

BLACKWATER ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL: EL NEGOCIO DE LA INMUNIDAD

Antonio PASTOR PALOMAR

Profesor titular de Derecho Internacional Público
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. *BLACKWATER* COMO EMPRESA Y ELEMENTO DE LA *TOTAL FORCE*.—II. EL MARCO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PRIVADOS DE SEGURIDAD Y MILITARES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES. 1. *¿Qué puede privatizarse conforme al derecho internacional?* 2. *¿Qué uso de la fuerza se autoriza?* 3. *El contrato estatal y la responsabilidad corporativa*.—III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE *BLACKWATER* EN IRAK Y AFGANISTÁN. 1. *En el derecho internacional humanitario: Combatientes y/o civiles*. 2. *En el derecho iraquí: La Orden 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición*. 3. *Los Status of Forces Agreements con Afganistán e Irak*.—IV. ATRIBUCIÓN Y EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS POR LOS ACTOS DE *BLACKWATER*.—V. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE *BLACKWATER*: EXAMEN A LA JURISDICCIÓN DE ESTADOS UNIDOS. 1. *Jurisdicción militar: territorial y extraterritorial*. 2. *Jurisdicción federal penal: la Jurisdicción Especial Marítima y Territorial*. 3. *Jurisdicción federal civil y sus límites: el caso McMahon v. Presidential Airways Inc./Blackwater*. 3.1 No enjuiciamiento de cuestiones políticas: internacionales, militares. 3.2 Las excepciones a la Federal Tort Claims Act: A) La inmunidad soberana derivada. B) La excepción por actividades de combate. C) La excepción por funciones discrecionales.—VI. CONCLUSIONES.

I. *BLACKWATER* COMO EMPRESA Y ELEMENTO DE LA *TOTAL FORCE*

La privatización del poder público de un Estado constituye un fenómeno social creciente, tanto en tiempo de paz cuanto en el de conflictos armados internos o internacionales. Afecta a servicios de carácter exclusivamente económico, condicionados por la liberalización, la desregulación o la competitividad, y también a otros núcleos de la soberanía estatal tan sensibles como los servicios de seguridad y militares. Empresas privadas como *Blackwater* no son órganos del Estado, pero pueden actuar por instrucciones o bajo su dirección y control. En cualquier caso, las actividades, la

gestión y ciertos comportamientos de los empleados de estas empresas son susceptibles de someterse ante el derecho internacional¹.

La intensidad de la privatización de la violencia en conflictos estratégicos –como los de Irak o Afganistán– permite hablar de una transición hacia un nuevo orden militar y de seguridad, de nuevos formatos de la guerra y de un problema de gobernabilidad de la seguridad especialmente visible tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Las empresas privadas militares y de seguridad forman parte de la maquinaria bélica de los Estados; incluso en términos del Pentágono «constituyen uno de los elementos de la “Total Force” de los Estados Unidos», junto a los militares activos y en la reserva y los funcionarios civiles². Esta caracterización constituye un punto de partida para el análisis, pues habrá que verificar en cada caso si los empleados de *Blackwater* forman parte estructural o funcionalmente de las fuerzas armadas³. Realmente, sucede que estos actores no estatales atomizan y complican el escenario bélico.

Este fenómeno plantea el desafío de identificar los valores, las normas y las obligaciones internacionales para adaptar su aplicación a hechos peculiares, con el fin primordial de que la inmunidad ante violaciones de normas y obligaciones internacionales no se convierta en un negocio. Sabido es que existe un cuerpo de derecho internacional aplicable, aunque no específico, y muy vulnerable a las violaciones. Entiendo que los escenarios cambiantes típicos de la era de la interdependencia no deberían desvirtuar la esencia del orden jurídico internacional⁴.

En esta línea, conviene mencionar que el 17 de septiembre de 2008 fue aprobado el «Documento de *Montreux* sobre las obligaciones jurídicas pertinentes y buenas prácticas para los Estados relacionados con operaciones de empresas militares y de seguridad durante un conflicto armado». El Documento de *Montreux* posee un valor

¹ Vid. el excelente trabajo de POZO SERRANO P. y HERNÁNDEZ MARTÍN L., «El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia en Irak», *A.E.D.I.*, vol. XXIII, 2007, pp. 315-351. Sobre el tema, suele citarse como trabajo fundamental el de SINGER, P. W., *Corporate warriors: the rise of the privatized military industry*, Cornell University Press, New York, 2003 (2007, updated Paperback). Del mismo autor: «War, profits, and the vacuum of Law: privatized military firms and International Law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, pp. 521 y ss. Otra gran especialista es la profesora DICKINSON L., «Government for hire: privatizing foreign affairs and the problem of accountability under international law», *William and Mary Law Review*, vol. 47, 2005, pp. 135 y ss. Entre nosotros, ha publicado recientemente una interesante monografía ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el derecho internacional*, Thomson Aranzadi, 2007.

² Vid. US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Quadrennial Defense Review Report*, february 6, 2006, p. 75, en <http://www.defenselink.mil/qdr/report/Report20060203.pdf> Vid. un comentario sobre este documento, ARTEAGA F, «La QDR de 2006 y los planeamientos de defensa occidentales», en *ARI*, 2006-25, <http://realinstitutoelcano.org/>

³ Ratifica la concepción de bloque unitario el LOGCAP o Logistics Civil Augmentation Program, en virtud del cual el Departamento de Defensa celebra contratos con empresas privadas «to perform selected services in wartime to augment Army forces... and to allow the Army to achieve the maximum combat potential... by capitalizing on the civilian sector...» (US Army Reg. 700-137, at 1-1, Dec. 16, 1985).

⁴ En particular, parecen irremplazables los nobles principios y normas de aplicación del *ius in bello*; a saber, la distinción entre nocentes –hoy combatientes– e inocentes –población civil–, la necesidad militar, la proporcionalidad, la prohibición de ataques indiscriminados, la precaución en el ataque, o las exigencias de humanidad. Vid. FENRICK W. J., «Riding the rhino: attempting to develop usable legal standards for combat activities», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, pp. 11 y ss. El autor analiza esos principios y las nociones de combatiente, población civil, la participación directa en las hostilidades y otras categorías relevantes, desde la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia.

didáctico e indicativo de los principales problemas a los que da lugar este tema; y fue elaborado a iniciativa de Suiza y el CICR con la participación de diecisiete Estados: incluidos Estados Unidos, Irak y Afganistán⁵.

En el contexto descrito, merecen atención principal dos escenas representadas en Irak por una empresa constituida en Carolina del Norte, bautizada con un nombre ominoso: *Blackwater*⁶. Primera escena: el 31 de marzo de 2004, cuatro empleados de dicha empresa que escoltaban camiones de abastecimiento destinado a militares de Estados Unidos sufrieron una emboscada y terminaron quemados vivos y colgados de un puente del río Éufrates. Una treintena de empleados han muerto desde la presencia de la empresa en Irak. La contundente respuesta militar de Estados Unidos condujo al estallido de la resistencia iraquí. Estos hechos han de vincularse con los derechos y la protección internacional de las empresas y su personal durante una ocupación militar u otro tipo de conflicto armado⁷. Recuerdo que hasta el verano de 2004 (30 de junio) no se produjo formalmente el fin de la ocupación, con el mandato de Naciones Unidas a la fuerza multinacional.

Segunda escena: el 16 de septiembre de 2007, guardas de seguridad de la empresa abrieron fuego contra una multitud en Bagdad, con el resultado de diecisiete muertos civiles. Este suceso provocó la petición iraquí del levantamiento de la inmunidad respecto de la jurisdicción iraquí a las empresas privadas y a sus empleados. Los hechos manifiestan la necesidad de que la empresa observe una serie de obligaciones internacionales en la prestación de sus servicios militares o de seguridad⁸.

El presente estudio se basa específicamente en la prestación de servicios militares y de seguridad por el grupo de empresas *Blackwater* en Irak y Afganistán. Por ello, no hay duda de que todas las actividades empresariales guardan estrecha relación con un conflicto o post-conflicto armado, aunque algunas no se realicen durante los combates o en el lugar donde éstos se llevan a cabo. Obviamente, muchas de las consideraciones pueden aplicarse a otras empresas privadas que intervienen en estos conflictos,

⁵ Disponible en el sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/\\$FILE/Montreux-Documents.pdf](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/$FILE/Montreux-Documents.pdf) En el punto tercero del prefacio se afirma que el documento no posee carácter vinculante; por ende, no afecta a las normas y obligaciones internacionales aplicables a los Estados.

⁶ Sobre la empresa, resulta muy ilustrativa la lectura del trabajo de investigación periodística, realizado por SCAHILL J, *Blackwater. The rise of the world's most powerful mercenary army*, Nation Books, New York, 2007.

⁷ Sobre las empresas y el DIH, puede consultarse el documento del CICR, *Empresas y derecho internacional humanitario. Introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el DIH*, julio de 2007, en www.icrc.org En cuanto a las empresas y los derechos humanos, puede consultarse el informe de RUGGIE, J., Representante Especial del Secretario General de la ONU, ante el Consejo de Derechos Humanos, titulado: *Protect, respect, and remedy: a Framework for Business and human Rights*, 7 de abril de 2008, A/HRC/8/5. También, el libro de MARTÍN ORTEGA O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Bosch, 2007.

⁸ A pesar de la falta de transparencia en la información, otros datos destacan la importancia de *Blackwater* en esta materia. Tiene desplegados en nueve Estados, incluido el de su nacionalidad, cerca de dos mil quinientos empleados armados, que realizan funciones típicamente militares. Posee armamento de todo tipo, una unidad de inteligencia y las instalaciones militares privadas más grandes del mundo. *Blackwater* ha creado una red de empresas subsidiarias e intermediarias, como las utilizadas en Chile para el reclutamiento de empleados desplegados en Irak: «Grupo Táctico» y «Red Táctica». A través de *Greystone*, constituida en la isla de Barbados, el grupo de empresas recluta empleados en otros Estados de América Latina: Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Perú, o en Asia. La prestación de servicios de seguridad representa el treinta por ciento de la actividad de la empresa.

por ejemplo: *Halliburton*, principal contratante del Pentágono. A continuación, se intentará hallar un marco regulador internacional e interno, aplicable a la prestación de dichos servicios.

II. EL MARCO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PRIVADOS DE SEGURIDAD Y MILITARES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Como ya señalé, no existe un régimen jurídico internacional específico para esta industria, por lo que debo identificar e interpretar un conjunto pertinente de valores, normas y obligaciones internacionales. Existen unos tratados sectoriales y de aplicación limitada: la Convención de Naciones Unidas contra el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios de 1989 o la Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre la eliminación del mercenariado en África de 1977. Las limitaciones residen en que ambas convenciones regulan el mercenariado cuando la mayoría de los empleados de estas empresas no cumplirían las condiciones para ser ubicados en tal categoría y, además, varios de los Estados implicados en la prestación de estos servicios no son partes de aquellos tratados⁹. Ante aquellas limitaciones, procede ahondar en ciertos principios, normas y obligaciones internacionales de carácter general.

1. ¿Qué puede privatizarse conforme al derecho internacional?

La contratación externa de funciones estatales a empresas privadas militares y de seguridad no puede servir de instrumento para violar o circunvenir el cumplimiento de los principios estructurales o de las obligaciones esenciales del derecho internacional general¹⁰. En tanto que sujeto por excelencia del derecho internacional, el Estado es el primer implicado en el respeto de la legalidad. Además, el orden jurídico internacional le sirve en estos casos como garantía de la soberanía estatal frente a los actores no estatales, lo que redundaría igualmente en la protección del sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas. Estamos ante el debate de lo que es inherente a las funciones de un Gobierno¹¹.

En primer lugar, ha de respetarse la prohibición del uso de la fuerza del artículo 2.4 de la Carta de la ONU, que también es derecho consuetudinario y posee naturaleza de *ius cogens*, así como las excepciones al principio. La Declaración 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU proclama que «todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas

⁹ En el mismo contexto sectorial, también puede citarse la Convención de *Otawa* sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, que sería aplicable al personal de las empresas privadas.

¹⁰ Cf. la parte primera del Documento de *Montreux*.

¹¹ Sobre este debate vid. LEE T., «Redefining inherently governmental functions», *Journal of International Peace Operations*, v. 4, núm. 1, julio-agosto, 2008, disponible en http://peaceops.com/web/images/pdf/journal_2008_0708.pdf

armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado». También, rigen los principios relativos a la no intervención en los asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados, a la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos sin injerencia externa, formulados en la misma Declaración de la Asamblea General de la ONU¹².

Otro principio de derecho internacional que viene al caso es el de que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar. Con él se subraya la función reparatoria de la responsabilidad internacional, que se genera por todo hecho internacionalmente ilícito del Estado¹³. El uso de la fuerza por empresas privadas atribuible al Estado contratante podría dar lugar a la responsabilidad internacional del mismo, en paralelo a la responsabilidad internacional penal de los empleados.

En estrecha relación, tenemos el principio de derecho internacional consuetudinario sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹⁴. Con base en el principio de igualdad soberana de los Estados existen ciertos privilegios e inmunidades a favor de un Estado y respecto de sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, o los jefes de Estado. Como estudiaré en el último punto, el alcance de estas inmunidades se está determinando ante los tribunales estadounidenses; sobre todo los del orden civil que intervienen ante reclamaciones por daños. Así, se somete a examen el principio internacional relativo a la subsidiariedad en la protección de derechos fundamentales.

En suma, el Estado contratante, el de constitución de la empresa, o el territorial, no pueden evadir el cumplimiento de las principales normas y obligaciones internacionales. El Estado no debe contribuir a desdibujar los contornos de lo público y lo privado si con ello atenta a la legalidad internacional. Aunque el derecho internacional general no impide los servicios de seguridad y militares prestados por empresas privadas, sí determina lo que el Estado no puede transferir al sector privado porque es básico para la convivencia en la sociedad internacional¹⁵. Por último, y como presentación del siguiente punto, debo precisar que aunque la obligación principal de regular estos servicios recae en los Estados, en la medida en que éstos también afectan al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad de la ONU detenta una responsabilidad primordial actuando en nombre de los Estados miembros (art. 24.1 de la Carta).

¹² Mediante la Resolución 2005/2, la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU atribuyó a un grupo de trabajo el mandato de estudiar «las repercusiones de las actividades de empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos individuales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de esas empresas en sus actividades». Todavía no se ha redactado el proyecto de principios básicos.

¹³ Artículo 1 del Proyecto de artículos de 2001 de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁴ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004.

¹⁵ Este planteamiento es seguido por el relator de la Comisión de Derechos Humanos en el *Informe sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, de 21 de diciembre de 1999 (E/CN.4/2000/14, par. 71).

2. ¿Qué uso de la fuerza se autoriza?

En el marco de la responsabilidad en la materia del Consejo de Seguridad, los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluidos los vinculados a las actividades de las empresas privadas militares y de seguridad, «convienen en aceptar y cumplir» las decisiones de este órgano multilateral, de acuerdo con el artículo 25 de la Carta. Como es sabido, en virtud del capítulo VII del texto citado el Consejo podrá autorizar el uso de la fuerza para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Por el momento, el Consejo de Seguridad no se ha ocupado específicamente de las empresas privadas militares y de seguridad. La resolución 1467 (2003) tampoco aborda la materia, aunque incluya una referencia a los mercenarios a través de la declaración titulada: «Proliferación de armas pequeñas y ligeras y actividades de los mercenarios: amenazas a la paz y la seguridad en el África occidental».

Sin embargo, el Consejo de Seguridad ha establecido el marco jurídico internacional del uso de la fuerza en Irak y Afganistán¹⁶. Se trata de mandatos complejos de estabilización y reconstrucción de ambos Estados, que padecen soberanías funcionalmente fallidas (Afganistán) o virtuales (Irak). En el preámbulo de la Resolución 1776, de 19 de septiembre de 2007, se destaca que la seguridad en Afganistán requiere «una acción internacional sostenida, incluso por parte de la ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad) y la Operación Libertad Duradera». Por ello, en virtud del capítulo VII, se prorroga hasta octubre de 2009 el mandato de la ISAF¹⁷, a la que acompañan lo que el Consejo de Seguridad denomina «otras fuerzas internacionales» o «demás asociados» (párrafo cuarto de la Res. 1776)¹⁸.

La resolución 1790 de 28 de enero de 2008, relativa a Irak, todavía es más clara respecto al carácter virtual de la soberanía, pues en el preámbulo se afirma que se espera con anhelo «el día en que las fuerzas iraquíes asuman plena responsabilidad respecto del mantenimiento de la seguridad y estabilidad en el país, lo que permitirá concluir el mandato de la fuerza multinacional». Ello no impide que en otras líneas se subraye la importancia del «consentimiento del Gobierno soberano de Irak para la presencia de la fuerza multinacional», que ha solicitado por última vez al Consejo de Seguridad que se prorrogue el mandato de la «fuerza multinacional» hasta el 31 de diciembre de 2008. No obstante, se establece que el Gobierno de Irak podrá solicitar la conclusión del mandato o la revisión de sus disposiciones (párrafo segundo de la Resolución)¹⁹. Recuerdo que el uso de los servicios privados de seguridad, por dichas fuerzas multinacionales o internacionales, está asociado a estos mandatos.

¹⁶ Sobre el tema, vid., HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional», *ARI*, 2007-10, <http://realinstitutoelcano.org/>

¹⁷ Conferido por las Resoluciones 1386 (2001) y 1510 (2003). La prórroga del mandato se realiza mediante la Resolución 1837, de 29 de septiembre de 2008.

¹⁸ En el acta de la reunión del Consejo relativa a la Resolución 1776 no aparece ningún discurso o interpretación sobre estos términos. Es llamativa la abstención de Rusia en la votación de la resolución, motivada en discrepancias sobre el componente de intercepción marítima de la Fuerza de la coalición (S/PV. 5744).

¹⁹ Conferido en la Resolución 1546 (2004). Paralelamente, por la Resolución 1830, de 7 de agosto de 2008, se ha prorrogado por un año más –desde la fecha de adopción de aquella– el mandato de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq (UNAMI).

En las resoluciones citadas pueden encontrarse obligaciones que, en buena lógica, no excluirían de su objeto a las empresas privadas que acompañen a las fuerzas internacionales²⁰. En la Resolución sobre Irak se afirma la importancia de que «todas las partes, incluidas las fuerzas extranjeras, [...], actúen de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones que les imponen el derecho internacional humanitario, las normas relativas a los derechos humanos [...] y subrayando que todas las partes, incluidas las fuerzas extranjeras, deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados». En la Resolución sobre Afganistán, menos explícita, se hace un «llamamiento para que se adopten todas las medidas posibles a fin de garantizar la protección de la vida de la población civil y el respeto del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos»²¹.

En suma, el Consejo de Seguridad también aporta al marco regulador los mandatos que autorizan un uso de la fuerza sometido al respeto del derecho internacional por todas las partes implicadas en la estabilización de Irak y Afganistán.

3. El contrato estatal y la responsabilidad corporativa

Paralelamente, existe una regulación nacional de las funciones de estas empresas. Para la profesora L. Dickinson, el contrato de privatización –entre el Estado y las empresas– debería ser el instrumento esencial para el respeto de los valores propios del derecho internacional²². Los servicios objeto de contrato suelen ser: la protección de individuos (diplomáticos entre otros), de edificios y de otra infraestructura civil o militar, el transporte de convoyes, el entrenamiento militar y policial, la inteligencia, el interrogatorio de prisioneros, la administración de prisiones y servicios logísticos –incluido el mantenimiento de armas– o servicios de abastecimiento de las fuerzas militares.

Así, una distinción fundamental es la de que estos servicios supongan la participación –o no– en las hostilidades. Lo estudiaré a propósito del estatuto de *Blackwater* en virtud del derecho internacional humanitario y al analizar las demandas de particulares y asociaciones ante las jurisdicciones de Estados Unidos. Ahora bien, no puedo dejar de apuntar la falta de transparencia en la información sobre los contratos y las empresas: lo que dificulta el modo de hacer efectiva la responsabilidad²³.

²⁰ A pesar de que guarden silencio al respecto los discursos recogidos en el acta de la Resolución 1790 (S/PV.5808), incluido el del representante iraquí.

²¹ Otros documentos recientes de Naciones Unidas sobre la protección de civiles en conflictos armados, así como la obligación de todas las partes de respetar el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho de los refugiados, son los siguientes: Informe del Secretario General de 28 de octubre de 2007 (S/2007/643), y la Declaración de la Presidencia del Consejo de 27 de mayo de 2008 (S/PRST/2008/18).

²² En relación con los valores públicos inscritos en el derecho internacional, vid. DICKINSON L., «Public Law Values in a Privatized World», *The Yale Journal of International Law*, vol. 31, 2006, pp. 383-425. Esta profesora estudia la privatización en otras áreas reguladas por el derecho internacional, a saber: la ayuda al desarrollo y las funciones de negociación propiamente diplomáticas.

²³ Siguiendo las recomendaciones del Documento de *Montreux*, la legislación nacional que sirva de fundamento a estos contratos debería contener los siguientes puntos: definición de las funciones militares y de seguridad reservadas al Estado, o no susceptibles de privatización; regulación del mercenariado; establecimiento de mecanismos de control administrativo (sistemas de registro y de licencias) que sirvan

Los principales contratos y subcontratos de Estados Unidos con empresas privadas que operan en Afganistán e Irak son celebrados por el Departamento de Defensa y el Departamento de Estado. En cualquier caso, se calcula que de un total de ciento ochenta mil, unos treinta mil empleados realizan funciones de protección vinculadas de alguna manera al combate o a las hostilidades. Este hecho debería tenerse muy en cuenta en el contrato, así como en el control de su cumplimiento. Otro dato interesante, que comprobaremos con las reclamaciones judiciales a tribunales americanos, es que la mayoría del personal contratado es de nacionalidad iraquí. También hay nacionales de terceros Estados (Chile, Nepal, Sudáfrica, Reino Unido, por ejemplo), y tan sólo el 20 por 100 de los empleados tiene nacionalidad estadounidense²⁴.

El Departamento de Estado es el órgano que contrató al grupo *Blackwater*, en 2005, para intervenir en Irak, bajo el denominado *Worldwide Personal Protective Services* (WPPS). El contrato fue renovado en mayo de 2008, con gran polémica por parte de las autoridades iraquíes²⁵. El Departamento de Defensa también contrató a esta empresa para proveer de seguridad a la Autoridad Provisional de la Coalición en Irak; es decir, las fuerzas armadas contratan y pueden ser acompañadas en las hostilidades por empleados de empresas privadas. Ante la publicidad de los problemas de control²⁶, el 5 de diciembre de 2007 los Departamentos de Estado y de Defensa concluyeron un Memorando de Entendimiento (MOU) sobre la autoridad y responsabilidad respecto a las operaciones de las empresas de seguridad privadas. En el MOU se establecen unos estándares comunes en la gestión, coordinación y control de estas operaciones, pero se refiere sólo a Irak. Además, el MOU demanda elocuentemente una «base legal clara» para exigir responsabilidad a los empleados de seguridad.

En esa línea, puede constatarse un desarrollo legislativo interno²⁷ que concuerda con el principio de subsidiariedad en la protección internacional de los derechos

para la selección de las empresas; controles sobre los términos de los contratos y subcontratos de prestación de servicios; mecanismos de fiscalización, sancionadores y judiciales; fomento de la autorregulación, de la adhesión a códigos de conducta y de la responsabilidad social corporativa, que ayuden también a la capacitación de los empleados. Los términos del contrato deberían incluir cláusulas sobre el respeto por las partes del derecho internacional relevante, del derecho nacional del Estado contratante, el del Estado de la nacionalidad, o el del Estado huésped. El subcontrato debería someterse a las mismas condiciones de aprobación y control. Vid. el Documento de *Montreux* y el proceso de su elaboración: *Swiss Initiative on private military and security companies* 2006, que incluye el Report by the Swiss Federal Council on private security and military companies, de 2 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0021.File.tmp/PMSCs%20Bericht%20Bundesrat%20en.pdf>

²⁴ Una lista aparece en el sitio web del Departamento de Estado: http://travel.state.gov/travel/cis_pa_tw/cis/cis_1763.html Vid. el documento para miembros y comités del Congreso de ELSEA, J. K. y SERAFINO, N. M., *Private security contractors in Iraq: background, legal status, and other sigues*, CRS Report for Congress, updated July 11, 2007.

²⁵ Según las Declaraciones de STARR, G., Secretario Adjunto de Estado (*MSNBC*, 4 de abril de 2008), las muertes a manos de empleados de *Blackwater* acaecidas en septiembre de 2007 han forzado algunos cambios en el contrato: la instalación de cámaras en los convoyes de transporte en los que, además, viajaría un agente del Estado. Declaraciones de STARR, G., Secretario Adjunto de Estado, *MSNBC*, 4 de abril de 2008.

²⁶ Evidenciados en el documento de la US Government Accountability Office, *Trends in operation and maintenance costs and support services contracting*, GAO-07-631, 2007.

²⁷ Por ejemplo, en la *Transparency and Accountability in Security Contracting Act of 2007* (H.R. 369, 10 de enero de 2007), se ampliaron los controles durante las denominadas operaciones de contin-

humanos, así como con las normas del derecho internacional humanitario que exigen la represión de los abusos y de las infracciones graves de los Convenios y Protocolos aplicables²⁸.

Todas las medidas legislativas pretenden asegurar un mayor control sobre la celebración de los contratos y respecto a su ejecución. Y cabe destacar que el Congreso de Estados Unidos no siempre tiene fácil acceso a estos contratos de seguridad²⁹. Lo ideal sería que estas iniciativas se convirtieran en ley, pero de momento han servido para que la Embajada de Estados Unidos en Irak realice controles regulares del cumplimiento de los estándares previstos en cada contrato de prestación de servicios. Además, se ha creado una Comisión Conjunta de Investigación entre los Gobiernos de Irak y de Estados Unidos, que incluye la revisión de los efectos de la inmunidad otorgada en la Orden 17 de la CPA. Finalmente, se ha nombrado a un representante especial del Departamento de Estado con funciones de supervisión de las prácticas de estas empresas³⁰.

El incumplimiento de la legislación nacional y de los contratos públicos podrá dar lugar en el orden interno a la responsabilidad de las empresas, sus directivos y empleados, e incluso sus accionistas, según los casos. En Estados Unidos se han abierto

gencia, lo que permite cubrir situaciones que han tenido lugar en Afganistán e Irak. Además, se establecieron requisitos de coordinación entre las fuerzas armadas y las empresas, como la adopción de normas sobre las circunstancias del uso de la fuerza, o la creación de un órgano de coordinación al que informarán las empresas sobre cualquier asunto relacionado con el uso de la fuerza. Con la *Transparency and Accountability in Military and Security Contracting Act* (S. 674, de 16 de febrero de 2007; y S. 2147, de 4 de octubre de 2007), que sería una legislación complementaria de la anterior, se pretendía aumentar el control del Congreso sobre aspectos como la acción disciplinaria prevista por las empresas frente a los empleados que incumplan los contratos. A partir de esta propuesta legislativa, el senador B. OBAMA propuso enmiendas a la *Defense Authorization Bill* para el año fiscal 2008. A través de la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008* (H.R. 1585), el Secretario de Defensa se comprometió a adoptar una reglamentación sobre la selección, entrenamiento, equipamiento y conducta del personal de empresas privadas de seguridad, que operen bajo contratos o subcontratos en un área de operaciones de combate. Básicamente, la reglamentación, que se contendrá en una cláusula de todos los contratos celebrados, consiste en el registro del armamento y del personal, así como en el deber de información sobre ciertos incidentes. El incumplimiento de estas cláusulas podrá suponer la terminación del contrato del empleado infractor. Mediante la *Military Extraterritorial Jurisdiction Expansion and Enforcement Act of 2007* (H.R. 2740, de 4 de octubre de 2007), la Casa de Representantes pretendía que las empresas contratadas por el Gobierno en zonas conflictivas pudieran ser sometidas a la jurisdicción militar. Además, se incluye el despliegue de unidades del FBI en las zonas de combate para investigar los incidentes en las operaciones. Sin embargo, la Casa Blanca se opuso a una iniciativa que actualmente está paralizada en el Senado.

²⁸ Concretamente, se establece que las altas partes contratantes «se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales y tendrán la obligación de buscar a las personas acusadas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra parte contratante interesada en la persecución...». Convenio I de Ginebra: artículo 49; Convenio II de Ginebra: artículo 50; Convenio III de Ginebra: artículo 129; Convenio IV de Ginebra: artículo 146; Protocolo I : artículo 85.

²⁹ En este sentido, la *Stop Outsourcing Security Act*, propuesta por el Congresista Sanders, el 16 de noviembre de 2007 (S. 2398), se refiere explícitamente a la petición del Gobierno iraquí al estadounidense para que expulse del territorio a *Blackwater* en un máximo de seis meses. Como se ha visto, en mayo de 2008, la Administración americana renovó el contrato de la empresa.

³⁰ Testimonio del embajador SATTERFIELD, D. M. ante el Comité de control y reforma del Gobierno, 2 de octubre de 2007, http://iraq.usembassy.gov/pr_10022007.html.

procedimientos penales y civiles contra estos sujetos, siempre que lo han permitido las cláusulas contractuales³¹.

Las empresas privadas no son sujetos del derecho internacional, pero todas las partes en un conflicto armado tienen la responsabilidad de respetar el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos³². Conviene recordar, además, que las empresas objeto de estudio realizan atribuciones del poder público y que están vinculadas por un contrato público, cuando el contratante es algún órgano de la administración del Estado. La responsabilidad penal por violaciones del derecho humanitario puede recaer no sólo en los empleados que cometen el delito, sino también en sus superiores y cómplices. Se trata del concepto de responsabilidad superior que, según los casos, atañe a un órgano de la administración del Estado, o a un civil³³.

En otro plano, este tipo de empresas asumen compromisos relativos al derecho internacional humanitario mediante la suscripción de códigos de conducta privados, como el de la IPOA (Asociación de Operaciones Internacionales de Paz, en el acrónimo inglés), que representa al sector de esta industria³⁴.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE *BLACKWATER* EN IRAK Y AFGANISTÁN

La obligación del Estado de investigar y perseguir a los presuntos culpables de la violación del derecho internacional presupone la determinación del estatuto jurídico de los autores, en un triple plano: el del derecho del Estado relacionado con la empresa, el del derecho internacional general, y el del derecho internacional particular (los acuerdos bilaterales sobre el estatuto de las fuerzas armadas entre Estados Unidos e Irak o Afganistán). En concreto, para que a través de los Estados pueda exigirse res-

³¹ Familiares de los empleados de *Blackwater*, asesinados en 2004 en Fallujah, plantearon sin éxito recursos civiles en Estados Unidos, porque en el contrato suscrito por el empleado con la empresa existía una cláusula de renuncia a entablar procedimientos judiciales. En cambio, en algunos contratos se establece el procedimiento de arreglo del arbitraje privado. Por ejemplo, en el caso de presunta violación de JL Jones, empleada de KBR-Halliburton, a manos de otros empleados de la misma empresa. No obstante, la señora Jones ha demandado a la empresa por estos hechos ante un tribunal del Estado de Texas. La reclamación puede consultarse en <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txedce/1:2007cv00295/103217/1/>.

³² En el Documento de *Montreux* se recomienda a los Estados cuyas legislaciones lo permitan, tanto si se trata de Estados contratantes, territoriales o de la nacionalidad de las empresas privadas, que consideren el establecimiento de la responsabilidad penal corporativa (Parte Segunda, puntos 19, 49 y 71).

³³ Concretamente, el fundador y principal directivo del grupo *Blackwater*, Eric Prince, no gozaría de inmunidad contra un enjuiciamiento por crímenes de guerra, por el mero hecho de actuar en nombre de la empresa. Ahora bien, habría que demostrar que poseía el control y la autoridad efectivos sobre el personal de su empresa.

En el caso *Albazzaz y Azizv. Blackwater* se acusa a la empresa y a E. Prince por las muertes de la plaza de Nisoor, en septiembre de 2007. Se utiliza para la acusación el concepto de «cultura corporativa» de uso excesivo y mortal de la fuerza. Cf. la web del *Center for Constitutional Rights*, <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/estate-ali-hussamaldeen-albazzaz-v.-blackwater-worldwide,-et-al>.

³⁴ La IPOA posee un sistema de control mediante el que recibe quejas de los clientes e incluso puede sancionar a aquellos que hayan incumplido su código de conducta. *Blackwater* suscribió este código de conducta en 2004, pero se retiró en 2007, tras la investigación de los sucesos de septiembre de 2007. Sobre el código de conducta y el mecanismo de control, <http://www.ipoaonline.org>.

ponsabilidad internacional penal a un empleado de *Blackwater* primero debe saberse la relación contractual y las funciones que realice; o sea, si es un mercenario, un combatiente o un civil. Quede claro que con independencia del estatuto, el empleado deberá respetar el derecho internacional. Además, puede que los Estados hayan acordado la inmunidad de este personal frente a la jurisdicción interna del Estado territorial o de las hostilidades. A continuación, me referiré al estatuto jurídico de los empleados de la empresa en Irak y Afganistán.

1. En el derecho internacional humanitario: Combatientes y/o civiles

Como sabemos, las Convenciones de la Unión Africana sobre la eliminación del mercenariado de 1977 y la de Naciones Unidas de 1989 contra el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, prohíben ciertas formas de mercenariado de difícil encaje en los contratos de las empresas privadas de seguridad y militares. El artículo 47 del Protocolo I se ocupa del estatuto de los mercenarios cuando son capturados. Así, aquellos no dispondrán del estatuto de prisioneros de guerra –salvo que se lo quiera conceder el Estado– ni estarán protegidos por la tercera Convención de 1949. Como los mercenarios participan directamente en las hostilidades –sin tener derecho a ello– son combatientes no privilegiados, con los mismos derechos y obligaciones que la población civil. Pierden la inmunidad frente a un ataque. Asimismo, pueden ser juzgados por los tribunales nacionales por el mero hecho de participar en las hostilidades. Ha de señalarse que el concepto de participación directa en las hostilidades es indeterminado, y habrá de concretarse casuísticamente³⁵. Finalmente, en tanto que civiles, están protegidos por la cuarta Convención de 1949, el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de 1949, y por las normas de derecho internacional consuetudinario en la materia.

No obstante, recuerdo que el Ejecutivo estadounidense considera el personal de las empresas privadas de seguridad como un elemento más de la «Total Force». En el apartado correspondiente se verá que algunos tribunales americanos distinguen, *a priori*, los empleados de las empresas privadas de los militares que forman parte de las fuerzas armadas. A continuación, encuentran un vínculo funcional bajo la doctrina de que las actividades de los empleados poseen una naturaleza que no se puede desligar de la puramente militar. En consecuencia, deciden que se trata de cuestiones políticas «political questions», no enjuiciables por los tribunales y que deben quedar bajo el control del Ejecutivo o el Legislativo³⁶. Me pregunto si ello significa que no es posible distinguir, a efectos prácticos, al personal que participa en las hostilidades. El

³⁵ Algunos criterios bien conocidos son: que la persona realice actos determinantes para la conducción de las hostilidades, que esté en una posición vital para el combate –como la protección de objetivos militares–, o que cause un daño real personal y material al enemigo.

³⁶ *Presidential Airways*, empresa filial de *Blackwater* dedicada al transporte de militares en Afganistán, sostuvo en el litigio de reclamación por daños ante un tribunal de Estados Unidos, que su empresa era «a common law agent of the federal government, entitled to claim the same immunity from soldier's sevice-related tort suits». El contexto es un procedimiento judicial civil, pero no deja de ser significativo en relación con el reconocimiento de los diferentes estatutos previstos por el derecho internacional humanitario. Cf. US Court of Appeals for the eleventh circuit, October 5, 2007, núm. 06-15303, p. 9, disponible en <http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615303.pdf>.

estatuto de ese personal sería ventajoso, aunque no claro para el enemigo, ni desde el derecho internacional humanitario. Según el mismo, los empleados contractualmente vinculados a las fuerzas regulares no serán mercenarios sino combatientes, en sentido estricto. Como combatientes podrán ser atacados, pero si son capturados gozarán de la condición de prisioneros de guerra. Ahora bien, el derecho internacional humanitario no establece ningún criterio, en cuanto a qué deba entenderse por formar parte de las fuerzas armadas de un Estado. Esta cuestión habrá de determinarse con base no sólo en el contrato sino también en índices externos e internos: como la sujeción a la disciplina y jerarquía militares, una carta de identificación, entre otros³⁷.

Un estatuto distinto a los anteriores es el del artículo 4 (4) de la tercera Convención de 1949, esto es: personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, proveedores, individuos encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que cuenten con permiso e identificación de las fuerzas que acompañan. No serán combatientes, pero gozarán del estatuto de prisioneros de guerra si son capturados. En suma, los empleados de empresas privadas de seguridad que no tomen parte directa en las hostilidades sino que realicen actividades como las señaladas, que supongan acompañar a las fuerzas armadas, se considerarán prisioneros de guerra, en su caso. Además, su proximidad a los combatientes les hará ser víctimas potenciales de los daños colaterales. Finalmente, según ese sector del ordenamiento internacional, el resto de empleados tendrán la inmunidad y las garantías propias de los civiles.

A este régimen se superpone el del derecho iraquí, adoptado durante la ocupación militar, en virtud del cual, los empleados de *Blackwater* dispondrán de otro tipo de inmunidad: la de jurisdicción frente a los tribunales locales.

2. En el derecho iraquí: La Orden 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición

La Autoridad Provisional de la Coalición (APC) fue disuelta en junio de 2004, cuando formalmente acabó la ocupación de Irak y se transfirió el gobierno a las autoridades iraquíes³⁸. Sin embargo, determinada legislación adoptada por la APC siguió vigente: como la Orden 17, relativa al estatuto de la fuerza multinacional y del personal de empresas privadas³⁹.

³⁷ En una operación de guerra como la del 4 de abril de 2004, en defensa del cuartel general de la Autoridad Provisional de la Coalición en Najaf, ocho guardias de *Blackwater* repelieron el ataque insurgente junto a un pequeño grupo de marines y tropas de El Salvador. No hubo un oficial al mando de la operación y los marines actuaron de acuerdo con los guardias de *Blackwater*, o incluso bajo sus indicaciones. Finalmente, dichos guardias no vestían uniformes sino ropa deportiva, incluidas sus famosas gafas de sol, e iban fuertemente armados. Lógicamente, los guardias debían haber intentado contactar inmediatamente con algún mando militar estadounidense, en la medida en que lo permitiese el ataque-respuesta. Cf. SCAHILL J., *op. cit.*, en nota 7, p. 122 y ss.

³⁸ Vid. PATEL, M., «The legal status of coalition forces in Iraq after the June 30 handover», *ASIL Insights*, march 2004, <http://www.asil.org>.

³⁹ En virtud del artículo 26 de la *Transitional Administrative Law*, que dice: «The laws, regulations, orders and directives issued by the CPA pursuant to its authority under international law shall remain in force until rescinded or amended by legislation duly enacted and having the force of law», <http://www.cpa-iraq.org>.

En las definiciones se distingue el personal de la Fuerza Multinacional, militar y civil, de los contratistas (sección 1.11). El personal de la Fuerza Multinacional gozará de inmunidad ante la jurisdicción iraquí (sección 2). Y se establece que los Estados que aporten personal a la Fuerza Multinacional podrán ejercer en Irak cualquier jurisdicción penal y disciplinaria, de acuerdo con su legislación militar (sección 2.4). Las Misiones Diplomáticas y Consulares se regirán por las disposiciones de las Convenciones apropiadas, de 1961 y 1963 (sección 3). Los contratistas no estarán sometidos a la legislación iraquí para las cuestiones contractuales sino que deberán respetar las normas de la APC, como el *Memorandum 17* sobre registro, control y licencias⁴⁰.

La inmunidad de jurisdicción local prevista para el personal de empresas privadas no es absoluta, sino que se limita a «los actos realizados conforme a los términos del contrato o subcontrato» (sección 4.3). En mi opinión, parece claro que los disparos de septiembre de 2007 en la plaza de *Nisoor* contra la población civil quedan al margen de las funciones previstas en el contrato⁴¹. Puede renunciarse a la inmunidad prevista en la Orden 17 (sección 5), incluso por los Estados de la nacionalidad de los contratantes, pero en la práctica no se ha producido la renuncia. Además, en este contexto de soberanía virtual, cabría conjeturar sobre la capacidad de una tutela judicial efectiva o el riesgo de torturas a las personas sometidas a la custodia iraquí.

La vigencia de la Orden 17 y, por tanto, la inmunidad de jurisdicción local, se ha vinculado a la entrada en vigor del *Status of Force Agreement* (SOFA, en el acrónimo en inglés), entre Irak y Estados Unidos. A su vez, la adopción del tratado se ha relacionado con el final del mandato del Consejo de Seguridad sobre la fuerza multinacional, el 31 de diciembre de 2008⁴². Resulta interesante la comparación entre los términos de la Orden 17 y del nuevo SOFA. En Afganistán rige el tratado bilateral o SOFA, que a continuación estudiaré.

3. Los *Status of Forces Agreements* con Afganistán e Irak

Estados Unidos ha suscrito cerca de cien SOFAS para establecer el marco jurídico internacional bajo el que opera su personal militar en otro Estado⁴³. La Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004, contempla la posibilidad de regular la inmunidad de jurisdicción ante tribunales de otro Estado mediante este tipo de acuerdos

⁴⁰ El *Memorandum 17*, de 26 de junio de 2004, contiene unas reglas sobre el uso de la fuerza por los contratistas, así como un código de conducta, relativo a la moralidad, legalidad o ética.

⁴¹ Esta es también la opinión de DICKINSON, L. A., «Accountability of private security contractors under international and domestic law», *ASIL Insight*, 2007-11, December 26, 2007, en <http://www.asil.org>.

⁴² Otra cosa es la UNAMI (Misión de Asistencia de Naciones Unidas para Irak), cuya función principal es la tarea de reconstrucción de las instituciones del Estado, y que tiene un mandato ampliado hasta agosto de 2009 por la Resolución 1830, de 7 de agosto de 2008.

⁴³ En un marco de más de cuarenta tratados bilaterales en materia de defensa, disponible en (<http://www.mde.es/descarga/acuerdo.pdf>); el estatuto de las fuerzas de España en Estados Unidos y viceversa está conformado por el Convenio de cooperación para la defensa de 1 de diciembre de 1988, y el Protocolo de enmienda de 10 de abril de 2002, que es un estatuto complementario del establecido en el SOFA con la OTAN. También, hay que tener en cuenta el *Memorandum* de Entendimiento sobre protección de las fuerzas de Estados Unidos en España, de 11 de abril de 2002 (BOE 108, de 6 de mayo de 1989).

(art. 26)⁴⁴. Además, el artículo 12 de la Convención de 2004, dedicado a las lesiones a las personas y daños a los bienes, no sería aplicable a las situaciones provocadas por un conflicto armado⁴⁵.

El punto más común de un SOFA es el de la inmunidad de jurisdicción penal y civil de las fuerzas armadas frente a los tribunales locales. En el conjunto de tratados celebrados por la superpotencia se observan dos modalidades: la jurisdicción exclusiva de Estados Unidos, o la jurisdicción compartida según los actos de que se trate conjuntamente con la capacidad de Estados Unidos de solicitar la renuncia de jurisdicción del otro Estado⁴⁶.

Afganistán y Estados Unidos celebraron en 2003 un tratado bilateral en forma de Canje de Notas (26 de septiembre y 12 de diciembre de 2002 junto al 28 de mayo de 2003), por el que se otorga al personal militar y civil de Estados Unidos presente en Afganistán «un estatuto equivalente al acordado al personal administrativo y técnico» de la misión diplomática de Estados Unidos, en el sentido de la Convención sobre relaciones diplomáticas de 1961. En consecuencia, este personal gozará de inmunidad penal respecto a las autoridades afganas y también de inmunidad civil y administrativa, salvo «para los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones» (art. 37.2 de la Convención de 1961). Está expresamente previsto en el Canje de Notas que corresponderá a Estados Unidos la jurisdicción penal sobre su personal, y que Afganistán no podrá entregar a este personal a la jurisdicción de un tercer Estado, o de un tribunal internacional sin que concurra el consentimiento de Estados Unidos. Este último punto es especialmente importante, dado que Afganistán es parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, el Canje de Notas es un buen ejemplo entre el centenar que ha celebrado Estados Unidos con Estados partes, o signatarios, del Estatuto para impedir la colaboración con la CPI⁴⁷. También, debe criticarse que Afganistán celebre el Canje de Notas unos meses después de ser parte en el Estatuto de la CPI (febrero de 2003).

En un informe para el Congreso de Estados Unidos se afirma que este tratado bilateral «no parece proveer de inmunidad a los empleados» de empresas privadas militares y de seguridad⁴⁸. De acuerdo con dicho informe, los empleados estarían sometidos a la jurisdicción de los tribunales afganos, si es que disponen de tal capacidad técnica y de la voluntad necesaria. No consta que Afganistán haya hecho efectiva

⁴⁴ Vid. por ejemplo el trabajo de DICKINSON, A., «Status of Forces under the UN Convention on State Immunity», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 227 y ss.

⁴⁵ Vid. el comentario al artículo 12 de la Convención de 2004 de FERRER LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *REDI*, v. LIX, 2007, pp. 29-63. Desde una perspectiva más amplia, vid. ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos humanos*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

⁴⁶ Ante la celebración del SOFA con Irak, resulta pertinente mencionar que la Declaración de *Montreux* considera una buena práctica la de calcular el impacto del acuerdo sobre el cumplimiento de la legislación nacional, así como abordar el tema de la inmunidad de modo que se asegure una cobertura adecuada y remedios efectivos de carácter civil, penal y administrativos que permitan la exigencia de responsabilidad de las empresas privadas y de sus empleados (puntos 22 y 51, segunda parte).

⁴⁷ Sobre los acuerdos bilaterales «de inmunidad», vid. GAMARRA CHOPO, Y., «La política hostil de Estados Unidos contra la Corte Penal Internacional: los acuerdos del artículo 98 o la búsqueda de la inmunidad», *REDI*, vol. LVII, 2005-1, pp. 145-169.

⁴⁸ Cf. MASON R. C., «Status of Forces Agreement SOFA: What is it, and how might one be utilized in Iraq?», *CRS Report for Congress*, June 16, 2008.

la responsabilidad mediante sus tribunales, y sí que Estados Unidos haya afirmado su jurisdicción para ocuparse de los hechos cometidos por David Passaro, empleado de una empresa contratada por la CIA, que en junio de 2003 asaltó con un arma peligrosa a un detenido en una base militar en Afganistán. Más tarde volveré sobre este caso⁴⁹. Por tanto, me atrevo a hablar de una inmunidad de hecho para aquellos empleados que no puedan entenderse comprendidos entre el personal militar o civil protegido por el Canje de Notas de 2003. No obstante, el estatuto jurídico no está claro, pues no olvidemos que me apoyaba en la premisa del informe para el Congreso de Estados Unidos.

En cuanto al SOFA de Estados Unidos con Irak⁵⁰, los puntos del texto oficioso de 13 de octubre de 2008⁵¹ más relevantes sobre la jurisdicción, son los siguientes. Se vincula la jurisdicción a la retirada de las tropas americanas. Se establecen fechas de retirada distintas para «US forces» y para «US combat forces» (art. 25). Con ello aparece el problema de determinar uno y otro concepto, en relación con las empresas privadas de seguridad y militares. El elemento temporal –necesidad de concluirlo antes del fin de diciembre de 2008– juega a favor de la postura negociadora iraquí, basada en el ejercicio de su jurisdicción sobre militares, civiles y empresas privadas, en ciertos casos.

Al igual que en otros SOFAS, se define lo que se entiende por fuerzas armadas, civiles y empleados de empresas privadas⁵². Destaco que la definición incluye a empresas y empleados de terceros Estados, lo que tiene relevancia para la jurisdicción. Además, en el artículo 23 se prevé que mediante otro acuerdo se extienda entre Irak y un tercero la aplicación de las disposiciones del presente acuerdo. Las instalaciones y áreas acordadas entre los dos Estados son aquellas de propiedad iraquí que usen las Fuerzas de Estados Unidos (art. 2), pero esta definición imprecisa no evita problemas de interpretación para el ejercicio de jurisdicción civil o penal. Se establece que las operaciones militares deberán respetar el derecho iraquí y el derecho internacional, así como que se crean dos comités conjuntos: militar y de ministros (art. 4). La celebración de contratos con las Fuerzas de Estados Unidos tiene que ser conforme al derecho americano (art. 10), y entiendo que ello incluye el derecho internacional vigente.

En un artículo 12 con una decena de apartados se regulan las «legal jurisdictions», distinguiendo dos tipos. Primero, la jurisdicción «primaria» americana: sobre miem-

⁴⁹ Se invocó la *USA Patriot Act* y la *US Special Maritime and Territorial Jurisdiction*, que faculta al ejercicio de jurisdicción dentro de bases militares en el extranjero y cuando intervengan nacionales estadounidenses.

⁵⁰ Sobre la negociación de este tratado bilateral, vid. ELSEA, J. K., «Congressional oversight and related issues concerning the prospective security agreement between the US and Iraq», *CRS Report for Congress*, abril 1, 2008.

⁵¹ Al no ser un texto oficial, manifiesto todas las reservas sobre el contenido. Si bien, en el texto consultado están los grandes puntos de debate y negociación sobre los que se están pronunciando los Gobiernos interesados. Disponible en el sitio web de una asociación privada, denominada American Friends Service Committee: Versión de 13 de octubre de 2008: <http://www.afsc.org/Iraq/ht/a/GetDocumentAction/i/69064>

⁵² «US contractors or workers hired by US contractors include non Iraqi persons and entities and employees who are US or third country citizens and who are in Iraq to supply goods, services or security to the US forces or on behalf of it in accordance to a contract. This does not include Iraqi entities and individuals» (art. 2 del SOFA).

bros de las Fuerzas Armadas y sobre civiles, cuando los hechos ocurran en las instalaciones y áreas acordadas (indeterminadas, como apunté), así como fuera de aquellas pero durante el servicio. También, en otras condiciones no mencionadas en la disposición sobre la jurisdicción iraquí. Segundo, la jurisdicción «primaria» iraquí: sobre Fuerzas Armadas y civiles en los casos de «major and intentional crimes», que establecerá el comité conjunto, cuando tengan lugar fuera de las instalaciones y áreas acordadas y mientras las tropas no estén de servicio. El comité conjunto decidirá sobre la condición del servicio (*on/off duty*) si existiera desacuerdo entre las partes. Asimismo, las empresas privadas y sus empleados estarán sometidos a esta jurisdicción iraquí. Ambas partes podrán renunciar a su jurisdicción «primaria» en un caso específico. Y dada la excepcional importancia del ejercicio de jurisdicción, el Gobierno iraquí informará previamente a los Estados Unidos, por escrito y dentro de las tres semanas desde que se descubrieron los hechos. Creo que no debe descartarse, con base en este último apartado, la renuncia de Irak a ocuparse de un asunto concerniente a un empleado de una empresa privada, tras informar a los americanos y debido a su presión política.

Junto a la responsabilidad individual y a la obligación del Estado de hacerla efectiva, existe en paralelo la responsabilidad estatal en el caso de que se le puedan imputar las violaciones del derecho internacional cometidas por los empleados de *Blackwater*.

IV. ATRIBUCIÓN Y EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS POR LOS ACTOS DE *BLACKWATER*

La celebración de un contrato de prestación de servicios de seguridad no conlleva la responsabilidad internacional, salvo si las empresas o su personal violan el derecho internacional de manera atribuible al Estado contratante⁵³.

Antes de estudiar los supuestos de atribución de responsabilidad estatal conviene precisar que resulta difícil en la práctica hacer efectiva aquella, debido a la inexistencia de una jurisdicción internacional obligatoria y por las limitaciones derivadas de la inmunidad jurisdiccional de los Estados soberanos ante otras jurisdicciones estatales⁵⁴. Y es poco probable en la práctica la adopción de contramedidas por un Estado que se sienta lesionado, o incluso por terceros, frente a Estados Unidos.

No obstante, en puridad, todas las partes en un conflicto armado tienen la obligación de hacer cesar, reprimir y sancionar a los autores de violaciones del derecho internacional humanitario. Esto implica imponer a los infractores sanciones administrativas, disciplinarias o penales, según la gravedad de la conducta y las circunstancias concurrentes⁵⁵. En efecto, cabe distinguir la responsabilidad del Estado contratante,

⁵³ Cf. Declaración de Montreux, punto 7 sobre el Estado contratante.

⁵⁴ En Estados Unidos se aplica la *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, enmendada por la legislación antiterrorista, por la que se excluye para las reclamaciones por daños debidos a determinados hechos la inmunidad de los Estados extranjeros que sean «terroristas», así como la de sus agentes.

⁵⁵ El Estado huésped o territorial que haya sido ocupado tan sólo podrá cumplir las obligaciones internacionales pertinentes en aquellas áreas en las que ejerza un control efectivo (punto 13, Declaración de Montreux).

la del Estado huésped, la del Estado de la nacionalidad de la empresa, e incluso la del Estado que permite el reclutamiento de personal de su nacionalidad. Y en caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el artículo 89 del Protocolo I establece la obligación de las partes de actuar conjunta o separadamente, en cooperación con Naciones Unidas y de conformidad con la Carta.

Al modo de hacer efectiva la responsabilidad de los empleados de *Blackwater* en el orden judicial interno de los Estados Unidos nos referiremos en el siguiente apartado de este trabajo. Sin embargo, me parece oportuno mencionar ahora que el Estatuto de la Corte Penal Internacional sería aplicable cuando los empleados de la empresa tuviesen la nacionalidad de uno de los Estados partes y, lógicamente, cuando se cometan los crímenes internacionales allí previstos. Afganistán sí ha consentido el Estatuto y, como sabemos, en su territorio actúan estas empresas⁵⁶.

En virtud del Proyecto de artículos de la CDI, de 2001, sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (arts. 4, 5 y 8), cabrá atribuir al Estado los siguientes comportamientos de:

- Los empleados de las empresas privadas que se incorporen a las fuerzas armadas regulares de acuerdo con la legislación interna, pues pasan a ser órganos del Estado.
- Personas o entidades que no sean órganos del Estado, pero estén facultadas por el derecho de este Estado para ejercer atribuciones del poder público.
- Personas que actúen por instrucciones o bajo la dirección o el control efectivo del Estado⁵⁷.

Los artículos 51, 52, 131 y 148 de las Convenciones de Ginebra y el artículo 91 del Protocolo I también disponen que a los Estados les sean imputables los actos cometidos por las personas que forman parte de sus fuerzas armadas.

Creo que los principales problemas de atribución tienen que ver con la noción de «dirección o control efectivo del Estado»⁵⁸. Partiendo de que la caracterización de un hecho ilícito deber realizarse desde el derecho internacional, resultan muy ilustrativas las interpretaciones de los tribunales estadounidenses que han resuelto demandas por

⁵⁶ Estados Unidos, que no ha firmado (tras retirar la firma el 6 de mayo de 2002) ni ha consentido el Estatuto, tampoco verá como el Consejo de Seguridad, del que es miembro permanente con derecho de veto, remite al Fiscal de la Corte Penal Internacional una situación vinculada a sus nacionales (art. 13 b del Estatuto de la CPI). El Consejo de Seguridad ha hecho uso de esta facultad por primera vez respecto a la situación en la región de Darfur (Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005). Por el momento, la CPI se ha centrado en África, por los casos de los que se ocupa y porque tan sólo han sido tres Estados africanos: RD Congo, Uganda y República Centro Africana, los que le han remitido determinadas situaciones acaecidas en sus territorios.

Estados Unidos ha concluido con Estados signatarios y partes del Estatuto numerosos tratados bilaterales de no extradición o entrega a la CPI, forzando la interpretación del artículo 98.2. Los tratados suponen el envío a Estados Unidos de todo ciudadano estadounidense, incluidos evidentemente los empleados de empresas privadas militares y de seguridad, cuando se debiera entregar a aquel ciudadano a la CPI. La *American Servicemembers Protection Act*, adoptada en el año 2000, admite la intervención militar para rescatar a sus nacionales que sean procesados por la CPI.

⁵⁷ Sobre el tema, vid. MORENO FERNÁNDEZ, A. G., «La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización», *R.E.E.I.*, vol. 12, 2006, disponible en www.reei.org También, CRAWFORD, J., *Los artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2004.

⁵⁸ En esta línea, JINKS, D., «State responsibility for sponsorship of terrorist and insurgents groups: State responsibility for the acts of private armed groups», *Chicago Journal of International Law*, vol. 83, 2003.

daños sobre la base de la doctrina de las cuestiones políticas, y sobre las excepciones a leyes civiles que se apoyan en las actividades de combate o en decisiones discrecionales del Gobierno. Lo analizo en el siguiente apartado.

V. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE *BLACKWATER*: EXAMEN A LA JURISDICCIÓN DE ESTADOS UNIDOS

Como norma general, los tribunales internos de los Estados, en virtud de los principios del desdoblamiento funcional y de subsidiariedad, están obligados a enjuiciar y en su caso condenar –o extraditar– a los infractores del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹. Para ello, deberán disponer de la legislación penal, civil y procesal adecuadas⁶⁰. Siguiendo con los principios, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147 de 2005, de acuerdo con los tratados multilaterales vigentes en la materia, proclama que los derechos internos están obligados a asegurar el derecho de acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial. La adecuación de las jurisdicciones y leyes estadounidenses a aquellos principios, obligaciones y normas internacionales es el objeto de este apartado⁶¹.

Vistos el derecho vigente y la práctica –inexistente, en cuanto a una posible jurisdicción universal para las infracciones graves–, el personal de *Blackwater* que opera en Irak goza actualmente de inmunidad frente a los tribunales iraquíes, por lo que rige la jurisdicción de Estados Unidos. Sin embargo, también se habla de una suerte de inmunidad y de limitaciones procesales frente a los tribunales americanos. De entrada, los límites procesales se presentan en una de las jurisdicciones más útiles en la práctica para exigir responsabilidad a los empleados de empresas privadas militares y

⁵⁹ Conviene recordar que, con base en el artículo 4 de la Convención de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, los particulares pueden cometer genocidio o actos relacionados. Además, habría que tener en cuenta, en su caso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁶⁰ En la Declaración de *Montreux* se apunta la oportunidad de los mecanismos de responsabilidad «no penales» para comportamientos impropios o ilícitos que no lleguen a ser crímenes serios: como las sanciones contractuales, o la responsabilidad civil (puntos 20, 50 y 72, segunda parte).

⁶¹ Realmente, las muertes de diecisiete iraquíes, en los sucesos de la plaza de *Nisoor* en septiembre de 2007, causadas por guardias de seguridad de *Blackwater* contratados por el Departamento de Estado, han recibido una respuesta pre-procesal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. En efecto, varios fiscales federales han enviado a seis guardias las conocidas como «target letters», o cartas previas al procesamiento. Esto comporta que se ha abierto una investigación para la recopilación de pruebas, e incluso que se ha constituido para este fin un gran jurado federal. Por ejemplo: el 19 de diciembre de 2007, se interpuso una demanda de carácter civil, por parte de familiares de *Albazzaz*: iraquí muerto por los disparos de *Blackwater* en un suceso similar al de la plaza de *Nisoor*. Es el caso *Albazzaz y Azizv v. Blackwater*, iniciado «for purposes of pre-trial discovery and briefing» como «class action» o acción colectiva por el Centro para los Derechos Constitucionales, que es una asociación de Estados Unidos. Este caso quedó consolidado con otro de las mismas características, relativo a los hechos de la plaza de *Nisoor*, e iniciado el 11 de octubre de 2007: *Abtan et al v. Blackwater*. Uno de los fundamentos de jurisdicción alegada en ambos casos es la *Alien Tort Claims Act* y se responsabiliza a la empresa de la comisión, entre otros, de crímenes de guerra y de asesinatos extrajudiciales. El caso *Albazzaz y Azizv v. Blackwater* puede consultarse en la web del Center for Constitutional Rights, <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/estate-ali-hussamdeen-albazzaz-v.-blackwater-worldwide,-et-al>. *Abtan et al v. Blackwater*, disponible en <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/atban,-et-al.-v.-blackwater-usa,-et-al>.

de seguridad: la jurisdicción civil en casos de reclamaciones por daños. Estas limitaciones reposan sobre el mismo fundamento que el principio de la inmunidad del Estado extranjero: la distinción clásica de los *acta iure imperii* o los actos de soberanía⁶².

1. Jurisdicción militar: territorial y extraterritorial

Los empleados de empresas privadas que formen parte de las fuerzas armadas, o que acompañen a éstas, quedan sometidos a la *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA) adoptada en el año 2000⁶³, o al Código Uniforme de Justicia Militar (CUJM). Una y otra normativa se aplican de manera excluyente, y no caben para empleados que posean la nacionalidad del Estado huésped. No hace falta que los hechos se produzcan en el contexto de una declaración de guerra, sino que basta lo que se conoce como una operación contingente fuera del territorio americano, según una reforma de 2006⁶⁴.

La aplicación a empleados civiles de estas empresas del CUJM ha sido escasa y peculiar. La primera condena de un civil, desde que entró en vigor la reforma de 2006, ha tenido lugar en Bagdad en junio de 2008. *Alaa «Alex» Mohammad Ali*, de nacionalidad canadiense, que trabajaba como traductor de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos en Irak, fue condenado por un tribunal militar estadounidense por violación de dicho CUJM⁶⁵. Los derechos del Sr. *Ali*, acusado de apuñalar a otro empleado, fueron los propios de la jurisdicción militar, por lo que también gozará del derecho a una apelación. Conviene especificar que algunos delitos establecidos en el CUJM se aplican a toda persona, no sólo militares. Este primer caso podría tener consecuencias para los empleados de *Blackwater* que participaron en los sucesos de septiembre de 2007.

En cuanto a la MEJA, hasta marzo de 2008, ha servido de fundamento para la remisión de 58 casos por el Departamento de Defensa al Departamento de Justicia.

⁶² Ph. Alston, Relator especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, ha criticado recientemente las deficiencias del sistema judicial americano, en este punto Cf. las declaraciones del 30 de junio de 2008, disponibles en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/73409531EE29EEF8C12574780053EFC2?opendocument>.

⁶³ Sección 3261 de la MEJA.

⁶⁴ Section 552 of the National Defense Authorization Act Fiscal Year 2007, que modifica el artículo 2 del Código Uniforme de Justicia Militar: «The term contingency operation means a military operation that A) is designated by the Secretary of Defense as an operation in which members of the armed forces are or may be involved in military actions, operations or hostilities against an enemy of the US or an opposing military force; or B) results in the call or order to, or retention on, active duty of members of the uniformed services under, or any other provision of law during a war or during a national emergency declared by the President or Congress» (Pub. L. 109-364. 17 de octubre de 2006). Esta reforma es importante, pues ayuda preventivamente al control militar de los empleados de la empresa privada que acompañen a las fuerzas armadas y participen en la operación de contingencia. Los empleados saben que pueden quedar bajo la jurisdicción militar, en caso de violación de la normativa militar en conflictos como los de Irak o Afganistán. Ahora bien, no queda clara la definición de este tipo de operaciones y, además, el enjuiciamiento de un civil por un tribunal militar, en otras circunstancias, podría causar problemas de constitucionalidad.

⁶⁵ Cf. el dato en *International Herald Tribune*: Us military delays hearing for contractor charged under new military law, 9 de abril de 2008, en <http://www.iht.com/articles/ap/2008/04/09/africa/ME-GEN-Iraq-Contractor-Charged.php>.

Tan sólo 13 casos han concluido en un tribunal americano⁶⁶. La MEJA es aplicable ante un tribunal de Estados Unidos si el caso no ha sido sometido a la jurisdicción del Estado donde se comete el delito, o al CUJM, y cuando existe un contrato o subcontrato entre la empresa privada y el Departamento de Defensa⁶⁷. *Blackwater* quedaría fuera del ámbito de aplicación para los contratos celebrados con el Departamento de Estado. Precisamente, este es el debate subyacente respecto al posible procesamiento de los guardias implicados en los sucesos de septiembre de 2007⁶⁸. Las iniciativas legislativas que señalé más arriba servirían para extender el alcance de la jurisdicción. Sería deseable una resolución judicial que aclarara este punto controvertido, pues aunque el contratante no sea el previsto legalmente, ya hemos visto que el mismo Pentágono considera a *Blackwater* como parte de la «Total Force».

La *War Crimes Act* de 1996 (enmendada en 2006), prohíbe las violaciones graves del artículo 3 común, por lo que los actos contrarios quedarían incluidos en la jurisdicción extraterritorial de Estados Unidos. Sólo es aplicable a nacionales de Estados Unidos⁶⁹.

2. Jurisdicción federal penal: la Jurisdicción Especial Marítima y Territorial

El recurso a la jurisdicción penal nacional a través de la *Special Maritime and Territorial Jurisdiction* (SMTJ) se ve afectado por dificultades técnicas que impiden un uso efectivo y masivo. La SMTJ rige para unos treinta crímenes cometidos en dependencias de Estados Unidos en el extranjero, incluidas las militares, por o contra nacionales estadounidenses. Ya sabemos que un buen número de empleados no son de nacionalidad estadounidense y también quedarían excluidas las personas sometidas a la MEJA.

El Departamento de Justicia ha llevado a los tribunales el caso de David Passaro, un empleado de la CIA acusado de torturas en Afganistán y condenado en febrero de 2007 a ocho años de prisión⁷⁰. La *USA Patriot Act* de 2001, sirvió de fundamento del caso pues permite la extensión de la SMTJ a «las misiones y entidades diplomáticas

⁶⁶ Cf. La estadística en CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, *op. cit.*, en nota 58, p. 24.

⁶⁷ La sección 3261 (b) de la MEJA permite, no obstante, que el civil también sea sometido a juicio en los Estados Unidos si lo aprobase el Fiscal General; esto es lo que se conoce por «a second bite at the apple». Se pretende colmar la laguna de una denegación de justicia en el Estado de comisión del delito. Sobre el alcance y contenido de la MEJA, vid. TIPLING, D. M., «The military extraterritorial jurisdiction Act and its implications for private military companies», *California Western School of Law*, spring 2006, disponible en <http://law.bepress.com/expresso/eps/1393>.

⁶⁸ Lógicamente, los abogados de *Blackwater* sostienen que la MEJA sólo es aplicable para los contratos con el Departamento de Defensa. El documento del CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE, *op. cit.*, en nota 58, p. 24, recalca que los empleados de las empresas contratantes con el Departamento de Estado quedan al margen de la aplicación de la MEJA.

⁶⁹ Recuerdo la importancia del fallo del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006, en el asunto *Hamdan v. Rumsfeld*, en el que quedó claro que las violaciones del artículo 3 común son violaciones de guerra y que estas disposiciones son aplicables a los presos en Guantánamo que fueron detenidos en Afganistán. Sobre el asunto *Hamdan v. Rumsfeld* (126 S. Ct. 2749, 2764 (2006)), vid. AREND, A. C., «Who's afraid of the Geneva Conventions? Treaty interpretation in the wake of *Hamdan v. Rumsfeld*», *American University International Law Review*, v. 22, núm. 5, 2007, pp. 709-743.

⁷⁰ *US v. D.A. Passaro* núm. 5:04-CR-211-1 <http://news.findlaw.com/nytimes/docs/torture/uspassa-ro61704ind.html>.

consulares, militares u otras misiones del Gobierno de Estados Unidos, en Estados extranjeros...»⁷¹. El panorama no es optimista, si tenemos en cuenta las denuncias de organismos de la sociedad civil, respecto a la falta de presentación de cargos por el Departamento de Justicia en una veintena de casos de presuntos abusos, a manos de civiles o personal de la CIA⁷².

3. Jurisdicción federal civil y sus límites: el caso *McMahon v. Presidential Airways Inc./Blackwater*

Ha de subrayarse, una vez más, la importancia del mecanismo de la responsabilidad civil, exigida a través de los tribunales nacionales en reclamaciones por daños. Los demandantes son de tres tipos: militares que sufren daños imputados a la empresa privada de seguridad (caso *Carmichael v. KBR* 450 F. Supp. 2d 1373 (N.D. Ga. 2006)); empleados de las empresas contra las mismas empresas (caso *Fisher v. Halliburton*); demandas de terceros contra las empresas (los prisioneros de Abu Ghraib, en los casos *Ibrahim v. Titan Corp.* 391 F. Supp. «d 10 (2005)»⁷³.

En el caso *Ibrahim*⁷⁴, donde familiares de presos de Abu Ghraib alegan torturas, entre otros fundamentos de jurisdicción se utilizó la *Alien Torts Claims Act* (ATCA), que permite a un empleado de nacionalidad distinta a la estadounidense interponer una acción civil contra las empresas por daños extracontractuales «in violation of the law of nations or a treaty of the United States»⁷⁵.

La efectividad del sistema de responsabilidad civil está condicionada por los límites a la FTCA (*Federal Torts Claims Act*), así como a la ATCA, que estudiaré a continuación, y que atañen a la capacidad de revisión judicial de las decisiones del Ejecutivo en tiempo de guerra. Dichos límites están presentes en el caso *McMahon v. Presidential Airways Inc.*, empresa perteneciente al grupo *Blackwater*⁷⁶.

3.1 NO ENJUICIAMIENTO DE CUESTIONES POLÍTICAS: INTERNACIONALES, MILITARES

Un primer límite para el demandante en un procedimiento civil ante tribunales estadounidenses es la doctrina de la cuestión política⁷⁷. La doctrina ha sido seguida en

⁷¹ 18 U.S.C. 7 (9) (A) (2006).

⁷² Informe 2007 sobre Estados Unidos de América, de Amnistía Internacional, disponible en <http://report2007.amnesty.org/esl/Regions/Americas/United-States-of-America>.

⁷³ Vid. DICKINSON, L., «Tort liability for military contractors», Blog: Balkinization, 7 de octubre de 2007, disponible en <http://balkin.blogspot.com/2007/10/tort-liability-for-military-contractors.html>. También, AREND, A. C., «Laura Dickinson on Civil Liability for Security Contractors», Blog: Exploring international law, Georgetown University, <http://blogs.georgetown.edu/?id=28002>.

⁷⁴ *Ibrahim et al. V. Titan Corp. et al.*, <http://uniset.ca/other/cs6/391FSupp2d10.html>.

⁷⁵ Cf. 28 USC &1350. Se establece que «the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

⁷⁶ US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, october 5, 2007, núm. 06-15303, disponible en <http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615303.pdf>.

⁷⁷ En el caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962) se identificaron algunos componentes principales de la doctrina de la cuestión política; a saber: la atribución constitucional de la materia a un órgano político, la (in)existencia de estándares judiciales apropiados para el enjuiciamiento, la imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción

tribunales estadounidenses para reconocer la inmunidad de jurisdicción en demandas contra jefes de Estado o de Gobierno, o ministros de Asuntos Exteriores⁷⁸. También se está utilizando en causas contra empresas privadas militares y de seguridad, con fundamento en la ATCA y la FTCA.

Las premisas de esta doctrina jurisprudencial se establecieron en el asunto *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 170 (1803); o sea: «questions, in their natural political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court». En consecuencia, si algunos mandatos constitucionales no son enjuiciables (foreign policy or nacional security), se presupone que el Gobierno es el órgano constitucional con capacidad y mejor situado para resolver la cuestión política⁷⁹. El asunto *Fisher v. Halliburton/KBR*, cuya resolución definitiva está prevista en 2009, también resulta paradigmático a este respecto⁸⁰.

La no «justiciabilidad», la inmunidad y la doctrina de los actos de Estado son tres factores que pueden limitar –o servir para el abuso– la jurisdicción del Estado. También, son doctrinas y principios judiciales característicos del derecho anglosajón. La Constitución de Estados Unidos no establece una clasificación de preceptos enjuiciables, pues la *judicial review* es una creación jurisprudencial⁸¹. La no «justiciabilidad» sería la falta de competencia del tribunal nacional en razón del objeto del proceso. No se desestima la demanda inmediatamente sino que se inquiere sobre la propiedad de una resolución judicial respecto a una materia particular. Con ello, se elude un pronunciamiento sobre el fondo. Las *political questions* son juicios de competencia y no de fondo⁸².

Pendiente el juicio definitivo sobre el caso *Fisher v. Halliburton/KBR*, entiendo que esta decisión del tribunal de apelación de 28 de mayo de 2008 constituye un buen pre-

claramente no judicial, una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales, y una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada, así como una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales. En el asunto Baker se entendió que las divisiones electorales territoriales no constituían una «political question».

⁷⁸ Sobre la aplicación de la doctrina en relación con la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, vid. KETCHEL, A., «Deriving lessons for the Alien Tort Claims Act from the Foreign Sovereign Immunities Act», *The Yale Journal of International Law*, v. 32, 2007, pp. 191-218.

⁷⁹ En el asunto *Ibrahim*, con fundamento en la ATCA, el tribunal rechazó que se tratara de una cuestión política o de una reparación de guerra, reclamada ante un tribunal civil americano por los prisioneros de Abu Ghraib. Se afirmó que no existía un acuerdo interestatal de indemnización que pudiera afectar la legitimidad del tribunal.

⁸⁰ Los hechos resumidos son los siguientes: KBR contrató conductores civiles para trabajar en Irak, en zonas que no fueran de combate. El 9 de abril de 2004 los convoyes fueron atacados por insurgentes cuando se dirigían a entregar combustible al aeropuerto de Bagdad. Sin protección militar alguna, varios conductores murieron y otros resultaron heridos o desaparecidos. Los demandantes reclaman violaciones del derecho del Estado de Texas, así como violaciones del derecho federal; esto es, de derechos civiles. Se basan en que los conductores fueron inducidos a creer fraudulentamente que no serían enviados a zonas activas de combate, y que la empresa KBR conocía la posibilidad de un ataque insurgente en la ruta al aeropuerto. *Fisher v. Halliburton*, 454 F. Supp. 2d 644 (S.D. Tex. 2006).

⁸¹ Cf. STRUM, P., *The Supreme Court and political questions: a study in judicial evasion*, The University of Alabama Press, 1974. En España, ha escrito sobre el tema, entre otros, ALONSO GARCÍA, E., «El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1-1, 1981.

⁸² Como señala ANATOLYEVITCH, Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Cf. el Informe preliminar, de 29 de mayo de 2008, A/CN.4/601, pp. 34 y ss. Evidentemente, la inmunidad soberana es un principio del derecho internacional recogido en la legislación de Estados Unidos.

cedente⁸³, que impide que se consideren como no justiciables las reclamaciones relativas a empleados de las empresas privadas y de seguridad cuando los hechos se produzcan en el marco de conflictos armados. Los tribunales estadounidenses se sitúan en buena lid para proteger valores y categorías establecidos en el derecho internacional⁸⁴. Creo que el enjuiciamiento de civiles en reclamaciones civiles de este tipo se adecua mejor con los distintos estatutos previstos en el derecho internacional humanitario: combatientes, combatientes no privilegiados, civiles, o acompañantes de las fuerzas armadas. Además, esta doctrina va en línea con la consideración judicial de que no toda cuestión que toque las relaciones internacionales debería quedar al margen del control judicial⁸⁵. No obstante, la jurisprudencia no es uniforme, como demuestra el caso *Whitaker v. Kellogg, Brown & Root Inc.* (444 F Supp. 2d 1277 (M.D. Ga. 2006))⁸⁶.

Respecto a una de las empresas del grupo *Blackwater*, existe el caso *MacMahon v. Presidential Airways Inc.*, resuelto por el tribunal de apelación del circuito once, en Florida, el 5 de octubre de 2007⁸⁷. Estamos ante otro asunto en el que la doctrina de la cuestión política no se interpretó a favor de la no «justiciabilidad» de una demanda civil⁸⁸. Los demandantes alegaron negligencias en la contratación,

⁸³ El juzgado de distrito de Houston rechazó la demanda de *Fisher* en septiembre de 2006 fundándose en que no era justiciable bajo la doctrina de la cuestión política, pues supondría una interferencia en la política exterior así como en la separación de poderes. Asimismo, supondría someter a un órgano judicial la cuestión general sobre si es apropiado el uso de empresas privadas de seguridad en zonas de Guerra. Aquella decisión de no «justiciabilidad» fue recurrida ante el Tribunal de Apelación del quinto circuito, que ha resuelto el 28 de mayo de 2008 devolviendo el asunto al juzgado de distrito, pues decidió que era posible separar una reclamación de daños presentada por empleados civiles respecto de las cuestiones políticas subyacentes a un conflicto armado. Concretamente, el tribunal de apelación estableció que «las reclamaciones se presentan contra acciones u omisiones de KBR (fraude y negligencia) [...] no una rama del Gobierno Federal». Por el contrario, el juzgado de distrito entendió que «the actions of KBR and the Army regarding the decision-making and control of the Plaintiffs» convoys were so intertwined that the question KBR's decision is necessarily to question the Army's decisions» (*Fisher*, 454 F. Supp. 2d at 642). Por tanto, según el tribunal de apelación «es posible resolver la reclamación sin necesidad de revisar de manera inconstitucional una decisión adoptada en tiempo de guerra». Y el efecto negativo que una posible declaración de responsabilidad pueda tener en la celebración de otros contratos entre empresas privadas de seguridad y las Fuerzas Armadas, «no es un factor que el Tribunal pueda utilizar para negar un foro judicial a los demandantes». US Court of Appeals Fifth Circuit, May 28, 2008, núm. 06-20905, disponible en <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/06/06-20915-CV0.wpd.pdf> El Tribunal de Apelación debía decidir la cuestión principal sobre si «the political question doctrine presents a jurisdictional bar to the district court's adjudication of the Plaintiff's claims».

⁸⁴ En este sentido, *EVIATAR, D.*, «5th Circuit to weigh jurisdiction over contractors in Iraq», *The American Lawyer*, 29 de enero de 2008, disponible en <http://www.inhousecounsel.com>

⁸⁵ Cf. *Dickson v. Ford*, 521 F. 2d 234, 235-236 (5th Cir. 1975); más recientemente, *Can v. United States*, 14 F. 3d 160, 163 (2d. Cir. 1994).

⁸⁶ El caso trata sobre una reclamación concerniente a un soldado americano frente a una empresa de seguridad, a cuyos empleados el soldado debía proteger. Casualmente, el soldado muere al caer de un puente tras ser derribado por un camión de la empresa KBR. Los hechos no son similares a los del asunto *Fisher*, puesto que se ve implicado un soldado. Por tanto, en el asunto *Whitaker* es más fácil entender que una demanda civil se vea paralizada por la no «justiciabilidad» de una cuestión política.

⁸⁷ Los hechos que fundamentaron la demanda civil por daños «a wrongful death action» ocurrieron en noviembre de 2004, cuando tres soldados de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, de servicio en Afganistán, murieron al estrellarse el avión de *Presidential Airways* que los transportaba –curiosamente, de fabricación española–. US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, October 5, 2007, núm. 06-15303, disponible en <http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200615303.pdf>.

⁸⁸ Otros precedentes recientes son: *Carmichael v. KBR Servs.* 450 F. Supp. 2d 1373, 1374-76 (N.D. Ga. 2006); *Potts v. Dyncorp Int'l, LLC*, 465 F. Supp. 2d 1245, 1248-54 (M.D. Ala. 2006); o el caso *Ibrahim v. Titna Corp.*, 391 F. Supp. 2d 10, 15-16 (D.D. C. 2005).

entrenamiento y asignación de los pilotos, así como en la planificación de la ruta y en el equipamiento de la aeronave. *Presidential* defendió que la demanda civil no era enjuiciable bajo la doctrina de la cuestión política⁸⁹, la jurisprudencia *Feres v. US*⁹⁰ y mediante la aplicación de la excepción por actividades de combate a la Ley Federal de Reclamaciones por Daños (FTCA, acrónimo en inglés). En suma, el juzgado de distrito denegó las peticiones del demandado, por lo que se llevó el caso al tribunal de apelación⁹¹. Llego a una conclusión que reiteraré en otros párrafos. Si la inexistencia de estándares judiciales apropiados para ciertos litigios distintos al caso *McMahon* –en tanto que corolario de la doctrina de las cuestiones políticas– constituye un impedimento para el control de las actividades de las empresas militares y de seguridad, la solución es sencilla: la necesidad de establecer un sistema judicial adecuado⁹².

El caso *McMahon* me permite estudiar tres excepciones a la FTCA, que son muy interesantes para hacer efectiva la responsabilidad de empresas como *Blackwater*. Algunos contenidos de las excepciones (decisiones militares sensibles) se solapan con las reglas de aplicación de la cuestión política, por lo que las excepciones operarían subsidiariamente; es decir, no haría falta comprobar la inmunidad soberana derivada si bajo la doctrina de la cuestión política se ha decidido el no enjuiciamiento de una decisión militar sensible para la seguridad del Estado. La cuestión política sería suficiente para proteger al empleado de la empresa privada.

3.2 LAS EXCEPCIONES A LA FEDERAL TORT CLAIMS ACT

En los países de tradición anglosajona resulta frecuente encontrar cláusulas exceptivas en leyes generales de naturaleza procesal, que tienden a reconocer situa-

⁸⁹ El no enjuiciamiento bajo la doctrina de la cuestión política se abordó de la siguiente manera. *Presidential* argumentó que la adjudicación judicial del caso de autos cuyo objeto era un accidente en Afganistán ocurrido en tiempo de conflicto armado, implicaría que el tribunal de distrito decidiera sobre una cuestión política. El análisis del tribunal se condujo, como es habitual, bajo los factores del precedente más importante: la doctrina *Baker*.

⁹⁰ Cf. *Feres v. United States*, 340 US 135, 71 S. Ct. 152 (1950).

⁹¹ Los principales argumentos del tribunal son los siguientes: Correspondería a *Presidential* la carga de la prueba sobre que el caso somete a revisión judicial una decisión militar y que ésta debería quedar al margen de aquella. A juicio del tribunal, en el documento de base para establecer las responsabilidades y tareas de la empresa, denominado SOW (*Statement of Work*), queda claro que la seguridad de la aeronave correspondía a la empresa. Y las responsabilidades militares se ceñían al calendario de vuelos y a prestar protección a los empleados de la empresa, cuando estuvieran en la base militar; por tanto, no guardaban relación con la operatividad del vuelo siniestrado. El tribunal entendió que *McMahon* no utilizó la demanda para cuestionar «the military's ultimate decision to use private contractors to transport soldiers in Afghanistan. Rather, she is challenging the way in which Presidential performed the duties it was given by the military». El demandante no reclamaba frente a una decisión militar, y mucho menos frente a un tipo de acción que goce de la protección de la cuestión política. Siguiendo la doctrina *Baker*, el tribunal entendió que tampoco faltaba el elemento de insuficiencia de estándares judiciales: «it is well within the competent of a federal court to apply negligente standards to a plane crash... a standard of care to a flight conducted in a less than hospitable environment». «The case does not involve a sui generis situation such as military combat or training». US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, October 5, 2007, núm. 06-15303.

⁹² Además, la Administración estadounidense puede intervenir, a petición del tribunal, para valorar si existe una cuestión política. En el caso *McMahon* se rechazó la invitación a intervenir en ese sentido, lo que reforzó la opinión del tribunal de que no se trataba de una cuestión política.

ciones especiales de inmunidad de jurisdicción de un Estado. La FTCA, adoptada en 1946, establece la responsabilidad del Gobierno Federal por daños «in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances»⁹³. Sin embargo, estos principios tienen una serie de excepciones a su aplicación, de las que nos interesan las siguientes: la inmunidad soberana derivada, el ejercicio de funciones discrecionales por un agente del Gobierno, y las actividades de combate de las fuerzas militares o navales en tiempo de guerra. En esos casos el Gobierno sí gozaría de inmunidad. La cuestión principal es la de saber si dichas excepciones son aplicables a las empresas privadas militares y de seguridad, o a sus empleados.

A) *La inmunidad soberana derivada*

La doctrina *Feres*, o doctrina de la inmunidad soberana derivada, es una excepción a la FTCA creada por el Tribunal Supremo⁹⁴. Impide que los militares demanden a las Fuerzas Armadas por daños acaecidos durante el servicio. Según los tribunales competentes, no sería aplicable en el caso *McMahon* pues no se trata de una demanda contra el Gobierno Federal o sus empleados. Los principios de la doctrina reposan en tres asunciones: la relación de carácter federal entre el Gobierno y los miembros de las fuerzas armadas, la no responsabilidad, y el riesgo de que el litigio judicial pueda interferir en la disciplina y efectividad militares (que un soldado pleitee contra la orden de su mando). En consecuencia, el militar no podrá obtener una reparación por daños producidos durante actividades de combate, de entrenamiento, por mala práctica médica militar o por negligencias ocurridas en bases militares.

Presidential argumentó en el caso *McMahon* que, al aplicarse la doctrina *Feres* a los militares que transportaban y fueron víctimas del accidente, la empresa gozaría de la misma inmunidad de manera derivada⁹⁵. Lo determinante es la calificación de la institución como un agente del Gobierno según el *common law*, con ocasión de los hechos que basan la demanda; en este caso, el accidente aéreo⁹⁶. El tribunal de apelación *McMahon* también afirmó que la inmunidad soberana derivada no puede ser absoluta, sino que debe modularse sobre el criterio de que con ella se proteja una fun-

⁹³ 28 USC & 2680 Exceptions (a) (j) (k). Se levanta la inmunidad soberana del Gobierno Federal respecto de la responsabilidad por daños y por los actos de sus funcionarios, empleados y representantes. La responsabilidad surge por daños en la propiedad, o personales, incluida la muerte, que resulten de la negligencia, acto ilícito u omisión de estos agentes del Gobierno.

⁹⁴ La primera formulación tuvo lugar en un caso que dió el nombre a la doctrina [*Feres v. United States*, 340 US 135, 71 S. Ct. 152 (1950)]. La última formulación, antes del caso *McMahon* fue la del caso *US v. Johnson* 481 US 681, 107 S. Ct. 2063 (1987).

⁹⁵ Esta interpretación surge del caso *Yearsley v. W.A. Ross Construction Co.*, donde se afirmó que «the action of the agent is the act of the Government». Cf. *Yearsley v. WA Ross Construction Co.* 309 US 18, 60 S. Ct. 413 (1940), p. 22.

⁹⁶ Para el tribunal de apelación, la naturaleza de agente del Gobierno es necesaria pero no suficiente, pues si por ejemplo un guarda de prisión, que es un oficial federal del Gobierno, no es siempre inmune frente a la responsabilidad por daños cuando ha violado derechos constitucionales de la persona, tampoco lo será el «common law agent». En este sentido, el tribunal de apelación manifestó que «Government agencies in general (apart from the military) do not have the benefit of a *Feres* bar, and therefore must face the non-uniform tort law of the various states (so long as an explicit FTCA exception does not apply)»; por ejemplo, el sistema federal de prisiones. US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, October 5, 2007, p. 690.

ción gubernamental. Así, la inmunidad derivada no puede tener mayor alcance que la inmunidad soberana, sobre la que se funda⁹⁷.

En cuanto a la interferencia en la disciplina militar con la interposición de una demanda civil frente a un mando militar, el tribunal *McMahon* entendió que los empleados de empresas privadas militares y de seguridad no están en la cadena de mando, aun cuando se les considere agentes del Gobierno. Sin embargo, se aceptó que un tribunal no era la mejor instancia par determinar un asunto relativo a la efectividad de una acción militar (la seguridad en el transporte de la tropa), incluso cuando ésta la llevara a cabo un empleado de la empresa privada que fuese al tiempo agente del Gobierno⁹⁸. Creo que la anterior consideración incide sobre las limitaciones técnicas que enfrentaría cualquier tribunal no experto en la interpretación de ciertos principios y normas del *ius in bello*: necesidad militar, proporcionalidad, o precaución. De ahí, la conveniencia de establecer en los Estados un sistema judicial adecuado para este tipo de litigios.

Evidentemente, el *dictum* del tribunal guarda relación con el contenido de la doctrina de la cuestión política, así como con las excepciones a la FTCA: por actividades de combate o por funciones discrecionales del Gobierno. Veámoslo.

B) *La excepción por actividades de combate*

Esta excepción prevista en el número 2680 (j) de la FTCA pone de manifiesto las contradicciones de la «externalización» de las funciones de combate a empresas privadas, pues naturalmente deberían permanecer en el ámbito de responsabilidad de los Gobiernos⁹⁹. En el asunto *McMahon* se rechazó la pretensión de *Presidential* sobre que el tribunal se pronunciara acerca de la excepción Para el demandado; esta excepción suponía la paralización (*preemption*) de la reclamación por daños basada en el derecho del Estado.

Explicamos más detalladamente la aplicación judicial de la excepción a través del asunto *Ibrahim*, donde también se alegó que las reclamaciones de daños quedaban paralizadas por lo que se conoce por «government contractor defense», cuya complejidad incluiría la excepción por actividades de combate, expresamente recogida en la FTCA¹⁰⁰. Se afirmó que las «exceptions to FTCA represent governmental activities

⁹⁷ Resulta lógico que la inmunidad derivada no sería aplicable a los civiles que viajasen a bordo del avión de *Presidential* siniestrado, de modo que los tres empleados de la compañía, que también fueron víctimas del accidente, podrían demandarla por negligencia.

⁹⁸ «...notwithstanding the judiciary's relative lack of expertise in these areas [...] It would violate separation of powers for the courts to interfere with sensitive military judgments made or executed by private contractor agents of the military». *Ibid.*, p. 701.

⁹⁹ Sobre estas excepciones, vid. RAKOWSKY, K. L., «Military contractors & civil liability: use of the government contractor defense to escape allegations of misconduct in Iraq and Afghanistan», *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. II-2, 2006, pp. 111-145.

¹⁰⁰ El tribunal se basó en la jurisprudencia de los casos *Boyle v. United Techs. Corp* [487 US 500 (1988)] y *Koohi v. United States* [976 F 2d. 1328 (9th. Cir. 1992)]. En *Boyle* no se extendió la inmunidad federal a los empleados de la empresa constructora de un helicóptero cuyos defectos de construcción causaron la muerte de un Marine. En *Koohi* se determinó que exigir responsabilidad a los civiles, que construyeron el sistema militar utilizado por un barco de guerra americano que derribó una aeronave civil iraní, crearía un deber de diligencia que no encajaría con la excepción de actividades de combate. Cf. *Boyle v. United Techs. Corp.*, 487 US 500 (1988), disponible en <http://supreme.justia.com/us/487/500/>

which by their very nature should be free from the hindrance of a posible damage suit». Por ello el tribunal verificó si los empleados de las empresas demandadas –traductores en una prisión en Irak– estaban actuando como «soldiers». Las empresas entendieron que sus empleados formaban parte de la jerarquía militar y que el control militar sobre ellos era total¹⁰¹. Sin embargo, el tribunal entendió que la excepción por actividades de combate era una defensa afirmativa, y que los demandados no habían sustentado la justificación de su aplicación. De nuevo, parece que la prueba fundamental es saber la condición bajo la que estos empleados forman parte de la *Total Force*¹⁰².

C) *La excepción por funciones discrecionales*

Las funciones discrecionales están inmunizadas en el número 2680 (a) de la FTCA. Aunque esta excepción se abordó en el caso *McMahon* al hilo de la elaboración del tribunal sobre la doctrina *Feres*, conviene analizarla con las bases establecidas en la interpretación judicial de referencia: *Boyle v. United Technologies Corp.* El Tribunal Supremo sostuvo que esta controversia entre partes privadas implicaba los intereses de los Estados Unidos¹⁰³. En consecuencia, la aplicación del derecho de daños del Estado de Virginia presentaba un conflicto significativo con los intereses y políticas federales, siguiendo la doctrina *Feres*. Este conflicto significativo también se concreta en la excepción de las funciones discrecionales de la FTCA. En suma, el derecho del Estado de Virginia –que exige responsabilidad por defectos de construcción en los vehículos militares– quedaría desplazado cuando la resolución judicial afectase a funciones discrecionales del Gobierno¹⁰⁴. La revisión judicial de estas decisiones mediante demandas por daños frente a empresas privadas produciría el mismo efecto que quiere evitar la excepción a la FTCA. La empresa no puede ser demandada por una decisión que ella no tomó, sino el Gobierno¹⁰⁵.

case.html. *Koohi v. United States*, 976 F.2d 1328, 1332 (9th Cir. 1992), disponible en <http://homepage.ntlworld.c/jksonc/docs/koohi-976F2d1328.html>. Los hechos del asunto *Koohi* tienen que ver con el contencioso resuelto por la Corte Internacional de Justicia, conocido como el asunto de las plataformas petrolíferas.

¹⁰¹ El *Statement of Work* aportado por *Titan* contenía que los empleados eran como soldados salvo en el nombre. Pero este documento sobre las tareas de la empresa no fue considerado suficiente prueba para justificar la excepción, tal y como afirmé más arriba. El tribunal requería más información: responsabilidades, supervisión, estructura de mando, entre otros.

¹⁰² Por lo demás, el tribunal en el caso *Ibrahim* consideró que la ATCA, que confiere jurisdicción pero no es causa para una acción judicial, no otorgaba en este caso fundamento de jurisdicción en relación con una violación del «law of nations». Los demandados no eran agentes del Estado y el «law of nations» no se aplica entre partes privadas para casos como el de autos. La ATCA y la excepción por actividades de combate no eran los únicos fundamentos de jurisdicción alegados por los demandantes y analizados por el tribunal. También, se tuvo en cuenta las normas sobre contratos estatales y otras basadas en el «common law». *Ibrahim et al. v. Titan Corp. et al.* 391 F. Supp. 2d 10 (2005).

¹⁰³ En concreto: «the Rights and obligations of the US under its contracts, civil liability for actions taken by federal officials in the course of their duty, and federal procurement of equipment». *Boyle v. United Techs. Corp.*, 487 US 500 (1988).

¹⁰⁴ Así, la selección del diseño del helicóptero accidentado corresponde a una decisión discrecional del Gobierno que debe tener en cuenta el cumplimiento de unas especificaciones de seguridad, entre otras. La empresa no hace más que cumplir estas especificaciones de la administración estatal.

¹⁰⁵ *Boyle v. United Techs. Corp.*, 487 US 500 (1988).

Ciertamente, esta doctrina judicial basada en un producto ha de adaptarse a la prestación de los servicios de seguridad y militares, pues como hemos visto en este trabajo al retratar operaciones de guerra reales, el margen de discrecionalidad de los empleados de las empresas es muy grande. En *McMahon* no se otorgó inmunidad a los empleados sobre la base de esta excepción.

Finalmente, creo que las muertes de septiembre de 2007, a manos de empleados de *Blackwater*, constituyen hechos que no admiten las excepciones al levantamiento de la inmunidad con base en la consideración de que fueron acciones de combate o decisiones discrecionales del Gobierno¹⁰⁶. El tema no queda cerrado, aun con el avance que implica el planteamiento de todos estos casos ante el sistema judicial de Estados Unidos.

VI. CONCLUSIONES

Siguiendo al profesor Remiro Brotons, la democratización o el control de la acción exterior del Estado, así como el internacionalismo de principios y propósitos de sus órganos –el compromiso en la defensa de los derechos humanos, por ejemplo– son dos variables que sirven para estimar el grado de consideración y respeto de un sistema determinado por el derecho internacional¹⁰⁷.

Ante las deficiencias e insuficiencias en el control de las actividades de empresas como *Blackwater* en Irak y Afganistán, el Legislativo de la democracia más poderosa se activó frente al Ejecutivo. Algunos hechos ominosos que implicaron a *Blackwater* y a otras grandes empresas del ramo, impelieron al Legislativo a adoptar controles políticos, jurídicos y a proponer normas tendentes a la fiscalización tanto de las empresas cuanto de las acciones u omisiones de la Administración *Bush*. Como resultado, se ha mejorado la fiscalización judicial de los asuntos que han llegado a las jurisdicciones militar, federal civil y federal penal. No se trata de un control judicial concentrado sino difuso, y con serias limitaciones en el orden civil: no enjuiciamiento de cuestiones políticas, la inmunidad soberana derivada, u otras excepciones que exceptúan el levantamiento de la inmunidad del Estado respecto a reclamaciones judiciales por daños.

El control y la acción también han fallado en el plano internacional. Se echa de menos una regulación específica de la materia que no se quede en las recomendaciones de la Declaración de *Montreux*. El Consejo de Seguridad de la ONU no ha abordado el problema al establecer el marco jurídico del uso de la fuerza en Irak y Afganistán.

¹⁰⁶ En el sentido de que las inmunidades no son aplicables frente a presuntas violaciones graves de derechos humanos se ha pronunciado un tribunal, en el asunto *In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 373 F. Supp. 2d 7, 85-90 (2005).

¹⁰⁷ REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 ss.

ABSTRACT

Blackwater is an outstanding civilian staffed American corporation that provides military services under contract to the US Government. Some killings and incidents highlight the challenge of regulating these contractors. Well-established rules of international law apply to States in their relations with private military and security companies. States retain their obligations on the use of force when they contract military services. The UN Security Council should have a say on this subject-matter.

This contribution prioritizes the item concerning accountability of private security contractors, namely *Blackwater* acting in Iraq and Afghanistan, under international and domestic law. Some *Blackwater* actions have been subject to the US jurisdiction. *McMahon v. Presidential Airways Inc.* illustrates the point on whether subjecting a contractor to liability under state tort law would create a significant conflict with Government's interests. The legal path is not easy, but there are options.

RÉSUMÉ

Blackwater est l'une des principales entreprises militaires et de sécurité privées basée aux États-Unis. Elle a été impliquée dans des incidents armés en Iraq et Afghanistan et elle relève d'un ensemble bien établi de normes du droit international. Les États ne peuvent pas se dispenser de remplir leurs obligations vis à vis l'usage de la force lorsqu'ils recourent à des entreprises. Le Conseil de Sécurité de l'ONU devrait s'impliquer. Cet article se base singulièrement sur la responsabilité de Blackwater en Iraq et Afghanistan sur le plan du droit international ainsi que du droit interne. Les tribunaux des États-Unis ont accepté certaines requêtes qui soulèvent des problèmes à caractère international. Par exemple, le tribunal dans l'affaire *McMahon v. Presidential Airways Inc.* a dû trancher si la réclamation de dommages devant une juridiction civile est en accord avec les intérêts internationaux du Gouvernement.