

EL FANTASMA DEL MERCENARIADO.

**Una aproximación histórica y jurídica al concepto de mercenario en
occidente y su relevancia en el marco del conflicto colombiano.**



John David González Villalobos.

Universidad Militar Nueva Granada.

Facultad de Derecho

Derecho

Bogotá D.C.

2016

Tabla de contenido.

Resumen	
Introducción	
1. Planteamiento del problema.....	7
2. Objetivos.....	8
3. Marco teórico.....	9
4. La relevancia histórica de los mercenarios.....	11
5. Las características del mercenario.....	16
a. El carácter contractual.....	16
b. El saber militar	19
c. El estipendio.	20
d. La personalidad y la calidad de extranjero.....	22
e. El carácter paramilitar.	24
f. La flexibilidad.	25
g. La temporalidad.	27
6. De la legislación sobre mercenarios.	28
a. ¿Ser o hacer?	29
b. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.....	31
c. Convención Internacional Contra El Reclutamiento, La Utilización, La Financiación Y El Entrenamiento De Mercenarios del 4 de diciembre de 1989.	39
i. Delito de mercenario.	42
d. Convención de los OAU para la Eliminación del Mercenarismo en África de Libreville del 3 de Julio de 1977.	48
7. Concepto de mercenario.	55
a. Elementos básicos del mercenarismo.	61
8. Aplicación del concepto al conflicto colombiano.....	62
a. El conflicto colombiano.	62
b. Partes del conflicto colombiano.	67
i. La guerrilla.	67
ii. Los paramilitares.	73
iii. Empresas de seguridad privada.	80
c. De las empresas de seguridad privada en Colombia.....	89
d. Caso: Yair Kleim.	98
9. Conclusiones.	104
10. Referencias bibliográficas.	107

RESUMEN

A través de la convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, del cuatro de diciembre de 1989, las Naciones Unidas, simbolizaron su voluntad política de determinar a la actividad mercenaria como un factor de violencia en el mundo de tal magnitud, que resulta imperante su proscripción. Como quiera que sea, la actividad mercenaria actualmente se encuentra pobremente regulada, astutamente infiltrada y valga la verdad, abiertamente practicada, es justo decir que es como un fantasma, con un marco jurídico ambiguo, del cual, su sola existencia pocos con seguridad pueden predicar, mas no es una fantasía afirmar que las pruebas de su paso están por doquier.

Esta precisión impone un quehacer necesario, concretándose en determinar las características y concepto mismo del mercenario y por medio de ello, encarnar la figura y poder objetivamente a largo plazo crear un marco jurídico universal para sus actividades, en ese orden de ideas, el determinar ¿Qué hace a un mercenario? Permitirá identificar si en Colombia, ¿existen figuras mercenarias en el conflicto?, es este nuestro objetivo general.

El primer interrogante es pertinente, toda vez que solo a través del mismo se derivaran características concretas del mercenario, sustrayendo de allí, una definición idónea, sujetando a la figura a ser aplicada de manera congruente en diversos contextos, sin perder su especificidad, como bien puede ser el caso del conflicto colombiano, siendo la vía precisa para responder de manera racional el objetivo general.

Palabras

Mercenario, Colombia, Conflicto, Vacío legal, sujeto.

Clave:

ABSTRACT:

Through the international convention against the recruitment, use, financing and training of mercenaries, of 4 December 1989, the United Nations symbolized the political will to determine mercenary activity as a factor of violence in the world of such magnitude that it is imperative its proscription. In any case, mercenary activity is currently poorly regulated, cleverly infiltrated and forgone the truth, openly practiced, it is fair to say that is like a ghost, with an ambiguous legal framework, which, its very existence can safely few preach, but it is not a fantasy to say that the evidence of their passage are everywhere.

This precision requires a necessary chore, taking shape in determining the characteristics and concept of the mercenary himself and through this, embodies the figure and long term objective to create a universal legal framework for their activities, in that vein, to determine What makes a mercenary? It will identify whether in Colombia, are there figures mercenaries in the conflict?, this is our overall goal.

The first question is relevant, since only through the same specific characteristics of mercenary were derived by subtracting from there, a suitable definition, holding figure to be consistently applied in different contexts, without losing their specificity, as well It may be the case of the Colombian conflict, still required to respond rationally track the overall objective.

KEYWORDS:

Mercenary, Colombia, Conflict, Vacuum legal, subject.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados, propios al hombre desde el inicio de su historia, van variado mucho, tanto en sus motivos, en sus implicaciones, sus contextos y sujetos, y es en este último tópico, desde el cual emerge una figura curiosa, común a todas las civilizaciones, persistente en todos los tiempos pero que de alguna manera ha sido evasiva a la regulación estándar del mundo moderno.

El uso de los mercenarios ha sido tan habitual en el tiempo que ha costado desarraigarlo de la mentalidad global del poder, donde ayer y hoy el mercenario es una herramienta barata y eficaz para garantizar las necesidades mínimas de aquellos Estados que hacen uso de ellos, por un sinfín de motivos.

La defensa de los nacionales, de las riquezas y de la independencia de un Estado, es un asunto verdaderamente difícil de manejar para los gobernantes durante todos los siglos, no solo por la falta de recursos económicos, técnicos y logísticos propios de sus determinados contextos sino también por la escases de fuerza viva o sujetos activos propio de lo que llamaría Gutiérrez Arias (1993) “el principio de masa” (p.9). En otras palabras, las penurias demográficas propias de los primeros Estados convertían a su población en un recurso valioso del cual sus gobernantes debían disponer como última alternativa.

Por otro lado, el exceso de población, en el contexto moderno, muchas veces sobre capacitada para el arte de la guerra, configura caminos de sustento para muchos, a través de la persistencia de una vida en medio de la guerra.

En este orden de ideas la delegación del monopolio de la fuerza en un Estado sobre un extranjero mediando una remuneración no permanente, se enmarca muchas veces en una relación simbiótica de la cual los intereses de los altos poderes coinciden con los afanes económicos de unos pocos, y con todo, en muchos casos, no es un asunto nuevo, sino por el contrario muy propio de la guerra que persigue su existencia y continuidad en el tiempo.

A través de la convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, del cuatro de diciembre de 1989, las Naciones Unidas, simbolizaron su voluntad política de determinar a la actividad mercenaria como un factor de violencia en el mundo de tal magnitud, que resulta imperante su proscripción. Como quiera que sea, la actividad mercenaria actualmente se encuentra pobremente regulada, astutamente infiltrada y valga la verdad, abiertamente practicada, es justo decir que es como un fantasma, con un marco jurídico ambiguo, del cual, su sola existencia pocos con seguridad pueden predicar, mas no es un espejismo afirmar que las pruebas de su paso están por doquier.

Esta precisión impone un quehacer necesario, concretándose en concretar las características y concepto mismo del mercenario y por medio de ello, encarnar la figura con el fin de, objetivamente a largo plazo, figurar un marco jurídico universal en torno a sus actividades.

En ese orden de ideas, el propósito general al que se orienta esta investigación, procede en determinar ¿Qué hace a un mercenario? Permitiendo así identificar si en Colombia, existen figuras mercenarias en el conflicto actualmente.

Enfocarse en la Colombia contemporánea hace útil el esfuerzo del investigador, no solo porque permite palmar en la realidad del conflicto colombiano la estructura mercenaria que ha de desarrollarse sino que abre una puerta para la maquinación de un estamento jurídico capaz de perseguir al mercenario, quien al cubrirse en sus especiales características y desarrollo histórico, así como en los muy criticados instrumentos internacionales, persevera en sus acciones, sembrando por ello, grande impunidad.

Se indagaran y precisaran las características concretas del mercenario, sustrayendo de allí, una definición idónea, amplia, real y capaz de sujetar a la figura a ser aplicada de manera congruente en diversos contextos, sin perder su especificidad. Seguidamente se estudiara el marco jurídico internacional al respecto con el fin de descubrir y determinar la realidad actual legal que inviste al mercenario.

Posteriormente, completado el andamiaje legal y doctrinal, ha de hacerse la aplicación en Colombia sobre determinados sujetos vigentes en el conflicto a quienes comúnmente se estiman como mercenarios, para que de ello, lógica y directamente concluir la existencia actual de mercenarios en Colombia.

Finalmente para conseguir todo lo mencionado, la investigación usara un enfoque cualitativo documental sobre diversos textos legales de carácter internacional así como amplias referencias bibliográficas de reconocidos autores doctos en el tema, con el fin de dar claridad y puntualidad a lo señalado, específicamente en lo relativo a los elementos esenciales del mercenario y del mercenariado, para con ello, concluir con algunas reflexiones y recomendaciones, útiles y concretas.

1. Planteamiento del problema.

El reiterado uso del mercenario en los conflictos armados, lleva a considerar su real y actual existencia en el mundo moderno, trayendo consigo, consecuencias graves tanto en la geopolítica vigente como en las relaciones sociales inmiscuidas en el contexto bélico, todo esto, con base al desconocimiento mismo de un concepto único y universal de la figura en cuestión, impidiendo de este modo una regulación penal suficiente al respecto, de modo que, con el esfuerzo de aclarar un poco el manto que rodea al mercenario y darle así mismo utilidad al mismo, es oportuno formular la siguiente pregunta de investigación:

¿Dentro del marco actual del conflicto colombiano, es posible predicar el carácter de mercenario de una forma directa y esencial sobre uno o varios de los diversos sujetos entrometidos en la confrontación?

2. OBJETIVOS.

2.1. Objetivo General.

- Determinar la existencia, actual, directa y sustancial de mercenarios dentro del contexto del conflicto colombiano contemporáneo.

2.2. Objetivos específicos.

- Reconocer los antecedentes históricos y características generales del mercenario.
- Advertir los esfuerzos de la regulación internacional sobre el mercenario, así como también su insuficiencia en diversos aspectos.
- Proponer un concepto de mercenario suficiente y aplicable a un real sujeto de conflicto.
- Aplicar el concepto desarrollado de mercenario a los sujetos dentro del marco del conflicto colombiano actualmente.

3. MARCO TEÓRICO

El concepto de mercenario ha sido a lo largo del tiempo difícil de determinar por la naturaleza oculta y mutable que en sí mismo enmarca. Es tan extraño a la ley pero tan común en la guerra, que muchas veces sus actos acarrear consecuencias muy profundas que irónicamente, carecen de responsabilidad; aceptando muchas veces sus víctimas lo difícil que es perseguir a un fantasma, pues en efecto, eso es lo que es, un fantasma al cual la legislación internacional no ha podido capturar y mientras no lo haga, existirá en cada conflicto donde surja esta peculiaridad, un vacío y consecuentemente: impunidad, de modo que, ante tal terrible predicamento, cabe preguntar ¿Qué es un Mercenario? ¿Cuáles son sus

características? ¿Por qué es una figura tan peculiar en medio de un conflicto armado? ¿Cuál es su grado de importancia en la guerra? ¿Por qué persiste?

Concretar esto puede hacerse a través de una investigación documental descriptiva con enfoque cualitativo, cuya primera meta consiste en formar un conjunto de características únicas, que catalogue a esta entidad por encima de otras, centrando su historia y singularidades con el fin de que por esto, sea accesible derivar un concepto general, esencial y versátil lo suficientemente amplio para ser aplicable a cualquier sujeto dentro de un conflicto armado y que se encuentre en lo posible, en consonancia con la regulación penal internacional al respecto.

A través de este andamiaje, entonces, será posible resolver un problema reticente en un contexto en específico: el colombiano; el conseguir aplicar este concepto con todo lo que ello implique a la realidad histórica actual del conflicto colombiano, permitirá determinar si esta figura inusual, persiste en el país dado que aún prevalece un conflicto.

Por añadidura, los estudios de diversos doctrinantes son de primera importancia, en esto refiérase por supuesto al trabajo del Dr. Alberto Guillermo Flores Malagón, quien a través de su estudio sobre el origen de figuras mercenarias en Colombia, les imprimió importancia manifiesta en el surgimiento de la república. Paralelamente, el trabajo de Joanna Abriesketa acerca de cómo los mercenarios en el mundo contemporáneo se han trasfigurado en distintas y múltiples manifestaciones con el fin de conseguir lucro y poder, constituye un

referente de la diversificación del fenómeno. El trabajo, por otro lado de José L. Gómez del Prado reviste suma relevancia, pues vislumbra las consecuencias a futuro de esta figura si persiste su falta de regulación. Entre otros.

4. LA RELEVANCIA HISTÓRICA DE LOS MERCENARIOS.

Los mercenarios, figuras que han afectado el paradigma del poder desde la antigüedad, no han quedado exentos de estudio ni de registro escrito, así, diversos autores catalogan su origen con el surgimiento propio del poder y del Estado. Flores Malagón (2000) dice que “son tan antiguos como la guerra” (p.90). Y Núñez Picardo (2012) lo apoya sugiriendo que

Su origen se remonta a la antigüedad cuando Estados como Egipto, Babilonia, Grecia y Roma emplearon en sus guerras de conquista y expansión, grandes contingentes de soldados extranjeros; surgiendo en este período de la historia los primeros tratados y acuerdos internacionales que se expresaron en torno a este problema (Núñez P. 2012).

En efecto, muchas civilizaciones erigieron su poder con base al sudor y sangre de los mercenarios; configurándose desde aquellos antiquísimos tiempos su uso como una herramienta esencial en la administración pública y de las políticas internacionales.

La historia ofrece diversísimos ejemplos, entre los que se puede avistar, Jenofonte y sus diez mil mercenarios griegos, las campañas de Aníbal durante la segunda guerra púnica (218 – 201 a.C.) los romanos y sus federados, (456) Carlomagno y sus huestes sajonas (772) Hernán Cortez y sus aliados indígenas durante la conquista de México (1521) o incluso y más modernos casos como los mercenarios de Hesse en la lucha contra los independentistas americanos (1778) los árabes al servicio de Napoleón (1804) o las mismas tropas británicas que luchaban hombro a hombro junto con los rebeldes colombianos (1819).

En colofón a lo anterior, el uso histórico de la figura del mercenario se puede predicar de la siguiente manera y por las siguientes razones

Los ejércitos de ocupación de las distintas potencias imperiales y coloniales de la historia: Egipto, Grecia, Roma, el Sacro Imperio Romano-Germánico, España, Portugal, Francia, Gran Bretaña o Estados Unidos, fueron siempre numéricamente inferiores a la población de los territorios sobre los cuales pretendían acrecentar su dominio. Para imponer y mantener su hegemonía sobre dichos territorios sin afectar en forma significativa los recursos económicos, militares y humanos de la metrópoli recurrieron, de manera más o menos sistemática, al reclutamiento, formación y uso de mercenarios. (Chabaud, 1998, p.4).

Como se ve, los mercenarios han aparecido persistentemente en todo occidente enfrascados en los conflictos militares más notorios. Sin embargo, la influencia de los mismos en la historia va más allá de términos geopolíticos y militares, gracias a los mercenarios se puede predicar asuntos de importancia capital tal como la acuñación de la moneda, que según

Will, Mosse, & Goukowsky (1998) hablando sobre el imperio persa y sus huestes, “tales acuñaciones estaban destinadas a asegurar el pago de los mercenarios” (p. 66).

También se puede hablar de su relevancia en el lenguaje indoeuropeo pues el origen de la palabra Condottieri de acuerdo con Vigo (2005) “es una denominación originada en la Italia medieval para designar a los mercenarios. Deriva del término “condotta” que significa contrato y hace referencia al instrumento por el cual los mercenarios comprometían sus servicios a cambio de un pago” (p. 68).

Los mercenarios también han reflejado la situación social de su tiempo, así pues, como regla general, de la cual enunciar un común factor de origen del mercenario, se puede argüir que

Estos hombres provenían mayormente de grupos de desempleados de sus países, especialmente debido al fin de las guerras napoleónicas (...)el imaginario de un nuevo mundo listo para ceder sus riquezas mineras habían perdurado en la mentalidad europea por más de tres siglos, ofreciendo un estímulo importante a estos guerreros sin trabajo. (Flores Malagon, 2000, p.94).

Por otro lado, es errado el concepto de invocar al mercenario únicamente como figura del pasado, en efecto, propiciado principalmente por el fin de la segunda guerra mundial y de la revolución cubana de 1959, surgieron nuevas formas de mercenarismo y nuevas intenciones y formas para su uso como herramienta de control global. Así pues, usando a la revolución cubana de ejemplo, primero el presidente Eisenhower y luego el presidente Kennedy detentaron una política, mediando la CIA, para retomar la isla por un asalto militar,

recurriendo a las numerosas organizaciones de personas refugiadas en la Florida y en todo Estados Unidos buscando evadir el nuevo régimen de la isla.

Con todo, debido a los subsecuentes movimientos de independencia africanos, en los años sesenta y setenta, en donde el mercenario tuvo un amplio margen de desempeño laboral, enmarcado muchas veces por serias violaciones a los derechos humanos, como en el caso de Bob Denard en el Congo o el servicio de inteligencia Británico MI7 en Yemen, poco a poco el mercenario decae en un estado de proscripción asegurado por diversos instrumentos internacionales que a lo unisonó busca erradicarle.

Concurrentemente, su relevancia en el contexto de la guerra estándar ha venido mermando, basándose principalmente en el postulado de “La defensa nacional no puede dejarse en manos de quienes preferiblemente se mueven por motivaciones pecuniarias.” (Villaverde, 2007). No obstante, los esfuerzos internacionales que buscan proscribir la actividad mercenaria de la dinámica bélica internacional, ha fracasado, por eso Chabaud (1998) cita los más importantes y mejor documentados ejemplos del uso de mercenarios en el contexto contemporáneo:

La “guerra sucia” en Indochina (1946-1954), Indonesia (1946-1949 y 1958-1965), conflicto India-Pakistán (1947-1950), Guatemala (1954), Congo-Zaire (1960-1968 y 1979), Cuba (1961), Yemen (1962-1967), Vietnam (1962-1975), Haití (1957-1986), Nigeria (1967-1970), Laos (1960-1973), Guinea (1970), Libia (1970), Rhodesia del Sur(1973-1980), Namibia (1972-1987), Líbano (1975-1990), Angola (1976-1995), Benin (1977), Islas Comores (1978-1991), Islas Seychelles (1981), Omán (1965-1987), Surinam (1983), Nicaragua (1979-1989), guerra Irán-Iraq (1980-1988), Afganistán (1980-1989), Islas Maldivas (1988), Congo (1994-1997), y el conflicto en la ex Yugoslavia (1992-1996) (Chabaud, 1998, p. 4).

En conclusión, el mercenario, como actor en los conflictos armados es de antigüedad en verdad notoria; su intervención ha fungido como elemento básico para el surgimiento y mantenimiento de diversos Estados, así como también ha sido orientadora de actividades literarias, lingüísticas y estratégicas. No obstante, los abusos cometidos en la historia reciente por parte de mercenarios en diversos escenarios bélicos, se configuró como una llamada de atención a la comunidad internacional con el fin de buscar un consenso y regular la actividad en cuestión. Sin embargo la solución fue vertida por la proscripción, la cual ha sido ineficaz y fútil, obligando al mercenario a mutar en formas diversas evasoras del control penal.

5. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCENARIO.

La institución del mercenario, viene empañada por una serie de características significativas, formuladas a partir de tópicos que han sido persistentes el desarrollo de su actividad y en la regulación legal pertinente, de modo que continuación se enunciarán aquellas que de manera general configuren al mercenario.

5.1. El Carácter Contractual.

En efecto, el mero acuerdo de voluntades deriva en un contrato, luego, un acuerdo entre una parte contratante v.Gr. Un Estado y una persona como una agrupación de mercenarios, degenera entonces en un contrato.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el desempeñar una labor por otro mediando un salario no puede ser más que un ejemplo perfecto de la materialización de un contrato, luego, la actividad del mercenario está enmarcada desde su génesis por la legalidad.

Ahora bien, las obligaciones son recíprocas en el contrato de mercenariado, toda vez que existe un carácter bilateral, fundado la mutua necesidad de dos partes: el contratante, bien sea aun Estado u otra fuerza económica solvente que se obliga a pagar un precio, estipendio, a cambio de hacer uso de la experiencia y habilidad del mercenario o contratado/contratista.

El contratante a su vez está facultado por la ley contractual para imponer obligaciones de hacer o no hacer mientras que el mercenario consecuentemente está obligado a cumplir el encargo requerido. ¿Es este contrato consensual o solemne? En el orden argumentativo del presente escrito es coherente argüir que el contrato de mercenariado es un contrato consensual toda vez que solo requiere el consentimiento de las partes para que se configure, basándose aspectos afines como el pago del estipendio, condiciones de tiempo, modo y lugar de la ejecución de las obligaciones siempre están supeditadas a un previo acuerdo, de modo que salvo acuerdo en contrario, es de carácter consensual.

Finalmente, en cuanto a los sujetos activos en el contrato de mercenario o contrato de mercenariado, Abrisketa identifica solamente a los Países (Abrisketa, 2007). Lo hace con amplia razón pues su meritoria mención ha sido justificada más bien en que los países o mejor los Estados en ejercicio de su poder negocial, financiero y político son quienes históricamente han recurrido al mercenario para llevar a cabo sus fines, no obstante la

doctrinante ha obviado el potencial de grupos militantes, empresas, consorcios y toda otra clase de motor generador de riqueza capaz de surtir financiamiento a grupos mercenarios con el fin de guardar sus intereses, resumidos en este texto como poderes económicamente superior. Es por ello mismo que los mercenarios hoy en día más que estar relacionados con Estados se encuentran relacionados con el tráfico de drogas, armas y personas.

Es de anunciar también, que naturalmente se habla de un contrato oneroso, toda vez que impone cargas económicas a por lo menos una de las partes, siendo estas cargas imperativas para generar el consentimiento. Ahora bien mientras el estipendio se pague de manera inmediata y a su vez la actividad del mercenario sea determinada y ejecutada en igual rapidez, el contrato será de ejecución instantánea. Por otro lado, si el pago del estipendio es amortizado y la ejecución de las actividades del mercenario requiere tiempo o se da por fases o sencillamente son varias bajo la misma norma contractual, el contrato de mercenario será de ejecución sucesiva, pues se ejecuta en el tiempo.

El objeto del contrato de mercenario es dual, por un lado para quien le contrate es la consecución de una actividad determinada o determinable, mientras para el contratista, es el estipendio.

Las partes a contratar más que capaces, deben: una ser más bien un poder económicamente superior, solvente en razón a la onerosidad del contrato y la otra una entidad eficiente con aptitud suficiente de materializar el encargo u objeto del contrato.

5.2. El Saber Militar.

El saber militar o profesionalismo del mercenario indica aquella cualidad de ser un habilidoso en las artes castrenses. No obstante este principio debe ser estudiado bajo distintas aristas.

Un conflicto no se limita a la lucha material, en efecto, existen diversos asuntos como la logística, la estrategia, el suministro, el mando, la manutención, la comunicación, el alojamiento, la construcción (Clausewitz, 2005). Entre otros.

Así las cosas, la lucha material solo es, en muchos casos, el evitable resultado de la gestión militar, el conflicto enmarca un conjunto de decisiones, criterios y políticas que deben estar gestionados en sujetos capacitados, y concentrados en la experiencia. En otras palabras,

todos los aspectos del conflicto, son en esencia, un terreno fértil para que en cualquiera de sus diversos aspectos, el mercenario se geste pero no el único.

En ese orden de ideas, es menester entender que el mercenario a diferencia de otros actores, es un ente capacitado en aspectos directa e indirectamente relacionados con su función bélica; de modo que siendo del oficio que fuere, una vez vinculado recibirá el entrenamiento y el adoctrinamiento necesario para cumplir su tarea.

5.3. El Estipendio.

El estipendio o dádiva o pago, consiste en el precio del mercenario, es decir aquel valor por el cual el mercenario se obliga en virtud de un acuerdo de voluntades a subordinarse a un poder económico superior. Las formas de recibirlo dependen del contexto, el tiempo y los mismos contratantes.

Por ejemplo, los egipcios podían darse el lujo de pagar a sus mercenarios con oro, mientras que los cartagineses podían pagar en marfil o en especias, los griegos y los persas debieron acuñar monedas para el pago de sus mercenarios, mientras que los hispanos y otros bárbaros recibieron tierras y calidades a cambio de su servicio, como bien podía ser: la ciudadanía.

La forma de recibir el estipendio son dos, la primera de manera inmediata al acordar el contrato de mercenariado, derivando en una ejecución instantánea y la segunda, en un pago amortizado en razón de lo que los contratantes acuerden, si bien se pague por acto ejecutado en una misma línea de trabajo o por mensualidad, etc.

Ahora bien, una característica más sustancial en la figura del estipendio consiste en que mediando ella, se consigue la lealtad de mercenario, cosa diferente del patriotismo, de búsqueda de estabilidad emocional o de una mera obligación legal.

En el caso del mercenario, algo material como un estipendio, es una gran ventaja para garantizar que el contratado hará todo lo que este a su alcance para ejecutar sus obligaciones contractuales, de modo que se dejan de lado conceptos como nacionalidad, afinidades sociales, políticas, religiosas, éticas e incluso morales, con el fin solo de perseguir un lucro.

Esto conlleva a la objetividad del mercenario, pues se convierte en una institución insensible que solo busca honrar el contrato para ganarse o justificar su pago, derivando esto consecuentemente en la eficiencia reconocida por su trabajo para luego a su vez, en una línea de continuidad lógica, maquinarse una fama en el mercado con el ánimo de continuar trabajando.

De modo que por su importantísima posición en el contrato mismo de mercenariado, es una condición *sinem cuam* se puede hablar de mercenario, puesto que el estipendio comprende en su magnitud, grande o pequeña, amortizada o inmediata la onerosidad del contrato del mercenariado.

Por otro lado, si el mercenariado recae en una actividad gratuita, deja de ser mercenario, toda vez que los instrumentos internacionales y la doctrina han señalado que a falta de motivación económica el mercenario no subsiste.

5.4. La Personalidad y la Calidad de Extranjero.

Se puede decir que en principio, la actividad mercenaria, es una actividad que la ejecuta sujeto determinado: la persona natural. En efecto, históricamente son las personas naturales quienes, generalmente, se aventuran a la ejecución de la actividad mercenaria: bárbaros, romanos, medievales, vikingos, holandeses, alemanes, un sinnúmero de seres humanos han sido, en su libertad, mercenarios. Pero esta personalidad, por lo menos en el caso del mercenario, tiene una clara limitante, taxativa desde los instrumentos internacionales y parcialmente justificada por la historia, que ha sido la extranjería o el carácter de extranjero.

Analizando este aspecto, el mercenario es un sujeto extranjero, pero se convierte en uno cuando se aleja de su jurisdicción natural o territorial reconocida. Luego, en ese orden de ideas, si una persona, mercenario, que está sujeto a un contrato, que ha recibido su lucro, pero que se encuentra en su país de origen, ¿deja de ser mercenario?

Es una pregunta que se contesta en base a dos teorías, la primera consiste en que el mercenario solo puede llevar a cabo sus actividades cuando se encuentra en territorio extranjero al de su nacionalidad. Este es el caso, por ejemplo, de mercenarios contratados quienes siendo naturalmente belgas ejercen su actividad mercenaria en un país donde ellos son extranjeros: el Congo.

Ahora bien, la segunda teoría para responder esta realidad consiste en que las meras actividades del mercenario son óbice para que se configure como tal, así pues, un mercenario que busca socavar la integridad de su propio Estado, no deja de ser mercenario por su mera actividad. No obstante esta postura ha recibido un sinfín de críticas, toda vez que existen otras figuras que se adecuan a controlar este actuar material como son los subversivos y las guerrillas y definiciones novedosas como de actos terroristas, de derrocamiento del poder y del vandalismo.

En conclusión, la legislación internacional ha decidido acoger la primera tesis, haciendo un requisito indispensable que el mercenario se encuentre en un territorio extranjero a su nacionalidad.

5.5. El carácter Paramilitar.

Debe entenderse este principio como la confección de un trabajo hombro a hombro con las fuerzas del contratante o la existencia de una mancomunidad de ejecución contractual, de la cual se deriva inexorablemente no solo el desligamiento de la subordinación directa a un poder económicamente superior en materia de responsabilidad, sino que también da la libertad que el mercenario requiere muchas veces para justificar su eficiencia.

De modo que el mercenario es un paramilitar no solo porque no se encuentra bajo el directo control legal ni ejecutivo de su contratante, sino porque el campo de su actividad laboral, al

ser tan amplio, puede llegar a suplir las falencias de seguridad de su contratante, determinado que ciertas actividades sean realizadas en paralelo con las fuerzas estatales y que el mercenario sea un sujeto activo en el conflicto armado, pero bajo su propia ley en principio, mientras el contrato de mercenario no diga otra cosa.

En conclusión, el trabajo mancomunado con el objeto de finiquitar el objeto del contrato de mercenario, impregna al mercenario de un carácter paramilitar, en razón muchas veces a su experticia bélica y eficiencia material, además de la urgente necesidad, en general de quien lo contrata, lo cual lo desliga de una línea de responsabilidad clara.

5.6. La Flexibilidad.

La flexibilidad del mercenario es una característica que está abierta a discusión, mientras se puede pensar por un lado, que el mercenario exclusivamente debe dedicarse a las múltiples tareas que prestan mérito dentro del contexto de un conflicto, también es cierto que existen diversas actividades fuera del conflicto que pueden acontecer en las cuales se puede desempeñar bien.

El criterio de flexibilidad obedece a que el mercenario está en capacidad de mutar su quehacer y desarrollar diversísimas tareas, por eso es que se pueden predicar acciones de mercenarios en dos contextos, en el conflicto y en la paz.

Pero esta realidad deviene en un aspecto difuso y hasta riesgoso, recuérdese que el Estado es quien carga el monopolio de la fuerza, si el mercenario como fuerza paramilitar genera ciertos beneficios en medio de un conflicto, en tiempos de paz, sin embargo, sería una muestra clarísima de la debilidad del Estado para mantener el orden, convirtiéndose, su uso, el del mercenario, en un arma de doble filo.

Históricamente, el mercenario ha sido usado en tiempos de paz, en Egipto por ejemplo, los faraones hicieron uso de su capacidad de gendarmes dentro de sus ciudades, y en los reinos europeos del siglo XVIII muchos mercenarios se usaron para la protección de altos dignatarios.

Esto demuestra que el mercenario es un actividad flexible y útil, capaz de adecuarse a tiempos de paz y tiempos de guerra, con la condición de que su actividad este íntimamente relacionada no solo a un fin bélico o militar, sino también a una insuficiencia de seguridad.

En ese orden de ideas, la mutabilidad o flexibilidad, implica que el mercenario sea una figura difícil de proscribir en la medida que su principal vinculo existencial viene siendo el conflicto mismo, así los esfuerzos internacionales que buscaron erradicar al mercenarismo, lo hicieron bajo la base de las atrocidades cometidas a través de ellos, desbordando la aceptación general que hasta entonces tenían, la mutabilidad les permitió entonces,

escabullirse en las sombras y seguir efectuando sus actividades o vendiendo sus fuerzas bajo los parámetros de la ilegalidad a poderes económicamente superiores oscuros, perpetuando su existencia.

A modo de reflexión, se puede incoar que esta flexibilidad si bien, ha determinado la persistencia del mercenario en el tiempo, pueda llegar a, en determinado momento, lo que haga mutar sus elementos esenciales por una situación extrema y a la larga fulmine el concepto de mercenario que doctrinalmente e históricamente se ha creado. De modo que el criterio de flexibilidad del mercenario es pues, la llave para su extinción.

5.7. La Temporalidad.

Ningún Estado o poder económicamente superior puede resistir en su contabilidad el contrato de mercenarios por un tiempo muy largo ya que la onerosidad de su quehacer, su profesionalismo y los riesgos que implica la ejecución de su actividad, son todos tan altos, que el estipendio recibido por lo mismo será igualmente caro.

Es por esto, que para hacer uso de mercenarios, es necesario que la parte contratante, determine previo a celebrar el contrato, las actividades y formas en que el mercenario

ejecutará su labor; en efecto, bajo las directrices del contratante que el mercenario se verá sujeto, estará la duración de su actividad, por medio de la cual, enfocara el grado de eficiencia en su actuar.

Al mercenario también le conviene el carácter temporal de su contratación, toda vez que, diversos aspectos pueden escapar de su ojo especializado, aumentando la posibilidad de fallar en un sinfín de circunstancias a medida que más avance el tiempo, afectando aspectos, como la eficacia de su quehacer o la fama percibida por su trabajo.

Como conclusión se puede decir que el mercenario es una figura llamada a la temporalidad en la medida que la extensión de sus actividades en el tiempo, conllevan diversos perjuicios para las partes contratantes, además, históricamente y por su carácter paramilitar el mercenario detenta funciones muy específicas, tornándose lo mismo en un insumo para su terminación expedita, *Contrario sensu*, debe decirse que la permanencia es una característica del ejército regular desde el siglo XVIII.

6. DE LA LEGISLACIÓN SOBRE MERCENARIOS.

La especificidad de las actividades del mercenario, algo que los doctrinantes se quedaron cortos, la legislación internacional buscó enmendarlo, a través de múltiples convenios y resoluciones que en conjunto son más de cien (ONU, 2002) pero ¿son suficientes?

El esfuerzo de definir un concepto legal de mercenario es necesario en base a dos postulados, el primero consiste en restringir el campo de penalización internacional, esto es, como no, una ejecución clara del principio de legalidad, dado a que se requiere una norma preexistente para juzgar las actividades propias de los mercenarios cuando está desborda las normas del derecho de la guerra.

El segundo postulado corresponde coherentemente a buscar estandarizar las actividades y calificar los sujetos propios de la actividad mercenaria, para ello se hace menester una segregación en los sujetos activos que hacen parte de un conflicto armado, entiéndase entonces tropas gubernamentales, interestatales, rebeldes, subversivas, paramilitares, privadas y muchas más, de modo que sea fácil sustraerlo del régimen penal militar y subsumirlo bajo el régimen internacional de responsabilidad penal, con miras a evadir la impunidad propia que siempre ha rodeado a las actuaciones de los mercenarios.

6.1. ¿Ser o hacer?

De acuerdo con el folleto informativo No. 28 de las Naciones Unidas (2002) las *“Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación.”* Se plantea esta pregunta: *“¿Son los mercenarios ilegales por definición, de manera que el simple hecho de serlo constituye delito, o depende su legalidad de las actividades a que se dediquen?”* (p.13) Contestar esta pregunta no es fácil, pues

vislumbrando ambas posibilidades se configuran dos regímenes de responsabilidad muy distintos.

Por un lado, si el solo hecho de ser mercenario encerrara una ilegalidad la persona sería juzgada ineludiblemente por una calidad y no por un actuar, lo que inexorablemente vulneraría el principio de culpabilidad y su manifestación a través del Derecho Penal de acto, que según la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-365 de 2012 se enmarca en el siguiente postulado “(...)El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”(...)”. Así pues, un hombre solo puede ser castigado por lo que hace.

¿Cuáles serían las conductas entonces, por las cuales el mercenario sería condenado? Y si existieran tales conductas tipificadas clarísimamente, valdría preguntarse ¿Qué pasaría si otro sujeto activo del conflicto las cometiera? ¿Tendría mayor, menor o igual grado de gravedad en su situación en comparación a la que tuviese el mercenario?

Como se verá las Naciones Unidas fueron insuficientes para dar una respuesta satisfactoria, clara y amplia sobre este nuevo debate, pues en realidad, lo que la comunidad internacional buscaba no era regular la actividad en cuestión, sino por el contrario, erradicar el mercenarismo de una vez de la faz de la tierra.

El régimen de responsabilidad internacional del mercenario se ve fundamentado en más que nada en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios del 4 de diciembre de 1989, pero no fue el primero ni el único instrumento que hace mención de la elevada problemática que implica el mercenarismo, vélgase mencionar al Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 y la Convención de los OUA para la Eliminación del Mercenarismo in África del mismo año.

Los anteriores documentos constituyen el andamiaje principal de la regulación actual sobre mercenarios en el mundo e implementan el marco jurídico de los mercenarios en el mundo.

6.2. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Las atrocidades del colonialismo industrial de la última parte del siglo XIX, dos guerras mundiales y un holocausto así como el desarrollo legal de figuras como los derechos

fundamentales y las soluciones alternativas de conflictos habían servido como escarmiento a la comunidad internacional para que regulase diversos temas que por costumbre el hombre había llevado, como fue la guerra.

Sin embargo la regulación no fue inmediata, un antecedente importante se encuentra en el conjunto de Convenios de Ginebra de 1949, especialmente en el III Convenio donde se trató de regular en un poco la materia referente al trato de los prisioneros de guerra; la situación era adecuada, la segunda guerra mundial llevaba menos de un quinquenal en terminar y muchos de los padecimientos sufridos durante el conflicto recayeron en los prisioneros.

En ese orden, el convenio distinguió dos categorías en cuanto a los estándares de prisioneros de guerra, aquellos que están en las fuerzas armadas y aquellos que no. A saber:

Artículo 4 - Prisioneros de guerra

A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

1) los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;

2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;

b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;

c) llevar las armas a la vista;

d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora;

4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido

autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto. (ONU, 1949).

De acuerdo con Abrisketa (2007) “En 1949 se optó por una definición inclusiva relativa a los prisioneros de guerra. El objetivo era dar protección al mayor número de combatientes y no se desproveyó a nadie que participara en un conflicto armado internacional de la condición de prisionero de guerra.” (p.4). Así pues se hizo un primer acercamiento legislativo a aquellas figuras que no eran del todo militares pero que aun así hacían parte de un conflicto. Este acercamiento fue positivo, de carácter garantista pues se guardaban los derechos de todos aquellos combatientes caídos en desgracia.

La situación cambió radicalmente a consecuencia de los graves conflictos sociales implícitos en las independencias de los países africanos a mediados de los años sesenta, dado a que muchos de los actores de las pugnas se tornaron extremadamente violentos y se hizo necesaria la segregación propia de combatientes enunciada por el protocolo I de los convenios de Ginebra del 8 de Junio de 1977, más precisamente su sección II, sobre combatientes y prisioneros de guerra, artículo 47, ofreciendo por fin el primer concepto legal internacional moderno de mercenario:

Artículo 47 - Mercenarios

1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.
2. Se entiende por mercenario toda persona:

- a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;
- d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f) Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto. (ONU, 1977).

Todo lo anterior constituye el primer examen de forma sobre la calificación de los mercenarios. En primera medida no solo permite que se configure el concepto cuando confluyan extranjeros sino que hace la expresa prohibición de que ningún nacional puede ser mercenario en su propio territorio y que en caso de estabilizarse en su territorio nacional pierde automáticamente su calidad de mercenario (literal d).

Por otro lado, esgrimir que un soldado activo no puede ser un mercenario bajo ninguna condición (e y f) restringe ampliamente la intención vinculante a la actividad en cuestión ya que el soldado muchas veces está en cumplimiento de un deber legal mientras que el mercenario solo persigue fortuna, es una aclaración importante.

Seguidamente la definición permite el carácter individual y plural de la configuración del mercenario, esto es, que se reconoce que el mercenario puede ser un sujeto individual, responsable, así como también un conjunto organizado o empresa criminal.

No en balde, el siguiente tópico plantea una fuerte cuestión; el tomar parte en las hostilidades erige una primera ambigüedad en el concepto, ¿Qué es estar directamente en el conflicto? A primera vista se entenderá que el mercenario debe estar inmiscuido en la primera línea de combate, pero si no lo está, ¿Puede acaso considerarse mercenario? Encontrarse en una tarea de apoyo logístico al parecer basta para exonerarse del régimen negativo que rodea al mercenario en lo atinente al prisionero de guerra. El documento deja esta discusión abierta.

El literal c, efectivamente recalca la calidad única que el mercenario tiene como contrato entre un poder económico superior y su fuerza coactiva en el campo estratégico. Remarca en efecto, el carácter bilateral que el contrato en sí mismo le coloca, y es en el fondo, un regaño a las potencias de la época aseverando que ellas son quienes están detrás de todo pues financian y permiten que la semilla del mercenario, germine.

El protocolo también segrega al resto de los actores armados inmediatos en el conflicto:

Artículo 43 - Fuerzas armadas

1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto.(ONU, 1977).

Lo que atañe al mercenario, del texto en materia, consiste en el numeral tercero puesto que sin importar el tipo de fuerza vinculada al combate, es obligación del Estado que así lo vincule notificar a su contraparte y demás sujetos activos en el campo de la guerra de la presencia de esta institución. Una vez hecho, esto la fuerza vinculada estará entonces sometida bajo el régimen de responsabilidad internacional por sus actuaciones en la guerra.

Así lo confirma Özden cuando entiende que

Sí esas personas – refiriéndose a los mercenarios – participasen en un combate, tendrían que respetar el derecho internacional humanitario. Según ese derecho, las

personas eran penalmente responsables por las violaciones que cometiesen por si mismas o que ordenasen cometer. Además, el hecho de que un subordinado cometiese una violación no absuelve a sus superiores de una responsabilidad penal o disciplinaria si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir que el subordinado iba a cometer un crimen. (Özden, 2010, p.19).

Özden (2010) tiene una opinión muy concreta en cuanto a este instrumento internacional, dice que “El principal problema reside en que esta definición es muy restrictiva y no es pues operacional en el mundo contemporáneo. Debido a que “El protocolo definía el termino mercenario pero no el mercenariado noción más amplia que incluye la responsabilidad de los Estados y de las organizaciones implicadas en actos mercenarios.” (p.19).

Ahora bien, el concepto es restrictivo, según Özden (2010) debido a que “Las condiciones recogidas en el artículo 47.2 para que un individuo sea considerado mercenario son acumulativas, lo que dificulta la aplicación de esta definición, puesto que es fácil para los comanditarios/empleadores eludir estas condiciones.”(p.19). Cuando Özden se refiere al término “acumulativas” (Özden, 2010). Lo hace en referencia a que los requisitos del artículo 47 para configurar el mercenario, conforman un examen de forma de carácter pétreo e inmodificable, donde se debe cumplir con cada uno de sus requisitos para configurar al mercenario, de no ser así no se puede hablar de mercenario.

El documento no lo expresa directamente, pero en una lectura integral se puede aludir que solo las personas naturales son llamadas a ser mercenarios, de modo que una persona jurídica, en ese orden de ideas, está imposibilitada para ser mercenario, pues no cumple con este requisito básico, abriendo de este modo la crítica de los doctrinantes quienes reconocen la calidad de mercenarios en otros sujetos como las compañías de seguridad privada como Abrisketa. Se enuncia entonces, presentes choques entre doctrina y ley germinando así un vacío legal.

6.3. Convención Internacional Contra El Reclutamiento, La Utilización, La Financiación Y El Entrenamiento De Mercenarios del 4 de diciembre de 1989.

La Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios o CIRUFEM de 1989 surge a raíz de la necesidad de enmarcar los principios de las Naciones Unidas, los derechos del hombre y demás normas consuetudinarias, a la actividad del mercenario con el fin de proscribirla. Según las Naciones Unidas (2002) para ello se usó un comité ad hoc para la elaboración del documento. (p.19).

De modo que ha acordado que el mercenario degenerate en un delito de carácter internacional buscando así principalmente garantizar la libre determinación de los pueblos seriamente afectada por esta actividad transnacional en los años afines a la expedición del documento. Así mismo la convención busca evitar que el mercenario sea el guarda de actividades ilícitas como el tráfico de drogas y de personas apadrinando la ilegalidad mediante un pago y un contrato siniestro.

La CIRUFEM recoge el concepto del protocolo I del convenio de la Haya sobre mercenarios pero agrega su propio examen de forma buscando guardar la misma congruencia. Justamente según el artículo primero de la convención en cuestión, determina al mercenario como aquella persona que haya sido reclutada, localmente o en el extranjero (literal a) que mediante un acuerdo y animado por el provecho personal (literal b) se haga parte en un conflicto que se desarrolle en un lugar ajeno al de su nacionalidad o residencia (literal c) no siendo miembro de las fuerzas legítimas en conflicto (literal d) ni enviado en misión oficial por alguna de las partes (literal e).

Esto, como ya se vio más arriba no es más que una confirmación del protocolo I; el examen de forma de CIRUFEM nace a partir del numeral segundo del artículo primero, ya que el mercenario será también quien haya sido reclutado con el objeto de participar en un acto concertado de violencia con el propósito de derrocar un gobierno (literal i) socavar el orden o la integridad de un Estado mediante un interés lucrativo (Literal, II, b), no siendo nacional, residente o militar del Estado en contra quien actué (literal c, d, e)

Escudriñando la anterior definición legal, se debe hacer alusión a lo siguiente, el mercenario ha superado su condición de mero ente en el escenario de la guerra y por fin ahora abarca aspectos más allá de la misma, haciéndole entender a la comunidad internacional que el mercenario es más flexible en su actividad de lo que en primera medida se entendía, así pues el hecho de consentir la existencia de fuerzas mercenarias en el cambio de gobierno o en captarlo como posible parte fundante de la génesis de una calamidad social hace que el paradigma entero del concepto de mercenario se quiebre.

En efecto, históricamente y doctrinalmente se ha asociado al mercenario con la guerra, más específicamente con la guerra exterior tanto defensiva como ofensiva, pero al sustraerlo de tal cosmovisión y acuñarlo también en un puro conflicto interno. Al permitir su existencia por una mera crisis social o descalabro interno, el mercenario se moderniza, sin detrimento de dejar de lado sus atributos esenciales, propios como lo es su carácter contractual y su intención de lucro.

Es importante, pero desde el análisis anterior se puede justificar entonces la existencia de mercenarios en tiempos de paz. Ahora bien, un aspecto a criticar del concepto es efectivamente la inmensa restricción que continua habiendo en muchos aspectos en el momento de determinar quién es mercenario y quien no lo es, la base de reflexión a modo de ejemplo la constituye el hecho de que el mercenario siga siendo un extranjero en territorio ajeno, ¿Por qué la legislación internación persiste en este asunto?

La respuesta más inmediata podría ser que el legislador internacional ha buscado conciliar la doctrina con la ley, queriéndole dar este rasgo tan especialísimo al mercenario. También

podría decirse que este carácter se justifica con el fin de diferenciarlo tajantemente de otros sujetos de conflicto armado.

No obstante la crítica se encamina a la posibilidad de evadir el régimen de responsabilidad penal que ser mercenario siendo nacional en un país en conflicto puede generar. Toda vez que este sujeto, nacional, haya contratado con un poder económico superior, persiga un fin lucrativo y realice todas las actividades propias de un mercenario en territorio interno, un examen textual de la norma lo eximiría de responsabilidad alguna, en materia de mercenarismo.

Una posible solución para este dilema consiste en la tipificación interna propia para delitos afines a la situación en cuestión v.gr. la subversión, el terrorismo, la traición, etc. No obstante esto evade la persecución del mercenario propiamente dicho, creando un conducto por a través del cual se puede burlar el fin de la regulación internacional que busca, de nuevo, erradicar este mal del planeta.

6.3.1. Delito de Mercenario.

El delito de mercenario plasmado en la convención ha buscado pacificar el conflicto enunciado arriba en razón del derecho penal de acto, vislumbrando una teoría más o menos mixta. Para comenzar, de acuerdo con el artículo 2 de la convención toda persona que sea mercenaria (literal 1) está en curso de un delito internacional, especialmente si participa directamente en las hostilidades, así también el delito se configurará cuando se reclute, se financie, se entrene y se haga uso de los mercenarios de la definición anterior (Literal 1). El artículo 4 hace mención a los cómplices, diciendo que son igualmente responsables del

delito de mercenario cuando cometa o intente, transformándose en un delito que admite tentativa, los crímenes o verbos rectores de la convención. Finalmente el artículo 15, enuncia que todo lo anterior hace posible la extradición del implicado bastando solo el acuerdo previo en esta materia entre varios Estados contratantes, haciendo esta disposición obligatoria hacia el futuro entre los mismos.

El punto de análisis aquí gira en torno al criterio escogido por el legislador para anclar la responsabilidad penal del mercenario en dos aspectos diferentes, el primero a su propia calidad y el segundo a sus conductas. Así pues el plasmar la penalidad de la conducta con base a la mera calidad del implicado ha de significar una vulneración al principio del derecho penal de acto, regidor en el mundo jurídico occidental y por otra parte, el sentenciar por los meros actos cometidos indudablemente omitiría las características de mercenario haciendo fútil la regulación internacional.

El asunto se solventa aparentemente mediando un nuevo examen del tipo, esta vez se busca aclarar los elementos subjetivo y objetivo. Por un lado el elemento subjetivo del tipo lo constituiría todo aquello que forma al mercenario de acuerdo con la doctrina clásica y el primer articulado estudiado es decir, el contrato, la remuneración, la exigencia de calidad de extranjero y sus otras calidades ya mencionadas. Mientras que el elemento objetivo propiamente dicho lo constituirían todos los verbos rectores aplicables al mercenario.

De este modo, el elemento subjetivo, confluye a su vez con la calificación del sujeto, lo que permite imputar una condición en obediencia al concepto internacional, pero el fondo del

debate penal, no obstante, gira en cuanto a la punibilidad del mercenario, enmarcado en la doctrina del derecho penal del acto, o factor objetivo.

La razón de esta diferencia emerge por un examen profundo de la norma, pues el concepto de mercenario enunciado por la convención obedece más a una confluencia de actividades ilícitas respetando un examen de forma el cual hace más favorable fragmentar a los sujetos de conflicto unos de otros que dar por otro lado, un concepto más recurrente a la experiencia histórica y doctrinal, el cual no sería tan eficaz en la práctica; en otras palabras el concepto de la CIRUFEM es un concepto realista, con efectividad inmediata, propio de la evidencias circunstanciales de la segunda mitad del siglo XX y no un concepto integral de mercenario ni mercenarismo.

La abstracción lógica final propia del tipo penal permite inferir el siguiente postulado: Todo mercenario es un delincuente internacional cometa o no actos de mercenarismo pero no todos los actos de mercenarismo son de jurisdicción internacional puesto que pueden ser ejecutados por alguien quien no es mercenario lo que hace que se les juzgue internamente.

Con todo, la doctrina, hace una extensa crítica al instrumento en cuestión, Özden (2010) coloca a la convención como “El único y principal instrumento jurídico vinculante a nivel internacional” (p.20). Pero que a su visión conjunta el documento presenta dos inconvenientes Özden (2010) “1. No prevé ningún mecanismo de control; 2. El hecho que

la conversión solo haya sido firmada por treinta y un Estados solamente limita su campo de aplicación” (p.20).

En efecto, el instrumento internacional no enuncia un mecanismo de control o vigilancia de los mercenarios en cuestión, recayendo esta responsabilidad en el prontuario general de las naciones unidas, que se ejecutara al parecer solo bajo querrela o petición de parte, sustrayéndose entonces la comunidad internacional de actuar de oficio respecto a la conducta que ella misma ha prohibido.

En cuanto a lo segundo naturalmente es vergonzoso el número de países de han ratificado el documento, tanto es que solo se pueden nombrar los siguientes

Alemania, Angola, Arabia saudí, Azerbaiyán, Barbados, Belarús, Bélgica, Camerún, Congo, Costa Rica, Chipre, Croacia, Cuba, Georgia, Guinea, Honduras, Italia, Libia, Liberia, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauritania, Moldavia, Montenegro, Nueva Zelanda, Nigeria, Uzbekistán, Perú, Polonia, Qatar, Siria, República Democrática del Congo, Rumanía, Senegal, Serbia, Seychelles, Surinam, Togo, Turkmenistán, Ucrania, Uruguay (Özden, 2010).

Así pues, es apenas obvia la muestra de desinterés de las grandes potencias coloniales en exhibir su voluntad política buscando proscribir el fenómeno. Los Estados Unidos, Reino Unido, Francia, China y Rusia, potencias quienes más se han entrometido en guerras y en el uso público de mercenarios se sustraen de apoyar la convención, resaltando de alguna forma su responsabilidad, sin embargo, países como el Congo, Marruecos quienes han sufrido de primera mano los daños del mercenarismo si la han ratificado, mostrando así al mundo la intención de primera mano, de erradicar a los mercenarios para siempre.

Abrisketa (2007) complementa el asunto ya que a pesar que el tratado ha entrado en vigor desde 2001,

Los Estados que lo han ratificado no son precisamente las grandes potencias. Esto refleja las tensiones internacionales entre occidente y los países en vía de desarrollo. Se pone de manifiesto el deseo de occidente de tolerar la actividad de los mercenarios más allá de sus fronteras (p.7)

Curiosamente durante la negociación del Estatuto de Roma y la jurisdicción de la corte penal internacional no hubo apoyo suficiente para introducir como crimen de guerra el

hecho de ser mercenario. De modo que a partir de este convenio según Abrisketa se agota el régimen jurídico de los mercenarios. (Abrisketa, 2007).

La mejor conclusión al asunto no solo la da la historia que refleja uso continuo de mercenarios, pese a la expresa prohibición en situaciones bélicas contemporáneas que incluso hoy persisten, como la operación tormenta del desierto en 1991, la guerra de los Balcanes en el 1996 o la guerra en Afganistán e Irak a partir del 2002, sino que también la doctrina, apunta a lo mismo, Núñez Villaverde representadora dice:

Para reaccionar frente a esta realidad, los esfuerzos realizados hasta ahora son puntuales e insuficientes. Solo hay algunos gobiernos nacionales que tienen algún tipo de regulación sobre la utilización de estos individuos y estas compañías (...) En el plano internacional cabe pensar que es la ONU la que tiene que liderar el esfuerzo por regular un problema que es global (...) Desgraciadamente, la propia ONU está en horas bajas por cuanto determinados gobiernos nacionales han querido marginarla en la gestión de la paz y la seguridad internacional. (Núñez Villaverde, 2007, p.17).

6.4. Convención de los OAU para la Eliminación del Mercenarismo en África de Libreville del 3 de Julio de 1977.

Este convenio promovido por la Organización para la Unidad Africana (OAU en inglés) consintió en un antecedente normativo de amplia importancia y con plena vigencia hoy en día para el continente africano, enuncia diversos aspectos que serían recogidos con posterioridad por el CIRUFEM en cuanto al tema de mercenariado pero su norte consiste en eliminar la presencia de estos actores irregulares de un continente perturbado directamente por diversos sucesos sociales derivados del reticente actuar de organizaciones mercenarias.

De acuerdo con la Convención de los OAU para la Eliminación del Mercenarismo en África o CEMA, el mercenario es toda aquella persona (Numeral 1) que sea reclutada local o en el extranjero (literal a), que tome parte en las hostilidades (Literal b) motivado por la ganancia (literal c) no siendo un nacional o residente en país en conflicto (literal d) ni miembro alguno de las fuerzas armadas en controversia (Literal e y f)

Grandemente meritorio es el hecho que se prohíba la actividad mercenaria tanto en las personas naturales como en las morales, dado a la interpretación del texto que sostiene que toda persona, puede ser catalogada como mercenario, mientras que en otros instrumentos aparece meramente, las personas. Consintiendo con esto, un antecedente importante para el futuro control de las compañías militares extranjeras dentro del continente africano. El resto del concepto esta en concordancia con el marco internacional y doctrinal.

El delito del mercenario de acuerdo con el numeral 2 del artículo 1, consiste en aquel que es cometido por un individuo o un grupo o asociación representativa de un Estado o por el Estado mismo que con el fin de oponerse al proceso de auto-determinación o la integridad territorial de otro Estado, así también verbos rectores se encuentran el que (Estado o particular) practique, promueva, facilite, financie, equipe (literal a), entrene, enrole, (literal b) facilite el tránsito, el transporte u otras operaciones (literal c) o permita cualquiera de estas actividades bajo su jurisdicción (literal c) incurre en el tipo penal de mercenarismo.

El numeral tercero del artículo en cuestión califica al sujeto y una consecuencia inmediata del delito africano del mercenario, pues, por un lado cualquier persona natural o jurídica

que cometa el crimen de mercenarismo se encontrar a su vez en la calidad homologada de incursión en un crimen contra la paz en toda África y deberá ser castigado.

El artículo segundo de la conversión determina una circunstancia de agravamiento al punible propiamente dicho, consistente en el mero hecho de asumir el comando sobre tropas mercenarias.

El artículo tercero esgrime que el estatus de los mercenarios no obedece al del combatiente, luego no se puede predicar sobre él la calidad de prisionero de guerra, estando en natural consonancia con el protocolo I de los Convenios de Ginebra, seccionándolo de un tratamiento especial y cerrando así, esta vía para que se tramite sus crímenes que bajo este amparo puede llegar a ser impune. Artículo siguiente determina que el mercenario es responsable penalmente por serlo sin perjuicio de las otras conductas por las que pueda llegar a responder, esto significa que el mercenario, bajo un mismo actuar puede estar en curso de varias competencias, el instrumento permite a estas otras competencias tramitar sus investigaciones y posteriores juicios sin dilación ni choques.

El artículo sexto, indica las obligaciones de los Estados signatarios, la más importante es tomar medidas para erradicar el mercenario de África, previniendo que nacionales o extranjeros se enrolen en actividades mercenarias, prohibiendo el tráfico de cualquier mercenario o de su equipo por su territorios, así como la negativa de consentir la existencia de organizaciones o personas que usen mercenarios en contra de algún otro Estado Africano o de la OUA. Las penalidades en el artículo séptimo se dejan a la libre disposición de los

Estados signatarios sin embargo se hace la expresa orientación de que las mismas una vez tipificadas debe ser severas.

Ahora bien, en un análisis un poco más profundo, lo primero a decir es que el trabajo del legislador africano es en verdad loable para su época, no solo admite el factor numérico en el sujeto calificado del delito de mercenario, sino que les proscribía absolutamente sobre dos conductas en particular que un mercenario puede llegar a hacer, la primera es la de oponerse a la independencia de los nacientes Estados africanos por medio de la violencia y la segunda es actuar en un conflicto en virtud de una meta territorial.

Lo anterior no es más que un quiebre al paradigma del mercenario, quien de nuevo está posibilitado para actuar en un conflicto interno, alejándose de su matriz operacional: la guerra exterior.

Por otro lado el considerar al delito en sí como un crimen de naturaleza regional, marca inevitablemente un imperante para su juzgamiento por parte de cualquier nación del África afectada o no, de modo que el punible se convierte en un principio de solidaridad judicial en un marco extensivo entre los Estados africanos.

El asunto del agravamiento de la pena en razón a ser un oficial de control y manejo, es una de las grandes novedades legislativas planteadas por la OUA, pero que por la falta de voluntad política de la comunidad internacional degenera en un criterio de interpretación

extra-territorial. Naturalmente, las funciones de dirección control están relacionadas íntimamente con la planificación y la intención dolosa que enmarca a muchas de las actividades violentas de los mercenarios, quien las conciba y sea permisivo con tales conductas bajo su supervisión se hace por *Ius Gentium*, acreedor de la pena avisada por el agravante.

Otra gran novedad, sobresaliente, en verdad, en el marco delictual dictado por el legislador africano es entender que el mercenario puede actuar en un mandato de representación directo de un Estado, es decir ser una fuerza oficial.

Esto no es extraño a la historia, por lo menos en occidente pues un ejemplo clarísimo lo supuso el uso de los viejos *Foederatis* romanos, unidades de carácter mercenario pero oficialmente incluido en el andamiaje de la defensa del imperio, los francos en efecto fueron en esta categoría asociados.

Sin embargo es una fuente de encuentro con otros instrumentos y muchos doctrinantes quienes sostienen bajo cualquier circunstancia la necesidad imperiosa de mantener al mercenario desvinculado totalmente del andamiaje estatal, lo que, si bien es cierto, funge como herramienta para diferenciarlo de otros sujetos en conflicto, ha sido también una herramienta para el abuso de contratación de mercenarios por parte de potencias económicas bajo un sinfín de formas, eludiendo así, su responsabilidad internacional.

Los doctrinantes han opinado mucho respecto de este instrumento, dado a que fue, efectivamente a partir de la experiencia africana donde el concepto de mercenario empezó a tornarse negativo, Abrisketa (2010) dice que los

Grupos de mercenarios desafiaron a varios recién nacidos Estados africanos e incluso a las Naciones Unidas durante la operación en el Congo (ONUC) de 1960 a 1964. Como respuesta a estos episodios, en el Derecho internacional se inició la tendencia a controlar la práctica de los mercenarios. (p.4).

Por otro lado, la gran diferencia entre legislaciones regionales e internacionales según Abrisketa (2010) radica en que en “el convenio africano, después de dar la definición de mercenario, en la misma disposición, penaliza la actividad. Cosa que no ocurre en el Protocolo I de 1977” (p.7).

Lo anterior es parcialmente cierto, por un lado como ya se vio en el análisis del tipo africano, el mercenario responde solamente en principio por su calidad misma de mercenario, mientras que de acuerdo con el protocolo I de 1977, la punibilidad radica en una tesis mixta entre calidad y actividades.

La crítica en cuanto a la efectividad del instrumento en cuestión sigue la línea plasmada por Falla, pues

Las constantes guerras entre Estados en el África, la implementación por un sistema legal de Derecho Internacional Humanitario y la categorización formal y corpórea de

los actores en el conflicto armado, ha limitado el número de Estados que han ratificado los instrumentos tanto regionales como internacionales sobre específicamente, mercenarios. (Fallah, 2006).

Se puede en ese orden enunciar algunos países que de acuerdo a Henckaerts y Doswald-Beck (citados por Abrisketa, 2007) no aceptan la definición de mercenario del protocolo I de 1977, tal es el caso de “Afganistán, Camerún, Mauritania, Nigeria y Zaire.” (p.7). Países donde el uso de mercenarios se ha vuelto más que obvio, tradicional.

Sin embargo, la necesidad de algún tipo de regulación sobre la materia era necesaria; de acuerdo con Özden (2010) “África es el continente más perjudicado por las actividades de los mercenarios” (p.11). Siendo tan calamitoso el asunto que por ejemplo Özden (2010) alude a que “41 años después de lograr su independencia, la guerra civil que afecta a la República Democrática del Congo, con la intervención de otros Estados africanos, cuesta al país el 80% de sus recursos” (p.11). Significando grandes problemas sociales y políticos como el hecho de que “Algunos mercenarios belgas habían participado en la tortura y en el asesinato de Patrice Lumumba, Primer ministro del Congo” (p.4) en 1961.

Finalmente es claro que las Naciones Unidas (2002) entienden que el convenio al ser de carácter regional solo aplicó a los Estados Africanos que han finalizado el proceso de ratificación (p.19) lo que conlleva un problema propio de instrumentos con una fuerza vinculante precaria, su eficiencia y su extensión, en efecto, dado a que el fenómeno del mercenarismo es de carácter trasnacional, su eficiencia de aplicación está limitada a los

Estados que con voluntad política se adhieran , marcando un punto alto de eficacia, un amplio número de estados trabajando mancomunadamente para detener el fenómeno.

El segundo aspecto, su extensión permea la sensibilidad social de muchos grupos étnicos y políticos en África que deben alcanzar un consenso para proscribir el mercenarismo en todos los escalones de la convivencia social; mientras no se alcance este consenso, el mercenario podrá buscar guarida en diferentes grupos que de lleno les acepten, fugándose de la justicia.

7. CONCEPTO DE MERCENARIO.

Tradicionalmente el concepto general de mercenarios está en consonancia con Flores (2000) quien les ha definido como “Extranjeros contratados para tomar parte directa en conflictos armados siendo su principal motivación la ganancia monetaria más que la lealtad a un Estado o un proyecto” (p.2). El concepto es congruente de hecho, con los registros históricos, atendiendo a que han sido utilizados, los mercenarios, reticentemente en el juego del poder mundial.

En ese orden de ideas el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española (DRAE, 2015) apoya en gran medida el concepto de Flores y presenta al mercenario – del latín *Mercenarius* – como un “Adjetivo para entender a la tropa que por estipendio sirve en la guerra a un poder extranjero. Que percibe una paga por sus servicios.”

Otro diccionario, el Larousse (2015) indica que el termino mercenario proviene de latín *merces –eris*, y que este significa “soldado que busca y participa en un conflicto bélico por su beneficio económico” Este concepto presenta una diferencia tangencial en la doctrina y concepción general del mercenario, toda vez que entiende que el mercenario puede ser individualmente un sujeto y no necesariamente una pluralidad orientada a la actividad de la guerra. En otras palabras, una sola persona puede crear la figura del mercenario.

En efecto, la historia en si misma está llena de ejemplos de mercenarios individuales, desde Aníbal sirviendo al rey de Ponto pasando por Bob Denard en el norte de África y hasta Yair Klein en Colombia. De modo pues que la DRAE (2015) complementa el asunto identificando al mercenario como “Nombre masculino de aquel hombre que desempeña por otro un empleo o servicio a cambio de un salario que se da” DRAE.

Lo inmediatamente anterior constituye un extraño escenario, pues implícitamente se está enunciando la existencia de la conmutatividad en la actividad del mercenario derivando ello mismo en la ineludiblemente existencia de un contrato.

Para dar fuerza al argumento es menester definir contrato como “una convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” Adecuándolo a la legislación nacional, el Código Civil Colombiano (2015, en el artículo 1495, lo define como contrato al “Acto por el cual una parte se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” (p.375). Es bilateral cuando “las partes contratantes se obligan recíprocamente.” (p.376).

En atención al asunto del salario, propio de materia laboral, el Código Sustantivo del Trabajo (CST) norma colombiana, determina como Contrato de Trabajo a “Aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.” (p.6). Siendo el salario propiamente dicho la remuneración sea cual fuere (CST, 2012).

De modo que, el desempeñar una labor por otro mediando un salario no puede ser más que un ejemplo perfecto de un mero contrato, luego, la actividad del mercenario está enmarcada desde su génesis por la legalidad civil. Evidentemente, como se ha visto, el mercenario arrienda su fuerza a un poder económico, llámese Estado o llámese poder económicamente superior, con el fin de obtener un lucro financiero. ¿Es esto un salario? ¿Qué tan lejos llega la subordinación? Profundizar más en el asunto solo derivara que se desoriente la cuestión inmediata, la cual es, en efecto, consentir que la actividad mercenaria es sin duda, un contrato.

Pese a estas grandes coincidencias, tan obvias en la reflexión jurídica, los doctrinantes han pasado por alto el asunto, subestimando el carácter legal que se acaba de enunciar, partiendo, en efecto, como lo dice Flores (2000) de que “El término – mercenario – es a menudo inconscientemente e incorrectamente aplicado por individuos que hablan más desde un punto de vista emocional” (p.90). Y es natural pensarlo así, pues una figura tan inmiscuida en una actividad tan dramática como lo es la guerra, solo puede en su estudio generar posturas tan subjetivas como la guerra misma.

Continuando con el esbozo de conceptos sobre mercenarios Abrisketa (2007) indica que el término ha sido usado para “Describir a tanto individuos que matan para obtener un beneficio económico, como tropas contratadas por un país para trabajar en otro o como empresas de seguridad privada que proveen servicios militares a otro país” (p.3).

Lo anterior constituye quizás el concepto sobre mercenario más actualizado que existe, ya que corrige el criterio de otros autores sobre el carácter numérico del mercenario, asunto que se ha evidenciado arriba, permitiendo la individualidad así como la pluralidad de sujetos para germinar la figura. Por otro lado, se enuncia el carácter económico sobreviniente de la existencia natural de un contrato que necesita la actividad mercenaria para configurarse (Abrisketa, 2007).

Así mismo, su aporte a la modernidad se materializa en dos corrientes a criticar, la primera consiste en la actividad explícita que torna para ella, Abrisketa, el ser mercenario, conjugándola inseparablemente en la conducta del homicidio. Recordando la crítica de Flores, quizás fue la emoción lo que la movió ampliamente a crear esta corriente (Flores, 2000). Es cierto que el mercenario es un factor de muerte pero lo es en carácter potencial, porque en muchos casos basta la fuerza que en sí mismo el mercenario tiene para cumplir su misión en el campo de la guerra, donde no todo es por supuesto, la muerte.

En otras palabras, esta corriente vertida desde el concepto literal de Abrisketa es una aseveración de carácter subjetivo, pues se desconoce que el mercenario puede tener diversísimas tareas en el ámbito de la guerra, la cual no solo comprende el paradigma del combate y la devastación, sino que también comprende el de la logística, la defensa, la estrategia, el entrenamiento entre otras (Clausewitz, 2005).

La segunda corriente a criticar, corresponde a la enunciación de las empresas de seguridad privadas o ESP, este tipo de sociedades son mercenarios propiamente dichos (Abrisketa, 2007). Para tener una aproximación una definición de ESP adecuada, en palabras de Benavides (2010) estas obedecen a “Compañías que ofrecen servicios de defensa encaminados a proteger a individuos y sus propiedades.” (p.110). La evaluación de su carácter o no de mercenarios es fuente de una amplia discusión doctrinaria, asunto que se abordara más adelante.

Ahora bien, el hecho de reconocer diferentes contratantes pone de claro el hecho que los mercenarios carecen de una afinidad de cualquier clase que les inhiba a someterse o no bajo la subordinación de un patrono o de otro; siempre que este les pague a su antojo; lo anterior fue un problema que conocieron ampliamente los romanos quienes al no poder pagarle a sus mercenarios que protegían sus fronteras en el Rin estos se tornaron contra ellos cambiándose a un bando más solvente, facilitando de este modo, la invasión de otros pueblos hacia los prados occidentales, suministrando avisos, consejos, pertrechos e información de espionaje a los bárbaros que descuartizaron el Imperio.

Ahora bien, no hay que caer en el error enunciado por Özden (2010) de que el mercenario “No siempre fue, como hace pensar su imagen, un aventurero sin Dios ni ley.” (p.1). No, en efecto, la figura del mercenario obedece al cumplimiento de un contrato y dar homenaje al mismo, de lo contrario se convertiría en un bandido, sujeto imposible con quien negociar siendo Estado.

Así pues el mercenario debe hacerse acreedor de fama o imprimir en su trabajo una estela de lealtad y eficiencia con sus anteriores patronos para que de este modo se convierta en un “producto vistoso” tentado al poder con lo que esté más busca: fidelidad, contrarrestando de este modo, esa gran vocación antiquísima de lucro que nace en cada unidad mercenaria. Para ello debe honrar su palabra evitando en consecuencia ser un traidor.

Finalmente, la última definición de mercenario es la que aborda Núñez Picardo (2012) quien considera al mercenario como “una de las empresas y tendencias más lucrativas en la actualidad.” (p.).Las palabras se restringen en el fondo, a las empresas de seguridad

privada, pero no faltando a la verdad, a lo largo de la historia el contrato de mercenariado ha sido una fuente inmensamente lucrativa para las personas o pueblos quienes han vivido del mismo ¿Cómo puede ser de otra forma?

En muchos casos la supervivencia de urbes, reino e imperios enteros han recaído en los hombros de los mercenarios, muchas veces debido a la negligencia abismal de los gobernantes de estas parcelas quienes les deben guardar la seguridad y la vida a sus aforados y que quienes ante una amenaza inminente, previa una lentísima reacción, se desprenden de sus riquezas terrenales para entregárselas en un último acto de supervivencia como tributo a hombres suficientemente bravos para garantizarles sus privilegios por muchos años más a costa de su sangre y tenacidad.

En conclusión, si bien el concepto de mercenario no es unánime, un estudio juicioso y coherente de la doctrina y de la legalidad permite aseverar ciertas características orientadoras del sujeto mercenario y a partir de ellas disponer a un sujeto como mercenario, para ello, se sugiere la siguiente tabla, que resume en ella misma los elementos esenciales del mercenario.

7.1. Grafica 1. Elementos básicos del mercenarismo.

Mercenariado	Mercenario	Vinculación	Fin	Contexto
Contrato	Cualquier persona	Reclutada interna o externamente	Tomar parte en las hostilidades	Conflicto armado

Representación	No sea nacional del país en conflicto	Individual	Ganancia/Lucro	Calamidad interna
Sin subordinación	No sea residente del país en conflicto	Colectiva		
	No sea miembros de las FFMM en controversia	Gubernamental/ Extra gubernamental		

8. APLICACIÓN DEL CONCEPTO EN EL CONFLICTO COLOMBIANO.

8.1. El conflicto colombiano.

El conflicto colombiano, es una situación especialísima en el contexto internacional; es un marco que a criterio de este autor ha sido casi continuo desde el nacimiento del país en cuestión, dado que el mismo se ha alimentado de posturas políticas, religiosas y tópicos culturales de todo el mundo, que de algún modo repercuten de una manera exagerada en la República Colombiana.

El conflicto colombiano podría resumirse en tres periodos, el primero gira en torno al tipo de Estado que debe llevarse, o confrontaciones entre partidarios de diferentes formas de gobierno que usan la violencia directamente para imponer su modelo, por eso se habla del

primer conflicto interno en la república: “la Patria Boba” (1810 - 1816) después la misma clase de violencia se manifestó durante la Guerra de los Supremos (1839 - 1842) y posteriormente durante todas las guerras y sublevaciones federales y entre ellas, la que conllevó al triunfo del General Tomas Cipriano de Mosquera (1798 - 1878).

El segundo periodo corresponde, a los conflictos propios del partidismo clásico en Colombia surgidos como herederos del Estado centralizado materializado Colombia a partir de 1886, entre liberales y conservadores, donde su mayor confrontación consiguió ser la guerra de los mil días (1899 - 1902) donde, en general; esta arista cubre toda la violencia partidista que de una u otra manera consiguió ser habitual en el marco de la sociedad colombiana referida a estos dos partidos, derivando consecencialmente en que la sociedad colombiana se tornara sumamente excluyente entre sí.

La tercera etapa, es la acontecida a partir de la segunda mitad del siglo XX donde a la violencia partidista se le sumó la represión del Estado de otros movimientos políticos importantes principalmente durante el Frente Nacional (1958 - 1974) que si bien es cierto, disolvió el conflicto entre los dos principales partidos, en principio, también fue la semilla para el nacimiento de grupos subversivos liberales y de izquierda que a ejemplo de Rusia y Cuba, pretendían instaurarse en el poder por medio de la violencia e implementar un nuevo orden de Estado.

Son diversos los doctrinantes que han abordado el problema de la violencia en Colombia, en su génesis, se puede enunciar posturas como la de Bondia & Muñoz (2009) que dicen que

El conflicto colombiano, que es tanto de raigambre histórica como de acelerada degradación coyuntural. Histórica, puesto que el conflicto se ha venido amalgando como una especie de sintaxis inextricable de la violencia con la política, propia de un mundo rural pre moderno, articulado con la tecnología de punta de una economía capitalista y el hedonismo individualista de la postmodernidad, mediante las más inverosímiles ramificaciones del narcotráfico en todos los ámbitos de la economía nacional y global. (Bondia & Muñoz, 2009, p. 29).

En el trascurso de estos enfrentamientos, entre el Estado y grupos de subversivos surgieron a la par nuevas causas para la alimentación de la violencia, principalmente por la desatención estatal en estamentos diferentes al del conflicto, hablese entonces de los movimientos de derechos de los trabajadores, el “Boom” de las juventudes, la mejora en las tecnologías, el narcotráfico así como también la rebeldía en general a los principios morales y cristianos que orientaron la vida social occidental.

En este orden de ideas y dado, en muchos casos a la negligencia del Estado en garantizar seguridad a sus ciudadanos, el país mismo se segregó en “Zonas de Conflicto” donde uno u otro grupo subversivo se hacía con el control local, en detrimento de la calidad de vida y del temor de los habitantes de ese sector.

De modo que, bajo este paradigma, se organizaron milicias contra-insurgentes en defensa de los valores y principalmente de sus propios intereses, en contra de aquellos enemigos a los cuales el Estado no pudo hacerles frente.

Por esta razón, surgen grupos paramilitares que entran a competir y a luchar con el Estado por el dominio territorial y por el quiebre del concepto de soberanía. Para los años ochenta, la violencia se ve aún más permeada por el fenómeno de los Estupefacientes, de la cocaína y del tráfico de armas, cuyas divisas potencian a Colombia como un lucrativo negocio para la continuación de la guerra. Así, pese a los esfuerzos de los gobiernos centrales en negociar, muchas veces las divergencias teleológicas y filosóficas entre las partes en conflicto eran tan grandes, que un fin del conflicto por una vía diferente a la armada era cada vez más lejana.

Así las cosas, el gobierno, decidido a entrar en el nuevo fenómeno de la modernización de las instituciones y del Estado mismo, proclama una nueva constitución con el fin de labrar el camino para la reconciliación entre los colombianos, más sin embargo, diversas afrentas y el encrudecimiento de la violencia local y urbana, nacida como consecuencia de la inobservancia del Estado en la seguridad de puntos marginales en la sociedad, desmejoran aún más el panorama y tornan casi inocua la nueva carta constitucional, convirtiendo a Colombia en un extraño modelo social, difícil de comparar.

Con todo según Agudelo (2003) uno de los principales motores para la violencia en Colombia seguía siendo el cambio de modelo de Estado, el frente nacional cerraba toda posibilidad de hacerlo mediante la participación popular, así pues:

En efecto, al evidenciarse con la violencia de mitad de siglo las debilidades del Estado, la polarización política y las rupturas y necrosis del tejido social, se pudo concluir que para su reconstrucción se requería -entre otras cosas- de un Estado más sólido, incluyente y presente, empeñado más que en regular los mercados en generar y sostener equidad en la distribución del poder y la riqueza y en crear vínculos solidarios. La coyuntura y los intereses internacionales y la coherencia con ellos por parte de sectores empresariales y de la dirigencia política y tecnocrática del país, llevaron a inclinar la concepción y la acción del Estado hacia los lineamientos y las prácticas neoliberales. Se fue consolidando una especie de Estado macroeconómico -obsesionado con el mercado, con los indicadores económicos internacionalmente valorados, con ser cada vez más funcional a los procesos de concentración monopólica de la riqueza- mientras la realidad y las necesidades sociales parecían indicar la prioridad de sus tareas sociales y políticas y la reconsideración de su papel económico. La consiguiente privatización de lo público, la agudización del sentido de exclusión económica y política, el distanciamiento acelerado de un Estado que aparece de cara al capital trasnacional y de espaldas a las urgencias sociales internas, y el debilitamiento aún mayor de valores solidarios, se convirtieron en otros tantos gatillos de violencias. La privatización de la justicia y el consiguiente incremento de la impunidad y de la proliferación de organizaciones paramilitares, si bien no son productos directos de la concepción neoliberal, sí han encontrado en ella justificación y estímulo.” (Agudelo, 2003).

En efecto y a modo de conclusión, el conflicto colombiano es la continuación de las discordancias en el manejo del poder central del Estado, donde a su vez y con el paso del tiempo, dado a la descuidada visión del centralismo exagerado colombiano, focos de insatisfacción surgen constantemente motivado por un sinfín de motivos, agravando el problema en un ciclo incesante de mutilación y desgarramiento.

8.2. Las partes en conflicto y su evaluación como mercenarios.

8.2.1. La guerrilla.

En primer paso, la guerrilla, falta al carácter contractual del mercenariado, dado a que su organización es más bien de carácter independiente; en cuanto a que su estabilidad institucional, no depende de una relación contractual con un poder económicamente superior, cosa que iría naturalmente en contra de la esencia ideológica misma de la izquierda a quien defiende. Así, Vieira (según Trejos, 2011), se refiere a este movimiento como:

...guerrillas campesinas que se identifican con la política del Partido Comunista
(...) Hay que entender que, desde que se desata la lucha guerrillera, es absolutamente imposible que el partido asuma la dirección del movimiento armado. Este tiene su propia dirección, sus comandos operativos que actúan (...) el

programa de las FARC es un programa en el que se manifiesta la influencia del pensamiento comunista. (Trejos, 2011).

Ahora bien, debe, por un lado, entenderse que esto no es óbice para que la guerrilla no pueda tener contratos económicos de otros tipos, como de suministro o de compra y venta, no obstante, para la fundamentación en las relaciones dentro del margen del conflicto, en principio, la guerrilla no depende de una relación sinalagmática, con ningún otro ente para mantenerse a flote o ejecutar su actividad, bajo una amplia liquidez de manera esencial.

Consecuencialmente con lo anterior a la guerrilla le falta al criterio de bilateralidad, propio del contrato de mercenariado.

Ahora bien, en cuanto a la motivación principal de la guerrilla, está no puede estar más lejos de la realidad del mercenario, en efecto, el móvil principal de estos subversivos es tomar el poder y a través de ello cambiar el paradigma social y político de Colombia, de modo que el lucro y la ganancia, no es de cabida como motor principal de estas organizaciones. En ese orden, de acuerdo con Ferro & Uribe (2002) Las FARC-EP, ejército del pueblo

Dentro de un proceso sostenido de crecimiento, trabajan por primera vez sobre los planes estratégicos formulados a largo plazo con una concepción política más global para formular una estrategia militar hacia la toma del poder. Se combina la acción militar con todas las formas de lucha, y se toma conciencia de la importancia de consolidar una organización cada vez más fuerte y con el apoyo de un amplio movimiento de masas. (Ferro & Uribe, 2002, p. 114).

Ahora bien, la calidad de extranjero de las guerrilla de las FARC y del ELN en principio debe desprestigiarse en la medida de que, es el campesinado colombiano quien, como persona natural, colombiano, en principio, conforma el grueso del grupo combatiente, más sin embargo, a través de la vinculación voluntaria, no se descarta que extranjeros puedan hacer parte de esta subversión, pero debe recordarse que la calidad de extranjero debe ser tan determinante en la estructura de la organización bajo examen mercenario que la misma se debe comprender extranjería en su integralidad cuando se encuentre en ejecución de su actividad, asunto que no ocurre en el presente caso.

En cuanto a su carácter paramilitar no se puede estar más lejos de lo posible, toda vez que el mercenario, en general lucha como tropa auxiliar a un poder económicamente superior, como el Estado o su determinado contratante, la guerrilla sin embargo lucha por sí sola, invistiéndose en el carácter de sujeto armado en el conflicto, casi de manera clara, invistiendo sobre sí misma, en consecuencia, la responsabilidad directa por sus acciones en el marco de la guerra, de modo que no se puede alegar un subordinación respecto a esta entidad en torno a otra. Sin embargo, el criterio esencial que cumple la guerrilla consiste en tomar parte en las hostilidades, en efecto, como sujeto íntimamente relacionado con el nacimiento mismo del conflicto, y siendo militarmente su principal insumo, es razonable que cumpla con este postulado.

Debe saberse que obtener el poder se constituye en el factor condicional en el criterio de temporalidad de existencia de la guerrilla, pues mientras no lo obtenga, en principio, el

grupo perdurara, pero de igual modo, tarde o temprano, obteniendo su objetivo o no, el carácter de la guerrilla es temporal, dado a que su maquinación es una medida extraordinaria para cambiar el paradigma nacional.

En cuanto a su vinculación, el núcleo personal de las FARC-EP consiste en los subversivos ligados a su agrupación de manera extra gubernamental, lógicamente; pues bástese decir que el Estado, no fomentaría de ningún modo el sometimiento a este tipo de agrupaciones.

Así pues, todo lo contrario, la asociación ocurre de manera voluntaria generalmente, como es el caso de las agrupaciones campesinas de comienzos de los años sesenta y como estas configuraron las llamadas columnas guerrilleras. No obstante la vinculación obligatoria, no debe ser desestimada, dado que esta obedece a una consecuencia directa de los contundentes golpes de las demás partes en conflicto hacia la guerrilla misma, así como una menoscabo en la aceptación social de sus postulados ideológicos; así las cosas, el reclutamiento forzado cada vez se lleva más a la práctica conllevando con esto la materialización de la vinculación obligatoria en razón a una necesidad interna de la organización por carencia de fuerzas.

En cuanto a los ingresos percibidos por la guerrilla, estos no deben ser vistos desde el aspecto meramente económico, sino por el contrario, debe mediar una visión integral que busca entender las consecuencias sociales internas que por sus actividades se generan, así pues Semana escribe:

Los dividendos de las Farc por su participación en los principales eslabones de la cadena del narcotráfico (cobro por la seguridad de los cultivos, impuesto a laboratorios de producción y cobro del "impuesto de gramaje") llegaron a los 23.000 millones de pesos durante 2003.

(...) las Farc sólo comercializan directamente el 30 por ciento de la droga (...) Ese 30 por ciento de participación en la comercialización les reporta ingresos por 7.154 millones de pesos.

(...)Durante 2003 el cobro de rescates, cuyo promedio oscila entre los 140 y 160 millones de pesos por secuestrado, le generó a la guerrilla la cifra de 88.560 millones de pesos.

(...) En 2003 las Farc robaron 106.934 cabezas de ganado con un valor de 75.241 millones de pesos. (Semana, 2005).

Por tanto se descarta el mercenarismo mismo como motor de sustento de esta organización, por consecuencia, se admiten, por otro lado, las acciones conexas, como el secuestro, vender armas, traficar drogas y demás actividades históricamente reconocidas, lo que les facilita una fuente de recursos y por tanto de permanecía en el tiempo.

Las actividades de las guerrillas subversivas, no ha cesado desde los primeros días de fundación, salvo eventos como las negociaciones de paz y los ceses bilaterales al fuego que esporádicamente, por tanto, se aprecia mencionar que la actividad guerrillera siempre está en constante ejecución, su lucha es muchas veces consecutiva, en el camino del alcance de diversos logros estratégicos y políticos. Por tanto, su accionar a sí mismo puede transmutarse en acciones determinadas que son necesarísimas para la consolidación de sus

objetivos políticos, tal como la toma de un pueblo o el asesinato de un enemigo, esto instruye fundamentalmente la existencia acciones tanto de ejecución instantánea como sucesiva.

Ahora bien, en cuanto a su profesionalismo, en guerrilla es una ambigua cuestión; si bien es cierto posee un gran apego al conocimiento castrense, también es cierto, que el mismo es casi accesorio, en vista de su objetivo social y político de implementar un nuevo marco jurídico y social de vida estatal en la nación, con esto no se quiere desestimar la existencia de personas dentro de las FARC y el ELN con un amplio conocimiento militar, dado a que es una agrupación armada, pero la articulación misma de las FARC y el ELN así como sus integrantes, en su gran mayoría, carecen mucho del saber militar amplio que un mercenario tiene, por esto este criterio debe ser rechazado, parcialmente, bajo la óptica de que su especialización obedece al grado fluctuante de especialidad militar que está en potencial desarrollo.

Finalmente, en conclusión, de acuerdo con el examen ejecutado, la guerrilla en sus diversas formas, no puede ser entendida cualitativamente como una entidad mercenaria, dado fundamentalmente a que su vocación principal y a las características íntimas de sus miembros no se halla compatibilidad alguna con el espíritu reconocido del mercenario tanto legal como doctrinariamente.

8.2.2. Los paramilitares.

Los paramilitares deben ser examinados con una lupa de mayor intensidad, dado a que algunos criterios mercenarios los cumplen cabalmente, haciendo aún más difuso el examen sobre ellos. En primera medida es menester hacer una distinción en cuanto a los paramilitares, dado a que existieron en Colombia dos tipos principalmente de asociación paramilitar.

La primera comprende aquellas agrupaciones que se forjaron en razón a contrarrestar política y militarmente a la guerrilla, por motivaciones políticas; por estas agrupaciones debería hacerse un examen independiente, sin embargo, derivaría en inexorablemente no tener la calidad de mercenario, tal como sucedió paralelamente con el examen de las guerrillas, por su amplia intención y espíritu político más que su *animus lucrandi*.

Sin embargo, el segundo grupo paramilitar del que hablar, comprende aquellos surgidos a partir de la necesidad de seguridad de los narcotraficantes. De ellos procederá el siguiente examen. En principio, los paramilitares, tuvieron su origen en un contrato, mediado con los narcos o el gobierno, de carácter oneroso, bilateral con el fin de hacer frente a la guerrilla que amenazaban la estabilidad social o de sus negocios privados.

Según con Andrade (2002), existe cierta mixtura en el quehacer del paramilitar, por un lado es el arma de defensa de los comerciantes e industriales contra las guerrillas, pero por otro es un medio de control social orientado bajo sus propios intereses

En sus inicios, los grupos de autodefensa estuvieron conformados por terratenientes y capitalistas agrarios tradiciones quienes, además, los utilizaban como instrumentos privados de represión y control de la población. Mientras que los grupos paramilitares son unidades de combate diseñadas para identificar y eliminar a disidentes políticos, quienes se consideran una amenaza contra ciertos intereses políticos o económicos. (Andrade, 2002, p. 181).

De acuerdo con Pizarro (2004), las causas del origen del paramilitarismo son muy claras “desde finales de los años setenta y principios de los años ochenta, emergen organizaciones armadas de distinto tipo como reacción a la reactivación de los grupos guerrilleros en el país.” (p.119).

En efecto, debido a la negligencia del Estado en desarticular las bandas guerrilleras que azotaban los campos en Colombia, pese a operaciones como Anorí o Marquetalia, las guerrillas consiguieron reorganizarse y dispersarse haciéndose más esquiva su persecución.

Así pues, estas organizaciones persistieron cuando los narcotraficantes entraron en el ruedo del poder en Colombia. Es por eso que al comienzo fue seriamente amenazada su prosperidad, tanto de sus cultivos, como de sus laboratorios y rutas debido al recelo de las guerrillas, que veía con malos ojos la prosperidad burguesa que poco a poco tenían los narcos, así pues, al tiempo que crecían sus ganancias, en proporción aumentaban como objetivos de las guerrillas, y por intención norteamericana, se minaba cada vez más la confianza estatal en sus actividades y por tanto menos se les garantizaría protección, de modo que, a ejemplo de los comerciantes del Magdalena, los narcotraficantes organizaron verdaderos ejércitos de defensa, que llegaron a generar más miedo en las guerrillas que el mismo ejército nacional.

Según Andrade, además de lo anterior, otra de las causas de inmersión del narco en el paradigma del paramilitar fue estar inmiscuido íntimamente en el dinámico movimiento social, así pues:

La presión de las guerrillas sobre los ganaderos, por motivos de retención, originó que algunos de ellos vendieran sus propiedades a narcotraficantes, quienes estaban deseosos de lavar capitales y adquirir los privilegios y estatus propios de los grandes hacendados (Andrade, 2002, 195).

Retomando, este contrato, entre narcotraficantes y narcos, generó obligaciones recíprocas, que enuncian su bilateralidad, dado a que consistía en que los grupos paramilitares cuidaban y vigilaban los intereses de sus contratantes, a cambio de que estos les mediaran un pago. Por ello, los paramilitares mezclaron sus fuerzas con la seguridad de los narcos en torno a un objetivo común, por lo que actuaban hombro a hombro y trabajaron mancomunadamente con ellos, configurándose de este modo su eminente y casi obvio carácter paramilitar e intención lucrativa, algo que en principio comparten ampliamente con el mercenario.

Así pues, el pago, que fundamenta el carácter oneroso del contrato paramilitar, es elemental en el mismo, dado en que, sus contratantes, aquel poder económicamente superior, principalmente el narco, no tiene otra manera de ganarse la lealtad y la fuerza de estos combatientes. De modo que el fin del lucro por esta arista, es perfectamente coherente.

En cuanto a su calidad de persona, el paramilitar suele ser un sujeto natural, generalmente colombiano. No obstante, el carácter de extranjero en el grupo paramilitar, si bien no es negado individualmente como forma de vinculación, en la universalidad de la sujeto bajo examen, no es determinante, es decir, los paramilitares son colombianos en su esencia, pese a que accidentalmente confluyan o no elementos extranjeros en sus filas. Esto se retomara un poco más adelante.

El paramilitar, al igual que la guerrilla, tiene una permanencia en el tiempo condicionada, no solo a la ejecución de su actividad sino a las cargas que impone la duración misma del

contrato por parte de su contratante, el cual se inviste de cargas económicas difíciles de soportar. Ahora bien, esta clase de paramilitares, una vez cumplidos sus objetivos, o cesado el pago, pueden terminar unilateralmente el contrato en cuestión, desarticulando su institución, esto determina el carácter temporal de la misma. En cuanto a su vinculación propiamente dicha, el paramilitar lo hace de manera voluntaria, motivado como se dijo más arriba, por el lucro que deviene del narcotráfico, por tanto esto es la materialización de la vinculación extra-gubernamental. Pero no ha de olvidarse que el reclutamiento forzado aconteció en el paramilitarismo al igual que en la guerrilla.

La vinculación gubernamental, es difícil de medir, se acepta en la justa medida, que esta institución si bien no ha sido permeada por la línea de mando ordinaria del ejecutivo, la existencia de un trabajo mancomunado entre los paramilitares y el narco, pudo ser simulada en conjunto por las fuerzas del Estado en un momento determinado.

Por ejemplo, durante el gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010) fueron muchas las acusaciones por diversos sectores de la sociedad, acusando al gobierno de Bogotá de llevar a cabo alianzas con los grupos paramilitares con el fin de debilitar a la guerrilla en una guerra conjunta como no se había visto, degenerando esto en masacres y atentados contra la población campesina, secuestros, extorciones y demás vejámenes. Sin embargo la desmovilización de las AUC y de los principales reductos paramilitares al comienzo de su gobierno, centrando la lucha contrainsurgente en el ejército representa un punto de

ambivalencias en la crítica en cuestión, sin embargo e fenómeno paramilitar ha permeado la política interna del poder colombiano por más de veinte años.

Los paramilitares de esta clase están mucho más enfocados en el criterio del conocimiento militar, o profesionalismo, que las guerrillas mismas, pues en muchos casos buscan tácticamente neutralizarles. Por tanto el paramilitar cumple condicionadamente con este requisito tan necesario, haciéndolo en la medida de sus posibilidades, estando muchas veces lejos de la especialidad del exsoldado, que difícilmente se vinculará a esta asociación.

Así mismo, si bien su actividad es de vigilancia y esta está dada por su ejecución sucesiva, no esto impedimento, no obstante, para que actividades muy concretas encomendadas por sus patronos sean ejecutadas, así que circunstancialmente, en la amplitud de la entidad bajo examen, se aceptan los criterios de ejecución instantánea y sucesiva.

Pese a que, a primera vista el paramilitarismo está llamado a ser mercenario, el elemento determinante para los paramilitares para no se configuren como tal, recae en la insuficiencia en satisfacer el carácter de extranjero. Justificándose esto de la siguiente manera: en efecto, si bien es cierto que no se impide que personas extranjeras se articulen dentro del quehacer del paramilitar, esto no es un aspecto determinante en mostrar la nacionalidad de los grupos paramilitares, que en principio, son colombianos.

Ahora, sí, faltándole este requisito tan importante, se acepta al paramilitarismo como mercenario, se estaría faltando a una de los presupuestos legales internacionales más importantes, como lo es su calidad de extranjero y consecuentemente, a uno de los elementos esenciales de la configuración mercenaria.

Ahora bien, como se enuncio más arriba, los paramilitares, tenían cierta vocación, en principio de colaborar con el Estado en la lucha contra-insurgente, de modo que se gestaron extrañísimas alianzas bajo el principio del enemigo de mi enemigo es mi amigo, refiriéndose a ello Andrade dice:

A través de la alianza ejercito-terratenientes-narcotraficantes se facilitó la obtención de los recursos necesarios para financiar a los paramilitares, incluso para contratar mercenarios extranjeros (británicos, israelíes y australianos) que los capacitarían para la guerra sucia, las acciones del comando y el terrorismo. (Andrade, 2002, p.190).

Bajo la misma línea, basta decir que en los aspectos más importantes del paramilitarismo no hay argumentos suficientes que satisfagan este vacío en torno a la nacionalidad, pues el hecho que contraten extranjeros, solo los convierte en un poder económicamente superior, no per se, en mercenarios, de modo que, en ese orden de ideas, y porque en muchos casos

su actuar aunque violento y atroz puede ser juzgado bajo el marco de la legalidad colombiana, este tipo de paramilitar no puede, a su modo, considerarse como mercenario.

8.2.3. Empresas de seguridad privada

Las empresas de seguridad privada o ESP es el nombre que se le da al trabajo mancomunado entre poderes económicamente superiores y el conjunto de personas jurídicas que, mediando su experiencia, aportan un servicio, principalmente de seguridad en un determinado sector.

Sin embargo esta definición es insuficiente, en efecto, muchos tratan a las empresas de seguridad privada como personas jurídicas, bajo un régimen civil, comercial, siendo muchas veces su objeto social brindar seguridad, compañía, escolta, en contextos bélicos.

Otros tantos, llaman a las empresas de seguridad como vulgares mercenarios que amparados bajo el fuero de las normas ambiguas sobre la materia, buscan sacar provecho de los conflictos armados en el mundo para lucrarse sin vergüenza alguna. Es en verdad una discusión escamosa, las empresas de seguridad privada han estado presentes en diversos conflictos alrededor del mundo, hasta en el colombiano.

Son las figuras más semejantes al mercenario que de serlo de lleno, significara que la presencia de estas compañías en Colombia, derivara directamente en la presencia, actual, real y material de mercenarios en Colombia. De lo contrario, el mercenario deberá ser visto en la continuación gnoseológica básica de la figura como una persona o varias naturales, extranjeras, que mediando un contrato, brindan sus servicios y experiencia en un determinado fin, en medio de un conflicto o no, con el fin de un pago.

Para contestar la pregunta principal y determinar si las ESP son mercenarios o no, se hace necesario hacer un examen sobre las características de las ESP y ciertos aspectos coadyuvantes que servirán para decantar los aspectos primarios que fungirán como insumos para el examen sobre su configuración mercenaria.

De acuerdo con Gómez del Prado (2006) el origen de las ESP se ubica de la siguiente manera:

Después de la Segunda Guerra Mundial empezaron a surgir empresas privadas de mercenarios. Asimismo, durante el proceso de descolonización que se produjo en las décadas de los sesenta y setenta, las antiguas potencias coloniales, para salvaguardar sus intereses comerciales, particularmente en África, se sirvieron de

mercenarios para luchar contra los movimientos de liberación nacional que reivindicaban el derecho de libre determinación de los pueblos. (Gómez del Prado, 2006, p. 22).

De acuerdo con el Grupo de trabajo del Consejo de los Derechos Humanos de la ONU sobre la utilización de los mercenarios, (citados por Özden, 2010), las ESP pueden ser:

La expresión 'empresas privadas de prestación de servicios militares o de seguridad' engloba a aquellas empresas que se dedican a todo tipo de servicios de asistencia, seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, es decir, desde el apoyo logístico no armado hasta el servicio de guardias armados que intervienen en operaciones militares defensivas u ofensivas. (Özden, 2010, p.7).

La definición puede ser aceptada, no obstante los doctrinantes complementan la misma dependiendo por donde se le mire, así pues, de acuerdo con Spicer (Citado por Abrisketa, 2007) “las empresas militares privadas son los militares oficiales transformados en el sector privado en forma de negocio.” Abrisketa enuncia al respecto dos grandes grupos al respecto:

Hay un debate en torno a la constelación de este tipo de empresas y cómo identificarlas. Empresas militares privadas (Private Military Companies y su acrónimo PMC), empresas de seguridad privada (Private Security Companies y su acrónimo PSC). En términos generales, las primeras llevan a cabo funciones militares, mientras que las segundas ejercen funciones policiales. Sin embargo, es

complicado mantener la distinción si observamos la variedad de servicios que prestan y la creciente nebulosa entre los papeles militares tradicionales y otras funciones relacionadas con la seguridad en los conflictos contemporáneo (Abrisketa, 2007, p.9).

Según Singer (citado por Abrisketa, 2007) a las ESP “Se les llama también “actores cuasi-estatales” del escenario internacional” (p.11). En razón, naturalmente a que trabajan hombro a hombro con fuerzas estatales pero que no están bajo su directa subordinación, un problema claro en el tema de los mercenarios.

En conclusión, se puede decir que las empresas de seguridad privada son, en principio, personas jurídicas, que se dedican a funciones militares y de apoyo. Por tanto enmarcan en toda su actividad la regulación propia de una sociedad mercantil y consecuentemente un *ánimo lucrandi*.

El carácter contractual de las Empresas de Seguridad privada o ESP, es fundamental para la consecución de sus logros económicos, toda vez que la sostenibilidad de la compañía recae en que se ejecuten amplios acuerdos en torno a asuntos de su competencia material, como vigilancia, apoyo logístico o paramilitar a su contratante, entre otras de sus diversas actividades.

Así mismo, la doctrina ha catalogado a estas unidades empresariales, como portadoras de un grande ánimo de lucro, por tanto, las colaboraciones y acuerdos germinados en razón a su objeto social, serán siempre de carácter oneroso.

Lo que consecuentemente lleva a que en un análisis finalista del sujeto, se conecte esto con su ánimo por el lucro que ha hecho que las empresas de seguridad privada se desplacen a cualquier lugar del mundo a ejecutar sus tareas, siendo el lucro, más allá de cualquier postura política o religiosa de cualquier índole su motor principal.

Ahora bien, en cuanto a su carácter paramilitar, muchas de estas compañías ejecutan su trabajo a la par de fuerzas estatales, dado a que difícilmente entran al marco de obediencia jerárquica de estructuras militares públicas, principalmente porque se identifican como civiles, siendo sujetos de apoyo o de carácter paralelo complementario a las actividades que ejecutan las fuerzas armadas.

Seguidamente, como se analizó más arriba, las EPS son sociedades comerciales, es decir personas jurídicas, que tendrán que responder como tales; no obstante las personas naturales que las conforman y ejecutan los acuerdos a los cuales la sociedad mercantil ha de llegar, también por grado de afinidad a la misma, están recubiertos de la responsabilidad más que por su compañía, por las acciones realizadas a nombre de esta.

El grado de calidad de extranjero se predica no solo de la sociedad misma, donde tenga su domicilio principal, con base a la teoría determinista de la nacionalidad de las personas morales, sino también por la de sus miembros, así pues, el carácter de extranjero se determinará para ambos casos, en razón al lugar donde ejecuten su actividad contractual y

la ejecución consecuente del contrato laboral que tenga lugar, todo, en proporción al lugar donde tenga el domicilio principal la compañía en cuestión. De modo que este criterio es aceptable bajo esta óptica.

En complementación, debe hacerse la salvedad, la calidad de extranjero debe entenderse que está solo acontece al momento de ejecutar el contrato en virtud del cual fueron vinculadas a determinada relación contractual, de otro modo, si permanecen en su sede sin efectuar actividad alguna ¿Por qué habría de considerarse extranjeros?

Naturalmente nada impide, desde el punto de vista de las actividades de estas compañías, involucrarse directa o indirectamente en las hostilidades, siempre que se les pague un precio por ello y se les disponga en el terreno en cuestión, esto en gran medida, porque sus amplitud material de trabajo, implica muchas veces desenvolverse en contextos violentos, así que mientras internamente la compañía no advoque resentimiento en involucrarse en una u otra medida hostil, el criterio será aceptado, porque la compañía en muchos casos debe hacerlo.

La ejecución del contrato de seguridad con las ESP, en muchos casos es accidental dada a una deficiencia por parte del contratante; el asunto ha de solventarse por la acción de

contratar a estas compañías con el fin de llevar a cabo determinada o determinada línea de tareas a través de un pago.

Sin embargo, consentido una vez esto, saldada la deuda, no hay más razón porque la compañía persista en el conocimiento del contexto en el cual fue desplegada, de modo que esto significa que estas compañías están afectadas del criterio de temporalidad material de su oficio.

En cuanto a la vinculación como se vio más arriba, puede ser tanto gubernamental como extra-gubernamental, en la primera porque nada impide a los Estados contratar a estas compañías para determinados fines, en un marco de trabajo mancomunado con las fuerzas oficiales, mientras que la segunda vinculación obedece a aquellos poderes económicamente superiores que mediando su brazo fuerte económico pueden en determinado momento acudir a estas compañías, tal es el caso de las trasnacionales operando en zonas de conflicto.

En cuanto a la fama, las compañías de seguridad, buscan este acápite de manera subsidiaria, recuérdese que su afán principal es el lucro, pero una buena reputación en el mercado supone por tanto una amplitud de su margen contractual, toda vez que la

consecución y mantenimiento de un buen nombre implica un asunto de importancia sobre económica para estas empresas.

La mutua necesidad opera en la medida clásica, es decir, la necesidad por un lado de un poder económicamente superior de hacer uso de la experticia y fuerza de una persona, en este caso la compañía de seguridad, mientras que por el lado de esta, su afán de lucro, convenido como su principal motor deviene su propia necesidad.

Dado al inmenso margen laboral y económico de estas empresas, sus actividades suelen ser muy diversas como se vio más arriba, por tanto la amplitud de las mismas basta para que se pueda alegar la existencia tanto de actividades de ejecución sucesiva como de ejecución instantánea, siendo un ejemplo de esto, por supuesto, el contrato de suministro de armas por un lado, y la tarea de despejar determinado sector por la vía armada, por el otro.

En cuanto a la profesionalidad de las empresas de seguridad privada, no puede ser más obvia, dada la naturaleza bélica de su actividades contractuales, así las cosas, entiéndase que las personas vinculadas a estas compañías son amplias conocedoras, en principio, de marcos castrenses que permiten a la compañía asegurar un cumplimiento eficiente de los objetos contractuales existentes o futuros. Un punto a favor de este asunto es la inmensa cantidad de veteranos y ex combatientes vinculados al oficio de estas compañías de planta.

Las acciones conexas, por otro lado son aceptadas, porque a través de ellas, muchas veces las compañías de seguridad privadas, ejecutan complementariamente su objeto principal, así pues un ejemplo de ello, podría ser la existencia de un desminado en determinado sector como objeto principal, pero el uso de aviones ilegales por parte de la compañía para delimitar el terreno en cuestión. En efecto, sin el uso de estas aeronaves sería difícil para la compañía cumplir eficientemente su objeto, así se puede predicar que muchas acciones complementarias a los diversísimos objetos de las ESP están en camino de actuaciones mercenarias o, propias de un conflicto, pese a su argumento de ser civiles.

En base a las acciones, tanto principales como accesorias, se determina entonces la calidad o la injerencia en el conflicto en cuestión, derivando esto en forjar los marcos jurídicos respectivos a la compañía en cuestión.

Como se enunció en la parte sustancial, las compañías de seguridad privada tienen toda la capacidad de actuar en contextos bélicos, tanto internos como externos, toda vez que esa es su naturaleza principal, no obstante misiones de apoyo o complementariedad en contextos de paz no le son, por su flexibilidad desconocidas tampoco.

En cierre, las compañías de seguridad privada, de acuerdo con las características del mercenario a nivel legal y doctrinal deben ser consideraras no como nuevos mercenarios,

sino como una derivación de la cadena del desarrollo de la figura misma. Debe hablarse, entonces quizás más que de mercenario propiamente dicho, de empresa mercenaria.

8.3. De las empresas de seguridad privada en Colombia.

Dos casos son importantes analizar, en el marco de la injerencia de las empresas de Seguridad privada en el contexto del conflicto en Colombia, el primero consiste en

La CMSP DynCorp quien en el marco del Plan Colombia es la encargada de realizar las aspersiones aéreas químicas sobre plantaciones de coca, entre 2000 y 2006 fueron fumigadas 866.840 hectáreas, con lo que se afectó a la población de cientos de municipios por año, incluso la ecuatoriana que habita en la frontera, miles de familias han sido lesionadas en sus derechos a la salud, al medio ambiente sano, a la alimentación, a no ser desplazados forzadamente, al acceso a la justicia y otros. (Cortes Franco, 2009, p.47).

Naturalmente, lo último que se puede cuestionar, es la eficiencia de estas compañías en el cumplimiento de su labor, pero de nuevo, choca con las consecuencias incidentales y morales que plantea sus actividades en detrimento de, en este caso, civiles inocentes, ajenos al conflicto en su justa medida.

La responsabilidad de asunto es de grande pensar, no solo, porque las compañías americanas, al contratarse mediando el departamento de Estado norteamericano, se invistieron de un fuero de responsabilidad en el marco de la Military Extraterritorial Jurisdiction Act, de 2000, sino porque, consecuencialmente, el gobierno y principalmente, las víctimas quedaron imposibilitados de herramientas legales en busca de las correspondientes indemnizaciones.

El segundo caso, de igual medida lo trae Cortes Franco, consiste en un ejemplo, de cómo las ESP, pueden llegar a quitar la vida a civiles, totalmente inocentes, y dado el limbo jurídico en el que se encuentran y por el miedo del gobierno colombiano a hacerles frente, salen completamente exonerados.

La CMSP *Airscan* contratada en 1997 por una empresa petrolera estadounidense, *Occidental Oil*, y por la empresa colombiana Ecopetrol para brindar seguridad en el oleoducto Caño Limón Coveñas en la región de Arauca. El contrato consistía en proveer vigilancia de alta tecnología para monitorear los movimientos de la guerrilla y que fuera útil para que los militares colombianos pudieran atacarla. El 13 de diciembre de 1998, hombres de la unidad de combate número 1 de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), también conocida como Palanquero bombardeó al pueblo de Santo Domingo ubicado a unos 50 kilómetros de las instalaciones del

Oleoducto, con el resultado de 17 civiles fallecidos, entre ellos 7 niños y otros 25 heridos, pero ningún guerrillero. Aunque se comprobó la responsabilidad de los pilotos estadounidenses éstos “se hallan libres de cargos en algún lugar del mundo, mientras [que] la tripulación del helicóptero militar colombiano [...] podría afrontar condenas de hasta 15 años de prisión.” (Cortes, 2009, p.48).

La responsabilidad, en este caso se podría pensar que es compartida por el Estado y por la ESP y no solo por aquella, dado a que en la justa medida, es bien sabido que la ESP estaba en juicioso cumplimiento de sus labores, fue el Estado, a través de sus pilotos, que independientemente de su nacionalidad, estaban directamente actuando con las fuerzas armadas, siendo de este modo, los directos responsables de las muertes. ¿Por qué ocurre esto?

Pues bien, lo primero que ha de verse es la responsabilidad del Estado, esta ocurre por un daño antijurídico, pues los pobladores de Santo Domingo no tenían el deber de soportar tal bombardeo, en realidad, nadie, ahora bien, la responsabilidad es imputable al Estado en la medida que fue la fuerza pública, quien efectuó el acto dañoso, en ese orden de ideas, la ESP queda exonerada, dado que, no tenía capacidad ni el poder de hecho para hacer el bombardeo, pues su función era la mera vigilancia.

Ahora bien, en el presente caso, se alega mucho que los pilotos estadounidenses, son responsables en la medida que son mercenarios, esta alegación no está llamada a prosperar dado que, como ha visto, el mercenario debe estar, totalmente desvinculado de las fuerza nacional, pese a que su vinculación puede ser gubernamental, como es el caso mismo de las

empresas de seguridad norteamericanas que entran a jugar su rol en Colombia, mediando una negociación directa con el Departamento de Estado.

Retomando el asunto de la responsabilidad de la ESP en el presente caso, esta no va más allá de suministrar vigilancia e información al gobierno para que tome las medidas pertinentes, en efecto, aconteció un error por parte de la compañía, al suministrar mal una información o errar en las coordenadas, sea como fuere, siguió siendo obligación del Estado, no solo corroborar la información dispensada, sino también puntualizarla y tomar las medidas pertinentes en razón al contexto; naturalmente, un pueblo, lleno de civiles, por lo menos, merece un examen más profundo antes de una orden de tal calibre. Como último argumento, no sobra decir, que los conceptos e informes provenientes por las compañías de seguridad, contratistas en Colombia, no son vinculantes para el poder central, que es su contratante, en principio.

En conclusión, estos ejemplos, ponen en contexto como las Empresas de Seguridad Privada (ESP) en Colombia han tenido una importantísima injerencia en el marco del conflicto actual, independientemente de su mera motivación monetaria, con todo no sobra decir que existen ciertas dificultades al mantenerlas aquí, Cortes Franco las enuncia así

Se pueden enumerar tres problemas principales con la presencia de las CMSP y sus contratistas en el territorio colombiano dada la manera en que estas actúan, amparadas en la legalidad de su presencia, en este sentido:

- **Inmunidad diplomática:** El brindar inmunidad deja incapacitada a la justicia colombiana, pero lo más preocupante es que tampoco se pueden pedir responsabilidades según el código penal civil o militar estadounidense ni por

las normas del derecho internacional como ya anteriormente se mostró, lo que brinda un escenario desolador para la aplicabilidad de justicia.

- **No hay control de mando como en los ejércitos regulares:** El problema, como lo dice un alto oficial de la policía es que “es gente muy difícil de manejar. La mayoría de ellos son altos consumidores de droga. Muchos se inyectan antes de volar. Varios oficiales han tenido enfrentamientos abiertos con esos pilotos porque no respetan la disciplina castrense en las bases militares.

- **Justicia Nula:** Como lo sugieren estos casos, el problema es que no exista un control real sobre estas CMSP por parte de la justicia, colombiana y estadounidense. Las CMSP benefician de una “zona gris” en el derecho tanto interno como internacional. El estatuto de los empleados de estas compañías no es claro frente al Derecho Internacional. De forma generalizada, los empleados de las CMSP que han estado involucrados en violaciones de derechos humanos y tráfico de drogas, han quedado libres de inquietudes. (Cortes, 2009, p.51).

En cuanto al acápite segundo, hace cierta remembranza a los conflictos acontecidos, en occidente en referencia a los militares extranjeros, con altas funciones en el ejército nacional; Bolívar, por ejemplo, sufrió de primera mano el asunto, cuando tuvo serios conflictos con sus oficiales en razón a la presencia y beneficios que tenían los extranjeros en el ejército, lo que, en efecto, casi siempre se solventa en favor de los aforados y no de los nacionales.

Los problemas en general de la actividad de estas compañías en Colombia, obedecen entonces a su responsabilidad penal, pero ni el gobierno ni las víctimas pueden tomar medida alguna, mientras se mantenga la ambivalencia de conceptos y marco jurídico internacional actual; no sobra recordar que Colombia vergonzosamente no ha aprobado ni ratificado la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989, careciendo aún más de instrumentos para juzgar las actividades de las empresas de seguridad privada, o desde ahora, empresas mercenarias. No obstante, no todo puede ser malo con estas compañías, su eficiencia en el conflicto armado se ha notado con creces, Cortes Franco, dice al respecto

Es evidente que las CMSP han realizado grandes contribuciones en lo que a inteligencia militar se refiere, por lo menos así lo demuestran varias operaciones militares basadas en un gran trabajo de inteligencia que lograron resultados consecuentes, tal es el caso del ataque que dio el ejército colombiano en contra del campamento donde presumidamente se encontraba el “Negro Acacio”, uno de los jefes de la guerrilla de la FARC, o el ataque contra “Martín Caballero” otro jefe de un frente de las FARC, en octubre de 2007, o la muerte de Raúl Reyes, miembro del secretariado de las FARC, el primero de marzo 2008, que significó el golpe militar más fuerte proporcionado a las FARC en la historia, o por último, la denominada operación Jaque, en la que se liberaron a Ingrid Betancourt, los tres contratistas estadounidenses y 11 militares y policías, en lo que se constituyó como la operación más exitosa en los últimos tiempos. (Cortes, 2009, p. 55).

El cuanto a la operación Jaque, fascinante en verdad, surge un aspecto curioso, un viejo fantasma hace su aparición, sin muchas pruebas que lo demuestren, la opinión pública y la misma guerrilla ha sostenido que dicha operación fue llevada a cabo o por lo menos

apoyada por mercenarios israelíes, Cortes Franco da apoyo al argumento en la medida a este curioso hecho acontecido un año antes de la susodicha operación:

(...) en abril de 2007, el Ministerio de Defensa colombiano contrató una CMSP israelí para “mejorar la inteligencia, y los procesos de comando y control.

Aunque es difícil saber cuál es el papel que ejercen exactamente, la cooperación parece ser exitosa, si tenemos en cuenta los resultados de las últimas operaciones militares basadas sobre un gran trabajo de inteligencia que han dado, quizá, los resultados más importantes en la historia colombiana. (Cortes, 2009, p. 40).

A continuación ha de procederse enunciando algunas de las empresas de Seguridad privada que se encuentran vinculadas en el conflicto colombiano, para ello Cortes Franco amablemente facilitó las siguientes

DynCorp que pone a disposición pilotos y de técnicos de mantenimiento a las brigadas antidrogas y a la Policía Nacional Colombia.

Lockheed Martin Integrated Systems, operación de un sistema de aeronaves para hacer frente al tráfico de drogas: apoyo de pilotos que sobrevuelan cultivos ilícitos y territorios bajo control de narcoterroristas.

Northrop – Grumman Mission Systems, apoyo logístico de aviones,

ARINC, Inc., Mantenimiento de sensores e ingeniería, entrenamiento de la PNC equipada de aviones C-26 y de equipo de vigilancia.

Oakley Networks, provisión de software de vigilancia por Internet y de hardware para asistencia a programas de monitoreo por Internet usados por la PNC.

Mantech, Vigilancia del Centro de coordinación de Operaciones Antidrogas en colaboración con el Elemento de Coordinación del Componente aéreo.

ITT, Operar y mantener el Sistema de Radares hemisféricos en Colombia.

ARINC, coordinación y apoyo de radares, comunicaciones y actividades de comando y control.

U.S. Naval Mission Bogota Riverine Plans Officer, Consejero y planeador de primer rango para los temas relacionados con el Programa Riverine Contra Narcoterrorismo.

Science Applications International Corporation, suministra intercambio de información de inteligencia entre el Centro de Fusión de Inteligencia de la Embajada de Estados Unidos y las FAC. (Cortes, 2009, p. 35-36).

Cortes Franco dice al respecto de todo esto y su control

Las CMSP son una rueda suelta, que ninguna entidad del Estado Controla, “ni la Aeronáutica Civil, ni el Ministerio de Defensa o la Policía Nacional reconocen tener conocimiento de cuántos contratistas extranjeros operan en el país, y menos saben de sus actividades”, por ejemplo, la NAS es la que decide qué aviones ingresan al país y cuáles salen a las bases aéreas de Estados Unidos para su revisión. Nadie sabe qué llevan esos aviones en su regreso a Estados Unidos porque son intocables. (Cortes, 2009, p.44).

Todo esto conlleva un problema para la seguridad nacional colombiana de inmensa gravedad, hasta que no se tomen las medidas legales y centrales pertinentes, Colombia estará abierta a la subordinación militar de los norteamericanos y demás potencias, en tanto no sea capaz de afrontar por ella misma, las necesidades de seguridad que la población colombiana requiere, generando por la impunidad que crea el desenvolvimiento de estas compañías en el pleno del conflicto , nuevas fuentes de insatisfacción que en el conflicto colombiano son el más poderoso insumo para el recrudecimiento de la guerra.

8.4. Caso: Yair kleim

El mercenario más famoso que ha habido en Colombia, fue un israelí, Yair Klein, quien acuerdo con Piccoli (2004) tiene unos humildes orígenes en una violenta Israel del siglo XX:

Cuando entro en el ejército, Klein era casi un adolescente. Una vez licenciado en 1978, con solo 36 años de edad, dirigió una estación gasolinera, y más tarde un restaurante, en las riberas del Jordán. Al producirse la invasión del Líbano por parte de Israel en 1982, Klein no supo resistir la llamada de las armas y acepto el mando de un destacamento de infantería. Un año más tarde trato de conciliar su vocación de soldado con los negocios, creando, como muchos otros oficiales, su propia compañía de seguridad, a la que denomino significativamente Hod Hahanit en hebreo, y Spearhead en inglés, o sea, punta de lanza. (Piccoli, 2004, p. 218).

Yair Klein se vinculó en el conflicto colombiano mediando un contrato, ora con los paramilitares ora con el ejército, con carácter oneroso, pues se le prometió una dadiva de más 800.000 dólares a cambio de adoctrinar personalmente a milicias campesinas, así

Rodríguez Gacha, apodado “el mexicano”, pagó gran parte de los ochocientos mil dólares estipulados por los cursos a cargo de Yair Klein y los instructores de la empresa Spearhead. Doto a sus alumnos de uniformes del ejército de Tel Aviv y de fusiles y ametralladoras Gali y Uzi con miras telescópicas. Hubo treinta sicarios diplomados, que terminaron su curso gritando muerte a los comunistas y a las FARC. Entre ellos el hijo de Gonzalo Rodríguez Gacha, Freddy, de diecisiete años. Escobar se encontraba más comprometido con su guerra contra el cartel de Cali, que también tenía sus sicarios e instructores extranjeros (Lutzky, 2012).

Ahora bien, Klein no estuvo bajo subordinación directa ni del Estado ni de los propios paramilitares, de modo que actuó con independencia y autonomía en el ejercicio de su enseñanza, trabajando al mismo nivel, en una mancomunidad.

Yair Klein, fue director de una compañía de seguridad privada, pero se inmiscuyó en su labor contractual directamente como persona natural. En cuanto a sus funciones a posteriori, de acuerdo con Calvo Ospina (2008) “La empresa de Klein, Spearhead, brindaba asesoría en materia de seguridad, entrenamiento de personal y de unidades de lucha antiterrorista.”.

En cuanto a su carácter de extranjero, tanto la persona jurídica como la persona natural que Yair Klein representaba tenían nacionalidad israelí; el lugar donde debía ejecutarse la actividad contractual, por el contrario era Colombia, una vez pisando suelo colombiano Klein se convirtió en extranjero.

Evidentemente, al ser extranjero, como se advirtió mas arriba, era falto no solo de conocimientos intrínsecos de la realidad social y cultural de Colombia, por lo que no podía haber mejor motivación para su intromisión en el contexto colombiano que un lucro mismo, que la guerra proporcionaba.

Ahora si bien Klein no tomo parte directa en las hostilidades, lo hizo de manera indirecta a través de su adoctrinamiento que sirvió como herramienta para que un actor claro y determinante en el conflicto colombiano tuviera una mayor preponderaría y fuerza de muerte, como son los paramilitares, de modo que desde esta vista, Klein se desempeñó en las hostilidades, pero la postura está abierta a discusión.

Naturalmente, el contrato de Klein se terminaría en la medida que concluyera una exitosa capacitación en artes bélicas a sus contratantes, de modo que la temporalidad está demostrada por este hecho, además de porque no existían otras razones para su permanencia en Colombia aparte de esta.

En cuanto a su vinculación, dada a la ambigüedad sobre la realidad de la misma, se adoptaron los dos criterios, tanto el gubernamental mientras haya sido el ejército quien lo trajo y lo contrató, como también los paramilitares, a la vista del criterio extra-gubernamental. Klein fue sin embargo, contratado en el extranjero, en su país natal, Israel, no en Colombia y siempre mediando su acuerdo, dado, en gran fundamento, a un juicio valor que haya realizado el sujeto, en vistas del contexto colombiano al cual desempeñarse. De modo que un reclutamiento forzoso es impensable.

En cuanto a esto, el mismo Klein dice en una entrevista

Comenzaba el año de 1988, cuatro meses después de mi primera visita a Colombia, y allí me encontraba de nuevo. El avión aterrizó en el aeropuerto Eldorado de Bogotá. Me recibió (Isaac) Shoshani (representante en Colombia de Taas, la industria militar israelí) con un hombre al que me presentó como Luis Meneses (alias Ariel Otero, teniente (r) del Ejército, segundo al mando de los paramilitares de Puerto Boyacá). Me explicó que era un oficial retirado del Ejército Nacional, que conocía a todo el mundo en la región y que sería mi guía en todo este proceso. (Semana, 2012).

Así mismo existe la mutua necesidad tanto de los paramilitares para proveerse de mejor conocimiento militar, así como táctico que se tradujera en una ventaja estratégica sobre sus contrincantes dados a falencias internas, como por parte de Klein quien requería del lucro, como forma de sustento y modo para llevar a cabo el objeto social de su compañía de seguridad.

Esta arista es en la que se apoya principalmente la sentencia que le condeno por terrorismo, en Colombia

Las pruebas recopiladas en el proceso demuestran que el señor Yair Klein estuvo en el país instruyendo al personal tanto de los paramilitares como de algunos traficantes de alucinógenos, en el manejo de armas y explosivos, lo mismo que en la ejecución de distintas operaciones bélicas. (Tribunal Superior del Distrito Judicial, Manizales, 2001).

No obstante, dado a que contratación fue tramitada por fuera del plano público y del conocimiento general, esto es una gran razón para pensar que el sujeto, evadía lo más posible la fama que representara su permanencia en Colombia y la ejecución del contrato en cuestión, dado a que, en gran medida, se estaba vinculando con poderes oscuros del contexto colombiano.

La tarea de Klein era adoctrinar y preparar a las unidades paramilitares en asuntos importantes del conflicto, como la táctica, creación de bombas, trampas, engaños, entre otras actividades dudosas. Por lo mismo, todo se compone de una serie de actos de aprendizaje que son ejecutados a través del tiempo dependiendo del sujeto mismo sobre quien recaiga la instrucción. Así las cosas por sustracción de materias, la actividad contractual de Klein fue eminentemente sucesiva y no de terminación inmediata.

Naturalmente, el coronel Klein, es un profesional de las armas al servicio del dinero, sus años en el ejército israelí, uno de los mejores del mundo, son óbice para que en el sujeto bajo examen se cimentaran las bases de una gran experiencia en el mundo de la guerra, no podía entonces haber mejor sujeto cualificado para la enseñanza militar que Klein.

Por último, las acciones conexas, como en este caso, la adecuación de instalaciones, insumo de armas y munición, uso de traductores, etc. son todas, tenidas con el fin de cumplir el objeto principal del contrato por el cual Klein esta en Colombia, es decir, el instruir paramilitares y agentes del narco. Así las cosas, todas estas acciones son de carácter conexo porque no solamente están íntimamente relacionadas con el mercenario mismo sino porque son un camino por el cual transita el objeto del contrato para llegar a su consecución final. No obstante, es obvia la realidad de que Klein no se desempeñó en un conflicto armado externo entre Colombia y otra nación, desestimando por lo mismo el criterio en cuestión. En ese orden de ideas, en Colombia se condena a Klein por terrorismo, bajo este marco

Además, considerando las circunstancias de clandestinidad, la irregularidad de los reclutamientos, el tipo de personas con las cuales estaba actuando, etc, mal podía suponer que se trataba de obrar al amparo de la ley y con individuos u organismos oficialmente habilitados.

Valga en este punto indicar que para la configuración del hecho punible no se exige el conocimiento de la norma, pues basta con que el agente capte los elementos del tipo objetivo, y la antijuridicidad o lesividad del comportamiento.

El delito que se imputa al señor Klein fue tipificado por el decreto 180 de 1988, que empezó a regir el 17 de enero de 1988, cuando fue publicado en el diario oficial.

(Tribunal de Distrito Judicial, 2001).

Como cierre, haciendo una juiciosa ponderación y examinado a profundidad las características propias del caso Klein, es natural reconocer la existencia de un mercenario en su figura, toda vez que el sujeto en cuestión, advoca todos los requisitos esenciales del mercenariado bajo sí, además de que los criterios naturales ayudan y están en coherencia con la realidad fáctica del sujeto apoyando a su mismo, los elementos esenciales. Lo mismo ocurre con los elementos circunstanciales y el contexto, que solo dan fuerza al carácter mercenario del sujeto en cuestión.

9. CONCLUSIONES.

Luego de evidenciar la realidad histórica de los mercenarios, fue posible desarrollar un conjunto de características elementales que configuran un marco de referencia para la sustentación de la existencia real de la figura, así mismo, la reflexión acerca de los instrumentos reguladores en materia internacional del mercenario, da en conjunto una aproximación a un verdadero y universal concepto de mercenario.

En este sentido de las cosas, adaptar la concepción de mercenario germinada a partir de las reflexiones de este texto sobre algunos de los principales sujetos inmiscuidos en el conflicto colombiano, comparando sus cualidades históricas junto con sus elementos fundamentales de confrontación con la definición, historia y características del mercenario, permite de una manera objetiva calificarlos como parte o no de la institución mercenaria.

Los mercenarios no son un nuevo actor de las guerras, pero debido a las regulaciones en su contra y a la mala línea de desarrollo de su actividad en tiempos recientes, poco a poco es

menos aceptada en el paradigma mundial, sin embargo, a través del criterio de flexibilidad que carga dentro de su génesis, el mercenario es capaz de diversificarse y mutar en diversísimas formas adecuándose por eso a diferentes contextos y tiempos.

Es de tener esto claro, pues las empresas de seguridad privada son una forma actual, real y palpable de mutación del mercenario histórico estándar debido a que en su intrínseca configuración comparte la esencia del mercenario.

Este fenómeno, relativamente reciente, ha agravado los vacíos legales en torno a los mercenarios, demostrando así, lo insuficiente que con el tiempo se ha tornado la legislación internacional al respecto.

Así pues, dentro del fenómeno en desarrollo de la tercerización de las funciones del Estado, este panorama no puede ser más sombrío, toda vez, que la población civil y todas las actividades coercitivas del Estado ya no responderán a una línea coherente de legitimidad política sino por el contrario, a una línea de suministro económico, donde quien sea más solvente garantizara la continuidad del orden y de las libertades.

Colombia, en medio de su largo conflicto, poco a poco se ha visto permeada por estas nuevas realidades geopolíticas y geoestratégicas, pagando muchas veces amplias consecuencias por su inobservancia de los acuerdos internacionales y doctrina internacional

al respecto. Así, no solo al permitir sino al fomentar, el gobierno colombiano y los demás sujetos relevantes dentro del conflicto, las relaciones con empresas de seguridad privada, directamente se promueven y se concretan relaciones con mercenarios, determinando entonces, la actual, real y directa existencia de mercenarios en Colombia a través de las compañías de seguridad privada y de sus diferentes gestores a través de todo el escenario de conflicto.

Es por esto, que el presente estudio, coloca en evidencia la amplia necesidad del gobierno colombiano de regular y adecuarse a las prerrogativas supranacionales en torno al tema del mercenariado. Al hacer esto coadyuva en la intención de toda la comunidad internacional en erradicar este fenómeno tan dañino, toda vez, que mientras no se haga, el conflicto que por hoy se vive en el campo y las ciudades colombianas, permanecen como el caldo de cultivo perfecto para la perpetuación de esta figura y de toda la impunidad y ambigüedad que como fantasma legal, trae consigo.

10. Referencias Bibliográficas.

- Abrisketa, J. (2007) Blackwater: Los Mercenarios y el Derecho Internacional. Recuperado en Agosto de 2014 de <http://www.fride.org/publicacion/254/blackwater:-los-mercenarios-y-el-derecho-internacional>
- Andrade, E. (2002).El Narcotráfico y la Descomposición Social. El caso Colombia. México. Editorial Plaza y Valdez, S.A.
- Ariel Vigo, J. (2005) El Estado Mayor, la asistencia al comandante desde Egipto hasta Prusia, Ed. Folgore, Buenos Aires, Argentina.
- Benavides de Pérez, A. (2010) Mercenarios, mercenarismo y privatización de la seguridad en América latina. En Perret, A. (Ed.), Mercenarios y Compañías militares y de Seguridad Privadas: dinámicas y retos para América latina. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bondia & Muñoz (2009) Víctimas Invisibles, Conflicto armado y resistencia civil en Colombia, Ed. Huygens, Barcelona, España.
- Cepeda, I. & Giraldo, J. (2012) Víctor Carranza alias “el patrón”. Editorial Debate, Bogotá, Colombia.
- Chabaud, F. (1998) Los Mercenarios ante el Derecho Internacional, revista mexicana de Política Exterior. México, Nueva Época, No. 53.

- CICR. (1989) Convención Internacional Contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenario.
- CICR. (1989) Informe de la situación de los Derechos Humanos en Colombia 2008 - 2013.
- Clausewitz, C. (2005). De la Guerra. Madrid, España: Editorial La esfera de los libros.
- Clavo, H. (2008) Colombia laboratorio de embrujos, democracia y terrorismo. Editor Corfas. S.A. Madrid España.
- Código Civil Colombiano. (2011) Libro Cuarto, De las Obligaciones en General y de los Contratos. (pp.375) Temis, Bogotá.
- Código Sustantivo del Trabajo. (2012) Primera Parte, Contrato Individual de Trabajo. (pp. 6) Legis, Bogotá.
- Corte Constitucional (16 de mayo de 2012) D-9795. MP. Luis Ernesto Vargas Restrepo. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-364-12.html
- Del Prado, J. (2006) Los Nuevos Mercenarios del Siglo XXI. Recuperado en Agosto de 2014 de <http://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Paz/Seguridad%20internacional>
- Fallah, K. (2006) Corporate Actors the Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict. International Review of the Red Cross. Recuperado en Agosto de 2014 de <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-863-p599.html>
- Ferro J. & Uribe G. (2002) El Orden de la Guerra. Las FARC-EP: entre la organización y la política. Bogotá, Colombia; Editorial Centro editorial Javeriano.

- Flores, A. (2000) Las Fuerzas Mercenarias en las Luchas de Independencia del Siglo XIX, Recuperado en Agosto de 2014 de <http://www.worldcat.org/identities/lccn-no2003009734/>
- HRW. (2010) Herederos de los Paramilitares. La Nueva Cara de la violencia en Colombia. Recuperado en Agosto de 2014 de http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/colombia0210spwebwcover_0.pdf
- Human Rights Watch (2010) Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. Compendio Temático sobre Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Ed. Universidad Iberoamericana, A.C, Ciudad de México, México.
- ICRC. (2013). El derecho Internacional Humanitario y las empresas de seguridad privadas. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/pmsc-faq-150908.htm>
- Larousse. (2015) diccionario Larousse. Visto en www.larousse.fr/encyclopedie/nom-commun-nom/mercenaire/69404
- Lutzky. H. (2012) Brindando sobre los Escombros. Ed. suramericana. Buenos Aires, Argentina
- Mereminskaya, E. (2005) Nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional. Valdivia, 18(1). Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100006
- Mónica Pamela Cortés Franco (2009) Las Compañías Militares y de Seguridad en Colombia, Analisis desde la Implementación del "Plan Colombia" a Nuestros días,

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

- Núñez Villaverde J. (2007) Privatización e Internacionalización del Uso de la Fuerza: Los Mercenarios como Laca en el marco de la seguridad del Siglo XXI, Recuperado de http://www.iecah.org/web/images/stories/articulos/Mercenarios_U_Barcelona_Jesus_Nuez_Dic08.pdf
- Núñez, R.(2012) América Latina Contra el Mercenarismo, Contribuciones a las Ciencias Sociales, Recuperado en Agosto de 2014 <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/nptl.html>
- ONU (1949) III Convenio de Ginebra sobre la Protección de los Prisioneros de Guerra Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>
- ONU (1977) Protocolo I del Convenio de Ginebra Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>
- ONU (1989) Convención Internacional Contra El Reclutamiento, La Utilización, La Financiación Y El Entrenamiento De Mercenarios Recuperado de <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaries-5tdmhy.html>
- ONU (2002) Repercusiones de las Actividades de los Mercenarios sobre el Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación. (28) Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet28sp.pdf>
- ONU. (2007) Informe del Grupo de Trabajo sobre Utilización de Mercenarios como medio de Violar los Derechos Humanos y Obstaculizar el ejercicio de los

- pueblos a la Libre Determinación.
- Özden, M. (2010) Mercenarios, Mercenariado y Derechos Humanos Recuperado en Agosto de 2014 de http://cetim.ch/es/publications_cahiers.php
 - Piccoli, G. (2004) El sistema del pájaro, Colombia laboratorio de barbarie (José María Pérez, trad.).Tafalla: Txalaparta (obra original publicada en 2003).
 - Pizarro, E. (2004) Una democracia Asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia. Ed. Norma. Bogotá, Colombia.
 - Real Academia Española. (2015) Diccionario de la lengua española. Visto en: www.rae.es/rae.html
 - Redacción Jurídica (18 de Noviembre de 2012) La historia inconclusa de Yair Klein. El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12386125>
 - Restrepo, J, & Franco, V. (2007). Dinámica Reciente de Reorganización Paramilitar en Colombia. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular.
 - Rodríguez, E. (2007) Los Estudios sobre el Paramilitarismo en Colombia, Análisis Político. Recuperado en Agosto de 2014 de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000200006
 - Semana (30 de Enero de 2005) Las cuentas de las FARC. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-cuentas-farc/70582-3>
 - Semana (18 de Marzo de 2012) Yair Klein cuenta su historia. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/yair-klein-cuenta-su-historia/255142-3>
 - Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal. (Junio 22 de 2001) Sentencia 1999-0076-01. MP Dr. Uriel Franco Giraldo. Recuperado de <file:///C:/Users/Casa/Downloads/sentencia%20segunda%20instancia%20yair%20klein%20tribunal%20de%20manizalez.pdf>

- Trejos, L. (2011) Colombia y los Estados Unidos en los inicios de la Guerra Fría (1950-1966) "Raíces históricas del conflicto armado colombiano. Memorias, No.15(12), Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-88862011000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- UNAE. (2015) Diccionario Jurídico Elemental. Visto en <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>
- Villamarín L. (2014). El ELN por dentro, historia de la cuadrilla Carlos Alirio Buitrago. Bogotá, Ed. Luis Alberto Villamarín Pulido.
- Villaverde, J. (2007) Privatización e Internacionalización del Uso de la Fuerza: Los Mercenarios como Lacra en el marco de la seguridad del Siglo XXI. Recuperado en Agosto de 2014 de http://www.iecah.org/web/images/stories/articulos/Mercenarios_U_Barcelona_Jesus_Nuez_Dic08.pdf
- Will. E, Mosse C, & Goukowsky, P. (1998) El Mundo Griego y El Oriente, Tomo II El Siglo Y La Época Helenística, Ed. Akal S.A. 1998, Madrid, España.