

## **Amicus curiae a la solicitud de insumos para el Reporte de Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios y empresas militares y de seguridad privada para ser presentando en el 78va sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en octubre de 2023**

Tenemos el agrado de dirigirnos en nombre de la Corporación Interés Público y Justicia (en adelante CIPJUS), los abogados Juan Pablo Acosta Peñaloza,<sup>1</sup> José Miguel Rueda Vásquez<sup>2</sup>, Jaime Alberto Rueda Vega<sup>3</sup>, y César Fabián Rodríguez Penagos<sup>4</sup>, para la presentación de los siguientes insumos frente a la reforma del sector seguridad (RSS) para la regulación de los mercenarios y las empresas militares y de seguridad privada, incluyendo a su personal (en adelante EMPS).

Los autores de este documento de trabajo señalamos que en el derecho internacional público se distingue entre mercenarios y EMPS. Los mercenarios están definidos por una serie de criterios acumulativos negativos, y difícilmente el personal de las EMPS podría caer en la estricta definición que se hace de estos sujetos desde el derecho internacional público<sup>5</sup>. Como tampoco en la mayoría de los casos podrían ser considerados de *iure* o de *facto* miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto.<sup>6</sup> Igualmente conocemos que de acuerdo con el derecho internacional humanitario (DIH) está expresamente prohibido el uso, reclutamiento, financiamiento y entrenamiento de mercenarios.<sup>7</sup>

Por otro lado, excepto para unas pocas tareas específicas el uso de las EMPS no está prohibido para los Estados. Por ejemplo, los Estados no pueden contratar la toma de la decisión de hacer uso del derecho al “*self-defence*”, pero sí el ejercicio material para ejecutar tal derecho. Incluso, el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe la contratación de funciones de mantenimiento del orden público más allá de las relacionadas con la administración de la justicia penal.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> LLM en Derecho Internacional de la Universidad de la Sabana, experto en derecho internacional humanitario. Coordinador del documento para presentar ante el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas por parte de la Corporación Interés Público y Justicia, miembro del grupo Law & Peace.

<sup>2</sup> Investigador de la Corporación Centro de Interés Público y Justicia (CIPJUS). Socio fundador de Sindéresis SAS. Master in Sociology of Law Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Oñati – España. Abogado y politólogo, Universidad de La Sabana; estudiante del Doctorado en Derecho, Universidad Pompeu Fabra.

<sup>3</sup> Socio Fundador de Sindéresis Abogados S.A.S. Asesor y litigante.

<sup>4</sup> Socio Fundador de Sindéresis SAS. Abogado Litigante especializado en Instituciones Jurídico-Procesales, Universidad Nacional de Colombia.

<sup>5</sup> Sassòli, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Edward Elgar Publishing, 2019. párr. 10.150.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Artículos 1 y 2 de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. 1989. Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales Resolución 1514 del 14 de diciembre de 1960 de AG; Resolución 35/48 del 4 de diciembre de 1980; Resolución 56/232 del 24 de diciembre de 2001 y la Resolución 2002/5 de la Comisión de Derechos Humanos del 12 de abril de 2002; la Resolución 2465 (XXIII), de 20 de diciembre de 1968, la resolución 2548 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, y la resolución 2708 (XXV), de 14 de diciembre de 1970.

<sup>8</sup> Sassòli, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Edward Elgar Publishing, 2019. párr. 10.142.

Los análisis que propondremos en este documento parten del concepto de la reforma al sector seguridad (RSS), el cual implica modificaciones a “las estructuras, las instituciones y los funcionarios responsables de gestionar y mantener la seguridad”.<sup>9</sup> Este concepto de RSS incluye a otras entidades no estatales que forman parte del sector seguridad como las empresas de servicios de seguridad privada EMPS.<sup>10</sup>

El *status* jurídico del personal de las EMPS es un asunto sobre el que existe un mediano consenso en la doctrina especializada. El personal de las EMPS, por regla general, no podría catalogarse como combatientes conforme a las disposiciones de DIH, lo cual implica que como civiles no tienen el derecho a participar directamente en las hostilidades. Es más, resulta usual que los Estados contraten a EMPS y su personal para realizar funciones defensivas, y solamente actúan bajo las estrictas condiciones de defender a otros.<sup>11</sup>

De ahí que, si las EMPS y su personal, no son combatientes y no tienen el derecho a participar directamente en las hostilidades, los servicios de seguridad que presten las EMPS en el marco de una política pública de seguridad de los Estados no puedan otorgarle funciones de participación directa en hostilidades; de lo contrario, los Estados estarían faltando a su obligación de respetar y hacer respetar las normas de DIH contenida en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra. Esta obligación implica que los Estados no pueden exponer a los civiles a la conducción de hostilidades. La única manera sería que el Estado en ejercicio de un acto soberano incorpore de *iure* o de *facto* a la EMPS y su personal a las fuerzas armadas del Estado. Reconocemos que los Estados han sido reticentes a realizar incorporaciones de las EMPS y su personal a las fuerzas armadas por razones políticas, pero lo anterior no es óbice para pensar en maneras de incentivar la distinción entre EMPS que realicen actividades que puedan ser catalogadas como conducción de hostilidades como su principal función y aquellas que no.

Por tanto, cualquier esfuerzo por analizar la reforma al sector seguridad, pasa indefectiblemente por la revisión del marco regulatorio internacional aplicable a los actores del sector RSS. Es allí donde fue posible identificar uno de los problemas transversales y estructurales de cualquier reforma al sector seguridad, la falta de criterios orientadores para la aplicación de la regla de incorporación para las empresas privadas de seguridad en el marco del DIH, ya que las

---

<sup>9</sup> Asamblea General Consejo de Seguridad (AGCS), Seguridad Paz y desarrollo: el papel de las Naciones Unidas en apoyo de la reforma del sector de la seguridad, Nueva York, United Nations, 2008, p. 5. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2008/39>. Thoene, Ulf; García Alonso, Roberto; Dávila Benavides, Diego y Toro, Melissa. El enfoque de seguridad humana en los procesos de transformación de las fuerzas armadas y el Ejército Nacional de Colombia. Compilado por Solano González, Édgar; Losada Chavarro, Manuela; Osorio Alvis, María Alejandra; Medina García, María Camila (eds). Desafíos del derecho internacional humanitario en Colombia: desaparición forzada, defensa y seguridad digital, crímenes de guerra y responsabilidad estatal, Tomo III, Universidad Externado de Colombia 2022. p.215.

<sup>10</sup> Asamblea General Consejo de Seguridad (AGCS), Seguridad Paz y desarrollo: el papel de las Naciones Unidas en apoyo de la reforma del sector de la seguridad, Nueva York, United Nations, 2008, p. 6. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2008/39>.

<sup>11</sup> Sassòli, Marco. International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare. Edward Elgar Publishing, 2019. párr. 10.7

empresas militares y de seguridad privada pueden prestar servicios de seguridad que impliquen o no su participación directa en hostilidades.<sup>12</sup>

La regla de incorporación busca determinar cuando los miembros de una unidad, grupo u organización pueden ser considerados como combatientes, y por tanto no se les aplica la protección especial de los civiles.<sup>13</sup> En particular la regla de incorporación puede identificarse en la norma 4 consuetudinaria del DIH<sup>14</sup> y en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra en su artículo 43.<sup>15</sup>

Según esta regla, las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades subordinadas bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte -incluyendo aquellos grupos paramilitares o servicios armados que se incorporen a sus fuerzas armadas-; lo cual les otorga la condición de combatientes y por ende, pueden ser atacadas por el enemigo, o ser catalogadas como un objetivo militar legítimo.<sup>16</sup>

Ahora bien, la incorporación puede ser de *iure* o de *facto*. De acuerdo con la norma consuetudinaria señalada, la incorporación de *iure* corresponde a la incorporación formal de organismos paramilitares o cuerpos armados de seguridad que “*se hace habitualmente mediante un instrumento legislativo, como una ley parlamentaria por ejemplo*”,<sup>17</sup> o en general mediante un acto oficial del Estado.<sup>18</sup> Este acto formal incorpora jurídicamente a estos grupos

---

<sup>12</sup> Consultar las definiciones del International Code of Conduct for Private Security Service Providers, modificado el 10 de diciembre de 2021.

<sup>13</sup> Reglamento de La Haya, art. 1 y 3; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, art. 51.3; Protocolo Adicional II, art. 13.3. V. Cfr. Henckaerts / Doswald-Beck, Derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas (Buenos Aires, CICR, 2007), norma 6 [en adelante, DIH consuetudinario]. En cuanto a la terminología de “pérdida de la protección contra los ataques directos” utilizada en la Guía, v., más arriba, nota 6. 8 Por ejemplo, el personal sanitario y el personal rel

<sup>14</sup> Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, El derecho internacional humanitario consuetudinario, Buenos Aires, CICR, trad. de Margarita Serrano García, 2007, vol. 1, norma consuetudinaria 4. En adelante todas las normas consuetudinarias citadas serán las recogidas en este estudio sobre el DIH consuetudinario.

<sup>15</sup> Artículo 43 - Fuerzas armadas 1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocida por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. 2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. 3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto.

<sup>16</sup> Normas consuetudinarias, norma 8.

<sup>17</sup> Normas consuetudinarias, norma 4

<sup>18</sup> Acosta, Aaron Alfredo, Pablo Gómez Pinilla, y Alejandro Jiménez Ospina. «La incorporación de facto de la policía a las Fuerzas Armadas: estudio sobre la sentencia del 18 de junio de 2020 de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz». Universidad de La Sabana, 2021. <https://doi.org/10.5294/aidih.2021.2.1.9>.

a las fuerzas armadas de una Parte otorgándoles la calidad de combatientes<sup>19</sup> durante la vigencia de ese acto formal de incorporación.

Por su parte, la incorporación de *facto* resulta más difícil de definir, pues no corresponde a un acto formal de incorporación y por lo tanto, supone evaluar los hechos de estos grupos a la luz de los criterios del DIH para poder establecer si son parte o no de las fuerzas armadas, y en consecuencia poder ser catalogados como combatientes.<sup>20</sup> En este tipo de incorporación el estudio del caso cobra especial relevancia para poder determinar si se efectuó o no dicha incorporación, para lo cual en el análisis concreto, esto podría llevar a determinar si dicho grupo por su “naturaleza o práctica estaba destinada a labores relacionadas con el conflicto”<sup>21</sup> es decir la conducción o la injerencia en hostilidades.<sup>22</sup>

Sobre la incorporación de *facto* vale la pena mencionar el caso de la Policía Nacional de Colombia, estudiado por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (SA-TP),<sup>23</sup> donde la SA-TP estableció tres tipos de integrantes de la Policía Nacional vista como un cuerpo civil: i) los que se dedican exclusivamente a labores de mantenimiento del orden público; ii) **los que están destinados a operaciones militares y trabajan conjuntamente con las Fuerzas Militares y, iii) los que de forma individual y temporal participan de manera directa en las hostilidades.**

Estos tres grupos tendrán un tratamiento diferente a la luz del DIH. El i) corresponden a civiles y por ende, gozan de protección frente a la conducción de hostilidades.<sup>24</sup> El ii) corresponden a combatientes, pues por su accionar en conjunto con las fuerzas armadas para el desarrollo de operaciones militares se incorporan de *facto* a la capacidad beligerante de una parte del conflicto.<sup>25</sup> El iii) son civiles que transitoriamente pierden su protección al participar directamente en hostilidades.<sup>26</sup>

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, por regla general ninguna persona que no sea miembro de una fuerza armada Estatal o una parte en conflicto puede ser considerada combatiente<sup>27</sup>,

---

<sup>19</sup> V., v.g., la práctica de Alemania (citada en vol. II, cap. 1, párr. 690), Argentina (ibíd., párr. 688), Bélgica (ibíd., párr. 685), Canadá (ibíd., párr. 689), España (ibíd., párrs. 693 y 696), Filipinas (ibíd., párr. 695), Francia (ibíd., párr. 686), Nueva Zelandia (ibíd., párr. 692) y Países Bajos (ibíd., párr. 691), así como la práctica referida de India (ibíd., párr. 698), República de Corea (ibíd., párr. 699), Siria (ibíd., párr. 700) y Zimbabwe (ibíd., párr. 697).

<sup>20</sup> Norma consuetudinaria 4.

<sup>21</sup> Jurisdicción Especial para la Paz, Sentencia TP-SA-AM 168, cit., párr. 80.

<sup>22</sup> Cfr. Acosta, Aaron Alfredo, Pablo Gómez Pinilla, y Alejandro Jiménez Ospina. «La incorporación de *facto* de la policía a las Fuerzas Armadas: estudio sobre la sentencia del 18 de junio de 2020 de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz». Universidad de La Sabana, 2021. <https://doi.org/10.5294/aidih.2021.2.1.9>.

<sup>23</sup> Ver Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 de 2020 de 18 de junio de 2020, pp. 1-2.

<sup>24</sup> Norma consuetudinaria 1

<sup>25</sup> Norma consuetudinaria 4

<sup>26</sup> Artículo 3 común a los Convenio de Ginebra; Nils, Melzer. "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario." Ginebra, Suiza: Comité Internacional de la Cruz Roja (2010). Melzer, Nils; Kuster, Etienne. Derecho Internacional Humanitario. 2019.

<sup>27</sup> Véase Base de datos D:H. Norma 3, definición de combatiente. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary->

luego *a priori* los miembros de una EMPS no ostentan esta calidad. A pesar de esto, como ya se ha expuesto, es evidente que en el caso de las EMPS y su personal, las líneas que separan combatientes y no combatientes se difuminan considerablemente, pues a pesar de que en una EMPS puedan existir roles que no requieran la participación directa en una confrontación armada, si es posible que dichas actuaciones tengan injerencia sobre las acciones armadas, los objetivos estratégicos y militares, así como en el desarrollo de diversos acontecimientos en el marco del conflicto.<sup>28</sup> Llegados a este punto, proponemos los siguientes criterios orientadores para la aplicación de la regla de incorporación.

Sobre la incorporación de *iure*, proponemos dos criterios en particular, el primero relacionado con el acto de incorporación; y el segundo, con las cláusulas o acuerdos específicos sobre las acciones que las EMPS y su personal desarrollarían.

Frente al acto de incorporación es importante señalar que este acto en sí mismo, i) es un *acto iuris imperii*, pues la incorporación de grupos a las fuerzas armadas es un acto soberano, ii) recae sobre toda la unidad, grupo o estructura que se incorpora y iii) debe ser público y explícito. Lo anterior, por cuanto la incorporación de *iure* denota per se un acto soberano, debe realizarse no sobre individuos sino sobre grupos y estructuras completas, en nuestro caso EMPS y su personal,<sup>29</sup> y en cumplimiento del artículo 43 del Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebra debe poder ser notificada a la contraparte, con miras a poder evitar situaciones de confusión, en respeto al principio de distinción<sup>30</sup> y así evitar poner en riesgo a la población civil.<sup>31</sup> Así las cosas, los actos de *iure* deben ser públicos ya sea mediante una ley, decreto o incluso un contrato estatal que determine específicamente que estructura, unidad o grupo se incorpora a las fuerza militares de la Parte para poder así facilitar su identificación en la conducción de hostilidades.

Respecto a las cláusulas o acuerdos específicos sobre las acciones de las EPMS y su personal, resulta de gran importancia que haya una gran claridad frente al alcance y naturaleza de sus actividades para poder determinar su incorporación o no a las fuerzas armadas de una parte del conflicto. El documento de Montreux<sup>32</sup> propone una serie de recomendaciones sobre las cláusulas que debe llevar un contrato con una EMPS, resaltando no solo las obligaciones que a la luz del DIH y los derechos humanos que tendrían estos grupos incorporados, sino también sobre la naturaleza de las acciones que estos sujetos realizan en función de la conducción de

---

[ihl/v1/rule3#:~:text=Las%20personas%20que%20toman%20directamente,denominadas%20a%20veces%20%E2%80%9Ccombatientes%E2%80%9D](http://ihl/v1/rule3#:~:text=Las%20personas%20que%20toman%20directamente,denominadas%20a%20veces%20%E2%80%9Ccombatientes%E2%80%9D).

<sup>28</sup> Véase, Mauro Urueña-Sánchez y Hector Olasolo Alonso; Las compañías militares y de seguridad privada: Hacia una definición operativa para el Derecho Internacional Humanitario. Revista Criminalidad, Volumen 64 - Número 2 - Mayo-Agosto 2022 - pp. 47-61 - ISSN 1794-3108. Disponible en: <https://doi.org/10.47741/17943108.354>

<sup>29</sup> Norma consuetudinaria 4

<sup>30</sup> Norma consuetudinaria 1

<sup>31</sup> Convenio de Ginebra CG IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949

<sup>32</sup> Véase, 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. Disponible: <https://shop.icrc.org/icrc/pdf/view/id/755>

**CORPORACIÓN CENTRO DE INTERÉS PÚBLICO Y JUSTICIA – CIPJUS**

e-mail: [cipjus@gmail.com](mailto:cipjus@gmail.com) Tel. (57) (316) 743-0333 / (304) 337-6573

NIT. 901108775-3

Bogotá D.C.

hostilidades y su identificación como grupo o unidad que se incorporaría a las fuerzas militares de una parte en el conflicto.

Sobre la incorporación de *facto*, proponemos un criterio para el análisis de los casos concretos acudiendo a la noción de ventaja militar. Cuando las acciones desarrolladas por los grupos o unidades que actúan en el marco de las hostilidades generen una ventaja militar clara y concreta para una de las partes en el conflicto armado, ésta situación puede ser un indicio razonable de su incorporación de *facto* a las fuerzas militares de la parte beneficiaria de sus acciones. Lo anterior por cuanto es operacionalmente esperable que dichas acciones sean coordinadas por la parte que se beneficiaría de la ventaja militar obtenida. Al respecto, la decisión antes mencionada de la JEP,<sup>33</sup> debería considerarse un ejercicio interesante para definir, caso por caso, la incorporación de *facto* grupos o unidades en función de la obtención de ventajas militares para una de las partes en conflicto.

## Conclusiones

Las funciones de seguridad que realizan las EMPS y su personal en muchos casos pueden implicar actividades que sean o no participación directa en hostilidades o que incluso puedan suponer su condición de combatientes, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. Los Estados están obligados a no poner en riesgo a la población civil, por lo cual si las EMPS y su personal por regla general son civiles, el Estado debe abstenerse de exponerlos a las hostilidades. No obstante, y en caso de que las EMPS se involucren en hostilidades debe ser claro si estas lo hacen en condición de combatientes o como civiles que participen directamente en hostilidades. Ahora bien, si un Estado quisiera asignar o contratar servicios de seguridad que impliquen la conducción de hostilidades, el eje central conforme al DIH debería realizarse de conformidad con la regla de incorporación. Por este motivo es muy importante establecer una serie de criterios orientadores que permitan facilitar la aplicación de la regla de incorporación para las EPMS y su personal.

Frente a la incorporación de *iure*, sugerimos dos criterios, uno sobre el acto de incorporación, que debe ser público y explícito, por ende oponible, y el otro sobre la necesidad de claridad y detalle de las cláusulas específicas que señalen la naturaleza y alcance de las funciones que desarrollan los grupos o unidades que se incorporan al conflicto. Ambos criterios señalados deben ser tomados en consideración frente a cualquier ejercicio regulatorio del sector seguridad, buscando garantizar, sea mediante leyes, decretos o contratos la incorporación de *iure* para que se pueda delimitar con absoluta claridad las funciones y las unidades con mando responsable que se incorporan como combatientes a las fuerzas militares de una parte del conflicto.

Sobre la incorporación de *facto*, se sugiere el criterio de ventaja militar para el análisis de caso por caso de la incorporación de grupos o unidades a las fuerzas armadas de una parte del conflicto. La consecución de una ventaja militar por parte de grupos o unidades pertenecientes a EMPS, es un indicio razonable de su incorporación de *facto* a la parte beneficiaria de sus acciones; circunstancia que permitiría esclarecer su condición de combatiente.

---

<sup>33</sup> Ver Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 de 2020 de 18 de junio de 2020