

# La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario

**James Cockayne**

James Cockayne es profesor adjunto en la Academia Internacional de la Paz en Nueva York, y miembro superior del Comité de Redacción del *Journal of International Criminal Justice*

## Resumen

*Aunque las empresas militares se mantuvieron por largo tiempo fuera del escrutinio público del derecho internacional humanitario, han desempeñado un papel clave en la organización mundial de la violencia legítima. El autor, en su examen de la evolución histórica del papel y del estatuto jurídico de las empresas militares, echa luz sobre el actual resurgimiento de la violencia organizada por particulares bajo la forma de empresas militares privadas, así como sus repercusiones generales en el derecho internacional humanitario.*

.....

## Introducción

Nada hay de atemporal ni de natural en la forma en que se organiza la violencia en el mundo de hoy. Sin embargo, el sistema de Estados territoriales públicos, reconocido y constituido por el derecho internacional, es tan básico en nuestra experiencia de vida, que muy difícilmente cabe imaginar otro modo de

organizar la violencia. Igualmente, el derecho que conocemos, un derecho de los Estados, interno en los Estados y entre Estados, es tan básico para nuestra forma de “imaginar lo real”, que apenas podríamos concebir el derecho sin la existencia de los Estados<sup>1</sup>. Pero la organización global de la violencia legítima parece estar cambiando. Los actores privados, que operan a través de redes mundiales, con fines de lucro o de poder, ahora compiten con los Estados en su capacidad de movilizar y proyectar la violencia a nivel mundial. En algunos casos, esos actores pueden revestirse de aspectos de legitimidad y hacer que su violencia privadamente organizada compita con el derecho o hasta se asemeje a éste.

Tradicionalmente, el derecho internacional humanitario se ha concebido como un sistema que regula la violencia entre los Estados y/o los grupos armados organizados que comparten muchas de las características territoriales, administrativas y “públicas” de los Estados. Entonces, ¿cómo afrontará el derecho internacional humanitario esta nueva cara, la cara privada, de la violencia organizada?

En el presente ensayo, planteo que una forma de responder a esta pregunta es reconsiderar el carácter novedoso de esta “cara privada” de la violencia organizada. En mi opinión, aunque las empresas privadas se mantuvieron por largo tiempo fuera del escrutinio público del derecho internacional humanitario, han desempeñado un papel clave en la organización de la violencia legítima. Aunque la violencia organizada en el ámbito privado ha adoptado muchas formas, en este ensayo me concentro en las empresas militares, los organizadores comerciales de violencia de envergadura militar. Al trazar, a grandes rasgos, la historia del cambiante papel de las empresas militares, espero echar luz sobre el actual “resurgimiento” de la violencia organizada por particulares en la forma de empresas militares privadas, así como sus repercusiones generales en el derecho internacional humanitario.

En la primera sección del artículo, repaso brevemente la función de los empresarios militares en la elaboración de un sistema paneuropeo donde la violencia se organizaba en ámbitos públicos y privados. A continuación, esbozo el papel de los empresarios militares en la exportación de este sistema de organización a través del colonialismo, antes de considerar la cara oculta, privada, de la violencia organizada que se refleja en el espejo provisto por el *jus in bello*. Señalo que ciertas modificaciones en el *jus in bello* pueden reflejar cambios, en su mayor parte encubiertos, en la relación entre los ámbitos públicos y privados de la sociedad internacional.

Al develar el papel de los empresarios militares en la organización global de la violencia legítima, también se echa luz sobre la forma en que los cimientos conceptuales del derecho internacional humanitario se orientan hacia los grupos organizados conforme a lineamientos territoriales y jerárquicos. En la tercera sección expongo, sucintamente, los retos que debe resolver el

1 La frase es de Clifford Geertz, en *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, Nueva York, 1983, p. 187.

sistema contemporáneo del derecho internacional humanitario, respecto del resurgimiento de una violencia legítima sin territorialidad ni organización jerárquica, y por ende, privada y global a la vez. Describo esta situación como el desafío de modificar el derecho internacional humanitario, a fin de adaptarlo a un entendimiento nuevo y más complejo de la relación entre la autoridad privada y la autoridad pública, no sólo en la organización de la violencia, sino también en el derecho. Postulo que, mientras en el pasado, lo “privado” era ajeno al escrutinio internacional, en el futuro quizá sea lo “público” lo que se difumine en la práctica internacional, a medida que proliferan y compiten las autoridades privadas, que lo “público” se disuelve en lo “privado”, y que caen bajo control privado extensiones de territorio en las que los actores humanitarios no pueden entrar en forma eficaz o segura. Pero también señalo que es posible evitar esa “pérdida de lo público” trasladando a la sociedad civil y a las empresas los procedimientos que reglamentan la provisión responsable de bienes públicos, actualmente aplicados sólo por el Estado. Es fundamental que los empresarios privados se reincorporen en los procedimientos relativos al suministro de bienes públicos, a fin de garantizar que la reorganización de la violencia legítima no descienda al nivel de una guerra perpetua, una competencia continua y violenta por las ganancias, la legitimidad y el dominio mundiales.

Cabe una advertencia: el presente ensayo tiene un carácter intencionalmente impresionista: ofrezco un esbozo, una obra de pensamiento sintética en la que, deliberadamente, procuro retratar, con pinceladas gruesas, acontecimientos de larga duración. Al igual que una obra impresionista, es posible que en mi esbozo falten algunos detalles, y que ciertos aspectos se mencionen someramente o que incluso no se describan. Al igual que en una obra impresionista, mi propósito es proporcionar un sentido del conjunto que, aunque no siempre sea defendible, sí sea plausible, en lugar de constituir un inventario meticuloso de las partes individuales. Éste es un ejercicio que supone un riesgo inherente, sobre todo en una publicación profesional, y es posible que dé lugar a considerables críticas, o incluso las merezca. Sin embargo, considero que este experimento del pensamiento es intrínsecamente valioso, no tanto porque contenga revelaciones inesperadas de nuevos detalles históricos o por lo que añada a la bibliografía científica, sino como un intento por reconsiderar críticamente los paradigmas conceptuales dominantes (del derecho, del humanitarismo y de la sociedad internacional) en su totalidad. Sólo dando, de vez en cuando, un paso atrás, incluso poniéndose a una distancia desde la que no sea posible distinguir detalles importantes, podremos comenzar a reconocer tendencias más profundas en los detalles que normalmente nos rodean, y encontrar formas de “volver a imaginar lo real”.

## Los empresarios militares y el sistema del Estado

Los empresarios militares plantean grandes desafíos a la forma en que entendemos y concebimos el “derecho”. Condicionados por nuestra socialización en el sistema de Estado, para nosotros (es decir, los nacidos, residentes y educados en países industrializados o quienes absorbieron de otro modo su cultura, es decir, los que probablemente formen la mayoría de los lectores de esta *Revista*), aceptar sistemas de violencia y de legitimidad organizados fuera del Estado puede exigir un gran esfuerzo mental. Los empresarios militares representan un desafío particular en cuanto a la concepción del “derecho” porque, al igual que los bandidos y los salteadores de caminos que inquietaron a los positivistas del derecho, desde Aquino hasta H. L. A. Hart y Hans Kelsen, podrían —al menos en teoría— imponer un monopolio de la violencia que pugne con el del Estado e incluso lo suplante, pero que parece carecer de su legitimidad. Aunque los edictos de un monopolista no estatal de la violencia susciten eficazmente la obediencia de sus súbditos, ¿tienen carácter de ley? Además, los empresarios militares plantean un problema estratégico y práctico en lo que a defender “la ley” se refiere, porque, cuando la autoridad del Estado es débil, esa semejanza teórica puede traducirse rápidamente en usurpación práctica. Así sucedió cuando Maquiavelo advirtió a su Príncipe sobre los peligros de la traición o incluso de la usurpación por parte de los *condottieri* en la temprana Italia moderna<sup>2</sup>, y hoy sigue siendo así en muchas partes del mundo en las que la autoridad del Estado depende de la protección que le otorguen las empresas militares privadas, los señores de la guerra y las redes criminales predatoras, y de la protección que tenga contra dichas entidades.

La distinción entre los empresarios militares y los Estados soberanos puede entenderse, en parte, como una distinción entre la índole privada y comercial de la violencia que organizan los empresarios militares, y la índole pública de la fuerza coercitiva del Estado. La legitimidad pública (tanto local como sistémica) es lo que transforma el control privado de un territorio determinado en soberanía de Estado<sup>3</sup>. El lindero que separa la influencia privada de la autoridad pública es delgado y esquivo, y ha corrido mucha tinta en los intentos por definirla. Pero, si nos concentramos en el límite conceptual que separa lo público de lo privado, corremos el riesgo de perder de vista el vínculo entre esos ámbitos y, en particular, la forma en que la actividad social privada genera y sostiene al Estado público. Esta inadvertencia está institucionalizada en forma particularmente profunda en el ámbito del derecho internacional, con su rígida distinción entre lo internacional (el ámbito público entre soberanos) y lo nacional (el ámbito privado del soberano), lo político (público) y lo comercial, religioso y familiar (privado). Esta bifurcación conceptual se duplica en la reglamentación

2 Nicolás Maquiavelo, *The Chief Works and Others*, traducción al inglés de Allan H. Gilbert, Duke University Press, Durham, N.C., 1965, cap. XII.

3 Cf. Max Weber, “Politik als Beruf”, reeditado en H. H. Gerth y C. Wright Mills (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, Nueva York, 1958, p. 78.

internacional de la violencia, mediante las distinciones entre el comercio y la guerra y entre los conflictos armados no internacionales e internacionales. Como consecuencia, en nuestros análisis de la organización de la violencia, es fácil perder de vista la forma en que la violencia organizada privadamente ha ayudado a producir y apoyar la organización de la violencia legítima basada en “lo público”, constituida por el sistema del Estado. Tanto se han disimulado las conexiones profundas entre la organización social y las instituciones públicas que ahora, cuando nos enfrentamos con un fenómeno —las empresas militares privadas— que parece estar a caballo entre lo público y lo privado, lo militar y lo comercial, luchamos por encontrarle un lugar dentro de nuestros mapas conceptuales y prácticas institucionales, en lugar de pensar que debe caer en algún “vacío”<sup>4</sup>.

En esta sección, intentaré comenzar a corregir esta inadvertencia develando algunas de esas conexiones ocultas. Empezaré por un examen del papel de las empresas militares en el nacimiento del Estado público en la temprana Europa moderna, y seguidamente, analizaré el papel de los empresarios militares en la exportación de este sistema institucional y reglamentario a todo el mundo.

## Los empresarios militares como catalizadores de la nueva distinción entre lo público y lo privado

En los primeros tiempos de la Europa moderna, los organizadores de la violencia comerciales privados desempeñaron un papel fundamental en la generación de la soberanía y la legalización del Estado. La violencia comercialmente organizada facilitó, de muchas formas, el nacimiento del derecho organizado públicamente, actuando como un catalizador que facilitó la precipitación de las instituciones públicas en la mezcla privada de relaciones religiosas, familiares y otras conexiones sociales, así como el surgimiento de una organización constitucional a nivel continental, en la cual la influencia privada y la autoridad pública alcanzaron una situación de equilibrio.

Una explicación histórica de la aparición del Estado describe la centralización del poder económico en manos de unos pocos señores feudales, transformando el derecho relacional y basado en la tierra que tenían sobre el trabajo de sus feudatarios y vasallos (ya sea para la guerra o la industria productiva), en relaciones de empleo contractuales basadas en una economía monetizada, sostenida por la propiedad privada de aplicación universal y por la fuerza de trabajo móvil remunerada con salarios<sup>5</sup>. Mientras surgía este pacto “moderno”, los derechos a organizar y reglamentar la violencia se fueron entregando, en forma creciente, a las autoridades centrales. En la mayoría de los lugares, éstas eran Estados territoriales, pero en otros,

4 V., p.ej., Peter W. Singer, “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Trans-national Law* (primavera de 2004).

5 V. Michael Mann, *The Sources of Social Power: Volume 1, A History of Power from the Beginning to 1760 A.D.*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 1986, pp. 410–11; Karl Marx, *Capital*, New World Paperbacks, Londres, 1972, vol. III, pp. 860–1; M. Dobb, “A reply. From feudalism to capitalism”, en R. Hilton (ed.), *The transition from Feudalism to Capitalism*, New Left Books, Londres, 1976, pp. 57–97.

tomaban la forma de asociaciones de mercaderes y de gente de ciudad que eran capaces de hacer valer estos pactos y garantizar los derechos de propiedad<sup>6</sup>. A su vez, los nobles, la nueva clase de los mercaderes y otros estratos sociales más bajos recibieron mayor libertad comercial, religiosa y personal. La sociedad evolucionó de un sistema heterónimo de categorías sociales y sistemas de autoridad superpuestos entre sí, a dos ámbitos cada vez más diferenciados: por un lado, el comercial, familiar (y, hasta cierto punto, religioso) y “privado”, y por el otro, el político y “público”. El ámbito público estaba expuesto al escrutinio del Estado —y también de los otros Estados— en tanto que el privado se ocultaba cada vez más de esa mirada.

Esta precipitación del ámbito público no se produjo de una sola vez. De hecho, los empresarios militares privados desempeñaron un papel clave como catalizadores del proceso, porque facilitaron la centralización de la autoridad política y jurídica que formaba la base de las nacientes tecnologías y sistemas jurídicos necesarios para sustentar las nuevas formas del comercio. Todos los actores sociales en la sociedad europea premoderna (señores, vasallos, siervos, feudatarios, mercaderes, nuevos burgueses y gentes de ciudad) existían en las redes sociales translocales. Esas redes sociales y grupos de clases tomaron varias formas: relaciones tributarias personales, asociaciones y redes comerciales, y la jerarquía espiritual continental de la Iglesia católica romana. Pero, durante los siglos XII y XIII, dos importantes procesos de reforma jurídica pusieron en marcha una lenta transformación de este sistema plural de gobierno, de autoridad y de influencia, y dieron pie a que los señores feudales ricos en tierras comenzaran a colaborar con los mercaderes y los empresarios militares, con el objetivo de consolidar su poder.

### *Intereses comerciales*

En primer lugar, los intereses comerciales, sobre todo en los centros de comercio italianos, pero gradualmente en toda Europa, promovieron la restauración y la adaptación del derecho romano. Este aspecto facilitó enormemente el comercio translocal a través de la normalización de las relaciones contractuales, las sentencias y los recursos, lo que simplificó la convertibilidad de la propiedad privada en toda Europa<sup>7</sup>. El derecho romano, basado en textos, permitió que el comercio de nivel continental superase el carácter oral de muchas tradiciones autóctonas, facilitando la transmisión del valor económico por el espacio con independencia de las relaciones de confianza y de grupos de clase. El advenimiento del papel —mucho más económico que el pergamino— y más tarde, de la imprenta, fortaleció más aún la desaparición del carácter territorial del derecho, lo que aceleró la comunicación de las decisiones judiciales y los códigos jurídicos, así como el desarrollo de la supervisión administrativa descentralizada, a través de informes escritos presentados

6 Mann, nota 5 *supra*, pp. 420–1; Anthony Giddens, *The Nation-State and Violence. Volume Two of A Contemporary Critique of Historical Materialism*, Polity Press, Cambridge, 1985, p. 100.

7 Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State*, Humanities Press, Atlantic Highlands, Nueva Jersey, 1974, pp. 24–9; P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, Clarendon, Oxford, 1929.

a superiores que residían en otros lugares<sup>8</sup>. A medida que se fue “recuperando” el derecho romano, simultáneamente se adaptó y se combinó con formas jurídicas locales; el nacimiento de las redes comerciales transcontinentales hasta fomentó la fertilización cruzada con los sistemas jurídicos utilizados fuera de Europa, en particular con el derecho árabe<sup>9</sup>. De este modo, las comunidades locales se fueron conectando lentamente a una red jurídica en expansión, lo que trajo consigo la profundización del mercado continental.

Este sistema segregó del comercio las cuestiones políticas y militares, que, en el sistema feudal, estaban inherentemente interconectadas a través de relaciones de lealtad. La expansión de esas técnicas jurídicas redujo los riesgos comerciales y los costos de las transacciones, permitiendo el acceso de los empresarios a mayores fondos de financiación y a otros insumos de la producción, como las nuevas fuerzas de trabajo asalariadas. De esta forma, el resurgimiento del derecho romano en toda Europa facilitó el surgimiento de los capitales móviles y de otros insumos de la producción, fomentó el desarrollo de las redes comerciales continentales, redujo el tiempo de movilización de las finanzas, la mano de obra y el material militar —y por ende, de la violencia organizada— y extendió el territorio sobre el cual los nobles, las ciudades y los grupos empresarios podían proyectar su poderío militar con eficacia.

### *Prácticas jurídicas y administrativas*

Al mismo tiempo, las autoridades políticas seculares adoptaban lentamente las prácticas institucionales jurídicas y administrativas racionalizadas, inicialmente desarrolladas en la Iglesia a través de las reformas gregorianas<sup>10</sup>. Este factor en particular transformó su capacidad de imponer tributos a las poblaciones, permitiéndoles desarrollar la infraestructura que deseaban los mercaderes de las ciudades: la vigilancia del tráfico y de las fronteras, sistemas de acuñación y de medición confiables y la aplicación de la ley en las transacciones de mercado<sup>11</sup>. La función de la ciudad-estado en el cumplimiento de las leyes sobre la propiedad privada y en la creación de infraestructuras judiciales y otras formas de organizaciones administrativas pasó a ser fundamental para la naciente economía capitalista<sup>12</sup>. Las ciudades dotadas de administración central se aliaron con los capitales emergentes para reglamentar la violencia, separando lo público de lo privado y lo político de lo económico. En esta escisión entre el valor

8 M. H. Mills and C. H. Jenkinson, “Rolls from a sheriff’s office of the fourteenth century”, *English Historical Review* (1928), p. 43; Giddens, nota 6 *supra*, p. 179.

9 Giddens, nota 6 *supra*, pp. 99–100, 150.

10 Harold Berman, *Law and Revolution in the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983, p. 276; Wolfram Fischer y Peter Lundgren, “The Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel”, en Charles Tilly (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1975, pp. 456–561, 471, 475–80.

11 Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State: A Sociological Introduction*, Stanford University Press, Stanford, 1978, p. 42.

12 Mann, nota 5 *supra*, pp. 422–3, 431–2.

económico y la lealtad política hubo ganadores y perdedores, ya que produjo un profundo cambio epistemológico<sup>13</sup>. Los cimientos sociales de la legitimidad y sus manifestaciones en la superestructura del derecho sufrieron una reorientación radical; incluso cambiaron los mismos conceptos de “prueba” y “verdad”<sup>14</sup>: la prueba basada en la fe, demostrada por medio de combates, fue superada por mecanismos racionalistas como la evidencia escrita y los testimonios orales<sup>15</sup>. El Estado humano, inmanente y racional empezó a reemplazar a la divinidad trascendente y a la lealtad social como fuente de autoridad normativa y de gobierno. Estos profundos cambios sociales no ocurrieron sin resistencia; por el contrario, provocaron numerosas rebeliones populares<sup>16</sup>.

### *Empresarios militares*

Simultáneamente, estos cambios ofrecieron a los empresarios militares la oportunidad de utilizar el naciente sistema comercial europeo para desarrollar la capacidad militar de contrata y ponerla a disposición de las ciudades, de los nobles y de otros clientes en todo el continente. Esa capacidad militar les permitía realizar adquisiciones hostiles o pacificar los territorios que rodeaban a las ciudades. Básicamente, éste fue el origen de los *Landsknechte* alemanes, los *Reisläufer* suizos, los *condottieri* italianos y los mercenarios ingleses, aunque las estructuras de cooperación entre las autoridades públicas y los empresarios militares diferían ligeramente de un caso a otro, ya que dependían, en parte, del poder de negociación entre los que controlaban el capital y los que controlaban la coerción<sup>17</sup>. El poder de negociación de los empresarios militares era más débil en los que Charles Tilly identifica como Estados “con uso intensivo de coerción”, como Brandenburgo y Rusia, que dependían en gran medida de la extracción directa y coercitiva de fondos de la sociedad civil; era moderado en los Estados que Tilly describe como de “coerción capitalizada intermedia”, como Inglaterra y Francia, donde los Estados procuraban integrar a los capitalistas privados en las estructuras estatales, pero no podían adoptar una modalidad flagrantemente coercitiva; y tenía su máxima expresión en los Estados con “uso intensivo de capital”, como Italia y los Países Bajos, donde los Estados se asociaban con los financistas privados<sup>18</sup>. Algunos Estados se tornaron cada vez más dependientes

13 Georges Duby, *The Early Growth of the European Economy: Warriors and Peasants from the Seventh to the Twelfth Centuries*, traducción de Howard Clarke, Cornell University Press, Ithaca, 1978, p. 261; Henri Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1952, p. 118.

14 Hendrik Spruyt, *The Sovereign State and its Competitors*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994, p. 103.

15 Para una perspectiva diferente sobre la relación entre el juicio por tribunal y por combate, v. Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory*, traducción al inglés de B. Einhorn, introducción y edición de C. Arthur, Ink Links, Londres, 1978, p. 118.

16 V. Charles Tilly, *Capital, Coercion and European States, AD 990–1990*, Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts, 1990, pp. 100–2.

17 Tilly, nota 16 *supra*.

18 *Ibid.*, p. 30.

de la tributación de los fuertes grupos capitalistas, los que, a su vez, se interesaron en la demanda generada por las actividades bélicas del Estado<sup>19</sup>, produciendo lo que un escritor denominó un “complejo militar—comercial” (refiriéndose, intencionalmente, a la advertencia que el Presidente Eisenhower lanzó al finalizar su mandato en 1961, sobre los peligros del surgimiento de un complejo militar—industrial en los Estados Unidos de América)<sup>20</sup>. De hecho, a lo largo del corredor comercial del río Rin, el poder de negociación de las clases mercantiles fue quizás tan fuerte, que los Estados centralizados *no pudieron* desarrollarse hasta que comenzaron las intrusiones de los Estados territoriales formados fuera de ese corredor comercial, en las vecinas Francia y Prusia<sup>21</sup>. Resulta evidente establecer un paralelo con los corredores contemporáneos, como el interior de África occidental y la República Democrática del Congo, en el este, donde los Estados responsables son débiles y los empresarios militares muchos y poderosos.

### *Fortalecimiento del monopolio estatal sobre la violencia*

Sin embargo, el elemento común a las diferentes formas de desarrollo del Estado en la temprana Europa moderna era que, básicamente, todo respondía a una competencia subyacente entre los Estados y los empresarios militares para generar “negocios de protección” con los mercaderes y los nuevos capitalistas, aunque, en algunos casos, los Estados y los empresarios militares formaban alianzas estratégicas que disimularon esa competencia<sup>22</sup>. Los Estados estaban dispuestos a aceptar a los mercenarios porque éstos representaban una forma económica de defender el monopolio de los Estados sobre la violencia contra otros Estados y contra rivales internos, como lo hacen actualmente las empresas militares privadas para los Estados débiles. Al mismo tiempo, el negocio de los mercenarios reforzó los monopolios de los Estados en diversas formas: la necesidad de reunir fondos para pagar a los mercenarios obligó a los Estados a encontrar los modos de aumentar la tributación y penetrar en sus propias sociedades. Con el tiempo, esto mejoró las posiciones de los Estados en sus respectivos arreglos constitucionales con sus rivales internos “privados”. La prueba más famosa de esta dinámica es el acuerdo contenido en la cláusula 50 de la Carta Magna, por el

19 Mann, nota 5 *supra*, pp. 431–2.

20 Samuel E. Finer, “State— and Nation-Building in Europe: The Role of the Military” en Tilly, nota 16 *supra*, p. 115. V. Discurso de despedida del presidente Dwight D. Eisenhower, 17 de enero de 1961; último discurso por televisión, 17 de enero de 1961 (1), caja 38, Series de discursos, documentos de Dwight D. Eisenhower como Presidente, 1953–61, Biblioteca Eisenhower; Administración de Archivos y Registros Nacionales.

21 V. Stein Rokkan, “Dimensions of State Formation and Nation-Building: A Possible Paradigm for Research on Variations within Europe”, en Tilly, nota 16 *supra*, pp. 562–600.

22 El término es de Spruyt, nota 14 *supra*, pp. 84–6; v. también Michael Mann, “The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms and Result”, en Michael Mann, *States, War and Capitalism: Studies in Political Sociology*, Basil Blackwell, Oxford y Nueva York, 1988, p. 27. Para un análisis de las transacciones relacionadas con la protección en la formación de los Estados contemporáneos, v. Vadim Volkov, *Violent Entrepreneurs: The Use of Force in the Making of Russian Capitalism*, Cornell University Press, Ithaca, 2002.

cual la Corona acordaba dejar de utilizar mercenarios contra los nobles ingleses, y a cambio, éstos reconocían la autoridad central del Estado y su derecho a garantizar la protección colectiva contra las amenazas externas<sup>23</sup>.

Sin embargo, los mercenarios representaban para los Estados un riesgo constante, sobre todo cuando abrigaban ambiciones territoriales propias. Algunos Estados pequeños evitaban ese riesgo prestándose a actuar como bases de la actividad mercenaria y como fuente de mano de obra mercenaria, corporizando, en los hechos, al Estado. Pero, con el tiempo, el fenómeno de los mercenarios fue disminuyendo gradualmente, por la combinación de dos tipos de presiones: la ejercida por los Estados, cuando procuraron impedir, de modo más sistemático, que los grupos mercenarios rivalizaran con su propio poder, y el advenimiento de las armas de fuego y del adiestramiento militar disciplinado. Este segundo factor favoreció a las fuerzas armadas de carácter territorial más que a los mercenarios itinerantes, debido a la capacidad de las fuerzas territoriales de conseguir fondos destinados a la construcción de instalaciones defensivas y al adiestramiento en tiempo de paz, y a su posesión de tierras en las que inmovilizar (literalmente) esos costos<sup>24</sup>. Las estructuras de costos de la actividad bélica fueron favoreciendo cada vez más a los Estados en detrimento de los empresarios privados, permitiéndoles atraer a los mejores profesionales. De este modo, como señaló Hintze, “los coroneles dejaron de ser empresarios militares privados para convertirse en funcionarios públicos”<sup>25</sup>.

Un factor igualmente importante fue, quizá, el incipiente control de los soberanos sobre un territorio fijo y el desarrollo de una maquinaria administrativa jerárquica que les permitía ofrecer una variedad de infraestructuras públicas a los clientes comerciales, cosa que estaba fuera del alcance de los empresarios militares<sup>26</sup>. Esas infraestructuras se institucionalizaron como el Estado y su sistema de gobierno público: el derecho. Como señala Michel Foucault:

El derecho no era, meramente, un arma hábilmente utilizada por los monarcas, sino el modo de manifestación del sistema monárquico y la forma de su aceptabilidad. En las sociedades occidentales, a partir de la Edad Media, el ejercicio del poder siempre se formuló en relación con el derecho... Ésta era una monarquía jurídica<sup>27</sup>.

Así pues, los conceptos y las prácticas del derecho se entrelazaron inevitablemente con el concepto de lo público, como lo entendió el gran teórico marxista del derecho, Evgeny Pashukanis:

23 Mann, nota 5 *supra*, p. 431.

24 Tilly, nota 16 *supra*, pp. 83–4; Herfried Münkler, “Las guerras del siglo XXI”, *Selección de artículos 2003 de International Review of the Red Cross*. Puede consultarse también en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

25 Otto Hintze, en F. Gilbert (ed.), *The Historical Essays of Otto Hintze*, Oxford University Press, Nueva York, 1975, p. 200.

26 Cf. Giddens, nota 6 *supra*, pp. 151–2.

27 Michel Foucault, *History of Sexuality Volume 1: An Introduction*, ed. Robert Hurley, Penguin,

Gracias a su nuevo papel como garante de la paz indispensable para la transacción de intercambio, la autoridad feudal tomó un cariz que hasta entonces le había sido ajeno: se hizo pública<sup>28</sup>.

## Los empresarios militares y la exportación mundial de la distinción público/privado

Los proveedores de seguridad comerciales no sólo tuvieron un papel clave en la difusión de la distinción entre el ámbito público y el privado en toda Europa, sino también en su exportación a todo el mundo. Aunque el mercenarismo retrocedió en Europa a medida que los Estados consolidaron sus monopolios territoriales sobre la violencia legítima, los empresarios militares desempeñaron una función importante en el colonialismo, en la proyección extraeuropea del poder del Estado, y en la competencia entre los poseedores de ese poder.

### *La aparición del derecho mercantil transnacional*

El surgimiento del Estado de derecho creó una separación entre un ordenamiento de derecho público, por el cual reglamentaba la vida política mediante el monopolio de la violencia legítima, y el derecho privado, utilizado por el Estado para proteger los órdenes comercial, familiar y religioso, ejerciendo, en esas esferas, tan sólo una autoridad normativa limitada. El derecho privado que ordenaba los asuntos internos y comerciales dependía del Estado en cuanto a las técnicas y prácticas administrativas que le daban vida, incluidas la obligatoriedad de los derechos de propiedad y de los contratos, y la creación de espacios protegidos para la libre práctica de la religión y el ejercicio de la autoridad familiar. Los Estados pudieron proporcionar esa infraestructura jurídica pública en parte por su alianza con una clase mercantil transnacional, y en parte porque, en realidad, la protección de las actividades comerciales europeas no incumbía a ningún Estado en particular, sino que era una actividad compartida entre todos ellos. El resultado fue el surgimiento del derecho comercial transnacional:

El surgimiento histórico del Estado soberano es, por lo tanto, uno de los aspectos de una profunda reorganización de las formas del poder social. El cambio que ese factor introduce en la forma y el contenido de la sociedad internacional es igualmente extraordinario. Porque, en esta nueva organización, las relaciones de ciudadanía y jurisdicción definen las fronteras de los Estados, pero, por otro lado, los aspectos de la vida social que entrañan relaciones de intercambio, en principio dejan de ser objeto de una definición política (aunque, el Estado, en diversas formas, las sigue supervisando) y por ende, pueden cruzar esas fronteras<sup>29</sup>.

28 Pashukanis, nota 15 *supra*, p. 136. Cf. Spruyt, nota 14 *supra*, p. 165. (Traducción del CICR)

29 Justin Rosenberg, *The Empire of Civil Society: A Critique of the Realist Theory of International Relations*, Verso, Londres, 1994, p. 129.

Aquí se observan los primeros esbozos de la división, hoy tan axiomática, del “derecho internacional” en dos ramas: el derecho internacional público, que trata de las relaciones entre entidades públicas, y el derecho internacional privado, que se ocupa de las relaciones de intercambio transnacionales. Sin embargo, esto no significaba que las relaciones comerciales privadas y el derecho internacional privado no se relacionaran con el Estado:

Los elementos transnacionales de la economía medieval temprana habían dependido de la reglamentación normativa cristiana. A medida que la economía se fue extendiendo, aumentó su dependencia de la alianza con el Estado<sup>30</sup>.

Para la época del descubrimiento de América, los principales Estados europeos del Atlántico habían desarrollado una maquinaria administrativa suficiente como para desempeñar el papel que Michael Mann definió como “licenciadores monopolísticos del comercio internacional”<sup>31</sup>. Según explica Mann, el resultado fue que el “comercio internacional no redujo, necesariamente, la primacía económica de los Estados nacionales”<sup>32</sup>. Por el contrario, el descubrimiento del Nuevo Mundo y la apertura de las rutas marítimas a Asia no hizo más que acentuar la dependencia de los capitalistas privados con respecto a los Estados, porque necesitaban acceder a la violencia organizada en gran escala y a las tecnologías militares controladas por el Estado, así como al marco reglamentario compartido que ofrecía el derecho internacional, a fin de reducir los riesgos comerciales que representaban las expediciones comerciales al extranjero:

El comercio también dependía de la reglamentación del Estado. La expansión a otros continentes reforzó el vínculo entre las empresas capitalistas y el Estado. No existía la reglamentación previa de las relaciones internacionales entre las potencias europeas, ni entre ellas y otras potencias... La expansión fuera de los confines de Europa acentuó el acercamiento entre el comercio y la guerra, los mercaderes y el brazo militar del Estado<sup>33</sup>.

### *Formación del derecho público internacional*

Así pues, aunque en la teoría, el imperialismo se describía y justificaba como un asunto de Estado y como una cuestión política y militar, era financiado y organizado con capitales privados, bajo licencias y contratos otorgados por el Estado y bajo formas tales como las Compañías de las Indias Orientales de Holanda y Gran Bretaña. Janice Thomson, en su excepcional libro *Mercenaries, Pirates and*

30 Mann, nota 5 *supra*, p. 473.

31 *Ibíd.*, p. 472.

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*, p. 473.

*Sovereigns*<sup>34</sup>, ofrece una gráfica descripción de las diversas formas adoptadas por esa alianza. Thomson describe cómo los Estados toleraron y contrataron a los mercenarios y a otros empresarios militares, utilizándolos para consolidar, proteger y proyectar sus propios monopolios sobre la violencia legítima. A su vez, esos empresarios militares siguieron desempeñando un papel importante en el desarrollo del sistema jurídico internacional, pero a escondidas de las teorías formales, ya que los debates se enmarcaban en el interés nacional y las razones de Estado. Los intereses comerciales tuvieron un papel importante en la formación del derecho público internacional. El caso más famoso es el de Hugo Grocio, a quien la Dutch East India Company encargó promover las normas jurídicas entre Estados —la libertad de los mares— que beneficiaban a los mercaderes holandeses y los intereses estratégicos del Estado holandés, el cual, de este modo, podía desafiar el monopolio sobre el comercio asiático que reclamaban para sí los portugueses<sup>35</sup>. En un caso menos conocido, la corona inglesa eliminó los privilegios comerciales de la Liga Hanseática, una alianza comercial y política territorialmente dispersa, formada por ciudades mercantiles del norte de Europa, porque la Liga no lograba que sus miembros cumplieran sus obligaciones internacionales. Esto generaba grandes costos a la asociación de comerciantes ingleses *English Merchant Adventurers* y, según afirmaba ésta, reducía los ingresos fiscales de Inglaterra. Bajo la presión de sus propios grupos de influencia comerciales nacionales, otros Estados se apresuraron a imitar a dicha asociación. Los Estados comenzaron a eludir a la Liga y a tratar directamente con sus miembros. En ocasión de las negociaciones de Osnabrück y Münster, que finalmente desembocaron en la Paz de Westfalia, los Estados europeos negaron que la Liga Hanseática tuviera el estatuto jurídico apropiado para hallarse representada en las conferencias. Veinte años después, la Liga se disolvió<sup>36</sup>.

Estas anécdotas son importantes porque no sólo revelan la influencia subterránea de los intereses comerciales en la formación de los aspectos básicos del derecho público internacional (como la personería jurídica internacional, en el caso de la Liga Hanseática, o la libertad de los mares, en el caso de Grocio), sino también la orientación de dicha influencia. En ambos casos, los intereses comerciales nacionales procuraban organizar los espacios internacionales de modo tal de dejar al comercio privado relativamente libre de injerencias de los Estados extranjeros, pero con la posibilidad de organizar la violencia a través de asociaciones con los Estados. En otras palabras, procuraban actuar a través de su Estado nacional para formular las normas jurídicas internacionales de un

34 Janice Thomson, *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994; v. también Janice Thomson, "Sovereignty in Historical Perspective: The Evolution of State Control over Extraterritorial Violence", in James Caporoso (ed.), *The Elusive State*, Sage Press, Nueva York, 1989, pp. 227–54; Janice Thomson, "State Practices, International Norms, and the Decline of Mercenarism", 24 *International Studies Quarterly* (1990), pp. 23–48.

35 C. van Vollenhoven, *The Framework of Grotius' Book De Iure Belli ac Pacis*, Noord-Hollandsche uitgeversmaatschappij, Amsterdam, 1932, p. 103.

36 Spruyt, nota 14 *supra*, pp. 170–1.

modo que reprodujera, a nivel mundial, la distinción entre el ámbito público y el privado, enmascarando el papel de los actores privados en la organización de la violencia “pública”. De este modo, la cara privada de la violencia organizada quedó legitimada y escondida detrás del nascente derecho público internacional, y los Estados y los capitalistas quedaron en libertad de acción para extender su poder por el mundo con la colaboración de los empresarios militares.

### *Organización de los Estados*

Uno de los resultados de la exportación de la distinción lo público y lo privado fue que los conceptos fundamentales del derecho internacional se orientaron, cada vez más, hacia las organizaciones “públicas” semejantes a los Estados, y específicamente, las que compartían las características de territorialidad y jerarquía administrativa de los Estados<sup>37</sup>. Lentamente, fueron excluidas del sistema las organizaciones que no podían ofrecerle al comercio mundial la misma eficacia administrativa que la organización territorial y jerárquica del Estado, como la Liga Hanseática, ciudades—estado como Venecia y Hamburgo, y estados “archipiélago” como el Ducado de Borgoña.

Esta tendencia a la exclusión no se limitó a Europa: en sus empresas coloniales, la forma en que los Estados europeos tendían a tratar con los grupos indígenas que encontraban dependía, en gran medida, de la territorialidad y de la organización jerárquica de esos grupos. A menudo, los grupos que tenían el monopolio sobre un territorio fijo, impuesto a través de una autoridad política jerárquicamente organizada, eran reconocidos como soberanos formales con los que se celebraban tratados. Así sucedió en toda América del Norte y en muchas partes de Asia y el Pacífico. Sin embargo, muchas veces, en procura de obtener la igualdad de trato y a través del compromiso con las normas del derecho internacional, esos grupos indígenas se vieron obligados a transformar sus propios sistemas de gobierno social siguiendo el modelo de los Estados jurídicos públicos de tipo europeo, precisando mejor los límites de su jurisdicción territorial y estableciendo burocracias administrativas complejas y jerárquicas, como hicieron Siam, China y el Imperio Otomano<sup>38</sup>. Pero cuando los Estados coloniales se encontraban con grupos sociales cuyos sistemas sociales no se basaban en la territorialidad y la jerarquía, y que no podían o no querían transformar sus sistemas de gobierno para funcionar de ese modo, no se celebraban tratados en igualdad de condiciones, sino que los Estados europeos, incapaces de identificar una entidad “pública” con la que establecer relaciones internacionales, trataban

37 En última instancia, esta orientación se refleja en el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, firmada el 26 de diciembre de 1933, donde se define al Estado como “persona de derecho internacional que debe poseer: (a) una población permanente, (b) un territorio determinado, (c) un Gobierno, y (d) la capacidad para actuar en relaciones con los demás Estados”.

38 Richard S. Horowitz ha demostrado el papel que los tratados de amistad y comercio desempeñaron en la transformación de las estructuras de gobierno internas de Siam, China y el Imperio Otomano, en “International Law and State Transformation in China, Siam, and the Ottoman Empire during the Nineteenth Century”, *Journal of World History*, vol. 15, N.º 4 (diciembre de 2004).

esos territorios como *terra nullius* (tierra de nadie), abierta, por ende, a la colonización y a los asentamientos, como sucedió en Australia<sup>39</sup>, o delegaban la responsabilidad de la pacificación, la administración y la explotación comercial del territorio a agentes comerciales (habitualmente, compañías bajo contratos de privilegio, como la British South Africa Company). De ese modo, la organización de la violencia dentro del territorio quedaba limitada al ámbito “privado”. Sobre todo en África, los Estados europeos vieron este sistema como un modo de equilibrar los costos y los beneficios de establecer su propio control territorial y administrativo en tierras foráneas, mientras sus agentes empresarios comerciales y militares se beneficiaban de la “privatización” del poder gubernamental a través de la reducción de la rendición de cuentas y el aumento de las facultades administrativas discrecionales<sup>40</sup>.

Mientras que las ciudades y los Estados nacientes en la temprana Europa moderna colaboraban con los empresarios militares en el establecimiento del control monopolístico que les permitía desarrollar la infraestructura jurídica y administrativa necesaria para atraer y gravar las corrientes comerciales, ahora los Estados colaboraban con los empresarios militares para proyectar el poder en forma extraterritorial, cosechando los frutos de las corrientes comerciales proyectadas en los espacios nuevos, pero sin ofrecer los beneficios públicos de la ley a las poblaciones locales. De este modo, los empresarios militares facilitaron la exportación de la distinción público/privado, pero en formas que beneficiaron al comercio privado y a menudo perjudicaron a las poblaciones locales, exponiéndolas a la violencia organizada, aplicada sin un mecanismo de responsabilización. Tan bien encubierta estaba esta violencia privatizada, que, como señaló Lord Lugard, los europeos pudieron “persuadirse de haber hecho la tortilla sin romper ningún huevo”<sup>41</sup>.

### *Asimilación de los empresarios militares privados a las empresas nacionales*

Pero tal como en Europa declinó el poder de los empresarios militares en relación con el de los Estados que habían ayudado a forjar, el equilibrio de poder entre los empresarios militares y los Estados también cambió en la proyección mundial del poderío militar. A medida que avanzaba el siglo XX y subían nuevamente los costos no recuperables de la tecnología militar, los Estados despojaron a los empresarios militares de la proyección mundial del poder militar, del mismo modo que antes habían asumido la proyección del poder militar dentro de sus propias fronteras. La alianza entre los Estados y el capital siguió funcionando a través de las técnicas del derecho internacional y la organización internacional, como ha demostrado Anthony Anghie en su descripción del sistema de mandato

39 V. Stuart Banner, “Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia”, 23(1) *Law and History Review*, vol. 23, N.º 1 (2005), p. 95.

40 V., p.ej., Jeffrey Herbst, *States and Power in Africa: Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press, Princeton, 2000, pp. 61–80.

41 Lord Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, 5ª ed., Frank Cass and Co., Londres, 1965, p. 15.

aplicado por la Liga de las Naciones, que introducía técnicas administrativas y prácticas de gobierno en los territorios bajo mandato, preparándolos para la penetración del comercio mundial<sup>42</sup>. Los empresarios militares desaparecieron de la vista, relegados a los márgenes, a las fábricas nacionales de armas y a las líneas de suministro comercial de grandes fuerzas armadas nacionales con movilidad global, pero ya sin montar sus propias expediciones. Cada vez más, los empresarios militares eran vistos como espantosas anomalías (*les affreux*) en la sociedad internacional, que se consideraba, en forma creciente, un sistema puramente interestatal. La cara privada de la organización de la violencia legítima se fue asimilando cada vez más, en todos los sentidos de la palabra, a las empresas nacionales. Como había ocurrido en Europa, los empresarios militares habían ayudado a los Estados a expandir su poderío a tal punto, que su propio papel en la organización y la ejecución de la violencia legítima no sólo quedó opacado, sino amenazado. Ese papel comenzaría a recuperar su importancia recién a finales del siglo XX, con la privatización (tanto intencional como no intencional) de las funciones gubernamentales.

### *Los empresarios militares y el desarrollo del jus in bello*

El cambiante papel de los empresarios militares en la organización mundial de la violencia legítima se reflejó en los cambios del derecho internacional que rige la conducción de las hostilidades, el *jus in bello*. En esta sección, se postula que los Estados parecen haber encontrado formas de absorber el impacto de la violencia comercialmente organizada en sus sistemas de obligaciones y responsabilidades de derecho público entre Estados, dejando suficiente margen para trabajar junto con los empresarios militares, a condición de que esas asociaciones no amenacen los intereses sistémicos. Al rastrear la trayectoria del desarrollo de esas normas podemos, por ende, identificar los cambios en los conceptos de esos intereses sistémicos. A su vez, esa visión puede echar luz sobre la reorganización gradual no sólo de la violencia sino también de la legitimidad dentro de la sociedad internacional, lo que nos permitirá analizar los cambios en el equilibrio entre la autoridad privada y la pública en la sociedad internacional.

### *Los límites de las empresas militares permitidas*

Los Estados han utilizado el derecho internacional para limitar, controlar y cooptar (pero no erradicar) las empresas militares, y para subordinarlas y alinearlas con el sistema del Estado. Tradicionalmente, el sistema jurídico internacional deja que, en general, los Estados decidan cómo organizar la violencia dentro de sus fronteras, permitiéndoles comprar poderío militar a empresas comerciales.

42 Anthony Anghie, "Colonialism and the Birth of International Institutions: Sovereignty, Economy and the Mandate System of the League of Nations", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 24 (2002), p. 513; v. también Anthony Anghie, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth Century International Law", en *Harvard Journal of International Law*, vol. 40 (1999), pp. 1-81

Sin embargo, las normas fueron evolucionando con el tiempo, muchas veces en respuesta a cambios sociales y técnicos y, en ciertos casos, a fin de asegurar que los actores privados no puedan desestabilizar o incluso desarticular el sistema de Estado, se atribuye a los Estados responsabilidad por los actos de los grupos privados con los que se asocian. Con la evolución de las tecnologías, que permiten a los agentes privados proyectar la violencia con mayor facilidad desde el territorio de un Estado, los Estados han acordado fijar normas más restrictivas en materia de responsabilidad interestatal (pasando de una posición más débil en materia de rendición de cuentas, a requisitos de diligencia debida y de control efectivo de carácter más intervencionista). Sin embargo, los Estados nunca han optado por prohibir la actividad militar comercial *per se*, como lo han hecho con otros tipos de violencia privadamente organizada (como la piratería y ciertos tipos de terrorismo). En cambio, negociaron un complejo conjunto de normas voluntarias que aseguran que los empresarios militares no eludan por completo el control del sistema estatal.

Dado que ningún Estado podía ejercer un control monopolístico efectivo en alta mar, fue en el ámbito marítimo donde surgió uno de los primeros ordenamientos jurídicos internacionales que afectaban a los empresarios militares. Janice Thomson ha descrito la forma en que, al principio, los Estados soberanos toleraban a los empresarios privados que usaban la violencia para obtener beneficios en alta mar, siempre que no amenazasen los intereses de los Estados, sobre todo en relación con el comercio estable; cuando lo hacían, se los declaraba “piratas” sujetos a la jurisdicción universal de los Estados, *hostes humani generis* (enemigos del género humano). Pero, inicialmente, la norma contra la piratería se aplicaba sólo intermitentemente, y a menudo, los Estados se contentaban meramente con participar en acuerdos de protección naval, por ejemplo a través de los tributos pagados a los Estados piratas de la Barbaría, una práctica a la que puso fin la primera expedición naval estadounidense a principios del siglo XIX<sup>43</sup>. Sin embargo, a medida que se hicieron más dependientes del comercio marítimo, en particular durante su evolución a la economía política colonial, la hostilidad de los Estados hacia la piratería se acrecentó, y las normas contra los piratas se aplicaron con creciente diligencia.

### *Neutralidad marítima*

Sin embargo, en algunos casos, los Estados nacionalizaron el negocio militar de alta mar mediante la concesión de patentes de corso no sólo a los actores privados, sino incluso a ex piratas. Esta medida no sólo producía beneficios individuales sino también sistémicos, ya que permitía a otros Estados identificar a un Estado par del cual podían recuperarse los costos causados por la actividad de los corsarios ilegales, lo cual mejoraba la transparencia y promovía el control estatal de los agentes privados que realizaban operaciones desde sus territorios. Pero esta

43 V., p.ej., Tratado de paz y amistad entre Estados Unidos y Túnez, 28 de agosto de 1797, editado en Hunter Miller (ed.), *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, vol. 2, Oficina de Imprenta del Gobierno, Washington, D.C., 1931.

medida también hacía peligrar el comercio internacional, porque lo transformaba en una violenta competencia mercantilista por el dominio nacional de los mercados mundiales. El interés de los Estados en mantener el comercio internacional condujo, en consecuencia, a un complejo sistema jurídico que protegía el concepto y las prácticas de la neutralidad marítima, separando el comercio “neutral” en alta mar, de la guerra de origen “político”. Los intereses comerciales dependían de que los Estados los dotaran de un marco jurídico en el que pudieran realizar sus operaciones y transportar mercancías por mar, y que protegiera sus bienes contra soberanos predadores y empresarios militares privados, como los piratas. Así nació un complejo régimen jurídico que regía la neutralidad marítima y coordinaba los intereses de los Estados y de los capitalistas mediante doctrinas y técnicas jurídicas como las de detener y registrar, la índole de la carga, el viaje continuo y el embargo. Este sistema alentó a los Estados a aplicar normas comunes que regulaban la violencia organizada dirigida contra el comercio mediante la creación de mecanismos destinados a reconocer e interpretar las relaciones jerárquicas efectivas y putativas establecidas entre los actores marítimos y los Estados territoriales. Esas normas dependían del carácter del comercio y de la guerra, y seguían sus cambios. En particular, acompañaban la evolución de las capacidades administrativas y tecnológicas que aplicaban los Estados para proteger el comercio marítimo<sup>44</sup>. Así, el desarrollo del concepto de la neutralidad en el marco del derecho marítimo sirvió así como instrumento de los cambiantes límites entre el comercio privado, la guerra pública y la aplicación de la ley en los océanos.

### *Neutralidad terrestre*

De modo similar, a fines del siglo XIX también apareció la necesidad de contar con un régimen que impidiera a los empresarios militares transfronterizos arrastrar a los Estados neutrales a la guerra a través de sus actividades en tierra firme. Emergieron numerosos y variados precedentes y doctrinas que creaban la responsabilidad atribuida al Estado y obligaciones de diligencia debida, y que incentivaban a los Estados a controlar a los empresarios militares privados a fin de proteger la estabilidad del sistema de Estado, aunque ese control no significara la erradicación<sup>45</sup>. Por ejemplo, en 1907, las potencias coloniales europeas rechazaron la propuesta alemana de prohibir por completo el servicio de extranjeros en las fuerzas armadas nacionales (en otras palabras, la prohibición del mercado laboral militar global). En cambio, optaron por meramente exigir a los Estados neutrales que impidieran el reclutamiento comercial en su territorio. Esto daba libertad a los reclutadores comerciales para actuar en Estados beligerantes o dentro de los territorios ultramarinos de los imperios europeos, lo que restringía el mercado laboral militar global a las zonas afectadas por conflictos y evitaba repercusiones en

44 V. James Cockayne, “Stephen C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History* (Book Review)”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, N.º 1 (2004), pp. 203–10.

45 V., en general, Montgomery Sapone, “Have Rifle With Scope, Will Travel: The Global Economy of Mercenary Violence”, *California Western International Law Journal*, vol. 1 (otoño de 1999), pp. 32–33.

los Estados neutrales<sup>46</sup>.

Durante la primera mitad del siglo XX, a medida que crecían las fuerzas armadas nacionales, los Estados colaboraban con la industria nacional y extranjera a fin de garantizar y organizar la producción de armas y, en el campo de batalla, el soporte logístico —una función convalidada cuando los Convenios de Ginebra de 1949 otorgaron a los contratistas militares el estatuto de prisionero de guerra, pero sólo si poseían una tarjeta de identidad provista por el Estado<sup>47</sup>. Una vez más, se permitía la actividad de las empresas militares, pero a condición de que estuvieran bajo el control del Estado.

### Descolonización

En los años sesenta, comenzó a reaparecer la cara privada de la violencia organizada. A medida que los Estados coloniales retiraban su aparato administrativo de las ex colonias, comenzó a discernirse con mayor claridad la violencia privada y social que había por debajo de la superficie, que el velo de la sanción estatal había ocultado del escrutinio del derecho internacional y, en cierta medida, de la sociedad internacional. En 1961, el Gobierno de Bélgica optó por no aplicar las leyes belgas que prohibían el reclutamiento de mercenarios (requeridas por el Convenio de La Haya de 1907, mencionado más arriba) y permitió que ciertas empresas belgas respaldasen el intento de secesión de Katanga, una provincia congoleña rica en minerales, del Congo recién independizado. Esta medida reveló la naturaleza explotadora de los intereses comerciales belgas en el Congo, y los mercenarios y otros empresarios figuraron en forma prominente en el enfrentamiento militar que siguió, así como en otros enfrentamientos poscoloniales en el continente. Al igual que sus antecesores europeos quinientos años antes, las elites africanas, ricas en dinero, pero pobres en coerción, consideraban que la contratación de empresarios militares era un medio para obtener, consolidar y mantener el poder.

Las semejanzas no terminaban allí. Del mismo modo que los nacientes Estados europeos habían recurrido al derecho para asegurar que los empresarios militares a los que apoyaban no socavasen, a la postre, su propio poder, los Estados recientemente descolonizados recurrieron a la ley para limitar la legitimidad de los empresarios militares contemporáneos. Dichos Estados actuaron con rapidez en relación con esta cuestión

46 Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 concerniente a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre (V Convenio de La Haya), en *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994; 1 Bevans 654–68, art. 4.

47 V. I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, art. 13(4) (que aplica el Convenio a proveedores y miembros de unidades de trabajo o de servicios); II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, art. 13(4); III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, art. 4(4) (que otorga estatuto de prisionero de guerra a determinados proveedores), en *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994.

en la Asamblea General<sup>48</sup> y en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>49</sup>, en la

- 48 V. la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, Resolución 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20º período de sesiones (1965); Resolución 2465 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 23º período de sesiones (1968), párr. 8 (en la cual se establece que “la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional e independencia es un acto criminalmente punible”, y se insta a los Gobiernos a adoptar leyes que declaren crimen punible el mercenarismo); Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25º período de sesiones, (1970) (“Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado”; caracterizado por la Corte Penal Internacional como de conformidad con el derecho internacional consuetudinario en *Military and Paramilitary Activities* (Nicaragua v. U. S.), 1986 ICJ 14, pp. 187–92 (27 de junio) (Fondo); Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas, Resolución 3103 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28º período de sesiones (1973), párr. 5 (“El uso de mercenarios por los regímenes coloniales y racistas contra los movimientos de liberación nacional que luchan por su libertad e independencia y para sacudir el yugo del colonialismo y la dominación foránea se considera un acto criminal y, en consecuencia, los mercenarios deben ser castigados como criminales”); Resolución 51 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44º período de sesiones, 78ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/RES/44/51 (1989) (referido al intento de invasión de Maldivas, en 1988); Resolución 31 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 49º período de sesiones, 83ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/Res/49/31 (1995) (donde se destaca que los Estados pequeños pueden ser particularmente vulnerables a las amenazas externas representadas por los mercenarios y se condenan “todos los actos de agresión”); Resolución 33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 45º período de sesiones, 44ª sesión, p. 17, Documento de las Naciones Unidas A/Res/45/33 (1990); Resolución 79 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44º período de sesiones, 78ª sesión, p. 34, Documento de las Naciones Unidas A/Res/44/79 (1989); Resolución 89 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 46º período de sesiones, 74ª sesión, Documento de las Naciones Unidas A/Res/46/89 (1992).
- 49 Resolución 239 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1967), Documento de las Naciones Unidas S/INF/22/Rev.2, 1967 (en la que se condena a “cualquier Estado que persista en permitir o tolerar el reclutamiento de mercenarios... con el objeto de derrocar los gobiernos de Estados Miembros de las Naciones Unidas” y se insta “a los gobiernos a que procuren que su territorio... así como sus nacionales no sean empleados para la planificación de la subversión, y el reclutamiento, adiestramiento y tránsito de mercenarios”); Resolución 289 del Consejo de Seguridad (noviembre de 1970) (en la que se “exige el retiro... de los mercenarios de Guinea”); Resolución 405 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Documento de las Naciones Unidas S/INF/33 (1977) (referida a la invasión a Benin, en la que se condena “a cualquier Estado que persista en permitir o tolerar el reclutamiento de mercenarios... con el objeto de derrocar los gobiernos de Estados Miembros” y se insta a todos los Estados a “adoptar las medidas necesarias” para asegurarse de que su territorio no sea utilizado por mercenarios o reclutadores a fin de impedir el planeamiento de la subversión y el reclutamiento, entrenamiento y tránsito de mercenarios con el objeto de derrocar el gobierno de cualquier Estado Miembro”) V. también la Resolución 226 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1306ª sesión (1966); Resolución 239 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (SCOR), 1367ª sesión (1967); Resolución 241 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (SCOR), Actas Oficiales del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1378ª sesión (1967).

Organización de la Unidad Africana<sup>50</sup> y en otros foros multilaterales de negociación de tratados<sup>51</sup>, y desarrollaron normas en las que se tipificaban como delitos ciertas formas de negocios militares, concretamente las empresas militares que apuntasen contra esos Estados. Pero, al mismo tiempo, esos Estados se aseguraron de conservar la libertad de utilizar a los empresarios militares para consolidar su propio poder contra los movimientos rebeldes, o para promover la autodeterminación y la descolonización. Aquí se encontraba el esbozo, dentro del *jus in bello*, de un sutil cambio en el trato de la violencia organizada privadamente, que restringía las libertades privadas ofrecidas a los empresarios militares con el fin de impedirles actuar contra el interés público mundial de la autodeterminación.

### *Un espacio para las empresas militares privadas contemporáneas*

Sin embargo, tras el fin de la guerra fría, el *jus in bello* proporcionaba a los empresarios militares un margen considerable para aprovechar los avances en las comunicaciones y el transporte mundiales, así como la mayor disponibilidad de personal experimentado y de armamento, todo ello detrás de un velo empresarial. A fines de los decenios de 1980 y 1990, las redes empresariales crecieron y permitieron que funcionarios gubernamentales y oficiales militares actuales y anteriores, así como especuladores comerciales, se vincularan para aprovechar estas oportunidades de negocios. Para ello, actuaban a menudo a través de centros corporativos, es decir, las compañías militares privadas de hoy. La mayor parte de la actividad militar comercial que emprenden esas compañías se encuadra apropiadamente dentro de lo permitido por el *jus in bello*<sup>52</sup>. Los Estados y los proveedores comerciales explotan intencionalmente las lagunas del derecho, como lo demuestra a las claras el contrato entre Sandline con el Gobierno de Papúa Nueva Guinea<sup>53</sup>. El resultado de las negociaciones poscoloniales relativas a las empresas militares no ha sido tanto un “vacío” como un conjunto heterogéneo de normas internacionales que permite a los Estados la libertad de utilizar las compañías militares privadas, por lo cual éstas no sólo actúan como agentes libres dentro del sistema del Estado, sino también, y en gran medida, como agentes del sistema.

50 Convención de la OUA sobre la eliminación del mercenarismo en África, iniciada en Libreville en julio de 1977, entrada en vigor el 22 de abril de 1985, reeditada en Gino J. Naldi (ed.), Documents of the Organization of African Unity, Mansell, Londres y Nueva York, 1992, p. 58. V. también Documento de la OUA ECM/Res. 5 (III) (1964) (Addis Abeba); OUA, Resolution on the Activities of Mercenaries, AHG/Res. 49 (IV) (1967); Documento de la OUA ECM/Res. 17 (VII) (1970) (Lagos); OUA, Declaration on the Activities of Mercenaries in Africa (23 de junio de 1971), todos reeditados en Robert E. Cesner, Jr. y John H. Brant, “Law of the Mercenary: An International Dilemma”, *Capital University Law Review*, vol. 6 (1990), pp. 363–6.

51 V. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977.

52 V. el análisis en ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, párr. 1806 y ss.

53 *V. Sandline International Inc. v. Papua New Guinea*, en (1999) 117 ILR, pp. 552–65, 565–93 (en la Corte Suprema de Queensland). Se tomó juramento a los empleados de Sandline como miembros de las fuerzas armadas de Papúa Nueva Guinea, a fin de eludir así las normas contra el mercenarismo.

Al mismo tiempo, en las últimas dos décadas, se puede discernir, sin embargo, una sutil evolución de la forma en que los Estados conciben la legitimidad sistémica a la que deberían servir los empresarios militares. Esa evolución consiste en que, cada vez más, los Estados procuran compatibilizar el concepto de las empresas militares privadas con el concepto de humanitarismo. En el decenio de 1990, la actividad humanitaria creció tanto en dimensiones como en alcance, al ritmo que los Estados reducían y retiraban sus presencias militares en otros países tras el fin de la guerra fría, dejando una “brecha” de seguridad que han venido a llenar las empresas militares<sup>54</sup>. El hecho de que los Estados, las organizaciones internacionales y los actores privados en zonas de conflicto dependan cada vez más de las empresas militares comerciales indica una profundización de la estandarización internacional de la reglamentación basada en el mercado. Aunque el debate sobre la cuestión de los mercenarios iniciado en la Comisión de Derechos Humanos a mediados del decenio de 1980 nació del intento de los Estados contrarios al mercado, socialistas, anticolonialistas y no alineados por identificar el accionar de las empresas militares comerciales como una violación de los derechos humanos *per se*<sup>55</sup>, las deliberaciones en el seno de la Comisión viraron progresivamente hacia la forma de lograr que los empresarios militares protegiesen los derechos humanos y cumpliesen con el derecho internacional humanitario. Este enfoque es el que subyace a la actual iniciativa adoptada por Suiza y el CICR, descrita en otro artículo de la *International Review of the Red Cross*, a la propia labor del CICR con las compañías militares privadas<sup>56</sup> y a otras iniciativas destinadas a reglamentar la actividad de las empresas militares.

### *Extender las normas existentes*

Estos enfoques se centran en extender a los actores privados las normas existentes que rigen la organización de la violencia legítima, desarrollada en ámbitos interestatales. Pero conviene examinar los límites de esos enfoques. Tradicionalmente, el *jus in bello* se inicia en una presunción del *jus ad bellum* de que los actores “privados” no tienen el derecho legítimo de organizar la violencia a escala militar sin el consentimiento del Estado, y que, cuando lo hacen, esos actores son, de hecho y correctamente, reprimidos mediante la violencia organizada por el Estado (militar o penal), utilizada para reprimirlos o imponerles sanciones penales. En los últimos treinta años, muchas de las controversias acerca del desarrollo del *jus in bello* y las cuestiones conexas, como el antiterrorismo, han girado precisamente en torno de la medida en que las normas que rigen y legitiman las hostilidades entre Estados debieran extenderse a los actores no estatales. El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977, cobró fama por haber extendido el sistema

54 V. James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, Academia Internacional de la Paz, Nueva York, marzo de 2006.

55 V., en general, *International Alert, The Mercenary Issue at the UN Commission on Human Rights: The Need for a New Approach, International Alert*, Londres, 2001.

56 V. Claude Voillat, “Private Military Companies: A Word of Caution”, *Humanitarian Exchange*, N.º 28 (2005), p. 33.

a situaciones en las que “los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”<sup>57</sup>, lo que sugiere que la legitimidad de la organización de la violencia podría dimanar no sólo del consentimiento del Estado sino también (o mejor dicho, “más bien”) de su alineación con intereses públicos mundiales mayores, como la autodeterminación. Los debates más recientes sobre la Responsabilidad de Proteger parecen cimentarse en el mismo enfoque. Éstas son cuestiones controvertidas, al menos en parte porque no siempre queda totalmente claro que los actores no estatales tienen la misma capacidad de participación responsable en los sistemas desarrollados en contextos interestatales. Quizás no resulte adecuado el mero hecho de ubicarlos dentro del sistema existente; esto podría estirar la piel del derecho internacional humanitario hasta romperla.

Para ver por qué esto es así, hay que analizar más de cerca la forma en que el *jus in bello* se ha extendido para cubrir a los actores “privados” durante los últimos treinta años. Desde 1907, todos los principales instrumentos internacionales que rigen el *jus in bello* han restringido la organización de la violencia legítima a grupos que ejercen el control territorial efectivo<sup>58</sup> y que están organizados mediante una administración jerárquica (reflejada en la doctrina del mando responsable<sup>59</sup>), independientemente de si su legitimidad ha sido tomada de los conceptos de la beligerancia, la condición de Estado o la autodeterminación u otras normas mundiales. Si bien las características de los grupos reconocidos como sujetos del *jus in bello* han acompañado los cambios de las condiciones sociales y técnicas, en particular el aumento de la guerra de guerrillas, la orientación subyacente en favor de la administración jerárquica y el control territorial ha perdurado. El derecho internacional humanitario se basa en el control territorial y la administración jerárquica como piedras angulares del sistema de provisión responsable de artículos, servicios y trato humanitarios. La mera extensión de las normas existentes del derecho internacional humanitario a actores no estatales sin territorialidad ni organización jerárquica trae consigo el riesgo de reducir la eficacia del sistema, porque es posible que esos actores no puedan (o no quieran) suministrar en forma efectiva y responsable los artículos, los servicios y el trato humanitarios.

Por lo tanto, para el derecho internacional humanitario, el desafío es encontrar las formas de incorporar en el sistema que reglamenta los bienes públicos —como el acceso a la seguridad y al trato humano— a las organizaciones sin

57 PI, art. 1(4).

58 Convenio (II) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 26 Martens Nouveau Recueil (ser. 2) 949, 187 Consol. T.S. 429, 4 de septiembre de 1900, art. 42; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, art. 154, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), art. 1(1), *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 13ª ed., Ginebra, marzo de 1994.

59 V., en especial, PI, arts. 86, 87; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, documento de la ONU A/CONF.183/9 (1998), que entró en vigor el 1 de julio de 2002, art. 28.

carácter territorial ni organización jerárquica, anteriormente tratadas como actores “privados”, incluidas las empresas militares privadas, y también, plausiblemente, a los brazos armados de los movimientos sociales mundiales como Hezbolá y Al Qaeda, así como a las empresas criminales organizadas de índole global. Pero para encontrar esas formas, primero hay que comprender cómo y por qué la violencia nuevamente se organiza y legitima privadamente.

## El regreso de lo privado en la organización global de la violencia legítima

Durante casi todo el último milenio, la evolución social y tecnológica ha favorecido, en última instancia, a los Estados por encima de las empresas militares privadas en la organización de la violencia legítima. Los Estados, a veces a través de alianzas tácticas con las empresas privadas, han establecido, profundizado y exportado sus propios monopolios sobre la violencia legítima. En la mayoría de los casos, la territorialidad y la organización jerárquica han superado a otras formas de organización. Esto condujo a un sistema en el que tanto el derecho como la guerra se constituyen como sistemas globales y centrados en el Estado, ocultando gradualmente las actividades privadas que sostienen al poder público coercitivo. Pero el equilibrio entre lo privado y lo público en la organización mundial de la violencia (legítima o ilegítima) parece estar cambiando otra vez<sup>60</sup>. Lo que estamos presenciando puede representar el regreso del ámbito privado.

### Empresas militares contemporáneas

Por ejemplo, echemos un vistazo a la piratería. A pesar de los esfuerzos coordinados de los Estados, estuvo omnipresente hasta el siglo XIX, cuando la aparición de las naves a vapor elevó los costos no recuperables y de operación de la piratería a valores que los piratas, a causa de su carácter itinerante, su baja posición social y su falta general de poder político, no podían sufragar<sup>61</sup>. Pero la piratería ha reaparecido hoy tanto en las aguas de Asia sudoriental como cerca del Cuerno de África, donde los obstáculos al ingreso a los mercados se han reducido nuevamente; los barcos y las armas pequeñas y livianas que se necesitan son económicos y se encuentran fácilmente en el mercado. Así, bienes valiosos navegan a diario por el estrecho de Malaca y alrededor del Cuerno de África, mientras que el poder de policía del Estado suele ser débil y corruptible. En las actuales condiciones de la técnica y de la reglamentación, nuevamente resulta factible, desde el punto de vista económico, que esos pequeños empresarios navales organicen la violencia desde fuera del sistema estatal.

60 Børn Møller ofrece una buena introducción en “Privatisation of Conflict, Security and War”, DIIS Working Paper n° 2005/2, Danish Institute for International Studies, Copenhagen, 2005.

61 V. Ethan A. Nadelmann, “Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society”, *International Organization*, vol. 44 (1990), pp. 479-526.

El regreso de las empresas militares no se limita a los mares; también han reaparecido en tierra firme, e incluso, han comenzado a volar<sup>62</sup>. Las empresas militares han florecido donde (i) el poder del Estado para aplicar la ley es funcionalmente débil o se percibe como ilegítimo, o el Estado apoya o consiente tal actividad privada; (ii) la demanda de violencia organizada es elevada, y (iii) no se cuenta con otras fuentes de violencia organizada (como Estados extranjeros u organizaciones internacionales), o se percibe que esas otras fuentes son menos eficientes o legítimas. La brecha relativa entre la fuerza del Estado y las fuerzas privadas también se ha reducido por efecto del recorte de las fuerzas del Estado tras la guerra fría, la disciplina financiera global del consenso de Washington, y la proliferación de armas pequeñas y livianas, vehículos automotores y otros medios de la guerra asimétrica contemporánea.

Las condiciones reglamentarias existentes favorecen la organización corporativa de las empresas militares, ofreciéndoles las herramientas jurídicas necesarias para proteger los frutos del comercio contra la injerencia de la reglamentación estatal. En primer lugar, los acuerdos comerciales mundiales alientan a las empresas militares a organizarse como conglomerados de compañías de responsabilidad limitada, en los que se distribuyen los riesgos, se protegen los activos contra las incautaciones y las ganancias contra los impuestos, y se permite el arbitraje reglamentario. La confidencialidad del comercio y la protección de los beneficios a través de la aplicación judicial estatal de las decisiones arbitrales internacionales ayudan aún más a las empresas militares, incrementando su poder en relación con los Estados<sup>63</sup>. Los empresarios militares se embarcan en alianzas con empresas de extracción de recursos naturales, compañías de construcción, consultoras de riesgos y funcionarios públicos que trabajan “doble turno” para lograr economías de escala y distribuir los riesgos<sup>64</sup>.

## La decreciente importancia de las características de territorialidad y jerarquía

El resultado neto de las condiciones tecnológicas y reglamentarias contemporáneas es que la importancia de la territorialidad y la administración jerárquica en la organización de la violencia va perdiendo importancia, no sólo para los empresarios militares comerciales lícitos, sino también para aquellos impulsados por el afán de lucro ilícito, por la ideología o por el ansia de poder. No sólo las

62 Uno de los ejemplos relacionados con la aviación es el papel clave de los operadores de la aviación comercial en los conflictos en África occidental y en la región de los Grandes Lagos, tanto en su rol de transportistas como de proveedores de capacidad de combate. Esta actividad se ve restringida por obstáculos al ingreso relativamente elevados (los costos de adquisición de helicópteros y aviones) y por los altos costos de operación (sobre todo reparaciones, combustible y las remuneraciones de pilotos calificados).

63 Con respecto al arbitraje, v. D. Sturzaker, “The Sandline affair: illegality and international law”, *International Arbitration Law Review*, vol. 3 (2000), p. 164.

64 Herbert Howe, “Private security forces and African stability: the case of Executive Outcomes”, *Journal of Modern African Studies*, vol. 36, N.º 2 (1998), pp. 307–31; Pratap Chatterjee, “Mercenary Armies and Mineral Wealth”, *Covert Action Quarterly Magazine* (otoño de 1997); Pratap Chatterjee, “Guarding the Multinationals, DSL and the International Private “Security” Business”, *Multinational Monitor*, 1º de marzo de 1998.

compañías privadas legítimas, sino también los terroristas, el crimen organizado y otros grupos armados no estatales han aprovechado estas condiciones, utilizando tanto las redes mundiales financieras, de transporte y de comunicación como las herramientas jurídicas de nivel mundial para financiar, organizar y proporcionar amparo jurídico a la violencia. Como dijo el líder rebelde kurdo, Abdullah Öcalan: “cuando uno tiene dinero, puede encontrar cualquier cosa en el mercado.”<sup>65</sup> Muchos de esos organizadores privados de la violencia también usan los medios globales para construir un apoyo mundial para sus actividades, y justifican sus diversas formas de violencia no estatal invocando diversas normas, como las del el humanitarismo (por ejemplo, Blackwater), y la *yihad* (por ejemplo, Al Qaeda).

La creciente penetración del ciberespacio en la vida social también puede facilitar la privatización de la violencia. Para los actores privados, el ciberespacio servirá como un espacio en el que puede organizarse la violencia, y como lugar donde pueden identificarse bienes valiosos como objetivos de control o de destrucción. Permitirá que grupos predadores se organicen y funcionen aunque estén dispersos por todo el planeta, dificultando los contraataques de las entidades territoriales y jerárquicas como los Estados. También permitirá que los actores privados ataquen activos valiosos situados en el ciberespacio, causando a las sociedades no sólo daños económicos (por ejemplo, mediante la destrucción de archivos financieros o el robo de valores financieros), sino también daños políticos e incluso físicos (por ejemplo, causando el cierre de infraestructuras o incluso controlando armas convencionales mediante la piratería informática (*hacking*). Aunque estas consideraciones parecen alejadas del tipo de violencia física reglamentado por el derecho internacional humanitario, se mencionan sólo para dar una idea del modo en que el sistema reglamentario actual posiblemente tenga que luchar para afrontar las nuevas realidades sociales no territoriales y no jerárquicas: si se desea reglamentar eficazmente la violencia informática, a fin de abarcar a esos grupos dispersos, habrá que adaptar tanto los conceptos como la práctica del derecho internacional humanitaria.

Sumados, esos cambios tecnológicos y reglamentarios parecen anunciar un importante cambio en el equilibrio de poder entre la autoridad “pública” y la “privada” en la sociedad internacional. Ese cambio presenta desafíos fundamentales para el sistema existente del derecho internacional humanitario, que sigue, en gran medida, orientado hacia una concepción de la guerra basada en Weber y Clausewitz, pensada como una competencia entre jerarquías centralizadas que procuran ejercer poder político sobre un territorio definido. Los sistemas sociales y tecnológicos de hoy, sustentados por un derecho orientado hacia la globalización que sostiene el comercio mundial privado, hacen que la financiación, la dotación de personal, la obtención de recursos y la legitimación de la violencia, así como su proyección en el mundo, resulten inimaginablemente democráticas y decididamente globales<sup>66</sup>. A medida que la violencia se aleja de la territorialidad y se organiza menos

65 Hamit Bozarslan, “Kurdistan: économie de guerre, économie dans la guerre”, en François Jean y Jean-Christophe Rufin (eds.), *Économie des guerres civiles*, Hachette, París, 1996, p. 137.

66 Cf. Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, *Transnationality, War and the Law*, Harvard University, Cambridge, Mass., abril de 2006, p. 19.

jerárquicamente, es probable que también cambie la legitimidad y se genere un derecho cada vez más social en vez de estatal, compartido en vez de monopolizado, y que crezcan las dificultades para aplicar las herramientas existentes del derecho internacional humanitario.

## **Los problemas que afronta el derecho internacional humanitario a consecuencia del resurgimiento de lo privado**

### Alcance y universalidad

El primer problema que plantea el resurgimiento de lo privado para los teóricos y prácticos del derecho internacional humanitario es saber dónde y cuándo se aplica esa ley: en otras palabras, conocer su ámbito.

La concepción moderna de la guerra como una prolongación, por otros medios, de la política pública e interestatal, ha permitido la evolución de una *lex specialis*, un sistema reglamentario confinado dentro del ámbito temporal y espacial de la “guerra”, o, como se define en el derecho internacional humanitario contemporáneo, del “conflicto armado”. La determinación de si la violencia armada prolongada equivale a una situación de conflicto armado y si, por ende, se aplica a ella este sistema reglamentario, se basa en determinaciones de hecho sobre la medida de la violencia en un lugar específico y sobre la participación en la violencia de grupos armados responsables (esto es, jerárquicamente organizados). Se presume que el conflicto armado se relaciona con la lucha por el control político y militar de un territorio.

Las “nuevas guerras”, como las describe Mary Kaldor<sup>67</sup>, dificultan esas determinaciones<sup>68</sup>. En esos conflictos, la violencia, por lo general, es territorialmente dispersa y la participación tiene lugar en forma remota, a través de transmisiones satelitales, transferencias de dinero intercontinentales, mensajes a través de los medios y llamadas por teléfonos celulares. La violencia se organiza cada vez con mayor frecuencia a través de agentes contractuales, redes de influencia carismática y social, e incluso ejemplos inspiradores, en lugar de apelar al mando y al control directos. Resulta cada vez más complicado determinar dónde y cuándo se está desarrollando un conflicto armado, qué significa la “participación activa en las hostilidades”, y cuándo la violencia está “asociada” con un conflicto armado. Por ende, es difícil saber cuándo y dónde se aplica el derecho internacional humanitario, y cuándo se aplica algún otro régimen jurídico, como el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados o el derecho penal. También resulta cada vez más difícil determinar qué jurisdicciones nacionales deben ejercer facultades normativas y sancionadoras, o cuál de todas las jurisdicciones que compiten entre sí es la que debe prevalecer.

67 Mary Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1999.

68 Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, nota 66 *supra*, p. 19.

En algunos niveles, esta situación parece impulsar la convergencia, sobre todo entre jurisdicciones penales nacionales e internacionales. Pero en otros niveles, existe el riesgo de la fragmentación y de la competencia, lo que podría conducir a la confusión conceptual o incluso a una carrera hacia el abismo. Desde esta perspectiva, la reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, en el sentido de que el artículo 3 común se aplica a todos los detenidos en la guerra de Estados Unidos con Al Qaeda, puede ser el anuncio de una victoria bastante pírrica en la defensa del derecho internacional humanitario contra sus detractores, ya que podría despojar a los detenidos de Guantánamo y de la CIA de protecciones a las que, de otro modo, tendrían derecho<sup>69</sup>. Lo que ya ha quedado claro en los debates celebrados en Estados Unidos y en otros países, es que los detractores del derecho humanitario destacarán su orientación hacia el Estado y las consiguientes dificultades en adaptar y aplicar ese derecho a las nuevas formas privadas de la violencia, y dirán que no se aplica o que no debe aplicarse a conflictos con grupos privados. En el último quinquenio, desde el atentado contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, los detractores han procurado ubicar, tanto literal como figurativamente, a los organizadores privados de la violencia en los aparentes “vacíos” de la cobertura del derecho internacional humanitario. A veces, este enfoque beneficia a los actores privados, como en el caso de los contratistas militares estadounidenses en Irak (que gozan de inmunidad frente a la ley iraquí, que en la gran mayoría de los casos están más allá de la jurisdicción del derecho penal estadounidense, y que sólo raras veces violan disposiciones internacionales que prohíben la actividad de los mercenarios), y a veces los perjudica, como en el caso de los detenidos de Guantánamo y de la CIA.

A largo plazo, esta confusión con respecto al ámbito del derecho internacional humanitario puede fragmentar su legitimidad y socavar, en particular, la afirmación de su universalidad. A medida que se restringe o incluso se hace retroceder el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, crece la posibilidad de que se cuestionen tanto la coherencia conceptual como la pertinencia práctica del sistema. La distinción central entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, que sirve de fundamento al humanismo universalista del derecho humanitario puede erosionarse, y lo mismo puede suceder con la idea del humanitarismo como un bien público universal. Puede ocurrir que el acceso a un nivel de trato humano (en el caso de los detenidos) o de ayuda humanitaria (en el caso de las víctimas de un conflicto armado) que supere el mínimo absoluto, ya no se considere un derecho de todos los seres humanos, sino un derecho supeditado a la pertenencia a un grupo de cierta categoría, o de la posesión de algo que tenga valor privado, como cierta nacionalidad, religión o raza, o el dinero contante y sonante.

69 *Hamdan v. Rumsfeld*, No. 05—184, Corte Suprema de Estados Unidos de América, 29 de junio de 2006. En efecto, la reciente Ley de Comisiones Militares (2006) es un indicio de que el caso *Hamdan* fue aprovechado por el Congreso estadounidense para eliminar el acceso de los detenidos a protecciones legales superiores, como los derechos constitucionales y los recursos de habeas corpus estadounidenses.

## La guerra, la aplicación de la ley y la acción humanitaria

En este entorno, a medida que crecen las dificultades para discernir la legitimidad, la línea entre la guerra, la aplicación de la ley y la intervención humanitaria se borrona cada vez más.

Los contratistas civiles son un buen ejemplo de la creciente dificultad en la aplicación del principio de la distinción, cuando la violencia se organiza no a través de una jerarquía administrativa sino a través de relaciones sociales transaccionales y privadas. Un analista civil, contratado para descifrar imágenes de dispositivos aéreos automáticos, transmitidas de Faluya a Florida, donde se encuentra él, ¿es responsable de la falta de precisión de los bombardeos basados en su análisis de las imágenes? ¿Es él un objetivo militar legítimo? La directora general de una empresa civil de traducciones, ¿es responsable de las violaciones graves que suceden durante los interrogatorios que se realizan gracias a los intérpretes que provee su empresa? ¿Es ella un objetivo militar legítimo? Sin duda, hay respuestas jurídicas a estas preguntas, pero a menudo, son difíciles de discernir, sobre todo para los jefes militares y otros combatientes que se enfrentan con graves restricciones de tiempo y de conocimientos.

Otras formas de la violencia privada dan lugar a dificultades de interpretación similares a las descritas en el párrafo anterior. Las guerras en red sin carácter territorial ofrecen distinciones netas entre los civiles y los participantes en las jerarquías armadas responsables, como las que supuestamente existían en las guerras entre Estados del último siglo y medio. Como lo demuestra el reciente conflicto en el sur de Líbano, la dispersión de la participación en la organización de la financiación, del personal y de los recursos de la violencia por parte de los actores privados arroja una red cada vez más amplia sobre la sociedad “civil”, y aumenta la tentación (y tal vez la posibilidad jurídica) de realizar contraataques desde el Estado contra instalaciones de doble uso conforme a los artículos 50 a 54 del Protocolo adicional I. Con la participación en las hostilidades dispersada a través de redes contractuales y sociales, resulta cada vez más difícil mantener las distinciones entre los daños colaterales lícitos infligidos por los Estados, el terrorismo no estatal y el asolamiento de las comunidades civiles por parte de las milicias. Podría derrumbarse no sólo el hecho de la distinción, sino su mismo principio.

Otro ejemplo de la forma en que la dispersión de la participación en los conflictos armados (o, al menos, la creciente información en los medios de comunicación sobre esa dispersión y la mayor conciencia pública al respecto) pone trabas a la legitimidad y la pertinencia del principio de la distinción, reside en el debate sobre la participación de niños en los conflictos armados. Los niños representan una mano de obra barata y fácil de manejar, tanto en la guerra como en la industria de la producción. A menudo, los niños participan en las hostilidades contemporáneas o resultan esenciales para la viabilidad de las empresas militares y criminales en las que se los obliga a trabajar. La participación de los niños como actores en la organización de la violencia pone a prueba nuestras dicotomías instintivas de combatiente respecto de civil y perpetrador respecto de víctima, que

socava el principio de la distinción y embiste contra la legitimidad social de los marcos jurídicos existentes.

Los teóricos y los juristas pueden encontrar formas creativas de adaptar los mecanismos existentes del derecho internacional humanitario a estas nuevas realidades sociales, como lo hizo el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) al adaptar el concepto de “personas protegidas” del artículo 4 del IV Convenio de Ginebra a situaciones en las cuales la pertenencia a un grupo era determinada por la lealtad, no la nacionalidad<sup>70</sup>. Sin embargo, esa agilidad teórica tal vez no pueda repetirse en las pesadas burocracias de las estructuras de mando militar, que suelen caracterizarse por su inercia conceptual. Los jefes militares que deben desarrollar y aplicar en forma coherente las innovaciones teóricas se enfrentan con numerosos desafíos, sobre todo cuando los Estados están trabados en una guerra asimétrica con actores privados. Para que haya coherencia en su modalidad y disciplina en sus fuerzas, los comandantes militares necesitan directivas claras, impartidas con anterioridad a los hechos. Sin esas directivas claras, es obvio que las fuerzas armadas se ven tentadas a abandonar todas las normas existentes. Incluso cuando los actores privados cuentan con la organización necesaria para proporcionar las protecciones recíprocas que actualmente exige el derecho internacional humanitario (por ejemplo, las detalladas disposiciones del III Convenio de Ginebra con respecto a las condiciones de detención de los prisioneros de guerra), en muchos casos no tienen la motivación o los incentivos necesarios. Y gran parte de la nueva violencia “privada” simplemente carece de esa capacidad organizativa porque no tienen ni el territorio donde mantener a los prisioneros, ni las relaciones jerárquicas necesarias para administrar responsablemente otras obligaciones establecidas por el derecho internacional humanitario, como la supresión de las violaciones graves.

Esto nos lleva a otro importante problema que enfrenta el derecho internacional humanitario a raíz de la actual reorganización de la violencia armada: la dispersión de la responsabilidad de la aplicación de la ley. El predominio de la organización no jerárquica obstaculiza la aplicación de la responsabilidad de mando. En el campo de batalla, esto hace que los comandantes militares recurran cada vez más a la estrategia de “vaciar la piscina”, que a veces roza el castigo colectivo. Cuando los jefes militares procuran armar la ayuda humanitaria y los grupos humanitarios se transforman en socios inconscientes o reacios de las partes en un conflicto armado, el principio de la proporcionalidad se estira (como sucedió en el reciente conflicto en el sur de Líbano) y el espacio humanitario se encoge<sup>71</sup>. Los conceptos y las prácticas de la neutralidad, la imparcialidad y la independencia de la acción humanitaria corren el riesgo de eclipsarse lentamente.

70 *Prosecutor v. Tadic, Sentencia*, Caso N.º IT-94-1-A, ICTY, 15 de julio de 1999, reproducido en (1999) 38 *International Legal Materials*, vol., p. 1518.

71 V. Cockayne, nota 54 *supra*. En 2001, Colin Powell, secretario de Estado de Estados Unidos, formuló su famosa descripción de las ONG en Afganistán como “multiplicadoras de fuerzas” y como parte importante del “equipo de combate” estadounidense: *Colin Powell, Remarks to the National Foreign Policy Conference for Leaders of Nongovernmental Organizations*, 26 de octubre de 2001.

En este proceso, las actividades de los Estados, previamente diferenciadas, que habíamos conocido como la acción militar, la aplicación de la ley, la ayuda humanitaria y la ayuda para el desarrollo, se difuminan, formando proyecciones complejas de una forma particular de gobierno social<sup>72</sup>. Numerosos actores ya cuestionan el propio programa universalista secular del humanitarismo contemporáneo: algunos impugnan la validez de su secularismo, otros se preguntan si es verdaderamente universalista o si, en realidad, es un vehículo para los programas sociales transformativos del Occidente liberal<sup>73</sup>. De hecho, esta descripción —la proyección competitiva e intervencionista de un complejo sistema de gobierno— puede aplicarse, también plausiblemente, a una variedad de iniciativas contemporáneas, desde la “guerra mundial contra el terrorismo” a la consolidación multilateral de la paz y a ciertas interpretaciones contemporáneas de la *yihad*. El advenimiento de cada uno de esos fenómenos incrementa las dificultades en el plano de la teoría y la práctica del humanitarismo internacional y su protección a través del derecho.

### ¿Competir para gobernar?

El riesgo que se corre es que surja una competencia normativa: una lucha violenta y continua —sin paz ni guerra absolutas— entre sistemas de gobierno opuestos, promovidos por coaliciones de Estados y actores no estatales que rivalizan entre sí, sin que las líneas del frente estén claramente definidas.

En la actualidad, esa competencia se parece más a la rivalidad entre el humanismo racionalista derivado del Iluminismo de los Estados y sociedades occidentales, y el dominio teológico de algunos sectores contemporáneos del islam político. Anteriormente, escribí en estas páginas acerca de esa relación y sus efectos en la evolución histórica del derecho internacional humanitario, por lo cual no volveré sobre esas cuestiones en el presente artículo<sup>74</sup>. En cambio, sencillamente quisiera señalar que, aunque gran parte del discurso contemporáneo ve esta cuestión como un “choque de civilizaciones”, el análisis que antecede sugiere que los problemas que encara el derecho internacional humanitario surgen, en iguales proporciones, de choques que tienen lugar dentro de las civilizaciones, entre diferentes discursos, diversos programas políticos e incluso distintas epistemologías.

Lo que unifica los debates contemporáneos sobre las compañías militares privadas, el terrorismo, el crimen organizado e incluso la Responsabilidad de Proteger, es una profunda reconsideración, dentro de numerosas comunidades globales y entre ellas, de la medida en que la violencia debería ser organizada y regulada por normas de legitimidad y sistemas institucionales públicos y, en el

72 V. Mark Duffield, *Global Governance and the New Wars: The Merging of Development and Security*, Zed Books, Londres, 2001.

73 V. Birgitte Refslund Sørensen, “Violence and humanitarian assistance: Reflections on an intricate relationship”, *Journal of Humanitarian Assistance* (septiembre de 2006), pp. 14–19.

74 V. James Cockayne, “Islam and international humanitarian law: from a clash to a conversation between civilizations”, *International Review of the Red Cross*, septiembre de 2002, disponible en [www.icrc.org](http://www.icrc.org)

contexto global, universales. Ese debate versa sobre el alcance y el contenido de las responsabilidades sociales de diversas formas institucionales, se trate de los Estados, de las empresas comerciales, de las instituciones religiosas o de organizaciones de la sociedad civil; en particular, se trata de la medida en que aquéllas deben asumir la responsabilidad de proporcionar protección física y social a los seres humanos, en particular a los que no pertenecen a sus grupos o a sus relaciones de intercambio. Ese debate también alcanza la cuestión de a quién deben rendir cuentas las instituciones que proveen esa protección. En otras palabras, la cuestión es, en parte, encontrar un nuevo arreglo constitucional a nivel mundial entre lo público y lo privado en la organización y la reglamentación de la violencia legítima. Se trata de una lucha por la reorganización mundial de la violencia legítima.

## **Volver a imaginar el derecho internacional humanitario**

¿Cómo sería un sistema de violencia legítima organizada a nivel mundial, y qué lugar tendría en ese sistema el derecho internacional humanitario? Para responder a este interrogante, debemos preguntarnos sobre el papel que desempeñarían, en tal sistema, el ámbito internacional, la acción humanitaria y el derecho.

### De lo internacional a lo global

Primeramente, debemos considerar si la acción humanitaria en el contexto de la no territorialidad puede seguir dependiendo solamente del consentimiento del Estado como base de su legitimidad. ¿Qué fuentes de legitimidad se necesitan para sostener la acción humanitaria en el mundo, en un contexto poblado de empresas militares como las compañías militares privadas, las redes terroristas globales y los señores de la guerra locales, todos los cuales se mantienen abastecidos gracias al acceso a los mercados mundiales?

La reciprocidad interestatal por sí sola parece una base insuficiente para un derecho humanitario que abarque a todos estos actores. Confrontados por adversarios que no quieren o no pueden ofrecer al personal estatal las mismas protecciones que, según el derecho internacional humanitario, los Estados deben ofrecer a los otros Estados y a los actores no estatales, los Estados seguirán cediendo a la tentación de restringir o, directamente, evitar la aplicación del derecho internacional humanitario. Muchos de los actores no estatales justificarán sus acciones por sí mismos, no por referencia a la sanción del Estado sino por referencia a normas “globales” como el humanitarismo, el beneficio del accionista y la autoridad divina.

Teniendo en cuenta estas vulnerabilidades, el derecho humanitario necesitará hallar nuevas fuentes de legitimidad, por ejemplo apelando al comercio mundial, a la sociedad civil e incluso a los grupos armados transnacionales<sup>75</sup>. Las medidas adoptadas por el Movimiento de la Cruz Roja, consistentes en trabajar con

<sup>75</sup> Con respecto a esta cuestión, v. Programa de investigación sobre política humanitaria y conflicto, nota 66 *supra*.

las compañías militares privadas para aplicar el derecho existente, no son más que el comienzo. Tendremos que pensar en la forma de tratar a los actores no estatales no sólo como objetos de gobernanza, sino como fuentes de normatividad y legitimidad. Esto exigirá un enfoque muy creativo de la gobernanza mundial, que vaya mucho más allá de las modalidades jurídicas internacionales centradas en el Estado, que haga hincapié en los aspectos no territoriales y no jerárquicos de la ciudadanía global “pública”. Algunos de los mecanismos para promover esa ciudadanía pública podrían ser arreglos voluntarios como el Acta de Compromiso promovida por el Llamamiento de Ginebra, o los Principios Voluntarios sobre la seguridad y los derechos humanos acordados entre Estados Unidos y el Reino Unido; estrategias y mecanismos reglamentarios nacionales, que incentiven o decreten el cumplimiento de ciertas normas por los actores privados, como los que actualmente examinan el Gobierno suizo y el CICR en relación con las empresas militares privadas, y la movilización pública, orientada a sensibilizar a los consumidores individuales, a los votantes y a los miembros de las comunidades religiosas.

## El humanitarismo puesto en tela de juicio

Independientemente de que adoptemos o no esos enfoques creativos de la legitimidad, es del todo previsible que, en algún momento, la presión política por revisar el contenido de las normas existentes del derecho internacional humanitario se torne abrumadora, sobre todo a causa del predominio, o al menos la preeminencia, de la guerra asimétrica. En muchos casos, esa revisión exigirá reformular incluso la misma noción de humanitarismo, a fin de formular un consenso común sobre las conductas que impone. Aquí, el desafío es encontrar las formas de ajustar el edificio interestatal del derecho internacional humanitario para hacer frente a la violencia privada mundial, sin abandonar los cimientos humanitarios que sostienen el edificio existente.

Esta actividad requerirá un pensamiento sistemático y debates exhaustivos sobre, por ejemplo, cómo modificar los siete Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna roja (humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad), así como otros principios clave (como los de la distinción y la proporcionalidad) para hacer frente a los organizadores de la violencia sin territorialidad ni organización jerárquica. No cabe duda de que, actualmente, los actores humanitarios en el terreno ya se ven obligados a realizar ajustes *in situ*. Ellos necesitan y merecen una orientación más amplia y coherente, no solamente de su sede sino de la así llamada “comunidad internacional” en su conjunto, cuyos intereses suele decirse que representan. No se trata exclusivamente de determinar qué requisitos de “trato humano” del artículo 3 común son aplicables en el caso de un terrorista que, presuntamente, tiene información exclusiva sobre un futuro crimen; se trata también de cómo deben los actores humanitarios tratar con los señores de la guerra y las compañías militares privadas en el terreno, y qué función cumplen las visitas a detenidos en relación con organizaciones criminales que realizan secuestros, para mencionar tan sólo unos pocos problemas actuales.

Aunque nuestro objetivo final sea resolver cuestiones relativas a las normas de humanitarismo que compiten entre sí y que provienen de tradiciones jurídicas, jurisdicciones y regímenes diferentes, un enfoque más cauteloso podría consistir en concentrarse en los elementos comunes de esas normas, no en los aspectos controvertidos. Nuevamente, el objetivo debe ser encontrar una solución “global” que refuerce el consenso que sostiene los comportamientos que conocemos como “humanitarismo”. Los actores humanitarios internacionales, como el CICR, podrían aunarse a interlocutores como las compañías militares privadas, las autoridades de aplicación de la ley de orden nacional y subnacional, administradores nacionales e internacionales de regímenes aplicados a los refugiados, organizaciones multilaterales de mantenimiento de la paz y autoridades de derechos humanos, a fin de forjar compromisos sobre actividades de interés común, como la detención, los interrogatorios, los traslados internacionales (con inclusión de la devolución) y las garantías procesales, que se apliquen en todo momento y lugar.

Sin embargo, también se debe aceptar que la defensa del humanitarismo exige más que la estandarización de las normas. Es posible que también sea necesario crear estructuras jurídicas, administrativas y socioeconómicas que incentiven el comportamiento humanitario. Es posible que haya un nivel en el cual el enfoque de “aceptación” de algunos actores humanitarios ya no se pueda sostener sin un nivel adicional de incentivos que reglamenten y limiten las amenazas que representan los actores que rechazan y atacan al humanitarismo. Esto no necesariamente debe traducirse en una restricción coercitiva. Tal vez pueda inducirse a algunos actores privados a que actúen de conformidad con los valores públicos y ofrecerles bienes públicos si ese comportamiento les reporta claros beneficios privados, como por ejemplo, mayores beneficios económicos. Esta idea se aplica tanto a las compañías militares privadas que adoptan medidas de responsabilidad social corporativa con el fin de mejorar su “marca” en el mercado, como a las milicias locales a las que se induce a dejar las armas mediante el ofrecimiento de medios de sustento alternativos provistos por la comunidad internacional.

Según esta línea de pensamiento, el humanitarismo debe considerarse parte de un sistema social más amplio que valora la no violencia, practicada por todos los actores sociales, sean militares o comerciales, públicos o privados. En consecuencia, es posible que la acción humanitaria global se vea obligada a tratar no sólo con las estructuras de mando responsables, sino, en términos más generales, con las empresas responsables. En tanto que el derecho internacional humanitario ha funcionado mayormente a través de modelos de “mando responsable”, es posible que esta concepción más social de la reglamentación humanitaria a nivel mundial deba elaborar otros modelos basados en la “empresa”. Tal vez, esos modelos, que atribuyen la responsabilidad no a través de relaciones jerárquicas sino transaccionales, están comenzando ya a surgir a través de los litigios en los tribunales nacionales e internacionales<sup>76</sup>. Esos modelos pueden facilitar la reglamentación

76 V., en especial, Anita Ramasastry y Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, FAFO Report 536, FAFO, Oslo, 2006.

transparente y coherente a nivel mundial de la violencia que se organiza no a través de la subordinación jerárquica, sino a través del encubrimiento, la complicidad, las empresas criminales conjuntas y la influencia social<sup>77</sup>.

El desarrollo de esos modelos a través del litigio descentralizado es, en sí mismo, un proceso clave en el avance hacia una reorganización global de la violencia legítima que vuelva a equilibrar la relación entre los valores públicos y los intereses privados en la sociedad de todo el mundo. Es un sistema que se está construyendo mediante la acción descentralizada y a menudo privada, por conducto de los tribunales y de los contratos. Pero, precisamente por esa razón, corre el peligro de fragmentarse y perder cohesión. Lo que es más, existe el riesgo de producir interpretaciones dominantes de las normas humanitarias y militares, que se orienten hacia la perspectiva del derecho penal. Con el tiempo, esa orientación hacia el derecho penal puede llevar a normas de conducta que sean significativas para los fiscales, jueces y jurados, pero no para los actores en el terreno como los comandantes militares y los actores humanitarios. (Nuevamente, viene a la mente el ejemplo de las “personas protegidas” como en el caso *Tadic*). Un enfoque más eficaz podría ser que los Estados y los otros actores decisivos del sistema humanitario colaboren con las partes interesadas, como el sector empresarial, para codificar esas normas y aclarar la forma en que los Gobiernos y sus entidades auxiliares deben aplicar las normas existentes que rigen la conducta humanitaria en diversas situaciones no jerárquicas sino relacionales.

### ¿Del derecho a la norma?

Un proyecto como el descrito asume que habrá margen para la acción humanitaria en el futuro. El peligro final del retorno de lo privado es la posibilidad de que surja un escenario bastante más sombrío, en el que la acción humanitaria haya perdido su pertinencia. El peligro más general es que se privatice, en cierto sentido, el derecho en sí, sin dejar margen alguno para la prestación de servicios públicos a nivel global y, por ende, para la acción humanitaria mundial.

Si no se reglamentan apropiadamente, las compañías militares privadas y los otros empresarios militares, operando a través de redes transnacionales de poder financiero, gubernamental, social, jurídico y militar, podrían hacer de la seguridad un bien de cambio, disponible para aquellos que cuentan con suficiente poder financiero, social o político. En este caso, el peligro es que el acceso a la seguridad deje de ser un derecho inherente a la persona humana, garantizado, al menos nominalmente, por los Estados, y se transforme en una cuestión de poder financiero, social y político. Los derechos jurídicos modernos y racionales protegidos por el derecho internacional humanitario corren el riesgo de dar un paso atrás para volver a ser derechos relacionales y transaccionales, cercanos a la experiencia histórica

77 Para ejemplos de la temprana adaptación de las doctrinas sobre responsabilidad de mando a tales situaciones, v. *U.S. v. Krauch et al.* (caso “IG Farben”, caso 6), TWC VIII, pp. 1081–210 en pp. 1124, 1126; *Prosecutor v. Musema*, T.Ch., 27 de enero de 2000, fallo y sentencia, ICTR-96-13.

de las sociedades premodernas, como la Europa feudal<sup>78</sup>. En tales circunstancias, el derecho se disgrega en sistemas de gobierno y de autoridad que se superponen y a menudo compiten entre sí. El peligro es que, con una presencia prominente de los empresarios militares en esta combinación, la competencia puede ponerse violenta. El mundo correría entonces el riesgo de reproducir condiciones como las que prevalecían en la Europa premoderna, con Estados y empresarios privados que rivalizan en el negocio de ofrecer protección a poblaciones superpuestas y con la “protección” humanitaria reducida a una herramienta estratégica destinada a granjearse la lealtad y el control de las poblaciones, en operaciones cuyo propósito es “ganar los corazones y las mentes”, en mayúsculas.

Para algunos, esos acontecimientos pueden parecer remotos o improbables, pero para otros, representan la forma en que ya se percibe y se recibe la acción humanitaria en algunas partes del mundo. Gran parte de lo que hoy damos por sobreentendido en la organización global de la violencia legítima probablemente nos parecía exagerado, si no inconcebible, antes de que sucediera: el plan de Dunant de establecer comités para asistir a los soldados heridos en el campo de batalla, o el concepto de un Estado secular legítimo, o incluso la distinción axiomática que trazamos entre los ámbitos de lo público y lo privado. El primer paso para controlar esos procesos de reorganización puede ser el de “volver a imaginar la realidad”. Hay señales de que el mundo ya se está reorganizando a nuestro alrededor: el retorno de la intervención privada en la organización de la violencia, ejemplificado por el resurgimiento de las empresas militares privadas, es sólo uno de los ejemplos de la reformulación del equilibrio entre la autoridad pública y el poder privado. Si deseamos mantener la legitimidad del derecho internacional humanitario y de la acción humanitaria y conservar el acceso público al trato, a los bienes y a los servicios humanitarios que ese ordenamiento jurídico protege, debemos actuar con rapidez para “volver a imaginar” la realidad y encontrar en ella un lugar para esta rama del derecho.

78 V. A. C. Cutler, “Globalization, the rule of law, and the modern law merchant: Medieval or late capitalist associations?”, *Constellations*, vol. 8 (2001), pp. 480–502.