba contra los principios democráticos. Sin embargo estas acusaciones no fueron consideradas suficientes para justificar una invasión a Irak. Estados Unidos no planteó la propuesta en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ante el riesgo de que la operación fuese a ser declinada por los miembros permanentes con veto como Rusia y China, pero se escudó Estados Unidos en previas resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la Guerra del Golfo de 1991 para argüir la legalidad de la invasión (Tripp, 2006).

De esta forma Estados Unidos no sigue las predisposiciones tradicionales del Derecho Internacional para iniciar una operación bélica contra este Estado. No obstante, desde el discurso estadounidense no hay un desprecio por el Derecho Internacional sino una forma diferente de aproximarse a éste, planteando que pasadas resoluciones son fuentes de derecho. La cuestión de validez de esta invasión ha sido altamente debatida por parte de los miembros de Naciones

Unidas, pues si bien para gran parte de estos la acción militar fue ilegal, no había forma de reprender el accionar de Estados Unidos.

Por otro lado, las restricciones a la conducta en la guerra se encuentran reguladas en los Convenios de Ginebra de 1949. En este instrumento del Derecho Internacional, se describe la forma en que se debe llevar a cabo una guerra para limitar los efectos de éstas en pro de la protección de la humanidad (CICR, 2004). Los Convenios de Ginebra se traducen en el Derecho Internacional Humanitario y pretenden dar normas muy determinadas sobre cómo debe ser el accionar de los Estados y los actores beligerantes en el conflicto armado. El DIH responde al *ius in bello*, el derecho de los Estados en la guerra (Williams, 2008).

Sin embargo, el DIH ha ido paulatinamente desactualizándose debido al avance tecnológico e industrial militar que ha venido desarrollándose en especial desde la década de los 80s en el contexto de la guerra fría y la carrera armamentista. Las consecuencias que esto trae es que al usar tecnologías nuevas en medio de los conflictos armados, que no estaban específicamente determinadas en el DIH, permite que los Estados asuman e interpreten el sistema de Derecho como más les beneficie. Es importante resaltar que no se plantea un completo desprecio por el Derecho Internacional como institución de la comunidad internacional, sino que lo que cambia es la forma en la que los Estados se relacionan con éste debido a los cambios pragmáticos que encuentran en desarrollo en este caso, de los conflictos armados.

En el caso de la invasión a Irak y su posterior ocupación, uno de los instrumentos con que Estados Unidos entra no sólo incluye su personal militar oficial, sino que trae consigo un gran número de contratistas que desempeñan labores de apoyo en el ámbito militar. Este tipo de contratación de las EMSP no estaba contemplado en el DIH por sí mismo, pues tener actores terceros luchando por parte del Estado estaba más relacionado con el mercenarismo que como una opción válida de lucha en un conflicto armado. La interpretación juega entonces un rol importante

en el desarrollo de este conflicto armado que trajo un nuevo actor a la escena, pues para Estados Unidos la inclusión de estos actores sucedía al margen de las confrontaciones pues funcionaban sólo como fuerzas de apoyo o entrenamiento, y por tanto no eran sujetos de Derecho Internacional Humanitario.

En tercera instancia, la protección de los Derechos Humanos muda en el sentido que se ve dentro del *ius post bellum*⁴. Este es el derecho que rige luego de la guerra y que se concentra en la protección de los Derechos Humanos de todos quienes estuvieren involucrados en el conflicto armado, en especial de los civiles. Lo que se evidenció luego de la invasión a Irak, es que los intereses políticos juegan un rol importante dentro de la forma en la que el Estado conduce la protección de los Derechos Humanos bien sea por acción u omisión (Williams, 2008).

Luego de la invasión de Irak, siguió la ocupación de éste por Estados Unidos. La responsabilidad de Estados Unidos como Estado en control de la situación en Irak era velar por la protección de los Derechos de toda la población civil. Si bien hubo una alta presencia y control contra la insurgencia, no hubo un compromiso con las garantías de los derechos básicos para los iraquíes. Aún más, el número de violaciones contra los prisioneros de guerra en campos de prisión como Guantánamo, o en terreno iraquí, demostraron el incumplimiento con el deber de protección de los Derechos Humanos por parte de Estados Unidos.

Estados Unidos enfrenta una disyuntiva en cuanto a la protección de los Derechos Humanos pues si bien no hay una política específica de violación o desprecio por los Derechos Humanos, hay también una superposición de valores y jerarquías ante sus intereses políticos. Es decir, que en aras de obtener información, llevar procesos de juicio político y mantener el control jurídico sobre los prisioneros de

⁴ Si bien el conflicto en Irak no ha finalizado, se pueden considerar situaciones de post-guerra como la transición de la invasión hacia la ocupación y la transición de la ocupación hacia el gobierno de autonomía iraquí, que permitirían poner en práctica el *ius post bellum*.

guerra, Estados Unidos se reserva a llevar de forma clasificada su accionar frente a la protección de los Derechos Humanos de estos (Williams, 2008).

Adicionalmente, en cuanto a las EMSP se refiere, luego del accionar en terreno de los agentes de una de ellas, se presentó una situación que evidenció un bache en la protección de los Derechos Humanos. Las violaciones cometidas por los agentes de las EMSP no siempre resultaron judicializadas o investigadas con la misma rigurosidad que acarrearía una violación por parte de fuerzas militares oficiales, y además el Estado no entraba a asumir la responsabilidad que como contratante debía asumir. Esto evitaba o dilataba los procesos de judicialización por las violaciones de Derechos Humanos a civiles iraquíes.

Se puede evidenciar a través de la contratación de EMSP durante la invasión y posterior ocupación a Irak que hay un cambio en la forma en que el Derecho Internacional funciona en relación con los Estados. No obstante, es importante analizar la forma en la que se caracterizó la invasión a Irak a partir de estos retos a los principios del Derecho Internacional; pues es desde esta nueva caracterización del conflicto que se pueden identificar las formas en las que se da un impacto negativo a la institucionalidad del Derecho Internacional.

La invasión y posterior ocupación a Irak por parte de Estados Unidos, propició un ambiente de transformación en cuanto a la caracterización del Derecho Internacional para este tipo de conflictos armados. Helen Duffy (2015) identifica cinco características nuevas que sirven al objetivo de estudio de este trabajo. Estas son la selectividad y fragmentación, el excepcionalismo, la interpretación deliberada, la arbitrariedad y el secreto.

En primer lugar, la selectividad y fragmentación hacen alusión a la forma en que los Estados en el momento de accionar dentro del Derecho Internacional, han seleccionado qué ley aplicar, a quién aplicarla y a quién proteger por medio de ésta. Esta selectividad de la norma internacional es la antítesis de la universalidad como principio regente del derecho internacional (Duffy, 2015), lo cual termina por

reducir el valor del sistema de Derecho como institución de una forma indirecta pues si bien el Estado no desprecia la norma completamente si la fragmenta y la pone a servicio de sus intereses nacionales.

Estados Unidos se vale de la fragmentación del Derecho Internacional para la contratación de las EMSP durante la invasión y ocupación a Irak. Al no ser signatario de la Convención contra la utilización de Mercenarios de 1989 o del Estatuto de Roma de 1998, tiene un campo de acción más amplio en donde no encuentra a estas empresas vinculadas con actividades mercenarias y adicionalmente no puede ser encontrado responsable ya que no es parte del tratado. Adicionalmente, sus altos dirigentes o individuos que en nombre del Estado o bajo las instrucciones de éste cometan faltas como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, de genocidio o de agresión, no podrán ser juzgados bajo la Corte Penal Internacional. Esto le da garantías a los mandos que están encargados del accionar de las EMSP y a los mismos agentes de éstas, que, en una eventual judicialización, se dará bajo el marco del sistema jurídico nacional.

De igual forma, hay una selectividad dentro de los instrumentos de Derecho Internacional. En el caso del DIH, el accionar militar de Estados Unidos como país invasor sí tenía en cuenta los convenios de Ginebra para determinar sus objetivos donde fueran esencialmente militares y para juzgar aquellos en donde no siguieran conforme a esta prescripción. Sin embargo, en cuanto a prisioneros de guerra refiere, Estados Unidos no les brindaba todas las garantías presupuestadas en el DIH ya que no consideraba a sus capturados como prisioneros de guerra sino como criminales muy peligrosos (Nascimento, 2010).

Por otro lado, la selectividad se da también en cuanto a quién protege el Derecho Internacional. La discusión sobre las EMSP y su estatus como civiles o combatientes, permite que Estados Unidos abogue por la protección de estos bajo la clasificación de civiles cuando estos están desempeñando funciones no

militares. Sin embargo, cuando estos agentes son capturados y tomados como rehenes, se exige que se les dé un tratamiento de prisioneros de guerra para aumentar su espectro de protección en este tipo de situaciones (Nascimento, 2010).

El excepcionalismo como segunda característica del Derecho Internacional dentro de la Guerra contra el Terrorismo, plantea que en el marco de este conflicto se dan una serie de situaciones excepcionales bajo las cuales la aplicación del Derecho Internacional no se daría de la forma tradicional. En primera instancia se entiende el accionar de Estados Unidos desde el derecho a la legítima defensa. Este Derecho ha sido la situación excepcional que bajo la Carta de las Naciones Unidas se ha permitido el uso de la fuerza (Duffy, 2015). No obstante, este argumento si bien fue válido para la acción bélica contra Afganistán, no era claro cómo se podía conectar con Irak. El asunto es que para Estados Unidos se libró una sola guerra: contra el terrorismo, y allí se enmarcaban todo el conjunto de enfrentamientos que sin discriminar objetivo u origen, se daban en el marco de la liberación del yugo de la opresión y el extremismo que representa el terrorismo.

De igual forma al tratarse de la guerra contra un concepto abstracto como lo es el terrorismo, y sobre el cual no había habido legislación previa dentro del Sistema Internacional, se da una situación de excepcionalidad en donde Estados Unidos arguye que esta es una amenaza no tradicional directa para su seguridad nacional y por tanto debe ser tratada de acuerdo con las predisposiciones de cada Estado (Duffy, 2015). Esto sirvió como justificación para la contratación de las EMSP para la ocupación de Irak, en tanto la amenaza que iba a ser afrontada era desconocida, se necesitaba una gama de especializaciones diferentes en términos militares que en términos de preparación costaban tiempo y presupuesto muy alto, y que podía ser reemplazado por la contratación de EMSP (Congressional Research Service, 2009).

En la misma línea de argumentación se encuentra el proceso judicial que se daría a los criminales a quienes se les imputan cargos por terrorismo, pues debían ser juzgados ante la autoridad nacional competente sin tener precedentes en cuanto a cómo llevar el proceso. Esto permitió que se dieran violaciones al derecho al debido proceso y al Derecho Penal Internacional, pues Estados Unidos pudo dirigir independientemente esos procesos jurídicos bajo su proceder, resultando en el aprisionamiento de sospechosos en Guantánamo con bajas garantías en Derechos Humanos.

En tercer lugar, la “interpretación deliberada” se entiende como un principio de Derecho que permite que las cortes interpreten a partir de legislación previa, una predisposición determinada en el contexto para el cual fue redactada la ley (Barak, 2007). La “interpretación deliberada” es legal en sí misma y no constituiría un cambio sobre la forma de relacionarse con el sistema de Derecho Internacional. Sin embargo, la guerra contra el terrorismo lleva este principio al extremo poniendo la ley al servicio de la política gracias a este tipo de interpretación (Duffy, 2015).

Estados Unidos usa esta “interpretación deliberada” para beneficiar la inserción de EMSP dentro del conflicto armado y las disposiciones del DIH. Cuando Estados Unidos se encarga de asignarle el estatus a sus agentes de EMSP para maximizar su campo de derechos, se apropia del DIH y lo usa a su mayor conveniencia. De igual forma, al conducir los juicios en contra de los agentes que cometen violaciones de Derechos Humanos, como el incidente de la Plaza de Nisour, las cortes estadounidenses interpretaron el Derecho Internacional desde la parte que les favorecía, es decir la remisión al sistema judicial nacional, pero la imputación de cargos que se hizo a los agentes, se dio desde las predisposiciones del sistema de Derecho nacional.

En seguida, cuando se refiere Duffy (2015) a la arbitrariedad, hace referencia al uso unilateral de la fuerza empleado por Estados Unidos. Este uso unilateral es

arbitrario en tanto representa un desafío al imperio de la ley dentro de las dinámicas del Sistema Internacional y el Derecho Internacional. Al imponer el poder de los Estados más poderosos militarmente sobre los derechos y protecciones garantizados institucionalmente a aquellos que son objetivos militares, se da una alteración a la institucionalidad del Derecho Internacional.

Finalmente, el secreto como característica del relacionamiento de los Estados con el Derecho Internacional está conformado por tres puntos esenciales. En primera instancia se da el uso del secreto de Estado como forma de bloquear acceso a la justicia para ciertos prisioneros o detenidos. Es decir que Estados como Estados Unidos se reservan el derecho de garantizar el debido proceso a sus detenidos, tomándolos de forma reservada y así impidiendo el acceso de éstos a la justicia. De igual forma, se da el uso del secreto como forma de no comunicar operaciones encubiertas en donde se realizan detenciones y que por último terminan favoreciendo los actos clandestinos de los Estados. Esto funciona en la medida que el ente ejecutor de operaciones especiales busca no rendir cuentas sobre su accionar en terreno para de esta forma evadir juicios por no cumplir con las predisposiciones del Derecho Internacional (Duffy, 2015).

Estas características demuestran la forma en que la contratación de las EMSP se dio por parte de Estados Unidos y cómo se enfrenta éste al Derecho Internacional durante la Guerra contra el terrorismo. Es menester entender la forma en la que se están dando las aproximaciones hacia el Derecho Internacional desde la Invasión y posterior ocupación a Irak. Andrew Williams plantea cinco aproximaciones al Derecho Internacional en este contexto.

La primera aproximación presenta que el Derecho Internacional es entendido como un sistema terminado, completo y en lugar. Esto quiere decir que toda la jurisdicción ha sido ya construida a partir de los instrumentos desarrollados hasta el momento y que por tanto tiene un carácter inamovible y limitado (Williams, 2008). Es desde este enfoque donde se entiende la invasión de Irak y su posterior

ocupación como una serie de eventos ilegales que violan las predisposiciones del Derecho Internacional; y encuentran los nuevos fenómenos como las EMSP, como mecanismos extra legales para hacer la guerra, tildándolos directamente de mercenarios, pues si bien no hay jurisdicción sobre este tipo de actores, la que más se asemeja es la “Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios” de 1989, firmada en el marco de las Naciones Unidas, y bajo la cual se prohíbe el uso de mercenarios en cualquier tipo de conflictos armados.

Una segunda aproximación, dice Williams, es la que propone la reconciliación del Derecho Internacional y las circunstancias actuales a través de la práctica. Esta postura arguye que la práctica puede moldear el Derecho Internacional y que más aún debe moldearlo, ya que esta es la verdadera garante de la aplicación de las predisposiciones de los instrumentos de Derecho. La práctica en este sentido, permite flexibilizar y dar paso a transformaciones en la forma en la que los Estados se relacionan con los instrumentos de Derecho, sin perder el sentido de la institucionalidad de este (Williams, 2008).

Bajo esta mirada, se entiende que la Invasión a Irak y su posterior ocupación pudo haber sido una guerra sin precedentes que al incluir nuevas dinámicas (como la introducción de nuevos actores, situaciones y tecnologías), permite que se moldeara la forma en la que se aplicó el Derecho Internacional durante el conflicto. Pues es sólo de esta forma que el Derecho Internacional como institución puede irse regenerando y manteniendo al día con los cambios de un mundo en constante movimiento. Esta regeneración se puede dar desde la creación de nuevos documentos que a partir de la práctica de los Estados ayuden a la actualización y regulación de fenómenos que antes no se presentaban bien sea a través del refuerzo de los instrumentos ya en vigor, o de nuevos instrumentos actualizados que se ajusten a las disposiciones actuales.

La tercera aproximación presentada, consiste en el planteamiento de que el sistema de Derecho Internacional actual se encuentra completamente fragmentado, lo cual imposibilita la percepción en sí de una institución como tal que permita dar estructura a un sistema unitario de Derecho. Para esto, debe haber una reforma al Derecho Internacional actual pero ésta, afirma Williams (2008), sirve a los intereses de los Estados más poderosos dejando doblegados a los países sin representación institucional significativa.

Esta percepción del Derecho Internacional explica por qué Estados Unidos logra realizar una intervención en Irak a pesar de todos los obstáculos institucionales que debió haber enfrentado desde el Derecho Internacional. Si bien hay un sistema consolidado, como fue mencionado previamente, su fragmentación es tal que permite a los Estados con mayores niveles de influencia, usar los instrumentos a su favor sin incurrir en violaciones que desconozcan completamente el Derecho Internacional que resulten en sanciones efectivas, o bien hacer que estas acciones no sean perseguidas con vehemencia por parte de la comunidad internacional.

El cuarto planteamiento arguye que el Derecho Internacional es completamente inadecuado puesto que sirve a la injusticia de forma sistemática. Esto es debido a las desigualdades que permite y los vacíos en términos de responsabilidad que al ser aplicados los instrumentos, tiene. No obstante este planteamiento considera que el Derecho Internacional debe mantenerse en pie pues es el único sistema que hay lo cual permite que los Estados sientan una obligación por preservar sus principios, más no por seguir sus procesos y predisposiciones (Williams, 2008).

Dentro de esta perspectiva se entiende que los Estados usen la selectividad dentro del Derecho Internacional como su carta de presentación en lo que refiere a la justificación de su accionar irregular. Los Estados no desprecian por completo el Derecho Internacional sino que buscan la forma de acomodar las predisposiciones de este a favor de sus intenciones. Esto da lugar a que el Derecho no funcione

como ente garante de justicia si cada quien está en capacidad de malearlo a sus intereses para evadir responsabilidades y ejercer acciones irregulares sin el castigo de éste. Gracias a esto es que el accionar de las EMSP durante la ocupación en Irak fue controvertido. La forma en que se llevó a cabo la contratación, el uso y cuando fue necesario, el juicio de los agentes de EMSP, fue completamente dictada por los intereses nacionales de Estados Unidos, y no por esto dejaron de ser medios legales ante el Derecho.

Finalmente, la quinta aproximación que presenta Williams consiste en la rebelión al sistema de Derecho Internacional por medio de un accionar que esté indiscriminadamente dentro y fuera del marco jurídico que este presenta. Es decir, es el accionar subversivo que presenta el sujeto de Derecho Internacional al escoger las situaciones en las que sigue las predisposiciones del Derecho Internacional. Cuando un Estado decide emprender en contra del Derecho Internacional mediante un accionar que puede o no estar definido dentro del sistema implica la total desconexión de este como una institución de carácter estructural para el sistema internacional, y de esta forma presenta una rebelión contra el sistema en sí (Williams, 2008).

En aras de esta investigación, el segundo planteamiento de Williams resulta ser el más adecuado para responder la pregunta planteada al comienzo de este trabajo. A partir de la reconciliación de la práctica con el Derecho Internacional es que el sistema de Derecho puede continuar estando vigente a pesar de los cambios dentro del Sistema Internacional y la modernización de los métodos de llevar conflictos armados. De esta forma se entiende que el Derecho Internacional debe continuar en una constante adaptación entre práctica e instrumentos para así abogar por la protección más completa del derecho.

Dentro de esta aproximación es que se entiende la introducción del Documento de Montreux al sistema de Derecho Internacional como un documento que presenta, como su nombre lo indica, "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” (CICR, 2008). Es importante mencionar que por su constitución jurídica este es un documento que no tiene las facultades necesarias para ser un instrumento vinculante. La razón para esto es que quienes propusieron y lideraron la construcción de este documento, Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja, querían obtener un documento práctico y sustantivo en un tiempo breve.

Las partes consideraban que este era un tema de controversia por lo que negociar un tratado al respecto habría tardado años debido a la pluralidad de posiciones frente al tema. Dentro de la comunidad internacional no existe consenso sobre la legalidad de las EMSP por lo que entrar a pugnar por un tratado internacional podría no haber resultado en un instrumento sino en un caso fallido de rondas de negociación. De esta forma, el documento opta por un enfoque humanitario y apolítico pues tiene más posibilidades de arrojar resultados tangibles y prácticos. El documento fue presentado en 2008, y contó con la participación de expertos gubernamentales de 17 países con mayor presencia y contratación de EMSP, incluyendo Estados Unidos e Irak (CICR, 2008).

Esta voluntad por generar un nuevo documento con mayor vigencia que se adapte a las nuevas prácticas de los Estados frente al Derecho Internacional, demuestra que hay una búsqueda por la reconciliación con los instrumentos de derecho para ajustarse a las transformaciones del sistema internacional, sin dejar de establecer un orden institucional que acompañe el accionar de los Estados y mantenga a su vez el sistema de derecho vigente.

El Documento surge de la necesidad de determinar a partir del DIH, cómo se identifican estos actores, recordar la responsabilidad de los Estados ante la contratación de las EMSP y eliminar el precepto de que las EMSP funcionan bajo un vacío jurídico dentro del Derecho Internacional. El Documento por tanto no limita prejuzga o amplía las obligaciones vigentes en materia de Derecho pues

considera que hay ya ciertas normas “bien establecidas” del DIH y el sistema de Derechos Humanos Internacional que dicta la relación entre las EMSP y los Estados (CICR, 2008).

El Documento de Montreux está constituido en dos partes. La primera es un recuento de las responsabilidades que se derivan del DIH y funciona como una aplicación de este para el caso concreto del accionar de las EMSP. La segunda parte es la consolidación de una serie de “buenas prácticas” que no se pueden reglamentar ya que hay que tener en cuenta otras obligaciones de los Estados ante diferentes ramas del Derecho Internacional como al comercio, la contratación pública o acuerdos bilaterales entre Estados contratantes y Estados territoriales.

En su primera parte, el Documento de Montreux distingue entre tres tipos de Estados en relación con las EMSP, como fue mencionado anteriormente. Los Estados contratistas, los Estados territoriales y los Estados de origen. Los primeros son aquellos Estados que hacen uso de las EMSP por medio de la contratación de sus servicios como forma de apoyo para operaciones militares en terreno, usualmente dentro de un conflicto armado. Los Estados territoriales son los que sirven como territorio de conflicto y en donde se desarrollan las operaciones de las EMSP y finalmente los Estados de origen son aquellos en donde la EMSP está legalmente constituida (CICR, 2008).

Cada una de estas categorías de Estado le es otorgada una serie de responsabilidades que se derivan del DIH y la capacitación sobre este conforme a su nivel de relacionamiento con las EMSP. Dentro de éstas se puede resaltar el artículo 2 referente a la prohibición de los Estados para delegar funciones tradicionalmente del Estado a las EMSP; el artículo 3 referente al cumplimiento del DIH por parte de las EMSP y la responsabilidad del Estado contratista de capacitarlos en este sistema de Derecho y detenerlos cuando estos incurran en violaciones a este; y el artículo 5 que hace referencia a la responsabilidad de los Estados de juzgar las violaciones al Derecho Internacional conforme a la

legislación internacional. Estas predisposiciones se ajustan a cada una de las categorías de Estado, pues todos tienen la misma responsabilidad de hacer respetar el DIH pero los mecanismos son los que varían.

En cuanto a las “buenas prácticas” del uso de las EMSP planteadas en la segunda parte del Documento de Montreux se plantean cuatro directrices que deben seguir los Estados al momento de contratar, permitir la acción o consolidación de una EMSP en su territorio. En primera instancia, se debe analizar si el Estado contratista está en la capacidad de contratar y ejercer un control efectivo sobre la EMSP contratada; el Estado de origen si está en capacidad de otorgar personalidad jurídica y determinar qué tipo de servicios se pueden exportar; y para los Estados territoriales analizar qué servicios van a permitir en su territorio (CICR, 2008).

Esta determinación debe darse a partir del análisis sistémico de las capacidades del Estado y su legislación doméstica. En segunda instancia debe el Estado identificar los criterios para elegir y contratar una EMSP. El Documento sugiere tener en cuenta los registros de la empresa, en especial aquellos de obtención de materiales e instrumentos de trabajo como las armas, sus antecedentes penales y las autorizaciones para actuar en el exterior.

De igual forma, se plantea la necesidad de revisar los contratos como tercer punto de guía. Tradicionalmente los contratos entre EMSP y los Estados son escritos con un lenguaje calculado y evasivo de forma tal que faltan indicaciones claras sobre cómo se debe dar la consecución de metas. Con este tipo de contratos, el Estado contratista queda a merced de las EMSP quienes usualmente escogen el cómo actuar y tienden a buscar mantener contratos que perduren en el tiempo sobre la consecución transparente de objetivos (Nascimento, 2010).

De esta forma el Documento de Montreux sugiere hacer una revisión de la forma en que se celebran los contratos incluyendo dentro de las cláusulas el

cumplimiento de tanto el DIH como la legislación nacional y adicionalmente sugiere fijar un precio de deducción o retribución como forma de incentivo al cumplimiento de los instrumentos legales. Para los Estados de origen y territoriales, el Documento sugiere es revisar la forma en la que los estos emiten las autorizaciones para la actuación de las EMSP y las condiciones de su accionar (CICR, 2008).

Finalmente, el Documento aboga, en su última directriz, por la supervisión del respeto al Derecho Internacional y las predisposiciones del Documento de Montreux que sirven para un buen uso de las EMSP y que reducirá en alta medida las violaciones e irregularidades del uso de estas en conflictos armados, especialmente en aras de promover una protección por la institucionalidad del Derecho Internacional.

En conclusión, la introducción del Documento de Montreux como un instrumento no vinculante y de carácter práctico y apolítico responde a esa aproximación del Derecho Internacional en donde el nuevo relacionamiento de los Estados frente a la institucionalidad del sistema de Derecho se da a través de un proceso de transformación marcado por la práctica más que por el seguimiento o incumplimiento de las predisposiciones legales tradicionales plasmadas en los instrumentos de Derecho.

La nueva caracterización de esta relación desde la ocupación de Irak ha marcado de forma sin precedentes la forma en que el Derecho Internacional se aplica en contextos de conflicto armado, y que a través de casos específicos como la introducción de actores como las EMSP, se demuestra la transformación de las relaciones entre Estado y Derecho. No es posible aseverar con vehemencia que desde el 2003 se haya dado una desviación hacia una nueva era de Derecho Internacional, pero si se puede asegurar que hay un proceso de cambio ante el cual tanto Estados como Instituciones están respondiendo de forma positiva, pero no sin dejar abierta la cuestión de su efectividad.

CONCLUSIONES

Las EMSP jugaron un rol determinante en la consolidación de la invasión y posterior ocupación a Irak entre el 2003 y el 2011. Debido a su papel como contratistas de Estados Unidos, el Estado invasor que entra a Irak con un proyecto militar que tenía como fin satisfacer los intereses políticos nacionales e instaurar un régimen libre. La contratación de las EMSP se da como un apoyo fundamental a las fuerzas militares oficiales para funciones de logística, entrenamiento y misiones de combate. La pluralidad de empresas, funciones y perfiles, dificultaron el control que Estados Unidos debió ejercer sobre estas, desembocando en una serie de cuestionamientos en cuanto al accionar de las EMSP en contextos de conflictos armados y las regulaciones que deben ir con ellas.

Adicionalmente, el surgimiento de una categoría profesional híbrida en donde se ejercen funciones de carácter estatal por actores privados demostró la forma en que hay una carencia de los mecanismos legales tradicionales en el Derecho Internacional para hacer frente a estos fenómenos. Esto generó un debate sobre los principios de responsabilidad estatal, individualización del Derecho Internacional y abrir espacios de discusión en donde se avance sobre la aplicación del Derecho Internacional a actores privados.

Los obstáculos que limitan el accionar de los Estados ante el Derecho Internacional, o que se representan en los vacíos de legislación van orientándose hacia un mayor control y regulación del Derecho Internacional sin limitarse a la concepción tradicional del control pues se debe optar por una transformación de la forma en que los Estados se relacionan con el Derecho Internacional y buscar mecanismos que generen una adaptación mutua a las condiciones cambiantes del sistema internacional.

Para el caso de las EMSP esta transformación en términos de un mayor control, desemboca en el Documento de Montreux de 2008. Éste representa un esfuerzo de la comunidad internacional por responder a los nuevos relacionamientos entre los Estados y el Derecho Internacional. Sin ser un documento vinculante, tiene un alto nivel práctico y apolítico que resulta ser más atractivo para los Estados y los provee con guías de buena práctica, sugiere el accionar de los Estados frente a la contratación de éstas sin intervenir en otros instrumentos de Derechos particulares a cada Estado.

La contratación de EMSP desde la ocupación de Irak ha marcado sin precedentes la forma en que el Derecho Internacional se aplica en contextos de conflicto armado, y que a través de casos específicos como la introducción de actores como las EMSP, demuestra la transformación de las relaciones entre Estado y Derecho. No es posible aseverar con vehemencia que desde el 2003 se haya dado una desviación hacia una nueva era de Derecho Internacional, pero si se puede asegurar que el debate reconoce que hay un proceso de cambio ante el cual tanto Estados como Instituciones están respondiendo de forma positiva, y continuará cuestionando la efectividad de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- Allawi, A. (2007). *The Occupation of Irak; Winning the War, Losing the Peace*. New York: Yale University Press.
- Baker, M. (2011, enero 26). Blackwater deaths suit tossed after six years. *The Washington Post*.
- Boothby, W. H. (2007). "The End Justifies the Means" Should this be the philosophy? In W. Von Heineg, & V. Epping , *International Humanitarian Law Facing New Challenges*. Berlin: Springer.
- Castro, D. G. (2013). *Relaciones internacionales y mercenariado griego: el final de la Guerra del Peloponeso a la Paz del Rey (404-386 a.C)* . Barcelona: Universitat de Barcelona.
- CICR. (2004). *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Comité Internacional de la Cruz Roja.
- CICR. (2008, septiembre 17). Documento de Montreux. *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 privada durante los conflictos armados*. Montreux: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Comisión de Derecho Internacional . (2001). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Congressional Research Service. (2009). *Troop Levels in the Afghan and Iraq Wars, FY2001-FY2012: Cost and Other Potential Issues*. Washington: Congressional Report for Congress.

- Congressional Research Service. (2011). *Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis*. Washington: CRS Report for Congress.
- Duffy, H. (2015). *The "War on Terror" and the Framework of International Law*. London: Cambridge.
- Flaherty, A. (2007). House OKs Bill to Presecute Contractors. *Global Policy Forum*.
- Grotius, H. (1625). *War, Peace and the Law of Nations*. Paris.
- Johannsen, R. W. (1997). *Manifest Destiny and Empire: American Antebellum Expansionism*. Arlington: University of Texas at Arlington.
- Johnston, D., & Broder, J. M. (2007, noviembre 13). F.B.I Says Guards Killed 14 Iraqis Without Cause. *The New York Times*.
- Nascimento, M. F. (2010). *Uma perspectiva sobre a privatização da força por atores não estatais no âmbito multilateral*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.
- Nascimento, M. F. (2010). *Uma perspectiva sobre a privatização do emprego da força por atores não-estatais no âmbito multilateral*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.
- ONU. (1945). Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, Estados Unidos.
- ONU. (2003). *UNMOVIC*. Retrieved Marzo 30, 2017, from United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission:
<http://www.un.org/Depts/unmovic/>
- ONU. (2007). *Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*. New York: United Nations Organization.

- Portmann, R. (2010). *Legal Personality in International Law*. New York: Cambridge University Press.
- Sassóli, M. (2002). La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- Savage, C. (2010, enero 1). Judge Drops Charges from Blackwater Deaths in Iraq. *The New York Times*.
- Tavernise, S. (2007, septiembre 17). U.S. Contractor Banned by Iraq Over Shootings. *The New York Times*.
- Tripp, C. (2007). *A History of Iraq*. New York: Cambridge University Press.
- U.S. Congress. (2009). *To Receive Testimony on the Challenges Facing the Department of Defense*. Washington: Senate Committee on Armed Services.
- Viotti, P. R., & Kauppi, M. V. (1999). *International Relations Theory: Realism, Pluralism, Globalism and Beyond*. (3rd edition). Pearson.
- Waltz, K. (1959). *Man, the State and War*. Nueva York: Columbia University Press.
- West, B. (2006). *No True Glory: A Frontline Account of the Battle for Fallujah*. New York: Bantam Books.
- Williams, A. (2008). *The Iraq War and International Law*. London : Hart Publishing .