

## INTRODUCCIÓN

*War is a part of God's creation*  
Helmuth von Moltke, General alemán 1848-1916<sup>1</sup>

Todo trabajo de investigación se efectúa en función de una serie de factores que actúan como motivadores y/o limitadores del mismo, siendo unos de carácter personal y otros concomitantes al tema de investigación elegido. En primer lugar, está el ámbito de preparación académica del sujeto que lo ha de llevar a cabo. En el caso concreto, soy licenciado en Derecho, lo cual condiciona decisivamente a la hora de escoger el ámbito respecto al cual desarrollar la investigación. Esta aseveración es indudable pues es necesario poseer una amplia y sólida base de conocimientos sobre el tema respecto del cual se pretende llevar a cabo la investigación, ya que, en caso contrario, será imposible añadir algo nuevo si ni siquiera se conoce realmente el estado de la cuestión.

Pero también es determinante el ámbito de interés del sujeto que ha de llevar a cabo el trabajo. Además, soy militar, lo cual supone un plus de cualificación y motivación para la comprensión de una figura que, sin tener dicha naturaleza, realiza actividades tradicionalmente asociadas en

---

<sup>1</sup> Von Moltke junto con Clausewitz pueden ser citados como ejemplos de aquellos que han rechazado la relevancia del Derecho en la guerra. Vide Kennedy, D., *Of War and Law*, 1954. Otro caso remarcable sería el del General Sherman. En palabras de su Ayudante de Campo “la única manera posible de poner fin a este conflicto de pesadilla...es hacerlo terrible más allá de toda capacidad de aguante” Maguire, P., *Law and War: an American Story*, 2000 (citando a Fuller, J.F.C., *The Conduct of War 1789-1961*, 1961, pág. 109). El propio General Sherman afirmó que “la guerra es crueldad y no se puede refinar”, Id. describiendo la marcha del General Sherman sobre Atlanta, el historiador J.F.C. Fuller afirmó que “nada como esta marcha había sido visto en occidente desde los saqueos de Tilly y Wallenstien en la Guerra de los Treinta Años...el terror era el factor básico en la política de Sherman como él abiertamente afirmaba”, Id. pág. 39 (citando a Fuller, J.F.C. *Decisive Battles of the U.S.A.*, 1993, Yoseloff, 1942.págs. 305 a 308).

exclusiva a los miembros de las Fuerzas Armadas. Así pues, es lógica la elección de un tema de gran importancia desde el punto de vista militar, que se incardina dentro de una Ciencia Social como es el Derecho, y, dentro del mismo, en la disciplina de Derecho Internacional Público, especialidad Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, la elección de la temática efectuada determina a su vez el tipo de metodología a usar en la investigación. La misma será básicamente la tradicional y lógica dentro del ámbito investigador legal, esto es, la investigación bibliográfica, consistente en la búsqueda, recopilación, organización, valoración, crítica e información de datos bibliográficos. La mayoría de los datos a obtener no van a ser de carácter primario, es decir, obtenidos directamente a partir de la realidad misma sin sufrir ningún proceso de elaboración previa. Los datos secundarios, los principales en el presente trabajo de investigación, son obtenidos por otros y nos llegan elaborados y procesados de acuerdo a los fines de quienes inicialmente los manejaron. Estos datos han sido ya recolectados en otras investigaciones y son conocidos, básicamente, mediante los documentos escritos correspondientes: libros, revistas, monografías...

También resultará imprescindible valorar las normas internacionales e internas existentes sobre la materia objeto de estudio, así como los informes de las organizaciones internacionales que han tratado el tema con la finalidad de provocar y facilitar el avance normativo. Junto a ello, también se analizará la normativa y práctica internacional

desarrollada sobre el tema estudiado, acudiendo a la jurisprudencia existente sobre los distintos aspectos del problema tratado<sup>2</sup>.

La Tesis se centra en el análisis de la figura de la Empresa Militar y de Seguridad Privada (EMSP) como una evolución del mercenario clásico<sup>3</sup>, uno de los actores de los conflictos armados actuales que ha sufrido una mayor transformación histórica en su configuración y regulación por el Derecho Internacional relativo a los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario<sup>4</sup>. La existencia y funciones crecientes de este nuevo actor han dejado, en parte, obsoleto este cuerpo normativo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Con este diseño se obtiene la ventaja de poder cubrir un amplio espectro al no tener que basarme exclusivamente en los hechos a los cuales se ha tenido acceso de forma primaria (por ejemplo, en virtud de mi experiencia como Oficial del Ejército del Aire), sino que se abarca una experiencia inmensamente más rica en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, desde el punto de vista metodológico, para la realización de esta Tesis se han llevado a cabo los pasos establecidos para el desarrollo de una investigación.

<sup>3</sup> Siendo tal como se afirma una evolución de la figura del mercenario clásico, es por otra parte, fundamentalmente diferente, constituyendo el factor analítico crítico su forma de corporación comercial moderna. Este nuevo actor ha complicado notablemente la regulación legal del conflicto armado. *Vide* Singer, P.W., *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, pág. 8 y ss.

<sup>4</sup> El origen de este término es relativamente reciente y no está contenido en las Convenciones de Ginebra de 1949; sin embargo, es usado frecuentemente en relación con estas Convenciones y sus Protocolos Adicionales de 1977. *Vide* Greenwood, C.J., *Historical Development and Legal Basis*, en *The Handbook of International Humanitarian Law*, Dieter Fleck ed., 2ª ed. 2008, págs. 1-15. "Derecho Internacional Humanitario comprende todas aquellas normas de Derecho Internacional que están diseñadas para regular el tratamiento de los individuos (civiles o militares, heridos o en activo) en los conflictos armados internacionales. *Id.* pág 11. Forma parte, por tanto, del denominado *Ius in Bello*, e intenta mantener el difícil equilibrio entre necesidad militar y humanidad. Ya la Declaración de San Petersburgo planteó nítidamente la difícil ecuación entre los límites técnicos a los que la necesidad bélica debe ceder y los requisitos de humanidad. *Vide* Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2004, pág.17. Este autor explica que si la necesidad militar prevaleciera absolutamente, no se habría establecido limitación alguna a la libertad de acción de los Estados beligerantes: *à la guerre comme à la guerre*. A la inversa, si el humanitarismo benevolente fuese el único faro que guiase el camino a las Fuerzas Armadas, la guerra no habría causado derramamiento de sangre, ni destrucción ni sufrimiento humano; en resumen la guerra no habría sido guerra. Dinstein concluye afirmando que el Derecho Humanitario toma esencialmente el camino del medio.

<sup>5</sup> El *Proyecto de una Declaración Internacional relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra*, acordado por Alejandro II de Rusia, estableció las definiciones iniciales que

La Empresa Militar y de Seguridad Privada es un tipo diferente de actor en los conflictos armados<sup>6</sup>. La misma terminología usada es objeto de disenso entre los Estados y también entre las propias empresas del sector y el ámbito académico. El término “Empresas Militares y de Seguridad Privadas” es la seguida en el *Documento de Montreux*<sup>7</sup>, pero no en el *Código Internacional de Conducta*<sup>8</sup>, donde se suprime el adjetivo “militares” para referirse solo a “Empresas de Seguridad”. La expresión “Empresas Militares” es en sí misma una contradicción desde una perspectiva clásica del concepto de Ejército y de su función en el marco del Estado y su soberanía. Sin embargo, si no se incluyese dicho adjetivo, la realidad de las empresas del sector quedaría desdibujada<sup>9</sup>. La forma corporativa de las EMSP y las avanzadas capacidades independientes que implica dicha forma, no solo las distingue de los mercenarios del pasado sino que también pueden crear retos adicionales para el sistema internacional<sup>10</sup>. La provisión privada de seguridad y de servicios militares pone en jaque las asunciones convencionales sobre las funciones del

---

formarían la base de las *Convenciones de La Haya* de 1899 y 1907. Vide Green, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2ª ed. Melland Schill Studies Intl. Law, Manchester, 2000, págs. 106-7. Las *Convenciones de Ginebra* adoptaron estas definiciones básicamente sin alteración.

<sup>6</sup> El Ejército de los Estados Unidos define a los contratistas como “personas o empresas...que proveen productos o servicios a cambio de una compensación económica”. U.S. Dep’t of the Army, Army Field Manual nº 3-100.21, Contractors on the Battlefield, pár.1-6, 2003, disponible en [www.osc.army.mil/gc/files/fm3\\_100x21.pdf](http://www.osc.army.mil/gc/files/fm3_100x21.pdf).

<sup>77</sup> *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, se terminó en septiembre de 2008 y ha sido ratificado por 36 Estados, A/63/467- S/2008/636.

<sup>8</sup> *Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada*, de 09 de noviembre de 2010.

<sup>9</sup> Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Fundación privada Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2011, pág. 105.

<sup>10</sup> Gaston, E.L., Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement”, *Harvard International Law Journal (HILJ)*, vol. 49, 2008, pág. 228.

Estado Nación como el protagonista principal en los asuntos militares y como el garante de la seguridad física de sus ciudadanos. En ausencia de estructuras legales o reguladoras efectivas, tales actividades plantean temas de legalidad, legitimidad y responsabilidad en la esfera de la política de seguridad. Este actor tiene el potencial de alterar drásticamente el resultado en el campo de batalla pues su forma y organización corporativa permite la acumulación de recursos para la conducción de las operaciones bélicas mucho más allá de lo que podían hacerlo los mercenarios individuales.

Las clasificaciones de los combatientes concebidas hace más de un siglo pueden ser inadecuadas para regular el fenómeno emergente de contratistas fuertemente armados que participan en el uso de la fuerza armada en nombre de corporaciones consentidas, si no directamente contratadas, por los Estados<sup>11</sup>. La estructura binaria del Derecho Internacional Humanitario no es capaz de encajar convenientemente los actores modernos de los conflictos armados situados entre el combatiente y el civil<sup>12</sup>. Las normas que definen los estatutos y obligaciones de civiles y combatientes fueron formuladas con los individuos en mente porque éstos han sido históricamente los únicos participantes en la guerra: los soldados conducen la guerra y los civiles sufren sus efectos.

---

<sup>11</sup> Morgan, R., "Professional Military Firms under International Law", 9 *Chi. J. Int'l.* 213, 2008, pág. 237.

<sup>12</sup> En este sentido, Mandernach propone una clasificación en seis categorías para abarcar los modernos actores de los conflictos armados, con tres diferentes niveles de protección en función de la categoría: la protección del prisionero de guerra; las del artículo 75 del *Protocolo Adicional I*, de menos intensidad; y las protecciones del artículo 3 Común, también de menor intensidad. Vide Mandernach, C.J., "Warriors without Law: Embracing a Spectrum of Status for Military Actors", 7 *Appalachian Journal of Law* 137, 2007-2008, págs. 167 y ss.

Consecuentemente, las *Convenciones de Ginebra* no estaban pensadas para las corporaciones ni para otras entidades legales<sup>13</sup>. Las complejas estructuras corporativas que existen en la industria pueden inhibir la creación de parámetros normativos aplicables universalmente. Ello retrasa una regulación eficiente pues debe tratar varios tipos de servicios así como varias organizaciones de las personas legales que imparten dichos servicios<sup>14</sup>.

Bajo el Derecho existente, la guerra es competencia exclusiva de los Estados que conducen la guerra a través de individuos que forman sus Fuerzas Armadas<sup>15</sup>. Este Derecho no puede permitirse la imprecisión pues sirve para tres propósitos: primero, un propósito de protección, asegurando un trato humano para aquellos involucrados o no en las hostilidades; segundo, un propósito de orientación, asegurando que solo aquellos involucrados directamente en las hostilidades son objeto de ataque; y tercero, un propósito de aseguramiento de la responsabilidad, estableciendo un proceso adecuado para la determinación *ex post* de la misma respecto de los diversos actores de los conflictos armados<sup>16</sup>. Esto

---

<sup>13</sup> 2003-2004 Survey of International Law in the Second Circuit, 31 *Syracuse J. Int'l & Com.* 327, págs. 335-336, 2004. Como se estudiará a lo largo de la presente tesis, lo dicho no es solo aplicable a las *Convenciones de Ginebra*, sino también a los *Protocolos Adicionales* de 1977 y a las Convenciones sobre el tema de los mercenarios de la OUA (actual UA) y la ONU.

<sup>14</sup> Brown, S., "Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, págs. 44-72. [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

<sup>15</sup> En el mundo moderno, las Fuerzas Armadas están compuestas de individuos que más o menos libremente ha escogido alistarse. Una vez que un civil se enrola en las Fuerzas Armadas, cesa de ser civil. *Vide* Lewis, A.R., conscription, the Republic, and America's Future, 89 *Mil. Rev.* 15, 2009, págs. 15-24,

<sup>16</sup> Mandernach, C.J., "Warriors without Law: Embracing a Spectrum of Status for Military Actors *op. cit.*, pág. 138.

obliga a revisar la legislación internacional existente y explorar cuáles son las posibles opciones entre su ilegalización y la regulación<sup>17</sup>.

Se asume ya inicialmente que con los cambios y actualizaciones a que se hará referencia, el Derecho Internacional Humanitario es el cuerpo normativo más apropiado para la regulación de este tema, pues la misma existencia de la industria militar y de seguridad privada está inextricablemente unida con la existencia de la amenaza y uso de la fuerza militar, en otras palabras, la existencia de la guerra. Este Derecho permanece como uno de los cuerpos de Derecho Internacional más sistematizados y cristalizados, y la identificación del estatuto legal exacto bajo el mismo de todos los actores de los conflictos armados es un paso esencial para la comprensión y regulación de sus futuras funciones.

La figura de la empresa militar y de seguridad privada (EMSP) está de plena actualidad, habiéndose generado un apasionado debate al respecto<sup>18</sup>. Las posturas predominantes son radicalmente contrarias a la propia figura del mercenario *per se*<sup>19</sup>. Por ende, se tiende a equiparar a

---

<sup>17</sup> “No hay mayor posibilidad de reglas permanentes que la que hay de circunstancias permanentes”. *Vide* Comentarios sobre los *Protocolos Adicionales* de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949, Yves Sandoz et al., eds. Martinus Nijhoff Publishers 1987, pág. 385, 1376.

<sup>18</sup> No existe una noción legal de EMSP dada la ausencia de categoría específicamente descrita como tal en los instrumentos jurídicos vigentes. Lo cierto es que los tratados internacionales relativos a materias conexas con el Derecho de los Conflictos Armados, a la tipificación de conductas internacionalmente punibles o a la limitación de armamentos, no contemplan esta terminología ni abordan frontalmente su realidad. Por otra parte, el término EMSP no es pacífico en la doctrina tal como se verá a lo largo de esta Tesis. Precisamente esta falta de definición consensuada ha obstaculizado tanto el análisis de la ampliación del alcance de la privatización o externalización de la seguridad como el desarrollo de nuevas estructuras legales internacionales.

<sup>19</sup> *Vide* Salzman, Z., “Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation”, 874-891, 40 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 853, 2008, argumentando que los contratistas deberían ser vistos a menudo como mercenarios. Muchos autores sostienen que son una figura nueva. *Vide* Singer, P.W., “War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military firms and International Law”, 42 *Colum. J. Transnat’l L.*, 2004, págs. 521, 525-6.

estas empresas con dicha figura, sin explorar otras vías que pudieran permitir la regulación adecuada de una figura cuya participación, guste o no, es creciente en los conflictos armados actuales<sup>20</sup>. Los mercenarios tradicionales eran más o menos unos grupos *ad hoc* de antiguos soldados que proveían experiencia, liderazgo, armas ligeras y poco más. Su organización era tan efímera como las causas por las que luchaban<sup>21</sup>. Pero la nueva figura objeto de esta Tesis es ante todo y sobre todo una empresa con una naturaleza comercial, con un equipo directivo esencial de carácter permanente, con política de marketing y que enfatiza en sus operaciones la eficiencia y el conocimiento especializado<sup>22</sup>. A diferencia de los “viejos” mercenarios, estas empresas no se limitan a la seguridad, fuerzas ligeras y capacidades de infantería básica, sino que prestan

---

<sup>20</sup> España no queda al margen de este tema pues, por una parte, tiene tropas en algunos de los países que tienen la cualidad de Estados territoriales (Estados en los que operan empresas militares y de seguridad privada) con los posibles conflictos que dicha coincidencia puede suscitar), y, por otro lado, es también sede y usuaria de los servicios de algunas de estas empresas, por lo que está directamente implicada respecto a la necesidad de un adecuado control de las mismas. Aunque el Ejército español solo subcontrata servicios logísticos y de consultoría, que en ningún caso representan una privatización del uso de la fuerza armada, pesqueros españoles están incorporando servicios de seguridad privada para sus viajes a Somalia para contar con seguridad propia ante posibles abordajes piratas, al no poder la intervención naval militar desarrollada en el seno de la denominada *Operación Atalanta*, garantizar un pleno nivel de seguridad. Tras algunas dudas, el Ministerio del Interior (que no Exteriores o Defensa, dato significativo) autorizó el uso de seguridad privada en esos buques. Dicho servicio se está llevando a cabo por una empresa del Grupo *Eulen Seguridad* que ha ampliado su línea de negocio en esta dirección. La cobertura legal viene dada por el artículo 14 de la Ley de Seguridad Privada y artículo 81 del Reglamento de Seguridad Privada que tratan los servicios con armas de empresas de seguridad según redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como *Ley ómnibus*, y también por lo establecido en el Real Decreto 1628/2009, según los cuales se podrá autorizar el servicio con armas de fuego, que en ocasiones pueden ser incluso de guerra, en buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos. De todas formas, el R.D. 1628/2009 reafirma que la regulación se inscribe en el núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución, es decir, se incide en su carácter complementario.

<sup>21</sup> Para una categorización de los distintos tipos de “soldados de fortuna”, *vide* Isenberg, D., *Soldiers of Fortune Ltd.: A Profile of Today's Private Sector Corporate Mercenary Firms*, Center for Defense Information, 1997.

<sup>22</sup> Adams, T., “Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century”, *Small Wars & Insurgencies*, 13, nº 2, 2002, pág. 56.



servicios altamente especializados que van desde pilotos a la consultoría estratégica, pasando por el entrenamiento de tropas o el control de comunicaciones.

La tesis mayoritaria, sobre todo entre los grupos de Derechos Humanos, es que las compañías militares y de seguridad privada son los mercenarios del siglo XXI que proveen rápidas soluciones a los problemas sociales y políticos en los conflictos armados contemporáneos<sup>23</sup>. Aquellos contrarios a su legalización, orientan su argumentación básicamente desde el punto de vista de las relaciones internacionales, centrándose en los peligros respecto de la soberanía estatal y el monopolio estatal del uso legítimo de la violencia<sup>24</sup>. Cuestionan que actores no estatales puedan utilizar la fuerza armada, alegando que su uso legítimo solo debe corresponder a los Estados en beneficio del interés público, debiendo mantener su función como

---

<sup>23</sup> Hasta la sustitución del antiguo Relator Especial sobre mercenarios por un Grupo de Trabajo, la posición de Naciones Unidas era la de que estas empresas no eran en realidad más que unas bandas de mercenarios criminales. Vide v.g. UN Doc. E/CN.4/1997/24 (20 de febrero 1997) párrafos 92-111. Con carácter previo a la creación de un Grupo de trabajo, la señora Shaista Shameem fue nombrada Relator Especial sobre mercenarios en sustitución de Enrique Ballesteros. En su Informe a la *Comisión de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas afirmó que exploraría “si la licencia y regulación de las compañías privadas de seguridad legítimas a través de legislación nacional potente o un mecanismo de registro internacional podrían servir para identificar líneas claras de responsabilidad para compañías de buena fe”. U.N Econ. & Soc. Council (ECOSOC), Comisión de Derechos Humanos, *El Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación y su Aplicación a los Pueblos Bajo dominio Colonial o Extranjera u Ocupación extranjera: Uso de Mercenarios como Medio de Violar los Derechos Humanos e Impedir el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación*, 2, U.N. Doc. E/ECN.4/2005/14, 08 de diciembre de 2004. Vide Musah, A.F., y Fayemi, J. (eds.), “Mercenaries”, Pluto Press, Londres, 2000, pág. 14.

<sup>24</sup> Avant, D., *The Market for Force: The consequences of Privatizing Security*, Cambridge University Press, 2005, págs. 3-4.

proveedores exclusivos de los servicios de seguridad militar y conservando el monopolio en el uso legítimo de la fuerza<sup>25</sup>.

Se alega que la proliferación y rápido crecimiento de estas firmas sugieren que los Estados nacionales pueden estar perdiendo su monopolio sobre los medios militares. La descentralización de la seguridad internacional no solo pone en peligro el tradicional modelo en vigor desde la *Paz de Westphalia* de 1648, basado en la igualdad soberana de los Estados, sino que también acentúa la inadecuación del Derecho Internacional para exigir responsabilidades a los actores privados<sup>26</sup>. En este período el orden internacional se ha sostenido sobre la base de un sistema de principios, normas e instituciones concentradas en la unidad Estado como el único actor capaz de asegurar su permanencia, así como el único capaz de reaccionar frente a las amenazas que la pudieran acechar<sup>27</sup>. Todo esto se ha relativizado en la actualidad, constituyendo las empresas militares y de seguridad privadas una consecuencia más de la globalización y el pensamiento neoliberal<sup>28</sup>. Pero con esta argumentación, que es absolutamente legítima, no

---

<sup>25</sup> Dicho monopolio de la fuerza nunca ha sido absoluto. Vide Zárate, J.C., "The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder", *34 Stanford J. Int'l L.* 75, 1998, pág. 82.

<sup>26</sup> El modelo existente desde Westphalia de control estatal del conflicto armado representa la "Trinidad de la guerra", un principio según el cual el Gobierno dirige la guerra, un Ejército controlado por el Estado combate la guerra, y el Pueblo la sufre. Van Creveld, M., *The transformation of War*, The Free Press, Nueva York, 1991, págs. 38-42.

<sup>27</sup> García, C., "El orden internacional amenazado. Retos y oportunidades para fortalecer la seguridad en la sociedad internacional contemporánea", en García, C., y Rodrigo, A., (Dir.). *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*. Editorial Tecnos, Madrid, 2008, págs. 41-43.

<sup>28</sup> Con la expansión de la privatización, el universo de las actividades gubernamentales visto como irremediablemente público, y, por tanto, indefectiblemente inapropiado para la privatización, ha disminuido drásticamente. La "revolución privatizadora" legitimizó la externalización de las funciones militares y de seguridad que previamente habían sido áreas intocables del Estado. Vide Singer, P.W. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, op. cit., págs. 66-70.

hacemos desaparecer estas empresas ya que sus clientes están ahí, siendo éstos los propios Estados, grupos rebeldes, otras empresas e incluso cada vez más, las agencias humanitarias y las propias Naciones Unidas<sup>29</sup>.

Los Estados no equiparan a las EMSP con los mercenarios por varias razones. En primer lugar, la definición de mercenario está dirigida a la identificación y disuasión de los actores individuales. La reconfiguración corporativa es la razón principal por la que los Estados no son capaces o deseosos de hacer comparaciones directas entre el tradicional mercenario individual y las nuevas EMSP corporativas. En segundo lugar, el sello distintivo de un mercenario, el combate por dinero, no es la característica de la mayoría de las EMSP. Solo un pequeño número de las mismas provee servicios de combate. Una tercera razón es que el marketing refinado, la sofisticada presión y las prácticas comerciales profesionales de las modernas EMSP les da un aire de credibilidad y anima a los Estados a tratarlas de forma diferente que a los mercenarios<sup>30</sup>. Finalmente, está la razón económica y la tendencia hacia políticas que buscan incrementar la eficiencia en el sector público a través de la introducción de la competencia privada como parte de un cambio en la

---

<sup>29</sup> En el suroeste de Kosovo la compañía militar y de seguridad privada *Armor Group* (Estados Unidos) ejerce de agencia líder en la coordinación de actividades de desminado, considerada una operación humanitaria. *Vide* <http://www.armor-mine-action.com>.

<sup>30</sup> Shearer, D., "Outsourcing War", *112 Foreign Policy*, 1998, págs. 68-69.

forma de pensar en el sentido de que si una tarea puede ser llevada a cabo por el sector privado, debería ser llevada a cabo por el mismo<sup>31</sup>.

Su proliferación es una acomodación a la realidad, una respuesta a los cambios en el mundo y forma parte de una tendencia mucho más amplia hacia la privatización de la actividad social y económica<sup>32</sup>. Estas empresas son solo una consecuencia de un amplio movimiento hacia la privatización y la reestructuración neoliberal de la actividad estatal<sup>33</sup>. Pueden proveer servicios importantes y necesarios a pesar de lo inaceptable que este hecho pueda resultar en determinados ámbitos. De hecho, la externalización de pericia militar es una alternativa útil para algunos Gobiernos deseosos de evitar el despliegue de sus Fuerzas Armadas nacionales<sup>34</sup>.

Se trata de un tema necesitado de evidentes cambios para la mejora de su regulación y, por tanto, predispuesto a la innovación, sobre el que cabe efectuar propuestas de *lege ferenda* con las que tratar de dar respuesta a los problemas e insuficiencias que su tratamiento actual

---

<sup>31</sup> Entrevista de Terry Gross con Peter Singer, The Iraq War Was the “First Privatized War” (09 de Julio de 2003), disponible en <http://globalresearch.ca/articles/SIN307A.html>

<sup>32</sup> Schreier, F. y Caparini, M., “Privatising Security Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies”, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), *Occasional Paper* n° 6, Ginebra, 2005, [www.dcaf.ch](http://www.dcaf.ch)

<sup>33</sup> Duffield, M., “Famine, Conflict and the Internationalization of Public Welfare”, en Martin Doornbos, Lionel Cliffe, Abdel Ghaffar M. Ahmed, y John Marakis (eds.) *Beyond Conflict in the Horn: Prospects for Peace, Recovery and Development in Ethiopia, Somalia and the Sudan*, London: James Currey, 1992, pág. 58.

<sup>34</sup> Un caso prototípico es el *Plan Colombia* de EEUU (también llamado *Plan para la Paz, la Prosperidad y el Fortalecimiento del Estado* o *Plan Colombia para la paz*). Es un acuerdo bilateral entre los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos. Se concibió en 1999 durante las Administraciones del presidente colombiano Andrés Pastrana Arango y el estadounidense Bill Clinton con los objetivos específicos de generar una revitalización social y económica, terminar el conflicto armado en Colombia y crear una estrategia antinarcóticos.

plantea. La provisión privada de servicios militares y de seguridad desafía las asunciones convencionales sobre las funciones del Estado nación como protagonista principal en asuntos militares y como garante de la seguridad física de sus ciudadanos. En ausencia de unas estructuras legales o reguladoras efectivas, dichas actividades plantean cuestiones de legalidad, legitimidad y responsabilidad en la esfera de la política de seguridad. Los instrumentos legales existentes para controlar las actividades mercenarias no alcanzan a regular el tema de las EMSP pues se desarrollaron como respuesta al fenómeno mercenario en África durante los movimientos de independencia de los años sesenta y setenta<sup>35</sup>.

Los esfuerzos legales internacionales se han centrado casi exclusivamente en la eliminación de los mercenarios sobre la base de que sus actividades amenazan la autodeterminación y la descolonización. La situación actual es muy diferente de la existente en los años setenta y también lo son las firmas internacionales de seguridad. La definición de mercenario del *Protocolo Adicional I* está condicionada por una determinada época y lugar, el África post colonial, y perfilada de forma muy restrictiva, lo que hace problemático establecer comparaciones. La dinámica ha cambiado radicalmente desde entonces y aunque los

---

<sup>35</sup> La antigua Relatora Especial sobre los Mercenarios, la señora Shaista Shameem, observó que “la naturaleza y grado de responsabilidad de estas organizaciones y sus empleados es incierta, allanando el camino para la impunidad de un ámbito de actos que por lo demás serían criminales. También, el estatuto legal de los actores privados que ofrecen servicios militares de forma internacional es confuso, haciendo a este actor vulnerable a la legislación nacional, a menudo deficiente donde la hay, y de ese modo a procedimientos improvisados en el caso de infracciones. La incertidumbre deriva de la incapacidad del Derecho Internacional para acomodar actores cuyos atributos incluyen un ámbito internacional y motivo privado, y cuya función puede incluir participación en operaciones militares tanto privadas como corporativas”.

mercenarios clásicos aún están activos en la mayoría de los conflictos actuales, desde los años noventa se ha producido el rápido crecimiento de sus modernas contrapartes, las empresas militares y de seguridad privada. Esta situación ha producido una laguna en cuanto a exigencia de responsabilidad a estas compañías al no existir legislación nacional o internacional adecuada para regular sus servicios.

Cuando se adoptaron las *Convenciones de Ginebra* de 1949<sup>36</sup>, se asumía que la mayoría de los conflictos armados futuros se darían entre Estados soberanos y tan solo en casos excepcionales aparecerían conflictos armados civiles dentro de una Nación<sup>37</sup>. Las reglas de las *Convenciones de Ginebra* se aplican tan solo a los conflictos armados interestatales entre Estados soberanos con la excepción, conocida como *artículo tres común*, que establece reglas limitadas para las insurgencias internas y otras formas de conflicto armado *intra* estatal.

En 1977, se adoptaron los dos *Protocolos* para la actualización de las *Convenciones de Ginebra*<sup>38</sup>, que mantienen esa taxonomía

---

<sup>36</sup> I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949.

II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949.

III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

IV Convenio de Ginebra para la protección de personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949.

<sup>37</sup> Por el contrario, si bien es cierto que la amenaza de guerra entre Estados ha disminuido, han crecido los conflictos en su interior, debido sobre todo a la naturaleza antagónica de las comunidades que habitan en los mismos. Sobre todo desde el final de la Guerra Fría el número de conflictos y guerras civiles se ha disparado. Vide Schreier, F. y Caparini, M., "Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies", *op. cit.*. Disponible en [www.dcaf.ch/publications](http://www.dcaf.ch/publications).

<sup>38</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de 1977 y Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

*internacional-interno* para la regulación de los conflictos armados. Desafortunadamente, este modelo no hace frente a los importantes factores operativos y políticos en constante cambio a los que, sin embargo, hay que responder. Este paradigma empezó a erosionarse casi inmediatamente con la Guerra de Corea, proceso que se aceleró durante la segunda parte del siglo XX. En el inicio del siglo XXI, un nuevo equilibrio entre las formas de conflicto armado y la emergencia de nuevos actores había evolucionado, y en la actualidad se enfrenta a los profesionales militares y de seguridad privados.

La finalidad de la presente Tesis consiste en determinar cuál debería ser el tratamiento de la figura de la corporación militar y de seguridad privada. Se entienden incluidas dentro de este apelativo, siguiendo la definición que hace el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios<sup>39</sup>, las empresas privadas que

---

<sup>39</sup> Creado por la antigua Comisión de Derechos Humanos por resolución de 7 de abril de 2005, sustituía al anterior mandato unipersonal de un Relator Especial sobre el empleo de mercenarios que se había establecido en 1987. Debe informar anualmente a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos. El nombre completo es *Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Mercenarios como Medio de Violar los Derechos Humanos y Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación*. Establecido en julio de 2005 de conformidad con la Resolución 2005/2, de 7 de abril, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (actual Consejo de Derechos Humanos que depende directamente de la Asamblea General), por un período inicial de tres años. La decisión de poner fin al mandato unipersonal de un Relator Especial sobre el empleo de mercenarios, creado en 1987, y su sustitución por un Grupo de Trabajo, se tomó por 35 votos a favor, 15 en contra y 2 abstenciones, siendo su misión según se establece en el párrafo 12 de esta Resolución: "(a) Elaborar y presentar propuestas concretas sobre nuevas normas posibles, directrices generales o principios básicos que promuevan el aumento de la protección de los Derechos Humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, cuando hacen frente a las amenazas actuales y nuevas que suponen los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos; (b) Recabar opiniones y contribuciones de los Gobiernos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre las cuestiones relativas a su mandato; (c) Vigilar a los mercenarios y a las actividades relacionadas con ellos en todas sus formas y manifestaciones y tendencias que están surgiendo con respecto a los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos y sus repercusiones sobre los Derechos Humanos, en particular sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación; (e) Vigilar y estudiar

prestan todo tipo de servicios de asistencia, formación, provisión y consulta sobre temas de seguridad. Son servicios que abarcan desde el apoyo logístico no armado y los guardias de seguridad armados hasta los servicios propios de las actividades defensivas u ofensivas de carácter militar, y/o relacionadas con la seguridad, particularmente en zonas de conflicto armado y en situaciones posteriores a los conflictos<sup>40</sup>.

Este actor está cada vez más omnipresente en los conflictos modernos, planteándose la cuestión de si debería llegar a ser catalogado como combatiente<sup>41</sup>. Esto supondría la acomodación del Derecho Internacional Humanitario, mediante su evolución, a la nueva realidad social para seguir cumpliendo su función en las *nuevas guerras*. El tradicionalmente denominado Derecho de la Guerra no ha podido seguir el ritmo de los cambios que se han producido en la naturaleza misma de lo que llamamos *guerra*. En la actualidad, se presentan desafíos ni siquiera imaginados cuando se elaboró el actual paradigma legal a

---

las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional, servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los Derechos Humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los Derechos Humanos por parte de las empresas en sus actividades”. Está formado por cinco expertos independientes, uno de cada grupo regional que actúan “pro bono”. Su mandato inicial fue prorrogado por la Resolución 7/21 del Consejo de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 2008, por otros tres años, con una nueva prórroga por otros tres años aprobada durante el decimoquinto período de sesiones del Consejo, celebrado del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010, en Ginebra. [www.2.ohchr.org/spanish/issues/mercenaries/](http://www.2.ohchr.org/spanish/issues/mercenaries/). Vide también, Gómez del Prado, J.L.: “El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, en Torroja, H. (dir.) – Güell, S. (Coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, J.M. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 164.

<sup>40</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. A/HRC/10/14, de 21 de enero de 2009, pág. 3.

<sup>41</sup> Aunque la actividad mercenaria individual aún existe en la actualidad, está ligada más con el campo de la actividad criminal que con desarrollo de la provisión privada de servicios de seguridad.



mediados del siglo veinte, por lo que no nos puede ayudar adecuadamente a comprender qué constituye guerra, obstruyendo así los esfuerzos para implementar estrategias legales efectivas. Para que este Derecho sea efectivo y se mantenga vigente tiene que adaptarse y desarrollarse al mismo tiempo que se transforma la naturaleza de los conflictos armados<sup>42</sup>. Se encuentra en una fase de transición y adaptación a estos cambios (un claro ejemplo lo tenemos en la regulación que contiene el *Protocolo Adicional I* respecto de los combatientes *irregulares*, esto es, los guerrilleros), pero quizás no lo suficientemente rápido para continuar asegurando su utilidad en ambientes operativos cambiantes<sup>43</sup>.

De acuerdo con la lógica del Derecho Internacional Humanitario, toda persona es bien un combatiente o bien un civil y si los empleados de las EMSP no pudieran ser catalogados como combatientes entonces son civiles, pero los civiles no tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades<sup>44</sup>. La privación por derecho a las EMSP del estatuto de combatiente en cualquier caso equiparándolas *mutatis mutandi* a los

---

<sup>42</sup> Los tratados del Derecho Internacional Humanitario han sido acusados de estar “una guerra detrás de la realidad”. Sin embargo, esto es cierto para todo el Derecho. Muy raramente ha sido posible regular o incluso ilegalizar un nuevo medio o método de guerra antes de que haya sido aplicado. *Vide* Sassóli, M. y Bouvier, A., How does Law Protect in War?, International Committee of the Red Cross, Ginebra 1999, pág.105.

<sup>43</sup> *Vide* en este sentido Hoffman, M. “Geneva Conventions Struggle to Contain Modern War”, artículo aparecido en el *Journal of International Peace Operations* de la International Peace Operations Association, vol.2, número 4 enero-febrero 2007.

<sup>44</sup> Algunos autores arguyen que es posible un tercer estatuto diferente del de combatiente o civil. El argumento es que puede haber una categoría de “combatientes ilegales” que no serían ni de la *Tercera* ni la *Cuarta Convención de Ginebra*, debido al hecho de que han estado participando directamente en las hostilidades sin gozar del estatuto de combatiente. De todos modos, aunque se aceptara esta interpretación, no nos serviría de nada en relación con las empresas militares y de seguridad privada, pues la protección ofrecida a este grupo es incluso menor que cualquier otra. *Vide* Dörmann, K., “The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, Nº. 849, marzo 2003, págs. 45-74. *Vide* también Quéguiner, F., “Direct participation in hostilities under International humanitarian law”, Working Paper, *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, noviembre de 2003.

mercenarios<sup>45</sup>, atendiendo únicamente a su naturaleza intrínseca y no a las acciones que pueden desarrollar, y de hecho desarrollan, en el ámbito de los conflictos modernos, alegando que son incapaces de respetar las normas tradicionales del Derecho Internacional Humanitario, no las hará desaparecer. No es tampoco el medio de alentarlas a respetar, al menos, las normas que están a su alcance pues no verán en ello ninguna ventaja ya que sus miembros tan solo gozan del estatuto de prisionero de guerra si entran en la definición de civiles que acompañan a las Fuerzas Armadas, lo cual no ocurrirá en una gran mayoría de los casos. Si entran solo dentro de la definición de civiles que toman parte en las hostilidades o de mercenarios pueden ser juzgados por el Estado *enemigo* como meros delincuentes, no gozando de la protección de los civiles normales.

En la actualidad, los contratistas actúan en una zona jurídica gris que al final no los hace responsables ante nadie, pero tampoco pueden reclamar derechos o protección ante instancia alguna. Si el Derecho Internacional Humanitario deniega a los contratistas, al igual que a los mercenarios, la condición de prisionero de guerra y de combatiente, éstos tenderán a no observar los principios humanitarios en sus actividades bélicas<sup>46</sup>.

Tal como ya se ha dicho, el Derecho Internacional Humanitario no debe ser estático sino que, si quiere tener eficacia, debe adaptarse, mediante las modificaciones apropiadas, a un mundo en constante

---

<sup>45</sup> Dicha inclusión es, como se va a analizar, harto problemática debido a la restrictiva definición dada por el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*.

<sup>46</sup> E/CN.4/2000/NGO/148, Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones, 22 de marzo de 2000.

evolución. Esta aseveración no debe ser considerada en ningún caso como un ejercicio de relativismo jurídico-moral con el que se pretenda ajustar la normativa a una situación ilegítima y no a la inversa. Lo que significa exactamente es todo lo contrario, esto es, la modificación de una normativa que se ha demostrado claramente inoperante e incluso contraproducente para la regulación de un actor cada vez más importante en los conflictos armados. Esta inoperancia se ha plasmado en la indefensión frente al mismo de los sujetos que deben gozar de una mayor protección por parte del Derecho Internacional Humanitario, es decir, los no combatientes.

Esta indefensión existe por una doble razón: de una parte se ha fracasado estrepitosamente en el intento de erradicación de los “soldados privados”, dándose en la actualidad el efecto totalmente contrario, su florecimiento al calor de los múltiples y complejos conflictos armados actuales. Por otra parte, dada la regulación existente, esta figura no tiene ningún incentivo para respetar el Derecho Internacional Humanitario vigente pues no obtendrá de ello ninguna ventaja ya que, en caso de captura, será tratado casi con toda seguridad como un delincuente y no como prisionero de guerra, siendo juzgado según el Derecho interno vigente en el país correspondiente. En cambio, cuando una persona es calificada como prisionero de guerra, el Estado que la detiene no puede actuar exclusivamente sobre la base de sus leyes nacionales. Debe aplicar el *III Convenio de Ginebra de 1949* relativo a los prisioneros de

guerra, lo haya ratificado o no, puesto que se considera Derecho consuetudinario generalmente aceptado por la comunidad internacional<sup>47</sup>.

Como ya se ha señalado, y se va a seguir haciendo hincapié a lo largo de la presente Tesis, la comprensión de la situación es esencial para la aplicación del arte militar operativo. Hay situaciones, y su número es creciente, en las que el marco actual del Derecho Internacional Humanitario opera en contra de su propia utilidad. La comprensión del vacío existente entre sus reglas y el ambiente operativo actual aporta cierta claridad a unas circunstancias ambiguas, haciendo posible la elaboración de estrategias legales para un período de profundos cambios operativos y políticos. En ningún caso se trata de dar cobertura jurídica a las actividades mercenarias que puedan ser delictivas *per se*. Se pretende hacer bascular el centro de gravedad de la regulación desde la prohibición de la figura de la empresa militar y de seguridad privada calificándola directamente como mercenaria, hacia el control de las actividades que desarrolla<sup>48</sup>. La interdicción absoluta de este actor de los conflictos armados se ha revelado completamente inútil, e incluso contraproducente

---

<sup>47</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, art. 38; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 27 de enero de 1980 (afirmando la importancia del Derecho Internacional Consuetudinario para alcanzar determinaciones en caso de ausencia de Derecho codificado). El Derecho Internacional Consuetudinario refleja la costumbre internacional como evidencia de una práctica generalizada aceptada por los Estados.

<sup>48</sup> En este sentido, cabe señalar que, tal como se pondrá de manifiesto de forma más extensa más adelante, el propio *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, se ha dado cuenta de que el sector de las empresas militares y de seguridad privada está en expansión en el mundo, y que debido a su rápido crecimiento, el debate ya no se debe centrar en determinar si debería autorizarse el uso de la fuerza a agentes no estatales, sino en determinar la forma en que deberían usar esa fuerza. En contra de esta opinión podríamos citar a Frye, E., "Private military firms in the new world order: How redefining "mercenary" can tame the "dogs of war"", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005. Propone la redefinición de los mercenarios para que las EMSP operativas entren dentro de ese concepto y sean criminalizadas bajo la Convención mercenaria de las Naciones Unidas.

para prevenir su existencia, evolución y auge en los últimos años, por lo que se impone un cambio estratégico en su tratamiento para que el Derecho pueda otorgar una protección eficaz frente a los posibles abusos.

A lo largo del presente estudio, se van a poner de manifiesto los abusos cometidos y los problemas que genera esta figura con una doble finalidad: por un lado, comprobar la comisión de dichos abusos aun a pesar de los esfuerzos internacionales llevados a cabo para la erradicación de la figura del mercenario. Por otra parte, se pretende advertir de la necesidad de superar la regulación sobre el *ser* para pasar a regular el *hacer*, esto es, no juzgar apriorísticamente por quién se es sino por las acciones que se llevan a cabo. Esta afirmación no es un simple *brindis al sol* o una muestra de cruda *real politik*, sino que está basada en firmes argumentos de carácter jurídico, político, operativo, económico..., que, sin ánimo de exhaustividad y sin que su listado pueda considerarse un *numerus clausus*, podrían concretarse en los siguientes.

En primer lugar, es necesario destacar que después de que la Revolución Francesa combinase el nacionalismo con el reclutamiento universal y extendiese sus ideales por toda Europa y Occidente, fue considerado correcto que todo hombre luchase por su país y deshonoroso que sirviese bajo otra bandera. La creencia popular de que el servicio mercenario era inmoral e impropio llegó a convertirse en ley moral y el uso de los mercenarios a menudo causó agrio resentimiento. Pero aun así, todavía, bajo el Derecho Internacional consuetudinario, los

mercenarios fueron tratados de la misma forma que otros combatientes, y si eran capturados tenían derecho al tratamiento de prisioneros de guerra.

Por su parte, el *Convenio de La Haya de 1907 sobre las Potencias Neutrales* no restringió la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros trabajaran para los Estados beligerantes<sup>49</sup>. El nacional que fuera contratado por una potencia extranjera no cometería crimen internacional alguno y debería ser tratado como un soldado que sirve a una fuerza extranjera<sup>50</sup>. Los Gobiernos y los individuos eran considerados esferas mutuamente excluyentes, por lo que la actividad individual no afectaba al Estado. Esta norma fue desapareciendo en las décadas posteriores al comprenderse que las acciones privadas sí podían influir en las relaciones entre los Estados. Pero aun así, el artículo 4 del *III Convenio de Ginebra* de 1949 tan sólo distinguió dos categorías: miembros de las Fuerzas Armadas (combatientes) y población civil. Incluye dentro de la categoría de prisioneros de guerra a muy diferentes actores, no haciendo una distinción formal entre mercenarios y otros combatientes. Los mercenarios formaban parte de las Fuerzas Armadas legalmente definidas, optándose por una definición inclusiva relativa a los prisioneros de guerra. El objetivo era dar protección al mayor número de combatientes y no se desposeyó a nadie que participara en un conflicto armado internacional de la condición de prisionero de guerra.

---

<sup>49</sup> *Convención Relativa a los Derechos y Obligaciones de las Potencias Neutrales y Personas en Caso de Guerra en Tierra* (V), art. 17, 18 de octubre de 1907.

<sup>50</sup> El artículo 9 de la Conferencia de Bruselas de 1874, que representaba el Derecho Internacional Consuetudinario en aquel momento, incorporó los mercenarios dentro de las leyes de la guerra como combatientes irregulares.

Tras la experiencia postcolonial, la percepción sobre los mercenarios comenzó a tornarse negativa, iniciándose en el Derecho Internacional la tendencia adversa a los mismos. Desde la década de 1960, la Organización de las Naciones Unidas vino condenando la utilización de los mercenarios contra los movimientos de liberación nacional. En la Declaración de la Asamblea General de 1970 sobre los *Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados*<sup>51</sup> se afirmaba que los Estados tienen el deber de prevenir la organización de grupos armados cuyo objetivo fuera intervenir en Estados extranjeros. Esta Declaración representó un cambio de perspectiva en el Derecho Internacional. Los mercenarios se convirtieron en actores fuera de la ley.

Aun así, el proyecto inicial de *Protocolo Adicional I* presentado por el *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* no contenía ninguna disposición sobre los mercenarios, lo que significa que se los asimilaba a las demás categorías de combatientes y de prisioneros de guerra reconocidos por el *Convenio III* en su artículo 4 y por el *proyecto de Protocolo Adicional I* en su artículo 42, siempre que respondieran a las condiciones estipuladas. Esta visión no prosperó y, aunque no parece que sea competencia del Derecho Internacional Humanitario establecer discriminaciones apriorísticas fundadas en los motivos que llevan a determinada persona a participar en un conflicto armado, en este caso se

---

<sup>51</sup> *Resolución 2625 (XXV)* de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

hizo una excepción, lo que no hacía sino reflejar y transmitir una acusada sensibilidad de la comunidad internacional en esta materia<sup>52</sup>.

La negativa a reconocer la condición de prisionero de guerra a tales personas o categorías de personas a las que se debía otorgar, en principio, este estatuto, tiene numerosos precedentes en la práctica de los Estados. Aunque la tendencia general del *Convenio III* y del *Protocolo Adicional I* es extender la protección a nuevas categorías de combatientes o a nuevas situaciones y no a denegar, el *Protocolo Adicional I*, en la sección titulada “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra” en su artículo 47<sup>53</sup>, define a los mercenarios como categoría autónoma distinta a los combatientes, yendo en sentido inverso debido al carácter condenable del mercenarismo en dicho cuerpo normativo<sup>54</sup>.

El problema del mercenario no se trata independientemente de las causas a las que sirve. La práctica cada vez más frecuente de utilizar mercenarios en intervenciones encubiertas en contra de Estados o de movimientos de liberación nacional no podía suscitar más reprobación y condena. De ahí que en el citado artículo 47 del *Protocolo Adicional I* de 1977 a las *Convenciones de Ginebra* de 1949, se codificase este disgusto

---

<sup>52</sup> El estatuto de prisionero de guerra puede ser denegado a los mercenarios a pesar de la intención general de ampliar la protección todo lo posible, debido al *carácter vergonzoso de la actividad mercenaria*. Vide ICRC *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., párrafo 1794.

<sup>53</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja entiende que la definición de mercenario forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario, aunque los Estados Unidos siempre han rechazado esta posición. Vide Cameron, L., “Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, septiembre 2006, págs. 573 y 579.

<sup>54</sup> Es sintomático que en el párrafo anterior a la definición sobre los mercenarios, es decir, incluso antes de la definición, se les deniegue el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra. Vide Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Plaza y Janés Editores, pár. 1794.



considerándolos los signatarios del *Protocolo* delincuentes o algo aún peor. El historiador Anthony Mockler sugiere que en la actualidad esta creencia es *casi instintiva* señalando que *se olvida cuan comparativamente reciente e ilógico es este sentimiento*.<sup>55</sup>

Otro factor fundamental es el hecho de que la propia denominación de mercenario solo contempla la figura del mercenario individual, adoleciendo de una capacidad omnicomprendiva de las distintas figuras existentes en la actualidad que van desde el mercenario clásico, en franca decadencia, hasta las modernas y cada vez más desarrolladas Empresas Militares y de Seguridad Privada. Éste es un punto fundamental pues el axioma básico del Derecho Internacional Humanitario es que incluso en un conflicto armado, solo es aceptable la debilitación del potencial militar del enemigo. Esto implica que este Derecho tiene que definir con claridad quién puede ser considerado parte de dicho potencial, y, en consecuencia, puede ser atacado y participar directamente en las hostilidades, sin que pueda ser condenado por ello. Es necesario también destacar que no se tiene en cuenta la profunda evolución que se ha producido en la forma de operar, servicios y actividades actuales, pues se continúa con un debate enclaustrado en la época de la descolonización.

Desde el fin de la Guerra Fría, las prácticas de externalización (*outsourcing*) se han desarrollado rápidamente en el seno de las Fuerzas Armadas<sup>56</sup>, bajo los efectos conjuntos de la globalización de las empresas

---

<sup>55</sup> Mockler, A.: *The New Mercenaries*, New York, Paragon House, 1987, págs. 6-7.

<sup>56</sup> El final de la Guerra Fría en los años noventa produjo grandes cambios en la función de las EMSP en la arena internacional, pero su génesis y utilidad se remonta a los tiempos de la Guerra de Vietnam. Este conflicto marcó el inicio de un incremento

militares, reducción de los Ejércitos y las exigencias de *racionalización* de los presupuestos de Defensa. Por el importante volumen financiero y la implicación de una asunción compartida de los riesgos entre el Estado y la industria privada, la externalización constituye una aplicación de los métodos del *New Public Management* conforme a las políticas liberales de privatización.

Las EMSP están estructuradas como negocios privados e independientes, de carácter corporativo, registrados nacionalmente pero con naturaleza transnacional. Muchos Gobiernos, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales y supranacionales, organizaciones no gubernamentales, grupos armados irregulares y empresas privadas que operan en los lugares más conflictivos del mundo han alquilado sus servicios<sup>57</sup>. Esta aseveración refleja una realidad irrefutable aun a pesar de toda la normativa contraria, demostrando que si se usan adecuadamente pueden ejercer un rol positivo en el actual escenario internacional. En el caso de los Estados, estas empresas son a menudo usadas para compensar la falta de capacidad nacional. Ofrecen altas capacidades tecnológicas en aspectos en los que las Fuerzas Armadas ya no pueden permitirse entrenar a su personal o crear atractivas oportunidades de carrera. Hay organizaciones y empresas que las usan para que les ayuden a funcionar en entornos peligrosos. Pueden incluso

---

significativo y de una tendencia de personal militar de alto rango pasándose al sector privado y proveyendo servicios a las Fuerzas Armadas.

<sup>57</sup> En lo que respecta a su uso por las propias Naciones Unidas, el anterior Subsecretario General para Asuntos Políticos Especiales, Brian Urquhart, abogaba por el uso de compañías privadas para complementar a las fuerzas de paz de las Naciones Unidas en operaciones de primera línea, afirmando que *en un mundo perfecto no les necesitamos ni los queremos. Pero el mundo no es perfecto*. Urquhart, B., "Por unas fuerzas voluntarias de la ONU". *New York Review of Books*, vol. 40, n° 11, 1993 págs. 3-4.

tener utilidad potencial para la ONU y otros organismos internacionales porque su despliegue estaría sujeto a menos controversia política que la decisión de desplegar tropas nacionales bajo los auspicios de la ONU<sup>58</sup>. Individuos y grupos a veces las usan para motivos más insidiosos, tales como el derrocamiento de Gobiernos y la protección de actividades ilegales.

Finalmente, cabe tener en consideración el hecho de que, por una parte, el *Protocolo Adicional I* solo se aplica a los conflictos armados de carácter internacional y entre las partes que lo hayan firmado y ratificado, salvo aquello que sea considerado Derecho Internacional de carácter consuetudinario<sup>59</sup>. Por otra parte, las Convenciones sobre el tema, tanto las que tienen vocación universal como las regionales, esto es, la *Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de mercenarios*<sup>60</sup> y la *Convención para la Eliminación del Mercenarismo en África* de la Organización para la Unidad Africana (actual Unión Africana)<sup>61</sup>, han tenido

<sup>58</sup> En casos como el de Liberia en 1997, se podría argumentar que el alquiler de una fuerza profesional habría sido de lejos preferible a la depredación e incompetencia general de la fuerza multinacional africana de mantenimiento de la paz.

<sup>59</sup> La lista de países signatarios del *Protocolo Adicional I* se encuentra disponible en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/websign?readform&id=470&ps=P>.

<sup>60</sup> La *Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios*, fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 04 de diciembre de 1989, Resolución A/RES/44/34. Entró en vigor el 20 de octubre de 2001. A día de hoy son treinta y dos los Estados miembros y diecisiete los signatarios.

<sup>61</sup> *Convención para la Eliminación del mercenarismo en África*, Organización para la Unidad Africana, Libreville, Gabón, 03 de julio de 1977, CM/817 CM/817 (XXXIX), Annex II, Rev. 3. Entró en vigor el 22 de abril de 1985 en aplicación de lo dispuesto en su artículo 13.2 que estipula que entrará en vigor treinta días después del momento en que se produzca el depósito del décimo instrumento de ratificación. Forman parte de la misma 26 Estados: Benín, Burkina Faso, Camerún, Comores, Congo (Rep. Democrática), Congo, Egipto, Etiopía, Ghana, Guinea, Guinea Ecuatorial, Lesoto, Liberia, Libia, Malí, Nigeria, Níger, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sudán, Tanzania, Togo, Túnez, Zambia y Zimbabue. Otros 11 Estados han firmado dicha Convención:

muchos problemas para reunir el número mínimo de signatarios necesario para su entrada en vigor. Pues bien, en ambos casos ninguna de las principales potencias mundiales ni países en los que están registradas la inmensa mayoría de las empresas de este sector (tales como EEUU, Reino Unido, Sudáfrica...) forman parte de las mismas, lo cual dice mucho en detrimento de su verdadera eficacia. Curiosamente, sí forman parte países como Angola o Congo que han usado, y siguen usando, con mucha liberalidad los servicios de mercenarios. Las dos Convenciones mentadas repiten el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*, de forma íntegra en el caso de la africana y dejando fuera el segundo párrafo de dicho artículo en el caso de la Convención de las Naciones Unidas, aunque añadiéndolo como un elemento del delito.

Teniendo en cuenta todos los argumentos apuntados, la cuestión principal a la que se pretende dar respuesta en el trabajo de investigación, es la de si la regulación establecida por el Derecho Internacional Humanitario para la figura del mercenario es adecuada para ser aplicada a las empresas militares y de seguridad privada y, en su caso, cuáles deberían ser las directrices básicas de una nueva regulación sobre este tema. Para responder a esta cuestión, el trabajo se ha estructurado en dos Partes divididas en Capítulos.

La primera Parte, destinada al análisis de los nuevos modelos que operan en el desarrollo de los conflictos armados o en situaciones conexas, está estructurada en tres capítulos.

---

Argelia, Angola, Chad, Costa de Marfil, Gambia, Guinea-Bissau, Kenia, Madagascar, Sierra Leona, Suazilandia y Uganda.

En el primero se intenta establecer un somero análisis del nuevo modelo operativo que constituye la Empresa Militar y de Seguridad Privada, incardinándola dentro de la denominada *Revolución de los Asuntos Militares*, que establece el escenario estratégico actual, aclarando los conceptos fundamentales y resaltando los factores determinantes de su aparición.

El segundo Capítulo ofrece un análisis de los entornos operativos en que se manifiesta principalmente el uso de estas empresas. Se analizan las razones de su proliferación y aparente buena salud, atendiendo fundamentalmente a razones de eficiencia económica, efectividad operativa y conveniencia para los Gobiernos, Organizaciones no Gubernamentales e incluso para las Naciones Unidas. Se estudian también todos aquellos aspectos que plantean dudas respecto de la presunta panacea que supone su utilización, resaltándose que, a pesar de las presuntas ventajas que han hecho proliferar su uso, existen cuestiones que se han de estudiar en profundidad y que pueden poner de manifiesto que su existencia y uso no están exentos de riesgo.

En el tercer Capítulo, se estudia el estatuto jurídico de los diversos actores participantes en los conflictos armados, analizándose en qué categoría o categorías podrían subsumirse las EMSP. De este modo, se ponen de manifiesto los requisitos para que los contratistas puedan ser considerados combatientes, con la aplicación de su estatuto exclusivo. En caso de su no cumplimiento, serían considerados civiles o mercenarios (combatientes ilegítimos). Por ello, se concretan los casos en que los

miembros de estas empresas pueden ser considerados civiles, con las protecciones que ello conlleva, y en qué casos serían meramente mercenarios.

Una vez analizados estos modelos operativos, la segunda Parte de la Tesis analiza el tratamiento dispensado por el Derecho a estos actores.

El Capítulo cuarto está destinado al análisis del marco jurídico actual. Dentro del ámbito internacional, se estudiará tanto la regulación establecida en el Derecho Internacional General así como en el Derecho Internacional Convencional. En lo que respecta a su regulación nacional, se llevará a cabo un estudio, por una parte, de la normativa existente en los países en los que tienen su sede o desde los que operan la mayoría de las empresas de este sector y, por otra, de la de los Estados territoriales en las que operan, comprobándose la multitud de enfoques adoptados respecto a esta cuestión.

El Capítulo quinto está dedicado en exclusiva al análisis del tema de la responsabilidad del Estado, de las Organizaciones Internacionales, de las propias empresas militares y de seguridad privada y de los individuos contratados por éstas, por las actividades desarrolladas por las empresas de este sector.

El Capítulo sexto y último explora las líneas básicas que deberían guiar una regulación omnicomprensiva y adaptada a la nueva configuración del fenómeno mercenario, una vez comprobadas las deficiencias del cuerpo normativo actual tanto en el plano internacional como nacional.

Todo ello nos permitirá terminar con unas Conclusiones sobre la virtualidad práctica del Derecho Internacional Humanitario en relación con la regulación de los mercenarios y establecer unas directrices básicas sobre cuál debería ser su evolución respecto a la regulación de la moderna naturaleza corporativa de la prestación de servicios militares y de seguridad privada en los conflictos armados actuales.





**PARTE PRIMERA**

**LAS EMPRESAS MILITARES Y DE**

**SEGURIDAD PRIVADA**



## CAPÍTULO 1

### UN NUEVO MODELO OPERATIVO: LAS EMPRESAS

### MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

*Can't win with 'Em, Can't go to war without 'Em: Private military contractors and counterinsurgency*<sup>62</sup>.  
P.W. Singer

#### 1. DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA

En la actualidad, es posible comprobar cómo se han producido importantes cambios en los actores que participan en los conflictos armados. Existe hoy una pléyade de grupos armados no estatales, entre los cuales se incluyen los mercenarios tradicionales, las fuerzas voluntarias religiosas e ideológicas, las empresas militares y de seguridad privada y las milicias privadas, que plantean un reto común al Estado en su condición de garante principal de la seguridad estatal y la protección de los Derechos Humanos.

Además de la proliferación del uso de los soldados de fortuna y de la evolución que ha experimentado la figura del mercenario tradicional, entendido como alguien que combate por dinero en conflictos armados

---

<sup>62</sup> Singer, P.W., Foreign Policy at Brookings. Washington DC. Brookings Institution Press, 2007.

ajenos a su nacionalidad<sup>63</sup>, lo más destacable de la situación actual es que se ha producido una evolución en la prestación de servicios militares y de seguridad privada que ha adoptado formas nuevas y complejas con estructura empresarial, como consecuencia de la aparición de empresas que ofrecen en el mercado internacional servicios militares y de seguridad a Gobiernos, Organizaciones Internacionales, empresas y organizaciones no gubernamentales. Estas nuevas manifestaciones muestran características propias del mercenarismo, pero también diferencias, lo cual significa que es preciso analizarlas y abordarlas de manera diferente e innovadora.

Las diferencias entre mercenario, empresa privada de seguridad y compañía militar privada son, a menudo, confusas, siendo este último término el de más reciente origen y sin definición legal en el Derecho nacional o internacional<sup>64</sup>. La historia de las compañías de seguridad privada *stricto sensu* precede a las operaciones de las compañías militares privadas. Sin embargo, al igual que ocurre con éstas, no existe referencia alguna a las mismas en ningún convenio internacional existente. Se parecen a las compañías militares privadas en que son organizaciones que buscan beneficios ofreciendo servicios profesionales,

---

<sup>63</sup> Hoy día se trata en muchos casos de grupos *ad hoc* o individuos que responden a anuncios publicados por el Gobierno interesado en contratar sus servicios.

<sup>64</sup> El término “seguridad” no se refiere a las empresas que actúan en los respectivos mercados internos nacionales, en funciones únicamente de protección de personas y bienes, sino sólo a aquellas que son realmente exportadoras de servicios de seguridad. En este ámbito no existe en la actualidad una clara delimitación entre lo que constituye propiamente “militar” y “policial”. Vide Perlo-Freeman, S. y Sköns, E., “The Private Military services Industry”, *SIPRI Insights on Peace and Security*, nº 2008/1, septiembre 2008, pág. 5. El Departamento de Defensa de los Estados Unidos no utiliza el término “militar” para referirse a las empresas que proporcionan los señalados servicios de seguridad, sino que emplea la expresión *Empresas de Seguridad Privadas*, dividiéndolas en dos grandes categorías, esto es, servicios armados y servicios sin armas.

pero más dirigidas a proporcionar seguridad y protección a individuos e infraestructuras. Proveen diferentes grados de seguridad a corporaciones multinacionales en el sector extractivo, Gobiernos, instituciones de las Naciones Unidas<sup>65</sup>, y otras organizaciones internacionales en regiones de conflicto o inestabilidad. Las actividades varían considerablemente de una compañía a otra, pero incluyen consultoría, formación, protección de infraestructuras, trabajos de escolta y seguridad personal...

A pesar de esta categorización, uno de los aspectos más difíciles al describir esta industria es el hecho de que no hay definiciones universalmente aceptadas ni siquiera de los términos más extensamente usados. Incluso, parece que no existe una simple lista incluyendo todas las compañías que trabajan dentro de los sectores de seguridad privada. Numerosas compañías ofrecen servicios que podrían estar situados tanto en las categorías militares como en las de seguridad. Por ello, se podría argumentar que lo único que tienen en común todas estas compañías militares y de seguridad privada es que los servicios que ofrecen entran dentro del dominio militar, proveyendo servicios profesionales intrínsecamente ligados al fenómeno de la guerra.

Aunque muchos autores siguen prefiriendo establecer la distinción como hemos visto en función de si sus actividades se concentran en cuestiones de seguridad (prevención del crimen, orden público, seguridad en las cárceles, en los aeropuertos, protección individual...) o en cuestiones militares (logística, asesoramiento y entrenamiento militar, armamento, servicios de inteligencia y espionaje...), muchas de estas

---

<sup>65</sup> Avant, D., *The market for force: the consequences of privatizing security*, op. cit..

empresas proporcionan ambos servicios de forma simultánea. Por otra parte, aun solo prestando servicios de seguridad, en muchas ocasiones su ejecución en zonas de conflicto hace que se relativice ese carácter<sup>66</sup>. De todo ello se deriva la conveniencia de agrupar el aspecto militar y de seguridad bajo un mismo paraguas, usando el término *compañía o empresa militar y de seguridad privada* y evitando una distinción que, en el mejor de los casos, es difusa<sup>67</sup>.

La naturaleza global de la economía de hoy es también evidente en la estructura de estas compañías, que establecen vínculos corporativos, compartiendo acciones y cargos, no siempre de una forma clara. Comenzaron con operaciones de bajo perfil a mediados del siglo XX, llegando a estar integradas dentro de la estructura empresarial contemporánea caracterizada por las tendencias actuales de privatización y globalización. Están legalmente constituidas, poseen personalidad jurídica, y disponen de recursos humanos importantes, material eficaz y mandos experimentados que provienen de la élite de las más prestigiosas instituciones militares. Al igual que las empresas transnacionales, tienen gran facilidad para desplazarse de un Estado a otro cuando consideran que las normas que un Gobierno les impone son demasiado estrictas. Pueden establecer *holdings*<sup>68</sup> o sucursales en otros países u operar a

---

<sup>66</sup> Por ejemplo, la protección de instalaciones o personas en un conflicto armado que pueden ser consideradas objetivos militares legítimos.

<sup>67</sup> La diferenciación es necesariamente subjetiva y dada a la manipulación, aparte de que en los conflictos modernos es muy difusa.

<sup>68</sup> El sector de las EMSP ha sufrido numerosas fusiones y adquisiciones, por lo que muchas de estas empresas son actualmente parte de estructuras corporativas enormes, formando parte de *holdings* del transporte, de las comunicaciones o de la asesoría económica que les permiten participar en servicios más amplios no relacionados con la seguridad. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, A/52/492, 1997. También son

través de compañías subsidiarias. Asimismo, para evitar pagar impuestos o que les congelen los bienes, se instalan a menudo en paraísos fiscales. Obviamente, su objetivo primordial es la maximización de beneficios en las actividades para las que son contratadas<sup>69</sup>.

El término *compañías militares y de seguridad privada* no existe en las normas internacionales actuales, salvo un Proyecto de Convención redactado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios<sup>70</sup>, y han sido a veces etiquetadas como *nuevos mercenarios*. No hay una definición estándar de lo que actualmente constituye la industria militar y de seguridad privada, hablándose de empresas mercenarias, ejércitos privados, corporaciones militares privadas, compañías o firmas privadas de seguridad, contratistas militares privados, proveedores corporativos militares... La problemática en cuanto

---

subsidiarias o divisiones de grandes empresas como *Northrop-Grumman*, *Booz Allen Hamilton*, the *Carlyle Group*, y *Bechtel*. Michaels, J.D., "Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War", *82 Wash U. L. Q.* 1001, 2004, pág. 1023. Ejemplos de lo señalado serían *MPRI*, *L3 Communications*...

<sup>69</sup> Las condiciones normativas existentes favorecen la organización corporativa de las empresas militares, ofreciéndoles las herramientas jurídicas necesarias para proteger los frutos del comercio contra la injerencia de la reglamentación estatal. En primer lugar, los acuerdos comerciales mundiales alientan a las empresas militares a organizarse como conglomerados de compañías de responsabilidad limitada, en los que se distribuyen los riesgos, se protegen los activos contra las incautaciones y las ganancias contra los impuestos, y se permite el arbitraje reglamentario. La confidencialidad del comercio y la protección de los beneficios a través de la aplicación judicial estatal de las decisiones arbitrales internacionales ayudan aún más a las empresas militares, incrementando su poder en relación con los Estados. Los empresarios militares se embarcan en alianzas con empresas de extracción de recursos naturales, compañías de construcción, consultoras de riesgos y funcionarios públicos que trabajan "doble turno" para lograr economías de escala y distribuir los riesgos. *Vide* Herbert Howe, H., "Private security forces and African stability: the case of Executive Outcomes", *Journal of Modern African Studies*, vol. 36, nº 2, 1998, págs. 307-31; Chatterjee, P., "Mercenary Armies and Mineral Wealth", *Covert Action Quarterly Magazine* (otoño de 1997); Chatterjee, P., "Guarding the Multinationals, DSL and the International Private "Security" Business", *Multinational Monitor*, 01 de marzo de 1998.

<sup>70</sup> Presentado de conformidad con la *Resolución 10/11*, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al Grupo de Trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos.

a su definición y caracterización está influida no solo por el Derecho sino también y de forma más significativa, por consideraciones políticas. En realidad, las distinciones dentro de la industria carecen de un trazado claro del conjunto de servicios ofrecidos, lo que hace muy difícil su definición y clasificación.

El Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios, aun reconociendo los problemas de definición e incluyendo tanto las empresas militares como las de seguridad privadas, las define como “las empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, formación, provisión y consulta sobre temas de seguridad, es decir, servicios que van desde el apoyo logístico no armado hasta los guardias de seguridad armados, así como los servicios propios de las actividades defensivas u ofensivas de carácter militar y/o relacionadas con la seguridad, particularmente en zonas de conflicto armado y en situaciones posteriores a los conflictos”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Cf. Doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, Informe del *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párrafo 3. Esta definición, mantenida en el Informe de 2009 (cf. Doc. A/HRC/10/14, de 20 de enero de 2009, Informe del *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párrafo 3), mejora sustancialmente la contenida en el Informe de 2007 en el que se definían estas empresas como *empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia de seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, incluido el apoyo logístico no armado, los guardas de seguridad armados y los que intervienen en actividades militares defensivas u ofensivas* (cf. Doc. A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, Informe del *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, pár. 3). Por otra parte, en el Proyecto de posible Convención sobre las EMSP, art. 2, se propone por parte del Grupo de trabajo definir una EMSP como “la entidad empresarial que presta servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o personas jurídicas”. Los servicios militares referidos son servicios especializados vinculados con actividades militares, como planificación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento terrestre, marítimo o aéreo, vuelos de todo tipo, tripulados o no, vigilancia por satélite, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, apoyo material y técnico a las fuerzas



Otra definición de estas empresas en la que se hace hincapié en su carácter jurídico y comercial, y, por tanto, en la obtención de beneficios, así como en su posible carácter disuasorio del uso de la fuerza y sus finalidades, es la que nos ofrece C. Ortiz que las define como *una empresa privada comercial y legalmente establecida, que se beneficia de ofrecer servicios que involucran el uso “potencial” de fuerza de una manera sistemática y por medios militares, y/o por la transferencia de este potencial a clientes a través del entrenamiento militar diverso y otras actividades como ayuda logística, adquisición de equipo y recolección de inteligencia. Es un potencial porque la mera presencia de una corporación militar privada puede disuadir a agresores de considerar el uso de la fuerza como un medio para lograr sus objetivos. El rol de la compañía militar privada no necesita siempre involucrar el uso potencial o activo de fuerza, pudiendo dirigir sus actividades también al incremento de las capacidades militares y de seguridad de sus empleadores*<sup>72</sup>.

Una definición a destacar es la proporcionada por el *Centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF)* según la cual *las compañías militares privadas son empresas que ofrecen servicios especializados relacionados con la guerra y los conflictos, incluidas las operaciones de combate, la planificación estratégica, la recopilación de*

---

armadas y otras actividades conexas, mientras que los servicios de seguridad son la guardia y protección armadas de edificios, instalaciones, propiedades y personas, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones en los ámbitos de seguridad y la policía, el desarrollo y la aplicación de medidas de seguridad de la información y otras actividades conexas. *Vide Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010.*

<sup>72</sup> Ortiz, C., *Regulating private military companies: States and the expanding Business of commercial security provision*, en *Global Regulation. Managing Crises After the Imperial Turn*. L. Assassi, D. Wigan y K. van der Pijl (eds.), Nueva York, 2004, pág. 206.

*inteligencia, el apoyo logístico y operativo, el adiestramiento, el suministro y el mantenimiento*<sup>73</sup>. También es destacable la definición aportada por el *Documento de Montreux: las EMSP como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales*<sup>74</sup>.

Singer afirma que son *negocios que proporcionan a los Gobiernos servicios profesionales intrínsecamente ligados a la guerra; representan en otras palabras la evolución corporativa de la vieja profesión de mercenario*<sup>75</sup>.

Para finalizar con estas posibles definiciones, Laborie Iglesias toma en cuenta estas consideraciones previas y afirma que *las EMSP son entidades corporativas, con ánimo de lucro y legalmente establecidas; proporcionan, de forma abierta y mediante contrato, servicios ligados, directa o indirectamente, al uso de la fuerza armada a un número amplio de clientes; operan en áreas de conflicto armado o inestables en las*

---

<sup>73</sup> La ficha relativa a las EMSP se encuentra disponible en [www.dcaf.ch/publications/backgrounders](http://www.dcaf.ch/publications/backgrounders).

<sup>74</sup> El *Documento de Montreux* es el resultado de la *Iniciativa Suiza*, siendo el primer documento internacional que describe cómo debe ser aplicado el Derecho Internacional a las actividades de las EMSP siempre que éstas estén presentes en el contexto de un conflicto armado.

<sup>75</sup> Singer, P.W., "Outsourcing War", *Foreign Affairs*, vol. 84, nº 2, marzo-abril de 2005, pág. 120.

*cuales la acción del Gobierno responsable no está garantizada o es inexistente.*

Estas entidades corporativas ofrecen un amplio abanico de servicios remunerados en escenarios de conflicto que estaban en la mayoría de los casos asumidos por fuerzas militares nacionales. Su propósito es aumentar la capacidad de las fuerzas militares del cliente para funcionar mejor en un conflicto armado o impedir el conflicto tanto como sea posible. Los clientes son predominantemente Gobiernos, aunque en un número creciente de casos tales servicios son contratados por Organizaciones Internacionales, corporaciones multinacionales y organizaciones no gubernamentales, incluso la ONU. En función de los servicios prestados, cabe distinguir cuatro tipos diferentes dentro de estas entidades corporativas o empresas militares y de seguridad privadas.

El primer tipo son, básicamente, fuerzas con avanzada tecnología propia de la era industrial. Están integradas casi siempre por veteranos cualificados de las Fuerzas Armadas de grandes potencias y raramente simples soldados de infantería. Pueden llevar a cabo entrenamiento para soldados proporcionados por el cliente e incluso liderarlos en combate. *Executive Outcomes* es el ejemplo más claro del primer tipo de proveedor de estos servicios<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Fue fundada en 1989 por veteranos de las Fuerzas de Defensa sudafricanas, ex miembros del famoso Regimiento 78 o *Regimiento Búfalo*, y se registró en el Reino Unido en 1993. Interrumpió abruptamente sus actividades el 01 de enero de 1999 al salir del negocio, aparentemente en respuesta a la nueva legislación sudafricana que prohíbe la actividad mercenaria ejercida por sus nacionales.

Entre las compañías privadas militares operativas podríamos citar también como prototípica a *Blackwater*, fundada en 1997 por un ex US Navy SEAL (Fuerzas Especiales de la Marina estadounidense). Constaba de nueve unidades de negocio diferenciadas y

El segundo tipo lo constituyen las grandes empresas comerciales aparecidas a finales del siglo veinte que proveen el tipo de servicios esperados de un Estado Mayor en los Ejércitos nacionales más avanzados tales como consejo táctico, operativo y estratégico de alto nivel para la organización, entrenamiento, equipamiento y empleo de Fuerzas Armadas. Están compuestas casi exclusivamente por altos Oficiales y Oficiales retirados de las mayores Fuerzas Armadas, incluyendo normalmente, al menos, varios antiguos Generales. Con el uso de subcontratistas, son capaces de proveer la mayoría de los servicios requeridos por una fuerza armada tales como planeamiento estratégico, desarrollo de fuerzas, investigación y análisis de riesgos, entrenamiento de Estado Mayor, incluyendo operaciones aéreas y navales, entrenamiento en servicio múltiple, operaciones combinadas incluyendo inteligencia y entrenamiento combinado para unidades tácticas. Estas organizaciones están especializadas en la ayuda a Ejércitos de la era pre-industrial en su tránsito hacia el siglo XXI a través de la incorporación de técnicas para la conducción de la guerra tecnológica. *Military Professional Resources Incorporated (MPRI)* es el ejemplo paradigmático de este tipo<sup>77</sup>.

---

tal como afirmaba en su página web, ofrecía prácticamente cualquier servicio militar requerido. Con motivo de la matanza de la plaza Nissour en Irak, cambió su nombre a *Xe Services*, denominación que abarca unas dos docenas de filiales. Vide Baker, M., "Blackwater dumps tarnished brand name", *AP News Break*, 13 de febrero de 2009.

<sup>77</sup> *MPRI* fue fundada en 1987 por cuatro ex Generales estadounidenses retirados (cabe destacar a Carl E. Vuono, Jefe del Ejército durante la Guerra del Golfo y la invasión de Panamá; el General Crosbie E. Saint, antiguo Comandante en Jefe del Ejército de EEUU en Europa; y el General Ron Griffith) y tiene su base en Alexandria, Virginia. Fue adquirida en 2003 por el gigante de las comunicaciones *L-3 Communications*. L-3 MPRI 1320 Braddock Place Alexandria, VA22314.

El tercer tipo lo constituyen las compañías de apoyo militar (transporte, mantenimiento de instalaciones militares, servicios de intendencia...). No participan ni en la planificación ni en la ejecución de las actividades militares. Estas compañías son las que menos se diferencian de las compañías puramente civiles ya que, en un momento dado, cualquier compañía de transporte, por ejemplo, puede atender demandas militares. Son compañías menos especializadas que las anteriores y, por ello, también tienen salida comercial hacia el sector civil, siendo la estadounidense *KBR*, filial de *Halliburton*, el más claro ejemplo de este tercer tipo<sup>78</sup>.

El cuarto tipo de proveedor proporciona servicios altamente especializados con aplicación militar, pero estos grupos no son en sí mismos esencialmente militares o paramilitares en organización o métodos. Los miembros de estas empresas pueden tener o no experiencia o entrenamiento militar, pero tienen conocimientos y habilidades con una aplicación tanto militar como civil. Estas empresas suelen ser mucho más pequeñas que los anteriores tipos, llevando a cabo funciones tales como protección personal, interceptación de señales, seguridad de las comunicaciones o vigilancia electrónica. Un claro ejemplo lo constituye *Titan* que forma parte del *Grupo L-3 Titan*, proveedor, tal como afirma en su página web, de servicios, soluciones y

---

<sup>78</sup> *KBR Inc.* (anteriormente *Kellogg Brown & Root*) es una compañía estadounidense de ingeniería y construcción, con sede en Houston. Después de que *Halliburton* adquiriese *Dresser Industries* en 1998, la filial de ingeniería de *Dresser*, la compañía *M. W. Kellogg*, se fusionó con la filial de construcción de *Halliburton*, *Brown & Root*, para formar *Kellogg, Brown & Root*. *KBR* y sus predecesoras han obtenido muchos contratos con el Ejército de Estados Unidos durante la Invasión de Iraq en 2003, así como anteriormente durante la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Vietnam. Vide [www.kbr.com](http://www.kbr.com).

productos de información y comunicación para la Seguridad Nacional estadounidense<sup>79</sup>. La proliferación de actores privados en el ámbito de la inteligencia complica el panorama, ya de por sí enrevesado por la multiplicidad de organismos públicos, y dificulta que la información adecuada llegue a todos los involucrados. Esto viene generado por el hecho de que las EMSP devienen nuevos protagonistas de las políticas de seguridad. Todos los aspectos de la consecución de inteligencia requieren interpretación y si esto es llevado a cabo por actores cuya principal responsabilidad no es para con los votantes y con las instituciones democráticas sino hacia los accionistas, hay poderosas razones para la preocupación<sup>80</sup>.

El análisis de estas corporaciones exige que, con carácter previo, hagamos algunas precisiones terminológicas y conozcamos las razones que explican su aparición.

---

<sup>79</sup> Provee al Departamento de Defensa, agencias de inteligencia y a otros clientes gubernamentales. *L-3 Communications* (843) 824-2227 5965 Core Ave, #612, North Charleston, SC 29406 Cross Streets: Between Fain St/Aviation Ave/W Aviation Ave and Remount Rd.

<sup>80</sup> En un memorándum presentado por Patrick T. Henry, Assistant Secretary del Ejército de Estados Unidos, se establece que en los niveles operativos, estratégicos y tácticos, la función de inteligencia debería estar exenta de la ejecución por el sector privado en base al riesgo para la seguridad nacional. US Department of the Army, Office of the Assistant Secretary, Manpower and Reserve Affairs, "Memorandum Thru Administrative Assistant to the Secretary of the Army, Director of Army Staff". Se puede consultar en el sitio de Internet del *Center for Public Integrity*. Vide [www.publicintegrity.org/wow/report](http://www.publicintegrity.org/wow/report).

## 2. INCARDINACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA REVOLUCIÓN DE LOS ASUNTOS MILITARES

El escenario actual configurado desde el fin de la Guerra Fría, es el resultado de los profundos cambios y transformaciones que ha conllevado la transición del orden bipolar al llamado *nuevo orden*, produciendo una mutación esencial en el panorama mundial. El más trascendente quizá ha sido el cambio operado en el concepto y en la percepción del conflicto y de la seguridad, conceptos que ahora se han hecho multidimensionales, globales y dinámicos. La desaparición de la amenaza clásica, la disminución de las amenazas puramente militares y su modulación hacia otros tipos, los cambios operados en la naturaleza de las crisis y los conflictos, la globalización que afecta a todos los órdenes de la vida, el fenómeno de la transnacionalización creciente, la revolución tecnológica y la multiplicación de los actores internacionales independientes, pueden apuntarse como los factores esenciales que han modificado las coordenadas en las que se movía anteriormente el concepto de conflicto y el de seguridad<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Los Ejércitos occidentales, al mismo tiempo que se producía la reducción en el número de efectivos, iniciaron una profunda transformación para adaptarse a los retos producidos por la "revolución de la información" y los cambios tecnológicos asociados a la misma. Durante la última década del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI, algunos estudiosos trataron de conceptualizar esta transformación de las Fuerzas Armadas y del modo de llevar a cabo la guerra a través de la denominada *Revolución de los Asuntos Militares* (*RMA* en sus siglas en inglés), entendida como un cambio radical en el diseño de nuevas armas y equipos y en la orgánica y adiestramiento de sus Ejércitos, así como en la forma en que los Gobiernos se relacionan con el estamento militar. Con el término *RMA* se intentaba describir cómo las nuevas tecnologías de la información aplicadas al mando y control de las unidades militares en operaciones transformaban el modo de entender la guerra. Sin embargo, en los últimos años, los expertos militares e intelectuales han superado en cierta medida el debate sobre la *RMA*, centrandose las discusiones sobre la explotación de las nuevas tecnologías en beneficio de la implementación de aspectos prácticos en las Fuerzas Armadas y en la conducción de la guerra. *Vide* Latham, A., "The Transformation of War", incluido en Snyder, C.A.

La interacción de estas variables ha generado un doble fenómeno: por un lado, la focalización general de las preocupaciones de seguridad en nuevos riesgos; de otra parte, otros riesgos se convierten en emergentes al adquirir nuevas dimensiones de peligrosidad, ubicuidad, globalidad y capacidad de evolución hacia inéditas y amenazadoras formas y secuelas. Mientras en el período dominado por la guerra fría y el enfrentamiento Este vs Oeste, existía una nítida separación entre el concepto de seguridad externa, principalmente militar, y el de seguridad interna, esencialmente policial, estos límites se difuminan ante los nuevos planteamientos geopolíticos y geoestratégicos, donde aparecen nuevas variables determinantes en este cambio. El fin de la Guerra Fría eliminó el riesgo de una guerra nuclear global entre las superpotencias, pero desató una serie de conflictos interétnicos e internos en muchas partes del mundo, desde los Balcanes al África subsahariana y Asia, en los que se ha generalizado el uso de EMSP. El monopolio de la fuerza, previamente residente en las Fuerzas Armadas de las naciones para su propia defensa integral y seguridad, es ahora compartido por entidades comerciales.

Lo que conocemos como *guerra* ha sufrido un cambio radical en su fisonomía, actores y estructura jerárquica, con profundos cambios en la propia naturaleza de los conflictos y en el modo en que la seguridad es gestionada. Aun así, en este contexto singular, en el que se entremezclan el modelo antiguo y el actual del conflicto armado, permanece la naturaleza inmutable de la guerra tal como la definió Clausewitz, pues

---

(editor). *Contemporary Security and Strategy*, segunda edición, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2008.



ésta sigue consistiendo en un duelo que tiene como fin imponer la voluntad al enemigo<sup>82</sup>. Aunque los contendientes puedan presentar un carácter distinto, y también los medios con los que combaten, se mantiene la finalidad de doblegar al adversario. El problema estriba en que la distinción entre *guerra* y *paz* se está difuminando.

Históricamente, las circunstancias en las cuales las reglas de la guerra se aplicaban eran fácilmente identificables. Cuando se rompían las hostilidades entre dos Estados, el Derecho Internacional de la Guerra prevalecía entre los Estados combatientes. En todos los demás casos, el Derecho Internacional de Paz estaba en vigor y regulaba todo contacto entre las Naciones. En cambio, el escenario estratégico actual se caracteriza por su complejidad, incertidumbre y potencial peligrosidad. Los conflictos actuales y, previsiblemente los futuros, responden a una configuración multidimensional que hace inviable su resolución por medio de herramientas exclusivamente políticas, diplomáticas, económicas o militares.

Esta configuración multidimensional obedece al creciente número de actores involucrados, públicos y privados, gubernamentales y no gubernamentales; a la conjunción de los componentes políticos, económicos, culturales, étnicos o religiosos que en ellos intervienen con distinta intensidad; y a la amplitud de su extensión en el espacio y en el tiempo. En el espacio, porque la repercusión es mucho más amplia, haciendo que las fronteras ya no constituyan necesariamente el marco de

---

<sup>82</sup> General Clausewitz Von, K: *On War* (1ª Edición, 1832), Londres, Pelican Books, 1968, (trad. castellana: *De la Guerra*, Labor, Barcelona, 1984).

referencia para garantizar la seguridad nacional. En el tiempo, porque crisis que han quedado latentes, sin una resolución definitiva, se han reactivado en numerosas ocasiones con gran violencia y de forma inesperada. A los tradicionales riesgos y amenazas a la seguridad, que implicaban una respuesta casi exclusivamente militar, se han unido otros que si bien no tienen la capacidad destructiva de la guerra convencional, dificultan y degradan el desarrollo social y económico de los países y regiones con consecuencias negativas tanto en el plano nacional como internacional. La emergencia de Estados frágiles, débiles o directamente *fallidos o fracasados*, insurgencia crónica, proliferación de beligerantes no estatales y la movilidad global, hacen difícil trazar la línea entre *guerra* y *paz* y seleccionar las estrategias legales apropiadas.

Cambia la estructura jerárquica de la guerra que hasta hace no mucho había sido una cuestión casi exclusiva de los Estados. El resultado es una nueva forma de enfrentamiento que algunos autores han venido a denominar la *guerra en red*<sup>83</sup> y que se trata de una concepción omnicomprensiva del conflicto. La configuración en red permite el entendimiento, la cooperación y las alianzas entre poderes políticos y criminales, entre grupos terroristas, crimen organizado<sup>84</sup>, organizaciones paramilitares y Estados<sup>85</sup>. De esta manera, las guerras jerárquicas de unos Estados contra otros, como supremos representantes del poder de los pueblos, dan paso a conflictos entre actores diversos.

---

<sup>83</sup> Jordán Enamorado, J.: "Una nueva era en la historia del conflicto", artículo aparecido en la *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, diciembre 2001, págs. 966 y ss.

<sup>84</sup> Para una definición de crimen organizado, *vide* Doc. Consejo de la Unión Europea 6204/2/97 Enfopol 35 Rev. 21.

<sup>85</sup> Ya en 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas manifestó su alarma por este tipo de colusión. *Vide Resolución 44/81* de la Asamblea General, de 8 de diciembre.

Las amenazas a la seguridad adquieren un carácter multidimensional disperso y mucho más difuso, consecuencia de la propia naturaleza de los adversarios. El espectro potencial de violencia es inmensamente amplio y la variedad de amenazas y la configuración del sistema global provocan un cambio radical en la forma del conflicto. Los enfrentamientos entre Ejércitos tradicionales son todavía posibles pero también lo es cada vez más la opción de saltar las barreras de lo convencional y aprovechar otras vías. En muchos casos, no existe frente identificable materialmente, la red que entrelaza a los distintos actores es el nuevo campo de batalla. La jurisdicción, las fronteras y las identidades son barreras que se traspasan fácilmente en la *guerra red*. Como consecuencia, un mismo conflicto puede requerir la actuación de diferentes Ejércitos, servicios de inteligencia, fuerzas policiales, empresas, instituciones políticas, Estados, etc.

Un efecto muy interesante que se deriva de la *guerra red* es la desmilitarización del conflicto. Se mantiene la finalidad y naturaleza última de forzar la voluntad del adversario, pero lo que sucede es que se emplean medios que, en muchos casos, no suponen el enfrentamiento de Ejércitos convencionales, incluso, en ocasiones, no hay empleo de fuerzas. Esta transformación del fenómeno violento y la consiguiente desmilitarización del empleo de la fuerza además de deberse al cambio de paradigma que supone la *guerra red* es también una consecuencia del modo que han adoptado los Estados desarrollados a la hora de plantear las campañas militares.

La opción frente a esta situación es la denominada *guerra asimétrica*, también llamada *guerra civil molecular* o *conflicto de cuarta generación*<sup>86</sup>. Se trata de una idea antigua que se encuentra en el pensamiento de muchos estrategas clásicos y que consiste en aprovechar la propia ventaja, evitar la fuerza del enemigo y acometer contra su punto débil<sup>87</sup>. La principal motivación política de las intervenciones militares llevadas a cabo en el Golfo, Bosnia, Kosovo, Afganistán e Irak, ha consistido en alejar la guerra de la vida cotidiana de los ciudadanos y disminuir al mínimo las bajas propias y ajenas, o, en su caso, limitar su difusión, por la escasa tolerancia y predisposición a las mismas de la opinión pública. Ante tal limitación política y social de las economías avanzadas, identificadas normalmente como democracias, la respuesta del adversario consiste precisamente en llevar la guerra *al corazón del territorio enemigo*. Muchos dirigentes saben que sus Fuerzas Armadas resultan aptas para disuadir o luchar contra las de sus vecinos, pero con toda seguridad serían derrotadas si se enfrentasen a las de Estados

---

<sup>86</sup> El conflicto asimétrico supone el uso prolongado de la violencia de bajo nivel para dejar sin efecto un sistema político o forzar algún cambio fundamental en el *statu quo* político. Se pueden dividir estos conflictos en transnacionales e internos, siendo los primeros guerrillas o grupos armados que operan en distintos puntos del mundo y hasta de forma simultánea (*Jihad islámica, Hamas, Al Qaeda...*). Los segundos podrían ser denominados como un nuevo tipo de guerra civil, desarrollándose preferentemente dentro de los límites del Estado, con la implicación necesaria de un progresivo involucramiento de la sociedad civil, por lo que puede prolongarse durante años y permea sus instituciones. Los ejemplos claros serían las guerras nacionalistas o interétnicas tal como sucedió, por ejemplo, en la ex Yugoslavia. Vide Mariano Bartolomé: "El desafío de los conflictos intra estatales asimétricos en la Post Guerra Fría"; *Revista Argentina Global*, nº 4, enero-marzo 2001, págs.1-2.

<sup>87</sup> El enfrentamiento asimétrico se puede advertir en el relato bíblico de Gedeón y sus escasos hombres derrotando a los Ejércitos de Madian y Amadec; en la aniquilación de las legiones de Quintilio Varo en la selva de Teutoburgo en el año 9 de nuestra era, o, más recientemente, la destrucción de las columnas blindadas rusas en las calles de Grozni durante el invierno de 1994. Este concepto, apareció recogido en la *Directiva de Defensa Nacional* española de diciembre de 2000, asentándose en la *Directiva de Defensa Nacional 1/2004* que recogió los conceptos generales de la *Revisión Estratégica de la Defensa* de 2003 e introdujo importantes novedades en la formulación de nuestra política de Defensa.

Unidos o la OTAN. En consecuencia, la opción del enfrentamiento asimétrico representará una baza que cada vez más adversarios estarán dispuestos a jugar<sup>88</sup>. Las características distintivas de este tipo de enfrentamientos son la insurgencia, la utilización de tácticas no convencionales, la formación de unidades irregulares, la sorpresa estratégica, la capacidad de movilidad, el uso de estructuras de combate y elementos simples y la utilización de criterios informáticos con fines disruptivos o de espionaje. A partir de esta tipología, surgen claras diferencias con las variables que intervienen en los conflictos tradicionales; sin embargo se combinan, al menos en el nivel táctico, formas simétricas y asimétricas de combate.

La modulación conceptual de la seguridad está íntimamente unida a las nuevas percepciones sobre los conflictos y los riesgos y amenazas derivados de los mismos. En el orden anterior, las crisis eran totalmente predecibles y controlables estratégicamente. En la actualidad, la confrontación ofrece un escenario en el que la inestabilidad del entorno y la incertidumbre asociada a la evolución de los acontecimientos otorgan una dimensión totalmente nueva a los conflictos y tensiones que se generan. El fenómeno de la globalización ha producido una convergencia innegable en la apreciación y valoración interna y externa de las amenazas de seguridad, en su impacto en las sociedades y en los instrumentos y modos de prevención, control y reacción contra las mismas. La razón es que lo que tradicionalmente hemos concebido como

---

<sup>88</sup> El conflicto de Afganistán puede constituir un claro ejemplo de esta nueva concepción de la guerra, con una táctica de guerrillas, atentados, secuestros...

guerra, es decir, una guerra entre Estados en la que el objetivo es infligir la máxima violencia, se está convirtiendo en un anacronismo. En su lugar, surge un nuevo tipo de violencia organizada, especialmente en África y Europa del Este, propia de la actual era de globalización, que la profesora Kaldor denomina *guerra* para subrayar su carácter político, pese a que, sigue afirmando, las nuevas guerras implican un desdibujamiento de las distinciones entre guerra (normalmente definida como la violencia por motivos políticos entre Estados o grupos políticos organizados), crimen organizado (la violencia por motivos particulares, en general el beneficio económico, ejercida por grupos organizados privados) y violaciones a gran escala de los Derechos Humanos (la violencia contra personas individuales ejercida por Estados o grupos organizados políticamente)<sup>89</sup>. La violencia se organiza cada vez con mayor frecuencia a través de agentes contractuales, redes de influencia carismática y social, e incluso ejemplos inspiradores, en lugar de apelar al mando y control directos. Resulta cada vez más complicado determinar dónde y cuándo se está desarrollando un conflicto armado, qué significa la “participación activa en las hostilidades”, y cuándo la violencia está “asociada” con un conflicto armado. Con la participación en las hostilidades dispersada a través de redes contractuales y sociales, resulta cada vez más difícil mantener las distinciones entre los daños colaterales lícitos infligidos por los Estados, el terrorismo no estatal y el asolamiento de las comunidades civiles por parte de las milicias, por lo que podría derrumbarse no sólo el hecho de la distinción, sino su mismo principio.

---

<sup>89</sup> Kaldor, M., *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*. Kriterion. Tusquets Editores, 2001, págs.15 y ss.

Los cambios operados en el modelo de los conflictos armados tienen también su reflejo en sus actores o participantes. Tradicionalmente, al hablar de combatientes se estaba haciendo referencia a los componentes de los Ejércitos regulares, que, a su vez, luchaban según cánones tradicionales. Pero uno de los aspectos más destacables del entorno estratégico desde finales del siglo XX es la aparición de nuevos actores, o la profunda transformación de otros ya existentes desde antiguo, relevantes desde el punto de vista de la seguridad, lo que modifica aún más profundamente la finalidad, los objetivos, los medios y, en general, la concepción del conflicto. Algunos de ellos ya existían desde hace tiempo, las guerrillas y grupos violentos son fenómenos antiguos, pero los medios que pueden emplear les confieren una importante novedad estratégica.

En el caso de las empresas militares y de seguridad privada transnacionales, el contenido de conceptos como ganancias y pérdidas o intereses vitales, pueden diferir sustancialmente de los clásicos atribuidos comúnmente al Estado. Estos nuevos actores plantean riesgos que en algunos casos sustituyen y en otros complementan a la amenaza clásica contra la integridad territorial del Estado y que son actualmente contemplados en los vigentes conceptos estratégicos militares incluso en el seno de la OTAN y por los Servicios de Inteligencia, como amenazas reales o potenciales contra la seguridad exterior. Los Estados comparten a partir de ahora el monopolio de la fuerza con otros acompañantes y recién llegados de muy diferente naturaleza. Considerado tradicionalmente como el factor esencial de un Estado, particularmente en

las culturas occidentales, el monopolio estatal del uso de la fuerza como medio de imposición del orden y para la provisión de seguridad, ha respaldado tradicionalmente la regulación nacional e internacional del uso de la fuerza, asumiendo implícitamente que la fuerza legítima será usada por los actores estatales.

Esta asunción también sostiene la noción de *seguridad colectiva* que está en el corazón de la *Carta* de las Naciones Unidas y del sistema de seguridad de las mismas. El cambio de este poder hacia actores privados, a menudo dirigidos y controlados por superiores privados que no son directamente responsables ante la opinión pública, genera cuestiones sobre cómo un Gobierno puede proteger y defender de forma efectiva los intereses estatales, incluyendo los Derechos Humanos de sus propios ciudadanos, así como ejercer el uso de la fuerza de una manera responsable, de forma que los derechos de los ciudadanos sean respetados. La privatización de la violencia permite que unos sean los que financien y otros los que empleen la fuerza. Esto es aplicable a una relación entre entes diferentes de los Estados (por ejemplo, un cártel de traficantes de droga y un grupo terrorista, o un grupo de crimen organizado y otro de matones a sueldo), pero también a una relación entre un Estado y una empresa militar y de seguridad privada.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Ejemplos de los últimos serían el del Gobierno de Papúa Nueva Guinea que en 1996 contrató los servicios de *Sandline International*, una EMSP ya desaparecida con sede en las Bahamas pero con la mayoría de su personal de origen británico, para luchar contra los independentistas de la isla de Brazzavil; la actuación de la empresa británico-sudafricana *Executive Outcomes* contratada por las empresas que trabajan en el sector de los diamantes en Sierra leona o los encargos recibidos por *Defence Systems Limited*, *Gurkha Security Guards*, *Stabilco* e *IDAS* en distintos países del África subsahariana.



En cierto modo, la emergencia de estos actores puede suponer una vuelta al estado de naturaleza en lo relacionado con la seguridad global, es decir, un recrudescimiento de la visión realista que en los últimos decenios se había visto moderada por la reticencia creciente de los Estados desarrollados a emplear entre sí la fuerza armada y por la consolidación de la *interdependencia compleja* entre unos y otros. Esto es lo que se deduce también de las cifras, ya que para algunos actores no estatales la opción por la guerra puede suponer costes menos onerosos que para los Estados y, por ello, convertirse en una posibilidad más aceptable. En determinados casos, la guerra puede ser incluso el motivo de su propia existencia. Pero también hay que tener en cuenta que en este tipo de conflictos, el uso por parte de los propios Estados de EMSP hace que puedan actuar en muchas ocasiones de espaldas a la opinión pública, lo que lleva a disminuir los costes psicológicos y sociales de utilizar el recurso a la fuerza. Si no hay que hacer sacrificios es más fácil utilizar la fuerza pues los riesgos son bajos y los beneficios potenciales enormes.

La existencia del recurso a estas empresas hace que la opción de la fuerza sea tan atractiva o más que el recurso a la negociación y que la mejor alternativa a un acuerdo negociado sea la fuerza. Esta situación es ideal para la proliferación de la actividad de las empresas militares y de seguridad privada. Sus actividades y otras de carácter similar han sido más frecuentes en los conflictos de los últimos años. Si bien se manifiestan prácticamente en todos los conflictos, han estado particularmente presentes en los conflictos armados de Afganistán,

Angola, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Cachemira, Chechenia, Colombia, República del Congo, Eritrea, Etiopía, Georgia, Kosovo, Liberia, Papúa Nueva Guinea, República Democrática del Congo, Sierra Leona e Irak. Estas empresas y su personal proceden de una serie de países igualmente extensa y diversa de la antigua Unión Soviética, Europa, Oriente medio, América y África.

En definitiva, y atendiendo a este nuevo modelo operativo, estas empresas llevan a cabo contratos, sobre todo con Gobiernos africanos, para la provisión de servicios de seguridad interna, mantenimiento del orden público e incluso terminar con conflictos armados internos. Si dichos contratos están siendo de hecho concluidos, los Gobiernos que los firman deben estar haciéndolo sobre la base de una decisión soberana. Pero se generan dudas sobre si con ello el Estado sigue cumpliendo con su responsabilidad primordial en relación con su obligación básica e inalienable de mantenimiento del orden interno y la seguridad al trasladar esas responsabilidades a empresas militares y de seguridad privada registradas en terceros países que venden servicios de seguridad. Pero lo que se intentará establecer es que lo que el Estado hace no es trasladar la responsabilidad sino su ejecución, debiendo mantener control sobre la misma y responder por cualquier exceso represivo que estas compañías puedan cometer respecto de la población civil, especialmente por cualquier violación del Derecho Internacional Humanitario o de los Derechos Humanos.

Asumiendo que las sospechas sobre algunas actividades ilegales de esas empresas que venden servicios militares y de seguridad a cambio de dinero o la concesión de aprovechamiento de recursos naturales... puedan ser probadas, se considera que constituye una razón adicional para la modificación del actual marco legal en relación con la existencia de un mercado para la prestación de servicios de seguridad. Lo que queda claro hoy por hoy es que con la legislación vigente, la comunidad internacional debe aceptar y tratar con la idea de que la existencia y contratación de estas entidades es ilegal solo en unos pocos casos marginales, ya que la propia regulación de la figura del mercenario es claramente deficiente. Una normativa adecuada debería establecer claramente cuándo, cómo y en qué circunstancias debería considerarse legal y legítimo el reclutamiento, financiación o uso de estas empresas.

### 3. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS. EXTERNALIZACIÓN vs PRIVATIZACIÓN

La privatización coincide con otros desarrollos políticos y económicos que incluyen la globalización, libre mercado, integración de mercados, desregulación... que refuerzan la preferencia ideológica por el control privado sobre el público y el mercado sobre los valores no económicos<sup>91</sup>. Globalización, privatización, *outsourcing*... son términos que se aplican con profusión en la actualidad sin que se sepa muy bien qué significan realmente. *Globalización* describe un fenómeno causado en gran parte por los avances tecnológicos, específicamente los avances en la tecnología de la información y transporte más barato que, simultáneamente, han *deslocalizado* la inseguridad, facilitado la movilidad corporativa, e incrementado el movimiento y acceso a mano de obra barata. *Privatización* es una receta política dominante reciente de trasvase de titularidad del ámbito público al privado<sup>92</sup>. *Outsourcing* es una decisión de negocios crecientemente politizada. La realización por el sector privado de tareas previamente llevadas a cabo por el sector público puede ser llevada a cabo bien mediante la transferencia de la propiedad, delegación de la gestión, la subcontratación, o el abandono deliberado de una tarea pública con la intención de permitir que los actores privados

---

<sup>91</sup> Freeman, J., "Extending Public Law Norms Through Privatization", 116 *Harv. L. Rev.* 1285, 2003, págs. 1292-93.

<sup>92</sup> Una *Recomendación* del Consejo de Europa define la privatización como "la transferencia total o parcial de la propiedad o control del ámbito público al privado de una tarea que cesa así de ser pública" y "la transferencia a una persona privada de una actividad previamente llevada a cabo por una empresa pública o autoridad pública, tanto si está acompañada o no por una transferencia de la propiedad". *Recomendación* N.º. R (93) del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Privatización de las Tareas Actividades Públicas, 500ª Reunión de 18 de octubre de 1993, disponible en [www.coe.int](http://www.coe.int).

tomen el control<sup>93</sup>. Una buena parte de la problemática que se plantea respecto al régimen de estas empresas y la responsabilidad del Estado por las acciones de las mismas, proviene de la confusión existente sobre todo entre estos dos últimos términos, cercanos pero diferentes, la *privatización*<sup>94</sup> y la *externalización* o *outsourcing*.

A partir de la II Guerra Mundial, el sector empresarial privado ha tenido un importante desarrollo tanto en su capacidad como en la fiabilidad de su respuesta a las necesidades del sector público. Hasta hace pocos años, la mayoría de las fábricas, almacenes y talleres que cubrían las necesidades de los Ejércitos pertenecían al sector público y en tiempo de paz el sector privado prácticamente se limitaba al suministro de víveres y algunos materiales que no compensaba fabricar en los centros oficiales. El desarrollo de las empresas privadas y su relación con los órganos de la Administración ha hecho factible que el concepto de participación del sector civil en los conflictos se haya extendido a las situaciones que no pueden calificarse en propiedad como de guerra<sup>95</sup>.

Es evidente que el progreso tecnológico actual impide que una entidad, ya sea pública o privada, alcance el nivel de excelencia en todos y cada uno de los sectores de su actividad. Por otro lado, cabe diferenciar lo que para la misma es fundamental y exclusivo de lo que se

---

<sup>93</sup> Hallo de Wolf, A., "Modern *Condottieri* in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law", *13 Ind. J. Global Legal stud.* 2006, pág. 315.

<sup>94</sup> Vide Laguna Sanquirico, F. "Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa" Obra conjunta, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"* Bosch Editor, 2009, págs. 44-46.

<sup>95</sup> Laguna Sanquirico, F., "Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa", *La privatización del uso de la fuerza armada, política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, *op. cit.*, pág 44.

ha añadido para alcanzar el resultado final. Por estos motivos surgió desde hace bastante tiempo la necesidad de contar con el apoyo y la colaboración de otros organismos o empresas. El proceso de modernización en el que se encuentran inmersas las Fuerzas Armadas viene enmarcado por la simplificación de estructuras, la profesionalización de sus fuerzas y el incremento sustancial de las capacidades operativas. La actividad militar ha evolucionado para ser más directiva y técnicamente orientada. Todo ello en un entorno que se caracteriza esencialmente, desde el punto de vista económico, por una política presupuestaria de contención y eficiencia del gasto público. Desde el punto de vista operativo, hay una constante ampliación de los posibles escenarios y de las amenazas emergentes.

Así pues, la reducción de personal y el incremento paulatino de la participación en numerosas y variadas misiones de carácter internacional, caminan paralelamente al acrecentado ritmo de innovación científica y tecnológica, acelerando la transformación de un modelo inicial de gestión militar directa de los servicios necesarios para el normal funcionamiento de las Unidades en operaciones militares, hacia un modelo de contratos de servicios y apoyos con participación de empresas del sector privado<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Tradicionalmente, la argumentación en pro de la privatización se ha basado en términos económicos. Desde el punto de vista económico, los servicios necesariamente públicos son aquellos que no pueden ser denegados a la gente que no quiere pagarlos, y, por tanto, no crean un mercado favorable para su provisión privada. Esta cualidad existiría cuando el servicio en cuestión requiere su cobertura universal. De todos modos, la naturaleza pública de un servicio solo significa una prohibición de una dejación pública en su prestación general, no dice nada respecto de su posible provisión privada. Como resultado, de igual modo que el Estado puede privatizar la producción de armamento, podría, en principio, externalizar el uso de ese armamento.

Esta situación ha obligado a la búsqueda de nuevos procedimientos para hacer frente a las demandas que implica el cumplimiento de las diferentes misiones asignadas a este nuevo modelo de Fuerzas Armadas. Dentro de esa búsqueda de soluciones se encuentra la opción de implicar de manera más significativa a la empresa civil en el apoyo a la institución militar en aquellos campos en los que esa alternativa sea posible<sup>97</sup>. De esta forma, en el conjunto de las Fuerzas Armadas se han venido materializando de manera gradual y progresiva unos conceptos de gestión militar-empresarial que responden al nombre de *externalización y privatización*.

Aunque la *externalización* es un modelo de colaboración nacido en las macro empresas del sector de la automoción, pronto se extendió a los restantes sectores tanto privados como públicos, planteando un escenario distinto respecto a cómo solucionar las necesidades logísticas. El hecho de que naciera en el área anglosajona bajo el nombre de *outsourcing*<sup>98</sup> ha planteado problemas en cuanto a la traducción ya que en castellano unas veces se equipara a *externalizar*<sup>99</sup> y otras a procesos de *privatización*. Pero *externalización y privatización* no son términos sinónimos, pues los procedimientos a los que se refieren son distintos y conviene señalar sus diferencias.

---

<sup>97</sup> En relación con el dilema público-privado, P.W. Singer escribe: "la división del mundo en las esferas pública y privada está en el centro del largo debate sobre cuál debería ser la función del Gobierno. Ya desde que la legislación por el monarca fue reemplazada por el Estado burocrático del siglo diecisiete, ha habido un toma y daca entre lo público y lo privado, con la línea entre los dos en constante flujo. De hecho, el debate sobre donde debería recaer esta línea ha sido descrito como una de las grandes dicotomías del pensamiento político occidental. *Vide* Singer, P.W., *Corporate Warriors*, *op. cit.*

<sup>98</sup> Según el diccionario Collins Master, Editorial Grijalbo, edición de 2002, se entiende como *outsourcing*, "la contratación de mano de obra que no pertenece a la empresa".

<sup>99</sup> "La Externalización en Operaciones". Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ejército de Tierra, septiembre 2007, pág. 2.

El término *externalización* no figura en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua sino que se trata, tal como se ha señalado, de una traducción, más o menos acertada, del término anglosajón *outsourcing*<sup>100</sup>, aunque adquiere ciertos matices al aplicarlo al sector público. Nos referimos a la transferencia que una empresa (cliente) hace a otra (contratista) de una determinada función o servicio accesorio. No se trata de la simple contratación de un servicio, sino que abarca tareas más complejas que incluyen la encomienda de la gestión del proceso completo (control de calidad, gestión de nóminas, selección de personal, diseño, producción, distribución, investigación y desarrollo, mantenimiento integral...), superando por tanto el concepto de contratación en su sentido más estricto.

Por otra parte, la *privatización* va más allá e implica la transferencia de la titularidad de la actividad hasta entonces pública, cesando totalmente la Administración en su gestión y control. La gestión de un servicio externalizado podría recuperarse sin muchos obstáculos, al menos legalmente, ya que se trataría de no renovar el contrato o de revocarlo, si fuera el caso. Por el contrario, esto no ocurre con un servicio privatizado, con la excepción, como ocurre en España, claro está, de la movilización de recursos al servicio de la Defensa Nacional en los casos previstos por la Ley<sup>101</sup>. Esa pérdida de la titularidad que supone la *privatización* es lo que se debe evitar para que de una manera más

---

<sup>100</sup> Sánchez Guerrero, M., Comandante de la Guardia Civil. La Externalización de Servicios. Monografía del VII Curso de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. CESEDEN. Madrid, 30 de abril de 2006, pág. 2.

<sup>101</sup> Ley Orgánica 4/81, de 01 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y Ley 50/69, de 26 de abril, de Movilización Nacional.



sencilla se pueda controlar a las compañías militares y de seguridad privada.

Tanto con la *externalización* como con la *privatización*, se establece un contrato para que una empresa privada o pública, lleve a cabo tareas que antes realizaba el contratante con sus propios medios. Estas tareas pueden corresponder a necesidades importantes o complementarias, pero nunca pueden llegar a lo que se denomina *Core Business*, esto es, el núcleo o la razón fundamental de su función. La diferencia se encuentra en que mientras en la *externalización*, sobre todo cuando se trata de un órgano del sector público, éste mantiene la titularidad y, por lo tanto, la responsabilidad total del control de la gestión; en la *privatización*, al implicar una cesión en la titularidad de la actividad que se transfiere, no sucede esto y la empresa adjudicataria es la responsable de lo que tienen que realizar, dentro, naturalmente, de lo contratado.

Esta diferencia es particularmente importante cuando se trata de funciones que afectan a temas estratégicos, en los que puede resultar afectado el conjunto de la sociedad. Y el caso más concreto es el de la Defensa y la Seguridad, en los que el Estado no puede ceder nunca la titularidad y en los casos en que se estableciera un contrato de este tipo, puede afirmarse que se produciría una dejación de las responsabilidades propias que no sería aceptable en una Nación moderna y debidamente estructurada. Por eso, no es apropiado hablar de la *privatización* de la Defensa, aunque en algunos trabajos se habla de ella. La *externalización*

de un servicio determinado en ningún caso puede suponer la transferencia de la titularidad del mismo, por lo que la Administración Pública debe continuar manteniendo la tutela en la ejecución, generalmente mediante mecanismos de control, pudiendo revertir en todo momento la gestión del servicio externalizado.

La decisión de externalizar debe analizarse a corto y medio plazo y tener definida una estrategia clara, considerando que, inicialmente, el límite de la *externalización* lo marca el núcleo duro, entendiendo como tal aquello que un sistema, organismo o empresa hace mejor que nadie y, en consecuencia, es ahí donde debe concentrar su talento y energía, evitando distraer recursos en actividades que pueden ser realizadas por agentes externos<sup>102</sup>. Los límites deben, por tanto, quedar claramente definidos por la retención por parte de las Fuerzas Armadas de todas aquellas actividades o capacidades que constituyan su verdadera razón de ser, paradigmáticamente el combate, pudiéndose externalizar sólo aquellas que resulten secundarias, accesorias o complementarias. En la Doctrina del Ejército de Tierra español se fijan los límites, aunque se puntualiza que, en cualquier caso, el límite no está claro y debe definirse para cada situación concreta. Según esta doctrina, la externalización no podrá efectuarse respecto de tareas de combate ni en aquellos supuestos en los que la misma suponga una merma en la operatividad de las Unidades, una grave interferencia para la acción de mando ni en aquellos supuestos en los que la externalización pueda suponer una privación de

---

<sup>102</sup> Laguna Sanquirico, F., General de Brigada y Díaz Moreno, A., Director de Desarrollo de CLEDE. "La Externalización en el Marco de la Defensa Nacional". *Boletín de Información* nº 289. CESEDEN. 2005, pág. 59.

conocimientos o técnicas que deban o pudieran ser asumidas en operaciones exclusivamente por militares”<sup>103</sup>.

#### 4. FACTORES DETERMINANTES DE LA EXISTENCIA DE EMSP

La aparición de las EMSP<sup>104</sup> responde a determinados factores que operan tanto desde el punto de vista de la demanda de servicios militares y de seguridad como de los proveedores de los mismos<sup>105</sup>.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el sistema bipolar de la Guerra Fría había establecido un orden internacional estructurado por el *horror al vacío*, lo que suponía que cualquier Estado presentaba algún interés para las superpotencias, por lo que era importante impedir su control por la rival. La respuesta tradicional al tratar con áreas de

---

<sup>103</sup> “La Externalización en Operaciones”. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ejército de Tierra, septiembre de 2007, pág. 8.

<sup>104</sup> Se estima que la primera compañía militar privada fueron los mercenarios de la *Harold Hardaade's Norse* que inicialmente lucharon en nombre del Imperio Bizantino en 1032 d.C. como entidad separada y más tarde pasó a formar parte del componente mercenario del Ejército Bizantino. Por otra parte, a principios del siglo XIV se produjo otra innovación organizacional de los mercenarios con la formación de la *Gran Compañía Catalana* que se convirtió en la primera “compañía libre” de mercenarios. Una “compañía libre” de mercenarios era un grupo de mercenarios que ofrecían conjuntamente en el mercado sus habilidades militares como una Unidad. Esta estructura organizativa representó otro paso en la dirección de las modernas EMSP hasta que fue reemplazada por un sistema en el que los Estados contrataban con los comandantes mercenarios, *Condottieri*, los cuales contrataban a su vez el número de mercenarios requeridos por el contrato. *Vide* Ridlon, D.P., “Contractors or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq”, 62 *A.F. L. Rev.* 199, 2008, págs. 210-11.

<sup>105</sup> Hay autores que simplemente achacan la emergencia de proveedores de servicios militares y de seguridad privados a la lógica progresión desde la privatización de la producción de bienes militares (industria de armamento) en Europa y América del Norte, habiendo comenzado este fenómeno como el natural incremento por parte de las firmas vendedoras de armamento de servicios anejos como el mantenimiento y el entrenamiento en el uso de las armas vendidas. *Vide* en este sentido, Krahnmann, E., “The Privatization of Security Governance: Developments, Problems, Solutions”, *Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Außenpolitik (AIPA)*, AIPA 1/2003, Lehrstuhl Internationale Politik, University of Cologne: Cologne, 2003, págs. 13 y 17.

inestabilidad solía ser una intervención exterior, normalmente por una de las grandes Potencias.

La caída de la Unión Soviética como superpotencia anuló este marco de relaciones internacionales, desapareciendo la razón para la actividad militar que se había estado desarrollando durante gran parte del siglo XX. La demanda de los servicios de las EMSP se vio influida por cambios en la naturaleza de las operaciones de combate y la disminución de la predisposición de las naciones desarrolladas a participar en conflictos internos. Occidente respondió con la búsqueda de una nueva política de desenganche activo respecto de los Estados y regiones que entendía que habían perdido interés estratégico. Más aún, varias naciones se convirtieron en periféricas respecto a los intereses nacionales vitales de las grandes Potencias. La presencia, interés y solidaridad política fueron reemplazados por la determinación de una responsabilidad por la paz localizada, por la seguridad y desarrollo económico<sup>106</sup>. Occidente ya no estaba ansioso por tratar lejanos conflictos regionales de carácter étnico y nacionalista tan directamente como durante la Guerra Fría, adoptando una estrategia de participación temporal, y solo en caso necesario. Las estructuras militares no eran capaces de adaptarse rápidamente a las mudables circunstancias locales<sup>107</sup>. Esta incapacidad de los países desarrollados para definir claramente sus intereses respecto

---

<sup>106</sup> Avant, D., *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, op. cit., 2005.

<sup>107</sup> La capacidad del sector privado para contratar personal de variadas nacionalidades y diversa formación permitiría al Estado tener la oportunidad de diversificar su presencia de una forma que se adaptara mejor a la cultura indígena que si utiliza la fuerza pública. Vide Sullivan, S.M., "Private Force / Public Goods", *Connecticut Law Review*, vol. 42, n° 3, 2010, pág.889.

de los conflictos internos creó un vacío de seguridad en las áreas en conflicto, lo que propició oportunidades para las EMSP para contratar directamente con los Estados en desarrollo la provisión de seguridad e incluso fuerzas de combate<sup>108</sup>.

Adicionalmente, la segunda mitad del siglo XX produjo varios Estados marginalmente viables y expuso las debilidades de otros más antiguos. El resultado ha sido un gran número de conflictos internos, especialmente en África: revoluciones, irredentismo, movimientos de independencia y separatistas. Casi todos ellos están en los márgenes de los intereses de las grandes Potencias y ya no son de gran interés para los antiguos adversarios del ahora difunto mundo bipolar<sup>109</sup>. Estos conflictos internos son más limitados geográficamente, con combates localizados entre fuerzas sin entrenamiento y pobremente equipadas y con menos bajas que en los conflictos interestatales. Ello no es óbice para que sean brutales, con absoluto desprecio por las reglas de la guerra y comisión de atrocidades contra los no combatientes, lo que precipita frecuentes crisis humanitarias.

Para los países en desarrollo, un Ejército profesional permanente es una propuesta muy cara y en muchos casos una amenaza para la estabilidad interna y lo que es peor, inefectivo cuando finalmente es necesitado. Para los Gobiernos de esos Estados, las Empresas Militares y

---

<sup>108</sup> Kinsey, C., *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, 2006.

<sup>109</sup> "En la elaboración de la política exterior, el internacionalismo desinteresado llega en un muy pobre segundo plano en el interés nacional en un mundo de proliferación de conflictos civiles lejos de los grandes centros de poder", Parsons, A., *From a Cold War to Hot Peace: UN Interventions 1947-1995*, London: Penguin, 1995, Pág. 270.

de Seguridad Privada pueden constituir una alternativa atractiva pues pueden ser contratadas y despedidas en función de la necesidad y el desempeño en lugar de por cuestiones políticas<sup>110</sup>. Están disponibles de forma muy rápida cuando son requeridas y sin compromisos políticos. Esto supuso una significativa expansión de la demanda de sus servicios, motivando la formación de EMSP con recursos y capacidades comparables y compatibles con los de muchas Fuerzas Armadas occidentales. De esta forma, a mediados de los años noventa las EMSP se habían establecido como empresas comerciales viables, haciéndose con un nicho de mercado para sus servicios entre los líderes de los países en desarrollo que afrontan crisis y amenazas a su autoridad. El problema estriba en que la infraestructura gubernamental en los Estados frágiles es muy pobre en su nivel de desarrollo como para poner en marcha adecuadamente la infraestructura contractual y de gestión necesaria para tratar con las empresas de este sector.

Al difuminarse las discrepancias ideológicas ha disminuido la preocupación de los Estados poderosos por ejercer influencia fuera de su propia región, y por consiguiente, su disposición a organizar operaciones en el extranjero, especialmente si en ellas intervienen sus propias

---

<sup>110</sup> Varios países de África occidental, como por ejemplo Angola y Sierra Leona, dependen en la actualidad en gran medida de EMSP para la provisión de las funciones de policía y seguridad. *Vide* McIntyre, A. y Weiss, T., *Weak Governments in Search of Strength: Mercenaries and Private Military Companies*, en *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Simon Chesterman y Chia Lehnardt eds., Oxford University Press, 2007, págs. 69-70. *Vide* también *Private Military Firms: Working Group on Private Military Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Geneva, 2004, pág. 12.

Fuerzas Armadas<sup>111</sup>. Junto a ello, el fracaso de la misión de Naciones Unidas en Somalia, inició un reajuste fundamental de la percepción de la responsabilidad y obligación de Occidente para responder a crisis ajenas. Desde ese momento empezó a considerar poco adecuado usar y arriesgar sus propias fuerzas militares en la resolución de conflictos regionales y desastres humanitarios por miedo a *cruzar la línea Mogadiscio* de nuevo<sup>112</sup>. Esto marcó un punto de inflexión y lo que se puso de manifiesto es que el tipo de conocimiento especializado más relevante para el éxito de las misiones militares en los conflictos internos es la comprensión del contexto, problemas y capacidades locales<sup>113</sup>. Debido a la naturaleza de estos turbios conflictos, los Estados desarrollados ya no están dispuestos a enfrascar sus Fuerzas Armadas nacionales en la asistencia a Gobiernos foráneos para proteger vidas, propiedades y para restaurar la paz y la seguridad<sup>114</sup>. Además los fondos

---

<sup>111</sup> “Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación”, *Folleto informativo sobre los derechos humanos* nº 28, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Naciones Unidas, Ginebra, pág. 6.

<sup>112</sup> En la misión de los Estados Unidos en Somalia de 1993, dieciocho soldados estadounidenses murieron y sus cuerpos fueron expuestos por las calles de Mogadiscio. La “línea Mogadiscio” era una doctrina que establecieron las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, según la cual las Fuerzas Armadas no deberían llevar a cabo una misión en el extranjero que fuese probable que causase la muerte a más de 20 soldados americanos excepto cuando estuviesen en juego intereses nacionales vitales. Esto era muy simplista, y lo que realmente se trataba de evitar no era la muerte de soldados sino la exposición de sus cadáveres ante una muchedumbre festejante y fue esto lo que constituyó un punto de inflexión. Gwynne Dyer, *The Fallujah Effect*, Pittsburgh Post-Gazette, 04 de abril de 2004.

<sup>113</sup> Mcgahan, A. y Baum, J., “Outsourcing war: the transaction cost dynamics of private military companies after the Cold War”, artículo presentado en la Conferencia de verano de la CBS - Copenhagen Business School, 2009.

<sup>114</sup> *Briefing, Soldiers of Fortune, Then and Now*, The Week, 19 de octubre de 2007, [www.theweek.com/article/index/745Briefing\\_Soldiers\\_of\\_Fortune\\_then\\_and\\_now](http://www.theweek.com/article/index/745Briefing_Soldiers_of_Fortune_then_and_now).

para mantenimiento de la paz han ido en declive desde los años noventa<sup>115</sup>.

Los Gobiernos de los países desarrollados sufren una inmensa presión para no verse envueltos en conflictos en países en desarrollo, lo que ha llevado a muchos a acudir a la contratación de EMSP. A esto se une el interés de estas compañías por cubrir el “vacío en la seguridad” dejado por esta política no intervencionista. Si los Gobiernos de los países desarrollados tienen un interés legítimo en la asistencia a otros para sofocar un conflicto armado pero no pueden o no quieren desplegar sus propias Fuerzas Armadas por motivos políticos, pueden encontrar conveniente autorizar a EMSP la provisión de apoyo técnico, logístico y táctico para estos Gobiernos amenazados, siempre que sean regímenes legítimos y democráticos. Además, a falta de una acción internacional decidida, los Estados menos poderosos y desarrollados no podrían garantizar su propia seguridad ni proveer una actuación efectiva de los Ejércitos nacionales en caso de guerras interestatales y guerras civiles. Esta situación ha derivado en un incremento mundial de la demanda de EMSP que, presuntamente, podían crear y contribuir a la seguridad de estos Estados<sup>116</sup>. Pero los empresarios militares representan un desafío particular en cuanto a la conceptualización del “derecho” porque, al igual que

---

<sup>115</sup> Durch, W.J. et al., The Brahimi Report and the future of U.N. Peace Operations, 2003, [www.stimson.org](http://www.stimson.org).

<sup>116</sup> En 2003 la *Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA)* (son sus siglas en inglés) propuso reemplazar la *inadecuada y débil* Misión de Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (*MONUC*) de forma total, desde vigilancia aérea a un despliegue de policía de intervención rápida y proporcionar así una mayor transparencia y control de sus operaciones de las que pudiera proporcionar cualquier otro despliegue de paz de Naciones Unidas. *Vide IPOA (2003) Apoyando el Mandato de MONUC con Servicios Privados en la República Democrática del Congo*, Presentación, <http://ipoaonline.org/publications/reports>. A pesar de determinados intentos, la propuesta no fue adoptada.



los bandidos y los salteadores de caminos que inquietaron a los positivistas del Derecho, desde Aquino hasta H.L. A. Hart y Hans Kelsen, podrían, al menos en teoría, imponer un monopolio de la violencia que pugne con el del Estado e incluso lo suplante, pero que carecerá de su legitimidad<sup>117</sup>.

Por otra parte, hay que señalar que el fin de la Guerra Fría y el correspondiente paso a la seguridad compartida y la amortización presupuestaria de los *dividendos de la paz* (unos dividendos que realmente nunca se materializaron), provocaron una rápida reducción de los Ejércitos masivos de ambos bloques y de los presupuestos de Defensa a ellos dedicados. Entre 1985 y 1994, los Ejércitos estatales sufrieron una reducción de unos siete millones de efectivos<sup>118</sup>. Tan solo los Estados Unidos redujeron sus Fuerzas Armadas aproximadamente un treinta por ciento<sup>119</sup>. Esta circunstancia generó dos consecuencias: por una parte, se produjo la aparición de espacios descubiertos (sin cobertura de seguridad) que han sido paulatinamente ocupados por el mercado privado que contaba con este antiguo personal militar altamente

---

<sup>117</sup> Maquiavelo ya advirtió a su Príncipe sobre los peligros de la traición o incluso de la usurpación por parte de los *Condottieri* en la temprana Italia moderna. Vide Maquiavelo, N., *The Chief Works and Others*, traducción al inglés de Allan H. Gilbert, Duke University Press, Durham, N.C., 1965, cap. XII.

<sup>118</sup> Singer, P.W., *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*. *op. cit.*, pág. 53.

<sup>119</sup> En 1950 Estados Unidos gastó 14.500 millones de dólares en Defensa y contaba con 1.380.000 soldados, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en el mismo año gastó 15.500 millones de dólares y contaba con 4.300.000 militares. En momentos de gran tensión como la guerra de Corea, las dos potencias superaban fácilmente el presupuesto militar. Para dicha guerra, Estados Unidos invirtió en gasto militar 33.300 millones de dólares y la URSS 20.100 millones. El desembolso en seguridad fue aumentando a medida que pasaron los años, llegándose a sobrepasar los 100.000 millones de dólares. En 1974, la URSS situó su gasto militar en 109.000 millones de dólares y Estados Unidos desembolsó 85.000 millones. Vide Kennedy, P., *The Rise and Fall of the Great Powers*, Londres, 1989, págs. 475-550.

cualificado y con gran experiencia del que las empresas militares y de seguridad privada se podían aprovechar<sup>120</sup>. Por otra parte, esta reducción de los Ejércitos llevó consigo de forma automática que se redujera asimismo el ritmo de compra de nuevo equipamiento, material y armamento e incluso que se dieran importantes pasos en materia de desarme. En el continente europeo, por ejemplo, el *Tratado de Armas Convencionales* generó un proceso de retirada del servicio de un porcentaje considerable de armamento, así como de destrucción de ciertas categorías de armas. En paralelo, este movimiento se convirtió de inmediato en un problema central para el sector de las industrias de material de Defensa, tanto públicas como privadas. Interesadas en mantener sus cadenas de producción y sus beneficios, tuvieron que enfrentarse a un contexto muy desfavorable, con menos pedidos por parte de sus principales clientes y con un enorme excedente de material en los mercados, por lo que tuvieron que buscar nuevos nichos de mercado en los que colocar sus productos.

Junto con ello, el colapso de la Unión Soviética supuso graves consecuencias económicas para la mayoría de sus antiguos Estados clientes. Como medida deliberada para obtener divisas extranjeras con las que rehacer sus economías, dichos Estados procedieron a la venta de

---

<sup>120</sup> La empresa *Military Professional Resources Inc.* se precia de tener *más generales por metro cuadrado que el propio Pentágono*. El modelo profesional de los Estados Unidos y Reino Unido, en funcionamiento desde hace muchos años, ha generado un alto número de profesionales militares cuyo único oficio es ese. Estos *excedentes* han sido los que han creado estas empresas, en las que realizan esas funciones pero con mucho mejores sueldos, menos riesgos (aparentemente) y mayor libertad disciplinaria y orgánica. En la actualidad, se estima que hay alrededor de 100 empresas, actuando en más de 100 países. Pueden tener más de 100.000 hombres en números aproximados. Sus relaciones con el poder político-administrativo, dado que forman un complejo industrial muy potente y cumplen funciones muy delicadas, son complejas y nada despreciables por los intereses mutuos entrecruzados tan importantes.

material soviético, dando lugar a una disponibilidad sin precedentes de sofisticado equipamiento militar y personal entrenado. Todo ello permitió la formación de EMSP con recursos y capacidades comparables con los de las fuerzas militares más avanzadas. Más aún, declararon su disponibilidad y deseo de llegar a estar implicadas en situaciones inestables de seguridad en el Tercer Mundo en apoyo de Estados legítimos, en las que Occidente sería reacio a intervenir<sup>121</sup>.

Otro factor a destacar es el derivado del entorno de un mundo globalizado, especialmente en el ámbito económico. La globalización en su versión neoliberal, que es la dominante, plantea abiertamente que el mercado tiene soluciones para todo<sup>122</sup>. El ánimo privatizador está en auge en muchos países desarrollados, siendo su *ratio* el incremento de la eficiencia y la reducción de los costes en los servicios públicos<sup>123</sup>. La

---

<sup>121</sup> Cuando entrábamos en la página web de *Blackwater* dicha EMSP declaraba que su intención era apoyar la seguridad, paz, libertad y democracia en cualquier lugar. A su vez, establecía como su misión apoyar las políticas de seguridad, tanto nacionales como internacionales que protegen a aquellos que están indefensos y proporcionar una voz libre para todos con el cometido de proveer soluciones éticas, eficientes y efectivas que afecten positivamente las vidas de aquellos todavía atrapados en momentos desesperados. *Blackwater* está comprometida con los soldados de a pie, los hombres y mujeres que permanecen en las líneas de frente de la guerra global contra el terror y que creen en un futuro en paz para sus comunidades y naciones. Tanto si sirven con o sin uniforme, *Blackwater* se compromete a proveer a estos hombres y mujeres con lo más avanzado en entrenamiento y apoyo táctico para asegurar que están totalmente preparados para enfrentarse a los desafíos globales en materia de seguridad actuales y futuros. La traducción es propia. A raíz del escándalo por la muerte de 17 civiles en Irak el 16 de septiembre de 2007, *Blackwater Worldwide* fue refundada en febrero de 2009 bajo el nombre de *Xe Services*. Su principal accionista y dirigente sigue siendo Eric Prince, su sede continúa en Carolina del Norte y la compañía sigue acaparando contratos con el Departamento de Estado norteamericano. Vide *Blackwater Changes Its Name to Xe*, N.Y. Times, 13 de febrero de 2009. Vide también Pastor Palomar, A.: "Blackwater ante el Derecho Internacional: el negocio de la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008-2, págs. 427 y ss.

<sup>122</sup> Nuñez Villaverde, J.A., "Privatización e internacionalización del uso de la fuerza: los mercenarios como lacra del marco de seguridad del siglo XXI", *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas*, Bosch Editor, 2009, pág. 69.

<sup>123</sup> En un mundo en que todo se privatiza, también existe una tendencia a la gestión privada de las guerras y la composición de los Ejércitos. De esta privatización de los

eficiencia deriva de la idea de que la intensa competencia del sector privado fomenta la selección óptima y rentable de compañías para la provisión de servicios públicos. Los contratistas privados se convierten así en socios en la oferta de bienes y servicios públicos. Desde esa perspectiva, algunos entienden que debe ser el mercado el que dé satisfacción a todas las necesidades que tengamos, incluyendo las de Defensa. Frente a una concepción, para algunos trasnochada, que determina que al Estado le corresponde en exclusiva encargarse de determinadas tareas, entre las que sin duda destaca la provisión de servicios públicos universales (*uti universi*), incluyendo siempre la seguridad de las personas que lo habitan y la defensa de los intereses del propio Estado, ha ido emergiendo otra interesada en la minusvaloración del aparato estatal<sup>124</sup>. Para esta concepción, se estaría produciendo el tránsito desde el modelo tradicional en el que el Estado actúa como un proveedor de seguridad de forma monopolista, a otro modelo en el que el Estado es únicamente el gestor del contexto legal en el que los distintos

---

Ejércitos y de la tercerización de funciones militares, se desprenden profundos cambios en las formas de hacer las guerras en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI. Son transformaciones que van en el sentido de una creciente influencia de los aspectos militares en los políticos y económicos y de un incremento de la violencia en todas sus variantes. Dramática expresión de estas guerras son los sufrimientos infligidos a los sectores más débiles de la sociedad: mujeres violadas y utilizadas como rehenes o prostitutas, niños reclutados a la fuerza como soldados, civiles tomados como prisioneros de guerra, poblaciones desplazadas, infraestructuras civiles destruidas. Pereyra, D.: *Mercenarios, Guerreros del imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*. El Viejo Topo, Madrid, 2007, págs. 15-17.

<sup>124</sup> Tal como afirma Cha, la globalización afecta a la soberanía del Estado en cuanto determina sus decisiones externas, pero también al interferir en sus asuntos internos, como lo es la seguridad. Cha, V.D., "Globalization and the Study of International Security" en *Journal of Peace Research*, vol. 37, nº 3, mayo 2000, pág. 392.

actores públicos y privados pueden utilizar legítimamente la fuerza armada<sup>125</sup>.

Estaríamos ante lo que Carlos Ortiz ha venido a denominar la *Nueva Gerencia Pública*, que favorece la participación del sector privado en el suministro de bienes públicos y servicios, articulando la privatización o la externalización como técnicas de gestión pública y no meramente una tendencia. Con el objetivo de aumentar la eficacia gubernamental y minimizar costes, la *Nueva Gerencia Pública* favorece la participación de empresas privadas en el suministro de bienes y servicios públicos. A través de la guía de este enfoque, las relaciones contractuales y de gestión median cada vez más la relación establecida entre los sectores públicos y privados para el eficiente suministro de los servicios públicos por parte de estos últimos. La eficiencia deriva de la idea de que la intensa competencia del sector privado fomenta la selección óptima y rentable de compañías para la provisión de servicios públicos. Una vez los gestores determinan que el sector privado está mejor cualificado para satisfacer la provisión de bienes públicos y servicios concretos, la competición que se establece en la economía de mercado da como resultado, teóricamente, una provisión de servicios óptima. La decisión de llevar a cabo la contratación externa se determina comúnmente a través de un ejercicio para determinar si un uso del sector privado alcanzaría mayor eficacia respecto de los criterios públicos aplicados para la ejecución de los servicios que se tiene como meta.

---

<sup>125</sup> Krahnmann, E., *Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A case of Norm Change?*. Peace Research Institute Frankfurt (PRIF). PRIF Report nº 88, 2009. Disponible en [www.humansecuritygateway.com/documents/PRIF](http://www.humansecuritygateway.com/documents/PRIF).

Desde principios de los años noventa, la *Nueva Gerencia Pública* ha sido aplicada sistemáticamente por los Gobiernos occidentales en la reforma de áreas convencionales como servicios sociales, salud y gobierno local. Lo único que se ha hecho es aprovechar esta experiencia para ampliar el enfoque de la misma para cubrir la participación de las EMSP en la Defensa y seguridad del Estado. La reinención de las Fuerzas Armadas en maquinarias más especializadas que comenzaron a surgir en los cambios hacia la post-bipolaridad, ha ampliado las tareas susceptibles de ser subcontratadas junto a la expansión y diversificación de los servicios que se ofrecen por parte de la industria militar privada.<sup>126</sup>

Se ha producido también un proceso de profesionalización de los Ejércitos, con un cambio desde los Ejércitos de reemplazo obligatorio a las Fuerzas Armadas profesionales<sup>127</sup>. Estas últimas son, por definición, más caras, aunque sean más reducidas en número de efectivos. Precisamente por este hecho, se convierten en instrumentos aparentemente más valiosos o lo que es lo mismo, menos susceptibles de ser usados en cualquier contingencia o misión. Por razones demográficas y presupuestarias, es imposible mantener Ejércitos profesionales voluminosos y ante ello una de las soluciones es privatizar o externalizar todo lo que no sea absolutamente imprescindible para el ejercicio soberano de la fuerza militar<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Ortiz, C., "Compañías militares privadas: hacia la transformación del Estado y la nueva gerencia pública de la seguridad", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, nº 9, , GERI-UAM, octubre 2008, págs. 11-14.

<sup>127</sup> Laguna Sanquirico, F., "Interrogantes sobre el proyecto de profesionalización de la tropa", Boletín del CESEDEN nº 285, Ministerio de Defensa, 2004.

<sup>128</sup> Los criterios básicos segundo y noveno de la reciente "Revisión Estratégica de la Defensa" establecen que "el esfuerzo de la Defensa debe estar orientado hacia la

Cuando los Ejércitos eran de reemplazo obligatorio se tendía a hacer un uso extensivo de una mano de obra barata y asegurada indefinidamente, aunque esto supusiera al mismo tiempo una menor cualificación profesional y una menor motivación ante las tareas encomendadas. Por el contrario, las Fuerzas Armadas profesionales nos plantean ya la necesidad de calcular con precisión los costes de oportunidad en los que incurrimos cada vez que las empleamos en algún cometido. Ya no se puede emplear en cualquier función a ese soldado profesional que cuesta tanto reclutar, instruir y mantener operativo, sino que se termina por reservarlo para cuestiones que se consideran, por la razón que sea, esenciales. Así se ha ido abriendo paso la idea de que es mejor acudir al mercado para satisfacer determinadas necesidades, con las que no conviene sobrecargar a los Ejércitos. El mercado puede colmar esa necesidad, atendiendo a funciones que consideramos necesarias, pero secundarias con respecto, por ejemplo, a las de combate.

La denominada *Guerra Global contra el terrorismo (GWOT* en sus siglas en inglés)<sup>129</sup> desencadenada tras los ataques a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001, ha llevado también a un incremento en el uso de empresas militares y de seguridad privada. Sobre todo los Estados Unidos y el Reino Unido buscaron en estas empresas experiencia

---

Fuerza, razón de ser de toda la organización”, por lo que toda la estructura de apoyo deberá ser la estrictamente necesaria.

<sup>129</sup> El término “Guerra contra el Terror” es usado como metáfora para describir un conflicto general contra todos los grupos terroristas internacionales y, de forma más precisa, para describir el conflicto armado internacional en curso entre los Estados Unidos y “los Talibanes, al-Qaeda, y fuerzas asociadas”. *Military Commissions Act f 2006 (MCA)*, 10 U.S.C. pár. 948<sup>a</sup> (1) (i) (2006). *Vide* también Addicott, J.F. “The Political Question Doctrine and Civil Liability for Contracting Companies on the “Battlefield””, 28 *Rev. Litig.* 343, 2008-2009.

funcional a gran escala. Para comprender las razones, podemos hacer referencia al *Quadrennial Defense Review (QDR)*<sup>130</sup> de Estados Unidos que estableció una lista de siete hitos estratégicos para la consecución de los objetivos de la política de Defensa, tres de los cuales tienen una influencia directa en la participación del sector privado en la *GWOT*<sup>131</sup>.

En primer lugar, la atención en la gestión de riesgos, que parte de la presunción de que los retos están en constante cambio. Esto favorece el uso del sector privado precisamente porque se requiere una respuesta a los riesgos en muy corto plazo y con poca preparación institucional. En segundo lugar, se establece el desarrollo de un tratamiento centrado en las capacidades pues el cambio radical de la configuración de las amenazas impide saber con seguridad qué actor (estatal o no) supondrá una amenaza a intereses vitales, por lo que hay que poner el énfasis en cómo podría actuar un adversario en lugar de su identidad o del lugar donde podría ocurrir la confrontación. Esta aproximación al problema se basa en la sorpresa, el engaño y el conflicto asimétrico frente a un adversario desconocido, lo que exige un replanteamiento de las misiones de las Fuerzas Armadas. El tercer hito fundamental establecido en el *QDR* es la transformación de las Fuerzas Armadas estadounidenses y del sistema de Defensa, teniendo en cuenta la experimentación con nuevas aproximaciones al conflicto, conceptos operativos, capacidades y

---

<sup>130</sup> *Quadrennial Defense Review* de 30 de septiembre de 2001 Us Department of Defense. Vide [www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf](http://www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf).

<sup>131</sup> Los otros hitos estratégicos establecidos en el *QDR* son la defensa de los Estados Unidos y la proyección del poder militar estadounidense, el fortalecimiento de las alianzas y colaboraciones, el mantenimiento de equilibrios regionales favorables y el desarrollo de un amplio rango de capacidades militares. *Quadrennial Defense Review*, US Department of Defense, págs. 13-14 y 57-65.



aspectos organizacionales y, en general, procediendo a la innovación en los procedimientos del Departamento de Defensa.

Estos hitos señalan razones para la creciente privatización en el contexto de la GWOT. La nueva percepción de la amenaza ha abierto y resaltado numerosos roles para el sector privado y para la interacción público privada, por ejemplo, en el control de movimientos y financiación del terrorismo, fuga de tecnología y la protección de infraestructura esencial... Dentro de estas funciones, donde se plantean cuestiones es, esencialmente, en la provisión de inteligencia por parte del sector privado en apoyo de la política antiterrorista pues ésta es el punto esencial de las estrategias antiterroristas preventivas. A nivel estratégico, la política antiterrorista no puede reducirse a inacción de respuesta o incluso a la evitación de la acción terrorista sino que en último término lo fundamental es lograr el cambio de opinión, lo que se ha venido a denominar la *lucha por las mentes y los corazones*, y la manera en que se implanta implica un fuerte contenido político. El uso del sector militar y de seguridad privada, puede, por su propia naturaleza, centrarse tan solo en las medidas antiterroristas a corto y medio plazo, lo cual puede incluso ir en contra del objetivo estratégico citado. Además, cuando hay tropas desplegadas, no se plantean dudas acerca del nivel de implicación e interés del correspondiente país (EEUU o cualquier otro) respecto a la resolución del conflicto, pero si solo hay empresas militares y de seguridad privada, aunque pueden ser realmente efectivas en términos de cumplimiento de la misión, pueden crear la sensación de falta de interés real o ambivalencia respecto al correspondiente conflicto.

Pero el problema principal deriva de la indefinición del propio concepto de terrorismo y, por ende, de terrorista. Tal como afirma Wardlaw, los términos *terrorismo* y *terrorista* tienen su origen en la Revolución francesa. El terrorismo se definió en el suplemento de 1978 del Diccionario de la Academia Francesa como *systeme, régime de terreur*. En 1796 se publicó un diccionario francés donde se explicaba que los jacobinos usaban el término en un sentido positivo cuando se referían a sus actividades, pero tras el 09 de *Termidor*, la palabra *terrorista* se degradó y adquirió connotaciones criminales. Desde entonces, se ha usado el término *terrorismo* para denotar todas las formas imaginables de violencia, muchas de las cuales no se corresponden con su sentido estricto<sup>132</sup>.

Wilkinson hace observar que uno de los problemas fundamentales de la definición del terrorismo reside en la naturaleza subjetiva del terror<sup>133</sup>. El uso del terror no tiene por qué estar motivado políticamente. No hay duda de que los delincuentes comunes recurren cada vez más a tácticas de tipo terrorista para obtener ventajas personales. Por su condición, los individuos mentalmente inestables pueden también atemorizar a otros y, finalmente, algunos miembros de la sociedad, aburridos o sádicos pueden atemorizar a otros para dar salida a sus frustraciones, descargar sus iras o intervenir en actos simbólicos de protesta contra la sociedad. Por todo ello, hay que concluir que el uso del terror por sí mismo no constituye terrorismo, ni quien lo practica ha de ser

---

<sup>132</sup> Wardlaw, G.: *Terrorismo político. Teoría, táctica y contramedidas*, Colección Ediciones Ejército, Servicio de Publicaciones del E.M.E., Madrid, 1986, pág. 59.

<sup>133</sup> Wilkinson, P.: *Terrorism and the Liberal State*, McMillan, Londres, 1977, pág. 47.

calificado automáticamente como terrorista. Lo verdaderamente significativo es que el empleo o amenaza de empleo de la violencia por parte del terrorista tiene una finalidad muy concreta, servir de propaganda, de publicidad. Lo que busca el terrorista no es causar resultados físicos lesivos en víctimas elegidas, sino dirigir los efectos violentos a la gente que lo observa. El terrorista precisa una audiencia para proyectar sobre ella el efecto de la violencia y lograr su finalidad de intimidación sociológica<sup>134</sup>.

Según la AAP-6 (*Allied Administrative Publication*) sobre *Glosario de Términos y Definiciones OTAN*, se define el terrorismo como *empleo, uso ilegal de la fuerza o violencia contra personas o gobiernos para la obtención de objetivos políticos, económicos, sociales o religiosos*. Para Thornton, el terrorismo es el uso del terror como *acto simbólico orientado a influir en la conducta política por medios anormales y que implican la práctica de la amenaza o de la violencia*<sup>135</sup>. Dentro de un conflicto armado, podríamos acotar más la definición, entendiendo por terrorismo los ataques sistemáticos a objetivos no militares con el fin de obligar a los efectivos militares adversos a plegarse a la voluntad del atacante por el temor y la angustia que inspiran esos ataques<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Reinares, F.: "Pasado y presente del terrorismo" en *Revista Guardia Civil*, Julio de 1998. Lo distintivo del terrorismo es precisamente cuando la acción de violencia genera efectos psicológicos desproporcionados respecto a sus consecuencias mortales. Define al terrorismo como *violencia sistemática cuyo impacto psíquico excede con creces las consecuencias materiales que provoca y se dirige preferentemente contra blancos seleccionados por su relevancia simbólica en el seno de una sociedad dada*.

<sup>135</sup> Thornton, T.P.: *Terror as a weapon of political agitation*, H. Exkstein (ed.), Internal War, Collier-Macmillan, Londres, 1964, pág. 73.

<sup>136</sup> Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, op. cit., pág. 1690. Para Morales Utrabo, F., el término terrorismo designa un tipo de violencia política, con un carácter planificado y con

Los primeros intentos para estimular la cooperación internacional contra este fenómeno tuvieron lugar dentro de la *Liga de las Naciones* con la adopción de 1937 de la *Convención para la Prevención y Castigo del Terrorismo* y de la *Convención de Creación de un Tribunal Penal Internacional*. Pero ninguna de las dos Convenciones entró nunca en vigor por ser insuficiente el número de naciones que las ratificaron. En el seno de las Naciones Unidas, los esfuerzos para llegar a un acuerdo internacional sobre el tema han tenido las mismas dificultades de definición en que naufragaron los intentos de la *Liga de las Naciones*. Pero aunque no han llegado a ningún acuerdo sobre el control general del terrorismo, consiguieron ultimar dos Convenciones relacionadas con cuestiones concretas en este campo<sup>137</sup>.

En el ámbito regional se consiguió un importante avance en la Unión Europea al haber establecido una definición común de terrorismo para facilitar la lucha contra el mismo, al menos en el marco de la misma. Se definió el terrorismo en la *Decisión Marco* de 13 de junio de 2002, en la que se afirma que un grupo terrorista es una asociación estructurada de al menos dos personas que actúa de manera concertada y que un acto

---

su origen en grupos organizados y armados, lo que lo coloca en el campo de la violencia extrema, es decir, en el mismo que la guerra y su hermana menor la guerra de guerrillas. Boletín de Información del CESEDEN núm. 254. Ministerio de Defensa. Año 1998. Pág. 81.

<sup>137</sup> El 14 de diciembre de 1973, la Asamblea General aprobó la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, incluidos los agentes diplomáticos*. El 17 de diciembre de 1979 aprobó la *Convención Internacional contra la Captura de Rehenes*. Es de señalar la existencia de un conflicto directo entre el artículo 12 de esta Convención y el *Protocolo Adicional I* a los *Convenios de Ginebra*, pues el primero reconoce la captura de rehenes por movimientos de liberación nacional como parte legítima de su lucha tal como define el artículo 1 (4) del *Protocolo Adicional I*. Sin embargo, el artículo 75, s, 2 (c) del *Protocolo* prohíbe expresamente que los movimientos de liberación nacional tomen rehenes cualquiera que sea el momento y lugar. Parece, por tanto, que la ratificación del *Protocolo* imposibilita la de la *Convención*.

terrorista es aquel cometido de forma intencionada con el fin de amenazar a la población y destruir o afectar seriamente a las estructuras políticas, económicas o sociales del país, con asesinato, daños corporales, toma de rehenes, chantaje, fabricación de armas, atentados, amenaza de comisión de tales actos... y declara punibles la incitación, la ayuda, la complicidad y las tentativas para cometer un acto terrorista<sup>138</sup>. Finalmente, solo resta hacer referencia en este punto a la *Convención Europea sobre la supresión del terrorismo* de 1977, del Consejo de Europa y que deja muchos delitos fuera de la protección concedida por la clásica *cláusula de excepción política*; y a las tres Convenciones sobre piratería aérea<sup>139</sup>.

Siguiendo a Thornton, podemos establecer como características más sobresalientes del terrorista el carácter inherentemente indiscriminado en sus acciones, siendo esencialmente arbitrario e impredecible, tanto en las mentes de sus víctimas y audiencia como en sus efectos en los individuos y la sociedad. Por otra parte, el terrorista niega implícitamente el reconocimiento de todas las reglas y convenciones de la guerra, rechazando la distinción entre combatientes y no combatientes y no reconociendo restricciones humanitarias u obligaciones con los *prisioneros* (más bien se debería traducir el término *prisoners* como *apresados o retenidos*) o con los heridos. Todo ello

---

<sup>138</sup> Igualmente, se avanzó en la creación de un repertorio de conocimientos sobre la lucha contra el terrorismo a través de la *Acción común* 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996, en la que se establecen las competencias técnicas y los conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea, así como en la lucha contra la financiación del terrorismo (*Recomendación del Consejo* de 9 de diciembre de 1999).

<sup>139</sup> La *Convención de Tokio sobre Delitos y otros Varios Actos Cometidos a Bordo de Aviones*, de 1963; la *Convención de La Haya para la Supresión del Secuestro Ilegal de Aviones* de 1970; y la *Convención de Montreal para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil*, de 1961.

provoca a su vez, el rechazo del terrorista hacia cualquier limitación moral y se refleja también en actos de crueldad particularmente horribles y bárbaros, intentando siempre justificar sus acciones mediante reivindicaciones políticas<sup>140</sup>.

Otro factor coadyuvante al incremento de la actividad de las EMSP, es el hecho de que muchos Estados y combatientes de la oposición, a pesar de las obligaciones en aplicación de la *Carta de Naciones Unidas* y los *Tratados de Ginebra*, no pueden o no desean proveer el marco necesario para las actividades humanitarias tal como son entendidas tradicionalmente<sup>141</sup>. Como resultado, muchas organizaciones humanitarias están deseosas de llegar a ser parte de un esfuerzo internacional integrado más amplio, un esfuerzo que incluye seguridad militar para sus componentes, operaciones y/o personal.

En el espacio humanitario post Guerra Fría los potenciales intervinientes militares son crecientemente renuentes debido a la aversión de los países desarrollados a las bajas militares. Su objetivo principal, una estrategia de salida rápida, a menudo deja muchos problemas sin resolver y al personal humanitario plantado. Al mismo tiempo, las organizaciones humanitarias son crecientemente presionadas por los Gobiernos donantes para actuar rápidamente y de forma efectiva pues son ahora el método principal de compromiso internacional. Para llenar este vacío, desde que la seguridad está siendo cada vez más importante para el éxito de las

---

<sup>140</sup> Wilkinson, P.: *Terrorism and the Liberal State*, op. cit., pág. 52 y ss.

<sup>141</sup> Spearin C., *Private Security Companies and Humanitarians: A Corporate Solution to Securing Humanitarian Spaces?*, International Peacekeeping, Vol. 8, Nº 1, Frank Cass Eds., London, Primavera 2001, págs 20 y ss.

operaciones humanitarias, las EMSP se han apresurado en ofrecer sus servicios. Las ONGs que operan en estos Estados fallidos se plantean la contratación de estas empresas para lograr su misión humanitaria y el envío de ayuda y asistencia a las comunidades locales<sup>142</sup>.

Esta situación conlleva el riesgo de que las agencias de ayuda humanitaria puedan ser percibidas como parte del conflicto en lugar de organismos de asistencia a las víctimas, poniendo en peligro la noción de imparcialidad y neutralidad de la acción humanitaria<sup>143</sup>. El uso de EMSP es solo parte de un proceso más amplio de politización y militarización de la prestación de ayuda que reduce la legitimidad de los objetivos que se tratan de obtener.

En definitiva, la aparición de empresas militares y de seguridad privada entrenadas profesionalmente y capaces, satisfacía un nicho de demanda tanto para Occidente como para las naciones débiles, cubriendo el vacío creado por los factores *supra* señalados. En resumidas cuentas, existía una necesidad de actuación no cubierta por Occidente, una gran base de personal disponible altamente cualificado y grandes cantidades de sofisticado equipamiento militar en manos privadas. Se daba así el escenario ideal para que se produjera el salto cualitativo y cuantitativo de la figura del mercenario tradicional hacia la corporación militar y de seguridad privada.

---

<sup>142</sup> La Comisión Europea en un documento de trabajo titulado "Security of Relief Workers and Humanitarian Space" planteó la necesidad de utilizar "profesionales de la seguridad" para la protección de los trabajadores y las operaciones humanitarias de la ONU y de las ONG. "Security of Relief Workers and Humanitarian Space", Comisión de las Comunidades Europeas, 14 de mayo de 1998. Disponible en: [http://aei.pitt.edu/6712/01/003648\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/6712/01/003648_1.pdf).

<sup>143</sup> Mandel, R., *Armies without States: The Privatization of Security*, Lynne Rienner Publishers, 2002, pág. 19.





## CAPÍTULO 2

### LA UTILIZACIÓN DE LAS EMSP: ENTORNO Y RAZONES.

#### 1. ENTORNO DE LA UTILIZACIÓN DE LAS EMSP.

Como es bien sabido, hasta los albores del S.XXI el orden internacional se sostuvo sobre la base de un sistema de principios, normas e instituciones concentradas en la *unidad Estado* como único actor capaz de asegurar su permanencia, así como único actor capaz de reaccionar frente a las amenazas que la pudieran acechar. En la actualidad, en cambio, muchos de dichos principios, normas e instituciones se encuentran en proceso de revisión en algunos casos o, incluso, de cuestionamiento. Las reglas de juego, esenciales para la supervivencia del orden internacional conocido, tales como la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el principio de soberanía territorial del Estado, el principio de no intervención en los asuntos internos de terceros Estados, la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o el mismo principio del monopolio estatal del uso de la fuerza, se encuentran comprometidos.

En este entorno general cambiante, llama la atención el juego simultáneo de dos fuerzas de signo aparentemente contrario, por una parte, la realidad internacional contemporánea evidencia la existencia de fuerzas de integración que impulsan el desarrollo de fenómenos

sinérgicos entre Estados en otro tiempo claramente distanciados cuando no violentamente enfrentados. Véase, por ejemplo, el caso de la Unión Europea como estructura de integración que ha hecho posible la cesión y consecuente fusión de significativas parcelas de soberanía estatal, tanto en materia económica como política, para crear estructuras decisorias y ejecutivas distintas e independientes de los miembros que la componen. También es palpable este fenómeno en la dimensión privada con los muchos casos de fusiones o absorciones empresariales que han tenido lugar en estos últimos años. Pero en un sentido contrario, y en contraste a esta realidad en compactación, se opone otra realidad impulsada por fuerzas de fragmentación en la que estructuras tradicionalmente unívocas, en términos de formar parte de una misma unidad sistémica, se segmentan hasta crear un mapa de dispersión funcional. Se trata de un fenómeno especialmente evidente en el área económica y, muy particularmente, en relación a la reestructuración que empresas privadas y administraciones públicas vienen realizando de sus sistemas de producción al optar por la deslocalización de sus unidades de fabricación y por la externalización de sus servicios.

En este punto es donde se contextualiza el fenómeno de las EMSP ya que implican un caso de externalización de un servicio público ciertamente singular porque produce un impacto directo en el llamado principio del monopolio estatal del uso de la fuerza que, entre otras cosas, constituye el núcleo duro de la soberanía del Estado no susceptible de delegación. Elke Krahnmann advierte que las EMSP son en realidad parte de un fenómeno más amplio de *«fragmentación funcional de la seguridad*

*mundial*» en el que se rompe la tradicional concepción del binomio esencial *Estado/seguridad* para situarnos en un modelo de seguridad en el irrumpen actores múltiples, públicos y privados, cuyo rol no siempre está claro y tampoco sus planos de actuación concreta<sup>144</sup>.

Desde la perspectiva conceptual, ya hemos referido anteriormente la inexistencia de noción legal de EMSP dada la ausencia de categoría específicamente descrita como tal en los instrumentos jurídicos vigentes anteriormente, lo que no obsta para poder ofrecer una definición general de conformidad con la cual las EMSP consisten en entidades mercantiles legalmente constituidas, que proveen servicios de asistencia, asesoría y seguridad armada asociados a conflictos armados, a cambio de contraprestación dineraria.

Ciertamente, desde el punto de vista funcional, el abanico de servicios susceptibles de ser prestados por este tipo de empresas es muy amplio y abarca toda la gama posible que va desde prestaciones de índole estrictamente defensiva hasta las más ofensivas. Ahora bien, más allá de esta realidad hay otra que constituye un factor común denominador suficientemente homogéneo y uniforme como para permitir un análisis jurídico internacional conjunto. En particular se trata del hecho de su preparación, dotación y predisposición para recurrir al uso de la fuerza. Efectivamente, no hay que perder de vista que las EMSP actúan en escenarios de guerra o de extrema fragilidad que nada tienen que ver con el entorno normal en el que se desarrollan los servicios de seguridad

---

<sup>144</sup> Krahmman, E., *Private Military Security Companies and Norm Change*, Cambridge International Studies Association (CISA), University of Cambridge.

privada y en los que, por tanto, su personal fácilmente puede verse abocado a tener que participar en las hostilidades en cumplimiento del servicio contratado.

Desde la perspectiva jurídica, es bien sabido que el principio del monopolio estatal del uso de la fuerza constituye un principio implícito de Derecho Internacional general y que se deriva entre otras fuentes del art. 2.4 de la *Carta de las Naciones Unidas*, de la *Resolución 2625 (XXV)* de la Asamblea General, así como de numerosos precedentes jurisprudenciales, entre ellos, la Sentencia de la *Corte Internacional de Justicia* relativa al asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. EEUU)<sup>145</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico el marco de referencia se encuentra contenido en el art. 8 de la *Constitución Española* y en el conjunto de la *Ley Orgánica de la Defensa Nacional*. Su naturaleza implícita, por tanto, hace extremadamente delicada la determinación de sus límites, o lo que es lo mismo, la determinación del exacto alcance y contenido de las facultades y capacidades que encierra este atributo soberano del Estado. De ahí que resulte de capital importancia determinar las parcelas, si es que las hay, correspondientes a dicha titularidad que son susceptibles de ser delegadas en favor de terceros privados, así como las reglas relativas al control que el Estado va a ejercer sobre la gestión de dichas parcelas.

---

<sup>145</sup> Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), International Court of Justice, 27<sup>th</sup> June 1986.

En nuestra opinión, referirse al monopolio estatal del uso de la fuerza equivale a referirse al núcleo esencial de la soberanía del Estado, por lo que una eventual delegación del ejercicio de facultades que implican el uso de la fuerza en favor de un tercero y, máxime si se trata de una entidad privada, debería realizarse con criterios muy restrictivos y, en todo caso, manteniendo el Estado el pleno control y conciencia de responsabilidad jurídica y política sobre las actividades realizadas por dicha entidad.

A la misma conclusión se llega en virtud de la *Ley Orgánica de la Carrera Militar* en cuya exposición de motivos se establece que el objetivo de la carrera militar es hacer depositario al ciudadano *de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente*<sup>146</sup>. Ciertamente, la formación de un soldado, y muy especialmente en el caso español, pasa por la integración de conceptos y valores imposibles de ser integrados en un agente privado de seguridad con unos pocos meses de formación que además va a ejercer su actividad en un marco laboral de origen mercantil. El sentido del servicio público, de fidelidad constitucional, de defensa del Estado de Derecho, de la jerarquía de mando, de las normas relativas a la conducción de las hostilidades y protección de las víctimas de los conflictos armados, son ejes que permeabiliza un soldado después de un periodo de formación que solo puede prestarse en un marco público,

---

<sup>146</sup> Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

carente de cualquier connotación económico lucrativa en la que la visión y responsabilidad del Estado en el marco de la fuerza sea de máxima intensidad y control.

Sin embargo, la realidad de las EMSP no parece encajar con esta visión sino todo lo contrario. Una de las características que define su actividad sobre el terreno es la absoluta desconexión entre el personal de la empresa y las Unidades militares integradas en las Fuerzas Armadas del Estado que las contrata. El personal que opera por cuenta de la EMSP no forma parte formalmente integrante de las operaciones desarrolladas por las Unidades militares regulares, de tal manera que se encuentra única y exclusivamente vinculado a la empresa para la que trabaja, tanto en términos de directrices para la ejecución del servicio como en términos de rendición de cuentas en caso de infracción de dichas directrices. Son evidentes las distorsiones y situaciones de alto riesgo que plantea esta circunstancia a las misiones desarrolladas por las Unidades del Ejército del Estado que contrata este tipo de empresas o, lo que es peor, de Unidades correspondientes a Ejércitos de otros Estados aliados que operan en la zona. Sus mandos militares carecen de capacidad para supervisar, controlar y, en su caso, alterar las acciones que llevan a cabo los contratados civiles en entornos de hostilidades abiertas en los que se mezclan con sus propias Unidades.

Cierto es que la capacidad de respuesta del Estado frente a situaciones de riesgo de sus conciudadanos no siempre debe pasar por la intervención de las Fuerzas Armadas. No podemos llegar al paroxismo de

exigir que un soldado o un policía nacional custodien la entrada de un supermercado. Pero una cosa es la externalización de la seguridad en un entorno territorial, bajo la cobertura de una tupida red de normas de control y supervisión que en ningún caso permite el recurso a medios armados más allá de un determinado calibre; y otra cosa es la externalización de la Seguridad y la Defensa con proyección más allá de nuestras fronteras, a empresas privadas autorizadas a usar armas con un potencial de destrucción sustancialmente superior.

La utilización de estas empresas se produce en varios entornos o situaciones diferentes que cabe distinguir en función del solicitante de los servicios<sup>147</sup>. En primer lugar, nos encontramos con el uso de estas empresas en sustitución de las Fuerzas Armadas de un Estado y contratadas para actuar en el territorio de ese Estado. Aquí los contratantes son los considerados Estados fallidos o fracasados. En estos casos, hablar de *privatización* puede resultar inapropiado, pues los contratantes de estos servicios han acudido al sector privado debido a la falta de instituciones públicas de seguridad operativas, por lo que en muchos casos hay poco que privatizar. La propia estructura de estos Estados se colapsa por tratarse de Estados artificiales, Gobiernos mantenidos por Potencias extranjeras pero con falta de legitimidad en algunos casos y falta de recursos internos suficientes para mantener una estructura estatal autosuficiente. Existe una descomposición del Estado, un descenso o un cambio hacia una situación cuasi-feudal en la que el

---

<sup>147</sup> García Sánchez, D., "Las operaciones de paz y el cambio institucional de los ejércitos. Un análisis sociológico de la transformación de los ejércitos ante la adopción de nuevas funciones determinadas por un nuevo entorno", Madrid, 2006, pág. 614.

Gobierno central deja de ser el principal valedor de la seguridad interna. El monopolio de la violencia por parte del Estado, un pilar fundamental para el buen gobierno, se pierde y hay una pluralidad de actores en *posesión* de la violencia y que la ejercitan para conseguir sus fines.

Por otra parte, las Fuerzas Armadas nacionales no son símbolo de la soberanía popular sino más bien un reflejo de opresión, o, simplemente, no existen, y lo que se pretende es preparar y entrenar esas Fuerzas y el Estado se ve obligado a acudir a estas empresas. Hay que considerar que, tal como ya se ha comentado, las grandes Potencias ya no están deseosas de influir en cualquier conflicto a diferencia de lo que ocurría durante la Guerra Fría. Esto no quiere decir que no tengan interés en participar en los mismos, sino que el coste de su participación es mayor que los beneficios, sobre todo a efectos de la opinión pública. Así, cuando un Estado recurre a la comunidad internacional para que ésta le ayude a resolver una crisis y ésta no responde o tarda en poner en marcha los mecanismos de respuesta, el Estado que ve amenazada su supervivencia busca alternativas a la intervención internacional. En este entorno surge la oportunidad para que actores no gubernamentales se hagan cargo de un sector que los Gobiernos (a nivel mundial) son reticentes a asumir o carecen de la capacidad necesaria para hacerle frente. La situación es la adecuada para que se contrate a empresas que puedan cubrir esas necesidades y llenar el vacío de sus capacidades militares y de seguridad para el control geoestratégico del territorio y de los recursos naturales.



La segunda vertiente en el uso de estas empresas, es su utilización por los Estados en acciones exteriores. En estos casos, no se trata de que las Fuerzas Armadas nacionales sean incapaces de hacer frente a la tarea encomendada (que será de política exterior agresiva, militar) sino que, por razones económicas, de operatividad, de eficiencia o por razones de enfrentamiento con la opinión pública, es más conveniente hacer uso de estas empresas.

Ahora bien, no son sólo los Estados –fallidos o no- los que recurren a las EMSP. Las compañías extranjeras que operan en un Estado fallido son otro grupo de contratantes de los servicios de las EMSP ya que las necesitan para garantizar su seguridad ante la ineficacia del Gobierno del Estado en el que operan. En el ámbito de la explotación de los recursos naturales, y recordando de alguna manera a los Ejércitos privados que protegían los intereses de las grandes compañías comerciales de los siglos XVII al XIX, una parte importante de las EMSP tienen contratos con empresas petroleras, mineras y madereras en países en vías de desarrollo y/o en conflicto o *post-conflicto* como en el caso de Irak. En este ámbito puede darse el fenómeno de triangulación que implica una relación de intereses entre la EMSP, la empresa de explotación de los recursos naturales y el Gobierno central o local del país en el que se lleva a cabo la explotación de los recursos.

En varios países, básicamente del continente africano y, en algunos casos, latinoamericanos, en los que existe un conflicto de baja intensidad o una zona dominada por insurgentes, la debilidad de las

estructuras gubernamentales dificulta e incluso imposibilita el mantenimiento de una fuerza de coerción que controle a las fuerzas subversivas. En este contexto, cuando una empresa de explotación de recursos naturales muestra interés en recibir los derechos de explotación de los recursos de una zona determinada, el Gobierno del país condiciona la operación a que la empresa se haga cargo de pacificar la zona, responsabilizándose de contratar, si fuere necesario, que normalmente lo es, a una empresa militar y de seguridad privada<sup>148</sup>. La mayoría de las empresas del sector cuenta entre sus clientes a empresas extractivas a las que ofrecen servicios de escolta y de protección de sus instalaciones.

Por último, las Organizaciones Internacionales, especialmente Naciones Unidas, y las ONG se han visto también obligadas a hacer uso de los servicios de estas corporaciones tal como se analizará en el apartado correspondiente.

---

<sup>148</sup> Algunos Estados, como el angoleño, desarrollan normativas específicas según las cuales se obliga a las empresas que hayan adquirido una licencia de explotación a que se responsabilicen de su propia seguridad sin esperar apoyo del Ejército nacional.

## 2. RAZONES QUE JUSTIFICAN SU USO

### a. Eficiencia económica

*Pecunia nervus belli*<sup>149</sup>.

El potencial ahorro que supone el uso de las EMSP en lugar de las fuerzas militares nacionales regulares es uno más de los beneficios esgrimidos, si no el principal, a la hora de avalar su utilización.

Aunque en el siglo XVIII se hizo público todo el sistema militar, con anterioridad se veía más idóneo que todo el apoyo al personal lo hicieran empresas y gestores privados. Todo o casi todo estaba externalizado y los soldados se dedicaban solo a la guerra. Éste es el argumento que se aduce hoy en día para externalizar todo aquello que no constituya una función esencial de las Fuerzas Armadas. Los actuales militares vuelven a configurarse como estrictos profesionales de la guerra, cada vez más centrados en esa función, esto es, guerrear en sus múltiples facetas, evitando las funciones aledañas y logísticas<sup>150</sup>.

Los Ejércitos, en su necesidad de ser autosuficientes, se encuentran sobrecargados con toda una serie de tareas para las que inicialmente no se encuentran especializados. Estas tareas requieren de

---

<sup>149</sup> Desde la perspectiva política democrática capitalista, no hay razones ideológicas para prohibir categóricamente la privatización de la violencia, de lo que se deriva que los Estados hayan legislado para facilitar la privatización incluyendo la Defensa. *Vide* Sheehy, B. y Maogoto, J. N. "The Private Military Company - Unravelling the Theoretical, Legal & Regulatory Mosaic", *15 ILSA J. Int'l & Comp. L.* 147 2008-2009.

<sup>150</sup> En el criterio número 9 de la "Revisión Estratégica de la Defensa" (2003) se dice, textualmente: "Para optimizar el rendimiento del personal militar en la dedicación a sus cometidos profesionales específicos, se le liberará de aquellas tareas que puedan ser realizadas eficazmente por empresas especializadas mediante la externalización de servicios".

un abanico de competencias que han de ser dominadas por los soldados y que no se restrinjan a las capacidades de combate, sino a toda una serie de habilidades necesarias tales como conocimientos de idiomas, habilidades de comunicación y negociación... Además, los nuevos Ejércitos requieren de una alta cualificación profesional. En definitiva, para especializarse en todas y cada una de las nuevas tareas harían falta muchos más hombres y eso no se puede conseguir, por lo que se deriva este trabajo a compañías privadas<sup>151</sup>. El recurso a las mismas permite a las Fuerzas Armadas conseguir en el mercado privado capacidades de las que carece<sup>152</sup>. A su vez, la utilización de contratistas para realizar actividades ajenas al combate constituye un multiplicador de la fuerza, al aumentar el total de efectivos y liberar al personal uniformado para que pueda realizar misiones de carácter puramente militar.

Hemos vuelto, por tanto, a una situación más similar a la del siglo XVII que a la de los años cincuenta del pasado siglo. El extinguido modelo autárquico daba salida a los excombatientes, quizá en las propias sub organizaciones encargadas de prestar servicios colaterales a la maquinaria bélica, pero ahora se prefiere que sean empresas privadas quienes lo hagan, dándoles una salida civil.

Uno de los argumentos más utilizados a favor de la externalización de los servicios militares y de seguridad es la reducción de los costes

---

<sup>151</sup> Spearin, C., "American Hegemony Incorporated: The Importance and Implications of Military Contractors in Iraq". *Contemporary Security Policy*, vol. 24, nº 3, diciembre 2003, pág. 30.

<sup>152</sup> Bina, M.W. "Private Military Contractor Liability and Accountability after Abu Ghraib", *38 J. Marshall L. Rev.*, 2005, pág. 1242.

militares<sup>153</sup>, aduciéndose que la provisión privada de seguridad es siempre la opción más barata. La privatización es vista por los Gobiernos de todo el mundo como un paso adelante en la eficiencia económica, produciéndose un realineamiento económico entre lo público y lo privado. Con la expansión de los valores del mercado libre, legitimada por la universalidad del liberalismo económico, la iniciativa privada se ve estimulada a ocupar áreas hasta ahora reservadas en exclusividad al sector público. La seguridad se ha convertido así en una actividad comercial más<sup>154</sup>.

Pero los datos sobre el coste-efectividad de las EMSP no son concluyentes<sup>155</sup>. El argumento de la eficiencia sigue la lógica neoliberal, según la cual gracias al poder de los mercados libres y la competencia, la privatización y el *outsourcing* de ciertas funciones estatales produce ahorros, reduce las pérdidas y redundancias, y genera servicios de más

---

<sup>153</sup> Dickinson, L.A. "Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability under International Law", *47 WM. & Mary L. Rev.* 135, 2005, pág. 149; Stevenson, D., "Privatization of Welfare Services: Delegation by Commercial Contract", *45 Ariz. L. Rev.* 83, 2003, págs. 83-84, afirmando que los defensores de la privatización argumentan que provee más eficiencia, aun tomando nota de la emergencia de una tendencia para el análisis de los costes y beneficios de la privatización antes de externalizar. *Vide* también Super, D.A., "Privatization, Policy Paralysis, and the Poor", *96 Cal. L. Rev.* 393, 2008, págs. 409-10, destacando los costes comerciales como un factor en la privatización de los servicios. La justificación normativa básica para el movimiento privatizador es la afirmación de que la delegación de servicios gubernamentales hacia la empresa privada es ventajosa tanto cuantitativa como cualitativamente. En otras palabras, el coste de los servicios privatizados es más bajo y son prestados de forma más eficiente porque el sector privado puede actuar sin estar constreñido por las cargas políticas innatas de la administración burocrática.

<sup>154</sup> Laborie Iglesias, M.A., "La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos", *Cuadernos de estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Centro Nacional de Inteligencia, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Agosto 2010, pág. 82.

<sup>155</sup> Sus empleados pueden ser bastante caros; los salarios típicos van desde los 400 a los 1.000 dólares por día. Reclutan personal con una alta preparación militar para proveer sus servicios (soldados, policías, doctores, pilotos, ingenieros, técnicos...) con altos salarios; los emolumentos de cada rango o empleo desde General hasta el inferior, pueden ser de cinco a diez veces más altos que en un Ejército.

alta calidad y mejores resultados<sup>156</sup>. La efectividad de las fuerzas del mercado para asegurar que los costes son más bajos en la industria privada del sector es una cuestión compleja y, cuanto menos, discutible, pues es necesario que haya competencia y flexibilidad del contratista para cumplir con sus obligaciones<sup>157</sup>.

El mercado de la seguridad privada, sin embargo, sufre de varios impedimentos para que se den las condiciones perfectas de funcionamiento, existiendo más bien un mercado desajustado. El mercado carece de poder regulador pues es muy irregular e imperfecto al adolecer de falta de competencia, colusión, ineficiencia, falta de supervisión y transparencia, términos contractuales generosos y falta de uso o uso irregular de las sanciones del mercado. Un impedimento para las condiciones de mercado perfectas estriba en la naturaleza altamente personalizada de las relaciones dentro de esta industria. Los ejecutivos, a menudo con un alto nivel de experiencia en los Ejércitos regulares, están normalmente bien relacionados tanto con los Gobiernos como entre ellos mismos. La industria se caracteriza por un clima de confidencialidad y las

---

<sup>156</sup> En este marco se puede enclavar la afirmación de la *Comisión Gates*, en su Informe de marzo de 2008, según la cual parece adecuado suponer que no hay nada excesivo en lo que se paga a los contratistas, ya que por definición se les paga a precio de mercado, y por tanto su paga no es excesiva en relación con dicha base. El exceso, como explica el *Protocolo Adicional*, es en relación con el soldado. Si es un recluta, entonces, de acuerdo con la *Comisión Gates*, parece que a estos reclutas se les paga de menos y el “exceso” en el pago es simplemente lo que es necesario para llegar al adecuado precio de mercado. Pero si la base es el soldado voluntario, entonces la comparación con el contratista es más complicada ya que ambos han consentido contractualmente. *Vide* Taussig-Rubbo, M., “Outsourcing Sacrifice: The Labor of Private Military Contractors”, 21 *Yale J. L. & Human.* Pág. 189, 2009.

<sup>157</sup> Dickinson, L.A., “Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability Under International Law”, *op. cit.*, pág. 149 “la privatización militar quizás puede ser explicada principalmente por la promesa de la disminución de costes” pero la autora señala en nota a pie de página que “los ahorros de costes no han sido demostrados de forma concluyente”.

firmas frecuentemente usan su derecho a mantener secreta la consideración de los contratos. El secreto sobre el ámbito y términos de los servicios requeridos dificulta la capacidad competitiva de las compañías o elimina la competencia directamente, y complicando los intentos de exigencia de responsabilidad por parte de terceros<sup>158</sup>.

Una complicación adicional es el hecho de la tendencia a la adjudicación de los llamados contratos *IDIQ* (*Infinite-delivery, infinite-quantity*) esto es, de entrega indefinida, cantidad indefinida, también conocidos como “contratos paraguas”, en los que el precio es fijado de forma anticipada para cubrir un número y naturaleza de tareas indeterminados para un cierto período de tiempo<sup>159</sup>. Estos contratos han sido criticados por ser particularmente abiertos al abuso y sobrefacturación, disminuyendo el nivel de transparencia en la contratación de las EMSP. Una vez el Gobierno cliente está esencialmente cautivo, las EMSP están en una posición inmejorable para sobrefacturar o infra proveer, sin temor a una sanción comercial seria o responsabilidad legal por sus acciones<sup>160</sup>.

Las distorsiones del mercado militar privado neutralizan o desmontan varias de las asunciones en que se basa el argumento de la eficiencia económica. Este mercado es tan disfuncional en gran parte porque los Estados clientes lo han querido así, no porque sea imposible

---

<sup>158</sup> Las copias de estos contratos no son de acceso público. Para una copia de un ejemplo de un contrato militar privado, *vide Corporate Warriors, op. cit.* pág. 245, apéndice 2 (se provee una copia del contrato entre la firma privada Sandline y el Gobierno de Papúa Nueva Guinea).

<sup>159</sup> Newell, V. & Sheehy, B., “Corporate Militaries and States: Actors, Interactions, and Reactions”, *41 Tex. Int’l L.J.*, 2006, págs. 90-91.

<sup>160</sup> Jennings, K.M., “Armed Services: Regulating the Private Military Industry”, *New Security Programme, Fafo-report* 532, 2006.

de regular. Aunque las leyes de la oferta y la demanda parecen favorecer a las EMSP, con una alta demanda de servicios de estas empresas y en continuo crecimiento, el hecho de que tengan relativamente pocos grandes clientes a quien proveer de sus servicios otorga un poder a esos clientes que aún no ha sido debidamente utilizado. Por ello, cabe asumir que la mayoría de las empresas del sector aceptarían los regímenes regulatorios cuando sus clientes principales, los Gobiernos, lo requiriesen.

Los Gobiernos deberían limitar el uso de los contratos *IDIQ*, contratos de mayor coste y aquellos en los que no hay competencia. También deberían imponer requisitos de apertura, incluyendo el cumplimiento de los estatutos de libertad de información aplicable y medidas de “visibilidad del contratista” que, por ejemplo, relacionen las funciones que se están llevando a cabo, el número de empleados que están ejecutándolas y el salario que éstos reciben<sup>161</sup>. A su vez, debería incluirse en los contratos la obligatoriedad de pasar auditorías financieras a la finalización de su ejecución. Si estas medidas se aplicaran adecuadamente, se reimpondría en gran medida el mercado como elemento regulador mediante el requisito de prácticas competitivas y estructuras de coste. Más aún, mediante una mejora significativa de la transparencia de los contratos del Gobierno con las EMSP, se

---

<sup>161</sup> Isenberg, D. *A Fistful of Contractors: The Case for a Pragmatic Assessment of Private Military Companies in Iraq*. BASIC Research Report 2004. London and Washington, D.C.: British-American Security Information Council.



incrementarían en gran medida las posibilidades de una supervisión efectiva<sup>162</sup>.

La intensidad de los sistemas de incentivos de estas empresas es mucho mayor que aquellos provistos a través de los sistemas tradicionales de las Fuerzas Armadas. Dado que el Estado no tiene influencia sobre los salarios u otras condiciones de empleo en el sector privado, no posee medio alguno para evitar que el sector privado atraiga a individuos con un alto grado de entrenamiento, haciendo que abandonen el sector público, especialmente en las fuerzas especiales<sup>163</sup>. Se plantea la preocupación sobre esta salida de miembros de élite de las Fuerzas Armadas hasta el punto de que en algún caso esta salida es más ingente que la capacidad de las mismas para reemplazarlos<sup>164</sup>.

Las afirmaciones de que son más efectivas desde el punto de vista del coste que las Fuerzas Armadas regulares se basan en argumentos

---

<sup>162</sup> La externalización extensiva combinada con una supervisión escasa hace difícil para los Gobiernos retener el control de los costes y la gestión de los proyectos. *Vide* Minow, M., "Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy, 46 *B.C. L. Rev.* 989, 999 y nº 62, 2005.

<sup>163</sup> Estas empresas constituyen una vía de reconversión privilegiada para antiguos militares, y más particularmente para los pertenecientes a fuerzas especiales, principalmente en los países anglosajones, pero de una herramienta lógica de reconversión, las EMSP han pasado a una lógica competitiva en el mercado de empleo. *Vide* Pozo Serrano, P., "El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control". *Athena Intelligence*, 19 de diciembre de 2007. *Athena Paper*, Volumen 2, nº 24. [www.athenaintelligence.org](http://www.athenaintelligence.org), pág. 5.

<sup>164</sup> Tal es el nivel de éxodo en las fuerzas especiales de Estados Unidos y del Reino Unido que los mandos militares se ven obligados a formular nuevos incentivos financieros y educativos para retener al personal. Este problema de retención de personal cualificado en las Fuerzas Armadas, con el sector privado compitiendo por el mismo, fue puesto de manifiesto por el Departamento de Defensa de los EEUU. *Vide* US Department of Defense, *Quadrennial Defense Review Report*, 30 sept. 2001, págs. 8-10, [www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf](http://www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf). Por su parte, en 2005, las Fuerzas Canadienses tuvieron que aumentar las pensiones y otros beneficios sociales a los miembros de sus fuerzas especiales, las JTF 2, con el fin de retenerlos. Grofe, D.A. J., y Huber D., "Beyond the Law? The Regulation of Canadian Private Military and Security Companies Operating Abroad", *National Reports Series 03/09 PrivWar*, Universidad de Ottawa, 2009.

tales como que, por una parte, los equipos que utilizan las empresas están totalmente amortizados al ser utilizados casi de forma constante a través de los contratos. Por el contrario, el equipamiento del Ejército regular puede permanecer almacenado y sin utilización durante meses o años en caso de que el Estado en cuestión no se involucre en una operación militar.

Por otra parte, a diferencia de un Ejército regular cuyos gastos son permanentes en recursos humanos, equipos y materiales, las empresas contratan puntualmente al personal necesario para responder a un contrato específico, convirtiendo los gastos fijos en variables<sup>165</sup>. Tienen la capacidad de ampliar con gran rapidez el tamaño de sus fuerzas sin perderse en complejos laberintos burocráticos y de permisos institucionales ni tener gastos a largo plazo. Proveen de la facultad de incrementar rápidamente la fuerza armada sin los costes necesarios para el mantenimiento a largo plazo de la capacidad militar o los costes que a menudo aparecen cuando se procede a una rápida reducción militar. Se encargan de operaciones accesorias, permitiendo a las Fuerzas Armadas concentrarse en las misiones esenciales<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Fricchione, K., "Casualties in Evolving Warfare: Impact of Private Military Firms' Proliferation on the International Community", 23 *Wis. Int'l L.J.*, 2005, pág. 747 ("Es costoso mantener un Ejército permanente en tiempos de paz y ha habido un gran beneficio económico con la externalización"). Ciertamente, los altos costes contractuales de las EMSP se ven al menos parcialmente mitigados por una reducción en el número requerido de tropas militares permanentes. Vide Stinnett, N., *Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms From Committing Human Rights Abuses*, 28 *B.C. Int'l & Compl L. Rev.* 211, 2005, pág. 220.

<sup>166</sup> Afirma el Coronel Thomas W. Sweeney, del Army War College, que *la razón principal para emplear a un contratista es que no resulta necesario utilizar tropas, así que las tropas pueden centrarse en el combate (...). Resulta más barato porque sólo tienes que pagar a los contratistas cuando los utilizas*. Citado en Wayne, Leslie, *America's for-profit secret army*, New York Times, 2002.

Los empleados de estas empresas reciben, en general, honorarios que superan ampliamente los de las fuerzas regulares militares y de seguridad, pero no existen gastos en beneficios complementarios a largo plazo como requieren los militares nacionales. Los Gobiernos no necesitan proveer a las EMSP con beneficios tales como trabajo seguro, pensiones, cuidados sanitarios, viviendas... pues, normalmente, ya están incluidos en el contrato. Estas ventajas no basadas en el salario deben ser tenidas en cuenta a la hora de analizar el tema pues ayudan a cerrar el gap en la percepción de la disparidad económica entre los contratistas y los militares. A su vez, el pago no equitativo basado en las nacionalidades, es una fórmula utilizada por algunas EMSP para abaratar costes<sup>167</sup>. El coste económico de contratar a estas compañías cuando realmente se las necesita hace que parezca innecesario mantener permanentemente a un Ejército preparado para cualquier tarea<sup>168</sup>. Pero deben darse dos condiciones para que los servicios del sector privado sean más rentables que los oficiales: un mercado competitivo y la flexibilidad del contratista privado a la hora de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, los Gobiernos suelen restringir la competencia

---

<sup>167</sup> Las transnacionales de seguridad han creado un laberinto de contrataciones y subcontrataciones en busca de personal barato y, normalmente, con escasa formación, en países en vías de desarrollo.

<sup>168</sup> Algunos países, especialmente los Estados Unidos, pueden alcanzar sus objetivos de política exterior virtualmente sin coste alguno mediante el uso de EMSP, pues en muchos casos, la empresa implementa la política y carga a su benefactor por el trabajo. Vide Kassebaum, D., "A question of Facts-The Legal Use of Private Security Firms in Bosnia", 38 *Colum. J. Transnat'l L.* 602, 2000.

para mantener la fiabilidad y la continuidad y por razones de seguridad nacional<sup>169</sup>.

Las informaciones sobre la guerra de Irak hablan sobre los altos sueldos de los civiles contratados, el triple o más de lo que ganan los soldados en activo, pero esas cifras no explican si, pese a todo, dichos civiles resultan rentables<sup>170</sup>. El ahorro solo ocurre cuando hay competencia efectiva entre las EMSP. En la práctica, hay a menudo colusión entre las mismas para los contratos de larga duración en los cuales además es difícil y costosa su reapertura para nuevas ofertas, convirtiéndose *de facto* en un monopolio. Esto lleva a un comportamiento oportunista tal como la oferta a la baja de las EMSP al saber que pueden añadir lo necesario más tarde. A su vez, las prácticas normales de subcontratación en las cuales un contrato puede pasar a través de diferentes empresas, pueden reducir significativamente e incluso anular cualquier ganancia en eficiencia. Más aún, los costes calculados del *outsourcing* (externalización) rara vez tienen en cuenta que se ha de contratar personal para la supervisión de los contratistas<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Es significativo que la rentabilidad no es una de las tres razones para contratar con empresas privadas que menciona un informe elaborado por la *Oficina General de Cuentas* (GAO) del Gobierno de EE UU, el equivalente al Tribunal de Cuentas español, en 2003 sobre los contratos militares. Las razones son contar con conocimientos técnicos especializados, no verse restringidos por los límites a la presencia autorizada de soldados en ciertas regiones y garantizar que unos recursos que siempre son escasos estén disponibles para otras tareas.

<sup>170</sup> Los militares estadounidenses han expresado su preocupación por la posibilidad de que el atractivo de las empresas privadas disminuya la capacidad del Ejército de conservar a su personal; una inquietud que comparten todos los mandos militares desde Gran Bretaña hasta Chile.

<sup>171</sup> Esta cuestión del control del regulado por el regulador es fundamental, sobre todo cuando este último se convierte en uno de ellos (fenómeno que los norteamericanos denominan de la puerta giratoria o *revolving door*).

Por otra parte, al cobrar en virtud del contrato firmado en lugar de en función de la cantidad de personal usado, es difícil comparar el coste-efectividad de estas empresas vs el Ejército tradicional. Se podría aducir que las empresas privadas son más baratas porque permiten que el Ejército no tenga que gastar en reclutar, formar y desplegar personal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el personal de las EMSP a menudo ha recibido entrenamiento provisto por el Estado como miembros de los Ejércitos nacionales. Cuando los abandonan por trabajos mejor pagados en el sector privado, este entrenamiento es, en realidad, un subsidio a las operaciones de las EMSP.

Esta dinámica afecta gravemente a las instituciones militares occidentales pues, tentado por estas remuneraciones infinitamente más altas, el personal más cualificado se pasa al sector privado. Los conocimientos especializados son costosos de producir y crean un valor en su poseedor que es recompensable en el ámbito privado de un modo que es imposible de replicar en el sector público. Los contratistas privados a menudo poseen habilidades altamente demandadas y financieramente infra compensadas en el sector público. A largo plazo, esta hemorragia de recursos humanos altamente cualificados puede verse acompañada por una parte del *know-how* (mantenimiento de los sistemas de armas, formación de los pilotos...) al ser llevado a cabo exclusivamente por el sector privado. Esta dependencia total puede ser problemática pues son las empresas del sector las que pueden tener el control exclusivo sobre áreas fundamentales. Esta situación supone un riesgo que en economía

se denomina *ex post holdup* que, en este caso, viene a significar poner áreas enteras de conocimiento en manos privadas<sup>172</sup>.

Por otra parte, la cuestión del beneficio en un contexto militar es siempre una cuestión sensible pues los incentivos de una EMSP no se alinean siempre con los de sus clientes o con el bien común<sup>173</sup>. El hecho de que estas compañías sean percibidas como eficientes puede plantear un reto para aquellos que defienden el Derecho Internacional Humanitario, el cual no prioriza la eficiencia por encima de cualquier otra consideración. En un mundo ideal, este problema podría ser mantenido bajo control a través de una adecuada gestión y supervisión, pero en la realidad dicho escrutinio es a menudo inexistente. Como resultado, numerosas alegaciones de obtención de provecho de la guerra han sido realizadas contra varias empresas del sector<sup>174</sup>. Por otra parte, el riesgo de que varias empresas de este tipo puedan estar compitiendo en el mercado y puedan llegar a la confrontación sobre recursos ilegales es un peligro potencial que no puede ser soslayado.

---

<sup>172</sup> Singer, P. W., *Corporate Warriors, the Rise of the Privatized Military Industry*. *op. cit.*, pág. 148.

<sup>173</sup> Singer, P.W., *Corporate Warriors: the rise of the privatized military industry*, *op. cit.*, pág. 151.

<sup>174</sup> Por ejemplo, *Halliburton* (dirigida hasta el año 2000 por el anterior vicepresidente de los EEUU, Richard Cheney) fue acusada de varios abusos en Irak a través de su filial *KBR*, desde haber sobre facturado por la gasolina hasta la facturación de servicios no prestados; los cargos en disputa alcanzan un total de 1,8 billones de dólares. *Vide Glanz, J., Army to pay Halliburton Unit Most Costs Disputed by Audit, The New York Times* (27 de febrero de 2006). Ha estado también implicada en los escándalos relativos a las condiciones de atribución de los contratos, probando la colusión de intereses entre la Administración Bush y las multinacionales del complejo industrial-militar estadounidense. *Custer Battles*, otra firma privada, fue acusada de fraude y facturación falsa.

## **b. Efectividad operativa**

El modelo autárquico de Fuerzas Armadas consolidado a mediados del pasado siglo y ya desaparecido, tenía una serie de consecuencias sociales muy importantes que es preciso valorar para poder comprender íntegramente los pros y contras del cambio de paradigma. Por una parte, dotaba de una enorme independencia ante los avatares externos, lo cual, en momentos de crisis militar, convertía a la logística militar en una estructura potente, eficaz, aunque algo ineficiente en su utilización. Las fuerzas militares se hicieron cargo de multitud de funciones administrativas que tenían que ver con la seguridad interior y exterior del Estado.

Poco a poco perdieron ese control, pero manteniendo un servicio auxiliar paralelo. Además, podían retomar su dirección en caso de movilización del personal civil al servicio de esos nuevos ramos de la Administración civil, que podía quedar militarizado. Por ello, al constituirse los Ejércitos como una especie de Estado en miniatura, podían sustituir fácilmente la ausencia de Administración civil. Si ocupaban un país enemigo podían suplantar totalmente a sus autoridades y Administración; o si nada existía, podían crear un Estado nuevo, como ocurrió en todos los modelos coloniales del siglo XIX. Todo ello posibilitó una enorme riqueza doctrinal y moral de las Fuerzas Armadas, creándose modelos de funcionamiento, pautas de conducta pública, control de servicios básicos... La función pública civil se organizó sobre estas pautas,

modelos y formas de carrera y las empresas civiles lo imitaron<sup>175</sup>. Por eso muchos avances científicos, técnicos y doctrinales vinieron de la mano de la investigación militar.

Esta situación de autosuficiencia, aunque nunca total, se ha transformado profundamente en la última década con la privatización o externalización de muchas funciones militares<sup>176</sup>. En la actualidad, sería impensable una fuerza militar participando en una operación expedicionaria sin el apoyo de las compañías privadas, convirtiéndose para algunos países de gran peso internacional, en un elemento imprescindible de su política exterior.

Las EMSP y las fuerzas militares no persiguen los mismos objetivos en un conflicto. La acción de estas empresas está supeditada a la búsqueda de beneficios, aun cuando estén ligadas a ciertos intereses nacionales. Esta lógica de beneficios es ajena a una fuerza militar. La ética militar refuerza la noción de que los miembros de las Fuerzas Armadas sirven a su país desinteresadamente. Las EMSP hacen de la guerra un negocio al ser su motivación financiera en lugar de ideológica. Esto contradice la medida fundamental e inherente de legitimidad por las acciones militares de una Nación.

---

<sup>175</sup> Parada Vázquez, R., "Modelos de función pública y función pública militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>176</sup> Con sistemas tecnológicamente avanzados que requieren de EMSP que se responsabilicen del apoyo a largo plazo, las Fuerzas Armadas están perdiendo la capacidad de gestionar y generar la habilidad para mantener elementos esenciales en caso de guerra, incluyendo no solo sistemas de mando y control, sino también sistemas de comunicación militar y aparatos de vigilancia. Vide Campbell, G.L., U.S. Army Combined Arms Support Command, Paper Presented at the Joint Services Conference on Professional Ethics 2000: Contractors on the Battlefield: *The Ethics of Paying Civilians to Enter Harm's Way and Requiring Soldiers to Depend upon Them*, 27 y 28 de enero de 2000. [www.usafa.edu/isme/JSCOPE00/Campbell00.html](http://www.usafa.edu/isme/JSCOPE00/Campbell00.html).



Se ha resaltado la presunta efectividad de las EMSP<sup>177</sup>, argumentándose que ofrecen ventajas operativas sobre las fuerzas

---

<sup>177</sup> A principios de los noventa *Executive Outcomes (EO)* consiguió un contrato del Gobierno angoleño para la protección de instalaciones petrolíferas contra los ataques de los rebeldes de *UNITA*. Su éxito en esta misión les granjeó un notable prestigio que probablemente influyó en que fueran contratados en 1995 por la Junta Militar de Sierra Leona, agobiada por el avance de las fuerzas rebeldes del *RUF* (Frente Revolucionario Unido) hacia la capital Freetown. El caso es que el personal de *EO* consiguió un efecto arrollador en unos meses. Gestionando la compra de helicópteros ex soviéticos MI-17 y MI-24, y proporcionando las tripulaciones, logró dotar de una enorme movilidad y potencia de fuego a las fuerzas gubernamentales. Los MI-24 barrieron columnas enteras del *RUF* en las cercanías de la capital y obligaron a los rebeldes a replegarse casi 100 kilómetros hacia el interior del país. El equipamiento y adiestramiento de los guerreros tribales Kaamajor les convirtió en una fuerza capaz de enfrentarse al *RUF* en la jungla y, finalmente, con una serie de incursiones lograron expulsar al *RUF* de la mayor parte de las zonas mineras, aunque la compañía falló en su objetivo de expulsarlo de otras áreas del país. A finales de 1996, los rebeldes aceptaban conversaciones de paz. Todo ello se consiguió con un máximo de trescientos a quinientos trabajadores de la hoy desaparecida compañía (liquidada en 1998), asegurando la celebración de elecciones democráticas, con un contrato de 21 meses, 6 bajas y un coste de 35 millones de dólares. Tras las elecciones, se despidió a la compañía en 1997 considerando sus servicios no necesarios. Meses después tras un golpe de estado, volvía a estallar la guerra civil y, esta vez fueron las Naciones Unidas las que se hicieron cargo de la pacificación mediante un despliegue de observadores (*UNOMSIL*), que costó 47 millones de dólares en 8 meses y que en 1999, con 14.000 efectivos, no sólo no habían sido capaces de apaciguar el país sino que las propias tropas extranjeras comprometidas habían cometido abusos contra la población, teniendo que ser evacuadas cuando las fuerzas del *RUF* avanzaron de nuevo sobre la capital. Ciertamente, *EO* actuó en las condiciones ideales para que una compañía de seguridad privada pudiera demostrar su eficacia: una situación al borde del caos; un enemigo desorganizado y pobremente armado; grandes intereses económicos, y muy poca voluntad por parte de las Potencias occidentales para desplegar fuerzas regulares en ese escenario.

Otro caso muy diferente es el de la compañía norteamericana *MPRI (Military Professional Resources Inc.)* surgida en el seno de las Fuerzas Armadas norteamericanas, e integrada fundamentalmente por militares en la reserva. *MPRI* actúa siempre en beneficio de los intereses de la política exterior de su país. Su presidente es Carl Vuono, Jefe de Estado Mayor del Ejército entre 1987 y 1993 y en su nómina hay más de 300 Generales en la reserva, aparte de un gran número de Oficiales, Suboficiales y técnicos civiles. En 1994 obtuvo un contrato de asesoramiento y asistencia militar al Ejército croata dentro del denominado *Democracy Transition Assistance Program (DTAP)*. Dos años antes éste era poco más que una milicia mal armada y repetidamente humillada por las fuerzas serbocroatas de las Krajinas. El embargo internacional de armas sobre los beligerantes balcánicos daba además pocas opciones para reconstruir una fuerza creíble. Pero en mayo de 1995, las fuerzas croatas daban la sorpresa lanzando una rápida ofensiva con fuerzas mecanizadas que ocupó en 72 horas el enclave serbocroata de Eslavonia Occidental. Tres meses más tarde se lanzaba la mayor ofensiva mecanizada en Europa desde la II Guerra Mundial, ocupando en cuatro días el territorio de las Krajinas, y aplastando fácilmente a los 25.000 soldados serbocroatas que lo guarnecían. Estas milicias estaban aisladas, divididas y saturadas por el combate contra múltiples adversarios. Es significativo el hecho de que el Comandante del ataque, el General croata Ante Gotovina, ha sido juzgado por la Corte Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en La Haya. *Vide Percy, S., Regulating the Private Security Industry, International Institute for Strategic Studies, 2006, págs. 12-13.*

militares regulares, tales como despliegue rápido, disminución de la reticencia pública al uso de la fuerza y actuación como contrapeso al Ejército local en un Estado con instituciones políticas débiles. Se afirma también que al relevar a los militares de estas funciones secundarias se permite que se concentren en su “misión esencial” de combatir. Aunque el argumento de la eficiencia puede parecer más dominante en los Ejércitos de países desarrollados, ha influido también en los países pobres<sup>178</sup>. Ciertamente, la privatización bien gestionada puede incrementar la cantidad y calidad de la base humana de la que el Gobierno puede elegir, incrementando por tanto la calidad de los servicios a través de la diversidad intelectual y la especialización<sup>179</sup>.

La efectividad tiene dos dimensiones: el efecto de la EMSP en el campo de batalla y el efecto en el Ejército del Estado cliente. El primero se refiere al impacto estratégico y táctico de la EMSP sobre una situación dada. Pero no hay que olvidar que se da una perversa estructura de incentivos pues las EMSP que intervengan eficientemente en los conflictos pueden ganar reputación pero al mismo tiempo están eliminando una futura fuente de ingresos. En cuanto al segundo, los

---

*EO* y *MPRI* representan los polos opuestos del sector militar y de seguridad privado, pero ambas demostraron ser notablemente eficaces participando en la solución de crisis en las que resultaba poco atractivo empeñar fuerzas regulares. En cambio, en Irak la labor de las compañías militares y de seguridad privada ha sido menos espectacular pese a que se las ha utilizado de forma masiva. Frente a la dureza de la insurgencia que pronto se desarrolló en el país, las mismas demostraron sus limitaciones, quedando en entredicho algunas de sus ventajas teóricas sobre los Ejércitos regulares, al enfrentarse a un adversario duro, fanático y bien organizado. *Vide* Calvo Albero, J.L., “Las compañías privadas de seguridad- Un dilema para las Operaciones futuras”, *Rev. Ejército* nº 777, dic. 2005.

<sup>178</sup> Aning, E.K., Africa’s security in the new millennium: State or Mercenary Induced Stability? *Conflict Trends*.

<sup>179</sup> *Vide* Alabarda, Y. y Lisowiec, R., “The Private Military Firms: Historical Evolution and Industry Analysis”, disponible en [www.dtic.mil/cgi-bin/getTRDoc?AD=ADA473255&Location\\_U2&doc=getTRDoc.pdf](http://www.dtic.mil/cgi-bin/getTRDoc?AD=ADA473255&Location_U2&doc=getTRDoc.pdf).

Estados clientes pueden contratar EMSP para llevar a cabo tareas que sus propias Fuerzas Armadas no son capaces o no desean ejecutar y confían en que se efectuará un trabajo profesional, con ningún coste en términos de capacidad para su propio Ejército. Pero en este punto existe el peligro de que el uso de EMSP erosione capacidades y habilidades esenciales de las Fuerzas Armadas, y genere problemas de operatividad, coordinación, confianza y seguridad entre los miembros de las mismas y los contratistas que operen a su lado pero no bajo su mando<sup>180</sup>. La moral militar, cultura organizativa, relaciones cívico-militares, y el reclutamiento y retención se pueden ver reducidos por el uso generalizado de contratistas bien pagados.

También se puede interpretar en el sentido de que las EMSP permiten a los Estados actuar de formas que protejan sus intereses minimizando el coste político y, en el peor de los casos, permitiéndoles una negación verosímil, facilitando con ello una política exterior por representación<sup>181</sup>. Los Estados pueden así evadir los mecanismos de responsabilidad democrática internamente, mientras mantienen la posible negación frente a acusaciones de intrusión en la soberanía de otros Estados. La reputación de estas empresas se basa en su efectividad en la consecución de objetivos, incluso asumiendo riesgos o costes que no serían aceptables para las organizaciones militares convencionales.

---

<sup>180</sup> Los mandos militares tienen menos control sobre la conducta de sus fuerzas pues los contratistas solo reciben órdenes de su compañía o del Oficial de control del contrato en Washington. *Vide* Douglas, K.L., "Contractors Accompanying the Force: Empowering Commanders with Emergency Change Authority", 55 *A.F. L. Rev.* 127, 2004, págs. 127,135-136.

<sup>181</sup> Según Martin L. van Creveld, los Estados-nación han sido reemplazados por "entidades que hacen la guerra". El autor lo describe en su libro *Transformation of War*, *op. cit.*.

Tanto si son ventajas reales como si no, la mayoría de los analistas mantienen que tienen una serie de desventajas operativas en relación con las fuerzas militares regulares pues motivadas por el beneficio en lugar de por el sentido del deber, su compromiso es generalmente considerado más limitado que el del personal militar regular<sup>182</sup>. Incluso cuando llevan a cabo actividades militares siguen siendo negocios privados al margen de la cadena militar de mando y justicia y, a diferencia de las Unidades militares, siguen teniendo la posibilidad de abandonar o suspender las operaciones por cualquier motivo, incluyendo el hecho de que hayan llegado a ser demasiado peligrosas o no rentables<sup>183</sup>.

La gran ventaja de los Ejércitos regulares es que son capaces de combatir en condiciones en las que una empresa privada se declararía en ruina. Por otra parte, resulta muy difícil integrar a empleados civiles de una compañía privada en una cadena de mando militar y la unidad de acción se resiente considerablemente. Desde la perspectiva del desarrollo del servicio prestado por estas empresas, es muy llamativo el hecho de la absoluta desconexión entre el personal de la empresa y las Unidades militares integradas en las Fuerzas Armadas del Estado que las contrata. En este sentido, hay que advertir que, formalmente, el personal que opera por cuenta de la EMSP no forma parte integrante de las operaciones desarrolladas por las Unidades militares regulares. Se encuentra única y

---

<sup>182</sup> *Sandline International* había firmado un contrato con el Gobierno de Papúa Nueva Guinea en 1991, pero la misión nunca se llevó a cabo porque la compañía dudaba de la capacidad de pago de su cliente.

<sup>183</sup> Esta libertad puede dejar las actividades militares malparadas como ha ocurrido varias veces en Irak. Durante períodos de violencia intensa, numerosas firmas privadas retrasaron, suspendieron o terminaron sus operaciones, poniendo una gran presión sobre las tropas regulares estadounidenses.

exclusivamente vinculado a la empresa para la que trabaja, tanto en términos de directrices para la ejecución del servicio, como en términos de rendición de cuentas en caso de infracción de dichas directrices.

Son evidentes las distorsiones y situaciones de alto riesgo que plantea esta circunstancia a las misiones desarrolladas por las Unidades del Ejército del Estado que contrata este tipo de empresas o por Unidades correspondientes a Ejércitos de otros Estados aliados que operan en la zona. Los empleados de las EMSP no son soldados aunque a menudo lleven a cabo los mismos servicios que los militares y los mismos uniformes de camuflaje; por tanto, cuando están en las zonas de guerra u operaciones no están sujetos al control legal de un Oficial militar al mando<sup>184</sup>.

Las EMSP operan bajo contrato con diferentes entes y la relación entre las mismas y el Ejército es secundaria respecto a los términos y cláusulas operativas de los acuerdos contractuales<sup>185</sup>. Dado que los mandos militares no tienen autoridad sobre los contratistas, y, en el caso iraquí, el hecho de que la *Orden 17*<sup>186</sup> no proveyera directrices claras para la supervisión de los contratistas, no hay virtualmente nadie aparte de los propios contratistas (excepto civiles iraquíes) que pueda informar sobre conductas inadecuadas. Los mandos militares carecen de capacidad para

---

<sup>184</sup> Bina, M.W., "Private Military Contractor Liability and Accountability after Abu Ghraib", Op, citada, pág. 1240.

<sup>185</sup> Elsea, J.K. & Serafino, N.M., Private security contractors in Iraq: background, legal status, and other issues (Cong. Research Serv., CRS Report for Congress, Order Code RL32419) en CRS-8, pág. 134. Se encuentra disponible en [www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/contract/2007/0707congresscomp.pdf](http://www.globalpolicy.org/security/issues/iraq/contract/2007/0707congresscomp.pdf).

<sup>186</sup> La *Coalition Provisional Authority Order Number 17*, fue emitida por el Administrador de la *Autoridad Provisional* de la Coalición en junio de 2003 y revisada el 27 de junio de 2004, para proveer la gobernabilidad provisional de Irak.

supervisar, controlar y, en su caso, alterar las acciones que llevan a cabo los contratistas civiles en entornos de hostilidades abiertas en los que se mezclan con sus propias Unidades<sup>187</sup>. Esta ambivalencia de objetivos perseguidos por estos dos actores, Ejércitos y EMSP, puede ocasionar tensiones e incluso conflictos de intereses pues la presencia de estas compañías “incontrolables” en el teatro de operaciones puede ser nociva para la apreciación correcta de la situación por parte del jefe militar y hacer aún más espesa la “niebla de la guerra”<sup>188</sup>.

Las propias compañías suponen un serio competidor para las Fuerzas Armadas a la hora de conseguir personal. Precisamente los profesionales que más tiempo y dinero cuesta formar son los que se sienten más tentados por los altos salarios del sector privado. Por otra parte, sus empleados están al margen de la cadena militar de mando y, a diferencia de los soldados, tienen en todo caso la opción de despedirse y no están generalmente formados en la conducción de operaciones de acuerdo con la legislación de los Conflictos Armados. También es cierto que, en ocasiones, sus empleados soportan riesgos incluso superiores a

---

<sup>187</sup> Pocos Ejércitos estatales han desarrollado una doctrina que contemple cómo afrontar la presencia de empleados de las compañías y cómo integrarlos de manera eficaz en la misión. El Ejército de Tierra de Estados Unidos sí ha elaborado un *Manual de campo* que contempla detalladamente cómo se deben desenvolver las relaciones entre dicho Ejército y los empleados de estas empresas que prestan servicios de apoyo en virtud de contratos del Gobierno, aunque su eficacia ha sido limitada. *Department of the Army Field Manual Nº 3-100.21, Contractors on the Battlefield*, 3 de enero de 2003.

<sup>188</sup> Arienza Fernández, C., “Privatización y Transnacionalización de la Defensa, los nuevos Ejércitos Mercenarios”, Monografía CESEDEN, Madrid. En octubre de 2010, el *Armed Forces Committee* del Senado de los Estados Unidos en su informe “Inquiry into the Role and Oversight of Private Security Contractors in Afghanistan” revela las amenazas y peligros que representan para la misión de los Estados Unidos en Afganistán los contratistas privados que prestan servicios de seguridad sin control alguno por parte del Gobierno estadounidense.

los de sus equivalentes regulares, pero el problema estriba en el hecho de que en las operaciones militares no hay sitio para tales resultados mixtos.

El riesgo de abandono de la misión por los empleados individuales agrava el problema del aseguramiento de la responsabilidad de las EMSP. Hay una carencia de compromiso definitivo con la misión a ejecutar, en caso de que el entorno de seguridad se deteriore. Aquí estriba el dilema respecto a la dependencia de empresas privadas incluso para las, teóricamente, tareas no controvertidas como, por ejemplo, la alimentación de las tropas. La dificultad de mantener a las firmas privadas reside en el hecho de que son actores movidos por motivos comerciales, no políticos. Pero como en cualquier tipo de externalización o de contrato de un servicio, se debe establecer un cierto nivel de confianza de que el contrato será cumplido. Más aún, pueden disolver fácilmente sus operaciones, lo que puede hacer difícil la persecución de su personal en caso de violaciones legales. Hay que tener en cuenta que pueden llegar fácilmente al extremo de la autodisolución pues les es muy fácil abrirse camino al no necesitar un fuerte capital para iniciar sus actividades<sup>189</sup>. Lo normal es que cuenten con una base de datos de personal con el que pueden contar y en el momento en que se presenta un contrato movilizan los recursos necesarios.

---

<sup>189</sup> Ciertamente, dada la perspectiva de la red denominación o refundación de estas compañías, parece que la principal vía por la que se está dando la diferenciación de marca y la segmentación del mercado es a través de la identidad de los dirigentes de estas firmas (como por ejemplo, el Coronel Tim Spicer). *Vide* Perrin, B., "Promoting compliance of private security and military companies with International humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, n° 863, septiembre 2006, pág. 629.

También hay que tomar en consideración que sus contratos no pueden cubrir todas las contingencias posibles por adelantado a riesgo de reducir su flexibilidad y, posiblemente, comprometer su habilidad para enfrentarse a lo inesperado. Esto último hay que ponerlo en relación con el hecho de que su personal carece del entrenamiento complementario que pueda aumentar la capacidad militar en caso de necesidad. La presión para reducir costes en estas empresas puede llevar a decisiones que pongan en riesgo las vidas de su personal. Finalmente, cuando estas empresas fracasan por cualquier razón, se reduce la capacidad de los soldados regulares para cumplir su deber.

A todo lo dicho, hay que añadir otro factor estratégico fundamental desde el punto de vista de la seguridad nacional, y es su acceso a información altamente sensible. Este acceso puede referirse a posiciones estratégicas de tropas regulares, sistemas de intendencia, de comunicación, dotación de armamento... de las Unidades militares con las que previsiblemente van a entrar en contacto en uno u otro momento. Teniendo en cuenta el carácter puramente comercial de estas entidades, el peligro potencial es evidente<sup>190</sup>.

La mayor parte de las EMSP no son independientes sino que, aunque están organizadas como corporaciones lucrativas, están bajo el control de los Gobiernos de las grandes potencias y, como muestra el caso de *Sandline* o *MPRI*, operan tan solo con su consentimiento. Esto es

---

<sup>190</sup> Un acercamiento parcial a esta cuestión lo constituye la *Directiva presidencial 12* sobre Seguridad nacional (HSPD-12) de agosto de 2004, de EEUU, que exige que el Gobierno desarrolle fórmulas comunes para la identificación de todas las personas que necesitan acceso regular a una instalación federal, incluidas las estaciones militares en el extranjero.



especialmente cierto en el caso de las mayores empresas tales como *MPRI*, que tiene lazos muy fuertes con los Departamentos de Defensa y Estado de los Estados Unidos. Desde el punto de vista del Estado nacional, las corporaciones militares son peligrosas por una razón mucho más fundamental y es que generan poder militar que no reside en el Estado mismo.

Pero el verdadero problema no lo constituyen los pequeños grupos con capacidades militares tradicionales y las grandes corporaciones. En relación con el primer tipo, pueden ser probablemente controlados aunque no eliminados por las restricciones que las Naciones Unidas han luchado por aplicar. En lo que respecta al segundo grupo, la corporación, ninguna es conocida por haber actuado contra los intereses de su nación de origen. Ofrecen una forma de bajo riesgo, relativo bajo coste y bajo cierto control de ejercer influencia militar en un momento de reducción de presupuestos y de efectivos de las Fuerzas Armadas.

El peligro real en los conflictos del presente siglo puede recaer en el especialista técnico. En la actualidad, la especialización y conocimiento tecnológico afecta a todos los aspectos militares. Si como muchos piensan, gran parte de los conflictos del futuro serán de carácter cibertecnológico y económico, conducidos a través de los sistemas de información o de otros medios de alta tecnología, estas organizaciones pueden ser mucho más peligrosas. Pero al proveer aplicaciones militares o paramilitares de tecnologías civiles que pueden tener diversos usos, serán muy difíciles de regular o controlar. No son tampoco tan marginales

respecto al combate como podría parecer. Incluso las EMSP más cercanas al tipo mercenario, como *Executive Outcomes*, han triunfado no tanto por sus armas sino a causa de su capacidad de empleo de métodos avanzados tales como radio interceptación, visión nocturna y el uso de técnicas de operaciones psicológicas. A su vez, la naturaleza de las capacidades es tal que los proveedores no dependen necesariamente de experiencia militar para su propio entrenamiento.

Muchas de estas firmas se orientarán hacia el conocimiento y tienen pocas necesidades de capital, lo que significa bajas barreras para entrar dentro de la industria. Es también un sector donde es difícil definir una actividad como mercenaria ya que la diferencia entre guerra y paz puede ser una simple cuestión de intención. Cualquiera puede contratar a estas firmas y el buen o mal uso es invisible para el observador externo hasta que es demasiado tarde. Todo parece indicar que los sistemas de información aplicables en el campo militar pueden llegar a ser controlados por el sector privado debido al alto coste de formación del propio personal de las Fuerzas Armadas regulares. Por otra parte, las limitaciones burocráticas del sector público no permiten al Gobierno la flexibilidad necesaria para identificar, alquilar o desplegar estas habilidades tal como puedan ser necesitadas<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Avant, D.D., "Contracting for Services in U.S. Military Operations", *40 PS: Pol. Sci. & Pol.* 457, 2007, pág. 458 (discutiendo cómo es más difícil para las Fuerzas Armadas que para el sector privado encontrar habilidades específicas).

### c. Conveniencia política

La tercera gran razón que se ha aducido para su éxito es la comodidad para los Gobiernos. Este factor es muchas veces el determinante pues los Estados pueden beneficiarse de la falta de regulación adecuada o insuficiente actual. Proceden a lo que ha venido a denominarse “privatización táctica”, esto es, la privatización de funciones no por cuestiones económicas sino en busca de réditos políticos<sup>192</sup>. La imagen de las firmas militares como privadas e independientes permite a los Estados llevar a cabo una política exterior encubierta sin sufrir los costes políticos normalmente asociados a los despliegues militares<sup>193</sup>. El “disfraz de empresa comercial privada” permite su uso como representantes del Estado y herramienta de política exterior, operando sin su marchamo legal o simbólico<sup>194</sup>. Esta posibilidad de “negación plausible” permite al Estado evitar la responsabilidad por las bajas o por los abusos de Derechos Humanos<sup>195</sup>. Sin embargo, estos beneficios políticos tienen un precio: los beneficios conseguidos por estas empresas están a menudo escondidos detrás del escudo corporativo, haciendo difícil para el

---

<sup>192</sup> Michaels, J.D., “Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War”, *op. cit.*, págs. 1037-38

<sup>193</sup> Gul, S., “The Secretary Will Deny All Knowledge of Your Actions: The Use of Private Military Contractors and the Implications for State and Political Accountability”, 10 *Lewis & Clark L. Rev.* 287, 2006, pág. 311.

<sup>194</sup> Singer, P.W., “Outsourcing war”, *op. cit.*, pág. 119.

<sup>195</sup> En lo que respecta a las bajas, se podría argumentar que el giro hacia el contratista militar constituye un intento de designación por tradición legal, política y cultural de una clase de individuos cuyas muertes serán banales e insignificantes para la audiencia nacional. Su relación con la clase política sería de contrato y subcontrato, no de sacrificio. *Vide* Taussig-Rubbo, M., “Outsourcing Sacrifice: The Labor of Private Military Contractors”, 21 *Yale J. L. & Human* 101, 2009.

público y para el poder político evaluar adecuadamente la conveniencia económica de la privatización militar<sup>196</sup>.

La razón básica de la “privatización táctica” demuestra por qué hay una carencia esencial de voluntad política para cambiar los mecanismos de regulación y control de las empresas de este sector. Las EMSP dependen de los Estados para establecer objetivos militares, recursos y actividades, pero se despliegan de maneras que no serían posibles para los Estados. Sus capacidades son activos específicos en el sentido promulgado por la *Teoría de la economía del coste-transacción* que afronta la cuestión de las decisiones sobre llevar a cabo o contratar una actividad. La respuesta que da es que el mecanismo óptimo para dirigir una transacción es que la elección maximice la ejecución de la transacción, lo que se define en términos de adaptabilidad y coordinación<sup>197</sup>. Las EMSP son contratadas precisamente por sus habilidades para adaptarse y coordinar más adecuadamente que las Fuerzas Armadas.

Esas capacidades de las empresas del sector se han convertido en el elemento clave de la interdependencia entre las EMSP y los Estados soberanos que contratan sus servicios<sup>198</sup>. Las EMSP suministran hombres, servicios y material, ocupando un lugar cada vez más importante en la arquitectura de la seguridad nacional de algunas de las

---

<sup>196</sup> Krane, J., *Private Firms Do US Military's Work*, Associated Press, 29 de octubre de 2003, disponible en <http://www.globalpolicy.org/security/peacekpg/training/1029private.htm>.

<sup>197</sup> Williamson, O.E., “Comparative Economic Organization: The analysis of Discrete Structural Alternatives” *Administrative Science Quarterly* 36, 1991, págs. 306-342.

<sup>198</sup> Williamson, O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, the Free Press, 1975.

potencias occidentales más influyentes del planeta. Esta utilización de empresas del sector facilita la proyección puntual de fuerzas al exterior, extiende la influencia geopolítica y tecnológica de las grandes potencias, permite burlar los controles parlamentarios, evita las consecuencias nefastas de acciones de dudosa legalidad y reemplaza a los Ejércitos que disponen de escasos medios tanto humanos como materiales<sup>199</sup>. Son así entes discretos mediante los cuales los Estados pueden llevar a cabo su política exterior. Los Estados occidentales buscan ejecutar su política internacional en zonas de conflicto, y para ello acuden a EMSP con experiencia y profesionales como subcontratistas en tareas que han sido tradicionalmente propias de las Fuerzas Armadas.

En todos los países en los que están registradas, la legislación que regula sus actividades es laxa, especialmente en lo que concierne a los servicios prestados en el extranjero, tendiendo a haber una falta de control efectivo. Los Gobiernos pueden usarlas para evitar las restricciones impuestas por los mecanismos de control institucional (por ejemplo, límite al número de tropas enviadas al extranjero impuesto por el poder legislativo). Más aún, en muchos países no están obligadas a revelar la extensión de sus actividades o los detalles de sus gastos. Esto es lo que las hace tan populares para los Gobiernos pues pueden cumplir objetivos públicos con medios privados, esto es, permiten a los Gobiernos llevar a cabo acciones que de otro modo no serían posibles, tales como

---

<sup>199</sup> Los Estados Unidos son la muestra palpable del uso de las Empresas Militares y de Seguridad Privada para mantener la dominación política y económica. *Vide* Falconer, B., y Schulman, D., *Blackwater's New Frontier: Their Own Private Africa*, Mother Jones, marzo/abril de 2009, [www.motherjones.com/politics/2009](http://www.motherjones.com/politics/2009).

aquellas que no obtendrían aprobación del legislativo o del público<sup>200</sup>. Paradójicamente, también constituye uno de los principales peligros de su uso.

En ocasiones, dicha libertad es beneficiosa ya que puede ayudar a los países a llevar a cabo estrategias necesarias aunque impopulares, pero también desconecta a la ciudadanía respecto de la política internacional, apartando ciertas actividades de la supervisión pública. Mediante la contratación de estas empresas se evita el control y debate parlamentario y público lo cual comporta costes políticos a largo plazo. Su uso puede facilitar a corto plazo las operaciones en el extranjero pues no hay que enviar tropas, pero sus acciones, cuya supervisión es, en el mejor de los casos, laxa, pueden afectar a la política exterior del país. Es paradigmático el caso de *Sandline International* en Sierra Leona que empañó la afirmación del Gobierno británico de estar implementando una política exterior más ética<sup>201</sup>.

Estas implicaciones potenciales en la política exterior a largo plazo deberían tenerse muy en cuenta. Su empleo puede incrementar la flexibilidad y expandir la capacidad de las Fuerzas Armadas así como ayudar a imponer estabilidad a corto plazo en regiones problemáticas y puede evitar largos debates políticos sobre el número apropiado de tropas

---

<sup>200</sup> A través del uso de estas empresas, los líderes estatales pueden incidir en las condiciones de otros países sin movilizar un gran apoyo para las tropas o, a veces, ni siquiera dinero. Los cambios en las políticas pueden ser instituidos con el uso de muy pocos actores, circunviniendo los procesos institucionales nacionales. *Vide Avant, D., The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security, op. cit.,* pág. 68.

<sup>201</sup> El fundador de esta empresa, el ex coronel británico Tim Spice, estuvo implicado con la misma en la violación del embargo de armas impuesto a los beligerantes del conflicto de Sierra Leona por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1996. El asunto estuvo a punto de costarle el puesto al Ministro británico de Asuntos Exteriores Robin Cook.

requeridas. La parte negativa puede ser una creciente dejación pública por los problemas globales, unas Fuerzas Armadas incluso más focalizadas en el combate en lugar de en el entrenamiento militar, asistencia y otras actividades y una significativa dependencia de las EMSP en la política exterior de la Nación. Es más, se puede llegar a una situación de la apertura del camino a la *política exterior por representación*, donde quiera que estas empresas sean usadas para esconder las huellas de la actuación del Gobierno. Su empleo puede permitir conducir una diplomacia paralela, encubierta, una especie de privatización de la política exterior, proporcionando a los Gobiernos de las grandes potencias mundiales un incremento considerable de libertad de acción en su estrategia de influencia. Si la opción privada otorga flexibilidad a corto plazo pero evita inversión en las Fuerzas Armadas o bien su necesaria reorganización para enfrentarse a los nuevos problemas, esta flexibilidad puede producir costes y dependencias a largo plazo<sup>202</sup>.

La mayoría de los conflictos internos se han resuelto por la fuerza, en lugar de mediante negociaciones. Sin embargo, la paz conseguida demostró ser solo temporal y la relativa estabilidad desapareció una vez las EMSP abandonaron el lugar<sup>203</sup>. El cese de la violencia no resuelve necesariamente los problemas subyacentes que llevaron a la generación

---

<sup>202</sup> El creciente uso de contratistas privados por los EEUU en Colombia es un ejemplo de esta tendencia. De esta forma, el Gobierno estadounidense ha evitado los límites del Congreso respecto al número total de tropas involucradas en el conflicto armado colombiano. Otro claro ejemplo es Irak, mediante el *outsourcing* de partes de la misión ha evitado tener que desplegar más tropas y ha enmascarado los costes totales tanto en dinero como en vidas humanas debido a la poca transparencia de estas prácticas.

<sup>203</sup> Gulam, H., "The rise and rise of Private Military Companies". *International Peacekeeping*, Frank Cass & Company Ltd.

del conflicto armado. En determinados casos el uso de estas compañías, particularmente por Gobiernos, puede ser una manera efectiva de ayudar a la provisión de estabilidad a corto plazo, pero hay una serie de cuestiones que no se pueden obviar. Así, proveer tan solo estabilidad a corto plazo no afronta las razones profundas de carácter político, económico y social del conflicto. Tampoco son una opción viable para reemplazar la necesidad de formar unas fuerzas militares y de seguridad disciplinadas y responsables democráticamente en los países en desarrollo. En muchos casos, la intervención de estas empresas tiende a incrementar o, como mínimo, a perpetuar las hostilidades, complicando la posibilidad de una resolución pacífica<sup>204</sup>. La creciente participación de las EMSP en operaciones post-conflicto puede minar la estabilidad a largo plazo de la región o país en que están operando. Muchos elementos para el establecimiento de esta estabilidad a largo plazo se ponen en manos de actores cuya motivación es el beneficio, lo que les compele a centrarse en la efectividad económica a corto plazo más que en las potenciales consecuencias a largo plazo de sus acciones.

---

<sup>204</sup> Aunque hay algunas pruebas de su capacidad de acabar con un conflicto a corto plazo, en realidad no están en condiciones de hacer frente a las causas últimas y de proporcionar una solución duradera. Si abandonan el país, el conflicto puede volver a estallar, sobre todo porque su presencia puede haber alejado de la mesa de negociaciones a los intentos de pacificación. Si se quedan en el país, suponen una carga económica intolerable para el Gobierno. En cualquier caso, a las empresas no les interesa terminar con el conflicto pues es una fuente de ingresos. Otro posible efecto secundario es su impacto desmoralizador sobre las Fuerzas Armadas nacionales, a quienes les recuerdan constantemente su supuesta incapacidad para hacer frente a la situación y las distancian todavía más del Gobierno. El resentimiento en el seno de las Fuerzas Armadas puede incluso provocar un golpe de Estado interno. *Vide* "Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación", *Folleto informativo sobre los derechos humanos* nº 28, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Naciones Unidas, Ginebra, pág. 6.



Estas afirmaciones son incuestionables, pero si una EMSP es contratada para una tarea militar, actuando como un cuerpo militar, no puede constituir una crítica el que haya fallado en el tratamiento de los problemas socioeconómicos subyacentes pues no es su misión<sup>205</sup>. La función de las organizaciones militares y de seguridad es crear un entorno en el que sea posible afrontar dichos problemas y el hecho de que otros puedan no haber explotado convenientemente dicha oportunidad, y los problemas son frecuentemente intratables, es difícilmente achacable a las mismas. De todas formas, una excesiva dependencia de los medios coercitivos para conseguir la seguridad, sean públicos o privados, raramente proveerá soluciones a largo plazo. La fácil disponibilidad de dichos medios a través de las compañías privadas puede constituir una tentación para los Estados que no desean afrontar los siempre más complicados desafíos a largo plazo para la creación de comunidades políticas inclusivas y plurales.

Realmente, los efectos de dependencia del sector privado van en función de la naturaleza del Estado que contrata EMSP y el entorno estratégico en que son usadas. En primer lugar, está la cuestión de la responsabilidad. Sin una responsabilidad legal de los contratistas individuales, el uso de estas empresas continuará siendo vista con sospecha. También está la cuestión más amplia de la legitimidad pues si quieren ser vistas como actores legítimos, esta legitimidad dependerá de

---

<sup>205</sup> La recaída de Sierra Leona en el caos tras la partida de *Executive Outcomes* puede ser la evidencia de la importancia de la presencia de estas compañías en las regiones en conflicto, o, por el contrario, la evidencia de su fracaso en la estabilización de esos conflictos.

la existencia de adecuados niveles de transparencia y estándares democráticos en términos de conducta, financiación y operaciones. En tercer lugar, se han de tratar los impedimentos prácticos para una acción efectiva de las EMSP y se tienen que desarrollar sistemas a nivel internacional para la interacción público privada.

Se tienen que equilibrar muy variados intereses, en primer lugar y ante todo, los del Estado territorial y su población, lo cual se aplica especialmente a los Estados débiles, donde es más probable que EMSP actúen bajo contrato con actores externos. En este tipo de Estados, la dependencia extensiva de la seguridad privada supone el riesgo de que se hagan aún más débiles. Esto es debido a que, por una parte, se crea una falsa imagen de seguridad en el corto plazo que distorsiona la adecuada valoración de las necesidades de seguridad<sup>206</sup> y, por otra, se produce una distribución sesgada de la seguridad entre la población. Todo ello sin olvidar el hecho de que el uso de EMSP puede provocar un *efecto expulsión* en el establecimiento de instituciones estatales legítimas y operativas. Su presencia releva al Estado de la necesidad de crear instituciones capaces de proveer seguridad. En segundo lugar, el Estado de origen necesita tener influencia sobre dónde, cómo y para quien opera una EMSP. Finalmente, la industria militar y de seguridad necesita ver el beneficio de las medidas legislativas y reguladoras. Las acciones en el campo de la seguridad tienen implicaciones que van más allá de las que pueden tener las transacciones comerciales normales. Pueden suponer el

---

<sup>206</sup> Las operaciones de *Executive Outcomes* y *Sandline* en el conflicto de Sierra Leona muestran como la efectividad en el corto plazo es superada por el fracaso respecto a suponer una aportación en la evolución a medio o largo plazo del conflicto.

uso de la fuerza y la pérdida de vidas, con un gran impacto en la estabilidad de un país o región, incluso cuando las EMSP no están involucradas directamente en el combate. Por ello, es más seguro dotar a este sector de un marco legal adecuado ahora que aún constituyen un fenómeno relativamente minoritario, manteniendo la violencia no estatal bajo control, lo cual ha sido uno de los éxitos de los últimos dos siglos.

### **3. USO POR LA ONU y LAS ONG.**

Como ya se ha señalado, los países desarrollados son cada vez más renuentes al uso de sus Fuerzas Armadas en operaciones humanitarias debido a consideraciones políticas y económicas<sup>207</sup>. Pero este pragmatismo también guía la búsqueda de alternativas para cubrir ese vacío. En particular, la confianza en la industria de la seguridad privada en creciente expansión puede ser una forma potencial para las Naciones Unidas, Estados y organizaciones humanitarias para llenar el vacío<sup>208</sup>. Pero si las EMSP van a ocupar el espacio abandonado por las Fuerzas Armadas estatales, es importante ver qué es lo que éstas pueden ofrecer y cómo sus servicios pueden afectar a la actividad humanitaria y cómo se podrían gestionar los posibles efectos negativos.

---

<sup>207</sup> Varios autores se posicionan a favor de la contratación de estas empresas para ciertos aspectos de las Operaciones de Paz. Vide en este sentido, McIvor, P., "Private Peacekeeping-Opportunity or Impossibility" en *Peacekeeping & International Relations*, noviembre-diciembre 1998, vol. 27.

<sup>208</sup> Organizaciones como UNICEF, USAID, CARE, CÁRITAS... han usado los servicios de EMSP. Vide Cockayne, J., *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, Academia Internacional de la Paz, Nueva York, marzo de 2006.

La ausencia de conceptualización legal de las *Organizaciones No Gubernamentales (ONG)*, se complica con la enorme riqueza de matices e intensidades que representan en la realidad material; riqueza acentuada sin duda por su significativa proliferación en los últimos años. Desde el punto de vista terminológico, la expresión ONG ha suscitado no poca polémica, debido a que insinúa una connotación aparentemente contraria a lo gubernamental. En este sentido, la expresión «no gubernamental » ha sido vista por algunos como emisora de un mensaje de *segundo nivel* en el mejor de los casos o *de enfrentamiento* a los Gobiernos de los Estados en el peor. La profesora Montserrat Abad Castello analiza en profundidad esta cuestión señalando que a pesar de las numerosas iniciativas tendentes a un cambio terminológico, ninguna ha conseguido desplazar una expresión que, por otra parte goza de la virtud de mostrar la *no gubernamentalidad* también como una dimensión en la que es posible el ejercicio del poder público de modo autónomo y dissociado del Estado<sup>209</sup>.

En la búsqueda de una definición de ONG debe además tenerse en cuenta que, desde un punto de vista práctico, la gran variedad de vestiduras jurídicas en las que se estructuran, muestra un escenario de actores con características propias de una ONG pero designados en virtud de términos distintos tales como asociaciones, organizaciones benéficas, fundaciones, corporaciones sin ánimo de lucro, sociedades e instituciones fiduciarias; incluso, como reconoció el propio *Comité de*

---

<sup>209</sup> Abad Castelos, M., *¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004, págs. 35-42.

*Ministros del Consejo de Europa*, la denominación de una entidad particular como «pública » o «para-administrativa» no debería impedir que fuera tratada como una ONG si es un reflejo exacto de sus características esenciales<sup>210</sup>. Desde el punto de vista funcional el asunto es aún más complejo debido a la multitud de ámbitos en los que actúan: desde la presión e incidencia sobre las agendas políticas de los Estados hasta la propia actividad sobre el terreno prestando servicios sociales de toda naturaleza respondiendo a intereses públicos o también privados, el abanico es ciertamente amplio<sup>211</sup>.

Se trata por tanto de un fenómeno muy heterogéneo que solo parece coincidir en el hecho de su actividad transnacional y la ausencia de ánimo de lucro. De ahí que la doctrina haya optado por ofrecer nociones amplias y versátiles a través de la inclusión de sus elementos generalmente más característicos. En este sentido, destaca por su amplio contenido y adaptabilidad a los más variados supuestos prácticos la

---

<sup>210</sup> Recomendación CM/Rec (2007)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la condición jurídica de las Organizaciones no Gubernamentales en Europa (*Adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2007 en la 1006a reunión de los Delegados de los Ministros*).

<sup>211</sup> Para un desglose en profundidad de las funciones de las ONG en el ámbito internacional *vide* Abad Castelos, M *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie... op citada*, págs. 51 a 169. Desde la vertiente práctica, ilustra esta significativa variedad el nomenclátor no oficial pero de uso habitual al que se recurre para la elaboración de las listas de ONG a las que se ha otorgado acreditación para estar presentes en conferencias diplomáticas: *PINGOs* (*Public interest NGOs*) para definir organizaciones dirigidas a la promoción de intereses públicos o asociados a áreas de interés general (Derechos Humanos, medio ambiente, desarrollo económico etc....); las *BINGOs* (*Bussines interest NGOs*) en tanto que agrupaciones de empresas dirigidas a promover intereses comerciales comunes; las *GONCOs* (*Government Organizate NGOs*) consistentes en agrupaciones privadas creadas por un Gobierno al objeto de promover una determinada política relativa a un determinado sector, las *RINGOs* (*Research intensive NGOs*) en tanto que agrupaciones de personas o academias en el más laxo sentido de la palabra que buscan promocionar la investigación, bien sea en general, bien sea en relación a una determinada materia y, por último, las paradigmáticas UNCLASSIFIED que incluyen desde asociaciones de municipios hasta colegios profesionales. *El papel de las ONG, ETN y EMSP en la resolución de crisis relacionadas...*

definición aportada por el profesor Sobrino Heredia quien considera que las ONG son *aquellas asociaciones, fundaciones e instituciones privadas, fruto de la iniciativa privada o mixta con exclusión de todo acuerdo intergubernamental, constituidas de manera duradera, espontánea y libre por personas privadas o públicas, físicas o jurídicas, de diferentes nacionalidades que, expresando una solidaridad transnacional, persiguen sin espíritu de lucro un objetivo de interés internacional y han sido creadas de conformidad con el derecho interno de un Estado*<sup>212</sup> .

Desde la vertiente legal, la escasez conceptual es en realidad la consecuencia lógica de la ínfima atención directa que el Derecho Internacional ha prestado a este fenómeno. Con carácter indirecto y discontinuo, no obstante es posible encontrar alguna norma alusiva, como es el caso del *Convenio del Consejo de Europa relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales no Gubernamentales*, de 24 de abril de 1986, de conformidad con el cual las ONG son *las asociaciones, fundaciones y otras instituciones privadas que cumplan las condiciones siguientes: a) tener un fin no lucrativo de utilidad internacional; b) haber sido creadas por un acto relevante de Derecho interno; c) ejercer una actividad efectiva al menos en dos Estados; d)*

---

<sup>212</sup> Sobrino Heredia, J.M., «La determinación de la personalidad jurídica de las ONGs: contribución del Consejo de Europa» *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 42, nº 1, 1990, pág. 102. En línea similar a esta noción la *Resolución de Bath del Instituto de Derecho Internacional, Annuaire del IDI*, 1950.

*tener su sede estatutaria en el territorio de un Estado parte y su sede real sobre el territorio de ese o de otro estado parte»<sup>213</sup>.*

En definitiva, de los textos vigentes y del análisis doctrinal se desprende que, pese a la multiplicidad práctica que impera en el mundo de las ONG, no obstante, es posible extraer elementos que constituyen el común denominador a todas ellas y que, en esencia, se basan en la *ausencia de ánimo de lucro* tanto en relación a sus objetivos como en relación al ejercicio de sus actividades; la *transnacionalidad de su actividad* en el sentido de que se desarrolla en el territorio de más de un Estado; su *sujección al Derecho interno* del Estado que corresponda, bien sea el del Estado de constitución, bien sea el correspondiente al o los Estados donde despliegan su actividad; la *naturaleza particular de sus*

---

<sup>213</sup> Por su parte la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa* sobre la condición jurídica de las ONG, detalla un poco más al señalar que:

1. *A los efectos de esta Recomendación, Las ONG son entidades u organizaciones voluntarias auto-reglamentadas, establecidas para lograr los objetivos esencialmente no lucrativos de sus miembros o fundadores. No incluyen partidos políticos.*
2. *Las ONG abarcan entidades u organizaciones establecidas tanto por particulares (personas físicas o jurídicas) como por grupos de particulares. Pueden estar basadas o no basadas en la afiliación.*
3. *Las ONG pueden ser entidades u organizaciones informales, o entidades u organizaciones con personalidad jurídica.*
4. *Las ONG pueden ser nacionales o internacionales en su composición y ámbito de operación.*
5. *Las ONG suelen gozar del derecho a la libertad de expresión y de todos los demás derechos y libertades garantizados en los planos regional y universal aplicables a las mismas.*
6. *Las ONG no deberían estar bajo la dirección de las autoridades públicas.*
7. *Las ONG con personalidad jurídica deberían tener las mismas capacidades que aquellas de las que gozan otras personas jurídicas, y deberían estar sujetas a las obligaciones y sanciones impuestas por el derecho administrativo, civil y penal aplicables generalmente a dichas personas jurídicas.*
8. *El marco jurídico y fiscal aplicable a las ONG debería alentar su establecimiento y dirección continua.*
9. *Las ONG no deberían distribuir ningún beneficio que pudiera provenir de las actividades de sus miembros o fundadores, pero pueden utilizarlos para la consecución de sus objetivos.*
10. *Los actos u omisiones de las autoridades públicas que afecten a una ONG deberían ser objeto de una revisión administrativa, y la ONG debería poder entablar acciones judiciales por dichos actos u omisiones ante un tribunal independiente e imparcial dotado de plena jurisdicción.*

*miembros* en el sentido que están compuestas por personas físicas, jurídicas o grupos de personas<sup>214</sup>; y su *no dependencia*, cuando menos formal, de la dirección de autoridad pública alguna<sup>215</sup>.

La palabra “humanitario” no se refiere a la paliación de la pobreza, la provisión de alivio o bienestar sino a la disminución del sufrimiento que es ofrecida imparcialmente, de forma neutral e independiente, libre de influencias políticas externas. Está así limitada en dos sentidos: primero, se encarga solo de los efectos de una crisis, no de las causas de la misma y, segundo, el cumplimiento de los principios de imparcialidad y neutralidad limita necesariamente los tipos de prácticas que el personal humanitario puede emplear. A pesar de ello, en el ámbito de los conflictos internos este personal no es percibido como al margen de la lucha política pues la asistencia humanitaria tiene un gran efecto en el equilibrio de un conflicto ya sea por la ayuda a la parte contraria o bien simplemente por el fortalecimiento de la moral que supone. Este hecho da lugar a estrategias de control y denegación por parte de los combatientes, lo que a menudo supone considerar a este personal como objetivo militar<sup>216</sup>. Cuando los

---

<sup>214</sup> Lo que no quiere decir que sus fondos económicos deban proceder exclusivamente de la esfera privada. Es bien conocido el apoyo económico y financiero que muchas ONG reciben de los Estados y de algunas Organizaciones Internacionales.

<sup>215</sup> Ciertamente y al hilo de la circunstancia referenciada en la nota anterior se ha llamado la atención sobre el impacto que la *ayuda pública* ha supuesto sobre este rasgo de independencia de las autoridades públicas. Abad Castelos, M. *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie?... op citada*, pág. 49.

<sup>216</sup> A finales de los noventa y comienzos de la década de 2000, los trabajadores humanitarios dejaron de ser percibidos como neutrales y fueron vistos como objetivos legítimos. Hubo un cambio total en el ambiente, de ser personal neutral que lleva a cabo buenas acciones, de pronto empezaron a ser percibidos como parte del escenario bélico, y ahí es donde apareció la necesidad de seguridad. *Vide* la entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (editor en jefe de la *International Review of the Red Cross*), *International Review of the Red Cross*, Londres, 17 de octubre de 2006, vol. 88, nº 863, septiembre 2006. En 2001, Colin Powell, Secretario de Estado de Estados Unidos, formuló su famosa descripción de las ONG en Afganistán como “multiplicadoras de fuerzas” y como parte importante del “equipo de combate” estadounidense: *Colin Powell*,



jefes militares procuran armar la ayuda humanitaria y los grupos humanitarios se transforman en socios inconscientes o reacios de las partes en un conflicto armado, el principio de proporcionalidad se estira y el espacio humanitario se reduce. Los conceptos y las prácticas de la neutralidad, la imparcialidad y la independencia de la acción humanitaria corren el riesgo de eclipsarse lentamente.

Esta situación, unida a la poca disposición de las Fuerzas Armadas de las naciones desarrolladas para participar en estos conflictos internos, favorece la participación de las EMSP en contextos internos hostiles para proveer la necesaria estabilidad para la actividad humanitaria que la comunidad internacional trata de evitar de forma creciente. Pero la dependencia respecto de las EMSP puede crear un dilema para las organizaciones humanitarias

Las Naciones Unidas critican a los Gobiernos africanos en particular por la contratación de estas corporaciones a cambio de la explotación de los recursos minerales del Estado contratante. Sin embargo, las únicas opciones reales para los Gobiernos de dichos Estados pueden ser obtener asistencia militar extranjera o perder el poder. Por una parte, hay una creencia extendida de que el fenómeno de las corporaciones militares y de seguridad privada es un riesgo potencial y desestabilizador, pero es también cierto que los Estados ya no están deseosos, ni son capaces en algunos casos, de afrontar los costes

---

*Remarks to the National Foreign Policy Conference for Leaders of Nongovernmental Organizations, 26 de octubre de 2001.*

políticos y financieros del mantenimiento íntegro de su monopolio sobre el uso de la fuerza mortal.

Las distintas realidades de la situación han sido puestas de manifiesto por la propia experiencia de las Naciones Unidas que han hecho un uso extensivo de EMSP en apoyo de Operaciones de Paz. Teóricamente, las fuerzas de seguridad de cualquier nación en las que haya personal o instalaciones de la ONU son responsables de su seguridad. Pero esto es problemático cuando no hay fuerzas de seguridad efectivas o cuando las mismas forman realmente parte del problema, por lo que la propia ONU se ha visto abocada al uso de contratistas<sup>217</sup>. La incapacidad de la ONU se ha convertido también en un hecho irrefutable. Dentro del sistema de Naciones Unidas la ausencia evidente de eficacia y resolución es a veces crítica y representa la llave para el aprovisionamiento externo. Aquí, el negocio ofrece una alternativa tentadora pues puede haber beneficios si se opta por una compañía privada, aunque el ahorro financiero sea discutible ya que no existe un análisis global en toda la industria sobre coste-beneficio. En algunos casos, emplear una compañía privada puede aparecer como la única elección donde no existen otros agentes o no se ofrecen tales servicios.

Los defensores de la industria argumentan que en algunas situaciones, las soluciones financieras pueden manejar mejor algunos de los problemas de seguridad humanitaria que asolan la comunidad internacional y que, en algunos casos, la paz sostenible a largo plazo

---

<sup>217</sup> De forma resaltable en Somalia donde personal de los clanes armados fue contratado como guardias. Una EMSP se encargó de la seguridad a las oficinas de las Naciones Unidas en Kinshasa durante los conflictos de 1997.

dependa de las compañías privadas especializadas y de organizaciones expertas en Operaciones de paz<sup>218</sup>. Cuando los Gobiernos nacionales no están interesados en el envío de sus tropas para intervenir en conflictos locales, la ONU puede llegar a verse forzada a recurrir a algún tipo de empresa militar y de seguridad privada<sup>219</sup>. En este sentido, ha habido durante años propuestas para la contratación de Gurkhas nepalíes o grupos similares para completar las fuerzas de reacción rápida permanentes de la ONU<sup>220</sup>.

A pesar de no mantener una postura clara, Naciones Unidas no ha sido ajena a esta tendencia de externalización y en los últimos veinte años se ha producido un crecimiento exponencial en la dependencia del

<sup>218</sup> Jack Straw, antiguo Ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido afirmó que *el coste de emplear EMSP para ciertas tareas en operaciones de Naciones Unidas puede ser mucho más bajo que el de las Fuerzas Armadas nacionales. Claramente, hay en ello muchos interrogantes que deben ser considerados cuidadosamente. Hay, por ejemplo, gran preocupación acerca de Derechos Humanos, soberanía y responsabilidad (...). Una de las razones para considerar la opción de un régimen de licencias (para EMSP) es que puede ser deseable distinguir entre operadores privados reputados y operadores que no lo son, de forma que se pueda apoyar y alentar a los primeros y, dentro de lo posible, eliminar a los segundos.*

<sup>219</sup> El ex Secretario General Kofi Annan señaló claramente que la ONU no tenía la capacidad militar ni el soporte político para intervenir en la matanza de 500.000 hutus durante el genocidio de Ruanda en 1993-94. Afirma Kofi Annan literalmente que *si hubiera tenido una brigada reforzada, esto es, potencia de fuego y personal, bien entrenado y bien equipado, podría haber salvado cientos de miles de vidas.* Afirma también que *cuando tuvimos la necesidad de soldados capacitados para separar a combatientes de refugiados en los campos de refugiados ruandeses en Goma, llegué incluso a considerar la posibilidad de contratar a una firma privada. Pero es posible que el mundo no esté preparado para privatizar la paz.* Declaración referida a la cuestión planteada a las Naciones Unidas en 1994 sobre si contratar una compañía privada para mantener a los refugiados y combatientes separados en la crisis de Ruanda. Fidler, S. y Catán, T., "Private military companies pursue the peace dividend", *The Financial Times*, 24 de julio de 2003.

<sup>220</sup> En marzo de 1998, empleados de *Sandline International*, ayudaron a la restauración en el poder del presidente electo de Sierra Leona un año después de haber sido derrocado por un golpe militar. Oficiales de Sierra Leona tomaron el control del país en mayo de 1997 y comenzaron una brutal serie de asesinatos dirigida hacia cualquier posible oposición política. A pesar del golpe y de las matanzas públicas, los Gobiernos no fueron capaces de llevar a cabo ninguna acción efectiva. En octubre, cuando todos los intentos diplomáticos para el desalojo de los Generales amotinados habían fracasado, el Consejo de Seguridad de la ONU impuso un inefectivo embargo de armas. Finalmente, se pidió ayuda a *Sandline International*.

sector privado y de las ONG. En una serie de actividades que incluyen servicios de socorro, seguimiento de elecciones, acción medioambiental, apoyo al desarrollo, Derechos Humanos, asuntos relacionados con género y servicios de salud... el sector privado ha sido rápido en ocupar el vacío que emergía en muchos sectores después de la reducción de instituciones públicas. Al mismo tiempo, mientras la tendencia privatizadora de las funciones públicas continúa, la exigencia a los Estados de intervenir en situaciones de inestabilidad y abusos de Derechos Humanos no ha disminuido. En consecuencia, los inadecuados e incompletos mecanismos de los que dispone la comunidad internacional para la reconstrucción de las naciones y las actividades de estabilización, necesitan que el sector de la seguridad privada asuma y realice actividades relevantes. Además, tal como hemos visto, la naturaleza cambiante de los conflictos en las últimas décadas ha influido profundamente en el entorno y en la manera en que operan las organizaciones humanitarias y de postconflicto, pues los diversos escenarios en que están teniendo lugar las actividades humanitarias y de postconflicto están sufriendo una metamorfosis.

Destacados expertos legales afirman además que las Organizaciones Intergubernamentales, incluyendo las que operan dentro del sistema de Naciones Unidas, están sujetas al alcance de las reglas y principios generales del Derecho Internacional y así podrían ser responsables por las acciones de compañías privadas que están bajo contrato. Aunque el establecimiento de la existencia de ambos, reglas tradicionales y principios generales, confía en la práctica y la legislación

del Estado, es generalmente aceptado que su alcance no está limitado solamente a los Estados. Si éste es el caso, entonces las agencias y organizaciones dentro de las Naciones Unidas pueden tener más que su reputación en juego, teniendo una obligación legal a la que no pueden renunciar al contratar una compañía militar y de seguridad privada. Así, como Organización Intergubernamental, la ONU está bajo la clara obligación de no violar o convertirse en cómplice de la violación de las reglas generales del Derecho Internacional por acciones u omisiones<sup>221</sup>.

Las Naciones Unidas usan con asiduidad los servicios de las corporaciones militares y de seguridad privada aunque su posición oficial sea, cuanto menos, confusa<sup>222</sup>. La mayoría de las funciones privadas

---

<sup>221</sup> Se podría incluso sostener que las agencias de Naciones Unidas y otras organizaciones que contratan compañías militares y de seguridad privada podrían, más allá de una responsabilidad moral, ser responsables legalmente por la conducta de estas compañías en Estados con capacidad limitada, respondiendo internacionalmente por los actos ilícitos cometidos por las mismas y sus empleados. La *Comisión de Derecho Internacional (ILC)* perfilaba la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales afirmando que *la conducta de un organismo o agente de una organización internacional en la ejecución de funciones de ese organismo o agente será considerada como un acto de la organización internacional bajo el derecho internacional, sea cual sea la posición que el organismo o agente sostiene respecto de la organización*. En tales casos, se da por sentado que una compañía militar y de seguridad privada contratada por una organización internacional constituye un organismo o agente de esa organización para propósitos de atribución.

<sup>222</sup> Sin ánimo de exhaustividad, se puede hacer referencia en cuanto a la contratación de corporaciones militares y de seguridad privadas por parte de la ONU a *Aegis* y *Global Strategies* para apoyo operacional y logístico en los procesos de censo electoral de votación en Irak y Afganistán; *Kroll* para aportar información sobre la localización de centros industriales y de armas y seguir la pista a los fondos utilizados por los rebeldes de Angola a través del comercio ilegal de armas, petróleo o diamantes para llevar a cabo una prolongada guerra civil; *Control Risks Group* y *Aegis* en Irak para proteger a altos funcionarios de Naciones Unidas mientras operaban dentro del país o *Global Strategies* proporcionando la seguridad a los funcionarios y a numerosos yacimientos petrolíferos; *Armour Group* en 1992 en la antigua Yugoslavia como fuerza policial para proporcionar 425 miembros de las Fuerzas de Protección de Naciones Unidas (UNPROFOR) y 2.000 miembros de personal civil de apoyo, a los que se proporcionó documentos de identidad de Naciones Unidas y una protección legal absoluta; *DSL*, *EOD Solutions Limited*, *Minetech International* y *Ronco Corporation* para la extracción de minas... Lo anteriormente expuesto representa una instantánea del tipo de actividades que las corporaciones militares y de seguridad privada realizan en nombre de Naciones Unidas y de ninguna forma demuestra el completo o posible alcance de la relación, pero sí deja

dentro de Naciones Unidas hasta ahora han sido tener a estas corporaciones realizando acciones de apoyo logístico en un segundo plano pero han ido aumentando en cantidad y en tipología en los últimos años, tendencia que no solo se mantendrá sino que se acelerará<sup>223</sup>. Así, un *Memorando de Entendimiento (MOU* en sus siglas en inglés) entre el Reino Unido y las Naciones Unidas, se reservaba al primero el derecho al uso de compañías privadas para proveer funciones de logística cuando se considerara necesario y apropiado.

Una de las principales razones públicamente mencionadas para contratar compañías privadas era que los empleados no eran personal oficial de las Naciones Unidas y, por tanto, no estaban sujetos a las restricciones de los *Estándares Mínimos para Operaciones de Seguridad de Naciones Unidas (MOSS* en sus siglas en inglés)<sup>224</sup>. El no estar sujetos bajo el paraguas de seguridad de Naciones Unidas, les permitía tener más movilidad y libertad operativa en medios considerados demasiado inseguros para el personal de Naciones Unidas. Esto en sí mismo ya genera cuestiones en el sentido de por qué un medio que se considera demasiado peligroso y que no puede ser controlado por

---

claro que la seguridad privada es usada dentro del sistema de Naciones Unidas de forma más que esporádica.

<sup>223</sup> Tal como afirmaba el antiguo Subsecretario General para Asuntos Políticos Especiales, Brian Urquhart, en defensa del uso de compañías privadas para complementar a las fuerzas de paz de las Naciones Unidas en operaciones de primera línea, *en un mundo perfecto no les necesitamos ni los queremos. Pero el mundo no es perfecto*. Urquhart, B., *Por unas fuerzas voluntarias de la ONU*. *op. cit.*, págs. 3-4.

<sup>224</sup> MOSS es un documento político fundamental para todas las operaciones de la ONU sobre el terreno. El propósito del mismo es establecer un criterio estándar sobre el terreno para todas las disposiciones mínimas de seguridad para mejorar la seguridad del personal y reducir los riesgos en operaciones de la ONU. *Vide* <http://www.Uniraq.org/documents/guidelines.doc>. *Vide* también la Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 09 de noviembre de 1994, Doc. A/45/594.

Naciones Unidas, es, sin embargo, apropiado para contratistas que actúan en su nombre.

La falta de políticas centrales respecto a las compañías militares y de seguridad privada se traslada también para cualquier Estado y las agencias de Naciones Unidas como *WFP*, *UNHCR* y *UNICEF*. Por ello, cuando se trata de seguir directrices y políticas sobre cómo contratar, dirigir y negociar con estas compañías, las agencias de Naciones Unidas han recibido poco apoyo sobre cuál es la mejor forma de tratar con ellas. Al no existir ni un solo lugar dentro del sistema internacional ni de las Naciones Unidas donde la información de las conexiones y contratos relativos a las compañías militares y de seguridad privada esté reunida o pueda ser procesada, unido a una falta de políticas institucionalizadas, esto deja a las agencias de Naciones Unidas y a otras organizaciones en desventaja desde el principio.

Uno de los pocos ejemplos de actividades reguladas de las Naciones Unidas con estas compañías ha sido en la administración de las Naciones Unidas en Kosovo. La *Misión de Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)* introdujo normas enmarcadas dentro de la *UNMIK, Política y Directrices de Policía en las Operaciones de los Proveedores de Seguridad Privada* en Kosovo, que resultan aplicables a las compañías de seguridad y sus empleados. Tales políticas parecen estar bastante lejos de otros mercados de compañías militares y de seguridad privada como Afganistán, donde las empresas que trabajan con Naciones Unidas están operando ampliamente en el país sin ningún tipo de regulación o control.

El Ministerio del Interior afgano indicó su intención de registrar las compañías de seguridad privada, pero todavía no lo ha hecho, existiendo muy poca información centralizada, con sólo esporádicos seguimientos dirigidos por la *Agencia Afgana de Apoyo a la Inversión*<sup>225</sup>. Esto contradice el criterio básico de Naciones Unidas para el uso de estas compañías que requiere que las compañías utilizadas sean registradas por el Gobierno del país en el que están operando y que el Gobierno haya autorizado su uso en un contrato específico.

Alternativamente, el *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*<sup>226</sup> reconoce pública y contundentemente que con la naturaleza cambiante de la seguridad, es necesario un enfoque más sistemático en el siglo XXI<sup>227</sup>. Las Naciones Unidas se quedan cortas comparadas con los esfuerzos que hace el *CICR* por reconocer públicamente y manejar adecuadamente este asunto. Es por ello esencial que las Naciones Unidas dispongan de una política, unas directrices y unos mecanismos de supervisión claros y transparentes en todo el sistema para su utilización por los contratistas de seguridad privados.

Puede ser que esta situación cambie, pues tal como afirma el Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios, existe una iniciativa de la *Red Interinstitucional de Gestión de la Seguridad* de las Naciones Unidas para formular una política para todo el sistema de las Naciones Unidas sobre la Seguridad y la contratación de las empresas militares y

---

<sup>225</sup> Vide <http://www.corpwatch.org>.

<sup>226</sup> El *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* es técnicamente hablando el órgano que en su momento dio lugar al nacimiento de la Cruz Roja, actuando entonces bajo el nombre de la *Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública*. Su sede es Ginebra.

<sup>227</sup> CICR, *El CICR expande contratos con compañías militares y de seguridad privadas*.



de seguridad privada<sup>228</sup>. El objetivo es definir las situaciones y las normas respecto de la contratación de guardias armados así como el tipo de personal que puede contratarse, tras una investigación de antecedentes y una formación rigurosas.

Hasta el momento se las ha usado como protección especializada, para crear un espacio de seguridad en el que las Agencias de Naciones Unidas y ONG pudieran trabajar, prestando servicios de escolta, vigilancia, protección de instalaciones o convoyes... Pero las EMSP podrían utilizarse también en Operaciones de Paz en otros dos sentidos, por un lado, pueden ocuparse de proveer personal especializado donde los países no pueden, junto con una serie de capacidades como la logística, la inteligencia, las comunicaciones y, además, pueden entrenar a las fuerzas locales del país al que estén asistiendo. Esta utilización no presenta grandes problemas desde el punto de vista de *lege data*.

Por otro lado, se ha propuesto como ya hemos visto, y esto sí que plantearía graves problemas, que las propias EMSP podrían actuar como Fuerza de Reacción Rápida, con Unidades de combate operativas, y una vez estabilizada la situación, la empresa sería retirada para que entrasen en el terreno fuerzas y actores más convencionales. O incluso podrían asumir la totalidad de la Operación de paz, lo cual supondría la externalización completa de la misma, contratando directamente y desplegando tropas. Una vez el conflicto remitiese, podrían traspasar el control de la misión a tropas tradicionales de Naciones Unidas si es que hay Estados dispuestos a hacerse cargo de la crisis. Por lo tanto, sería

---

<sup>228</sup> Informe del Grupo de trabajo A/64/311.

una actuación en operaciones de Implementación de la Paz, mientras que para misiones más tradicionales y con menos exigencia de músculo, seguiría siendo deseable enviar tropas de Ejércitos nacionales<sup>229</sup>. Pero lo que sí está claro es que las empresas militares y de seguridad privada no tienen por qué utilizarse en combate, sino que pueden serlo sin problemas en tareas de apoyo o como *multiplicadores de fuerza*, es decir, como catalizadores del poder militar de las fuerzas de Naciones Unidas en el terreno, realizando tareas especializadas al estilo de las tareas que desarrollan los Ejércitos occidentales.

Las Naciones Unidas necesitan desarrollar estándares públicos a observar por las EMSP para poder acceder a contratos con la Organización, comenzando por una lista accesible públicamente de compañías contratadas por las Naciones Unidas, especificando sus tareas y mandatos, reglas de enfrentamiento, amplitud del contrato y área de despliegue. Una lista de las EMSP usadas por las Naciones Unidas para Operaciones Internacionales de Paz, podría también ser vista como la base para el desarrollo de regulación internacional de estas empresas cuando son contratadas por actores diferentes de las propias Naciones Unidas.

---

<sup>229</sup> Parece ser que esta opción se barajó en Naciones Unidas durante la crisis de Zaire de 1996 pero que se desestimó una vez surgió la cuestión de quién se haría cargo de pagar la factura de la EMSP.

## CAPÍTULO 3

### ESTATUTO JURÍDICO DE LOS PARTICIPANTES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LAS EMSP.

“Si esto hubiera sido por Irlanda...”<sup>230</sup>

#### 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Humanitario se basa en unos principios fundamentales cuya finalidad no es otra que la de regular el comportamiento a seguir por quienes participan en el desarrollo de las hostilidades, su estatuto jurídico en caso de ser capturados y excluir, o al menos limitar, los efectos dañinos de las hostilidades a todas las personas que no participen en las mismas<sup>231</sup>. Impone por ello una serie de obligaciones a las partes contendientes, siendo esenciales los principios de trato humano en todas las circunstancias y de distinción entre objetivos militares y personas y bienes civiles<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> Tras la firma del Tratado de Limerick (1691), los soldados del Ejército irlandés que dejaron Irlanda por Francia, tomaron parte en lo que es conocido como el *vuelo de los Gansos Salvajes*, tras el cual muchos de ellos hicieron carrera sirviendo como mercenarios para los Ejércitos del continente. El más famoso de ellos fue Patrick Sarsfield, quien habiendo sido mortalmente herido en tierra extranjera, pronunció dicha frase que sintetiza la diferencia entre un soldado y un mercenario.

<sup>231</sup> Parafraseando a Pérez de Francisco, “si históricamente, desde la más lejana antigüedad, las guerras se conducían exclusivamente entre los Ejércitos contendientes, quedando a salvo las poblaciones civiles de los efectos directos de la contienda, aunque lógicamente sufrían las hambrunas y las penalidades que las guerras acarrearán a todos los que las padecen, se ha observado que esta tendencia ha cambiado fundamentalmente desde el siglo XX. Así se ha comprobado que, si del total de las bajas de la Primera Guerra Mundial, las víctimas civiles supusieron un diez por ciento del total, la Guerra del Vietnam invirtió el porcentaje, lo que da buena muestra de que en los conflictos armados de la actualidad, son precisamente las poblaciones civiles las que acaparan la mayoría del sufrimiento. Pero fue indudablemente, con la II Guerra Mundial, cuando apareció el modelo de “guerra total”, que desde entonces preside los conflictos armados.”, *vide* Pérez de Francisco, E., *Lecciones de derecho humanitario bélico*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2002, pág.109.

<sup>232</sup> Artículo 3 común a los cuatro *Convenios de Ginebra* y Art. 48 *Protocolo Adicional I* de 1977. Aparentemente, hasta la Edad Media los Estados en guerra tendían a tratar a

Todos los actores de los conflictos armados deben acomodar su conducta a estas obligaciones sea cual sea su condición. La indefinición de cuál es la calidad en la que una corporación privada participa en un conflicto armado dificulta la determinación de sus obligaciones y su cumplimiento<sup>233</sup>. Por ello, resulta imprescindible analizar el estatuto jurídico de los actores en un conflicto armado para intentar determinar si alguno de ellos resultaría aplicable a estas corporaciones o, por lo menos, resaltar las semejanzas y diferencias que presentan estas empresas con tales actores para poder establecer cuál debería ser su estatuto.

---

todos los habitantes de los Estados oponentes como enemigos “incluyendo mujeres y niños” Sheldon, J.M., “Nuclear Weapons and the Laws of War: Does Customary International Law Prohibit the Use Of Nuclear Weapons in All Circumstances?”, *20 Fordham Int'l L.J.* 181, 196, 243. Pero en 1806, Tayllerand, ministro de Napoleón afirmó que “la ley de las naciones no permite que los derechos de guerra y de conquista...sean aplicados a los ciudadanos pacíficos y desarmados”, Taylor, T., *The anatomy of the Nuremberg Trials: A personal Memoir* 6, 1992.

<sup>233</sup> “La claridad de la distinción entre combatiente y no combatiente es crucial pues preserva la diferencia moral esencial entre un soldado y un asesino; la diferencia entre cumplir con el deber y cometer un crimen de guerra; la diferencia entre volver a casa de forma honrosa o vergonzosa, con los efectos que conlleva tanto para el soldado como para la sociedad. Si esta distinción no puede ser presentada de forma que sea operativa en la práctica, los soldados se convierten en asesinos, causantes de crímenes de guerra y portadores de vergüenza individual y colectiva. Kaurin, P., “When Less Is Not More: Expanding the Combatant/Noncombatant Distinction”, en Michael W. Brough, John W. Lango, Harry Van Der Linden, (eds.), *Rethinking the Just War Tradition*, 2007, pág 116.

## 2. POSIBLES ESTATUTOS JURÍDICOS.

### a. Civiles armados

La primera interpretación posible de las leyes de los conflictos armados es que los miembros de estas empresas sean considerados civiles, aunque civiles que llevan armas. De acuerdo con el artículo 50 del *Protocolo Adicional I*, un civil es “cualquier persona que no pertenece a una de las categorías de personas a que se refiere el artículo 4 A (1), (2), (3), y (6) de la *Tercera Convención de Ginebra* y en el artículo 43 de este *Protocolo*”. Más aún “en caso de duda sobre si una persona es un civil, esa persona será considerada como civil”.

En la revisión de las cuatro exenciones del estatuto de civil establecidas en la definición del *Protocolo Adicional I*, el artículo 4 A (1) excluye a los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte del conflicto; el 4 A (2), de la misma forma excluye a los miembros de las milicias y miembros de otros cuerpos voluntarios, y el 4 A (3) excluye a las Fuerzas Armadas de Potencias no reconocidas por la Potencia que ha efectuado la detención. La excepción final, artículo 4 A (6) - las llamadas *levées en masse* o levantamientos en masa- incluye “habitantes de un territorio no ocupado, que al aproximarse el enemigo espontáneamente toman las armas para resistir frente a las fuerzas invasoras, sin tiempo para organizarse como unidades armadas regulares, siempre que lleven las armas abiertamente y respeten las leyes y costumbres de la guerra”<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> *Tercera Convención de Ginebra*, art. 4 A (1), (2), (3) y (6).

A estas excepciones se deben añadir las restricciones del artículo 51 (3) del *Protocolo Adicional I*, que establece que los “civiles disfrutarán de la protección garantizada por esta Sección, a menos que y por el tiempo que tomen parte directa en las hostilidades”<sup>235</sup>. Este artículo, combinado con la excepción de las *levées en masse*<sup>236</sup>, sugiere que cualquier persona que tome las armas en combate puede perder su estatuto civil. Sin embargo, se debe establecer una distinción entre las *levées en masse* y aquellos que toman las armas contra la Potencia Ocupante una vez se haya consumado la ocupación<sup>237</sup>. Mientras los primeros tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra, éstos últimos no<sup>238</sup>. Una vez “un territorio es invadido...una *levée en masse* no es legítima”<sup>239</sup>. Cualquier civil que continúe en armas será considerado “merodeador o bandido y puede ser juzgado como tal si es capturado por la parte adversa”<sup>240</sup>. Esta distinción parece sugerir que los individuos que tomen las armas en las estrictas circunstancias de la defensa contra una Potencia invasora son combatientes legítimos, mientras que aquellos que las toman tras la ocupación pueden ser considerados criminales.

---

<sup>235</sup> *Protocolo Adicional I*, art. 51 (3). Sobre el concepto de participación directa en las hostilidades, *vide* Quéguiner, J.F., “Direct Participation in hostilities under international humanitarian law”, *Working Paper*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Noviembre 2003, en [www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900SID/LHON-699DBP?Open Document](http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900SID/LHON-699DBP?Open Document).

<sup>236</sup> Para el profesor Fernández-Flores, el levantamiento de poblaciones civiles se refiere tanto a la propia “insurrección de masas” como en el caso de que se produzca por el llamamiento que hace un Gobierno, en cuyo caso estaríamos hablando de una figura similar conocida como “leva en masa”. Fernández Flores y de Funes, J.L., “*El Derecho de los conflictos armados*”. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2001, págs. 423-424.

<sup>237</sup> Para los conceptos de invasión y ocupación *vide* Pictet, J., *Comentario del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, *op. cit.*, pár. 1699.

<sup>238</sup> Green, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pág. 105.

<sup>239</sup> Oppenheim, L., 2, *International Law: Disputes, War and Neutrality*, H. Lauterpacht, ed., Longmans Green, 7ª ed., 1952, pág. 258.

<sup>240</sup> Green, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pág. 105.

Esta distinción tiene consecuencias muy importantes cuando se aplica a las EMSP. Parece poco probable que los contratistas puedan ser considerados parte de una *levée en masse* ya que hay poco de espontáneo en su decisión de tomar las armas. Así pues, si se aplicase la clasificación de civil a los miembros de estas empresas, lo sería sin las protecciones de las *Convenciones de Ginebra*. Entonces, si un contratista tomase parte en las hostilidades, sería considerado un acto criminal en violación de las leyes penales del territorio, y podría ser juzgado tanto por la autoridad nacional como por la Potencia Ocupante bajo la autoridad garantizada por la *Cuarta Convención de Ginebra*<sup>241</sup>.

La clasificación de las EMSP como civiles puede ser adecuada en ciertas situaciones, tales como cuando han sido contratados por entidades privadas para propósitos de seguridad durante invasiones y ocupaciones. En dichas circunstancias, parece apropiado sujetar a la empresa, como cualquier otra entidad privada armada de seguridad en territorios en los que no exista conflicto armado, al Derecho Penal Civil. Pero esto es más problemático cuando los contratistas armados son usados para los objetivos estratégicos y tácticos de las Partes en conflicto<sup>242</sup>.

Dentro de la posible calificación como civiles, podemos hablar también de personas que acompañan a las Fuerzas Armadas. La *Tercera Convención* establece que dichos individuos retendrán su derecho al estatuto de prisionero de guerra “siempre que hayan recibido autorización

---

<sup>241</sup> *Cuarta Convención de Ginebra Relativa a la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra*, 1949, arts. 64 a 67.

<sup>242</sup> Morgan, R., “Professional Military Firms under International Law”, Op.citada.

de las Fuerzas Armadas a las que acompañan, que les será provista a tal efecto con una tarjeta de identificación”<sup>243</sup>. Esta categoría parece intuitivamente aplicable a las EMSP que prestan servicios de apoyo, pero es mucho más complicada su aplicación cuando nos salimos de ese ámbito<sup>244</sup>. Para comprender por qué, hay que tener en cuenta la evolución del concepto de “no combatiente” en los conflictos armados.

Llevadas a cabo a comienzos del siglo veinte, las *Regulaciones de La Haya* proveen del estatuto de prisionero de guerra a aquellos que “siguen a un Ejército”, proveyendo una lista de dichos individuos que fue incorporada casi exactamente por la *Tercera Convención de Ginebra*<sup>245</sup>. Más importante, las *Regulaciones* reconocen una distinción “combatientes” y “no combatientes” en las Fuerzas Armadas. Esta distinción no es mencionada en la *Tercera Convención de Ginebra*, a lo mejor debido a que se centra en las cuestiones relativas al estatuto de prisionero de guerra en lugar de en la regulación efectiva del combate. El *Protocolo Adicional I*, que fue negociado en respuesta a las guerras de descolonización y no hace mención alguna a los contratistas, eliminó la distinción entre “combatiente” y “no combatiente” de las Fuerzas Armadas. En este sentido, los Comentarios oficiales del *CICR* señalan:

De hecho, en cualquier Ejército hay numerosas categorías importantes de soldados cuya tarea principal o normal tiene poco que ver con disparar armas. Éstas incluyen servicios auxiliares, servicios administrativos, servicio jurídico

---

<sup>243</sup> *Tercera Convención de Ginebra*, art. 4 A (4).

<sup>244</sup> La opinión predominante parece ser que estas personas no son miembros de las Fuerzas Armadas y tampoco combatientes. *Protocolo Adicional I*, art. 50 (1). En el caso de que tomen parte directa en las hostilidades, no habría razón alguna para tratarlos de forma diferente de cualquier otro civil que lo haga. *Vide Ipsen, K., “Combatants and Non-Combatants”, en The Handbook of International Humanitarian Law, Dieter Fleck ed., 2ª ed., 2008, pár. 317.*

<sup>245</sup> *Convención de La Haya*, Cap. 2, art. 13.



militar y otros. Si ciertamente disparan armas no es importante. Tienen el derecho a hacerlo, lo que no es aplicable tanto al personal médico como religioso, a pesar de su estatuto de miembros de las Fuerzas Armadas, o a los civiles, al no ser miembros de las Fuerzas Armadas<sup>246</sup>.

Por tanto, el *Protocolo Adicional I* mantuvo el rol de no combatiente para el personal médico y religioso, pero lo eliminó para todos los demás. El *Comentario* continúa, “esto debería prescindir del concepto de “cuasi-combatientes”...similarmente, cualquier concepto de estatuto a tiempo parcial, semi civil, semi militar, soldado de noche y ciudadano pacífico de día, también desaparece. A la luz del *Protocolo Adicional I*, la única interpretación viable de este artículo es que los individuos listados en el mismo son no combatientes que pueden ser atacados solo bajo ciertas circunstancias, y que tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra si son capturados. Sin embargo, una vez dichos individuos han tomado las armas más allá de la legítima defensa, cualquier reclamación de que puedan tener derecho al estatuto de prisionero de guerra es revocada.

Desde un punto de vista práctico, la clasificación de los contratistas armados bajo el artículo 4 A (4) es inconsistente con otras provisiones de las *Convenciones de Ginebra*. El artículo 4 A (2) requiere que los miembros de las milicias lleven un emblema fijo reconocible a distancia y que lleven sus armas abiertamente<sup>247</sup>. En relación con los contratistas armados, en la mayor parte de los casos no cumplen este requisito del emblema fijo reconocible a distancia.

---

<sup>246</sup> CICR, *Comentario*, pág. 515.

<sup>247</sup> *Tercera Convención de Ginebra*, art. 4 A (2) b, c.

## b. Combatientes

En términos generales, un combatiente legítimo sería aquel sobre el que concurren los requisitos preceptivamente establecidos por el Derecho Internacional Humanitario para ostentar el derecho a participar en las hostilidades, ejercer la violencia bélica y quedar sujeto al estatuto especial de prisionero de guerra en caso de detención por la parte adversa. En caso de falta de concurrencia de estos requisitos no tendría derecho al estatuto de prisionero de guerra, quedando sujeto a la jurisdicción ordinaria de la parte adversa en caso de detención. En ambos casos, el hecho de tomar parte en las hostilidades<sup>248</sup> no permite su asimilación a la categoría de población civil, y, por tanto, implica que pueden ser objeto de ataque armado<sup>249</sup>.

Son combatientes, los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto y los miembros de organismos paramilitares<sup>250</sup> o servicios armados incorporados a las Fuerzas Armadas<sup>251</sup>, con excepción

<sup>248</sup> En la determinación de la “participación directa en las hostilidades”, la proximidad del acto a la zona de combate indica participación directa, pero en modo alguno es determinante. *Vide* Schmitt, M.N., “Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees”, 5 *Chi. J. Intl. L.*, 2005, pág. 537.

<sup>249</sup> Artículo 49 en concordancia con los artículos 46 y 47 del *Protocolo Adicional I* de 1977.

<sup>250</sup> En este contexto “paramilitar” parece más análogo a fuerzas de policía que a las milicias mencionadas en la Convención de Ginebra. *Vide* CICR, Comentario, 517.

<sup>251</sup> El tercer punto del artículo 43 del *Protocolo Adicional I* señala que *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*. En este caso se puede encontrar la Guardia Civil en nuestro país, cuerpo de seguridad que goza de una doble naturaleza militar y policial, dependiendo en tiempos de paz del Ministerio del Interior, con funciones de policía civil y policía judicial según su estatuto actual. Sin embargo, en caso de que se declare el estado de sitio, previsto en el artículo 16 de la Constitución española, pasará a depender del Ministerio de Defensa, comportándose como una unidad más de las Fuerzas Armadas españolas. Por ello, la calificación de combatiente o no de los miembros adscritos a esta unidad dependerá de las funciones que desarrolle en cada caso concreto. También la Guardia Nacional de los EEUU, formada por civiles voluntarios no profesionales que reciben una instrucción

del personal sanitario y religioso dedicado exclusivamente a su cometido<sup>252</sup> (artículo 43,2 del *Protocolo Adicional I* en relación con el artículo 8 c y d del mismo<sup>253</sup> y artículo 33 del *Convenio III*<sup>254</sup>). También las poblaciones de un territorio que, al acercarse el enemigo, se levantan contra el mismo de forma espontánea (artículo 50,1 del *Protocolo*

---

militar y dependen del Gobernador de cada Estado y su última activación fue en la guerra de Vietnam.

<sup>252</sup> Nathason justifica la protección del personal médico y los bienes destinados a su servicio ya que “cuando los médicos tratan a los heridos, están obligados a hacerlo sin tomar en consideración el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión o las opiniones políticas de la persona herida, ni cualquier otro criterio que no sea el de la propia urgencia médica. Esto en términos de Derecho Internacional Humanitario, descarta efectivamente al personal y a las instituciones sanitarias como blancos legítimos. No obstante, uno de los cambios observados en los conflictos de la última década ha sido una disminución del respeto por la actividad médica y la elección deliberada de los médicos y los hospitales como blancos...”, *vide* Nathason, V., “El papel de la profesión médica en la prevención y la limitación del sufrimiento en caso de conflicto”, *Revista de la Cruz Roja*, 26 de abril de 2001, [www.cicr.org](http://www.cicr.org).

<sup>253</sup> El artículo 43.2 del *Protocolo Adicional I* establece que *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.*

El punto c del artículo 8 establece que *se entiende por personal sanitario, las personas destinadas por una parte en conflicto exclusivamente a los fines sanitarios enumerados en el apartado e), o a la administración de los medios de transporte sanitarios. El destino a tales servicios podrá tener carácter permanente o temporal. La expresión comprende:*

- i) *el personal sanitario, sea militar o civil, de una parte en conflicto, incluido el mencionado en los Convenios I y II, así como el de los organismos de protección civil;*
- ii) *el personal sanitario de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro debidamente reconocidas y autorizadas por una parte en conflicto;*
- iii) *el personal sanitario de las unidades o los medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9.*

Por su parte, el punto d) establece que *se entiende por personal religioso, las personas, sean militares o civiles, tales como los capellanes, dedicadas exclusivamente al ejercicio de su ministerio y adscritas:*

- I *a las fuerzas armadas de una parte en conflicto,*
- II *a las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios de una parte en conflicto,*
- III *a las unidades o medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9, o*
- IV *a organismos de protección civil de una parte en conflicto.*

*La adscripción del personal religioso puede tener carácter permanente o temporal, y son aplicables las disposiciones pertinentes del apartado k.*

<sup>254</sup> El primer párrafo del artículo 33 del *Convenio III* nos dice que *los miembros del personal sanitario y religioso retenido en poder de la Potencia aprehensora a fin de asistir a los prisioneros de guerra no serán considerados como tales. Se beneficiarán, sin embargo, al menos, de todas las ventajas y de la protección del presente Convenio, así como de cuantas facilidades necesiten para aportar sus cuidados médicos y sus auxilios religiosos a los cautivos.*

*Adicional I* en relación con el artículo 4, A (6) del *Convenio III* de 1949). No lo son los civiles que acompañan a las Fuerzas Armadas sin formar parte integrante de las mismas, tales como los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo y servicios encargados del bienestar de los militares y miembros de las tripulaciones de la Marina mercante y de la Aviación civil de las partes contendientes (artículo 50,1 del *Protocolo Adicional I* en relación con el artículo 4 A (4) y (5) del *Convenio III*<sup>255</sup>). Y, finalmente, los demás individuos civiles que constituyen la población civil (artículo 50,1 del *Protocolo Adicional I*).

Hay, al menos, tres razones por las que es esencial conocer si los empleados de las EMSP son combatientes: primera, para que las fuerzas oponentes sepan si son objetivos militares legítimos y pueden ser legalmente atacados; segunda, para saber si los empleados de estas empresas pueden legalmente participar directamente en las hostilidades; y la tercera razón, relacionada con la segunda, para conocer si los empleados de las mismas que participan en las hostilidades recibirán trato de prisionero de guerra o, de lo contrario, podrán ser perseguidos penalmente por ello.

---

<sup>255</sup> Según el punto 4 y en relación con el estatuto de prisionero de guerra de los que caigan en poder del enemigo, establece que lo tendrán las *personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las Fuerzas Armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las Fuerzas Armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles a tal efecto una tarjeta de identidad semejante al modelo adjunto. Y el punto 5 también otorga dicho estatuto a miembros de las tripulaciones, incluso capitanes, pilotos y grumetes, de la marina mercante, y tripulaciones de la aviación civil de las Partes contendientes, que gocen de trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional.*

En la guerra no combaten en sentido estricto todas las personas sino solamente una parte de ellas, a las que se denomina combatientes, siendo necesario determinar qué diferencias existen entre las mismas a los efectos de su conceptualización como tales. La cualidad de combatiente es consustancial a la pertenencia a las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto<sup>256</sup> o una milicia o fuerza voluntaria que pertenezca a una parte en conflicto y que cumpla, tal como veremos, unos criterios específicos<sup>257</sup>. El artículo 43 del *Protocolo Adicional I* redefine el mismo principio contenido en el artículo 3 de las *Regulaciones de La Haya*, proveyendo una guía más elaborada. Los dos principios fundamentales contenidos en la definición proporcionada por este artículo son: El requisito de una cadena de mando y subordinación como elementos necesarios; y que los “no combatientes” también pueden ser considerados parte de las Fuerzas Armadas de un Estado. Los miembros de las Fuerzas Armadas clasificados como no combatientes no están autorizados a tomar parte en las hostilidades armadas o actividades de combate<sup>258</sup>.

Para considerar combatientes a los empleados de las compañías militares y de seguridad privada, sería necesario establecer si son miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto o no. Es, por

---

<sup>256</sup> Artículo 4 A (1) del *Convenio III* de Ginebra, *relativo al Trato a los Prisioneros de Guerra*, de 12 de agosto de 1949 y artículo 43 del *Protocolo Adicional I*. Este último artículo redefine el mismo principio contenido en el artículo 3 de las *Regulaciones de La Haya*, según el cual “las fuerzas armadas de las partes beligerantes pueden consistir en combatientes y no combatientes. En caso de captura por el enemigo, ambos tienen derecho a ser tratados como prisioneros de guerra”. *Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* (La Haya II), 29 de julio de 1899.

<sup>257</sup> *Convenio III* de Ginebra, artículo 4A (2).

<sup>258</sup> *Vide Ipsen, K., “Combatants and Non-Combatants”, op. cit..*

tanto, necesario establecer si están incorporados a las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto tal como se define en el artículo 43.1 del *Protocolo Adicional I* o en el artículo 4A (1) del *Convenio III* de Ginebra, siendo concebible que, en algunos casos, pudieran estarlo. De hecho, si lo estuvieran todos ya tendríamos la cuestión solucionada y no habría problema para su categorización desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario<sup>259</sup>. Sin embargo, el *quid* de la privatización es precisamente lo contrario, esto es, trasladar al sector privado lo que previamente era monopolio de las autoridades gubernamentales<sup>260</sup>.

Otra posibilidad para calificar a los empleados de estas compañías como combatientes (o prisioneros de guerra) sería el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4A (2) del *Tercer Convenio de Ginebra*. Para ello deberían poder ser considerados milicias o miembros de otros cuerpos voluntarios. Pero si los Estados escogen contratar personal no militar del sector privado para llevar a cabo ciertas tareas, calificar a este personal del sector privado como una especie de fuerza paramilitar a los propósitos de este artículo va contra toda lógica y, posiblemente, resulte contrario a la intención de los redactores de esta disposición, que era permitir a los partisanos en la Segunda Guerra

---

<sup>259</sup> Esta incorporación y el correspondiente sometimiento a la regulación militar no solo serviría a los intereses de la justicia en la persecución de las conductas ilegales de los contratistas, sino que también protegería la seguridad de éstos mediante la legitimación de su uso de la fuerza bajo el Derecho de la Guerra. Vide Cadieux, J., "Regulating the United States Private Army: Militarizing Security Contractors", 39 *Cal. W. Int'l L.J.* 198, 2008-2009, pág. 228.

<sup>260</sup> El ex Secretario de Defensa de EEUU afirmó en 2006 que la Fuerza Total de EEUU consistía en cuatro elementos: tropas activas, tropas en reserva, contratistas y civiles. Vide U.S. Department of Defense, *Quadrennial Defense Review Report*, 2006, disponible en <http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/dod/qdr-2006-report.htm>.

Mundial tener el estatuto de prisionero de guerra<sup>261</sup>. Garantizar el mismo a los guardias de seguridad tergiversa completamente este artículo<sup>262</sup>. Aunque ni la Convención ni el Comentario definen lo que constituye una milicia o cuerpo voluntario, éste último sugiere dos requisitos que deben concurrir para que entren dentro del artículo 4 A (2). El primero es que el grupo debe ser independiente de las Fuerzas Armadas regulares<sup>263</sup> y el segundo es que el grupo debe estar luchando en nombre de una parte en el conflicto. De los dos requisitos previos, el más problemático es el primero pues básicamente, las EMSP no son lo suficientemente independientes de las Fuerzas Armadas<sup>264</sup>. Esta independencia no debe considerarse como un requisito dirigido a evitar que determinados grupos entren dentro del artículo 4 A (2), sino simplemente la condición para que

---

<sup>261</sup> Pictet, J., *The Geneva Conventions of 1949: Commentary II Geneva Convention*, op. cit., págs. 52 y ss. Este artículo está basado en el artículo 1 de las *Regulaciones de La Haya* de 1907, pero su ámbito de aplicación se expandió para abarcar a las milicias independientes de las Fuerzas Armadas. La *Tercera Convención de Ginebra* provee una oportunidad para los Estados de emplear civiles que acompañen a sus Fuerzas Armadas (un tipo de outsourcing) y garantizarles la protección del estatuto de prisionero de guerra, pero no otorga a dichos individuos el estatuto de combatiente. Vide art. 4 A (4) de la *Tercera Convención de Ginebra*.

<sup>262</sup> *Comentario de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949: III Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los Prisioneros de Guerra*, Pictet, J. et al. Eds., CICR, Ginebra 1960, 57.

<sup>263</sup> Este requisito se deriva tanto del texto del artículo como del *Comentario*. El artículo 4 A (2) se refiere a “otras milicias” y “otros cuerpos voluntarios” en un intento de contraponerlos con “las milicias o cuerpos voluntarios que formen parte de dichas Fuerzas Armadas” del artículo 4 A (1). Este requisito deriva también del *Comentario*, que indica que el texto de la *Convención* sigue el texto de las *Regulaciones de La Haya* de 1907 “que llevaron a cabo una distinción entre milicias y cuerpos voluntarios que formen parte del Ejército y aquellos que sean independientes” *Comentario de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949: III Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los Prisioneros de Guerra*, Pictet, J. et al. Eds., 1960, 57.

<sup>264</sup> Schmitt, M.N., “Reevaluating the Rules of the Game in a New Century: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees”, 5 *Chi. J. Int'l L.*, 2005, 531. “Tomados juntos, los previamente mencionados criterios hacen altamente improbable que los contratistas privados puedan calificarse para el estatuto de combatiente bajo el artículo 4 A (2)...los contratistas privados por contraste son típicamente dependientes de las Fuerzas Armadas, aunque solo sea para su supervivencia física”.

estos grupos sean considerados bajo este epígrafe en lugar de como parte de las Fuerzas Armadas bajo el artículo 4 A (1).

Tal como hemos visto, los *Convenios de Ginebra* y el *Protocolo Adicional I* distinguen cuatro categorías diferentes dentro del concepto de combatiente, que cabe agrupar en dos grandes grupos, combatientes regulares e irregulares, a los que es preciso añadir los miembros militares de las fuerzas de la ONU.

### **b. 1 Combatientes regulares**

Los combatientes son los individuos que pueden intervenir en el combate en la doble condición de sujetos activos, en cuanto realizan la acción hostil, y sujetos pasivos en cuanto la sufren. Están autorizados a llevar a cabo actos que de no tener dicha condición serían considerados como delitos, otorgándoseles además una especial protección en caso de caer en poder del enemigo.

La determinación de quiénes son combatientes es decisiva en cuanto sólo los que tienen tal cualidad pueden combatir directamente, con los derechos y deberes que les atribuye su peculiar estatuto. El mismo establece que son derechos del combatiente: en primer lugar, el específico de poder participar directamente en las hostilidades de forma legítima, es decir, sin que tal participación constituya un hecho antijurídico o delito (artículo 43,2 del *Protocolo Adicional I*). Junto a este derecho, tenemos el de gozar de las protecciones establecidas en su favor por el Derecho Internacional Humanitario y, muy concretamente, el de ser



tratado como un prisionero de guerra en poder de la parte adversa (artículo 44,1 del *Protocolo Adicional I*<sup>265</sup> y artículo 4 del *Convenio III*).

Evidentemente, todo derecho tiene su contrapartida, estableciéndose como deberes fundamentales, el específico de distinguirse de la población civil durante el combate y sus acciones complementarias (artículo 44,3 del *Protocolo Adicional I*<sup>266</sup>) y el de observancia de las normas del Derecho Internacional Humanitario y, muy concretamente, el de respetar a la población civil (artículos 44,3 y 51 del *Protocolo Adicional I*<sup>267</sup>).

La cuestión estriba en determinar si los nuevos sujetos que intervienen en los conflictos armados pueden ser o no considerados combatientes según dicha normativa internacional y, por lo tanto, si están amparados tanto activa como pasivamente por la misma. Si no es así, deberán ser considerados delincuentes y sometidos, en su caso, a lo dispuesto por la legislación penal nacional vigente en cada Estado. A dicha legislación estarían también sujetos los que gocen del estatuto de combatiente que infrinjan las prohibiciones establecidas en el Derecho

---

<sup>265</sup> Artículo 44.1: *Todo combatiente, tal como queda definido en el artículo 43, que caiga en poder de una parte adversa, será prisionero de guerra.*

<sup>266</sup> Artículo 44.3: *Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en dichas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:*

a) *durante todo enfrentamiento militar; y*  
b) *durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.*

*No se considerarán como actos péfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurren las condiciones enunciadas en el presente párrafo.*

<sup>267</sup> *Éste último establece: La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares....*

Internacional Humanitario. Dichas infracciones se deben sancionar con rigor por medio de los mecanismos penales y disciplinarios vigentes cuando la responsabilidad corresponde directamente a los individuos<sup>268</sup>. Por lo tanto, el Derecho Penal y las normas disciplinarias son un medio para que se controlen las infracciones al Derecho Internacional Humanitario<sup>269</sup>.

Para poder tener clara la normativa aplicable, y, en consecuencia, la responsabilidad exigible, es *conditio sine qua non* determinar claramente el concepto de combatiente. Tras ello, se podrá determinar el estatuto aplicable y estudiar los casos en que la aplicabilidad de dicho estatuto no sea clara, excluyendo aquellos casos que no puedan ser enclavados dentro del concepto dado<sup>270</sup>. Así pues, desde el punto de vista jurídico, se debe establecer de forma clara a quiénes podemos considerar

---

<sup>268</sup> Por ejemplo, si un soldado mata a un civil o a un enemigo fuera de combate pues se ha rendido, puede ser juzgado y condenado por homicidio, de acuerdo con las normas de los códigos penales; si roba o se apodera de bienes de la población civil, puede ser juzgado y condenado por robo. Si un Oficial ordena hacerlo también es responsable, pues está dando órdenes incompatibles con el Derecho Nacional y con el Derecho Internacional.

<sup>269</sup> En el *Código Penal Común* español se trata esta cuestión en el Capítulo III del Título XXIV, *De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*. Por su parte, en el Código Penal Militar español este tema se recoge en el Título II *Delitos contra las Leyes y usos de la guerra* del Libro II *De los delitos en particular*, abarcando los artículos 69 al 78. También se aludía directamente al Derecho Internacional Humanitario en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las anteriormente vigentes *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, primero en su Introducción, donde el cumplimiento de dicho Derecho se reducía a una cuestión de orden y disciplina que entronca además con las mejores tradiciones castrenses en el *respeto a la dignidad del hombre y la exaltación de su honor*; y después en los artículos 136 a 140 y 142, en los que se señalaba que las Fuerzas Armadas ajustarán su conducta en paz y en guerra al respeto de la persona, al bien común y al derecho de gentes. En las *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas* actualmente en vigor, aprobadas por Real Decreto de 06 de febrero de 2009, se trata la cuestión en el artículo 48 *Límites de la obediencia* y en el Capítulo VI *De la ética en las operaciones* y, más concretamente, en el artículo 106 *Deberes en relación con el Derecho Internacional Humanitario*.

<sup>270</sup> Fernández-Flores y de Funes, J.L., *El Derecho de los conflictos armados. op. cit. supra*.

como combatientes *stricto sensu*, y, por ello, amparados por las normas del Derecho Internacional Humanitario.

El concepto de combatiente se encuentra regulado en los *Convenios de Ginebra* (básicamente el *Convenio III*) y en el *Protocolo Adicional I* a los mismos. Con la finalidad de proteger a la población civil, el Derecho Internacional Humanitario establece una distinción fundamental entre ésta y los combatientes (artículos 48 y 50, 1 y 2 del *Protocolo Adicional I*)<sup>271</sup>. Dicha distinción, aunque coincide en términos generales con la de combatientes y no combatientes, no es igual en términos concretos. Hay personas que no son civiles (porque forman parte de los Ejércitos) y no son combatientes (porque su misión no es la de combatir), como ocurre con el personal sanitario y religioso que forma parte de las Fuerzas Armadas (artículo 43.2 del *Protocolo Adicional I*). También hay civiles que son combatientes, como ocurre con los individuos de las poblaciones que se alzan en masa contra el enemigo invasor (artículo 50,1 del *Protocolo Adicional I* en relación con el artículo 4 A (6) del *Convenio III* de 1949<sup>272</sup>).

---

<sup>271</sup> Según el artículo 48, a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Por su parte, el artículo 50 en sus puntos 1 y 2 dispone:

1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

2. La población civil comprende a todas las personas civiles”.

<sup>272</sup> Éste último otorga el estatuto de combatiente a la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que lleve francamente las armas y respete las leyes y costumbres de la guerra.

---

La población civil no es combatiente y, por lo tanto, debe ser protegida de los efectos de la guerra en la medida de lo posible. Pero, por otra parte, si civiles llevan a cabo acciones violentas contra la otra parte en el conflicto estaremos hablando no de combatientes sino de francotiradores o terroristas y, por ello, podrán ser sometidos a las leyes penales de la parte afectada. Pero hay una excepción a esta regla general, y es el caso en que los individuos que forman parte de una población civil de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toman espontáneamente las armas, sin organización militar, pero respetando las leyes y costumbres de la guerra. Son combatientes circunstanciales o anómalos, considerados combatientes legítimos. El concepto de combatiente anómalo o de población que se alza en armas en un territorio no ocupado ante la proximidad del enemigo ha sufrido pocos cambios con el tiempo. Con anterioridad al comienzo de la codificación del Derecho Internacional Humanitario, se dieron casos de este tipo como, por ejemplo, el de las levas en masa decretadas en 1793 por la Convención francesa y las decretadas por el rey Federico Guillermo de Prusia en 1813 contra el Ejército de Napoleón (las denominadas *Landwehr* y *Landsturm*). Pero nada había en las costumbres jurídicas que indicase el tratamiento que dichas poblaciones habían de recibir. Lo normal era que los individuos de la población levantada en masa, si eran capturados por el Ejército enemigo, sufrían todos los rigores de la guerra y, en la mayoría de los casos, eran fusilados. Esta situación cambió con la aprobación de los Reglamentos de 1899 y 1907. En el artículo 2 del Reglamento de 1899 se estableció que *la población de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de organizarse conforme al artículo 1, será considerada como beligerante si respeta las leyes y costumbres de la guerra*. Según este artículo, la población que no se organiza, no ya como Ejército sino ni siquiera como milicias y cuerpos de voluntarios, es considerada como *beligerante*, de donde hay que deducir lógicamente que los individuos de tal población son combatientes legítimos, con la consecuencia de que si caen en poder del enemigo deben ser tratados como prisioneros de guerra. La única condición es que al tomar las armas y hacer uso de las mismas, la población, en general y cada combatiente en particular, respeten las leyes y costumbres de la guerra. Con posterioridad, el Reglamento de 1907, también en su artículo 2, reprodujo el texto anterior, pero añadiendo, a continuación del término *beligerante*, la exigencia de que *porten las armas abiertamente*, lo cual significa un acercamiento significativo a la condición de las milicias y cuerpos de voluntarios que no forman parte de los Ejércitos. Esta situación se refiere tanto a los casos de pura espontaneidad, es decir, de *insurrección en masa*, como a aquellos en que la población se levanta en masa en virtud de un llamamiento del Gobierno, o sea, la *leva en masa*, en sentido propio. Sin embargo, su esencia hay que ponerla en el primer tipo de levantamiento y siempre que se produzca una insurrección en masa y no se trate de la insurrección de unos pocos individuos (que serían francotiradores y por ello no tendrían el estatuto de combatientes), y ésta tenga lugar en un territorio no ocupado. En este sentido, el precepto se aplica en todas las situaciones de levantamiento ya se efectúe espontáneamente ya por llamamiento gubernamental, sea que la población esté prevenida o no, siempre que no haya tenido tiempo de organizarse. Si bien es cierto que con anterioridad a los Reglamentos citados se dio algún supuesto de esta situación, no parece que se haya producido ninguno con posterioridad a los mismos, ni siquiera en la Segunda Guerra Mundial a pesar de las numerosas invasiones enemigas. Una parte de la doctrina critica que se haya establecido este precepto para proteger a las poblaciones que se alzan en un territorio no ocupado y, en cambio, nada se haya previsto para las poblaciones que se levantan en un territorio ya ocupado. Pero esta situación parece responder al hecho de que en el caso de un territorio ocupado, la Potencia ocupante instaura una Administración para el gobierno de dicho territorio, y existe el deber para la población civil de obedecer lo dispuesto por dicha Administración, cosa que no ocurre en el caso de tratarse de un territorio no ocupado. Por esto mismo, además de por la exigencia de que la población no ha debido tener tiempo de organizarse, parece que esta situación implica que la misma se produzca por un breve tiempo y que no pueda continuar si se produce la ocupación total del territorio. Aunque en 1949 hubo proposiciones para ampliar este texto, la posición general fue la de dejarlo tal como estaba en 1907. En el

La noción clásica o tradicional del combatiente viene del Derecho consuetudinario y fue recogida en el momento mismo en que empieza la codificación de esta normativa. Ya en el *Proyecto de Bruselas* de 1824 (artículo 9) y en el *Manual de Oxford* de 1880 preparado por el Instituto de Derecho Internacional (artículo 2), se estableció un concepto de combatiente que posteriormente se incluyó en el artículo 1 del *Convenio II* de 1899 y el *Convenio IV* de 1907 y, finalmente, en los Convenios de 1949 (artículo 13 de los *Convenios I* y *II* y artículo 4 A (1) y (2) del *Convenio III*)<sup>273</sup>. En realidad, lo que estos preceptos exigen es el cumplimiento de unos requisitos no sólo para que el combatiente pueda ser tenido por tal, sino también para que pueda ser visto como tal, es decir unos requisitos que tenía que cumplir como colectivo y otros que debía cumplir el combatiente como individuo.

Respecto de los primeros, la primera condición impuesta por estas normas está relacionada con la existencia de un mando responsable. A la

---

*Protocolo Adicional I* no se trata concretamente esta materia, por lo que deja la situación en el mismo estado en que se encontraba anteriormente. Ante la ausencia de cualquier signo distintivo, el dato de llevar las armas abiertamente cobra especial significación pues es el único modo de que los combatientes, en caso de captura, puedan gozar de los beneficios del estatuto de prisionero de guerra. A modo de conclusión, podemos señalar que los miembros de una población civil levantada en masa contra el enemigo, gozan del estatuto de combatientes legítimos con todas sus consecuencias, siempre que cumplan los requisitos citados, y, por ello, en caso de captura han de ser tratados como prisioneros de guerra.

<sup>273</sup> Estos artículos afirman que son combatientes los *miembros de las Fuerzas Armadas de una parte contendiente, incluidos los miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de esas Fuerzas Armadas.*

*Miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluso los de movimientos de resistencia organizados pertenecientes a una de las partes contendientes y que actúan fuera o en el interior de su propio territorio, y aunque este territorio se haya ocupado, con tal de que esas milicias o cuerpos de voluntarios, incluso los movimientos de resistencia organizados cumplan las siguientes condiciones:*

- 1- *Estar mandados por una persona que responda de sus subordinados.*
- 2- *Llevar signo distintivo fijo susceptible de ser reconocido a distancia.*
- 3- *Llevar las armas a la vista.*
- 4- *Ajustarse, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra.*

hora de apreciar su existencia es preciso distinguir entre las Fuerzas Armadas y milicias y cuerpos de voluntarios incluidos en ellas, donde este mando responsable se presupone por la propia naturaleza de los Ejércitos; y las otras milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados, donde se exige expresamente. Junto a ello, la observancia de las leyes y costumbres de la guerra. Del mismo modo que ocurre con el requisito anterior, en las Fuerzas Armadas y sus milicias y voluntarios incluidos se da por supuesto; en las otras milicias y cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia se exige expresamente.

Las EMSP podrían cumplir este requisito pues tienen estructuras similares a las organizaciones militares, y como empleador las EMSP son responsables de las acciones de sus empleados<sup>274</sup>. Pero la naturaleza de la relación entre la EMSP y su personal (contratante / contratado) puede ser problemática ya que no crea la misma autoridad de mando que tiene un mando militar. A diferencia de un subordinado en una organización militar, el empleado de una EMSP está unido a su empleador tan solo por un contrato, por lo que puede finiquitar su relación sin apenas consecuencias. Por ello, la habilidad de la EMSP para regular la actividad y comportamiento de un empleado es mucho menor que la asociada con una organización militar que puede usar incluso sanciones penales para asegurar el cumplimiento de sus directivas por parte de los subordinados. A pesar de estos problemas, las EMSP podrían cumplir el requisito porque la esencia de esta condición reside en la responsabilidad del

---

<sup>274</sup> Ridlon, D.P., "Contractors or Illegal Combatants?: The Status of Armed Contractors in Iraq", 62 *A.F. L. Rev.* 2008, pág. 225.

mando por las acciones de sus subordinados en lugar de concentrarse en su capacidad para el control de las acciones de los mismos<sup>275</sup>.

En cuanto al segundo tipo de requisitos, esto es, los que ha de cumplir el combatiente como tal de forma individual, son, por una parte, la distinción por el atuendo respecto del no combatiente, siendo preciso matizar que en las Fuerzas Armadas y sus milicias y cuerpos de voluntarios organizados, este requisito se da por supuesto, ya que, como es tradicional, llevan uniforme. En las otras milicias y cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados, se exige de modo expreso y se establece el modo de distinción por medio de ese signo fijo y susceptible de ser reconocido a distancia. El *Comentario* del artículo 4 A (2) a, deja claro que el signo distintivo puede ser algo tan pequeño como una banda de brazo, una gorra, o camiseta, siempre que sea el mismo para todos los miembros de la organización, y su uso esté limitado a esa organización<sup>276</sup>. Por otra parte, se exige que se distingan del no combatiente por el porte abierto de las armas. Al igual que ocurre con el anterior requisito, en las Fuerzas Armadas, se da por supuesto, exigiéndose de modo expreso respecto de las otras milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados.

Según estas disposiciones, la situación era clara, tanto respecto a la fuerza combatiente como en cuanto al combatiente individual. Sin embargo, el *Protocolo Adicional I* de 1977 llevó a cabo un cambio radical,

---

<sup>275</sup> Vide *Convención de Ginebra III*, art. 4 A (2) a; *Comentario de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949: III Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los Prisioneros de Guerra*, op. cit., 59.

<sup>276</sup> *Ídem*, 60.

expandiendo el alcance del estatuto de combatiente y creando una situación mucho más fluida, flexible, pero también más peligrosa. El cambio introducido consiste en una doble modificación de los requisitos que afecta en primer lugar a la fuerza o colectividad. Se han borrado las diferentes categorías anteriores (Fuerzas Armadas y sus milicias y cuerpos de voluntarios por un lado y las otras milicias y cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados por otro), integrándolas bajo el término de *Fuerzas Armadas* (en el cual se incluyen todas las anteriores), a las que se exigen los requisitos *colectivos* anteriores de un mando responsable y la observancia de las leyes de la guerra<sup>277</sup>. En cuanto a los demás combatientes, se ha prescindido formalmente de la exigencia de los requisitos de vigilia anteriores (signo externo distintivo y porte abierto de las armas), para exigir solamente la distinción y ésta en ciertos momentos y sin establecer el modo<sup>278</sup>.

Esta regulación se refiere a la situación que podemos considerar más normal porque, implícitamente, se refiere a las Fuerzas Armadas, es decir a las Fuerzas Armadas *regulares* constituidas por los Ejércitos, sus

---

<sup>277</sup> El *Protocolo Adicional I* en su artículo 43,1 y 2 dice que. - *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 es por un Gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales fuerzas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que hará cumplir 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 forman parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del Convenio tercero) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

<sup>278</sup> El *Protocolo Adicional I* en su artículo 44,3, párrafo primero dice que: *con objeto de promover la protección de la población civil contra otros efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque.*



milicias y cuerpos de voluntarios incorporados<sup>279</sup>, y ésta es la situación en que los combatientes armados pueden distinguirse de la población civil. Por el contrario, la situación a la que se refiere el párrafo segundo del mismo número 3 del artículo 44 del *Protocolo Adicional I*, es aquella *en las que... un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil*, y que posteriormente trataremos.

En este supuesto normal, en lo que respecta a los requisitos del colectivo al que ha de pertenecer el combatiente, la exigencia de un mando responsable se ha hecho más rigurosa, ya que tal mando responsable ha de serlo sobre fuerzas, grupos de unidades armados y organizados, siendo indiferente que el mismo responda tanto ante un Gobierno reconocido cuanto ante una autoridad no reconocida por la parte adversa. Junto a ello, la exigencia del respeto a las leyes de la guerra también se ha hecho más estricta puesto que se impone, sin distinción alguna al ser todos Fuerzas Armadas, la necesidad de una disciplina interna con la finalidad de que se respete el Derecho Internacional de la Guerra.

En lo que se refiere a los requisitos que ha de cumplir el combatiente de forma individual, se sigue la regla básica de que ha de distinguirse de la población civil, pero no se especifica el modo. Este

---

<sup>279</sup> El Derecho Internacional Humanitario no provee una guía clara y específica respecto a los pre-requisitos que se deben cumplir por las milicias o cuerpos de voluntarios para “formar parte” de las Fuerzas Armadas. De acuerdo con el *Comentario sobre la Tercera Convención de Ginebra*, este artículo se refiere a grupos que “aunque parte de las Fuerzas Armadas son bastante distintos del Ejército en sí”. Por ello, se mantuvo la referencia a milicias y grupos de voluntarios a pesar de integrarse en las Fuerzas Armadas. *Vide* Pictet, J. (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. III, Convención de Ginebra relativa al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, CICR, 1960, pág. 52.

silencio implica que cualquier forma de distinción del combatiente es válida. Si tenemos en cuenta que las únicas formas o modos de distinción son las que consisten en llevar un atuendo diferente y/o portar abiertamente las armas, hemos de concluir que con esta regulación los combatientes pueden elegir uno de estos modos y con ello es bastante. En consecuencia, han de distinguirse de la población civil bien por llevar un atuendo diferente, uniforme o signo distintivo, y, al propio tiempo, portar abiertamente las armas, bien por llevar simplemente un atuendo distinto; o bien por llevar únicamente las armas de modo visible. Parece que en esta situación normal, lo común será llevar uniforme en función de lo establecido por el artículo 44,7 del *Protocolo Adicional I*<sup>280</sup>. Pero lo cierto es que no se impone el uso del uniforme y nada obsta a que los combatientes opten por el porte de las armas abiertamente. Esta situación se podría producir en aquellos casos en los que un Ejército se vea acosado por fuerzas *irregulares* contrarias. Como quiera que este dato de distinción es bastante relativo, se puede poner en peligro a la población civil.

Por otra parte, la necesidad de distinción se ha restringido al *curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque*. Ahora bien, esta restricción supone un cambio más aparente que real, ya que anteriormente tampoco se exigía a los combatientes regulares distinguirse siempre de la población civil (por ejemplo, cuando no estaban en el frente

---

<sup>280</sup> En el citado artículo se afirma que *el propósito del presente artículo no es modificar la práctica generalmente aceptada por los Estados en lo que respecta al uniforme que han de llevar los combatientes pertenecientes a las unidades armadas regulares y uniformadas de una parte en conflicto*.

de combate y se encontraban en la retaguardia). En realidad, lo único que ha variado esencialmente, respecto a la anterior normativa, se refiere a la distinción visible del combatiente. El doble requisito anterior de visibilidad (exigido tácita o expresamente), se ha reducido para ser cumplido mediante cualquier modo de distinción, sin perjuicio de que lo común será que se continúe utilizando uniforme y se porten las armas abiertamente.

De todo lo expuesto, se pueden establecer las siguientes conclusiones: Por un lado, que los combatientes además de pertenecer a las Fuerzas Armadas con su doble requisito de mando-organización y disciplina-observancia de las leyes de la guerra, *están obligados a distinguirse de la población civil y solamente en el curso de un ataque o una operación militar preparatoria de un ataque*, sin que se establezca una forma concreta de distinción, por lo que ésta puede ser el uso del uniforme y porte abierto de las armas, solamente el uso del uniforme, o solamente el porte abierto de las armas. Por otro, al tiempo que se ha facilitado a los combatientes su distinción de la población civil, se ha difuminado la clara línea divisoria con lo que se ha puesto en peligro a la población civil ya que las Fuerzas Armadas regulares pueden adoptar cualquier modo de distinción que no sea el tradicional uso de uniforme.

Como colofón es necesario incidir en el hecho de que con los cambios efectuados se ha debilitado la norma fundamental del artículo 48 del *Protocolo Adicional I* que exige la distinción en todo momento entre la población civil y los combatientes, al efecto de garantizar el respeto y la protección de aquélla. El *Protocolo Adicional I* evidencia un movimiento

hacia la inclusión de actores no tradicionales dentro del ámbito del estatuto de combatiente, pero esta norma no invalida las normas de La Haya y el artículo 4 de la *Tercera Convención*. Los requisitos del mando que establece el artículo 4 están diseñados para asegurar que la conducta de esa parte cumple con las leyes de la guerra. Aun así, las pocas disposiciones del artículo 43 son interpretadas de forma amplia.

En virtud de lo visto, cabe establecer que en algunos casos los miembros de las empresas militares y de seguridad privada podrán ser considerados combatientes, especialmente si son incorporados expresamente por un Estado parte del conflicto a sus Fuerzas Armadas o bien si cumplen los requisitos establecidos para su consideración como combatiente irregular. Para ello, habrá que llevar a cabo un análisis caso por caso. Cualquier afirmación deberá ser pragmática, con la debida consideración a la naturaleza de sus operaciones, su cercanía a las actividades militares esenciales, la existencia de cadenas de mando y el uso de uniformes reconocibles. A largo plazo esta confusión con respecto al ámbito del Derecho Internacional Humanitario puede fragmentar su legitimidad y socavar, en particular, la afirmación de su universalidad.

El Derecho Internacional Humanitario no prescribe trámites específicos para la incorporación ni en el artículo 4A (1) del *Convenio III* ni en el artículo 43 del *Protocolo Adicional I* pues es un aspecto de ámbito puramente nacional. La incorporación depende de la voluntad y de la legislación interna del Estado en cuestión. De todos modos, es necesaria alguna forma de incorporación oficial, especialmente al imponer el artículo

43.3 del *Protocolo Adicional I* la obligación específica de los Estados que incorporen sus propias fuerzas de policía u otras fuerzas paramilitares a sus Fuerzas Armadas de informar a la parte contraria pues ésta debe saber quiénes constituyen las fuerzas de su contrincante.

El problema se plantea por el hecho de que el Derecho Internacional Humanitario debe ser aplicado de forma que sea razonablemente posible para los combatientes cumplir sus preceptos. En estos casos, es virtualmente imposible para las fuerzas oponentes conocer qué empleados de estas compañías son combatientes y cuáles son simples civiles, lo que va contra el principio de distinción y puede desanimar a los otros combatientes en cuanto a intentar respetar dicho Derecho<sup>281</sup>. De acuerdo con el mismo, toda persona debe ser o combatiente o civil. Por tanto, como regla general, los empleados de estas empresas deben ser considerados civiles. Esta consideración comporta importantes consecuencias y riesgos tanto para los civiles como para los propios empleados de las EMSP, porque genera confusión. Los civiles no tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades y si los empleados de estas compañías usan armas (salvo armas cortas para estricta autodefensa)<sup>282</sup>, no tienen tal consideración y esto podría afectar a la capacidad del Derecho Internacional Humanitario para proteger a la población civil.

---

<sup>281</sup> *Vide* Cameron, L., "Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation", *op. cit.*, pág. 585.

<sup>282</sup> La doctrina de la autodefensa es solo necesaria en raros casos donde la ley busca permitir a los no combatientes participar directamente en las hostilidades sin incurrir en responsabilidad penal. Al ser una excepción a la posición estándar de los no combatientes, la excepción debería ser establecida tan estrechamente posible aun preservando la esencia de la doctrina de la autodefensa. *Vide* Ridlon, D.P., "Contractors or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq", *op. cit.*, pág. 243.

## b. 2 Miembros militares de la ONU

El Consejo de Seguridad, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, puede hacer uso de las medidas coactivas previstas en los artículos 41 y 42 de la *Carta*<sup>283</sup>. En virtud del primer artículo, podrá adoptar medidas de presión que no implican el uso de la fuerza, tales como embargo económico, ruptura de las relaciones diplomáticas... Pero ante una eventual inadecuación de las medidas citadas, el sistema de seguridad colectiva da un paso cualitativo al señalar que *si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas.*

Son las que el profesor Fernández Flores llamó *Guerras de policía*<sup>284</sup>, que se llevan a cabo no por tropas propias de la ONU, que no existen en realidad, sino por las que los Estados miembros se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad cuando éste lo solicite, proporcionándole las Fuerzas Armadas, la ayuda y las

<sup>283</sup> En este sentido, García Labajo, J.M., "La prohibición del uso de la fuerza. La intervención y la injerencia humanitaria". *Revista Española de Derecho Militar*, nº 70 (Separata). Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa. Págs. 146 y ss.

<sup>284</sup> Por otra parte, a *operación de policía internacional* se refiere, en el caso de Somalia, el Presidente del CICR, Sr. Sommaruga, en su discurso de 5 de marzo de 1993 en la XXV Reunión de la Academia de la Paz y de la Seguridad Internacional, CICR, mayo-junio 1993, nº 117, Pág. 254.

facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales. A este fin, se concluirán convenios especiales sobre el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, así como también la naturaleza de las facilidades y la ayuda, entre el Consejo de Seguridad y los Estados miembros u Organizaciones regionales (art.43 de la *Carta de Naciones Unidas*).

Las Naciones Unidas han ido adaptando su Doctrina sobre las Operaciones de Paz al ritmo de su evolución, los cambios de la situación internacional y a los diferentes tipos de conflictos. La misma es consecuencia de las *lecciones aprendidas* tanto en las Operaciones que han concluido con éxito, como en aquellas en las que no se han alcanzado los objetivos previstos.

Las *Operaciones de Mantenimiento de la Paz (Peace Keeping)* se diseñaron y consagraron tras la crisis del Canal de Suez en 1956. Se trata del envío al lugar donde se produce el conflicto de contingentes de Fuerzas Armadas con un fin pacificador, previo consentimiento de los Estados en cuyo territorio deben actuar. Tales contingentes desarrollan operaciones de vigilancia con el fin de garantizar el cumplimiento de medidas de alto el fuego o de separación o retirada de tropas, persiguiéndose rebajar la tensión de los conflictos y amortiguar las crisis internacionales, asegurando la paz mientras se da tiempo a los negociadores políticos para intentar un arreglo. Tales contingentes son

puestos voluntariamente a disposición de las Naciones Unidas por los Estados que quieran contribuir y seleccionados por el Secretario General.

Pero en la actualidad no se trata ya solo de amortiguar las crisis internacionales, como en las Operaciones clásicas de *Mantenimiento de la Paz (Peace Keeping)*, sino de contribuir en el curso de un conflicto armado, generalmente de carácter interno, a la *Consecución de la Paz (Peace Making)* o su Consolidación tras la finalización del conflicto (*Peace Building*). Las fuerzas participantes no se limitan solo a desarrollar misiones militares de vigilancia y control, sino que desempeñan también, respondiendo al concepto de multifuncionalidad u *Operaciones multiuso*, otras posibles tareas de diverso tipo tales como asistencia y protección humanitaria de las víctimas, principalmente entre la población civil y de ayuda a los refugiados; control de la desmovilización, incluida la recogida de armamento y de desminado; restablecimiento del orden público y reconstrucción de infraestructuras y servicios, como la sanidad, los transportes, o la policía civil; promoción del desarrollo económico y social y supervisión del respeto de los Derechos Humanos; fortalecimiento de la estructura estatal y de las formas democráticas de gobierno, con organización incluso de procesos electorales; y otras tareas semejantes. Ello ha llevado también, en ocasiones, a la intervención, al lado del componente militar, de un componente civil (incluyendo EMSP) y de Policía.

Se trata de Operaciones complejas, multifuncionales y multidimensionales, en las que a las funciones tradicionales de estas



operaciones se añaden otros componentes de obligación a las Partes o creación de estructuras y reconstrucción que no estaban contempladas en el anterior modelo. En vista del contenido de los mandatos correspondientes a esta clase de Operaciones, que se han venido a llamar *de segunda generación*, quizá no les convenga ya el nombre de *Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, sino más bien el de *Operaciones de Paz* o de *Pacificación*, pues la precisión en el uso de todos estos términos sigue aún hoy sin haberse alcanzado. Desde el punto de vista militar, también les cabe el nombre de *intervención humanitaria*, para destacar el hecho del complemento de medios militares en el curso o en relación con un conflicto armado en el que no se involucran, sino en el que se limitan a realizar misiones destinadas a la protección de la población contra los efectos de las hostilidades y a suministrar ayuda humanitaria mediante la asistencia médica y la distribución de alimentos y medicamentos, principalmente.

Las fuerzas de las Naciones Unidas, conocidas como “casco azules” tienen un estatuto especial en atención a la *Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas*<sup>285</sup>. Bien se trate de casco azules desplegados en el marco de operaciones preventivas, bien se trate de la verificación de un alto el fuego, la aplicación de acuerdos globales o la protección de operaciones humanitarias (todas ellas agrupadas en el concepto de *peace-keeping*), dichas fuerzas no pueden ser consideradas, en sentido técnico como combatientes, aunque sus actuaciones deban

---

<sup>285</sup> *Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 09 de noviembre de 1994, Doc. A/45/594.

ser respetuosas con las normas del Derecho Internacional Humanitario. Situación parcialmente distinta es la de esos mismos cascos azules desplegados en base a las previsiones establecidas en el marco del Capítulo VII de la Carta. Este personal, en el caso de caer en manos del enemigo, no podrá ser mantenido detenido y deberá ser puesto en libertad por la potencia captora, pero mientras dura la detención, deberá ser tratado de forma correcta. En cualquiera de los dos supuestos parece que también le son de aplicación los privilegios e inmunidades del personal al servicio de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, salvo que exista un mejor estatuto acordado con la Potencia donde se despliega la fuerza.

Existe la posibilidad real de uso de la fuerza armada por miembros de Fuerzas de las Naciones Unidas, que será más o menos probable según el tipo de operación de que se trate. Pero existe en todo caso ya que siempre rige el inmanente derecho de legítima defensa de dichas Fuerzas. En todo este contexto, el problema que se plantea es el de si las Fuerzas al servicio de las Naciones Unidas cuando combaten han de observar o no y en qué medida, las previsiones del Derecho Internacional Humanitario, es decir, las normas que, en general, se han elaborado para que sean cumplidas por *todos* los que intervienen en una guerra *ordinaria*<sup>286</sup>. Aunque esta cuestión ha sido en los últimos años tema de controversia y debate, nada puede ser más contradictorio que una fuerza de las Naciones Unidas que transgreda las normas de dicho Derecho que,

---

<sup>286</sup> Fernández Flores, J.L., *El Derecho de los Conflictos Armados*, op. cit., págs. 839 y ss.

gradualmente y con dificultad, se han convenido los últimos sesenta años<sup>287</sup>.

En estas guerras de policía internacional, las Fuerzas de que se valen las Naciones Unidas aparecen no como unas Fuerzas combatientes más sino como unas fuerzas de policía que, por decirlo así, tienen una posición jurídica de preferencia frente al adversario. En otras palabras, las Fuerzas combatientes en estas guerras no tienen una situación jurídica igual, en cuanto las que están al servicio de las Naciones Unidas son *Fuerzas de policía* que intervienen frente a los vulneradores de la paz y la seguridad internacional. Esto no supone que la diferente posición jurídica se traduzca en un privilegio a la hora de aplicar la normativa bélica, sino, por el contrario, en una mayor responsabilidad en su observancia. El problema de la observancia de esta normativa se plantea para cualesquiera Fuerzas que combaten al servicio de las Naciones Unidas, sea de forma directa bajo la autoridad inmediata, normalmente, del Secretario General, o sea de forma indirecta, cuando se trata de Fuerzas de Organizaciones regionales o, simplemente, de Estados que actúan con la autorización del Consejo de Seguridad. Por otra parte, es indiferente que se trate de acciones que las Naciones Unidas hayan emprendido dentro del marco, más o menos deformado, del Sistema de seguridad y de acción colectiva, o se trate de las *Operaciones para el Mantenimiento de la Paz*, excluidas las *Misiones de Observación*, o bien sean

---

<sup>287</sup> Murphy, R.: "La formación en derecho internacional humanitario para las operaciones multinacionales de apoyo a la paz. Lecciones aprendidas de la experiencia". Revista Internacional de la Cruz Roja (*RICR*) nº 840, editada por el CICR y Cambridge University Press, págs. 953-966.

*Intervenciones de Injerencia Humanitaria*, excluidas las de mera asistencia sin oposición.

En este tema hay que distinguir la posición de la doctrina, la del *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* y la de las propias Naciones Unidas. En lo que respecta a la posición de la doctrina, la *International Law Association (ILA)*, en 1966, en su Conferencia de Helsinki, aprobó una Resolución invitando a las Naciones Unidas a hacer una declaración por la cual *aceptase las normas de las Convenciones de Ginebra de 12 agosto de 1949 y la Convención de La Haya de 14 de Mayo de 1954 y que las Fuerzas de las Naciones Unidas aplicarían estas normas*. En 1971, el *Instituto de Derecho Internacional*, con un planteamiento análogo, aprobó también una *Resolución* en la que se decía que *las normas humanitarias del Derecho sobre los conflictos armados se aplican a las Naciones Unidas y las mismas deben ser cumplidas en todas las circunstancias por las fuerzas de las Naciones Unidas que estén envueltas en hostilidades*. En esta línea está la casi totalidad de la doctrina.

Por su parte, el *CICR*, ya en 1950, en el comienzo de la guerra de Corea, se dirigió a las dos Coreas recordando la obligación de observar los principios de protección de las víctimas de la guerra, a lo que ambas partes contestaron afirmativamente. Pero la postura del *CICR* ante el problema, quedó clara cuando el 10 de noviembre de 1961, al referirse a la aplicación y difusión de los *Convenios de Ginebra* de 1949, ya se dirigió al Secretario General de las Naciones Unidas en el sentido de que las

Fuerzas al servicio de las Naciones Unidas observasen la normativa bélica aunque solo fuese porque los Estados que suministraban dichas Fuerzas sí eran Parte en los Convenios y sus Fuerzas estaban obligadas a su cumplimiento. Así pues, la esencia de la posición del *CICR* es que los principios del Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para los Estados y para todas las Fuerzas Armadas presentes en situaciones de conflicto. Por otra parte, en 1963, con motivo del centenario de la Cruz Roja, el *Consejo de Delegados* aprobó una Resolución en la que se invitaba a las Naciones Unidas a hacer una Declaración solemne sobre la aceptación de la aplicación de los Convenios de 1949<sup>288</sup>.

La *XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja* (Viena, 1965) en su Resolución XXV afirmó que, *considerando que los Estados Parte en los Convenios de Ginebra se han comprometido a respetarlos y hacerlos respetar en todas las circunstancias, considerando además que es necesario que las fuerzas de emergencia de las Naciones Unidas respeten estos Convenios y sean protegidas por ellos, expresa su satisfacción por las medidas prácticas tomadas por las Naciones Unidas, recomienda: 1.- que se concluyan los oportunos acuerdos para asegurar que las fuerzas armadas puestas a disposición de las Naciones Unidas observan las reglas de los Convenios de Ginebra y son protegidas por ellos; 2.- que los Gobiernos de los países que proporcionan contingentes a las Naciones Unidas den a sus tropas, dada la importancia fundamental de la cuestión, la adecuada instrucción sobre los Convenios de Ginebra antes de abandonar su país de*

---

<sup>288</sup> Esta Resolución decía que las Naciones Unidas sean invitadas a adoptar una declaración solemne aceptando que las Convenciones de Ginebra se aplican igualmente a sus Fuerzas de Emergencia tal como se aplican a las fuerzas de los Estados parte de dichas Convenciones.

*origen, así como órdenes de cumplir con lo dispuesto en estos Convenios; 3.- que las autoridades responsables de los contingentes acepten tomar las medidas necesarias para impedir y reprimir las infracciones a estos Convenios.*

A partir de estos textos, todas las manifestaciones de la Cruz Roja lo han sido en el mismo sentido.

Finalmente, hay que referirse a la posición de las propias Naciones Unidas. Hasta tiempo reciente, las Naciones Unidas no adoptan una actitud tan concluyente. Los problemas técnico-jurídicos que se han planteado las propias Naciones Unidas y los que ha apuntado la doctrina son diversos y muchos de ellos con la suficiente envergadura como para haber obstaculizado hasta hace poco tiempo una declaración de carácter general. Esto ha dado lugar a que las Naciones Unidas se hayan manifestado siempre de manera cauta y circunstanciada. Así, en 1978, en un *memorando*, se precisaba que si las Fuerzas de las Naciones Unidas tuvieran que hacer uso de sus armas, se aplicarían *los principios y el espíritu* de las normas de carácter humanitario en los términos en que aparecían en los *Convenios* de 1949 y *Protocolos* de 1977<sup>289</sup>. Y en el mismo año, el Secretario General de las Naciones Unidas reiteraba la aplicación de *los principios y el espíritu de las normas del Derecho Internacional Humanitario*. Las referencias posteriores que por parte de las Naciones Unidas se habían venido haciendo a los Convenios de 1949, aludiendo siempre a la observancia de *sus principios y de su espíritu* y, en

---

<sup>289</sup> Se trata del *Interoffice Memorandum* de 24 de mayo de 1978 dirigido a los Jefes de las fuerzas de las Naciones Unidas y del dirigido por el Jefe de las fuerzas de las Naciones Unidas a todos los mandos de esas mismas fuerzas, el 30 de octubre del mismo año.

otros casos, a *sus principios y reglas*, nunca habían puesto el acento en la observancia clara y completa de dichos textos.

Esta situación cambia gracias a su pronunciamiento a través de su Secretario General Kofi A. Annan, en el que hace suyos todos los conceptos del Derecho Internacional Humanitario, y de obligado cumplimiento para todas aquellas Fuerzas que operen bajo bandera de las Naciones Unidas, al declararse de forma clara y rotunda el sometimiento de las Fuerzas de las Naciones Unidas a los principios y normas de dicho Derecho<sup>290</sup>. Así, el procedimiento seguido para la aceptación de esta normativa por las Naciones Unidas no ha sido el mismo de los Estados, es decir, una adhesión a los Convenios sino más bien una *declaración* en tal sentido, lo cual parece lógico al no tratarse de un Estado sino de una Organización.

---

<sup>290</sup> El Secretario General, con el fin de establecer principios y normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario aplicable a las fuerzas de las Naciones Unidas que realizan operaciones bajo mando y control de las Naciones Unidas, dispone lo siguiente: Sección 1.

Ámbito de aplicación

1.1 Los principios y normas fundamentales del Derecho Internacional Humanitario que figuran en el presente boletín son aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas en situaciones de conflicto armado en las que participan activamente en calidad de combatientes ...

Sección 3.

... las Naciones Unidas se comprometen a garantizar que la fuerza llevará a cabo sus operaciones con pleno respeto a los principios y normas de los convenios generales aplicables a la conducta del personal militar...

Sección 4.

... En el caso de violaciones del derecho internacional humanitario, los miembros del personal militar de una fuerza de las Naciones Unidas están sujetos a enjuiciamiento en los tribunales nacionales.

Sección 5.

La fuerza de las Naciones Unidas deberá hacer una clara distinción en todo momento entre civiles y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares. Las operaciones militares se dirigirán únicamente contra combatientes y objetivos militares. Los ataques contra civiles o bienes civiles están prohibidos.... "El respeto por las fuerzas de las Naciones Unidas del derecho internacional humanitario". Boletín del Secretario General de 6 de Agosto de 1999. ST/SGB/1999/13. Secretaría. Naciones Unidas.

Aunque las Naciones Unidas no sean parte en los Convenios de Ginebra, no parece existir obstáculo alguno para que las tropas a su servicio y de las que son responsables, cumplan el Derecho Internacional Humanitario.<sup>291</sup> En el tema de la aplicación de las normas humanitarias bélicas a las Fuerzas de las Naciones Unidas, se plantean una serie de cuestiones cuya resolución tiene relevancia a estos efectos<sup>292</sup>. En lo que respecta al tema de qué Fuerzas hay que considerar que entran en el ámbito de las llamadas *Fuerzas al servicio de las Naciones Unidas*, se ha dicho que si las mismas no están bien definidas, se corre el riesgo de confundirlas con *combatientes* sin precisión alguna. En realidad, son Fuerzas *combatientes* que en el momento del combate actúan de la misma forma que otros combatientes cualesquiera, por lo que no hay dificultad para aplicarles el mismo estatuto tal como figura en las normas del Derecho Internacional Humanitario.

La cuestión de si en las Fuerzas al servicio de las Naciones Unidas hay tropas de Estados que aceptan toda la normativa bélica, consuetudinaria y convencional, y otras que solo aceptan ésta última en parte o no la aceptan, solo se puede solucionar de forma uniforme pues no se podrían diversificar las normas aplicables a diferentes contingentes de diversos Estados. Por otra parte, estar al servicio de las Naciones Unidas es un elemento de homogeneización de las mismas ya que las Naciones Unidas tienen la responsabilidad última de su comportamiento.

---

<sup>291</sup> Vide Greenwood, V.C.: "Scope of application of humanitarian law", *Historical development and legal basis*, op. cit., pág. 46. Este autor afirma que la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario no es meramente una necesidad práctica sino que puede surgir de las obligaciones de los Estados de *respetar y hacer respetar* los Convenios de Ginebra y sus Protocolos *en todas las circunstancias*.

<sup>292</sup> Fernández Flores, J.L.: *El Derecho de los Conflictos Armados*, op. cit., Págs.846 y ss.



En cuanto a las disposiciones de los Convenios que no pueden, por su propio contenido, ser aplicadas por las Naciones Unidas, esto no obstaculiza que esta organización se incorpore a la observancia, en principio, de la totalidad de los Convenios. Hay otras normas, como las relativas a la ocupación, a la aplicación de normas penales o a los prisioneros que, aunque también se les haya puesto esta objeción, no son tan extrañas a las Fuerzas de las Naciones Unidas como pudiera parecer.

### **b. 3 Combatientes irregulares**

Otro actor que puede aparecer en el desarrollo de un conflicto armado es el combatiente irregular. Para que los grupos denominados irregulares puedan ser considerados combatientes (o prisioneros de guerra) según las *Convenciones de Ginebra*, han de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 4A (2) del *Convenio III* de Ginebra. Este artículo estipula que también tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra los miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos de voluntarios, incluyendo aquellos de movimientos organizados de resistencia, que pertenezcan a una parte en conflicto y operen dentro o fuera de su propio territorio... siempre que dichas milicias o cuerpos de voluntarios, incluyendo los citados movimientos de resistencia organizados, cumplan las condiciones de mando responsable, distintivo, porte abierto de las armas y respeto del Derecho Internacional Humanitario

Si observamos detenidamente lo establecido en esta disposición, es necesario tener en cuenta que la milicia debe *pertenecer... a una parte del conflicto* y que los cuatro requisitos deben ser todos cumplidos por el grupo como tal. Este artículo exige que para que una EMSP pueda ser considerada como combatiente irregular debe constituirse como un grupo. Esto es normal, pero un análisis empresa a empresa presenta inconvenientes pues el Derecho Internacional Humanitario debe ser aplicado de forma que haga razonablemente posible para los combatientes su cumplimiento. Los miembros de muchas de estas

empresas pueden llevar uniformes y parecer fuerzas del artículo 4A (2), pero pueden ser en realidad civiles<sup>293</sup>. Ciertamente, la determinación del estatuto es a menudo un tema difícil, incluso para algunos miembros de las Fuerzas Armadas (por ejemplo, en las operaciones encubiertas). Sin embargo, la proliferación de Partes con un estatuto ambiguo en situaciones de conflicto armado exacerba el problema<sup>294</sup>.

Con la expresión *combatientes irregulares*, se conocen aquellos individuos que luchan contra el enemigo y, sin embargo, según el tradicional Derecho de la Guerra, no formaban parte de las Fuerzas Armadas regulares, es decir, de los Ejércitos, sus milicias y cuerpos de voluntarios incorporados. En otras palabras, el término *combatientes irregulares* es la expresión eufemística para referirse a los *guerrilleros*, individuos que forman parte de las guerrillas o grupos que luchan contra el enemigo según un modo específico de combate sobradamente conocido.

El fenómeno de la guerrilla se explica, al menos en parte, por las desigualdades existentes entre los medios militares logísticos de los ocupantes y los de los resistentes. La guerrilla trata de compensar estas desigualdades mediante procedimientos de lucha asimétricos, la sorpresa, la emboscada, el sabotaje, el combate en las calles o en el monte a campo abierto y el enfrentamiento entre unidades militares

---

<sup>293</sup> Es altamente improbable que los contratistas puedan cumplir los requisitos del artículo 4 A (2), lo cual no es sorprendente pues el mismo no fue pensado para ellos. Vide Schmitt, M.N., "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *op. cit.*, pág. 531.

<sup>294</sup> Cameron, L., "Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation", *Op.citada*, pág. 585.

comparables. En el clásico Derecho de la Guerra, los combatientes irregulares, al igual que en la actualidad los mercenarios, no eran combatientes jurídicamente. No tenían estatuto de combatientes legítimos en cuanto no cumplían con las cuatro condiciones clásicas de los *Reglamentos* de los *Convenios II* de 1829 y *IV* de 1907 y de los *Convenios* de 1949, a que nos hemos referido. En particular, no cumplían sobre todo con el requisito de la visibilidad, esto es, de llevar un signo distintivo fijo reconocible a distancia. Y es que no podía ser de otra forma, puesto que si los guerrilleros llevasen tal signo para poder tener estatuto de combatientes legítimos no podrían combatir según el modo de combate de las guerrillas, y si querían combatir así, no podían llevar signo distintivo. De manera que se encontraban en un círculo vicioso: ser combatientes legítimos llevando signo distintivo sin poder ser guerrilleros o luchar como guerrilleros sin poder ser combatientes legítimos; en otras palabras, no se podía ser al mismo tiempo combatiente legítimo y guerrillero<sup>295</sup>.

Ahora bien, dejar al miembro de la guerrilla fuera del Derecho aplicable en los casos de conflictos armados alegando que es incapaz de respetar las normas tradicionales de este Derecho, no lo iba a hacer desaparecer ni era tampoco el medio de alentarlo a respetar al menos las

---

<sup>295</sup> El caso se había presentado con las guerrillas españolas de 1808 a 1813 contra Napoleón que crearon el concepto moderno de guerrillero y acuñaron una noción y un vocablo de validez actualmente universal. Lo mismo entonces que ahora, los guerrilleros optaron por ser guerrilleros con las consecuencias sobradamente conocidas de desprotección de los mismos y, al propio tiempo, de la población civil.

normas que están a su alcance pues no encontraría en ello ninguna ventaja<sup>296</sup>.

El Derecho Internacional Humanitario no es estático, sino que si quiere tener eficacia debe adaptarse, mediante las modificaciones apropiadas, a un mundo en constante evolución. Y esto es lo que hizo en esta ocasión. Acuciado fundamentalmente por los modernos movimientos de liberación colonial y de resistencia, se vio en la necesidad de afrontar el problema. Por ello, el artículo 44 del *Protocolo Adicional I* fue uno de los más arduamente debatidos en la Conferencia Diplomática para su aprobación. Resultó un texto de transacción cuyo objetivo no es otro que el de aumentar todo lo posible la protección legal de los guerrilleros e inducirlos a respetar el Derecho Internacional Humanitario, sin disminuir por ello la protección de la población civil de manera inaceptable<sup>297</sup>. Respecto a esta última cuestión, hay que tener también en cuenta que la protección de la población no estará, en definitiva, garantizada más que si las partes en conflicto, tanto de un lado como del otro, se preocupan realmente de ello.

El *Protocolo Adicional I* de 1977, en su artículo 44,3, párrafo segundo, determinó que *...sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, porte las armas abiertamente durante todo el*

---

<sup>296</sup> Sandoz, Y., et al., *Comentarios sobre los Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949*, op. cit., págs. 521-22, pág. 1684-85.

<sup>297</sup> Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, op. cit., pág. 1685.

*enfrentamiento militar; **y**(la negrita y el subrayado son propios) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va participar. Con este precepto, un tanto perifrástico, se ha abordado el tema de estos combatientes irregulares ampliando el círculo de los combatientes legítimos bajo la eufemística frase de *situaciones en las que debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil*. Como no se podía prescindir de la distinción, se ha procedido a establecer un modo concreto, el de llevar las armas abiertamente, y ello, al menos, durante el enfrentamiento militar y el despliegue previo en que se es visible para el enemigo.*

Según lo establecido en esta disposición, los requisitos exigidos para que los guerrilleros tengan el estatuto de combatientes se pueden agrupar en dos grandes categorías: los relacionados con el colectivo y los de carácter estrictamente individual. Por lo que respecta a la primera categoría, esto es, los requisitos de carácter colectivo, la primera exigencia es la relacionada con la existencia de un mando responsable que se formula en las mismas condiciones que para los miembros de las Fuerzas Armadas regulares. La segunda exigencia está relacionada con la observancia y respeto de las leyes de la guerra, también en las mismas condiciones que para los miembros de las Fuerzas Armadas regulares.

En cuanto a la segunda categoría de requisitos, los de carácter individual, tan solo se mantiene el de distinguirse de la población civil y, específicamente, en el modo de llevar las armas que ha de ser

abiertamente. Se excluye pues por la misma naturaleza del combate de los guerrilleros otra posibilidad de distinción. La cláusula según la cual los combatientes tienen la obligación de ostentar un signo visible *con objeto de promover la protección de la población civil contra las hostilidades*, da cuenta de la *ratio legis* de la disposición. Esta distinción se ha restringido a *todo el enfrentamiento militar y el tiempo en que se es visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar*. Esta restricción resulta también lógica por exigirlo así la misma naturaleza del combate de guerrillas. Razones obvias inherentes a la propia naturaleza de los movimientos guerrilleros, a su forma de operar y a los medios de que disponen, impiden que el cumplimiento de tales normas sea exigido en el mismo grado y forma que a las Fuerzas Armadas regulares.

Los guerrilleros que incumplan la obligación de distinguirse de la población civil, de conformidad con la presente disposición, en los casos en que están obligados a hacerlo, no serán sancionados con la pérdida de la condición de combatiente ni del estatuto de prisionero de guerra, sino que serán enjuiciados y castigados por violación de las leyes de la guerra. La excepción que ocasiona la pérdida de este estatuto se refiere a los guerrilleros cuyo uso de vestimenta de paisano y/o de la falta de signos que los distinguen, les haga hallarse en situación ventajosa respecto a sus adversarios en el momento de preparar y lanzar un ataque. De esta forma, el combatiente puede perder su estatuto tanto cuando no porte abiertamente las armas en situaciones excepcionales previstas en la segunda frase del tercer párrafo del artículo 44 del *Protocolo Adicional I*,

como cuando invoca de manera abusiva esas situaciones excepcionales para abstenerse de llevar un signo distintivo en el combate. Estas situaciones excepcionales son aquellas en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil.

Pudiera parecer que estas situaciones son ante todo las guerras de liberación nacional a que se refiere el artículo 1.4<sup>298</sup>, pero según el texto, lo determinante es la índole de las hostilidades sin que se haga referencia explícita a las guerras de liberación de los territorios ocupados. La interpretación de la cláusula según la cual es *la índole de las hostilidades* lo que determina el alcance de la excepción, sería más fácil si se considera el tipo de combatiente, esto es, el guerrillero, que interviene porque la situación militar no deja más alternativa a una de las partes en conflicto que la guerra de guerrillas, bien porque no hay Fuerzas Armadas comparables a las del adversario y capaces de detener la invasión o impedir la ocupación, o bien ha cesado por completo la resistencia de estas Fuerzas.

La clave de esta disposición parece residir, en efecto, en la referencia a las situaciones en las que un combatiente armado (un combatiente que no esté armado jamás puede perder su estatuto), *no puede distinguirse de la población civil*. Tales situaciones pueden

---

<sup>298</sup> El artículo 1.4 del *Protocolo Adicional I* señala: *Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.*



producirse en el caso de ocupación de un territorio y como consecuencia, por ejemplo, de las medidas de seguridad tomadas por el ocupante en relación con la tenencia de armas por los habitantes del territorio ocupado, pero no se limitan a este aspecto. En realidad, abarca métodos de guerra que tienden a generalizarse, condiciones de combate asimétricas en las que se rompe el equilibrio de las fuerzas en favor de una de las partes, y ello con independencia de que el régimen jurídico de la ocupación se haya admitido o impugnado, reconocido o rehusado. La innovación consiste en incluir a los guerrilleros, que en su vida habitual no se distinguen de la población civil, en el círculo de los combatientes legítimos exigiendo para ello tres datos, que se distingan de la población civil; que lo hagan por el único modo de llevar abiertamente las armas; y que basta que lo hagan durante el enfrentamiento militar y en el despliegue previo.

En este punto, es necesario hacer una matización ya que si examinamos la segunda frase del párrafo tercero del artículo 44 del *Protocolo Adicional I* (que se refiere solo a los casos en los que el combatiente esté *armado*), parece dudoso que la obligación de distinguirse de la población civil por un signo claramente visible en su indumentaria se extienda a los miembros no armados del movimiento de guerrilla, cuya participación en las operaciones militares puede ser más o menos estrecha, pero siempre indirecta. Su papel puede consistir en realizar operaciones de reconocimiento, transmitir informaciones, garantizar las comunicaciones y transmisiones, abastecer a las fuerzas de la guerrilla con armamento y víveres, esconder a los guerrilleros... Por

regla general, no debería abrirse fuego contra esta categoría de combatientes, cuyas actividades pueden indicar su estatuto, a menos que no haya otro medio de neutralizarlos. Pero ni que decir tiene que si se encuentran dentro de los objetivos militares corren los riesgos a que están expuestos estos objetivos y si son sorprendidos en flagrante delito de espionaje se les puede tratar como espías.

La situación creada por el precepto reproducido antes, nos lleva a las siguientes consideraciones: en primer lugar, que los guerrilleros son combatientes irregulares, han de distinguirse de la población civil por el modo expreso de llevar abiertamente las armas y sólo durante el enfrentamiento militar y el tiempo del despliegue previo. El hecho de llevar las armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar significa que el arma debe llevarse abiertamente durante el combate mismo, se libre éste a título ofensivo o defensivo. Este apartado está redactado pensando en acciones ofensivas, en las que el combatiente en cuestión lleva la iniciativa, lo que no ocurre siempre. Puede que el enfrentamiento se lleve a cabo en el transcurso de un repliegue, en cuyo caso el guerrillero debe indiscutiblemente llevar sus armas abiertamente, con mayor razón si está rodeado de civiles que huyen. En una posición defensiva, el arma debe portarse abiertamente cuando los combatientes tienen la intención de abrir fuego. Ello no excluye que se pueda utilizar la emboscada como medio de combate, pero está sometida a las mismas condiciones que se exigen a las tropas de uniforme. En una emboscada es el entorno, natural o artificial, y no el traje de civil, lo que debe

enmascarar al combatiente, y el arma debe llevarse de la misma manera que lo haría, en la misma situación, un soldado del Ejército regular.

La utilización del término *despliegue* por el art. 44.3 del *Protocolo adicional I* puede plantear dudas sobre su alcance tal y como se puso de manifiesto en la propia Conferencia. Unas Delegaciones entendían por tal cualquier movimiento hacia el lugar desde el cual se va a lanzar un ataque, otras lo interpretaban de forma más restrictiva considerando que se trataba únicamente del movimiento final hacia las posiciones de tiro o, incluso, que debía limitarse a las acciones efectuadas sólo en los momentos inmediatamente previos al ataque<sup>299</sup>.

Para quienes sostienen la primera interpretación, debería considerarse que el despliegue comienza cuando la o las personas a quienes se hace referencia hacen un movimiento a partir de un punto de reunión o de cita, con intención de avanzar hacia su objetivo y en esta fase, sea cual fuere el peligro, las armas se deben llevar abiertamente. Es un movimiento táctico ininterrumpido en dirección a un lugar desde el cual se va a lanzar un ataque, movimiento en cuyo transcurso el hecho de no distinguirse de los civiles no puede utilizarse como elemento de sorpresa. La cuestión es de importancia pues no es tan solo un tema de matiz la diferencia entre: a) cualquier *movimiento hacia el lugar desde el cual se va a lanzar un ataque*; b) los simples *preparativos militares que preceden inmediatamente a un ataque*; c) la última fase en la que los *combatientes están ocupando sus posiciones de tiro*; d) los *momentos antes de comenzar las*

---

<sup>299</sup> Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, op. cit.*, p. 1709-14.

hostilidades; y e) el *despliegue inmediatamente antes del ataque*, que coincide con frecuencia con el comienzo efectivo del ataque,

La violación de la presente disposición abre la puerta a las sanciones. Teniendo en cuenta que en este despliegue militar el combatiente sólo está obligado a llevar las armas abiertamente *durante el tiempo que sea visible para el enemigo*, una adecuada interpretación es que el guerrillero sólo debe llevar sus armas abiertamente cuando se halle dentro del campo de visión natural de su contrario, cuando sea visible a simple vista, lo que excluiría a los casos de vigilancia y de observación con medios electrónicos. Esto se justifica por el hecho de que es sobre todo en los casos en que el guerrillero tiene una visión directa cuando puede abrir fuego y cuando su enemigo está realmente amenazado. Es, pues, en ese momento cuando debe quedar perfectamente clara la distinción entre un combatiente armado y un civil inofensivo, si se quiere evitar que las personas civiles se confundan con los combatientes y que el *Protocolo Adicional I* no alcance su objetivo.

Todo ello, claro está, sin olvidar la prevalencia de la presunción a favor de la condición de civil en caso de duda tal como se establece en el artículo 48 del *Protocolo Adicional I*. Sin embargo, hay que reconocer que esta presunción es muchas veces difícilmente aplicable en la práctica en un conflicto armado. Es asimismo la aceptación por los guerrilleros del riesgo de que se les reconozca a partir de ese momento como objetivo militar legítimo, lo que les distingue de los terroristas<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, op. cit., p. 1712.

La exigencia del porte abierto de las armas durante el despliegue militar previo no da una respuesta adecuada a los casos en que el combatiente con traje civil se sirve de un arma cuya eficacia exige que ésta no sea revelada prematuramente, un artilugio diabólico constituido, por ejemplo, por una bomba en una maleta. Pero a este respecto, la situación no es fundamentalmente diferente de la del caso de las minas y las trampas que también usan las Fuerzas Armadas regulares. Lo único que permite entonces que estos combatientes se distingan de la población civil cuando colocan tales dispositivos es que lleven un signo distintivo.

En segundo lugar, siguiendo con el análisis de las diferencias establecidas en el estatuto jurídico de los combatientes regulares y los irregulares, resulta imprescindible incidir en las diferencias que se observan en la distinción individual y visible y que afectan al modo. Los combatientes regulares pueden elegir el que tengan por conveniente, que será generalmente el uso del uniforme, en tanto que los guerrilleros tienen como único modo preciso el de llevar las armas abiertamente. En la situación de distinción, los combatientes regulares habrán de distinguirse en el ataque y en la operación militar preparatoria del ataque, en tanto que los guerrilleros habrán de distinguirse en el enfrentamiento militar y en el tiempo en que sean visibles del despliegue previo.

En definitiva, no parece haber diferencias insalvables entre combatientes regulares e irregulares. En cuanto al modo de distinción, ya hemos visto que las Fuerzas Armadas regulares pueden acabar utilizando

---

sólo el signo visible de portar las armas abiertamente, con lo que pueden coincidir con los guerrilleros, que tienen este único modo de distinción. Igual que se han equiparado los requisitos colectivos de los combatientes regulares y de los irregulares, se han configurado prácticamente de la misma forma los requisitos individuales. Uno de los efectos perjudiciales de esta disposición es que con esta regulación en relación con los guerrilleros se ha desnaturalizado más la distinción clásica y necesaria entre combatientes y civiles (principio de distinción). Se ha protegido a los guerrilleros otorgándoles el estatuto de combatientes legítimos, pero se ha desprotegido a la población civil que hoy se encuentra mucho más expuesta que antes a la violencia del adversario. Y no porque no se la quiera proteger, sino porque ahora puede no distinguirse de los guerrilleros, combatientes legítimos, salvo en los momentos previos al combate y con muchas dificultades.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario esta situación es peligrosa pues para que el mismo pueda ser aplicado en los conflictos armados es siempre necesario que los que llevan armas y las emplean en los combates, acepten y acaten dos principios básicos. En primer lugar, la distinción entre combatientes y no combatientes, debiéndose respetar la doble distinción entre población civil y combatientes, y entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares (artículo 48 del *Protocolo Adicional I*). En segundo lugar, la limitación del uso de la violencia en los conflictos armados (artículo 57 del *Protocolo*

*Adicional I*)<sup>301</sup>. Sin la aceptación y acatamiento de estos dos principios por quienes hacen la guerra, es muy difícil que el Derecho Internacional Humanitario pueda ser aplicado de buena fe y para la protección de los no combatientes. La situación en la que nos encontramos evidencia que la regulación actual es mucho más ambigua y difusa que la anterior a los *Protocolos Adicionales*, lo cual, si bien ha permitido ampliar el concepto de combatiente legítimo, resulta peligroso desde el punto de vista de la protección de la población civil, que, al fin y al cabo, es la que más sufre los conflictos sin tener parte activa en los mismos.

Para finalizar el análisis del párrafo 3 del artículo 44 del *Protocolo Adicional I*, cabe resaltar que existe cierta contradicción entre esta disposición y el artículo 37, párrafo primero, apartado c del *Protocolo Adicional I*<sup>302</sup>. En este último artículo se cita, entre los ejemplos de perfidia, el hecho de *simular el estatuto personal civil, no combatiente*, y en el artículo 44 se prevé que los combatientes no están siempre obligados a revelar su estatuto. Por ello, se insertó en esta última disposición una cláusula de salvaguarda, según la cual *los actos en que concurren las condiciones enunciadas en el presente párrafo no son*

---

<sup>301</sup> Artículo 57. *Precauciones en el ataque. 1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.*

<sup>302</sup> El párrafo 1 de dicho artículo señala que *queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:*

- a) *simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;*
- b) *simular una incapacitación por heridas o enfermedad;*
- c) *simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y*
- d) *simular que se posee un estatuto de protección mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean partes en el conflicto.*

*pérfidos*. De ello se desprende que sí lo son, o pueden serlo, los actos que no corresponden a dichas condiciones, de ahí la primordial importancia que tiene que las Partes en conflicto lleven a cabo una interpretación concordante de las normas precedentes.

Vista la regulación establecida respecto de los combatientes irregulares, cabe concluir que los contratistas privados muy raramente cumplirían los requisitos del artículo 4A (2). Por otra parte, cuando los Estados escogen contratar personal no militar del sector privado para llevar a cabo ciertas tareas, calificar entonces a esas personas de algún modo como un tipo de fuerza paramilitar para los fines del artículo 4A (2) es ilógico<sup>303</sup>. Por otra parte, una interpretación teleológica de este artículo también va en contra de su uso para definir a los empleados de estas empresas como combatientes. Garantizar el estatuto de combatiente a los guardias de seguridad contratados por una Potencia ocupante, tergiversa totalmente el propósito de dicho artículo. Su intención no era permitir la creación y uso de fuerzas militares privadas por las partes de un conflicto, sino permitir movimientos de resistencia y proveerles de un incentivo para cumplir con el Derecho Internacional Humanitario. La misma definición de mercenarios que busca negar el estatuto de combatiente a, precisamente, dichas fuerzas privadas, es otro argumento muy evidente en esta dirección.

---

<sup>303</sup>El Convenio III de Ginebra otorga la oportunidad a los Estados de emplear civiles que acompañen a sus fuerzas (un tipo de externalización) y garantizarles la protección del estatuto de prisionero de guerra pero no otorga a esos individuos el estatuto de combatiente. *Vide* artículo 4A (4) de dicha Convención.



**c. Mercenarios.**

*Grita ¡Devastación! y suelta los perros de la guerra*  
Julio César, acto III.  
W. Shakespeare

Hay pocos términos de los que se abuse más en la actualidad que el de *mercenario*, constituyendo un exceso lingüístico que puede implicar un riesgo para el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados internacionales<sup>304</sup>.

La palabra *mercenario* es de vieja data, proviene del latín *mercenarius* que, a su vez, proviene de *merces*, *-eris*, *pago*<sup>305</sup>, y según la Real Academia de la Lengua Española designa al que *por estipendio sirve en la guerra a un poder extranjero*. Las definiciones doctrinales del mercenario suelen destacar como dato distintivo el móvil que lleva al individuo a prestar servicios a un Ejército y añaden a éste la condición de que los servicios se presten fuera del país de origen. Así, por ejemplo, el profesor Cassese afirma que mercenario es aquel que sirve o actúa solamente por motivos de provecho personal, de modo particular un soldado que se ofrece al servicio de cualquier Ejército que le alquila<sup>306</sup>. Por su parte, Adams los define como individuos u organizaciones que venden sus habilidades militares fuera de su país de origen como

---

<sup>304</sup> Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, op. cit., pág. 1801.

<sup>305</sup> Es de destacar que el término "Soldado" proviene de "Solde" que significa "Paga". En este sentido, cabe resaltar que la diferencia entre soldados de fortuna y soldados de destino se ha reducido con la concepción ocupacional del Ejército y esta reducción de diferencias se ha puesto de manifiesto en la guerra de Irak. Vide O'Neill, B., *Is it mercenary to join military for perks, not war?* Christian Science Monitor, Londres, 01 de junio de 2004.

<sup>306</sup> Cassese, A.: "*Mercenaries: Lawful combatants or war criminals?*" *Seitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* n° 40/I, 1980, pág.2.

aventureros en lugar de como miembros de una fuerza militar nacional reconocida<sup>307</sup>.

En el texto publicado en 1996 por el Estado Mayor del Ejército español sobre “El Derecho de los conflictos armados”, se incluye una descripción más amplia basada en el *Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, de 1977, en la que se alude expresamente a la participación de este personal en las Operaciones de paz<sup>308</sup>. En principio, es necesario aclarar que los móviles que llevan a un individuo a alistarse en una fuerza extranjera pueden ser diversos, así el dinero, el espíritu de lucha, el gusto por la aventura, el escapismo psicológico, los instintos destructores, el *idealismo político*...<sup>309</sup> Por lo que respecta a la motivación, es preciso advertir que no siempre es fácil discernir la motivación determinante en cada caso; pero tal como veremos, el Derecho Internacional Humanitario pone el acento en el afán

---

<sup>307</sup> Adams, T., “The New Mercenaries and the Privatization of Conflict”. US Army War College. *Parameters* 1999, págs. 103-116.

<sup>308</sup> El documento aporta la siguiente descripción: 1.4.b. MERCENARIOS. Son las personas especialmente reclutadas para combatir en un conflicto armado que tomen parte directa en las hostilidades animadas esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a quienes se haya prometido efectivamente una retribución material considerablemente superior a la equivalente a los combatientes de similar rango y función. No se consideran mercenarios los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto, los nacionales de esa parte ni los miembros de una misión oficial de un Estado no parte en un conflicto. Nunca podrán ser considerados mercenarios los que tomen parte en operaciones de paz.

<sup>309</sup> Vide Keegan, J., *A History of Warfare*, 1993, pág. 228. Describe a los mercenarios como profesionales militares que venden sus servicios por dinero u otra compensación como propiedades, ciudadanía, o trato preferencial. Vide también David, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Universidad de Bruselas, 1978, pág. 3.

de lucro para la definición de mercenario<sup>310</sup>, siempre que se den, eso sí, una serie de requisitos adicionales.

De acuerdo con la concepción del moderno Estado nación del sociólogo Max Weber<sup>311</sup>, una característica definitoria del mismo es el monopolio estatal de los medios legítimos de violencia, incluyendo la sanción, control y uso de la fuerza<sup>312</sup>. Una segunda dimensión de la doctrina de la soberanía es que los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos individuales, una función que no pueden pretender llevar a cabo si no gozan del monopolio sobre la violencia<sup>313</sup>. La tercera dimensión y a menudo implícita en la discusión, es la noción de que la violencia del Estado es de algún modo limitada o tiene que responder ante la ciudadanía<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> El motivo intencional del mercenario es la única ocasión en que “el estado mental y los incentivos financieros, como distintos de la función han sido usados para determinar el estatuto desde el punto de vista del Derecho de los Conflictos armados”. *Vide Green, L.C., The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, 1993, pág. 112. Este análisis ignora la evidencia empírica de que en el actual modelo ocupacional de Fuerzas Armadas, la ganancia pecuniaria también sirve como razón principal de los individuos para enrolarse y permanecer en las mismas.

<sup>311</sup> Aunque la formulación moderna de la idea del monopolio estatal de la fuerza es atribuible a este autor, se pueden encontrar manifestaciones anteriores de este principio como la *English Bill of Rights* de 1689 que establece que “la creación o mantenimiento de un ejército permanente en el reino en tiempos de paz, a menos de que sea con el consentimiento del Parlamento, es contrario a la ley”. *English Bill of Rights* (1689), disponible en [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/england.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp).

<sup>312</sup> Max Weber establece el uso de la fuerza como el principal elemento definidor de un Estado: *un Estado es una comunidad humana que (exitosamente) reclama el monopolio del uso legítimo del uso de la fuerza física dentro de un territorio determinado*. Weber, M., *Economía y Sociedad*; FCE; México, 1979, Capítulo “Poder y Dominación”, págs. 126-130. *Vide* también del mismo autor, *Theory of Social and Economic Organization*, New York: Free Press, 1964, pág. 154. Por el contrario, Singer afirma que el monopolio estatal de la fuerza en el ámbito nacional e internacional era una anomalía histórica. Por ello, en el futuro, no deberíamos esperar que la violencia organizada esté localizada únicamente en el ámbito público. Singer, P.W. *Corporate Warriors: The rise of the privatized military industry*, *op. cit.*, pág. 39.

<sup>313</sup> Shaw, M.N. *International Law*, 5ª ed. 2003, 1013.

<sup>314</sup> Samuel Huntington señaló que “mientras todas las profesiones están hasta cierto punto reguladas por el Estado, la profesión militar está monopolizada por el Estado”, Huntington, S.P., *The soldier and the State: The theory and politics of civilian-military relations*, Belknap Press, 1957, pág. 37.

Aunque esta concepción del Estado nación continúa informando y dando apoyo a la mayor parte del debate sobre seguridad internacional, la exclusiva estatal en el terreno militar es, de hecho, una excepción desde el punto de vista histórico<sup>315</sup>. Los mercenarios o soldados de fortuna tienen una larga historia, conociéndose desde la antigüedad<sup>316</sup>, y han existido con diversos matices en todos los tiempos desde mucho antes que los Ejércitos nacionales, nacidos durante la era napoleónica<sup>317</sup>. La incidencia de la provisión de servicios militares es tan antigua como la misma guerra<sup>318</sup>. Los Ejércitos antiguos desde el chino al griego o romano, dependieron en gran medida de fuerzas contratadas, así como también el británico de la época victoriana, las ciudades Estado italianas del período del Renacimiento y la mayor parte de las fuerzas europeas durante la *Guerra de los Treinta años* de 1618 a 1648. Han sido usados por casi todos los antiguos imperios desde los hititas en adelante, incluyendo Mesopotamia, Egipto, Persia, China, Grecia y Roma<sup>319</sup>. De

---

<sup>315</sup> Van Creveld, M., *The rise and decline of the State*, 1 Cambridge University Press, Cambridge 999, págs. 158-61.

<sup>316</sup> El mercenario, bien como única unidad de ataque o como presencia acumulada a tropas autóctonas se remonta, al menos, más de tres mil años. *Vide* Bayarri, I., y Martínez, R., “Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo”, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, J.M Bosch, 2009, pág. 83.

<sup>317</sup> *Vide* Núñez Villaverde, J.A. “Privatización e internacionalización del uso de la fuerza armada: los mercenarios como lacra del marco de seguridad del siglo XXI”, *op. cit.*, y Bayarri, I., Martínez, R.: “Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo”, ambas contribuciones en: *La privatización del uso de la fuerza armada...*, *op. cit.*

<sup>318</sup> Cruz Alli, J., “Desnacionalización y privatización de los Ejércitos”. Boletín del CESEDEN nº 285, Ministerio de Defensa, 2004. Además de un resumen de la evolución de la participación de “mercenarios” en las campañas militares, aporta también varias referencias de interés sobre el tema.

<sup>319</sup> Entre los hallazgos arqueológicos de más antigüedad que evidencian la utilización de los mercenarios están los referentes al reinado del monarca mesopotámico Shulgi de Ur (ca. 2094-2047 a.C.) o los del Faraón Ramsés II (1326-1234 a.C.). Durante la época clásica muchos mercenarios griegos lucharon para el Imperio Persa, por ejemplo Jerjes I, rey de Persia que invadió Grecia en 484 a.C empleó mercenarios griegos. El más recordado es Demarato por su advertencia a Jerjes de no subestimar a los espartanos

todos modos, fue al servicio de los mini Estados de la Italia del Renacimiento donde los mercenarios gozaron de más prominencia. Durante este período (1420-1800) los *Condottieri*<sup>320</sup> servían a cualquiera

---

antes de la batalla de las Termópilas. En Anábasis, Jenofonte relata cómo Ciro el Joven reclutó a un gran Ejército de mercenarios griegos (los “*Diez mil*”) en 401 a.C para arrebatar el trono de Persia a su hermano, Artajerjes II. A pesar de que este Ejército obtuvo la victoria en la batalla de Cunaxa, Ciro murió en la batalla y toda la expedición se encontró perdida. Aislados muy dentro del territorio enemigo, el General espartano Clearco y muchos de los otros Generales griegos fueron asesinados poco más tarde a traición por orden de Artajerjes. Jenofonte desempeñó un papel fundamental al alentar al Ejército griego de los «*Diez mil*» para que marcharan hacia el norte, hacia el Mar Negro, en una lucha épica durante su retirada. Memnón de Rodas (380 a.C. - 333 a.C) fue el Comandante de los mercenarios griegos que luchaban para el rey Persa Darío III cuando Alejandro el Grande de Macedonia invadió Persia en 334 a.C y venció a los persas en la Batalla del Gránico. Alejandro empleaba también a mercenarios griegos durante sus campañas que luchaban directamente para él y no como el resto de las unidades de su Ejército que procedían de las ciudades-estado griegas. También se usaron profusamente durante el Imperio Romano, así Cartago contrató a pastores de las Islas Baleares como lanzadores de honda durante las Guerras Púnicas contra Roma. La amplia mayoría de los militares cartagineses eran mercenarios, a excepción de los altos Oficiales, la Marina y la Guardia de palacio. En los últimos tiempos del Imperio Romano, los Emperadores y los Generales tuvieron cada vez más dificultades para reclutar unidades militares a partir de la ciudadanía por diversas razones como la falta de mano de obra, falta del tiempo necesario para el entrenamiento, carencias materiales e, inevitablemente, consideraciones políticas. Por lo tanto, a finales del siglo IV el Imperio comenzó a contratar bandas completas de bárbaros ya fuera dentro de las legiones o como federaciones autónomas. Los bárbaros fueron romanizados, y los veteranos supervivientes se establecieron en áreas que requerían de repoblaciones. La *Guardia Varangiana* del Imperio Romano del Este, también conocido como Imperio Bizantino, es la unidad más conocida formada por mercenarios bárbaros. Ya en tiempos más modernos se pueden citar las *Compagnies-Franches*; la *Compañía Catalana* integrada por más de 8.000 almogávares al mando de Roger de Flor, Berenguer d’Entença y Bernat de Rocafort, para auxiliar al Imperio bizantino; *Tard-Venus*; los *Landsknechtes*; los *Dragones del Sax*; los *Condottieri*; R. Malatesta; Sforza; Costas Georgiu (“*Coronel Callan*”); Gustavo Grillo; “*Coronel Hoare*”; Rolf Steiner...

<sup>320</sup> Los *Condottieri* no eran otra cosa que grupos independientes de soldados de fortuna o, simplemente, bandas armadas (*Condottas*), en número variable, al servicio temporal del mejor postor, que, en la mayoría de los casos, era un Gobierno. Estos grupos estaban jerarquizados y en ellos se imponía una fuerte disciplina militar, siendo mandados por sus capitanes propios (*Condottieri*). Son una evolución de los cuerpos privados en que se organizaban los mercenarios en el siglo XIV, conocidos como *Compañías Libres* o *Grandes Compañías*. El sistema de los *Condottieri* mantenía compañías permanentes de hombres armados. La lógica detrás de este sistema era simple e incuestionable: la guerra es un tema bárbaro y los ciudadanos de un Estado rico y floreciente preferían contratar extranjeros para luchar por ellos en lugar de tener que interrumpir sus ricas y provechosas vidas. Esto ocurrió a lo largo del período del Renacimiento cuando la civilización en Italia estaba floreciendo pero Italia estaba dividida en varios Estados ricos y cultos. Estos Estados luchaban sus guerras unos contra otros no con ejércitos formados por sus propios ciudadanos, considerado una pérdida impensable de vidas valiosas, sino con ejércitos de mercenarios. *Vide* Smith, E., “The New Condottieri and US Policy: The privatization of Conflict and Its Implications”, *Parameters*, invierno 2002-2003, págs 104 y 105.

que pagase y lo hacían sin sufrir por ello ningún estigma<sup>321</sup>. Aparecieron con el final de la *Guerra de los 100 años* cuando miles de antiguos guerreros que no sabían hacer otra cosa que pelear, comenzaron a alquilarse a los reinos italianos a cambio de un salario. La guerra era un negocio de bárbaros y los ciudadanos de los ricos y florecientes Estados no estaban dispuestos a malgastar su tiempo o sus vidas en el mismo<sup>322</sup>.

Esta actitud fue imitada generalizadamente durante otros 200 años, pero cuando esta fuerza autónoma adquirió su momento álgido, las Cortes europeas se dieron cuenta alarmadas de que debían actuar contra este fenómeno<sup>323</sup>. Fue la aparición del Estado como institución monopolizadora de la violencia, y el desarrollo de su propio Ejército y capacidades burocráticas lo que permitió al Estado controlar más efectivamente la proyección de la violencia desde su propio territorio, y, por tanto, controlar el tema de los mercenarios. Ello significó no solo el incremento de la habilidad del Estado para ejercitar la violencia organizada para suprimir la violencia no estatal más allá de sus fronteras sino también el aumento de su capacidad de control sobre las actividades

---

<sup>321</sup> Santo Tomás Moro en su *Utopía*, abogaba por el uso preferente de mercenarios en lugar de los ciudadanos. Los mercenarios bárbaros empleados por Utopía estaban inspirados en los mercenarios suizos. Moro, T., *Utopía*, Editorial Planeta, 2003, traducción de Joaquim Malafre Gavaldà.

<sup>322</sup> Mockler, A., *The New Mercenaries*, Sidgwick & Jackson London 1985, pág. 7. Los Estados estaban dispuestos a aceptar a los mercenarios porque representaban una forma económica de defender el monopolio de los Estados sobre la violencia contra otros Estados y contra rivales internos, como lo hacen actualmente las empresas militares privadas para los Estados débiles.

<sup>323</sup> Respecto a este tema, Thomson afirma que “el mercenarismo reflejaba (y continua reflejando) la democratización, mercantilización e internacionalización del servicio militar. La efectividad de este sistema se ve afirmada por el hecho de que floreció durante unos cinco siglos y persiste de forma muy atenuada hasta hoy día... (L)a cuestión es por qué se abandonó una práctica tan exitosa. Vide Thomson, J.E., *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns: State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*. Princeton University Press, 1994, pág. 58-59.

de los individuos dentro de sus fronteras<sup>324</sup>. Esto llevó al desarrollo de la tradición occidental del Estado, a través de su monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza, siendo responsable de la provisión de seguridad interna y defensa frente a amenazas externas<sup>325</sup>.

Con el crecimiento del Estado-nación hasta llegar a ser la forma dominante de la organización social, también creció el nacionalismo y la identificación del Estado como foco de lealtad<sup>326</sup>. De esta forma, quedaron imbricados los conceptos y realidades de Patria, Nación y Estado con los Ejércitos que las defienden, conforman y, en cierto modo, representan<sup>327</sup>.

<sup>324</sup> Thomson, J.E. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns, State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, op. cit., pág. 90.

<sup>325</sup> La Declaración de París sobre el Derecho Marítimo de 1856, artículo 1 establece que “el corsarismo está, y permanece, abolido”. Vide [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/de-cparis.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/de-cparis.asp). La Convención de La Haya de 1907 relativa a la Conversión de Barcos Mercantes en Barcos de Guerra, insiste en esta norma. Su artículo 1 estipula que “un barco mercante convertido en un barco de guerra carece de los derechos y deberes pertenecientes a dichos bajeles, a menos sea directamente colocado bajo la autoridad directa, el control inmediato y la responsabilidad del Poder (Ejecutivo) bajo cuya bandera navegue”, vide [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/hague07.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague07.asp). Dado que ningún Estado podía ejercer un control monopolístico efectivo en alta mar, fue en el ámbito marítimo donde surgió uno de los primeros ordenamientos jurídicos internacionales que afectaban a los empresarios militares. Los Estados al principio toleraban a los empresarios privados que usaban la violencia para obtener beneficios en alta mar, siempre que no amenazasen sus intereses, sobre todo en relación con el comercio estable; cuando lo hacían, se los declaraba “piratas” sujetos a la jurisdicción universal de los Estados. Pero, inicialmente, la norma contra la piratería se aplicaba sólo intermitentemente, y, a menudo, los Estados se contentaban meramente con participar en acuerdos de protección naval, por ejemplo, a través de los tributos pagados a los Estados piratas de la Barbaría, una práctica a la que puso fin la primera expedición naval estadounidense a principios del siglo XIX. Sin embargo, a medida que se hicieron más dependientes del comercio marítimo, en particular durante su evolución a la economía política colonial, la hostilidad de los Estados hacia la piratería se acrecentó, y las normas contra los piratas se aplicaron con creciente diligencia. Vide Cockayne, J., “La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, septiembre 2006, pág.17.

<sup>326</sup> Nicolás Maquiavelo argumentaba contra el uso de Ejércitos de mercenarios en su obra maestra “El Príncipe”. Su razonamiento era que la única motivación del mercenario era su paga, por lo que este tipo de soldado no estaría dispuesto a correr el tipo de riesgos que podrían dar la vuelta a una batalla pero que podrían costarle la vida. Creía, lógicamente, que los ciudadanos con un apego real a su nación estarían más motivados para defenderla, lo que les convertiría en mucho mejores soldados. Vide Maquiavelo, N., *El Príncipe*, Edición electrónica de [www.philosophia.cl/](http://www.philosophia.cl/) Escuela de filosofía Universidad Arcis.

<sup>327</sup> Schulze, H., *Estado y nación en Europa*, Crítica, Barcelona, 1997.

Después de que la Revolución Francesa combinase el nacionalismo con el reclutamiento universal y extendiese sus ideales por toda Europa y Occidente, fue considerado correcto que todo hombre luchase por su país y deshonroso que sirviese bajo otra bandera. Así, durante la Guerra de Independencia americana los fundadores de la nueva Nación señalaron el uso de mercenarios extranjeros por parte del rey de Inglaterra como una forma específica de insulto hacia el mismo<sup>328</sup>. La creencia popular de que el servicio mercenario era inmoral e impropio llegó a convertirse en ley moral y su uso a menudo causó agrio resentimiento. Aun así, bajo el Derecho Internacional consuetudinario, los mercenarios fueron tratados de la misma forma que otros combatientes y si eran capturados tenían derecho al tratamiento de prisioneros de guerra.

Ya en el siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, empezaron a surgir empresas militares y de seguridad privada<sup>329</sup>. Pero la figura del mercenario se ve relanzada al ponerse al servicio de restauradores del

---

<sup>328</sup> Se está haciendo referencia al envío en 1775 por parte de Inglaterra a sus colonias americanas de un Ejército que incluía 17.000 mercenarios reclutados principalmente en Hesse (Alemania) para intentar sofocar el alzamiento independentista. *Vide* Mockler, A., *The Mercenaries, op. cit.*, págs. 128-29. De todas formas, hay que tener en cuenta que, en palabras de Parillo "siguiendo la ideología jeffersoniana, los americanos temían la creación de un gran ejército gubernamental permanente como una amenaza para la democracia, y consideraban a las pequeñas firmas mercantes y marinos comerciales que se empleaban en actividades corsarias menos peligrosos para la república que una gran armada, ya que los corsarios infligían la violencia de una forma totalmente descentralizada, eran incapaces estratégicamente de formar o defender un imperio global al estilo europeo, no tenían un interés permanente en la guerra y podían volver a formar parte de la sociedad civil cuando sus servicios ya no eran requeridos". *Vide* Parillo, N., "The De-privatization of American Warfare: How the U.S. Government Used, Regulated, and Ultimately Abandoned Privateering in the Nineteenth Century", *19 Yale J.L. & Human*, pág. 13.

<sup>329</sup> Así cabe señalar como ejemplo destacado la constitución de este tipo de empresas por ex miembros del *Special Air Service* (SAS), cuyo fundador, David Sterling, creó la empresa *WatchGuard International*, una de las primeras y más famosas EMSP, que entrenaba a los mercenarios que trabajarían para salvaguardar los intereses del Foreign Office y también a las Fuerzas Armadas de los Estados del Golfo Pérsico. O'Brien, K.A., "Private Military Companies and African Security 1990-98", *Mercenaries: An African Security Dilemma* 43, Abdel-Fatau Musah y J. Kayode Fayemi eds., 2000, pág. 46.



antiguo poder colonial sobre todo en África. Es en las tierras africanas en el contexto de la descolonización y, más concretamente, con la secesión de los territorios de Katanga, Kasai y Kwilu (1960-1962)<sup>330</sup> cuando el fenómeno del mercenario aparece por primera vez como un problema específico de alcance internacional y, por ello, como una cuestión de Derecho Internacional<sup>331</sup>. No en vano, el profesor Fernández-Flores afirma que su proliferación en el contexto de la descolonización<sup>332</sup>, dio lugar a una preocupación general por el tema y tanto las Naciones Unidas

<sup>330</sup> Al poco tiempo de declarar la independencia de Bélgica, la rica provincia de Katanga intentó la secesión del Congo. Este movimiento secesionista fue apoyado por unos 200 mercenarios extranjeros, mayoritariamente belgas y sudafricanos. La insurgencia fue derrotada por una fuerza combinada de tropas congoleñas y de las Naciones Unidas, pero los mercenarios ganaron notoriedad pues a pesar de su derrota, demostraron su preparación y utilidad. Vide Arnold, G., *Mercenaries: Scourge of the Third World 1*, 1999; Mockler, A., *The Mercenaries* 43, 1969, págs. 194-195.

<sup>331</sup> Entre los mercenarios particularmente notorios que participaron en este contexto se encuentran Mike Hoare, que estuvo en la crisis del Congo a principios de los años sesenta y en el fallido golpe de estado en las Seychelles de 1978; Bob Denard participó en numerosas campañas en diversos países de África, generalmente ofreciendo sus servicios a Francia. Sin embargo su especialidad era la intervención en las Comores. Su última intervención ocurrió en 1995, cuando participó en el golpe de estado fallido y el Gobierno francés intervino para que fuera expulsado. Simon Mann estuvo involucrado con la empresa *Executive Outcomes* en Angola y Sierra Leona. En 2004 fue declarado culpable de intento de compra de armas, presuntamente para dar un golpe de estado en Guinea Ecuatorial, pero fue perdonado por el presidente de este país. Vide [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/3916465.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/3916465.stm) y

<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/13/simon-mann-mercenary-renounces-war>. Vide también Amnistía Internacional, "Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed", AI Index: AFR 24/017/2004, 30 noviembre 2004. Los mercenarios lucharon para Biafra en la Cuarta Brigada de comandos durante la guerra civil nigeriana (1967-1970). Otros mercenarios tuvieron como cometido pilotar aviones para esta facción. En octubre de 1966, por ejemplo, un DC-4M «Argonaut» de la Royal Air Burundi pilotado por un mercenario llamado Heinrich Wartski (también conocido como Henry Wharton), se estrelló en Camerún con suministros militares destinados a Biafra. A mediados de los años setenta, el británico John Banks reclutó mercenarios para luchar a favor del *Frente Nacional de Liberación de Angola (FNLA)* contra el *Movimiento Popular de Liberación de Angola (MPLA)* durante la guerra civil tras conseguir Angola la independencia de Portugal en 1975. Al ser capturado, su papel como líder de los mercenarios hizo que fuera condenado a muerte por fusilamiento. Otros nueve mercenarios fueron encarcelados, y hubo tres ejecuciones más: El estadounidense Daniel Gearhart fue sentenciado a muerte al haberse publicitado en un periódico de Estados Unidos como mercenario; Andrew McKenzie y Costas Georgiu (autodenominado *Coronel Callan*), quienes habían servido en el Ejército británico, fueron sentenciados a muerte por asesinato.

<sup>332</sup> La mayoría de los mercenarios en el período de la Guerra Fría eran individuos o bandas de mercenarios poco organizadas que luchaban en guerras civiles o conflictos localizados. O'Brien, K.A., "Private Military Companies and African Security 1990-98", Op.citada, pág. 46.

como diferentes organismos internacionales y aún la O.U.A. (actual U.A), lo han abordado”<sup>333</sup>.

En el sentido clásico, la definición de mercenario se aplica a actores de los conflictos armados que luchan por un beneficio económico en un conflicto armado extranjero. Estos individuos operaban con poca o ninguna consideración ideológica, política o nacional y se les ha dado en llamar *perros de la guerra*<sup>334</sup>. Fueron definidos por primera vez en el artículo 47 del *Protocolo Adicional I* a las Convenciones de Ginebra<sup>335</sup>, que incluye seis criterios específicos, todos los cuales deben darse simultáneamente para obtener el concepto de mercenario. Debido a su carácter especial, el Derecho relativo a los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario no se ocupa de la legalidad de las actividades de los mercenarios ni establece la responsabilidad por mercenarismo de quienes participan en dichas actividades. En cambio, define su estatuto y sus efectos en caso de captura. Este artículo establece que los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra<sup>336</sup>, entendiéndose por mercenario toda persona:

---

<sup>333</sup> Fernández Flores, J.L.: *Del Derecho de la Guerra*. Ed. Ejército. Servicio del E.M.E. Madrid, 1982, pág. 309.

<sup>334</sup> Frye, Ellen “Private military firms in the new world order: How redefining “mercenary” can tame the “dogs of war”, *op. cit.*

<sup>335</sup> Este artículo fue aprobado por consenso en sesión plenaria, lo cual se refleja en su casi nula aplicabilidad práctica. *Vide* Cassese, A., “Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?”, *op. cit.*, págs. 1-30.

<sup>336</sup> Algunas Delegaciones pretendieron una terminología más radical en el sentido de que a los mercenarios no les sería reconocido el estatuto de prisioneros de guerra (así la propuesta inicial de Nigeria, *Actas XV*, pág. 113, CDDH/III/SR.49, pár. 24), pero, finalmente, se adoptó una solución más neutral. Más aún, la persecución penal a la que el estatuto de mercenario puede llevar incluye la persecución “por actos de violencia que serían legales si fuesen llevados a cabo por un combatiente, en el sentido del Protocolo, y por el solo hecho de haber tomado parte directa en las hostilidades”, pero los autores del *Comentario* no hacen mención a tipo alguno de persecución por el mero hecho de ser un mercenario (*vide par.* 1796). Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (eds.),

- 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 en 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.

En toda esfera del Derecho aplicable a una categoría o grupo de personas, éstas deben ser fácilmente identificables a fin de que los Estados sepan quién puede ser objeto de enjuiciamiento. Se precisa una definición para identificar no sólo a los comprendidos en la categoría de mercenario sino también a los que quedan fuera de ella. Pero cuanto más precisa y compleja sea la definición, más difícil será determinar si alguien cumple sus requisitos. Por lo tanto, la elaboración de una definición viable y equilibrada del mercenario plantea un reto importante. El artículo 47 del *Protocolo Adicional I* es la única disposición internacional casi universal vinculante que contiene una definición de mercenario<sup>337</sup>, aunque es tan solo aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. El Derecho Internacional Humanitario no dice nada sobre la posición de los mercenarios en los conflictos armados no internacionales. Más aún, como

---

*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, op. cit.*, par. 1796.

<sup>337</sup> Hampson, F. J., "Mercenaries: Diagnosis before Prescription", 22 *Neth. Y. B. Int'l L.* 3, 1991, pág. 29, afirma que la fuerza motora detrás de la adopción de este artículo vino del Tercer Mundo y de los Estados socialistas actuando en oposición a Occidente; *vide* Milliard, T.S., "Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies", 176 *Mil. L. Rev.* 1, 2003, págs. 33-34.

el estatuto de prisionero de guerra no existe en dichos conflictos, no tiene sentido decir que alguien no tiene derecho al mismo. En la práctica, esto significa que, en un conflicto armado no internacional, una persona que entraría dentro de la definición de mercenario si se hubiera tratado de un conflicto armado internacional, se encuentra en la misma posición que cualquiera que tome parte en las hostilidades. Tendrá derecho a las protecciones establecidas por el artículo 3 común a las *Convenciones de Ginebra*, en el *Protocolo Adicional II* y en las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario aplicables en los Conflictos armados no internacionales, pero podrá ser juzgado bajo la legislación nacional por el mero hecho de haber tomado parte en las hostilidades<sup>338</sup>.

Un elemento importante para la comprensión y aplicación del artículo 47 del *Protocolo Adicional I* es que ninguno de los requisitos establecidos en los subpárrafos a) – f) es suficiente por sí mismo para calificar a una persona de mercenario, sino que se deben dar los seis requisitos acumulativamente, de forma que ha sido considerado inaplicable<sup>339</sup>. Éste es también uno de los aspectos que ha suscitado las mayores objeciones a la aplicación de dicho artículo, ya que muchos

---

<sup>338</sup> Gillard, E.C., “Business goes to war: private military/security companies and International humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, septiembre 2006, pág.564.

<sup>339</sup> Como dijo un historiador, cualquier mercenario que no sepa ser excluido de esta definición merece ser fusilado y su abogado con él. *Vide Best, G., Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, 1980, pág. 383. El umbral para ser considerado mercenario fue establecido alto de forma intencionada en la *Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional*, que negoció los *Protocolos Adicionales de 1977*, pues varios Estados querían reducir el riesgo de que el artículo pudiera ser usado para denegar el estatuto de combatiente o de prisionero de guerra a combatientes legítimos. *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Ginebra (1974-1977), vol. XV, Comité III Informe, Cuarta Sesión, 17 de marzo a 10 de junio de 1977, CDDH/407/Rev.1, pág. 25.

autores han señalado que estos requisitos son en la práctica muy difíciles de probar y que hacen que sea muy fácil para el mercenario evitar ser clasificado como tal<sup>340</sup>, mientras que el país que ha sido atacado pierde su legítimo derecho a castigarlo y obtener una compensación.

El párrafo 1 castiga al mercenario excluyéndolo de la categoría de combatiente o prisionero de guerra, por su participación en conflictos armados; y el párrafo 2 expone la definición. Es de destacar que los criterios del artículo 47.2 pueden ser divididos en dos partes: la primera parte, (a) a (c), define qué es un mercenario; y la segunda parte, (d) a (f), define qué no es un mercenario. La primera cuestión es si, a causa de su emplazamiento y contenido, este artículo no legisla sobre las actividades mercenarias, sino más bien, sobre los límites en sí mismos desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, para posibilitar y definir el estatuto legal del mercenario si toma parte en un conflicto armado.

Puede parecer que no define legalmente el acto; de ahí los ya mencionados vacíos. Más aún, la definición de mercenario contenida en este artículo desarrolla una lista de requisitos acumulativos y concurrentes que deben existir de cara a determinar quién es un mercenario y quién no<sup>341</sup>. Dada la variedad y complejidad de los conflictos armados de las pasadas tres décadas, en muchas ocasiones el tenor literal de dicha lista no ha sido adecuado para la clasificación de las actividades mercenarias. Para que un sujeto pueda ser calificado como mercenario, se han de dar

---

<sup>340</sup> Milliard, T.S., "Overcoming Post-Colonial Myopia: A call to recognize and regulate Private Military Companies, *op. cit.*, págs. 59-60.

<sup>341</sup> Spear, J., Market Forces: The Political Economy of Private Military Companies, New Security Programme, FAFO Report 531, 2006, págs. 47-48, disponible en <http://www.fafo.no/pub/rapp/531/531.pdf>

de forma acumulativa todas las condiciones establecidas<sup>342</sup>, que son las siguientes:

Haber sido *especialmente reclutado localmente o en el extranjero para combatir en un conflicto armado*. Esta condición excluye a los voluntarios que prestan servicio a título permanente duradero en un Ejército extranjero en virtud de un compromiso puramente individual (Legión extranjera francesa, Tercio español) o de un acuerdo concertado por sus autoridades nacionales (por ejemplo, Gurkhas nepalíes en la India y Reino Unido, Guardia suiza del Vaticano)<sup>343</sup>. Así pues, puede ser considerado como mercenario, en el sentido del presente artículo, a condición de que también se cumplan las demás condiciones antes enumeradas, un sujeto que ha sido reclutado *ex profeso*, localmente o en el extranjero, para tomar parte en un conflicto armado determinado, pero no el que forma regularmente parte de las Fuerzas Armadas de un beligerante, independientemente del conflicto armado en el que tome parte. Pero incluso si una EMSP se ve envuelta en combate en un conflicto armado, no entraría dentro de este punto pues, normalmente, no ha sido contratada para combatir según el tenor literal del mismo.

Pero la característica que principalmente induce a confundirnos proviene de la exigencia de que *tomen parte directa en las hostilidades*. La discusión en torno a qué comportamientos constituyen participación

---

<sup>342</sup> Vide "Comentario de los Protocolos de 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949", *op. cit.*, pár. 1804.

<sup>343</sup> La Guardia Suiza Papal, encargada de la protección del Sumo Pontífice, fue fundada en 1506, siendo la única unidad de este tipo permitida bajo la ley suiza desde 1859, y la última de una larga tradición de mercenarios suizos en los Ejércitos del mundo. Por su parte, las Brigadas de Gurkhas forman parte de las Fuerzas Armadas de Gran Bretaña e India en función de respectivos acuerdos con el Estado de Nepal.

directa en las hostilidades y qué comportamientos no pueden ser considerados como tal es inagotable. Tomar parte directa en el combate requiere tan solo un nexo entre una acción y el daño al enemigo<sup>344</sup>. El problema estriba en que el término *combatir* no está definido en la Convención ni en otros instrumentos de Derecho Internacional, con lo cual se genera el debate de si equivale o no a *tomar parte directa en las hostilidades* que sí es un término reconocido, aunque no claramente articulado, por el Derecho Internacional Humanitario. *Combatir* no es sinónimo de ataque ofensivo en este Derecho<sup>345</sup>, lo que invalida la mayoría de las justificaciones que se han dado respecto al uso de este personal<sup>346</sup>.

Esta condición excluye a los asesores y a los técnicos militares extranjeros que se encuentran actualmente en muchos países, incluso si su presencia está motivada, por lo que les concierne, por la búsqueda de ventajas económicas. El carácter cada vez más perfeccionado de las armas modernas que han proliferado en el mundo entero a un ritmo

---

<sup>344</sup> Vide Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 *op. cit.*, 516, 1679 que establece que “participación directa en las hostilidades implica una relación causal directa entre la actividad llevada a cabo y el daño hecho al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad tiene lugar”.

<sup>345</sup> El Artículo 49(1) del *Protocolo Adicional I* establece que *atacar* significa actos de violencia contra el adversario, tanto en ataque como en defensa.

<sup>346</sup> En este sentido, cabe señalar que el Gobierno de George W. Bush rechazó un informe, negando que los miembros de estas compañías fueran mercenarios: *Las acusaciones de que los guardias de seguridad contratados por Estados Unidos, sean de cualquier nacionalidad, son mercenarios son imprecisas y desvaloran a los hombres y mujeres que arriesgan sus vidas cada día para proteger a la gente y las instalaciones. Los guardias de seguridad que trabajan para los contratistas del Gobierno de Estados Unidos en Irak y en otros lugares, protegen áreas gubernamentales claramente definidas por Estados Unidos (...) y la naturaleza de su trabajo es claramente defensiva*, señala en una declaración entregada en Ginebra por la Misión de este último país en la Organización de Naciones Unidas. Vide Higgins Alexander G., AP. US Rejects UN Mercenary Report. Hay que tener en cuenta que los EEUU no han firmado el *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra*.

acelerado, exige la presencia de estos especialistas para la formación del personal militar y adiestramiento para el correcto mantenimiento de las armas. Mientras estos expertos no tomen parte directa en las hostilidades, no son ni combatientes ni mercenarios, sino civiles que no participan en los combates<sup>347</sup>.

Pero, además, debe *tomar parte en las hostilidades animado esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal, recibir efectivamente el pago o la promesa, por una parte en el conflicto o en nombre de ella, de una retribución material, sustancialmente en exceso, de la pagada a combatientes de grado y funciones similares en las Fuerzas Armadas de esa parte.* Ésta es la clave de la cuestión. Por oposición al voluntario movido por un noble ideal, se considera que el mercenario ofrece sus servicios al mejor postor, ya que son motivaciones esencialmente de carácter material<sup>348</sup>. Pero, puesto que todos los soldados reciben en todos los Ejércitos una remuneración para su manutención y la de sus familias, fue necesario para ser consecuentes, aclarar que esta retribución tenía que ser considerablemente superior a la de los miembros del Ejército.

El problema estriba en que no está claro que todos los mercenarios estén esencialmente motivados por el afán de lucro, pero era la forma más sencilla de diferenciarlo del voluntario internacional desinteresado,

---

<sup>347</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentarios a los Protocolos Adicionales-Derecho Internacional Humanitario.

<sup>348</sup> Orti Pérez, J.M., "La concepción de la guerra y de la milicia en Maquiavelo" en *Boletín de Información* del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) nº 285, Ministerio de Defensa, 2004.



haciendo abstracción de la causa a la que sirve el mercenario e incluso del hecho de que ponga sus aptitudes al servicio de la ilegalidad. Pero también está la cuestión de que mientras lo que más llama la atención son los exorbitantes sueldos pagados en algunos casos respecto a sus contrapartes en las Fuerzas Armadas, también hay muchos casos de pagos a empleados de las EMSP por debajo de lo que se paga a los miembros peor pagados de las Fuerzas Armadas del Estado que los contrató, siendo de todos modos dicho importe mucho mayor del que podrían recibir en su propio Estado de nacionalidad o residencia.

Las propias EMSP arguyen que sus servicios son altamente especializados y profesionales y que, por tanto, la comparación de costes se debería efectuar entre los miembros de las fuerzas especiales y los empleados de estas empresas. Otra cuestión importante es que los Estados no llevan a cabo acuerdos individuales con los empleados de las EMSP, por lo que es muy difícil hacer ninguna comparación sucinta respecto a las tasas de pago entre los contratistas y el personal de las Fuerzas Armadas de ese Estado. El importe lo recibe la EMSP y es la relación privada con todos y cada uno de sus empleados la que determina que sueldo percibirán.

En conclusión, aquellos que cumplan todas condiciones del artículo 47 del *Protocolo Adicional I*, pero que reciban, para una graduación y función similares, un salario similar al de los combatientes del Ejército en el que sirven, no son mercenarios en el sentido del Protocolo, incluso si combaten contra un Estado miembro de las Naciones Unidas en una

guerra de las denominadas de agresión o contra un movimiento de liberación nacional. Pero lo cierto es que, en la práctica, será muy difícil probar que el mercenario recibe una remuneración superior a la abonada a los combatientes que ostentan grado, empleo y funciones similares en las Fuerzas Armadas de esa Parte en el conflicto.

A todo lo dicho debe sumarse el hecho de que *no ha de tratarse de un nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto*. Este aspecto de la definición de mercenario suscita acalorados debates. Los ciudadanos de una Parte en conflicto que combaten a título voluntario en las filas de esa Parte no son mercenarios en el sentido del *Protocolo*, simpaticen o no con la causa a la que sirven<sup>349</sup>. En muchos países, el alistamiento de no residentes, es decir de extranjeros, en las Fuerzas Armadas está explícitamente previsto o es, incluso, obligatorio. Esto, evidentemente, no implica el derecho a obligar a un prisionero de guerra y a una persona protegida por el *Convenio IV* a servir en las Fuerzas Armadas de una potencia enemiga (*Convenio III*, artículo 130; y *Convenio IV*, artículo 147 *infracciones graves*). Pero para los residentes propiamente dichos, se ha evitado el peligro de que sean considerados como mercenarios. Sin embargo, la distinción no es tan clara cuando se trata del empleo de nacionales por Potencias extranjeras o cuando los grupos de oposición reciben

---

<sup>349</sup> Vide Thomson, J.E. *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, *op. cit.*, págs. 29-32. Explica que la nacionalidad no era lo principal para la determinación del servicio en los Ejércitos desde 1600 a 1800, sino las habilidades del soldado independientemente de su origen. El constante movimiento de soldados profesionales a través de las fronteras era evidente en la composición de los Ejércitos estatales, a menudo con entre un 20% y un 60% de efectivos extranjeros.

financiación del extranjero para fines políticos como la desestabilización del Gobierno. La situación se complica aún más cuando un Estado concede la ciudadanía a personas únicamente con el objeto de emplearlas como mercenarios o cuando la persona en cuestión posee legalmente dos o más nacionalidades<sup>350</sup>.

Tampoco ha de ser *miembro de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto*. Se ha dicho, quizás con razón, que esta cláusula hace completamente ilusoria la definición de mercenario. En efecto, basta con que los Estados que los empleen, los alisten en sus Fuerzas Armadas para que pierdan su condición de mercenarios. No obstante, esta disposición no es por eso menos necesaria, ya que numerosos Estados alistan extranjeros en sus Fuerzas Armadas de la manera más reglamentaria del mundo, sin convertirlos en cuerpos constituidos. Pero esas personas no son especialmente reclutadas para tomar parte en un conflicto armado determinado.

Quizás es aquí donde podría residir uno de los elementos de la distinción entre los extranjeros alistados como parte de las tropas *regulares* y los que lo son a título de mercenarios, aunque esta posibilidad esté frecuentemente prevista de manera explícita, dado que todas y cada una de las condiciones enumeradas tienen que cumplirse forzosamente para que la definición responda a las exigencias planteadas. Además, cada Estado sigue siendo dueño de decidir la composición de sus

---

<sup>350</sup> Vide "Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación", *Folleto informativo sobre los derechos humanos* nº 28, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la *Oficina de las Naciones Unidas* en Ginebra, Naciones Unidas, Ginebra, págs. 25-26.

Fuerzas Armadas, siempre que respete el artículo 43 (Fuerzas Armadas)<sup>351</sup>, por lo que basta por sí solo el alistamiento para que no se cumpla la definición.

Por último, *no ha de haber sido enviado en misión oficial por un Estado que no es parte del conflicto, como miembro de sus Fuerzas Armadas*. Un mercenario es un voluntario que, al menos oficialmente, se alista por su propia cuenta y no por cuenta de un tercer Estado. Por lo tanto, queda excluido calificar de mercenarios a los cuerpos de tropas que han sido enviadas, independientemente de los motivos, por determinados países a diferentes partes del mundo, incluso si estuviesen constituidas por voluntarios bien remunerados y destinados, llegado el caso, a tomar parte directa en las hostilidades.

El Derecho Internacional Humanitario no se ocupa de la legalidad de las actividades de los mercenarios ni establece la responsabilidad por el hecho de ser mercenario. Ni las *Convenciones de Ginebra* ni sus *Protocolos Adicionales* obligan a denegar a una persona el estatuto de prisionero de guerra si cumple los requisitos del artículo 47. El hecho de que la Conferencia Diplomática que adoptó el *Protocolo Adicional I*<sup>352</sup> declinase establecer más categóricamente la consecuencia del estatuto de mercenario indica que la calificación como tal no es en sí misma una violación del Derecho Internacional Humanitario. La definición jurídico internacional de mercenario opera en el Derecho Internacional con el fin

---

<sup>351</sup> En el sentido del artículo 43, quien no es miembro de las Fuerzas Armadas no es un combatiente y no tiene derecho a participar directamente en las hostilidades.

<sup>352</sup> Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional, Ginebra (1974-1977).

de desproveerle del derecho al estatuto de prisionero de guerra en el caso de ser capturado. Lo único que hace el *Protocolo Adicional I* de 1977 es darnos las características que debe reunir un individuo para ser considerado mercenario y desproveerle de cualquier garantía jurídica.

En lo que respecta a las Convenciones internacionales posteriores sobre el tema, el *Convenio para la Eliminación del Mercenarismo en África* de la Organización para la Unidad Africana (actual U.A.) de 1972 define como mercenario “cualquier persona que:

- a) es especialmente reclutada, localmente o en el extranjero con el fin de combatir en un conflicto armado;
- b) de hecho tome parte directa en las hostilidades;
- c) está motivada para tomar parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y, de hecho, es prometida por o en nombre de una parte en el conflicto retribución material;
- d) no es ni un nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) no es un miembro de las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto, y
- f) no se envía por un Estado que no sea parte en el conflicto en misión oficial como un miembro de las Fuerzas Armadas de ese Estado.

El *Protocolo Adicional I* a los *Convenios de Ginebra* de 1949 y el Tratado africano difieren en algunos aspectos. En el primero, la promesa de la retribución material debe ser *considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las Fuerzas Armadas del Estado parte*. El Tratado africano, por el contrario, tan sólo se refiere a la promesa de una *retribución material*, independientemente de que sea superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado similar. La segunda diferencia, y es la que hace de este Convenio el tratado internacional que con mayor vigor penaliza la

actividad de los mercenarios, es que tipifica estas acciones como crímenes contra la paz y la seguridad en África, cosa que no ocurre en el *Protocolo Adicional I*. El delito de mercenarismo se comete cuando una persona se alista, inscribe o trata de inscribirse como mercenario; cuando se emplean mercenarios, o de alguna manera se los apoya; y cuando un Estado permite que se lleven a cabo actividades mercenarias en su territorio o en cualquier lugar bajo su control con el objeto de oponerse por la violencia armada a un proceso de libre determinación, estabilidad o integridad territorial de otro Estado<sup>353</sup>. Esta definición, sin embargo, es muy partidista porque no reconoce en absoluto las actividades mercenarias de las que pudieran hacer uso los Gobiernos participantes.

Además de tipificar específicamente el mercenarismo como delito, la *Convención* de la OUA contiene una serie de obligaciones conexas. Los Estados deben adoptar medidas para eliminar las actividades de mercenarios promulgando leyes por las que se castigue el delito de mercenarismo con las penas más severas e intercambiar información sobre las actividades de mercenarios que lleguen a su conocimiento. Los Estados se comprometen a enjuiciar o extraditar a toda persona que haya cometido un delito con arreglo a la Convención, y a prestarse asistencia mutua en relación con las investigaciones y procedimientos que se realicen al respecto del delito. Los Estados pueden ser acusados de incumplimiento de la Convención ante cualquier tribunal competente de la OUA o internacional, y sus representantes pueden ser castigados. Por

---

<sup>353</sup> Artículo 2 del *Convenio para la Eliminación del Mercenarismo en África* de la Organización para la Unidad Africana (actual U.A.), Libreville (Gabón), de 03 de julio de 1977.

último, la *Convención de la OUA* establece que las personas enjuiciadas por el delito de mercenarismo tienen derecho a todas las garantías judiciales normalmente otorgadas por el Estado en cuyo territorio se los juzga.

Por su parte, la *Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de mercenarios*<sup>354</sup>, incorpora la definición del artículo 47 del *Protocolo Adicional I*.

Lo único que hay recogido en Derecho Internacional está diseñado para regular un solo tipo de mercenario, el que actúa de forma individual y sin ningún tipo de afiliación, y que se opone a los intereses de los Estados del África postcolonial, que resulta prácticamente inaplicable<sup>355</sup>. La cuestión se complica con el auge experimentado por las compañías militares y de seguridad privada desde los años noventa, período en el que coincidió la desmovilización militar de las grandes potencias al finalizar la guerra fría, dejando en la calle a miles de profesionales de la guerra bien formados y entrenados por sus Gobiernos; y el triunfo de la economía de mercado globalizada, ofreciendo a muchos Gobiernos neoliberales, como los de EEUU y el Reino Unido, entre otros<sup>356</sup>, la

---

<sup>354</sup> Fue aprobada por la *Resolución 44/34* de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, tras nueve años de debate. Su elaboración fue tarea de un Comité *ad hoc* establecido en virtud de la *Resolución 35/48* de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1980.

<sup>355</sup> La *Resolución 57/196* de 18 de diciembre de 2002 de la Asamblea General solicita al Relator Especial de la entonces Comisión de Derechos Humanos *una definición más clara de mercenario*. Como resultado tenemos el informe del Relator (doc. A/58/115, de 2 de julio de 2003, especialmente párrafos 41 a 62).

<sup>356</sup> Estos dos países son los que tienen más empresas de este tipo, seguidos de Sudáfrica, Francia, Israel, Australia y Canadá. Avant, D., *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, *op. cit.*.

posibilidad de privatizar cada vez más los dos sectores principales del uso de la fuerza, esto es, el del mantenimiento del orden público interno y el sector militar de cara al exterior.

En la actualidad la etiqueta de “mercenario” es aplicada en la mayoría de las ocasiones para expresar desaprobación más que para describir a un individuo que cumple los criterios específicos establecidos por el Derecho Internacional. Se ha sugerido que la preocupación por los Derechos Humanos en este ámbito tiene que ver no tanto con que si un individuo cumple los criterios para ser un mercenario, sino con los temas de responsabilidad corporativa, legislación contractual y responsabilidad penal bajo las leyes de los conflictos armados<sup>357</sup>.

El término *compañías o empresas militares y de seguridad privada* no existe en la legislación internacional actual, salvo un Proyecto de Convención redactado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios, y han sido a veces etiquetadas como *nuevos mercenarios*. No existe una definición estándar de lo que actualmente constituye la industria militar y de seguridad privada<sup>358</sup>. En realidad, las distinciones delimitadas dentro de la industria carecen de un trazado claro del conjunto de servicios ofrecidos, lo que hace muy difícil su definición y clasificación.

---

<sup>357</sup> Clapham, A., “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *International Review of the Red Cross*, Vol 88, nº 863, septiembre 2006, pág. 513.

<sup>358</sup> Incluso, se podría llegar a aducir que la propia palabra “militar”, al entenderse dicho término en oposición a lo “civil”, debería aplicarse únicamente a los Ejércitos regulares nacionales y no hacerse extensivo a empresas privadas, cualquiera que sea su actividad comercial, por las implicaciones éticas y legales que ello conlleva. *Vide* Laborie Iglesias, M.A., “La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos”, *op. cit.*, pág. 83.



El Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios las define, tal como ya se ha visto, de forma amplia como las *empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, formación, provisión y consulta sobre temas de seguridad. Son servicios que abarcan desde el apoyo logístico no armado y los guardias de seguridad armados hasta los servicios propios de las actividades defensivas u ofensivas de carácter militar, y/o relacionadas con la seguridad, particularmente en zonas de conflicto armado y en situaciones posteriores a los conflictos*<sup>359</sup>. Otra definición podría ser la de una empresa privada comercial y legalmente establecida, que se beneficia de ofrecer servicios que involucran el uso “potencial” de fuerza de una manera sistemática y por medios militares, y/o por la transferencia de este potencial a clientes a través del

---

<sup>359</sup> Informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Mercenarios como Medio de Violar los Derechos Humanos y Obstaculizar el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación, A/HRC/10/14, de 21 de enero de 2009, pág. 3. Este Grupo de Trabajo fue establecido en julio de 2005 de conformidad con la Resolución 2005/2, de 7 de abril, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (actual Consejo de Derechos Humanos que depende directamente de la Asamblea General), por un período inicial de tres años. La decisión de poner fin al mandato unipersonal de un Relator Especial sobre el empleo de mercenarios, creado en 1987, y su sustitución por un Grupo de Trabajo, se tomó por 35 votos a favor, 15 en contra y 2 abstenciones, siendo su misión según se establece en el párrafo 12 de esta Resolución: “(a) Elaborar y presentar propuestas concretas sobre nuevas normas posibles, directrices generales o principios básicos que promuevan el aumento de la protección de los Derechos Humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, cuando hacen frente a las amenazas actuales y nuevas que suponen los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos; (b) Recabar opiniones y contribuciones de los Gobiernos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre las cuestiones relativas a su mandato; (c) Vigilar a los mercenarios y las actividades relacionadas con ellos en todas sus formas y manifestaciones y tendencias que están surgiendo con respecto a los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos y sus repercusiones sobre los Derechos Humanos, en particular sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación; (e) Vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional, servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los Derechos Humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los Derechos Humanos por parte de las empresas en sus actividades”. Está formado por cinco expertos independientes, uno de cada grupo regional que actúan *pro bono*. Su mandato fue prorrogado por la Resolución 7/21 del Consejo de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 2008, por otros tres años.

entrenamiento militar diverso y otras actividades como ayuda logística, adquisición de equipo y recolección de inteligencia. Es un potencial porque la mera presencia de una corporación militar privada puede disuadir a agresores de considerar el uso de la fuerza como un medio para lograr sus objetivos. El rol de las compañías militares privadas no necesita siempre involucrar el uso potencial o activo de fuerza, sino que pueden dirigir sus actividades también al incremento de las capacidades militares y de seguridad de sus empleadores<sup>360</sup>.

Estas entidades corporativas ofrecen un amplio abanico de servicios remunerados en escenarios de conflicto que estaban en la mayoría de los casos asumidos por fuerzas militares nacionales. Su propósito es aumentar la capacidad de las fuerzas militares del cliente para funcionar mejor en un conflicto armado o impedir el conflicto tanto como sea posible. Los clientes son predominantemente Gobiernos, aunque en un número creciente de casos, tales servicios son contratados por corporaciones multinacionales y organizaciones no gubernamentales, incluso la ONU. Los servicios que ofrecen comprenden asesoría, consultoría, formación, apoyo logístico servicios de inteligencia y reconocimiento, acciones de desminado, escolta...

La historia de las compañías de seguridad privada *stricto sensu* precede a las operaciones de las compañías militares privadas. Sin embargo, tampoco existe referencia alguna a las mismas en ningún convenio internacional existente. Se parecen a las compañías militares

---

<sup>360</sup> Ortiz, C., Regulando Compañías Militares Privadas: Estados y el creciente negocio de la seguridad privada, en *Global Regulation. Managing Crises After the Imperial Turn*. op. cit. pág. 206.

privadas en que son organizaciones que buscan beneficios ofreciendo servicios profesionales, pero más dirigidas a proporcionar seguridad y protección a individuos y a infraestructuras. Proveen diferentes grados de seguridad a corporaciones multinacionales en el sector extractivo, a Gobiernos, a instituciones de las Naciones Unidas y a otras organizaciones internacionales en regiones de conflicto o inestabilidad. Las actividades varían considerablemente de una compañía a otra, pero incluyen consultoría, formación, protección de infraestructuras, trabajos de escolta y seguridad personal...

A pesar de esta categorización, uno de los aspectos más difíciles al describir esta industria es el hecho de que no hay definiciones universalmente aceptadas ni siquiera de los términos más extensamente usados. Incluso, parece que no existe una simple lista incluyendo todas las compañías que trabajan dentro de los sectores de seguridad privada. Medios de comunicación, organizaciones de Derechos Humanos, académicos, compañías de seguridad e incluso Gobiernos, tienen cada uno sus propias opiniones e ideas respecto de las actividades y actores que constituyen la industria. Numerosas compañías ofrecen servicios que podrían estar situados tanto en las categorías militares como en las de seguridad. Por ello, se podría argumentar que lo único que tienen en común todas estas compañías es que los servicios que ofrecen entran dentro del dominio militar, proveyendo servicios profesionales intrincadamente ligados al fenómeno de la guerra. De todo ello, se deriva la conveniencia de agrupar el aspecto militar y de seguridad bajo un mismo paraguas, usando el término *compañía o empresa militar y de*

*seguridad privada*, evitando una distinción que, en el mejor de los casos, es difusa.

Aunque muchos autores siguen prefiriendo establecer la distinción como hemos visto en función de si sus actividades se concentran en cuestiones de seguridad (prevención del crimen, orden público, seguridad en las cárceles, en los aeropuertos, protección individual...) o en cuestiones militares (logística, asesoramiento y entrenamiento militar, armamento, servicios de inteligencia y espionaje...), muchas de estas empresas proporcionan ambos servicios de forma simultánea. Por otra parte, aun solo prestando servicios de seguridad, en muchas ocasiones, su ejecución en zonas de conflicto hace que se relativice ese carácter<sup>361</sup>.

Las compañías ahora *corporativizan* operaciones, algunas incluso son públicamente contratadas y apoyadas por elaboradas páginas web que detallan el espectro de servicios disponibles, oportunidades de empleo y asociaciones previas. La naturaleza global de la economía de hoy es también evidente en la estructura de estas compañías que establecen vínculos corporativos, compartiendo acciones y cargos, no siempre de una forma clara. Estas compañías, que comenzaron con operaciones de bajo perfil a mediados del siglo XX, han llegado a estar integradas dentro de la estructura empresarial contemporánea, caracterizada por las tendencias actuales de privatización y globalización. Están legalmente constituidas, poseen personalidad jurídica y disponen de recursos humanos importantes, así como de un material eficaz y

---

<sup>361</sup> Por ejemplo, la protección de instalaciones o personas en un conflicto armado que pueden ser considerados objetivos militares legítimos.

mandos experimentados que provienen de la élite de las más prestigiosas instituciones militares. Al igual que las empresas transnacionales, las empresas militares y de seguridad privada tienen gran facilidad para desplazarse de un Estado a otro cuando consideran que las normas que un Gobierno les impone son demasiado estrictas. Pueden establecer *holdings*<sup>362</sup> o sucursales en otros países u operar a través de compañías subsidiarias. Asimismo, para evitar pagar impuestos o que les congelen los bienes, se instalan a menudo en paraísos fiscales. Obviamente, su objetivo primordial es la maximización de beneficios en las actividades para las que son contratadas<sup>363</sup>.

A diferencia de los mercenarios, las EMSP no están expresamente cubiertas por el Derecho Internacional Humanitario, y sus miembros pueden ser calificados bien como civiles bien como combatientes durante los conflictos armados internacionales<sup>364</sup>. Su estatuto bajo el Derecho Internacional Humanitario dependerá de varios factores, incluyendo sus

---

<sup>362</sup> Muchas de estas empresas forman parte de *holdings* del transporte, de las comunicaciones o de la asesoría económica que les permiten participar en servicios más amplios. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, A/52/492, 1997.

<sup>363</sup> Es indiscutible que la lealtad hacia el propio país, la ciudadanía y la obediencia de las leyes de los Estados son las importantes justificaciones para la moral de los soldados así como la autoridad legal para defender su nación y matar en su nombre cuando las circunstancias así lo demanden. Es esta moral fundamental y la autoridad legal lo que a menudo falta en la empresa militar motivada por la obtención de beneficios. En este sentido, Giddy, P., "Character and Professionalism in the Context of Developing Countries – the Example of Mercenaries" 4 *Ethique et Économique/Ethics and Economics* 13, 2006.

<sup>364</sup> "En primer lugar es la persona que pertenece a las Fuerzas Armadas de una parte del conflicto quien tiene el estatuto primario de combatiente. Esta asignación a un órgano constituye la autorización para llevar a cabo actos armados causantes de daños. Un simple contrato entre un individuo y una parte del conflicto (luchando a cambio de dinero) no es suficiente. Por tanto, la regla en cuanto a los mercenarios no significa una excepción sino que representa una consecuencia lógica de la ley: una persona que no es miembro de las Fuerzas Armadas no es tampoco (con la excepción de la *levée en masse*) un combatiente". *Vide Ipsen, K., "Combatants and Non-Combatants", op. cit.,* pág. 69.

funciones y la naturaleza de su relación formal con una parte en el conflicto armado.

A primera vista, la mayoría de contratistas privados son claramente civiles, proveyendo servicios de seguridad para instituciones civiles y gubernamentales e involucrados en los esfuerzos de reconstrucción postconflicto. La yuxtaposición de funciones entre los contratistas civiles y las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto, supone el riesgo eliminación de la distinción entre combatientes y civiles durante las hostilidades, con éstos últimos otra vez en peligro. No habiendo o una referencia específica en los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario a las EMSP, su calificación en los conflictos armados internacionales tiene que ser decidida caso por caso. Dependerá en gran medida de las funciones que provean y las relaciones contractuales con las Fuerzas Armadas de una de las partes en el conflicto.

Si un Estado considera a una EMSP como parte de sus Fuerzas Armadas, debería llevar a cabo los pasos necesarios para clarificar esta circunstancia, por ejemplo notificándolo a las otras partes en el conflicto, como está obligado a hacer en relación con los grupos paramilitares o agencias de aplicación de la ley que están incorporados a sus Fuerzas Armadas (*Protocolo Adicional I*, artículo 43(3)). Si no hay una integración clara en las Fuerzas Armadas, cualquier afirmación tiene que ser pragmática con la debida consideración a la naturaleza de sus operaciones, su cercanía a las actividades militares esenciales, la

existencia de cadenas de mando, el hecho de llevar uniformes reconocibles...

No es suficiente que la EMSP afirme que llevó a cabo una acción defensiva al ser atacado. El Derecho Internacional Humanitario no establece una línea entre acción ofensiva o defensiva, estipulando en el artículo 49(1) del *Protocolo Adicional I* que “ataques” significa actos de violencia contra el adversario, ya sean ofensivos o defensivos. Consecuentemente, a menos que los empleados de EMSP sean inconfundiblemente combatientes, no tienen derecho legalmente para tomar parte en las hostilidades y pueden ser perseguidos bajo la legislación nacional aplicable por haberlo hecho. Más aún, si son capturados por las fuerzas enemigas, no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra.

BORRADOR



**PARTE SEGUNDA**

**LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS  
MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS**

BORRADOR

## CAPÍTULO 4.

### MARCO JURÍDICO ACTUAL.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar después de todo lo analizado que no hay regla alguna de Derecho Internacional que prohíba el despliegue de EMSP o la privatización de tareas y servicios militares, siempre y cuando el personal empleado no sean mercenarios. Los esfuerzos nacionales para regular este sector de negocio son iniciales. De todos modos, dado el hecho de que muchas de estas compañías operan en el extranjero, ya sea directamente o a través de corporaciones subsidiarias, y, a menudo, bajo contrato con otros Gobiernos, la regulación nacional puede no ser suficiente.

Se han llevado a cabo varios intentos para clarificar el marco jurídico actual aplicable a las empresas militares y de seguridad privada y se han recomendado formas de organizar la legislación tanto a nivel estatal como regional e internacional<sup>365</sup>. La mayoría de los analistas están de acuerdo en que, en su mayor parte, la industria se autorregula o bien está sometida únicamente a las reglas del mercado. Muchos países no

---

<sup>365</sup> Vide Holmqvist, C., "Private Security companies: The Case for Regulations", Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) Policy Paper Nº 9, Estocolmo, enero 2005, Schreier, F., y Caparini, M., "Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies". *op. cit.*, Singer, P.W. "The Private Military Industry and Iraq: What have we Learned and Where to Next?", Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Ginebra, nov. 2004, Chesterman, S. y Lehnardt, C., *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Oxford University Press, 2007.

tienen regulación alguna y en los que la hay, su utilidad es discutible. En la vertiente de las recetas, el espectro de regulación propuesta va desde una prohibición absoluta hasta una falta total de regulación estatal, en la que cualquier control sería dejado al mercado o a la propia industria, por ejemplo a través de la promulgación de principios voluntarios y códigos de conducta.

Los intentos actuales de llevar a cabo la regulación de la industria del sector tienden a ser informativos y unidimensionales. La mayor parte se centra exclusivamente en el actor, actividad, o marco legal prevalente. El objetivo del marco normativo debería ser la promoción del desarrollo de regulaciones que sean coherentes con las normas internacionales, coordinadas y efectivas. No hay una única regulación que tenga la solución, sino mecanismos y políticas que se complementen adecuadamente para cambiar el comportamiento individual, corporativo y estatal. La limitación aquí se encuentra en la creencia de que los Estados tienen un deseo claro y definido de regular adecuadamente este tema y que los conceptos aplicables están más o menos bien definidos, lo cual no es correcto en ninguno de los dos casos. Como ya se ha visto, no hay una terminología estandarizada o una categorización del rango de actores ni de los servicios provistos por la industria militar privada, lo que complica en gran medida los esfuerzos para la regulación de la misma. Los Gobiernos tienen pocas obligaciones formales o incentivos para arrojar luz sobre las actividades de estas empresas bajo su jurisdicción o contratadas por los mismos.

En el campo legal, se plantean tres problemas respecto a las EMSP: falta de claridad sobre la aplicabilidad de la regulación internacional existente; incapacidad para aplicar el Derecho internacional y nacional existente incluso cuando está clara su aplicabilidad, y la insuficiencia de la legislación existente incluso cuando es aplicable y aplicada. Es decir, hay problemas de aplicabilidad, imposición de su cumplimiento y simple abandono regulatorio. Todo esto se traduce en que la industria actúa en la actualidad bajo pocos requisitos operativos.

La repulsión normativa hacia los mercenarios ha sido un obstáculo para sacar adelante regulación sobre la industria militar y de seguridad privada. El debate sobre si apoyar u oponerse a la privatización de las funciones militares y de seguridad, se reduce a los diferentes puntos de vista sobre el “adecuado” papel del Estado en la defensa de sus intereses y en la provisión de seguridad a sus ciudadanos. Los defensores de regímenes reguladores potentes respecto de las EMSP, tienden a pensar que, por razones de legitimidad y responsabilidad, la provisión de servicios militares debería conferirse en exclusiva al Estado y, en ciertas circunstancias, a Organizaciones Internacionales como la ONU o la OTAN. En cambio, los que proponen el mantenimiento del *statu quo* (que comprende el *outsourcing* junto con la inexistencia o relativamente débiles regímenes reguladores) tienen más fe en el poder del mercado para la mejora de los servicios y para la imposición de límites<sup>366</sup>.

---

<sup>366</sup> Jennings, K.M., “Armed Services: Regulating the Private Military Industry”, *op. cit.*

## 2. REGULACIÓN INTERNACIONAL

A nivel internacional existe regulación teóricamente capaz de castigar, al menos, los peores excesos de estas compañías que participan en los conflictos armados. También es verdad que más allá de estos casos no hay mucha regulación efectiva en los niveles internacional y regional. Esto es básicamente atribuible a la falta de una definición efectiva de lo que está siendo regulado, así como a la falta de voluntad política de los Estados para impulsar este tema<sup>367</sup>. Ciertamente, no está claro hasta qué punto la definición y prohibición de los mercenarios es de alguna ayuda en la creación de respuestas reguladoras respecto de los actores corporativos de la industria militar privada.

### a. Regulación por las Naciones Unidas

En este tema, el factor común de las múltiples *Resoluciones* de las Naciones Unidas<sup>368</sup> referentes a la descolonización es que la práctica de

<sup>367</sup> Perlo-Freeman, S. y Skons, E., "The Private Military Services Industry", Op.citada. Los Estados han utilizado el Derecho Internacional para limitar, controlar y cooptar (pero no erradicar) las empresas militares, y para subordinarlas y alinearlas con el sistema del Estado. Los Estados nunca han optado por prohibir la actividad comercial per se, como lo han hecho con otros tipos de violencia privadamente organizada (como la piratería y ciertos tipos de terrorismo). En cambio, negociaron un complejo conjunto de normas voluntarias que aseguran que los empresarios no eludan por completo el control del sistema estatal. *Vide* Cockayne, J., "La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario", *op. cit.*, págs.16-17.

<sup>368</sup> Las *Resoluciones* de la Asamblea General no tienen fuerza vinculante pero son aprobadas por los Estados Miembros mediante votación por lo que representan las opiniones de la Comunidad Internacional. También se considera que constituyen pruebas convincentes de la práctica, lo que contribuye a la formación del Derecho consuetudinario. *Vide* "Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación", *Folleto informativo sobre los derechos humanos* nº 28, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Naciones Unidas, Ginebra, pág. 15.

utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional -en su natural vertiente anticolonial- es un acto criminal y, por ende, los mercenarios son unos criminales fuera de la ley. Es precisamente el empleo de mercenarios en este contexto colonial, en la lucha de los pueblos para ejercer su derecho a disponer de sí mismos, contra estos movimientos liberatorios, lo que hace ilícito su uso, llegando incluso a acarrear responsabilidad internacional el reclutamiento y utilización de mercenarios si es uno de los modos a través de los cuales se manifiesta el sostenimiento por la fuerza de una dominación colonial. Dicha práctica es además incompatible con la *Carta de las Naciones Unidas* y la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*<sup>369</sup>, constituyendo un acto de agresión.

Si bien el recurso al mercenario es *per se* condenable cuando constituya una amenaza a las luchas contra el colonialismo y el *apartheid*, las distintas *Resoluciones* de la ONU y de la OUA (actual U.A.) con motivo de los sucesos del Congo no condenaban formalmente al mercenario sino que se limitaban, *tout court*, a solicitar a los Estados que impidiesen el reclutamiento en sus territorios. Esta situación cambia con la *Resolución 2465*, de 20 de diciembre de 1968, en la que se condena frontalmente el mercenarismo, calificando su uso contra movimientos liberatorios como un acto criminal. La célebre *Resolución 2625*, de 24 de octubre de 1970, en su párrafo 8º del Principio I (los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza) proclama *el deber que tiene todo Estado de abstenerse de organizar o fomentar la*

---

<sup>369</sup> *Resolución 1514 (XV)*, de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

*organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado.* La conocida *Resolución 3103*, de 12 de diciembre, de la Asamblea General, sólo condena el mercenarismo en la medida en que sea utilizado por Gobiernos colonialistas y racistas contra movimientos de liberación nacional, en cuyo caso es un acto criminal y los mercenarios deben ser castigados como criminales. La *Resolución 3314*, de 14 de diciembre, define la agresión en su artículo 3, apto. g) caracterizándola como el envío de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para llevar a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado y la *Resolución 31/146*, de 20 de diciembre de 1976, relativa a Namibia, se decanta en este sentido. La *Resolución 37/233*, de 20 de diciembre de 1982, en sus aptos. a) y b), tras señalar que los intentos de Sudáfrica por anexionarse Walvis Bay son *ilegales, nulos y sin validez* y después de condenar *el sistemático saqueo de las riquezas naturales del territorio*, hace un llamamiento para que se adopten medidas para evitar el reclutamiento, entrenamiento y tránsito de mercenarios para la prestación de servicios en Namibia.

La *Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, para intentar dar más fuerza al artículo 47 del *Protocolo Adicional I*, exige a los Estados Parte la criminalización del mismo acto de ser mercenario. Desafortunadamente, esta Convención es también considerada inefectiva, adoleciendo de las mismas deficiencias de construcción legal por sus lagunas y ambigüedades que su inspiración en el *Protocolo Adicional I*. Sufre



también el boicot por parte de los Estados occidentales, entre los cuales están aquellos que son sede de la mayor parte de la industria del sector.

Más aún, esta industria objeta al uso del término *mercenarios* en referencia a su personal debido a las connotaciones negativas del mismo. Esto tiene una especial significación pues, aunque parezca sorprendente, es la propia industria uno de los sectores que más enfáticamente reclama una regulación efectiva y aplicable, incluso más que los Estados<sup>370</sup>. Cabe resaltar que esta *Convención* ha introducido algunas innovaciones significativas en la aproximación reguladora a los actores armados no estatales, tal como la criminalización en el artículo 2 del acto de reclutamiento, uso, financiación o entrenamiento de estos guerreros privados. Se pone el énfasis en aquellas entidades que alquilan, o aquellos clientes que usan actores armados no estatales, resaltando su función y responsabilidades en el traslado de EMSP a áreas de conflicto armado e inestabilidad.

El propio Relator Especial de las Naciones Unidas para la cuestión del mercenarismo señaló que la actual legislación internacional relativa a la utilización de mercenarios no resulta aplicable en la mayoría de los casos a las actividades de las empresas militares privadas. Para que las actividades inadecuadas de estas empresas no se añadan a las violaciones de los Derechos Humanos y puedan depurarse las responsabilidades adecuadas por los actos ilícitos cometidos, es

---

<sup>370</sup> Esto fue evidente en el encuentro de la *Iniciativa Suiza* en Montreux en septiembre de 2008, donde la industria militar y de seguridad privada reclamó acciones concretas para hacer efectivos los principios y obligaciones contenidos en la *Iniciativa*. En comparación, la reticencia de los Estados fue obvia.

necesario elaborar normas específicas, hoy por hoy inexistentes en la mayoría de los contextos. Sería deseable que la Comisión (actual Consejo) de Derechos Humanos de las Naciones Unidas trabajase en pro de la prohibición de determinadas actividades delimitadas de los mercenarios y que, al mismo tiempo, impulsase la reglamentación de la prestación de otros servicios militares y de seguridad por órganos privados, dados los retos excepcionales que éstos presentan para la protección de los Derechos Humanos.

También existe un cuerpo de Derecho Internacional vinculante que no está necesariamente plasmado por escrito, el *Derecho Internacional consuetudinario*. Se define como Derecho vinculante creado por la práctica de los Estados (actos físicos y verbales de los Estados y de sus agentes) llevada a cabo con la convicción de que dicha práctica es requerida por la legislación vigente<sup>371</sup>. Dicha práctica estatal debería ser extensiva y representativa del comportamiento del Estado. Este Derecho y los tratados tienen idéntico peso y cualquier vacío en los acuerdos internacionales puede ser salvado mediante el recurso al mismo. El *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* ha publicado un extenso estudio de este Derecho aplicable a los conflictos armados, que enumera reglas que considera vinculantes como una cuestión de Derecho consuetudinario. Se incluyen varias que podrían ser aplicables a las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, como la

---

<sup>371</sup> Vide Hudson, M.O. 2 Y.B. *Int'l. Comm'n* 24, 26 U.N. Doc. A/CN.4/Ser.a/1950/Add.1., de 6 de junio de 1957, que describe el Derecho Internacional Consuetudinario como una práctica continua en las relaciones internacionales de un conjunto de Estados a lo largo del tiempo, con la aquiescencia de otros Estados, y la convicción general de que la práctica es acorde con otra legislación internacional.

prohibición de *actos o amenazas de violencia cuyo propósito principal sea expandir el terror entre la población civil* (Regla 2) y el requisito de que se *deben tomar todas las precauciones posibles para evitar, o al menos minimizar, la pérdida incidental de vidas de civiles, herir a civiles y dañar posesiones civiles* (Regla 15)<sup>372</sup>.

Dadas las insuficiencias del marco jurídico internacional relativo al mercenarismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el año 2000 una *Resolución* en la que recomienda, entre otras cuestiones, que la *Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* convocase reuniones de expertos para estudiar y actualizar la legislación internacional en vigor y proponer una definición jurídica clara que permitiese prevenir y reprimir con mayor eficacia las actividades de los mercenarios<sup>373</sup>. En todo caso, es necesario que se adopte un enfoque muy abierto con el fin de tener en cuenta las manifestaciones del mercenarismo en todas sus formas<sup>374</sup>.

El problema de los mercenarios se planteó por primera vez ante los órganos de las Naciones Unidas en 1961, en relación con la secesión del territorio de Katanga del Congo<sup>375</sup>. Posteriormente, en 1964 el propio

---

<sup>372</sup> Vide Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Rules, ICRC y Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

<sup>373</sup> E/CN.4/2000/NGO/148, de 22 de marzo de 2000.

<sup>374</sup> La situación provocada durante la ocupación de Irak en 2003 muestra la dificultad de definir lo que es un mercenario. Mientras los Estados Unidos gobernaron el país, ningún ciudadano estadounidense que trabajara como guardia armado podía ser considerado mercenario porque eran nacionales de una de las Partes en conflicto (artículo 47.d del *Protocolo Adicional I*). Cuando se transfirió el poder al Gobierno interino iraquí, se podía argumentar que, a menos que declararan a estas personas como residentes en Irak, al no ser residentes ni nacionales de un territorio parte en el conflicto, podrían ser consideradas mercenarios.

<sup>375</sup> *Resoluciones* del Consejo de Seguridad 161 A, de 21 de febrero de 1961, 169, de 24 de noviembre de 1961 y, de la Asamblea General, 1599 (XV), de 15 de abril de 1961, en las que se pedía la retirada de los mercenarios del Congo.

Gobierno congoleño contrató mercenarios para reprimir una insurrección. Cuando se les intimó más tarde a deponer las armas, la mayoría se negó, rebelándose contra el Gobierno (1967). Este último apeló entonces al *Consejo de Seguridad*, así como a la *Organización para la Unidad Africana* (O.U.A., actual U.A.). El *Consejo de Seguridad*<sup>376</sup> y la *Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA* solicitaron a los Estados que impidieran el reclutamiento de mercenarios en su territorio con miras a derrocar el gobierno de Estados extranjeros. Este desafortunado episodio tuvo su epílogo en Ruanda, donde se habían refugiado finalmente los mercenarios, que fueron repatriados con la asistencia del *CICR* a cambio de su compromiso de no regresar jamás y bajo ninguna circunstancia al continente africano<sup>377</sup>.

Desde entonces, no existe prácticamente conflicto armado donde no se haya señalado de una u otra manera la presencia de mercenarios. Y sin embargo, ya en 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas tomó una clara posición afirmando que *la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional y de independencia es un acto criminalmente punible y que los propios mercenarios son criminales*.<sup>378</sup> En 1977, el *Consejo de Seguridad* aprobó por consenso de nuevo una *Resolución* que condena el reclutamiento de mercenarios y la

---

<sup>376</sup> *Resoluciones* del Consejo de Seguridad 239, de 10 de julio de 1967 y 241, de 15 de noviembre de 1967.

<sup>377</sup> *Vide* Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, *op. cit.*, p. 1789.

<sup>378</sup> *Resolución* de la Asamblea General 2465 (XXIII), de 20 de diciembre de 1968, confirmada, en particular, por las *Resoluciones* 2548 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, 2708 (XXV), de 14 de diciembre de 1970, 3103 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973 y 33/24, de 29 de noviembre de 1978.

indulgencia con éstos para *derrocar los Gobiernos de Estados miembros de las Naciones Unidas*.<sup>379</sup>

Por otra parte, el 4 de diciembre de 1989 se aprobó en las Naciones Unidas la *Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, que entró en vigor el 20 de octubre de 2001. Actualmente, son parte 32 Estados entre los que no se encuentran ni las grandes Potencias ni España<sup>380</sup>. Contiene una definición amplia sobre qué es un *mercenario*, pero no se regulan de forma adecuada las variadas actividades de las empresas militares y de seguridad privada. El cumplimiento simultáneo de las condiciones de este Convenio en la actualidad es tan complicado que, paradójicamente, ha facilitado la labor de las empresas del sector que han conseguido no ser objeto de persecución y quedar en una especie de limbo jurídico. Además, los tratados internacionales centran la definición en la idea de que el individuo haya sido especialmente reclutado para actuar en un determinado conflicto armado. Sin embargo, estas compañías reclutan empleados para largos períodos o se trata de contratos no vinculados a un conflicto en especial. Esta Convención no tuvo nunca la intención de abarcar todos los tipos de mercenarios y menos a las EMSP, sino que provee una definición restrictiva enfocada a un pequeño grupo de los llamados “verdaderos” o “tradicionales” mercenarios: individuos sin filiación alguna que están preparados para

---

<sup>379</sup> *Resolución* 405 de 14 de abril de 1977.

<sup>380</sup> Dicha Convención fue adoptada y abierta a firma y ratificación por *Resolución* de la Asamblea General 44/34, de 04 de diciembre de 1989. Su tardía entrada en vigor el 20 de octubre de 2001, se produjo en virtud de lo establecido en el artículo 19 de la misma, según el cual era necesaria la ratificación por 22 países.

luchar en guerras, hacer caer Gobiernos o cometer ciertos actos terroristas por dinero.

## **b. Las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional**

### **I**

Las *Convenciones de Ginebra* de 1949, aplicables en todo el mundo gracias a su carácter universal<sup>381</sup>, dependen respecto a su aplicación a las empresas del sector de dos factores, esto es, que exista un conflicto armado y se produzca su participación directa en las hostilidades. Este segundo factor es el más elusivo, fluido y relativamente indefinido. Se considera de forma generalizada que las empresas privadas son civiles y que, por tanto, no deberían participar en las hostilidades<sup>382</sup>. En la práctica, estos actores privados se han enzarzado en comportamientos que parecen cruzar el límite, tales como la prestación de servicios de protección de objetivos militares, o participar en operaciones de combate. Cuando actúan así violan el *principio de*

---

<sup>381</sup> No en vano han sido ratificadas por 194 Estados. Pese a ello, también existen disposiciones del *Protocolo Adicional I* que revisten este carácter universal al ser consideradas Derecho Internacional General. Así, por ejemplo, el estudio del *Comité Internacional de la Cruz Roja* sobre el Derecho consuetudinario ha determinado que el artículo 47 del *Protocolo Adicional I* forma parte del Derecho Internacional consuetudinario. Vide Henckaerts, J.-M y Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law*, *op. cit.*, Regla 108. El estudio sobre el Derecho consuetudinario incorpora por referencia la definición efectuada por este artículo. De todos modos, es de destacar que los Estados Unidos, que no son signatarios de este *Protocolo*, rechazaron la noción de que este artículo se haya convertido en Derecho consuetudinario. Milliard, T.S., "Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to recognize and regulate Private Military Companies", *op. cit.*, pág. 37.

<sup>382</sup> Un civil, esto es, alguien que no tiene el estatuto de combatiente, que toma parte en las hostilidades militares es un combatiente ilegal. Annexstad, W.J., "The Detention and Prosecution of Insurgents and Other Non-Traditional Combatants", *Army Law*, Julio de 2007, pág. 72.

*distinción* bajo el Derecho de Ginebra que, en contraste con la mayoría de las convenciones internacionales, es aplicable a los agentes no estatales.

Actualmente, los mercenarios sólo representan una parte de la amplia categoría de voluntarios internacionales que están definidos como individuos cuya participación personal voluntaria en una fuerza armada incluye algunos elementos foráneos. Lo que distingue, en principio, al mercenario del voluntario internacional es la causa, el móvil por el que va a alistarse aunque éste no es siempre fácil de determinar. En el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*, se hace del espíritu de lucro el elemento determinante de la calificación de mercenario<sup>383</sup>, cuando se cumplen las demás condiciones de la definición<sup>384</sup>. Durante la Conferencia Diplomática para la elaboración de este *Protocolo*, algunos países se mostraron contrarios a la definición de mercenario que realiza<sup>385</sup>. En respuesta al

<sup>383</sup> Como señala Green, el motivo intencional del mercenario es la única ocasión en que “los alicientes financieros y el estado mental, como diferentes de la función, han sido usados para determinar el estatuto desde el punto de vista de la legislación del conflicto armado”. Vide Green, L.C., “*The Contemporary Law of Armed Conflict*, Op.citada, pág. 67.

<sup>384</sup> Este artículo establece que:

“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 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 en 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.

<sup>385</sup> Países como Afganistán, Camerún, Mauritania, Nigeria y Zaire (mayoritariamente africanos) se mostraron contrarios a la definición del *Protocolo Adicional I*. Los Países Bajos no aceptaron la idea de la *motivación* y el conjunto de ideas que vienen después

fenómeno creciente de Gobiernos estatales que contratan mercenarios para sofocar movimientos de liberación nacional, regula esta figura en el artículo 47, privándoles del estatuto de combatiente o prisionero de guerra si son capturados por fuerzas enemigas. Pero parece ser que las *Convenciones de Ginebra* y su *Protocolo Adicional I* no obligan a denegar este estatuto sino que el texto del artículo 47.1 puede ser interpretado como que las personas que cumplan los requisitos para su calificación como mercenarios no pueden reclamar dicho estatuto pero se pueden beneficiar del mismo si la Potencia detentora decide concedérselo; o bien otra interpretación podría ser que prohíbe a la Potencia detentora garantizar a los mismos este estatuto. Las consecuencias de no beneficiarse de la inmunidad del combatiente pueden ser graves pues un individuo puede afrontar un juicio y condena por asesinato si ha matado a un combatiente mientras participaba en las hostilidades. Así, la pérdida de la protección normalmente ofrecida por el Derecho Internacional Humanitario puede desanimar de forma indirecta a muchos de ponerse en una situación tan vulnerable, pero éste Derecho no regula *per se* esta categoría de personas.

La base fundamental del *Protocolo Adicional I* es que los seis requisitos deben ser satisfechos de forma simultánea para que se dé la calificación de mercenario, siendo suficiente que falte uno solo para que no sea posible. Otras limitaciones significativas del artículo 47, incluyen la falta de una definición del concepto de mercenario generalmente

---

en dicho párrafo. *Vide* Henckaerts, J.M., y Doswald-Beck, L., "Customary International Humanitarian Law", *op. cit.*, pág. 392.



aceptable y operativa para su aplicación en los conflictos modernos; el estrecho punto de vista del estatuto de los individuos que llevan a cabo la acción, en oposición al punto de vista más amplio del acto de intervención directa en un conflicto armado como combatiente; y la falta de cualquier diferenciación básica entre EMSP que llevan a cabo operaciones de tipo militar y los mercenarios tradicionales.

No basta con que un conflicto armado sea de carácter internacional para que, automáticamente, se aplique todo el acervo estatutario de prisionero de guerra, sino que es necesario que se cumplan ciertos requisitos. En cuanto a los mercenarios, el estatuto jurídico-humanitario viene determinado en lo referente al conflicto armado internacional, por los artículos 1 y 2 del *Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestre anejo al Convenio IV* de la Haya de 18 de octubre de 1907; por el artículo 4 del *Convenio III* de Ginebra de 1949<sup>386</sup> y también será aplicable la *cláusula Martens*<sup>387</sup> y el artículo 75 del *Protocolo Adicional I* de 1977 (Garantías fundamentales)<sup>388</sup>.

Por otro lado, es necesario resaltar que, tal como se ha señalado, el artículo 47 forma parte del *Protocolo Adicional I*, el cual tan sólo se refiere a los conflictos armados internacionales y que excluye los

---

<sup>386</sup> B.O.E. de 5 de septiembre de 1952. Instrumento de ratificación depositado en Berna el 4 de agosto de 1952, B.O.E. nº 249.

<sup>387</sup> Dice así esta cláusula: *en virtud de los principios del derecho de gentes tales y como resultan de los establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*. Se encuentra recogida en los artículos 63 *in fine* del *Convenio I*; en el 62 *in fine* del *II*; en el 142 *in fine* del *III*; y el 158 del *IV*, reafirmando en el párrafo 2º del artículo 1 del *Protocolo Adicional I*.

<sup>388</sup> Artículo 75 del *Protocolo Adicional I* de 1977. Este artículo establece varias garantías fundamentales para las personas en situaciones de conflicto armado internacional, incluyendo la ocupación, que no se benefician de una protección más favorable bajo las *Convenciones de Ginebra* o el *Protocolo Adicional I*. Estos derechos incluyen prohibiciones respecto del asesinato, tortura y otras formas de maltrato así como unas garantías procesales mínimas.

conflictos armados de carácter no internacional. El *Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* no hace mención alguna ni a los mercenarios ni a las EMSP.

En el marco de los conflictos armados internos, es decir, que no revisten un carácter internacional, intervienen el artículo 3 común a los *Convenios de Ginebra* de 1949<sup>389</sup>, así como los artículos 4 a 6 del *Protocolo Adicional II* que constituyen el Título II y cuya rúbrica es *Trato Humano*. En última instancia, también entraría en juego la *cláusula Martens* recogida en el último párrafo del Preámbulo del *Protocolo Adicional II*. El artículo 3 común es aplicable en “el caso de conflicto armado de carácter no internacional que tenga lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes...”. Sin embargo, la reticencia de los Gobiernos para reconocer su cumplimiento es una constante<sup>390</sup>. Los Estados son compelidos a ser generosos por la afirmación de que la “aplicación de lo...estipulado no afectará al estatuto legal de las Partes en conflicto”. El artículo 3(1) establece que las personas que no tomen parte activa en las hostilidades deben ser tratadas de “forma humanitaria”. Es preciso poner de relieve que incluso si estas estipulaciones son

---

<sup>389</sup> Cuando el Artículo 3 Común fue incorporado a las *Convenciones de Ginebra* de 1949, esto esencialmente trajo los conflictos no internacionales dentro del ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

<sup>390</sup> Rubin, A.P., “The status of rebels under the Geneva Conventions of 1949” 21 ICLQ 472, 1972; Moir, L., “the Law of Internal Armed Conflict”, 43 *Harvard International Law Journal* 231, CUP Cambridge 2002, pág. 67.

observadas, el artículo 3 no prohíbe tratar a los empleados de las EMSP como criminales merecedores de castigo<sup>391</sup>.

Este artículo ha tenido un impacto mucho mayor del esperado originariamente, resultando equivalente a una “Convención en miniatura”. El *Protocolo Adicional II* intenta desarrollar y complementar sus protecciones, pero es un instrumento limitado porque los “conflictos armados internos...son vistos primero y por encima de todo como una cuestión del Estado en cuyo territorio se desarrolla un conflicto determinado”<sup>392</sup>. Esta delicadeza se refleja en su artículo 3 que expresamente reafirma la soberanía, unidad nacional e integridad territorial y desautoriza cualquier reclamación por otros Estados para intervenir en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos del Estado afectado.

Sujeta a estas limitaciones, su aplicabilidad es establecida en el artículo 1, en el que se hace expresa mención al elemento de control del territorio y que el nivel requerido del conflicto armado tiene que ser mayor que un conflicto aislado o esporádico, pues puede haber conflictos que entren dentro del ámbito del artículo 3 que no alcancen la intensidad y resistencia requeridos por el *Protocolo Adicional II*<sup>393</sup>. Éste además tan

---

<sup>391</sup> Bond, J.E., “Application of the Law of War to internal conflicts” (1973) 3, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 345, págs. 373-4.

<sup>392</sup> Kalshoven, F., “Reaffirmation and development of International humanitarian law applicable in armed conflicts”, 8 *Netherlands Yearbook of International Law* 107, 1977, pág. 109.

<sup>393</sup> Cassese, A. “The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol in Non-International Armed Conflicts”, 30 *ICLQ* 416, 1981, pág. 418. El artículo 3 común requería para su aplicación, en el caso de los conflictos armados no internacionales, que el conflicto surgiera dentro del territorio de un Estado, que hubiera un conflicto armado y que pudiera identificarse a las partes contendientes (conflictos armados que no son de naturaleza interna y conflictos internos que no son armados). De esta suerte, parece que

solo puede ser aplicado en conflictos entre fuerzas oficiales y no oficiales, no en conflictos entre facciones no oficiales opuestas. Puede ser visto como una provisión de directrices humanitarias útiles sobre el trato humano en relación con los modos y objetivos de ataque (artículo 4), condiciones de detención (artículo 5) y procesamiento y castigo (artículo 6). Pero en la práctica y dado que muchos Estados no lo han ratificado, su impacto global es muy desalentador<sup>394</sup>.

En conclusión, las reglas del Derecho de los Conflictos Armados afectan solo a las autoridades gubernamentales nacionales o a fuerzas insurgentes de entidad considerable, organizadas y sostenidas, que sean claramente reconocidas y capaces de actuar de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, e incluso en esos casos el efecto es tan solo por concesión<sup>395</sup>. Los problemas afectan, en primer lugar, al ámbito y aplicabilidad, con muchas situaciones en las que las EMSP son operativas que probablemente sean tratadas como cuestiones completamente internas sin alcanzar el nivel de Derecho Internacional y con áreas grises relativas al estatuto de aquellos que proveen servicios de apoyo y no de combate. En segundo lugar, las políticas plasmadas en el

---

el Protocolo II ofrece un concepto menos amplio que el que se establece en el artículo 3 común, que coincide con el concepto de guerra civil, así lógicamente éste parece que sería de aplicación a todo tipo de conflicto interno, en tanto que el Protocolo II lo hace exclusivamente a los que el mismo define de forma más restringida. *Vide* Pérez de Francisco, E., *Lecciones de derecho humanitario bélico*, *op. cit.*, pág.213.

<sup>394</sup> En un conflicto armado interno los que han tomado parte en las hostilidades contra el Gobierno establecido y caen en su poder serán acusados y juzgados por los graves delitos tipificados en los códigos penales y de justicia militar, pudiendo ser condenados a altas penas de privación de libertad, o incluso a la pena de muerte. Su régimen es muy próximo o simplemente idéntico a los presos de derecho común. *Vide* Mangas Martín, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, págs. 93 a 95.

<sup>395</sup> Hoffman, M.H., "Emerging combatants, war crimes and the future of international humanitarian law", *34 Crime, Law & Social Change* 99, 2000, pág. 104.

Derecho Internacional Humanitario a veces empujan en dirección opuesta, con la exclusión de los mercenarios por el artículo 47 del *Protocolo Adicional I* lo cual no casa con la política más general de fomento del cumplimiento con el espíritu del Derecho Internacional Humanitario por todas las partes<sup>396</sup>.

El texto de la *Convención internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios* de la ONU contiene una importante variante: *un mercenario no es en ningún caso un combatiente legítimo y **no tendrá derecho** a ser considerado prisionero de guerra*<sup>397</sup>. Pero esta disposición no establece que no se reconocerá el estatuto de combatiente a los mercenarios sino que no tendrán derecho al mismo, y, si al igual que se establece en el artículo 46 para los espías, se permite a una parte en el *Protocolo* denegar a un mercenario el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, no la obliga a ello, independientemente de la causa a la que sirva el mercenario. La denegación del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra tiene por efecto, en caso de captura, no solamente privarle del trato debido al prisionero de guerra según lo estipulado en el *Convenio III*, sino hacerlo susceptible también de diligencias penales. Éstas pueden llevarse a cabo tanto por actos de violencia que serían lícitos si los realizaran combatientes según establece el *Protocolo Adicional I*, o por el mero hecho de haber tomado parte directa en las hostilidades (párrafo segundo, apartado b). Sin embargo, normalmente no se emprenderán

---

<sup>396</sup> Kwakwa, E., "The current status of mercenaries in the law of armed conflict", 14 *Hastings International & Comparative Law Review* 67, 1990, pág 69.

<sup>397</sup> El subrayado es propio.

acciones judiciales contra el interesado por su condición de mercenario sino por haber atentado contra la seguridad del Estado<sup>398</sup>.

Privado del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, un mercenario es un civil que podría entrar en el ámbito del artículo 5 del *Convenio IV*, que retira precisamente una parte importante de sus garantías a toda persona de la que se objetó la sospecha legítima de llevar a cabo una actividad perjudicial para la seguridad del Estado. Pero hasta que un tribunal competente haya determinado el estatuto de que goza, se presume que es prisionero de guerra y, por consiguiente, está protegido por el *Convenio III*. Si el tribunal llega a la conclusión de que el interesado es un mercenario en el sentido del párrafo 2º del artículo 47, se aplica el artículo 75 relativo a las garantías fundamentales y siguen estando garantizados los derechos de comunicación, incluso en territorio ocupado, no obstante las disposiciones del artículo 5 del *Convenio IV* (artículo 45, párrafo 3, del *Protocolo Adicional I*<sup>399</sup>).

El actual artículo 75 del *Protocolo Adicional I*, uno de los más importantes de este cuerpo legal, establece las normas mínimas del trato humanitario que debe otorgarse a las personas que no tienen derecho a un trato más favorable en virtud de los *Convenios* o del *Protocolo*. Fue objeto de trece enmiendas formales y muchas más propuestas oficiosas.

---

<sup>398</sup> Por ejemplo, en 1971, en Jartún, Rolf Steiner, de nacionalidad alemana, que había ayudado a la rebelión sudanesa, aunque había sido considerado como mercenario, fue juzgado y condenado por otras razones relacionadas con la seguridad del Estado.

<sup>399</sup> El artículo 45.3 señala que *la persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el Convenio IV, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del presente Protocolo. Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio.*

Este precepto nada dice respecto de su aplicación a los mercenarios pero el sentir general es que recibirían las normas mínimas de trato de las personas que, de conformidad con los *Convenios* y el *Protocolo*, no tengan derecho a un trato más favorable.

Así pues, no ofrece ninguna duda la rotunda negativa a que los mercenarios gocen del estatuto privilegiado del combatiente o de prisionero de guerra, pese a lo cual es defendible en términos jurídico-humanitarios la presunción de que el régimen mínimo de protección humanitaria del artículo 75 del *Protocolo Adicional I* (garantías fundamentales) cubre también a los mercenarios dada la vigencia absoluta de este precepto, no cabiendo en el marco del mismo diferentes acepciones de personas<sup>400</sup>.

### **c. Problemas derivados de la regulación internacional existente sobre los mercenarios**

El principal problema que se plantea en la actualidad respecto de esta categoría de actores de los conflictos armados se ha de incardinar en la mutación del carácter de sus actividades que deja la actual legislación totalmente desfasada. Ciertamente, a lo largo de los años ochenta y hasta bien entrados los años noventa, ha habido conflictos armados que han afectado a la vida, la seguridad y el derecho a la autodeterminación de los pueblos. En varios de estos conflictos la participación de personas con

---

<sup>400</sup> En este sentido, *vide* la declaración interpretativa efectuada por los Países Bajos al depositar el Instrumento de adhesión al *Protocolo Adicional I*, según la cual, dicho Estado entiende aplicables a los mercenarios los artículos 45 y 75 del mismo.

una nacionalidad diferente de la de los países en conflicto fue puesta de manifiesto bajo condiciones similares a las indicadas en el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*.

Para la verificación de las alegaciones realizadas acerca de la presencia de mercenarios en conflictos armados, el antiguo Relator Especial de la *Comisión* (actual *Consejo*) de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estudió la variedad de casos y formas de la actividad mercenaria con detalle<sup>401</sup>. La redacción de la *Resolución* en que se basaba el mandato del Relator Especial sobre los mercenarios se refiere claramente a este problema en la forma que se manifestó en el África postcolonial y a la función precisa que desempeñaron los mercenarios en esa época. Como consecuencia, la cuestión se aborda en el punto 5 del programa de la *Comisión* (actual *Consejo*), *El derecho de los pueblos a la libre determinación y su aplicación a los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera o a ocupación extranjera*. Esta interpretación tan estrecha de la cuestión limitó notablemente la utilidad del mandato y, lo

---

<sup>401</sup> Vide en este punto el Informe de las Naciones Unidas llevado a cabo por el Sr. E. Bernales Ballesteros, Relator Especial en la cuestión del uso de mercenarios. Fuente: UN doc. E/cn.4/1997/24, febrero, 1997. *Comisión de Derechos Humanos*. La figura del Relator estuvo en vigor desde 1989 hasta 2005, año en que fue sustituido por un Grupo de Trabajo en virtud de lo dispuesto en la *Resolución 2005/2*. La seriedad de múltiples de las alegaciones obligó en su momento al Relator Especial a llevar a cabo varias misiones *in situ*. Como indicó en los informes sometidos a la Asamblea General y la *Comisión* (actual *Consejo*) de Derechos Humanos, muchas de las alegaciones fueron confirmadas. La información fue conseguida de las autoridades, familiares de las víctimas, Organizaciones no Gubernamentales, investigaciones llevadas a cabo por agencias especializadas, de la prensa, mediante el estudio de documentación judicial relativa a la existencia de organizaciones dedicadas de forma abierta al reclutamiento de soldados de fortuna... La evidencia fue que los conflictos armados acaecidos en regiones tan dispares como África del Sur, América Central y Yugoslavia tenían, no obstante, una característica común, la existencia de contingentes de mercenarios asociados con los más negros episodios de dichos conflictos.



que es más, significó que las dimensiones contemporáneas, posiblemente las más frecuentes del problema, no estuvieran comprendidas en el mismo. Por ello, fue necesario suplir esta deficiencia advertida en la respuesta de las Naciones Unidas a la cuestión de los mercenarios revisando el mandato del posterior Grupo de Trabajo y ampliando su alcance con el fin de incluir a las EMSP.

El asunto de la actividad mercenaria tiene tantas ramificaciones hoy en día que la atención debe centrarse en la cuestión de la nacionalidad que parece ser el requisito más desfasado en relación con la realidad actual. Ha sido considerada como el medio de diferenciación y el factor determinante (aparte del ánimo de lucro) de cara a decidir si un acto que impida el disfrute de los Derechos Humanos y de la autodeterminación de un pueblo es un acto mercenario. De hecho, una potencia extranjera puede valerse de nacionales de otro país para causar serio daño a ese país o a su Gobierno<sup>402</sup>. En ese caso, las reglas del Derecho Internacional como hoy las conocemos no permitirían definir ese acto como mercenario, incluso si hubiese evidencia de reclutamiento y pago. El hecho debería ser perseguido como un delito tipificado por las leyes penales internas del país en cuestión. Sin embargo, si el Derecho Internacional existente es demasiado rígido, inadecuado y lleno de

---

<sup>402</sup> ¿Cuál es el estatuto de un extranjero que entra en un país y adquiere la nacionalidad del mismo, tratándose de un mercenario al servicio de un tercer Estado o de la otra parte en un conflicto armado? ¿Cuál es el estatuto de un no residente nacional que es pagado por un tercer Estado para llevar a cabo actividades criminales contra su propio país de origen? ¿Y qué ocurre en el caso de doble nacionalidad, una de las cuales es la del Estado contra el cual está actuando, si está siendo pagado por el Estado de su otra nacionalidad o por un tercer país? ¿Cuáles son los límites del *lus Sanguinis* en un conflicto armado cuando es invocado por personas que son pagadas y enviadas a luchar en un conflicto armado doméstico o internacional que tiene lugar en el país de sus ascendientes?

lagunas para el propósito de definir los actos mercenarios, sería incorrecto invocar las reglas existentes como justificación de actos y comportamientos que constituyan violaciones de los Derechos Humanos o de la soberanía estatal.

No hay que obviar la necesidad de clarificar, refinar y ampliar las reglas del Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, relativas a la actividad mercenaria. Pero debería establecerse como principio que, en esencia, el propósito de dichas reglas es condenar como acto mercenario la contratación y ofrecimiento de servicios criminales para interferir en el disfrute de los Derechos Humanos, la soberanía o autodeterminación de los pueblos. Es un factor agravante si los nacionales de un Estado son contratados por otro Estado con el propósito de interferir en los asuntos del primero. Dichos nacionales no serían estrictamente considerados como mercenarios pero, respecto a aquellos que los han reclutado, el propósito de usarlos como tales, es objetivamente indudable.

Las actividades ilegales en las que la nacionalidad es usada para enmascarar su naturaleza mercenaria por una Potencia que recluta, prepara y paga a un individuo para la comisión de un acto ilegal contra otro país, deberían ser analizadas y debatidas con el propósito de revisar las actuales previsiones en la materia. La Asamblea General, del mismo modo que otros órganos de Naciones Unidas tales como el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos (actual Consejo), han condenado repetidamente las actividades mercenarias. En

este sentido, Estados Miembros han condenado dichas actividades y varios países tienen leyes nacionales que califican el uso de mercenarios como un acto ilegal.

De todas formas, se debe añadir que la persistencia de dichos actos, el alcance y variedad de las formas en que se llevan a cabo, las intrigas y operaciones encubiertas contratadas por servicios de inteligencia, el reclutamiento de mercenarios para actos de terrorismo y el empleo de nacionales de un país por terceros Estados para dañar a dicho país convirtiendo, en la práctica, en mercenarios a dichos nacionales, prueba que la comunidad internacional y los pueblos del mundo están inadecuadamente protegidos contra los diferentes usos de mercenarios. Por todo ello, sería conveniente revisar los textos legales existentes y encontrar criterios que refuercen la observancia de los Derechos Humanos, la soberanía estatal y la autodeterminación de los pueblos.

En este punto, la cuestión a plantear es cómo puede hacer frente la legislación internacional a los cambios en la prestación de actividades militares privadas. Si atendemos a situaciones que ponen en peligro el disfrute de los Derechos Humanos y autodeterminación y que engloban actos tales como comportamiento criminal, pago, participación en un conflicto armado o en un ataque terrorista en nombre de un tercer país, aquellos que afectan a la comunidad internacional de forma inevitable; es raro que no haya mercenarios implicados. En dichos casos, los actos deben ser calificados como ilegales y castigados.

El antiguo Relator Especial sobre el uso de mercenarios ratificó su punto de vista ante la Comisión de Derechos Humanos (actual Consejo) manteniendo que no importa cómo son usados o qué forma adoptan para adquirir una apariencia de legitimidad. En todo caso, las actividades mercenarias son una amenaza para la autodeterminación de los pueblos y un obstáculo para el disfrute de los Derechos Humanos por los ciudadanos que han de sufrir su presencia<sup>403</sup>. Los instrumentos legales internacionales que sirven como marco para la consideración de la cuestión son imperfectos y contienen lagunas, indeterminaciones, defectos técnicos y términos obsoletos que permiten realizar diferentes interpretaciones para evitar que personas que son de hecho “mercenarios” sean clasificadas como tales. Son herramientas imperfectas para tratar con este tema. Hay dificultades en la aplicación del artículo 47 del *Protocolo Adicional I* a varios casos de actividades mercenarias, no estando dichas actividades calificadas como un delito por el Derecho penal interno de muchos países.

En su Informe, el Relator Especial los caracterizaba como desconectados políticamente de las sociedades dentro de las cuales son introducidos por los Gobiernos. Esto los convierte en instrumentos para la opresión, usados para violar los Derechos Humanos e impedir el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación. Afirmaba también que las iniciativas mercenarias llevadas a cabo por empresas privadas registradas en un tercer país eran un riesgo para la soberanía nacional. El

---

<sup>403</sup> Informe de las Naciones Unidas llevado a cabo por el Sr. Enrique Bernales Ballesteros, antiguo Relator Especial en la cuestión del uso de mercenarios. *op. cit.*.

Informe también señalaba la influencia económica que a veces ganaba la corporación propietaria de la empresa mercenaria. *Una vez se ha conseguido un alto grado de seguridad, la firma, aparentemente, comienza a explotar las concesiones que ha recibido, a través de una serie de asociados y filiales que llevan a cabo actividades diversas como transporte aéreo, construcción de carreteras, importación y exportación... adquiriendo una presencia significativa, si no hegemónica, en la vida económica del país en el cual está operando.*

A pesar de todo ello, ha habido poco éxito en la creación de legislación internacional para la prevención de la existencia de mercenarios, y puede que sea imposible. Jeffrey L. Herbst ha señalado algunos de los problemas para actuar contra tales empresas, incluyendo su bajo arraigo territorial y la falta de empleados permanentes. Tal como afirma, no existe ninguna razón que las obligue a tener su base de operaciones en algún sitio en particular<sup>404</sup>. En contradicción con su aparente ineffectividad, las iniciativas legales para proscribir la actividad mercenaria no son banales. Si alguna de esas iniciativas tuviese éxito, una buena parte de la actividad de seguridad devendría ilegal y los individuos y grupos que persistiesen en su actividad podrían fácilmente tener la consideración de fuera de la ley. Su posición sería incluso peor que la de los terroristas ya que éstos pueden alegar, y a menudo

---

<sup>404</sup> Jeffrey L. Herbst es Catedrático de Ciencias Políticas y Asuntos Internacionales de la Universidad de Princeton y está especializado en desarrollo político africano, economía política internacional y política económica de las naciones en desarrollo. Herbst, J., "The Regulation of Private Security Forces". En Greg Mills y John Stremlau eds., *The Privatization of Security in Africa*. Preparado por la Conferencia sobre la privatización de la Seguridad en África, llevada a cabo por el *Instituto de Asuntos Internacionales de Sudáfrica*, Pretoria, 1999.

reclaman, al menos algún tipo de justificación política para sus acciones. Parte del problema para la obtención de leyes y tratados en contra de los mercenarios es el hecho de que ninguna de las grandes Potencias ha mostrado un serio interés en su promoción. Si las corporaciones privadas obtienen algo parecido al grado de poder e influencia predichos por algunos analistas, esas Potencias estarían más interesadas en la implementación de restricciones legales. Otra parte del problema es el hecho de que no todas las empresas del sector son iguales sino que algunas como *MPRI* son, de hecho, extensiones de sus Gobiernos nacionales.

Finalmente, incluso una normativa que permita a estos contratistas solo defender objetos civiles va contra el hecho de que el concepto de *objetivo militar* no es estático en el Derecho Humanitario, no existiendo una lista de objetivos militares<sup>405</sup>. Casi cualquier objeto puede convertirse en un objetivo militar bajo ciertas circunstancias en función de su naturaleza, localización, propósito o uso<sup>406</sup>, cambiando potencialmente el rol del personal que protege dicho objeto si se enfrenta a los atacantes. El *Comentario del CICR* define la *participación directa en las hostilidades* como *actos de guerra que por su naturaleza o propósito pueden causar daño efectivo al personal y equipamiento de las Fuerzas Armadas enemigas*<sup>407</sup>. Advierte que *debería haber una distinción clara entre la*

---

<sup>405</sup> Sassòli, M. y Cameron, L., "The protection of civilian objects: Current state of the law and issues de lege ferenda", en N. Ronzitti y G. Venturini (eds.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, eleven international publishing, Utrecht, 2006, págs. 35-74.

<sup>406</sup> *Protocolo Adicional I*, art. 52.

<sup>407</sup> *Comentario CICR*, pár. 1944, sobre el *Protocolo Adicional I*, Artículo 51.3. Aunque el *Comentario* en dos ocasiones usa la expresión "Fuerzas Armadas", es improbable que esto fuera concebido como un factor limitativo de lo que constituye participación directa.

*participación directa en las hostilidades y la participación en el esfuerzo de guerra.* No se pueden considerar como *participación directa en las hostilidades* todas las actividades de apoyo de las EMSP pues se correría el riesgo de eliminar la protección de no combatiente de muchos civiles que trabajen en industrias de Defensa. Las actividades logísticas y de apoyo llevadas a cabo por civiles no entran dentro de ese supuesto y en ese mismo sentido respecto a las EMSP.

Los empleados de las empresas militares de apoyo tendrían derecho a la condición de prisionero de guerra si han sido autorizados a llevar a cabo sus actividades por las fuerzas a las que acompañan. Esta extensión de la condición de prisionero de guerra fue provista por el *Convenio III de Ginebra*. Sin embargo, estas personas no son combatientes y no tienen derecho a participar en las hostilidades. Esta conclusión es evidente si leemos el artículo 50 del *Protocolo Adicional I* y el artículo 4 del *Convenio III de Ginebra*. El primero define a los civiles como aquellas personas no descritas en el artículo 4A (1), (2), (3) y (6) del *Convenio III*. Consecuentemente, *a sensu contrario*, las personas listadas en el artículo 4A (4) (personal de apoyo logístico que acompaña a las Fuerzas Armadas) deben ser civiles, y, puesto que el artículo 43 del

---

Bajo esta interpretación, un civil que atacase objetivos no militares como plantas de energía o incluso a otros civiles, no se consideraría que está participando directamente en las hostilidades. Ya que estas actividades entran claramente dentro del ámbito de la participación directa en las hostilidades, no es concebible que los autores del *Comentario* intentasen excluirlas. En su lugar, es probable que la expresión "Fuerzas Armadas" fuese insertada porque los citados autores estaban centrados en los grupos de resistencia que estarían luchando con tácticas de guerrilla contra una fuerza ocupante. *Vide* Ridlon, D.P., "Contractors or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq", Op.citada, pág. 233. En relación con los conflictos armados de carácter no internacional, el *Comentario* describe el concepto de tomar parte directa en las hostilidades como implicando "una relación causal suficiente entre el acto de participación y sus consecuencias inmediatas", *Comentario*, pág. 4787.

*Protocolo Adicional I* especifica que solo los combatientes tienen el derecho a participar en las hostilidades, se debe concluir que los empleados civiles de apoyo logístico no tienen dicho derecho. Más aún, el *Comentario* sobre el artículo 43 establece claramente que *todos los miembros de las fuerzas armadas son combatientes, y solo los miembros de las fuerzas armadas son combatientes*. Pero si personal de las EMSP está llevando a cabo dichas actividades puramente logísticas, por ejemplo provisión de alimentación, en una base, instalación que es sin duda alguna un objetivo militar legítimo y ésta es atacada y ese personal lucha para defender dicha instalación, puede significar que están participando directamente en las hostilidades.

El artículo 49.1 del *Protocolo Adicional I* establece que *ataque significa actos de violencia contra el adversario, tanto en ataque como en defensa*<sup>408</sup>. La falta de distinción entre ataques *ofensivos* y *defensivos* plantea muchos problemas en el caso prototípico del uso de las EMSP como guardias de seguridad en la situación de un conflicto armado internacional pues existe la posibilidad de que se vean obligados a participar directamente en las hostilidades. Así, un guardia de seguridad privado que devuelve el fuego está participando directamente en las hostilidades si la parte atacante es una parte en el conflicto. Aparte del tema ya mentado de que los objetos pueden llegar a ser objetivos militares legítimos de acuerdo con su naturaleza, localización, propósito o

---

<sup>408</sup> Williamson J.A., "Status and Obligations of Mercenaries and Private Military/Security Companies under International Humanitarian Law", *African Security Review*, Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, South Africa, pág 184.



uso<sup>409</sup>. Si se da cualquiera de los casos vistos de participación directa en las hostilidades, los empleados de las EMSP pierden su derecho como civiles a la protección y pueden ser condenados por la justicia ordinaria por ese hecho, siendo las consecuencias idénticas a las que se darían si fuesen mercenarios.

En suma, es improbable que la mayoría de las empresas militares y de seguridad privada puedan ser reguladas legalmente con el Derecho Internacional existente sobre los mercenarios debido a la compleja definición de este concepto. Además, la mayoría probablemente no satisfacen los criterios para beneficiarse de la condición de combatiente, gozando del estatuto de civiles desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario. Pero incluso si estos contratistas son civiles, pueden ser acusados por violaciones del Derecho Internacional Humanitario. La responsabilidad penal individual no depende del estatuto de la persona pues tanto los civiles como los combatientes son igualmente capaces de cometer y ser acusados de crímenes de guerra y graves violaciones de las *Convenciones de Ginebra*<sup>410</sup>.

### 3. REGULACIÓN POR LAS ORGANIZACIONES REGIONALES

Ante la carencia de un régimen global realmente aplicable que cubra las actividades de las compañías militares y de seguridad privada,

---

<sup>409</sup> *Protocolo Adicional I*, artículo 52.

<sup>410</sup> La más reciente afirmación de este principio fue dada por el ICTR en *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, case Nº. ICTR-96-4-I, Judgement (Appeals Chamber), 1 junio 2001, pár. 444. Esto se aplica tanto a los conflictos armados de carácter internacional como nacional.

la regulación por y a través de organizaciones regionales puede ofrecer un espectro más amplio y aceptable que la regulación únicamente a nivel internacional o nacional. En este campo hay principalmente cuatro grandes organizaciones internacionales a tener en cuenta, la Unión Africana (UA)<sup>411</sup>, la Unión Europea (UE), el Consejo de Europa y la Comunidad de Estados Independientes (CEI).

#### **a. Unión Africana**

La Unión Africana (UA) podría proveer un marco adecuado para responder al desarrollo de la industria internacional de seguridad privada pues la extensión de la misma en África hace imposible que pueda ignorar este fenómeno y, por otra parte, la mayor parte del despliegue de estas empresas en el continente africano tiene lugar bajo contratos con actores externos como Gobiernos extranjeros o empresas multinacionales. La UA necesita trabajar en este contexto para salvaguardar los intereses de los Estados débiles frente a la proliferación de EMSP. Esto es especialmente importante dado el uso extensivo de estas empresas en el marco de la reforma del sector de la seguridad, un objetivo que ha asumido la propia UA. Otro motivo muy importante para el desarrollo de un marco normativo adecuado por parte de esta Organización regional es el relativo al uso de esas empresas cuando organiza misiones de Paz.

Desgraciadamente, esta Organización tiene una capacidad institucional limitada para tratar este tema. Un primer paso, sería trabajar

---

<sup>411</sup> La *Unión Africana* reemplazó a la *Organización para la Unidad Africana* el 09 de julio de 2002.

con la comunidad internacional en la elaboración de unos estándares mínimos a cumplir por las empresas del sector para poder tenerlas en cuenta para contratos con la propia UA y, posiblemente, con actores subregionales en los cuales delegue tareas. Las deliberaciones en la UA proveerían la necesaria perspectiva de los Estados débiles y se lograría una mayor legitimidad para dichos estándares si se aprueban por los Estados africanos o por grupos subregionales.

Con anterioridad a la Convención de las Naciones Unidas sobre los mercenarios, en 1977, el Consejo de Ministros de la O.U.A. aprobó durante su 29º período de sesiones, una Convención relativa a la eliminación del mercenarismo en África<sup>412</sup>, basada parcialmente, en cuanto a la definición del mercenarismo como tal, en proyectos anteriores<sup>413</sup> y, salvo la cuestión de la remuneración<sup>414</sup>, en la definición de mercenario que se da en el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*. Además de integrar esta definición, su artículo 1 define los delitos para los que se

---

<sup>412</sup> Rubricada por los representantes de los Estados de la OUA en la XIV Conferencia Cumbre (Libreville, Gabón, julio de 1977), en vigor desde el 22 de abril de 1985. Las listas de los Estados que han ratificado esta Convención así como la de los que lo han hecho con la Convención de las Naciones Unidas, están disponibles en [www.icrc.org](http://www.icrc.org)

<sup>413</sup> *Proyecto de Convención sobre la eliminación de mercenarios en África*, presentado por un Comité de Expertos de la OUA en la Conferencia de Jefes de Estado reunida en Rabat en 1972, y *Proyecto de Convención sobre la prevención y la supresión del mercenarismo*, elaborado por una *Comisión Internacional de Encuesta* invitada a asistir en Luanda en 1976, al proceso contra 13 mercenarios que habían participado en la guerra civil angoleña.

<sup>414</sup> Es conveniente señalar que esta Convención se aparta en este punto de la definición del mercenario establecida en el *Protocolo Adicional I*. En los requisitos necesarios para la calificación de mercenario, tan solo se refiere a la promesa de una retribución material, independientemente de que sea superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado. Es preciso recordar en este punto que la definición de la agresión aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (*Resolución 3314 (XXIX)* de 14 de diciembre de 1974, aprobada sin votación) incluye en su artículo 3.g, entre los actos que reúnen las condiciones de agresión, *el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, cuando son de tal gravedad que equivalen a las condiciones enumeradas en las secciones precedentes del mismo artículo o su sustancial participación en dichos actos. Lo que se condena no es al mercenario, sino al Estado que permite el envío de mercenarios.*

recluta al mercenario. Asimismo, define mucho mejor en su artículo 6 las obligaciones de los Estados. Prohíbe simple y llanamente conceder al mercenario el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra (artículo 3). Es el tratado internacional que con mayor vigor penaliza la actividad de los mercenarios porque después de dar la definición de mercenario, tipifica estas acciones como crímenes contra la paz y la seguridad en África.

Sin embargo, sólo criminaliza la utilización no legítima de mercenarios. Tampoco trata de violaciones de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, incluso cuando los actos fueran cometidos por mercenarios *legítimos* empleados por los Estados para defenderse contra grupos ilegítimos disidentes. Por otra parte, no se establece una jurisdicción universal y se limita a los países del continente africano, aunque hay una obligación de los Estados Parte de tomar todas las medidas legislativas y de otra clase para ratificar el instrumento e incorporarlo al Derecho interno<sup>415</sup>. Esta Convención fue aprobada para fortalecer el *Protocolo Adicional I* pero al hacerlo puso de relieve varios de los defectos heredados en el tratamiento del *Protocolo* y los intereses únicos de los Estados africanos. Adoptó en su conjunto la definición del *Protocolo*, pero rompe con el mismo al no declarar ilegales todos los actos mercenarios. No prohíbe el uso de mercenarios por Estados reconocidos

---

<sup>415</sup> Como advierte Gómez del Prado, el principal problema que plantea este Convenio es su debilidad de base dado que solo criminaliza la utilización de mercenarios contratados por grupos no gubernamentales opositores (no por parte del Gobierno del Estado), no contempla la violación de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y no establece una jurisdicción penal internacional, aunque solo fuera regional, en el marco de la Unión Africana. *Vide* Gómez del Prado, J.L., "El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo", *op. cit.*.

(excepto contra sus igualmente reconocidos vecinos y excepto por regímenes racistas), prohibiendo tan solo los actos mercenarios destinados a cohibir el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Con la aplicación de la Convención de la OUA se permitiría a los Gobiernos la contratación de mercenarios para combatir a grupos de insurgentes, privando al mismo tiempo de esa posibilidad a movimientos de liberación reconocidos por la Unión Africana<sup>416</sup>. Por su parte, el artículo 6 introduce un doble rasero, en el sentido de que mientras prohíbe el uso de mercenarios contra Estados africanos, éstos están autorizados a usarlos dentro de los márgenes de una “misión oficial”. Pero, al menos, define mucho mejor las obligaciones de los Estados<sup>417</sup>.

Esta aproximación al tema al vincular la legalidad de un acto al daño que éste causa y al objetivo que tiene en lugar de la categoría del actor que comete el acto, parece más consistente con las *Convenciones de Ginebra* y resto del Derecho Internacional Humanitario que el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*.

Parece también que la motivación financiera no tiene que ser probada. Establece la tan criticada categoría de la responsabilidad general de los Estados y de sus representantes. Los artículos 5 y 6 explican en mayor detalle el contenido de las obligaciones de los Estados Parte de erradicar las actividades mercenarias en África, fortalecer la

---

<sup>416</sup> Vignolles, J.M., *De Carthage a Bagdad; Le Nouvel Age d'or des Mercenaires*, Les Éditions des Riaux, 2006, pág. 103.

<sup>417</sup> Beyani, C. y Lilly, D., “Regulating Private Military Companies”, International Alert, Londres, 2001.

extradición contra la denegación; y establecer el deber de procesamiento como la excepción ante tal denegación.

Aunque dicha Convención entró en vigor en 1985, rara vez ha sido efectiva. Puede ser vista como más estricta que la Convención de la ONU para tratar con mercenarios, yendo más allá de la prohibición de reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de los mismos, hacia la prohibición sustantiva de los elementos del mercenarismo. Al igual que la Convención de la ONU, no cubre las actividades de las compañías militares y de seguridad privadas ni incluye la responsabilidad penal corporativa que puede aparecer como un aspecto crucial del control de sus actividades. El alcance vinculante de la Convención está limitado a África aunque esta limitación regional a su aplicación conlleva la ventaja de que afecta legalmente a cualquier actividad perpetrada en África, sea cual sea su fuente. No define un conflicto armado ni hace una distinción entre conflicto armado de carácter internacional y no internacional.

Otro problema es que, desafortunadamente, no define el significado de *tomar parte directa en las hostilidades* ni del término *hostilidades* y tampoco el Derecho Internacional Humanitario ayuda a este respecto aunque es un término que aparece en numerosos artículos. La introducción de la palabra *hostilidades* en el segundo requisito parece indicar que es intercambiable con el término *conflicto armado* tal como es usado en el primer requisito. El *Comentario sobre el Protocolo Adicional I* define participación directa como “actos de guerra que por su naturaleza o propósito son capaces de causar daño efectivo al personal y

equipamiento de las fuerzas enemigas”<sup>418</sup>. Un problema con este significado es el uso de la palabra “guerra” que evita la Convención mercenaria. Solo si la palabra guerra es tomada como conflicto armado, esta definición de participación directa podría ser invocada en la delimitación del significado de mercenario en la Convención. El *Comentario* añade que se debería establecer la distinción entre participación directa y participación en el esfuerzo de guerra. Para que una persona sea definida como mercenario debe estar presente físicamente en el teatro del conflicto armado y causar o poder causar daño efectivo al personal y equipo del adversario. Esto debe ocurrir en el contexto de “hostilidades” y no durante el tiempo de paz.

No se especifican las formas de compensación material, lo que significa que cualquier forma sea en metálico o en especie estaría incluida. La segunda parte del requisito es que la compensación material debe ser prometida por o en nombre de una Parte del conflicto. Si la Parte que hace dicha promesa no es Parte o no hace la promesa en nombre de una Parte en el conflicto, entonces la persona así reclutada no es un mercenario. En términos de la Convención, las Partes que no toman parte en el conflicto o no actúan en nombre de dichas partes pueden reclutar personas quienes entonces no cumplen los requisitos para ser considerados mercenarios. En consecuencia, no pueden ser definidos como tales.

En lo referente a las palabras “nacional de una Parte” (artículo 4), el problema es el hecho de que cada Estado determina por sus propias

---

<sup>418</sup> Pilloud y Pictet, *op. cit.*, 1987:619.

leyes quién es nacional del mismo. En segundo lugar, la persona no debe ser residente de un territorio controlado por una Parte en el conflicto.

Las Fuerzas Armadas pueden ser tanto aquellas de un Estado o de un grupo rebelde, y la pertenencia también puede tomar varias formas dependiendo de los procedimientos (artículo 5). La Convención no define “Fuerzas Armadas de una Parte en el conflicto”, que sí se definen en el artículo 43(1) del *Protocolo adicional I*.

Los artículos 1(2) y 1(3) incluyen personas jurídicas. En términos del artículo 1(2), un acto mercenario puede ser cometido por un Estado y, por tanto, por una persona jurídica. Las EMSP que cumplen las condiciones establecidas por el artículo 1(1) de la Convención pueden ser consideradas mercenarias ya que su naturaleza jurídica es reconocida por el artículo 1(3)<sup>419</sup>. Esto puede ser atribuido al hecho de que los redactores de la Convención no previeron la emergencia de las EMSP que se han convertido en la actualidad en actores principales en el campo de la seguridad. Solo las EMSP con el único objetivo de “oponerse por la violencia armada a un proceso de autodeterminación, estabilidad o la integridad territorial de otro Estado”<sup>420</sup>. El artículo 6 (a) sugiere que un mercenario es una persona natural y el artículo 7 refuerza esta interpretación. Sin embargo, el texto de las provisiones de la Convención en su conjunto indican lo contrario, lo que implica que tanto las personas naturales como jurídicas son capaces de ser mercenarias.

---

<sup>419</sup> El proyecto de 1972 no contenía en su definición de mercenario todos los elementos encontrados en el primer párrafo del artículo 1 del texto finalmente adoptado.

<sup>420</sup> Gumedze, Sabelo: “Towards the revision of the 1977 OAU/AU Convention on the Elimination of Mercenarism in Africa”. *African Security Review* 16.4, Institute for Security Studies.



## b. Unión Europea

Las posibilidades de regulación de las actividades de las EMSP en el marco de la UE han recibido una atención insuficiente<sup>421</sup>. La formidable capacidad de la UE a la vez que su función como promotora de normativa internacional, la sitúa en una posición inmejorable para instigar la creación de un modelo regional y un régimen de buenas prácticas<sup>422</sup>. Hay una creciente presión dentro de la Unión Europea para la armonización de la regulación de los servicios militares y de seguridad privada para facilitar la transferencia de servicios dentro de la Unión y la eliminación de las desventajas competitivas derivadas de las diferencias en los controles nacionales sobre las exportaciones. Este desarrollo tendría implicaciones cruciales para el uso de estas empresas, no solo en Europa sino también en el tercer mundo.

En comparación con otros entes regionales, la Unión Europea (UE) posee una gran capacidad institucional. Por ello, aparte del hecho de la presencia entre sus miembros del Reino Unido y también de otros proveedores europeos menores de EMSP, el tratamiento de la cuestión en el marco de la UE es francamente interesante. El modelo integrador de esta Organización, hace de la regulación de los sistemas de gobierno y económicos de sus miembros, sin excluir elementos del sector privado, una parte esencial de su competencia.

---

<sup>421</sup> Vide Krahnmann, E., "Regulating private military companies: What role for the EU?", *Contemporary Security Policy*, nº 26, 2005, pág. 103.

<sup>422</sup> Vide Holmqvist, C., "Private Security companies: The Case for Regulations", *Op.citada*, págs. 55 y ss.

La ampliación de la UE y su creciente énfasis en la política externa y en las operaciones de gestión de crisis, entre otras cuestiones en apoyo directo de las Naciones Unidas y en colaboración con otros grupos regionales, indican que tiene tanto un motivo como una obligación de tratar este tema. Si la misma pudiera implantar exitosamente un sistema regulador de los servicios prestados por las empresas del sector desde su territorio, se abarcaría una gran parte de la industria que no está cubierta en la actualidad ni por legislación nacional ni internacional, sentando un precedente útil para la regulación por otros organismos regionales o Estados<sup>423</sup>.

Es resaltable que a pesar de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la *Política Exterior y de Seguridad Común* de la Unión continúa teniendo un carácter intergubernamental más que de política comunitaria integrada. El sector de las EMSP continúa sin regulación, pero aunque el comercio en servicios de seguridad no está mencionado explícitamente en el *Tratado de la Comunidad Europea* de 1957, hay varias formas de tratar esta cuestión<sup>424</sup>. Por una parte, se puede tratar en términos de

---

<sup>423</sup> El 28 de noviembre de 2008, se llevó a cabo, con la participación del Sr. Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre los mercenarios, el taller *Los retos de la reglamentación de las empresas militares y de seguridad privadas*, celebrado en Roma y organizado por la Universidad LUISS Guido Carli en el marco del *PRIV-WAR*, un proyecto conjunto de investigación de un consorcio de siete universidades europeas (Justus Liebig Universität Giessen; Riga Graduate School of Law; Université Panthéon-Assas (París II), Centre Thucydide; University of Sheffield, Utrecht University; coordinado por la citada Universidad LUISS "Guido Carli" de Roma junto con la academia de Derecho Europeo de Florencia). El proyecto está financiado por la Unión Europea, dentro del *Programa Marco 7-Tema 8: Socio-economía, ciencias y humanidades de la Comunidad Europea*, y tiene por objeto la formulación de propuestas para un régimen de la Unión Europea que garantice de manera satisfactoria la rendición de cuentas y la responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privada.

<sup>424</sup> El artículo 296.1 b) del *Tratado de la Comunidad Europea* permite a los miembros tomar medidas necesarias para la protección de intereses esenciales de su seguridad pero se refiere tan solo a la producción de armas y su comercio, municiones y material de guerra; los servicios no están incluidos. Establece exactamente que *todo Estado*

control de exportaciones, expandiendo el *Código de Conducta de la Unión sobre Exportación de Armas*<sup>425</sup>, incluyendo la exportación de servicios militares y de seguridad, lo que sería una extensión lógica de la discusión de legislación nacional. El control sobre el tráfico de armas indica que la Unión Europea ya regula servicios que se superponen a aquellos ofrecidos por las EMSP. La exportación de bienes de doble uso (bienes que tienen uso tanto civil como militar, tales como materiales nucleares, químicos, toxinas, electrónicos...) también está regulada para asegurar que el comercio civil no perjudica los intereses de seguridad de los Estados miembros<sup>426</sup>; por lo que no hay razones para que no se pueda extender a considerar la exportación de servicios de seguridad privada.

Por otra parte, las actividades de las EMSP podrían ser reguladas de forma separada bajo la *Política Común de Asuntos Exteriores y Seguridad (CFSP)* en sus siglas en inglés), a través de *Acciones Conjuntas, Posiciones Comunes* o *Decisiones*, aunque tal regulación sería *ad hoc*, para determinados países y de carácter temporal.

---

*podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*

<sup>425</sup> *Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas*, aprobado el 08 de junio de 1998 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. Recoge una serie de criterios aplicables en la exportación de armas a terceros países. Se basa en los *Criterios Comunes* acordados por los Quince en los Consejos Europeos de Luxemburgo y Lisboa de 1991 y 1992 respectivamente. El anuncio de la propuesta de un Código sobre este tema se produjo en la reunión del Grupo PESC del Consejo sobre *Exportación de Armas Convencionales (COARM)* de 12 de septiembre de 1997. El texto definitivo del Código fue aprobado por el Consejo de Asuntos Generales de 25 de mayo, entrando en vigor el 08 de junio. Vide en este tema Muro Martínez, R., "El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas", en *Boletín Económico de ICE*, 21 al 27 de febrero de 2000, págs. 9 y ss.

<sup>426</sup> Regulación del Consejo nº. 1334/2000 que establece un régimen comunitario para el control de las exportaciones de bienes y tecnología de doble uso, 22 de junio 2000, *Official Journal of the European Communities*, L 159/1 (30 de junio de 2000).

En tercer lugar, la UE podría tratar este tema a través de la armonización de las leyes nacionales sobre policía privada, regulada bajo el Mercado Interno.

Más aún, tal como se ha dicho para las Naciones Unidas y para la Unión Africana, la UE necesita ser clara sobre las circunstancias y condiciones bajo las cuales puede considerar la contratación de servicios de seguridad privada. También necesita asegurar que esto se lleva a cabo con los más altos estándares de responsabilidad, transparencia, respeto por los Derechos Humanos y teniendo en cuenta la delicada naturaleza de las relaciones internacionales de seguridad. Hay varias situaciones en las cuales podría considerar el uso de EMSP tales como el apoyo a la gestión de crisis o de otras operaciones de la *Política Europea de Seguridad y Defensa (ESDP)* en sus siglas inglesas) en el contexto del envío de ayuda humanitaria a áreas inseguras y para la protección de representantes y Delegaciones diplomáticas en el extranjero. De hecho, la UE ha contratado EMSP para servicios de seguridad cercana y guardaespaldas, por ejemplo, para la Misión de Policía en Bosnia Herzegovina.

Por último, las previsiones para legislación de la UE o extensión del *Código de Conducta sobre Exportaciones de Armas* deberían ser coordinadas con las medidas de control de los Estados Unidos como un paso hacia el establecimiento de un consenso internacional sobre el uso de las empresas del sector. Más aún, deberían ser discutidas con la UA en el contexto del apoyo de la UE a los procesos de mantenimiento de la

paz y creación de seguridad locales en África así como con otros procesos de dialogo *CFSP* nacional y regional cuando sea apropiado.

Para concretar, en función de lo ya señalado, se puede dividir la cuestión hablando, por una parte, de las medidas adoptadas a nivel de la Unión Europea, y, por otra, de la regulación nacional de los Estados. A nivel de la Unión Europea, se incluyen el *Código de Conducta de la Unión Europea en Materia de Exportación de Armas* y un conjunto de *Políticas Comunes sobre Seguridad y Asuntos Exteriores*. Técnicamente, la regulación del sector militar privado cae dentro de las competencias de la Unión Europea pues al constituir un *sector económico*, entra dentro de la regulación del mercado interno. Mientras la armonización de la legislación de la policía privada es una perspectiva para el futuro, la *Política Común de Asuntos Exteriores y de Seguridad* de la Unión Europea ha sido usada para controlar la exportación de ciertos servicios militares privados, incluyendo la prohibición de la transferencia de servicios militares a destinos sujetos a embargo, la proliferación de armas pequeñas y ligeras, la asistencia técnica relativa a armas de destrucción masiva y el tráfico de armas. El mecanismo más riguroso es el uso de *Acciones Comunes, Posiciones y Decisiones* para el control *ad hoc* de la exportación de servicios militares a ciertos destinos en respuesta a guerras civiles y conflictos regionales.

Mientras estas regulaciones han sido *ad hoc*, para determinados países y con un carácter temporal, la *Acción Común* del Consejo 2000/210, de 22 de junio de 2002, reconoció la necesidad de estándares

comunes generales para el control de la asistencia técnica relativa a ciertos usos finales militares o destinos entre los Estados miembros. En la misma, se define *asistencia* de forma que cubre casi todo el abanico de servicios militares privados. Se han adoptado también otras *Acciones Comunes* relativas a la transferencia de armas pequeñas y ligeras, que pueden ser facilitadas por las operaciones de EMSP en Estados en desarrollo, como, por ejemplo, la *Acción Común* 1999/34/CFSP, sustituida por la *Acción Común* 2002/589/CFSP. Finalmente, el Consejo aprobó la *Posición Común* 2003/468/CFSP en la que establece un conjunto de provisiones para la regulación del tráfico de armas a implantar por los Estados miembros a través de la legislación nacional.

El *Código de Conducta* fue adoptado en junio de 1998 para el establecimiento de un conjunto de estándares comunes para las transferencias de armas convencionales y para facilitar el intercambio de información sobre exportación de armas entre los Estados miembros<sup>427</sup>. Está orientado a impedir el suministro de armas desde países miembros de la Unión hacia regiones inestables en las que puedan tener lugar

---

<sup>427</sup> Cuando se trata de controles nacionales a la exportación de armamentos y bienes de doble uso, ha habido un creciente reconocimiento en Europa de que las políticas de no proliferación y de exportación de armas necesitan ser adaptadas a las cambiantes prácticas y tecnologías. Parte de este desarrollo ha sido la necesidad de licencia para la transferencia electrónica de tecnologías sensibles. La proliferación de armas pequeñas ha provocado el fortalecimiento de los controles sobre el tráfico de armas. La aprobación del *Código de Conducta en la Exportación de Armas por la Unión Europea* en 1998, fue considerada un significativo avance en el control regional de la exportación de armas. Los Estados miembros declararon en su momento que establecerían unos estándares comunes mínimos en el control de las transferencias de armamento que evitaran las exportaciones que pudieran ser usadas para la represión interna o agresión internacional, y que contribuyesen a la estabilidad de la región. Sin embargo, de acuerdo con Amnistía Internacional, el diseño y aplicación del *Código* son muy defectuosos, aparte del hecho de que no es un instrumento legalmente vinculante sino de carácter político que tendría algún efecto, especialmente en relación con la transparencia, a través de la publicación de un informe anual sobre exportaciones. Sin embargo, la legislación nacional es aplicable y si hay puestos de trabajo en peligro, el *Código* no tiene realmente mucho efecto.

violaciones graves de los Derechos Humanos. Incluye una lista de destinos prohibidos y un sistema de verificación y vigilancia del uso de las armas, estableciendo un sistema de intercambio de información y consultas sobre el otorgamiento o la denegación de licencias de exportación en el ámbito nacional.

Si bien no es vinculante para los Estados partes<sup>428</sup> ni tiene un mecanismo de aplicación, en él se definen ocho criterios que deben cumplir los Estados en casos de exportaciones de armas<sup>429</sup>. Se incluye el respeto de los compromisos internacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en particular, de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad, y de los Derechos Humanos en el país de destino final. No regula la exportación de armas, sino que fija pautas de comportamiento a la hora de autorizar dichas exportaciones a determinados países en los que no se cumplen los ocho criterios. En definitiva, se trata de un compromiso político que dota a las autoridades de los países de la Unión Europea de un instrumento adicional para el control de las exportaciones de armas.

Entre otros efectos, ha favorecido una creciente armonización en el tema por parte de los Estados miembros, lo cual dificulta la evasión de los

---

<sup>428</sup> *Resolución* del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2008, sobre el *Código de conducta* de la Unión Europea en materia de exportación de armas – No adopción de la posición común y/o transformación del Código en un instrumento jurídicamente vinculante por parte del Consejo (2009/C 66 E/08). Esta *Posición Común* no adoptada había sido resultado de un acuerdo a nivel técnico de 30 de junio de 2005 del COREPER como resultado de un proceso general de revisión del Código, con el objetivo de transformarlo en un instrumento eficaz de control de las exportaciones de armas a partir del territorio de la U.E. y por parte de empresas comunitarias.

<sup>429</sup> Estos ocho criterios fueron incorporados en la legislación española en el *Real Decreto 491/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Comercio Exterior de Defensa y de Doble Uso*, en su artículo 9, punto 3.

controles nacionales por parte de las EMSP. Por otra parte, en diciembre de 2000, la Unión Europea y los Estados Unidos acordaron una *Declaración conjunta sobre Responsabilidad en las Exportaciones de Armamento*. El *Código de Conducta* y, en su ejecución, el Grupo de Trabajo del Consejo sobre la Exportación de Armas Convencionales han sido particularmente efectivos en el fortalecimiento de los controles nacionales sobre el tráfico de armas que es uno de los servicios ofrecidos por varias EMSP.

### c. Consejo de Europa

Otra institución con mucho que decir en este tema es el Consejo de Europa. Es significativo que de sus 47 Miembros, 27 constituyen la personalidad jurídica de la Unión Europea, lo que añade aún más valor a sus decisiones.

En 2008, la *Asamblea Parlamentaria* de esta institución ordenó a su *Comité de Asuntos Políticos* que hiciera un estudio y propusiera medidas concretas sobre la tendencia masiva a contratar cada vez más a favor del sector privado funciones inherentemente estatales<sup>430</sup> y el

---

<sup>430</sup> Es necesario destacar que la noción de “funciones inherentemente estatales” no es un concepto claro e inequívoco por lo que su uso no está exento de controversia. En lo que respecta al control del uso de la fuerza armada, la cuestión de si se trata de una obligación implícita en la soberanía del Estado (y no del Gobierno) pivota sobre si estamos ante un atributo de la *forma del Estado* o de un calificativo propio del *Estado democrático de Derecho (forma de Gobierno)*. Parece que el uso legítimo de la fuerza no corresponde a la forma de gobierno sino a la forma de Estado. Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. cit., págs. 99-102. Vide también Aparicio Pérez, M.A. y Barceló i Serra-Malera, M. (Coords.), *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 109.

Por su parte, la *Federal Activities Reform Act (FAIR)* de los Estados Unidos, de 1998, define como *funciones inherentemente gubernamentales*, aquellas militares, diplomáticas



impacto que estaban teniendo las actividades de las EMSP en la erosión del monopolio legítimo del Estado en la utilización de la fuerza. El 22 de diciembre de 2008, el Relator del *Comité de Asuntos Políticos* presentó el informe *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*<sup>431</sup> a la *Asamblea Parlamentaria*. Ésta recomendó al *Comité de Ministros* la elaboración de un instrumento legal del *Consejo de Europa* que regulara las relaciones de los Estados miembros con las EMSP. Este instrumento debía ser preferentemente un documento legal vinculante, esto es, una convención. Su contenido debería abarcar las áreas que deben permanecer como funciones soberanas del Estado al ser esencialmente gubernamentales; una nítida separación de la seguridad externa e interna; principios que garanticen el monopolio estatal de la utilización de la fuerza; prioridad de la prevención de los conflictos sobre la reacción rápida de intervención; así como la priorización de los enfoques civiles para la resolución de los conflictos en lugar de la utilización de la fuerza. También debe contener los principios para el uso de las empresas del sector y los criterios de funcionamiento, incluyendo el establecimiento de un marco de autorregulación con un código de conducta obligatorio, y la creación de un *Ombudsman* de las empresas militares y de seguridad privadas y/o un equipo de un equipo de investigación sobre posibles violaciones cometidas por estas empresas.

---

y otras actividades que *significativamente afecten a la vida, libertad o propiedad de las personas privadas*.

<sup>431</sup> Consejo de Europa, 22 de diciembre de 2008, Documento 11787.

Este Informe fue revisado en 2009 por el *Comité de Asuntos Legales y de Derechos Humanos* de la *Asamblea Parlamentaria*<sup>432</sup>, que recomendó el texto al *Comité de Asuntos Políticos*, aparte de realizar algunas enmiendas que fortalecían el enfoque adoptado por el *Comité de Asuntos Políticos* y que complementaban algunas de las recomendaciones desde una perspectiva jurídica. El 21 de abril de 2010, el *Comité de Ministros* del *Consejo de Europa* adoptó una *Recomendación* que responde a la demanda de la *Asamblea Parlamentaria* al propio *Comité* respecto al Informe sobre las firmas militares y de seguridad privadas y la erosión del monopolio del Estado en la utilización de la fuerza<sup>433</sup>.

#### **d. Comunidad de Estados Independientes**

Finalmente, cabe hacer referencia a la situación en la Comunidad de Estados Independientes (*CEI*) que agrupa doce Estados<sup>434</sup>. En la misma, se aprobó una *Ley Modelo* relativa a las medidas que se deben tomar para contrarrestar el mercenarismo. La *Ley Modelo* adoptada por la *Asamblea Inter-Parlamentaria* de la Comunidad de Estados Independientes, tiene como principal objetivo coordinar un mismo enfoque legal y político de los doce Estados miembros frente al fenómeno del mercenarismo. Tiene el mérito de integrar la definición propuesta por el

---

<sup>432</sup> Consejo de Europa, 27 de enero de 2009, Documento 11801.

<sup>433</sup> Comité de Ministros, *Private military and security firms and the erosion of the state monopoly on the use of force*, Respuesta del Comité de Ministros, adoptada en la reunión 1083 de los Delegados ministeriales (el 21 de abril de 2010), *Recomendación* 1858 (2009), 26 de abril de 2010, Documento 12211.

<sup>434</sup> Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazakstán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán.

antiguo Relator Especial, D. Enrique Bernales Ballesteros a la comunidad internacional, que amplía los criterios de la Convención de las Naciones Unidas de la definición del mercenario y los delitos que pueda cometer<sup>435</sup>. La propuesta amplía los delitos que pueden cometer los mercenarios e incluye entre los mismos los siguientes actos: desestabilización de Gobiernos legítimos, terrorismo, tráfico de personas, de drogas, de armas y cualquier otro tráfico ilícito, sabotaje, asesinatos selectivos, delito transnacional organizado, control por la fuerza de recursos naturales valiosos y posesión ilegal de material nuclear o bacteriológico.

Asimismo, la propuesta introduce una excepción de peso a uno de los criterios de la definición de mercenario del artículo 47 del *Protocolo Adicional I* que establece que la persona *no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio de una Parte en conflicto*. En la propuesta se exceptúa la condición de nacional del país afectado por el delito cuando el nacional es contratado para la comisión de un delito en el país de su nacionalidad y oculta tras dicha condición un uso mercenario de su persona por el Estado u Organización que le contrata.

Los doce países de la *CEI* tienen que ratificar dicha Ley e integrarla en sus respectivas legislaciones internas. Asimismo, tienen que tipificar los delitos en sus respectivas legislaciones internacionales. Seis de los doce Estados miembros han ido más lejos, integrándose en la Organización del *Tratado de Seguridad Colectiva* (*CSTO* en sus siglas en

---

<sup>435</sup> Su propuesta figura en el párrafo 47 de su Informe a la Comisión en su Sexagésimo período de sesiones, Naciones Unidas, documento E/CN.4/2004/15.

inglés)<sup>436</sup>. Dicha Organización tiene una coordinación más efectiva no solo en el ámbito legal sino también a través de medidas prácticas en la lucha contra el mercenarismo y sus conexiones con actividades terroristas así como con el tráfico ilícito de drogas y armas.

#### **4. LA REGULACIÓN DE LAS EMSP EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES**

##### **a. Generalidades**

Las limitaciones de la comunidad internacional para regular la actividad de estas empresas trasladan el problema al plano *intra* estatal lo cual tiene la ventaja de que no exige la cooperación de otros países y, en un principio, resulta más sencilla de aplicar al no depender de la negociación internacional. Sin embargo, hay tres problemas fundamentales. En primer lugar, está el hecho de la propia organización de estas empresas, con poca infraestructura y orientadas a prestar servicios a nivel global, con lo que les es muy fácil transformarse o recolocarse para evitar la legislación de un país determinado. En segundo lugar, tenemos la exigibilidad de esas leyes fuera del territorio del Estado que las promulga. Las autoridades locales de Estados fallidos no tienen ni el poder ni los medios para exigir responsabilidad a estas empresas pues ni siquiera controlan su propio territorio, de modo que la exigencia de responsabilidad debe ser extraterritorial que dimana del Estado de origen de la empresa. Por último, la debilidad del Derecho Interno de los Estados

---

<sup>436</sup> Armenia, Bielorrusia, Kazakstán, Kirguistán, Rusia Y Tayikistán.

deriva de la propia debilidad del Derecho Internacional pues los ordenamientos de muchos Estados ignoran el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privada remitiéndose al Derecho Internacional, que, como vemos, es muy endeble en esta materia.

A pesar de las limitaciones de la regulación internacional y regional, la regulación nacional no se ha apresurado a cubrir ese vacío<sup>437</sup>. Cuando existe esta regulación nacional, en la mayoría de las ocasiones se ha llevado a cabo de forma reactiva, solo como respuesta a una situación embarazosa para el correspondiente Estado<sup>438</sup>. Entre los países desarrollados, solo los Estados Unidos y Sudáfrica tienen regulación destinada específicamente a los proveedores corporativos de servicios militares. Más aún, ambos Derechos nacionales se han encontrado con dificultades de aplicación tanto por la laxitud con la que se ha legislado (Sudáfrica); la falta de sistematización y de recursos para la supervisión en el caso de los Estados Unidos; como por las dificultades planteadas por la naturaleza extraterritorial de las actividades cubiertas<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> El Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios determinó la existencia de un vacío en la reglamentación de las actividades de las EMSP a nivel internacional. Si bien existe una serie de normas con arreglo al Derecho Internacional Humanitario y a la legislación en materia de Derechos Humanos que podrían aplicarse a los Estados en sus relaciones con las EMSP, el Grupo de Trabajo observó que han surgido dificultades en la aplicación de las leyes nacionales, en particular para las EMSP internacionales que operan en un Estado extranjero, así como dificultades en la realización de investigaciones en zonas de conflicto. El efecto de esta situación es que raramente se tiene a las EMSP por responsables de las violaciones de los Derechos Humanos. Informe del *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010.

<sup>438</sup> Spear, J., "Market Forces: The Political Economy of Private Military Companies", *op. cit.*, pág. 44.

<sup>439</sup> En la página web del DCAF es posible encontrar las regulaciones nacionales existentes así como numerosos análisis sobre EMSP. *Vide* [www.dcaf.ch/privatisation-security/index.cfm](http://www.dcaf.ch/privatisation-security/index.cfm).

Una fuente jurídica potencialmente relevante respecto a la industria militar privada son los Códigos de Servicio y de Justicia Militar. Pero los propios militares tienden a no tener directrices claras y completas relativas al comportamiento de los contratistas que sirven junto a las Fuerzas Armadas. Por otra parte, la utilidad de los Códigos Militares no está normalmente explotada. Los empleados de las EMSP están vinculados por los términos de su contrato y sus códigos de conducta pero no por los Códigos Militares ni por la cadena de mando militar.

Hay dos excepciones parciales como veremos más adelante, y son la *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA) de los Estados Unidos y la incorporación de “Reservas Patrocinadas” en la *Reserve Forces Act* británica de 1996<sup>440</sup>. La primera aplica parcialmente el *U.S. Uniform Code of Military Justice* a contratistas civiles. La legislación británica sujeta a los empleados de las EMSP británicas a las *Service Discipline Acts* y a las *Service Regulations*, pero solo cuando están sirviendo junto a las Fuerzas Armadas.

Las medidas legislativas a nivel nacional van desde el registro y regulación de la policía privada y de las empresas de seguridad, al control de la exportación de armamentos y el tráfico de armas. Desde el punto de vista nacional, la regulación de las EMSP que actúan en el territorio de un Estado donde no hay un conflicto armado es más común y fácil de implementar que la regulación a nivel internacional. Con el crecimiento de esta industria, la mayoría de los Gobiernos han adoptado una

---

<sup>440</sup> Isenberg, D. *A Fistful of Contractors: The Case for a Pragmatic Assessment of Private Military Companies in Iraq*. op. cit..

aproximación más proactiva respecto de la regulación de los servicios de seguridad privada. De todos modos, no existe un único modelo de regulación de las empresas nacionales del sector sino que debido a factores históricos, culturales y político-jurídicos, así como a la situación específica de seguridad, los Estados han adoptado diferentes aproximaciones.

Se pueden identificar cuatro enfoques distintos. Por un lado, la ausencia de regulación de las EMSP nacionales en países tales como Serbia y Chipre, lo cual no es lo más aconsejable debido a las implicaciones no deseadas que pueden suponer sus actividades. En segundo lugar, tenemos la aplicación del marco regulador del comercio a las mismas, que es el caso de Alemania y Austria, lo cual genera problemas derivados de la posibilidad del uso de la fuerza pues una Cámara de Comercio adolece de los conocimientos y capacidad de imposición para tratar con estas empresas. En tercer lugar, la regulación descentralizada de estas empresas, tal como se produce en Suiza, los EEUU, Bosnia-Herzegovina e Italia, que lleva a un tratamiento desigual de las mismas dentro de las fronteras de un mismo país. Finalmente, algunos países han adoptado una regulación específica, entre ellos el Reino Unido, Irlanda y Holanda.

En la mayoría de los Estados europeos, la regulación nacional de las empresas del sector se aplica a lo que comúnmente se consideran como *servicios de seguridad privada* en tiempo de paz y no a los servicios militares privados en el contexto de un conflicto armado (caso de

España). A pesar de esta diferencia, se pueden establecer paralelismos entre los esfuerzos para regular las provisiones de seguridad privada de tipo policial con aquellos dirigidos a la regulación de los servicios de seguridad internacionales proporcionados en el contexto de un conflicto armado y/o situaciones de inseguridad.

Los empleados de estas empresas tienen unos poderes que pueden afectar a los Derechos Humanos, tales como el uso o amenaza de uso de fuerza mortal, la búsqueda de personas u objetos, así como el arresto de personas, pudiéndose identificar dos aproximaciones básicas. En algunos Estados, dichos empleados no tienen más facultades que el resto de los ciudadanos (v.g. Holanda, Chipre, Reino Unido, Alemania, República Checa y Finlandia). Por otra parte, en otros países sí que tienen facultades adicionales limitadas como, por ejemplo, el arresto de personas que de forma ilegal han entrado en una propiedad privada (Lituania). En particular, respecto de la regulación relativa a la posesión y uso de armas de fuego, en algunos países no pueden llevarlas ni usarlas (v.g. Francia, Irlanda, Reino Unido, Dinamarca y Holanda). En otros, pueden llevar y usar armas de pequeño calibre en determinadas circunstancias (v.g. España). Es difícil identificar un Estado que tenga la mejor regulación, ya que algunos tienen una regulación muy estricta en unos aspectos pero laxa en otros.

El fracaso en el establecimiento de un régimen legal preciso de las EMSP en el Derecho Internacional así como las escasas perspectivas de una enmienda y una implementación fructífera de las definiciones legales



internacionales, hace que la legislación nacional constituya un medio más efectivo a corto plazo. De todos modos, los instrumentos legalmente vinculantes deberían ser considerados también a nivel internacional. Las razones para el tratamiento del tema de la regulación de las EMSP a través de la legislación nacional son dos. Por una parte, esta perspectiva reafirma la centralidad de los actores estatales en el ámbito de las relaciones internacionales de seguridad. Las EMSP son percibidas a menudo como una extensión de la política exterior del Estado incluso cuando no operan bajo contrato con su Estado de origen, y es, por tanto, en el interés del Estado la regulación de las firmas que operan desde su territorio. Por otra parte, la legislación nacional tiene mayor oportunidad de ser establecida y aplicada. No obstante, con pocas excepciones las leyes nacionales ignoran la existencia de la industria de seguridad privada. Los ordenamientos jurídicos estatales no hacen referencia a las actividades de las compañías militares y de seguridad privada, y si lo hacen es de manera deficiente.

Además, las legislaciones de los Estados no coinciden en la definición de mercenario. Algunas inciden en la idea de la participación en el conflicto y otras, por el contrario, no mencionan dicha condición. Los Manuales Militares de Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Países Bajos, Nueva Zelanda, España y Yugoslavia recogen la definición del *Protocolo Adicional I*. Sin embargo, los de Camerún, Alemania, Kenia y el Reino Unido únicamente se refieren al deseo de obtener un lucro privado, sin requerir la promesa de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes

de grado o funciones similares de las Fuerzas Armadas. Asimismo, Estados de la antigua Unión Soviética como Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kazajstán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Ucrania y Uzbekistán, definen a los mercenarios exclusivamente por su deseo de obtener un lucro privado, sin más requisitos.

Por otra parte, además de los marcos normativos supranacionales analizados, varios Estados han implementado leyes que se aplican extraterritorialmente principalmente a sus propios nacionales. Con algunas excepciones importantes, la mayoría de estas leyes no estaban pensadas para su aplicación a los actores privados que proveen servicios de seguridad en el extranjero. La regulación nacional de las EMSP que operan más allá de las fronteras de los países puede ser dividida en dos categorías principales, la primera sería la regulación que se aplica extraterritorialmente a nacionales en el extranjero y la segunda, la regulación aplicable territorialmente a las EMSP extranjeras importadas dentro del territorio.

En lo que se refiere a la primera categoría, esto es, a la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales para soslayar el vacío entre las esferas de Derecho internacional y nacionales, están aquellas leyes nacionales que tienen *de iure*, si no *de facto*, el efecto de reemplazar las leyes nacionales de otra jurisdicción. Las leyes que tienen efecto extraterritorial y los *Acuerdos de Fuerzas Visitantes (Visiting Forces Agreements)* son dos ejemplos. Por medio de un nexo jurisdiccional (normalmente a través de la nacionalidad o Estado sede de la compañía),

las leyes con efecto extraterritorial establecen que se aplican a las acciones de las entidades o personal en otra jurisdicción territorial. Los *Acuerdos de Fuerzas Visitantes (VFA en sus siglas en inglés)* son un tipo de aplicación extraterritorial de legislación nacional que es acordada en un tratado internacional. Estos VFA son acordados, normalmente, de forma bilateral entre dos Estados, cuando el Estado visitante tiene presencia de sus Fuerzas Armadas en el Estado territorial. Establecen la aplicación extraterritorial de las leyes del Estado visitante con la importante adición de que el Estado territorial ha aceptado que sus propias leyes no sean aplicables a las fuerzas visitantes.

Las Naciones Unidas por su parte, prefieren una legislación que vincule las actividades de las corporaciones militares y de seguridad privada a un tratado internacional, siendo aplicable a los Estados y sus propias empresas. Sin embargo, parece una opción más realista para regular y controlar la actividad de las mismas que los Estados sean los primeros responsables en regular las operaciones de las EMSP globalmente dentro de su territorio. Sea cual sea el enfoque, los Estados deben garantizar que ninguno de los actos de estas corporaciones sean *ultra vires* o se salgan del abanico de las actividades autorizadas. Sin embargo, solamente unos pocos Estados han adecuado su legislación reforzando la Convención mercenaria de Naciones Unidas y todavía un número menor de ellos ha elaborado una legislación relevante para regular las operaciones de las compañías militares y de seguridad privada fuera de su territorio.

Los empleados de las empresas del sector pueden estar sujetos al Derecho penal y civil internos del país contratante, del país en el que se opera y del país de nacionalidad del empleado. De todos modos, la ausencia de normas que regulen específicamente estas corporaciones es un obstáculo para la aplicación de cualquiera de estas normativas. A menudo, no está claro cómo, cuándo, donde, y qué autoridades son responsables de la investigación, persecución y castigo de dichos crímenes. A diferencia de los soldados, que responden según su Código de justicia militar nacional dondequiera que se encuentren, los contratistas privados gozan de un turbio estatuto legal indefinido según el Derecho Internacional ya que no cumplen casi nunca la definición formal de mercenarios.

Normalmente, los delitos cometidos por civiles corresponden a la jurisdicción del país donde son cometidos. Pero las EMSP operan habitualmente en Estados fallidos en los que la persecución de sus delitos localmente puede ser ciertamente difícil pues, fundamentalmente, es la ausencia de una autoridad local fuerte lo que explica su presencia<sup>441</sup>. Es más, a menudo es igual de difícil la persecución de los mismos en su propio país de origen ya que pocos sistemas legales cubren delitos cometidos fuera de su territorio. Varios Estados establecen dicha jurisdicción extraterritorial sobre sus nacionales pero tan solo para ciertos delitos y, a menudo, faltan medios para imponer sus leyes en el extranjero. Como resultado de estas lagunas, ni un solo contratista militar

---

<sup>441</sup> Irak, por ejemplo, todavía no tiene unos tribunales bien establecidos y durante la ocupación formal por los EEUU las normas aplicables impuestas por la *Autoridad Provisional* eximían explícitamente a los contratistas respecto de la jurisdicción local.

privado ha sido acusado o condenado por un delito en Irak (a diferencia de las docenas de soldados estadounidenses que lo han sido), a pesar del hecho de los más de 20.000 contratistas existentes en ese país<sup>442</sup>.

A pesar de que se ha hablado mucho sobre la falta de regulación aplicable a las EMSP, sería mucho más correcto quejarse de la falta de aplicación de una aglomeración compleja y copiosa de legislación extraterritorial potencialmente aplicable a las mismas. Esta falta de aplicación es debida de forma ostensible a dos razones; primero, la falta de claridad sobre cómo leyes que no fueron elaboradas pensando en las empresas de este sector pueden ser aplicables a éstas. En segundo lugar, hay una falta de procedimientos efectivos de supervisión y mecanismos para investigar y juzgar violaciones cometidas en el extranjero. De todas formas, esto no puede explicar plenamente la escasez de EMSP a las que se ha exigido responsabilidad, pudiéndose hablar de una falta de voluntad política para investigar y juzgar los casos de conductas ilegales de las mismas.

Todavía no hay ninguna normativa que pueda usarse como guía para una práctica adecuada. Desde un punto de vista ideal, dicha

---

<sup>442</sup> El fracaso en el control efectivo del comportamiento de las EMSP generó el caso de la prisión de Abu Ghraib en el que todos los traductores y la mitad de los interrogadores implicados eran contratistas privados que trabajaban para dos empresas de este sector, *Titan* y *Caci*. A día de hoy, ninguno de estos individuos ha sido acusado ni castigado a pesar de que el Ejército de EEUU ha tenido tiempo de juzgar a los soldados implicados. Tampoco ha habido ningún intento de establecer la responsabilidad corporativa por los delitos cometidos. De hecho, la única investigación formal respecto a la actuación a nivel corporativo fue llevada a cabo por *Caci*, que se investigó a sí misma y, sorprendentemente, descubrió que no había hecho nada inadecuado. Debido a la ausencia de legislación adecuada, algunos países han litigado para tratar los problemas con las EMSP, lo cual rara vez es el mejor foro para resolver las cuestiones relativas a los Derechos Humanos y a los asuntos militares. Por ejemplo, varios antiguos presos de Abu Ghraib han tratado de demandar en los tribunales de EEUU a las EMSP implicadas en el caso.

normativa debería especificar formas de sujeción de las acciones de las EMSP al control ejecutivo, supervisión del legislativo y enjuiciamiento por parte del poder judicial. A modo de ejemplo, se pueden resaltar los casos de los Estados Unidos y Sudáfrica, dos países sedes de varias de las mayores empresas militares privadas, que han tomado dos caminos diferentes en la regulación de este fenómeno<sup>443</sup>. También se analizará la legislación aplicable en el Reino Unido e Israel (sedes de grandes empresas del sector), Alemania, Australia, Bélgica, España, Francia, Italia, Nueva Zelanda y Suiza, todos ellos países sedes de estas empresas y, por otro lado, Afganistán, Irak, Sierra Leona y Colombia (países en cuyo territorio operan las mismas de forma masiva), como otros ejemplos de aproximación legal a esta problemática<sup>444</sup>.

En lo que se refiere estrictamente a la prestación de servicios de seguridad, varios países europeos como Dinamarca, Finlandia, Francia, Portugal y España, tienen estrictos y omnicomprensivos controles sobre los servicios de seguridad privados. Otros como Alemania, Austria e Italia tienen tan solo regulaciones mucho más estrechamente definidas. Por otra parte, los Gobiernos europeos usan generalmente sociedades público-privadas y la regulación nacional como mecanismos para controlar sus EMSP. Dichas sociedades incluyen una variedad de acuerdos que son definidos por las diferentes relaciones entre los Gobiernos y las EMSP en el sector público. Van desde la externalización

---

<sup>443</sup> Schreier, F., y Caparini, M., "Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies". *op. cit.*, págs. 104 y ss.

<sup>444</sup> Para una lista omnicomprensiva de regulaciones nacionales: PMSC Regulation Database, Resource for the Regulations on Private Military and Security Companies, DCAF, [www.privatesecurityregulation.net/pmsc-regulation-database](http://www.privatesecurityregulation.net/pmsc-regulation-database).

de determinadas funciones o sectores completos de servicios hasta empresas conjuntas y empresas de propiedad totalmente pública. Cada tipo de sociedad público-privada es asociada con diferentes formas y niveles de control gubernamental. Mientras la externalización provee supervisión mediante contratos comerciales, las empresas conjuntas y el control del capital de una empresa por el Estado implica directamente a los Gobiernos en la prestación de servicios públicos. Todos los países europeos que emplean sociedades mixtas público-privadas para dar forma a la externalización de servicios militares han asumido la creencia de que las empresas privadas son capaces de proveer apoyo militar a mejor coste que sus propias Fuerzas Armadas nacionales.

La imposición de la normativa es de especial importancia. A estos efectos, varios Estados han establecido órganos de supervisión para la vigilancia de las actividades de las EMSP nacionales. Dentro de la Unión Europea ejercen esta función de supervisión de las mismas una gran variedad de instituciones. Unas veces, el control lo ejerce la policía (España, Grecia, Dinamarca, Hungría y Eslovaquia); otras, las autoridades civiles (Alemania, Italia y Suecia); el Ministro del Interior controla el sector en Eslovenia, Polonia, Italia y Holanda; el Ministro de Justicia en Luxemburgo. Irlanda y el Reino Unido han establecido una autoridad especializada que supervisa el sector nacional de la seguridad privada. La supervisión está muy fragmentada en aquellos que tienen una forma de gobierno federal con diferentes reglas e instituciones de supervisión a nivel *infra* nacional. Otro tema es cómo se ejerce dicha supervisión y cuáles son los regímenes sancionadores que varían desde

las multas y retiradas temporales o definitivas de licencias, hasta la prisión.

Los países adoptan diferentes enfoques sobre si y, en su caso, cómo controlar su emergente industria militar privada, existiendo grandes diferencias en la regulación de este fenómeno.

## **b. Tratamiento en los principales países sede de EMSP**

### **b. 1 Estados Unidos de América**

Los Estados Unidos, que constituyen el mayor Estado contratante y de origen de las EMSP, disponen de numerosas leyes que pueden ser aplicadas a los contratistas civiles<sup>445</sup>.

El Gobierno estadounidense es uno de los pocos que tiene un sistema de licencia y registro para las empresas militares privadas. El *pastiche* de legislación representa uno de los regímenes reguladores más amplios promulgados por Estado alguno. De todos modos, sigue estando repleto de lagunas y su aplicación es laxa. El punto clave de su legislación está basado en la conexión entre la exportación de armas y la de servicios militares y de seguridad privada.

La *Neutrality Act* (1794) prohíbe el reclutamiento de mercenarios dentro del país, no ocupándose de la venta de servicios militares. Esta Ley fue una respuesta a un conjunto de circunstancias sociales en las que

---

<sup>445</sup> Una lista completa de la legislación estadounidense aplicable a los contratistas es proporcionada por Caparini, M., "Regulating PMSCs: the US Approach". Incluido en Alexandra, A., Baker, D.P. y Caparini, M. (editores), *Private Military and Security Companies*, Routledge, 2008.



no se tenían en cuenta las empresas militares y de seguridad privada puesto que no existían. La *US Arms Export Control Act* de 1968, regula tanto el comercio de armas como la exportación de servicios militares<sup>446</sup> a través de la *Oficina de Control del Comercio de Defensa en el Bureau de Asuntos Político-Militares del Departamento de Estado*, que supervisa la *International Transfer of Arms Regulation* (ITAR), otorgando licencia a aquellas compañías que cumplan los requerimientos. La ITAR es parte de la *US Arms Export Control Act*, constituyendo la pieza clave de la legislación. La cláusula relevante de la misma establece que *cualquier persona (distinta de un representante o empleado del Gobierno de los Estados Unidos actuando de forma oficial) que se comprometa en el negocio de actividades de intermediación respecto a la manufactura, exportación, importación o transferencia de cualquier artículo o servicios de Defensa... se registrará en la agencia del Gobierno de los Estados Unidos encargada de la administración de esta sección*<sup>447</sup>. Este requisito se aplica a cualquier ciudadano de los EEUU dondequiera que se encuentre, dando a la regulación efecto extra territorial. La ITAR abarca las actividades de las compañías militares privadas pues se aplica a la *US Munitions List*, que incluye el entrenamiento militar y actividades tales como los servicios de Defensa.

---

<sup>446</sup> *Arms Export Control Act*, Title 22, United States Code, e *International Traffic in Arms Regulation*, Title 22, Code of Federal Regulations, Parts 120-120. Los servicios militares fueron incluidos en la Ley mediante una enmienda en los años ochenta al descubrirse por parte del Departamento de Estado que algunas compañías privadas estaban proporcionando entrenamiento a individuos de países con los que los Estados Unidos no tenían buenas relaciones.

<sup>447</sup> Vide Sección 151 *Brokering Activities Relating to Commercial Sales of Defense Articles* y Sección 38(1) (A).

Bajo este sistema, las compañías registradas deben solicitar licencias antes de firmar los contratos con clientes extranjeros y el hecho de no hacerlo constituye un delito. Cada solicitud conlleva un proceso de estudio interno por parte de varias oficinas del Departamento de Estado, así como de embajadas regionales antes de que se conceda la licencia. Las excepciones son los contratos con países de la OTAN que no requieren de estos estudios y los contratos con países sometidos a embargo son automáticamente rechazados. También hay una presunción de denegación para la provisión de servicios militares si conllevasen un resultado letal. De todas formas, es muy complicado determinar cuándo un contrato conlleva tal resultado como se demostró en casos como el de MPRI y el *Programa de Entrenamiento y Equipamiento en Bosnia*<sup>448</sup>.

La *US Arms Export Control Act* y sus enmiendas tratan la exportación de servicios de seguridad de la misma manera que la exportación de bienes, regulando estrictamente a quién se exportan los servicios pero no la manera en la que son usados. Las empresas estadounidenses que proveen servicios militares a extranjeros en los Estados Unidos o en el extranjero tienen que obtener una licencia del Departamento de Estado según *la ITAR*<sup>449</sup>. Sin embargo, el proceso de

---

<sup>448</sup> Una *Instrucción* del Departamento de Defensa de los Estados Unidos dirigida a la regulación de las actividades de los empleados de las EMSP impone requisitos detallados para aquellos que, presumiblemente, pudieran participar directamente en las hostilidades, lo que ilustra que el Ejército estadounidense está al corriente de la situación y preocupado. De todas formas, dicha regulación, aunque es un avance, es inadecuada pues estas empresas no solo son empleadas por los militares sino también por empresas de reconstrucción y de otros tipos, por lo que la regulación debería estar dirigida a todos estos entes. *Vide* Department of Defense Instruction N°. 3020.41 (3 October 2005) on "Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces".

<sup>449</sup> Sin embargo, las EMSP también pueden contratar directamente a través del *Defense Department's Foreign Military Sales (FMS) Programme*, que no requiere licencia alguna.

otorgamiento no sigue un procedimiento estandarizado. No hay una supervisión formal una vez la licencia ha sido otorgada ni hay otras provisiones para asegurar la transparencia salvo para los contratos que excedan de 50 millones de dólares que requieren notificación al Congreso antes de su aprobación. Este umbral es inadecuado para asegurar un control eficiente, pero, además, los contratos son frecuentemente divididos o parcialmente subcontratados para evitar la supervisión del Congreso<sup>450</sup>.

La responsabilidad por la implantación de controles una vez concedida la licencia sobre servicios comercialmente exportados de EMSP estadounidenses recae en el extranjero sobre los Agregados de Defensa y el Servicio de Aduanas en relación con las armas y otro material. En términos de supervisión y control, una vez el contrato es otorgado, las provisiones de la legislación estadounidense, aunque más completas que la mayoría, son escasas. La *Government Accountability Office* provee alguna supervisión de la concesión e implementación de contratos de las EMSP, pero con carácter limitado.

---

<sup>450</sup> Vide [www.gao.gov/cgi](http://www.gao.gov/cgi). La *Government Accountability Office* (GAO) se estableció como la Oficina General de Contabilidad por la *Ley de Presupuesto y Contabilidad* de 1921. Esta Ley exige "investigar, en la sede de gobierno o en otro lugar, todas las cuestiones relativas a la recepción, el desembolso y la aplicación de los fondos públicos, y hará al Presidente y al Congreso... los informes [y] las recomendaciones que buscan una mayor economía y eficiencia en el gasto público". Según la declaración de la misión actual de la GAO, la agencia existe para apoyar al Congreso en el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales y ayudar a mejorar el rendimiento y asegurar la rendición de cuentas del Gobierno federal. El nombre fue cambiado en 2004 por la *Ley de Reforma Capital Humano de la GAO* para reflejar mejor la misión de la oficina. Mientras que la mayoría de los otros países tienen las entidades gubernamentales similares a la GAO, la atención se centra principalmente en la realización de auditorías financieras. Los auditores de la GAO no sólo pueden llevar a cabo auditorías financieras, sino también integrarse en una amplia variedad de las auditorías de gestión.

Se intentó cubrir el vacío con la llamada *Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)*<sup>451</sup> aplicable a los civiles que sirven al Ejército de los Estados Unidos fuera del país. Esta ley adolece de varias limitaciones pues solo se aplicará respecto a los delitos cometidos en el extranjero que en Estados Unidos conlleven, como mínimo, un año de prisión<sup>452</sup>. La *MEJA* permite presentar cargos contra contratistas de los Estados Unidos por conducta criminal mientras trabajen para el Departamento de Defensa o en apoyo a una misión del Departamento de Defensa. No es de aplicación a las empresas bajo contrato con otras agencias gubernamentales como la CIA o el Departamento de Estado. En los casos en que esta ley no es aplicable, la responsabilidad penal es opaca. Por ello, el Congreso está considerando extender este estatuto a los contratistas que trabajen para cualquier agencia en, o en proximidad de, un área donde las Fuerzas Armadas estén llevando a cabo operaciones<sup>453</sup>.

Recientemente, los Estados Unidos han aprobado otras leyes y reglamentos encaminados a seguir reforzando la supervisión y la rendición de cuentas de las empresas militares y de seguridad privada. El

---

<sup>451</sup> *Military Extraterritorial Act de 2000 (MEJA)*, *Military Extraterritorial Jurisdiction*, Capítulo 212. Public Law 106-523. 106th Congress EEUU, 22 de noviembre de 2000. Disponible en [www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf](http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf).

<sup>452</sup> La efectividad de la *MEJA* dependerá de la voluntad política del Gobierno de los EEUU pues esta norma meramente provee una base legal para la persecución de limitadas clases de delitos, no obligando al Departamento de Justicia a perseguir, y sin afectar a la discreción para perseguir o no. *Vide* Yost, M.J. y Anderson, D.S. "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap", *95 AM. J. Int'l L.* 446, 2001, pág. 453.

<sup>453</sup> *MEJA Expansion and Enforcement Act de 2007*, H.R. 2740: 2007-2008 (110º Congreso). El Proyecto pasó el trámite del Congreso el 4 de octubre de 2007 y aún tiene que ser votado en el Senado. Resaltar que la *MEJA 2007* crea otra laguna al no definir el término "proximidad", lo cual puede permitir interpretaciones diversas en relación con la aplicabilidad de esta provisión.

17 de octubre de 2006 entró en vigor la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2007*, que contenía una sección que llevó a cabo lo que parecía un cambio menor en el *10 USC 802 (a) (10) Uniform Code of Military Justice (UCMJ)*<sup>454</sup>, añadiendo al término “guerra” el de “operación contingente” definido en el *U.S. Code, 10 USC 101 (a) (13)*<sup>455</sup>. Con ello potencialmente se somete a civiles estadounidenses a la justicia militar en ausencia de guerra declarada<sup>456</sup>.

<sup>454</sup> *Uniform Code of Military Justice (UCMJ)*, disponible en [www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm).

<sup>455</sup> El término “operación contingente” significa una operación militar que (A) es designada por el Secretario de Defensa como una operación en la que miembros de las fuerzas armadas están o pueden estar involucrados en acciones militares, operaciones u hostilidades contra un enemigo de los Estados Unidos o contra una fuerza militar contraria; o (B) resulta en la llamada u orden para hacerlo, o retención de miembros en servicio activo de los servicios uniformados en aplicación de la sección 688, 12301(a), 12302, 12304, 12305, o 12406 de este título, capítulo 15 de este título, o cualquier otra previsión legal durante una guerra o durante una emergencia nacional declarada por el Presidente o por el Congreso. Este cambio es de gran importancia pues la última Declaración formal de guerra por el Congreso fue la Segunda Guerra Mundial.

<sup>456</sup> *Vide John Warner National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2007*, Pub. L. Nº. 109-364, párrafo 552, 120 Stat. 2083, 2217 (2006) (enmienda la 10 U.S.C. sección 802(a)(10), *US extension of Uniform Code of Military Justice to contractors of the Department of Defense and possibly to other State agencies* en la *U.S. John Warner National Defense Authorization Act for FY2007* (P.L. 109-364) que autoriza juicios mediante Corte Marcial por crímenes cometidos por contratistas civiles que acompañen a las fuerzas militares tanto en guerras declaradas por el Congreso como en operaciones contingentes). Esto genera múltiples problemas pues la 1ª y 5ª Enmiendas de la Constitución de EEUU establecen el derecho al Gran Jurado y otros derechos fundamentales. *Vide Jackson, K., “Not Quite a Civilian, Not Quite a Soldier: How Five Words Could Subject Civilian Contractors in Iraq and Afghanistan to Military Jurisdiction”, 27 J. Nat’l Ass’n Admin. L. Judiciary, 2007, pág. 269.* El acusado militar no tiene derecho a un juicio con Jurado sino que debe escoger entre un juicio con juez o un conjunto de militares. Con la excepción de los casos de pena de muerte, el fiscal obtendrá un veredicto de culpabilidad si dos tercios del grupo de militares encuentra al acusado culpable. A diferencia del Jurado civil, el grupo de militares que están juzgando no es tan solo responsable de determinar la culpabilidad o no del encausado, sino que también decide qué sentencia se impone y puede incluso interrogar a testigos. *Vide Waddington, “Court Martial: Process and Procedure”, 20 de julio de 2007, <http://ucmjdefense.blogspot.com/2007/07/courts-martial-process-and-procedure.html>.* Por otra parte, el UCMJ criminaliza comportamientos no ilegales en la vida civil tales como el adulterio y la sodomía, y más importante, un contratista podría ser acusado de desertión por lo que en la vida civil sería un simple incumplimiento de contrato. Singer argumenta, en cambio, que el modelo de la Corte Marcial puede ser apropiado para analizar los presuntos delitos de los contratistas. Ciertamente, la misma puede ofrecer más facilidad para la comprobación de los hechos y, por otra parte, un tribunal militar puede comprender mejor las circunstancias específicas y sopesar la conducta del contratista en comparación con los estándares apropiados en esas circunstancias, lo cual reflejaría el principio fundamental del proceso debido y que puede estar ausente en un marco civil.

Esta extensión de la jurisdicción de las Cortes Marciales a los contratistas militares privados que desarrollen una conducta ilegal podría ser una buena propuesta pero no resuelve el problema subyacente de la participación ilegal en las hostilidades pues alguien solo puede ser llevado ante una Corte Marcial una vez ya ha cometido un delito. Esto significaría que no habría sanción alguna por cruzar la línea marcada por el Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo la participación directa en las hostilidades hasta el momento en que se haya cometido un delito. Una mera participación o incluso matar a un soldado enemigo no es una conducta que sería planteable ante una Corte Marcial del Estado contratante a menos que se hubiera cometido un crimen de guerra. Por tanto, esta propuesta está limitada a hacer responsables a los que han llevado a cabo una conducta delictiva desde el punto de vista del empleador tras la comisión de los delitos. Sería una herramienta útil pero no está dirigida a la necesaria regulación de la conducta de los contratistas militares privados con la perspectiva del aseguramiento del cumplimiento de las normas internacionales humanitarias<sup>457</sup>.

Estos problemas no se plantean cuando hablamos de Fuerzas Armadas, las cuales tienen su propio Código Militar que se aplica aun desplegadas en territorio extranjero, a menudo incluyendo un sistema de tribunales militares itinerantes que están equipados para juzgar a militares en servicio en el extranjero. De todos modos, hay oposición a juzgar a

---

*Vide* Belen, C.D., "Reining in Rambo: Prosecuting Crimes Committed by American Military Contractors in Iraq", 27 *Penn St. Int'l L. Rev.* 169 2008-2009; y Chen, D. H., "Holding "Hired Guns" Accountable: The Legal Status of Private Security Contractors in Iraq", 32 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 101, 2009.

<sup>457</sup> Kidane, W., "The Status of Private Military Contractors under International Humanitarian Law", 38 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 361 2009-2010.

civiles, incluyendo las empresas militares y de seguridad privada, en tribunales militares donde los derechos y protecciones pueden ser menores que en los de carácter civil. Ha habido sin embargo, recientes esfuerzos legislativos en los Estados Unidos para colocar a las EMSP bajo la jurisdicción de los códigos militares y, por tanto, potencialmente bajo la jurisdicción de los tribunales militares establecidos en el territorio.

La *War Crimes Act*<sup>458</sup> criminaliza conductas que serían consideradas una infracción grave de las *Convenciones de Ginebra*. Establece la jurisdicción sobre miembros de las Fuerzas Armadas estadounidenses y los nacionales de este país que cometan graves infracciones de las Convenciones internacionales sobre la guerra. Pero el problema estriba en que varias EMSP y miembros de las mismas no son nacionales estadounidenses. Por otra parte, la investigación de los hechos y la consecución de testigos son prácticamente imposibles en muchos casos<sup>459</sup>.

También hay que destacar que en el ámbito de la provisión de servicios de carácter puramente logístico, los Estados Unidos emplean dos servicios, uno para instalaciones fijas, tanto del interior del país como en sus bases en el Exterior, el *GOCO (Government Owned Contractor Operated)* y otro para las operaciones militares, el *LOGCAP (Logistic Civil Augmentation Program)* que cubre las capacidades de apoyo y

---

<sup>458</sup> *War Crimes Act*, 18 U.S.C, 2441 (2006).

<sup>459</sup> Una norma importante que no pasó la Sesión del Congreso es la *Transparency and Accountability in Military and Security Contracting Act* de 2007 que era una propuesta de enmienda a la MEJA para permitir que todas las personas empleadas por cualquier agencia gubernamental involucrada en una zona de guerra u operación estuviesen sometidas a la jurisdicción de los Estados Unidos. Sin embargo, esta iniciativa está en la agenda de Defensa. *Vide* The White House, The Agenda, Defense, [www.whitehouse.gov/agenda/defense](http://www.whitehouse.gov/agenda/defense).

sostenimiento en el exterior<sup>460</sup>. Una característica del *LOGCAP* viene marcada por la amplitud de sus contratos marco, por su carácter de permanencia y continuidad y por su capacidad para situar *cantidades indefinidas de suministros en lugares indeterminados*. El reembolso de gastos lo ejecuta la administración cada cuatro meses, imputando un 8% de beneficios estipulados, tras una certificación de satisfacción del cliente firmada por el jefe de la base o instalación. *LOGCAP* crea una relación contractual marco con una serie de órdenes de trabajo sin puja firmadas intermitentemente dependiendo de requerimientos específicos. Estos tipos de contrato *IDIQ* (siglas en inglés de “Provisión Indefinida y Cantidad Indefinida”) están diseñados para situaciones en las que la incertidumbre existe durante la duración o extensión de una operación determinada.

Un problema básico que afronta el sistema estadounidense de licencia es la falta de capacidad humana y financiera para llevar a cabo una adecuada revisión e investigación de antecedentes y subsiguiente revisión. El sistema también es presa del tráfico de influencias y cuestiones políticas, además de que la adjudicación de licencias es bastante *ad hoc*, con inconsistencias respecto a los requisitos exigidos y los criterios aplicados para la aprobación<sup>461</sup>. Un sistema de licencia sobrecargado y no sistematizado es mucho más propenso a la manipulación y al mal uso político. La supervisión podría ser fortalecida

---

<sup>460</sup> *LOGCAP* fue establecido en 1985 principalmente para preparar contingencias y potenciar los recursos civiles existentes. Sin embargo, su utilización no se produjo hasta tres años más tarde cuando el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de EEUU lo usó para contratar la construcción y mantenimiento de dos oleoductos en el sudoeste de Asia. Posteriormente, este mismo Cuerpo lo usó para otorgar a *Brown and Root Services* (ahora *KBR*) un contrato abierto de mayor coste para el apoyo de las fuerzas de Naciones Unidas en Somalia.

<sup>461</sup> Avant, D. *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*. Op.citada.



con una mayor implicación de la rama legislativa. Los recursos necesarios tanto para la revisión del contrato inicial y la supervisión podrían generarse parcialmente por el cobro de tasas por la licencia.

En este contexto, es comprensible la *Stop Outsourcing Security Act*, texto legislativo presentado el 23 de febrero de 2010 por dos congresistas estadounidenses<sup>462</sup>, que de ser adoptado prohibiría la utilización de contratistas privados en zonas de guerra. La legislación propuesta sometería los contratos de más de cinco millones de dólares al escrutinio del Congreso. Por otra parte, en 2010, a raíz del caso Abu Ghraib, el Congreso de Estados Unidos recomendó, en la *Ley de Autorización de la Defensa Nacional* para el año 2010, prohibir la utilización de contratistas privados en los interrogatorios de los detenidos. A pesar de esa recomendación, en una nota ejecutiva del Presidente de Estados Unidos se rechaza esa limitación, permitiendo que “en algunos casos específicos en los que posea una combinación de destreza tal que facilite la obtención de información crítica, el contratista privado podrá actuar como interrogador”<sup>463</sup>.

A pesar de toda esta legislación, es preocupante el sistemático fracaso del Gobierno de Estados Unidos en lo que respecta a la investigación o persecución de los numerosos casos de violaciones por las EMSP contratadas por el Departamento de Estado, a pesar de su

---

<sup>462</sup> Estos dos congresistas son la Representante de la Cámara, Jan Schakowsky (Demócrata por Illinois) y el Senador Bernie Sanders (Independiente por Vermont). Ese mismo texto había sido presentado por Schakowsky en noviembre de 2007, durante el Gobierno del Presidente G.W. Bush, pero no fue aprobado.

<sup>463</sup> Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas), *Comunicación n. 1020/2002, Cabal and Pasini vs. Australia*, 1 de noviembre de 2003, párrafo 7.2, pág. 357, A/58/40 (vol. II).

clara autoridad para llevarlas a cabo<sup>464</sup>. Pero aun tomando nota de sus omisiones y deficiencias, el sistema de licencia para las exportaciones de servicios militares y de seguridad privada en la misma línea que la exportación de bienes, provee un modelo relevante para otras posibles legislaciones nacionales.

## b. 2 Sudáfrica

Sudáfrica es el único país cuya legislación prohíbe expresamente a sus nacionales vender su preparación militar a un país extranjero inmerso en un conflicto armado. Establece una nítida separación entre “actividad mercenaria” y la exportación de “asistencia militar en el extranjero”. En 1998 se aprobó la *Foreign Military Assistance Act (FMAA)*<sup>465</sup> que regula la exportación de servicios de seguridad, como reacción al negativo impacto internacional de la EMSP *Executive Outcomes* en Angola y Sierra Leona y de otras compañías sudafricanas que operaron en África<sup>466</sup>. Esta Ley es un intento de desarrollar un instrumento legal de tratamiento tanto de los mercenarios tradicionales como de las emergentes compañías militares privadas<sup>467</sup>.

---

<sup>464</sup> Solo en una ocasión se ha aplicado el *Código Común de Justicia Militar* reformado en 2006 y en cincuenta y ocho la MEJA, aunque solo en trece casos ha llegado a abrirse un proceso ante un tribunal estadounidense.

<sup>465</sup> Republic of South Africa Government Gazette, vol. 395 Ciudad del Cabo, 20 de mayo de 1998, n° 18912; N°. 15 de 1998: *Regulation of Foreign Military Assistance Act* (1998).

<sup>466</sup> Sobre la FMAA, *vide* Talijaard, R., “Implementing South Africa’s Regulation of Foreign Military Assistance Act” en Alan Bryden y Marina Caparini (eds.), *Private Actors and Security Governance*, 2006, págs. 176 y ss.

<sup>467</sup> La legislación anterior estaba compuesta por la *Defence Act* de 1957, en la que se prohibía a los miembros de las *Fuerzas de Autodefensa sudafricanas (SADF)* servir como mercenarios o proveer servicios mercenarios.

Se establece una distinción entre la actividad mercenaria y la provisión de asistencia militar en el extranjero. La Ley no usa las definiciones de mercenario y mercenarismo que se encuentran en las Convenciones de Naciones Unidas y de la UA, sino que, en cambio, define la actividad mercenaria simplemente como *participación directa como combatiente en un conflicto armado por ganancia privada*. El compromiso en una actividad mercenaria, incluyendo el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento, está, sin embargo, prohibido por la Ley (sección 2) dentro de Sudáfrica o en cualquier lugar, sugiriendo su efecto extra territorial. El ámbito de la Ley alcanza a personas físicas y jurídicas, incluyendo individuos y compañías militares privadas que provean servicios militares en el extranjero desde el territorio de Sudáfrica o que se comprometan en actividades mercenarias en el extranjero. El propósito de esta legislación fue doble: prohibir la *actividad mercenaria* y regular la asistencia militar en el extranjero.

La actividad mercenaria está prohibida tanto en Sudáfrica como en el extranjero, aunque la ley no cubre las actividades ilegales de no nacionales fuera de su territorio. La asistencia militar es definida como servicios militares o relacionados que pueden ser prestados únicamente por individuos autorizados que reciban aprobación específica del Gobierno para cada contrato en particular.

En relación con la provisión de asistencia militar en el extranjero, la Ley define en la Sección I servicios militares o de tipo militar, incluyendo la asistencia militar a una parte de un conflicto armado mediante consejo

o entrenamiento; apoyo personal, financiero, logístico, de inteligencia u operacional; reclutamiento de personal; servicios médicos o paramédicos; adquisición de armas; servicios de seguridad para la protección de individuos involucrados en un conflicto armado o su propiedad; cualquier acción destinada al derrocamiento de un Gobierno o subvertir el orden constitucional, la soberanía o la integridad territorial de un Estado; y cualquier otra acción que tenga el resultado de favorecer los intereses militares de una parte de un conflicto armado. Quedan fuera del ámbito de este término las actividades humanitarias destinadas a aliviar las dificultades de civiles en el área de conflicto armado.

La prestación de asistencia militar no está proscrita por la Ley sino que se controla por un procedimiento de licencia y autorización. La entidad a cargo de la concesión de licencias es el *National Conventional Arms Control Comitee (NCACC)*, que también cubre las exportaciones de armas de Sudáfrica. Este ente del Parlamento sudafricano es responsable de la supervisión de la *Regulation of Foreign Military Assistance Act* en todos sus puntos, de tal forma que debe conceder permiso a las compañías antes de que puedan aceptar un contrato relativo a cualquier clase de asistencia militar<sup>468</sup>. Está presidido por un Ministro de un Departamento que no tenga vínculo directo con la industria de Defensa. La aprobación de un contrato no se produce si fuera contra el interés nacional de Sudáfrica o contraviniese los criterios establecidos en la Ley. Estos criterios están basados en obligaciones bajo el Derecho

---

<sup>468</sup> Pero, por ejemplo, *Meteoric Tactical Solutions* y *Erinys*, compañías sudafricanas, proveen servicios de entrenamiento y protección en Irak y ninguna de ellas ha recibido la aprobación del Comité.

Internacional y son similares a los usados para dirigir las exportaciones de armas. Los individuos o compañías deseosos de proveer asistencia militar deben registrarse y solicitar una licencia antes de firmar el contrato. La Ley incluye aplicación extra territorial y medidas punitivas para aquellos que no se sujeten a la misma.

La *Foreign Military Assistance Act* es un intento loable de legislar tanto contra los mercenarios como contra las modernas compañías militares privadas. En particular, tiene efecto extra territorial y tiene el suficiente ámbito para incluir las actividades de las EMSP. Pero la definición de mercenario es problemática por varias razones: es demasiado general y puede estar abierta a abuso en su aplicación; es inconsistente con las definiciones usadas en los instrumentos internacionales y fracasa en llevar las actividades mercenarias dentro del ámbito de la legislación de los conflictos armados. Incluso, aunque estas definiciones son débiles, se debería tener mucho cuidado en no erosionar el punto de referencia establecido por las leyes de los conflictos armados. Es una contradicción buscar la prohibición de los mercenarios y aun así definirlos de forma que se legitimaría su participación y protección como combatientes bajo las leyes de los conflictos armados. No reduce la dificultad de definir quiénes son mercenarios por su motivación y, finalmente, es imprecisa y demasiado amplia para que su aplicación sea práctica<sup>469</sup>.

La *Foreign Military Assistance Act* ha tenido un éxito parcial, incluyendo la clausura formal de varias de las EMSP sudafricanas y la

---

<sup>469</sup> Gulam, H., "The rise and rise of Private Military Companies" *op. cit.*.

recolocación de otras<sup>470</sup>. Sin embargo, las penas impuestas por los tribunales han estado generalmente limitadas a pequeñas multas.

En 2001, se promulgó la *Private Security Industry Regulation Act 56*<sup>471</sup>, que provee la autoridad reguladora básica respecto de las EMSP sudafricanas. Esta ley define los servicios de las EMSP e impone un código de conducta a los empleados de las mismas. También mantiene estándares relativos al entrenamiento, registro y supervisión. Varias agencias estatales desde la *Private Security Regulation Authority* a la *Safety and Security Sector Education and Training Authority* llevan a cabo el escrutinio de los contratistas de seguridad privados.

Debido al gran número de ciudadanos sudafricanos que trabajan como guardias de seguridad en Irak y el fallido golpe de estado en Guinea Ecuatorial en 2004 que involucró a varios sudafricanos, el Gobierno propuso nueva legislación. El Proyecto fue presentado en 2005 y en 2006 se promulgó la *South Africa's Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Act N° 27*<sup>472</sup>. Intenta abarcar todas las actividades de individuos y corporaciones implicados en conflictos armados que no son miembros de las Fuerzas Armadas regulares y prohibir cualquier participación en actividades militares privadas que no estén autorizadas expresamente por el *National Conventional Arms Control Comitee* y otorga a los tribunales sudafricanos

<sup>470</sup> Se puede citar el caso de *Executive Outcomes*, aunque no está claro si su clausura fue real o, como parece ser, tan solo formal.

<sup>471</sup> *Private Security Industry Regulation Act 56* de 2001, disponible en [www.psira.co.za/content/category/5/20/37/](http://www.psira.co.za/content/category/5/20/37/).

<sup>472</sup> Government Gazette, Republic of South Africa, 30477, 1083 Prohibition on mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Act 27, de noviembre de 2006, Bill 1083-06, disponible en [www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729](http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729).

jurisdicción extraterritorial que se aplica a cualquier EMSP y a sus empleados. Prohíbe a sus ciudadanos la participación en “combate por ganancia privada en un conflicto armado” y “reclutar, usar, entrenar, apoyar o financiar a cualquier persona para proveer asistencia o prestar cualquier servicio a una parte de un conflicto armado”<sup>473</sup> sin la autorización expresa de dicho *Comité*. Parece así que se produce un cambio desde la criminalización y prohibición a la regulación de la participación sudafricana en Fuerzas Armadas y servicios de seguridad extranjeros.

### **b. 3 Reino Unido**

En lo que se refiere al Reino Unido, ya había mercenarios antes del siglo XIV. La *Magna Carta* de 1215 ordenaba la expulsión del reino de “todos los caballeros extranjeros, arqueros, sargentos y mercenarios”, pues a pesar de su utilidad eran muy problemáticos cuando no había operaciones, erosionando los valores sociales. La primera aproximación sistemática al tema se produjo mediante legislación desde el punto de vista de la neutralidad. Hay que hacer referencia a la *Foreign Enlistment Act* de 1870<sup>474</sup> la cual establece en su Sección IV que el delito de “alistamiento ilegal” se aplica a toda persona que *sin la licencia de Su Majestad, siendo un súbdito británico, dentro o fuera de los dominios de*

---

<sup>473</sup> Sección 2(1) (a), y 3(1) (b) respectivamente.

<sup>474</sup> Esta Ley fue consecuencia del caso del “Alabama”, un barco de guerra armado en el Reino Unido para el uso por las Fuerzas Confederadas en la Guerra Civil Americana. El Reino Unido fue de hecho uno de los últimos países europeos en abandonar las fuerzas mercenarias (que fueron contratadas para Crimea aunque no desplegadas pues llegaron demasiado tarde).

*Su Majestad, acepte o esté de acuerdo en aceptar cualquier servicio o compromiso en el servicio militar o naval de cualquier Estado extranjero en guerra con cualquier Estado extranjero en paz con Su Majestad, y en esta Ley llamado Estado amistoso, o si un súbdito británico o no, dentro de los dominios de Su Majestad, induce a cualquier otra persona a aceptar o estar de acuerdo en aceptar cualquier servicio o compromiso en el servicio militar o naval de cualquier Estado extranjero.* Otras infracciones clasificadas bajo el título de “alistamiento ilegal” incluyen: dejar los dominios de Su Majestad con la intención de servir a un Estado extranjero (Sección 5); embarcar personas bajo falsas representaciones de servicio (Sección 6); y aceptar ilegalmente personas alistadas a bordo (Sección 7).

Aparentemente, nunca ha habido un proceso exitoso bajo esta Ley en conexión con reclutamiento ilegal. La *Foreign Enlistment Act*, aun a pesar de haber sido recientemente suplementada en la Parte VI de la *Terrorism Act*<sup>475</sup>, es actualmente una rara excepción entre las leyes sobre neutralidad al aplicarse a infracciones cometidas fuera del territorio del Reino Unido, pero está tan desfasada que se puede considerar superflua<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> Vide Walker, C., *A Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, op. cit., cap. 6.

<sup>476</sup> La inadecuación de la legislación basada en la neutralidad fue expuesta en el caso del Reino Unido por el *Informe Diplock* de 1976. El *Informe* examinó el papel de los mercenarios británicos en Angola que fueron ejecutados públicamente en los años setenta. Descubrió que la *Foreign Enlistment Act* ya no era apropiada en las actuales circunstancias y que el motivo de ganancia privada no debería ser más un criterio relevante para definir al mercenario, recomendando que es más significativo mirar al propósito para el que son alquilados. También concluyó que la prohibición de que los ciudadanos británicos trabajasen en el extranjero como mercenarios era una infracción injustificable de los derechos y libertades individuales. El *Informe* establece que la libertad de movimiento puede ser restringida en interés del orden público, seguridad



El Gobierno británico ha confiado en gran medida en la autorregulación, pero con el crecimiento de la industria ha adoptado, al igual que la mayoría de los Gobiernos, una postura más proactiva respecto a las empresas del sector, habiendo reforzado la regulación gubernamental<sup>477</sup>. La *Private Security Industry Act*, de 11 de mayo de 2001, introduce regulaciones para los servicios de policía privada nacionales. La *Security Industry Authority*, contemplada por la misma fue establecida en 2002, siendo su función especificar criterios para el otorgamiento de licencias y llevar a cabo una labor de supervisión<sup>478</sup>.

Los servicios relativos a entrenamiento estratégico, logística militar y gestión así como la exportación de servicios militares no están cubiertos por esta ley sino por la *British Export Control Act* de 2002<sup>479</sup>, que prevé controles para la provisión de asistencia técnica en el extranjero, fuera de

---

pública y salud pública, suponiendo que dichas restricciones son justificadas y razonables. Las restricciones dirigidas a la prohibición de reclutar y ser reclutados como mercenarios no podrían ser justificadas en el interés de la seguridad pública bajo la Legislación de los Derechos Humanos y el *Cuarto Protocolo a la Convención Europea de Derechos Humanos* de 1950.

<sup>477</sup> En lo que respecta a la regulación de mercenarios y EMSP, el Reino Unido fue el primer Gobierno europeo en investigar la posibilidad de regulación nacional. Sus esfuerzos se incrementaron con el escándalo de la venta de armamento a Sierra Leona en 1997 a pesar del embargo de la ONU, estando implicada la EMSP británica *Sandline International*. El envío de armas estaba aparentemente autorizado por miembros del *Foreign Office*. El Parlamento llevó a cabo una investigación del hecho y pidió como parte de su informe un *Documento de discusión (Green Paper)* gubernamental señalando opciones para el control y regulación de las empresas del sector basadas en el Reino Unido. Como en el caso de los Estados Unidos, la actual legislación interna en el Reino Unido refleja una postura que es alternativa al intento del *Protocolo Adicional I* y de la Convención de las Naciones Unidas. La legislación interna de ambos países solo prohíbe el reclutamiento de mercenarios y el efectivo desarrollo de actividades mercenarias. Ser mercenario en cualquiera de esos países no es en sí misma una actividad criminal. *Vide* ONU, Informe de la Asamblea General A/54/326, pág. 14.

<sup>478</sup> Aunque esta legislación está destinada a la regulación de las actividades de estas compañías a nivel nacional, puede sin embargo proveer ciertas directrices para la regulación de las actividades de EMSP que prestan servicios de seguridad y vigilancia en el extranjero. *Vide* Walker, C. y Whyte, D., "Contracting Out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom", *54 Int'l & Comp. L. Q.* 651, 2005.

<sup>479</sup> *Export Control Act 2002* (London: The Stationery Office, 2002), en [www.hmso.gov.uk/acts2002/20020028.htm](http://www.hmso.gov.uk/acts2002/20020028.htm)

la Unión Europea, aunque solo requiere licencia si la asistencia técnica está ligada a armas de destrucción masiva<sup>480</sup>. También podría ser aplicable esta ley de forma extraterritorial si están involucrados nacionales del Reino Unido. Estas medidas son potencialmente aplicables a las EMSP para la prevención del tráfico de equipamiento militar y en base a la inquietud respecto al efecto adverso sobre la paz, seguridad o estabilidad en cualquier región del mundo o en cualquier país. Más allá de la *Export Control Act*, las EMSP no son objetivo de la previsible legislación y menos aún son vistas como elementos a ser prohibidos, sino todo lo contrario.

En el Reino Unido, el paladín de la privatización en Europa, las *Private Finance Initiatives (PFI)* han transformado sustancialmente la relación entre el sector público y privado en los asuntos militares, buscando facilitar el crecimiento de la industria de servicios militares privados en el Reino Unido<sup>481</sup>. Mientras inicialmente la externalización estaba restringida al apoyo de carácter no militar y a la gestión, los *Programas PFI* están incluyendo cada vez más funciones militares tales como logística y entrenamiento<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> En Suecia, el sistema de control se parece al británico en que la exportación de asistencia técnica fuera de la Unión Europea está prohibida si se refiere a armas de destrucción masiva o a misiles capaces de contener dichas armas. *Código sueco de Estatutos 2000: 1064*, 08 de diciembre de 2000, Ley sobre el control de productos de doble uso y sobre asistencia técnica, promulgada el 30 de noviembre de 2000, Sección 9, en <http://projects.sipri.se/expcon/dualuse/swe1064.htm>.

<sup>481</sup> *Vide*: “Public Private Partnerships in the MoD: MoD’s approach to the Private Finance Initiative”, en [www.mod.uk/business/pfi/intro.htm](http://www.mod.uk/business/pfi/intro.htm) y “The Private Finance Initiative” en [www.mod.uk/aboutus/factfiles/pfi.htm](http://www.mod.uk/aboutus/factfiles/pfi.htm).

<sup>482</sup> Hay ya una larga experiencia en la gestión de recursos e instalaciones mediante el sistema *PFI*, como por ejemplo, la Escuela Conjunta de Estado Mayor, el sistema de comunicaciones fijas de la Defensa o los Parques de vehículos comerciales. Se caracteriza por la contratación y vigencia durante amplios períodos de tiempo que

Como consecuencia, las operaciones privadas de apoyo se han ido desplazando hacia la línea del frente. Tanto es así, que el *Sponsored Reserve Concept (SRC)*, fue incorporado al Derecho británico en la *Reserve Forces Act (Part V)* en 1996<sup>483</sup>, previendo que las EMSP provean servicios en situaciones de conflicto mediante el enrolamiento de parte de sus trabajadores como *reservas voluntarias patrocinadas*<sup>484</sup> en las *England's Volunteer Reserve Forces*, modificando la noción de una línea clara de diferenciación entre las Fuerzas Armadas operando en el campo de batalla y los empleados de estas empresas que no llegan a estar directamente expuestos en los conflictos militares. La *Sponsored Reserve Act* requiere que una específica porción del personal del contratista gubernamental sean miembros de un componente militar reservista. Bajo esta premisa, en tiempo de necesidad, el Gobierno británico patrocina a los empleados reservistas de las EMSP que son movilizados y desplegados como miembros uniformados de las Fuerzas Armadas, operando bajo el control y mando de los mandos militares. Como miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho a tomar parte directa

---

pueden llegar a 30 años. Tienen la suficiente flexibilidad para atender no sólo el apoyo logístico sino también a las operaciones de despliegue de las fuerzas.

<sup>483</sup> *Reserve Forces Act*, 1996, en [www.hmso.gov.uk/acts/acts1996](http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1996).

<sup>484</sup> Los empleados de las EMSP se convertirán en miembros de la reserva de las Fuerzas Armadas y recibirán el entrenamiento correspondiente. Mientras estén sirviendo con las Fuerzas Armadas, los empleados de las EMSP gozan de estatuto oficial en el Ejército británico y están sujetos a las *Service Discipline Acts and Service Regulations*. Los empleadores de *reservas patrocinadas* no tienen derecho a apelar contra la activación. Como otras fuerzas de reserva, el máximo período de activación es de nueve meses, pero podría ser extendido con el acuerdo del reservista y de la empresa que lo emplea. *Vide* Krahmman, E., "Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation", *14 Eur. Sec.* 277, 2005, págs. 281-82.

en las hostilidades y al estatuto de prisionero de guerra si son capturados<sup>485</sup>.

El creciente ámbito de los servicios ofrecidos y el desplazamiento hacia la línea del frente incrementa la dependencia del Ministerio de Defensa británico respecto de la industria privada y también facilita la consolidación nacional y transnacional de la industria, lo que contribuye a la reducción de competencia entre las empresas del sector. Los contratos a largo plazo lastran el diseño y gestión de los contratos público-privados, cuya renegociación puede ser costosa. Ya que las *PFI* significan que tanto la propiedad de las instalaciones militares como los conocimientos técnicos permanecen en poder privado, el Ministerio de Defensa puede tener dificultades para retirarse en dichos contratos pues no dispondrá de las instalaciones y *staff* que pueda sustituir al contratista a corto plazo. Las cláusulas de las *PFI* no son públicas, y aún más, a diferencia de la normativa gubernamental, ni los contratos *PFI* ni la activación de *reservas patrocinadas* tienen que ser aprobados por el Parlamento. Así pues, mientras los contratos entre el Gobierno y empresas privadas o *reservas patrocinadas* pueden otorgar al Ejecutivo cierto control, carecen, por otro lado, de transparencia y ofrecen tan solo una rendición de cuentas limitada.

Por otra parte, en abril de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos de la Commonwealth del Reino Unido inició un

---

<sup>485</sup> Vide Blizzard, S., "Increased Reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line? *Air Force Journal of Logistics*, nº XXVIII, 2004, pág. 2.

proceso de consultas sobre una propuesta del Gobierno de introducir un conjunto de medidas encaminadas a mejorar las normas aplicables al sector de las empresas militares y de seguridad privada en el Reino Unido y en todo el mundo<sup>486</sup>. El documento de discusión resultante, *Green Paper*, es parcial en su cobertura pues se concentra principalmente en la regulación de las EMSP pero se mantiene evasivo respecto a la política gubernamental del Reino Unido sobre su uso. El origen directo de este *Green Paper* reside en la investigación de la *House of Commons Foreign Affairs Committee* respecto al asunto "Arms to Africa". La segunda razón detrás de la redacción de este *Green Paper* es el *mantra* perenne de economía, eficacia y eficiencia. Las EMSP pueden ser más baratas pues tienen costes de inicio y funcionamiento más bajos y no soportan gastos por pensiones o desempleo. A su vez, la razón práctica principal es que la industria privada de Defensa en su conjunto sigue siendo una de las más importantes del Reino Unido en generación de ingresos externos.

La legitimización de estas empresas es importante pues estimula la industria de Defensa en su conjunto. Por otra parte, el Gobierno británico ha expresado su desilusión respecto a las aproximaciones del Derecho Internacional en el tema de las EMSP al concentrarse excesivamente en el aspecto de los mercenarios, buscando la prohibición más que la regulación, de ahí su negativa a firmar la Convención anti mercenaria de la ONU. Este rechazo de la regulación internacional está parcialmente

---

<sup>486</sup> UK Foreign and Commonwealth Office, *Green Paper*. Documento de consulta, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos de la Commonwealth, Consulta sobre la promoción de normas de conducta estrictas por las empresas militares y de seguridad privada en el ámbito internacional.

basado en la lógica de la incorporación, por la creencia de que esta industria se autorregulará de forma responsable. Todo ello sin olvidar la otra gran razón, el papel que las EMSP pueden jugar en la reducción de la exposición política cuando se llevan a cabo intervenciones militares, pudiéndose generar lo que se ha denominado “política exterior por representación”. Su empleo puede resultar en una cierta evasión del escrutinio de sus actividades militares por la comunidad internacional y por sus propias estructuras constitucionales nacionales.

Tanto si se buscan políticas expansionistas o humanitarias, parece que se ha otorgado a estas empresas un papel central en la realización de las ambiciones en política exterior del Reino Unido. Son éstas las razones políticas que dan forma al régimen regulador propuesto en el *Green Paper*. El Reino Unido desea promover legislación nacional sobre el sector, con un rechazo frontal a la completa prohibición de estas empresas incluso en operaciones de combate, siendo la opción de no hacer nada también bastante improbable. Entre la prohibición y la pasividad está la estrategia de regulación, y éste es el objetivo del *Green Paper*, ofreciéndose varios niveles de regulación como opciones imbricadas<sup>487</sup>.

En este Documento, el Gobierno explicó que rechazaba la opción de expedir licencias para determinadas actividades o empresas porque, entre otras cosas, no existía una autoridad apropiada que se encargara

---

<sup>487</sup> Tras una consulta pública que concluyó en julio de 2009, el Gobierno británico rechazó todas las opciones reguladoras disponibles para las EMSP con sede social en su territorio y recomendó la autorregulación a través de un código de conducta para la industria del Reino Unido.

de su aplicación y pudiera investigar efectivamente las violaciones, y resultaría difícil crear, mantener y usar de forma eficaz un registro de empresas con aprobación del Gobierno. El conjunto de medidas recomendado por el Gobierno combinaba una iniciativa de autorregulación por conducto de una asociación profesional, con una estrategia internacional para promover normas mundiales más estrictas.

La asociación profesional tomaría la iniciativa de redactar un código de conducta sobre la base de normas nacionales estrictas y asumiría la responsabilidad de hacerlo cumplir. El Gobierno utilizaría su influencia como comprador con objeto de presionar a las empresas militares y de seguridad privada para que suscribieran y cumplieran el código. El Gobierno ampliaría la cooperación internacional sobre la base del *Documento de Montreux* y promovería una ampliación de la *Iniciativa suiza* a fin de crear normas convenidas internacionalmente para las empresas. También apoyaría el establecimiento de un mecanismo efectivo, imparcial y transparente para la presentación de quejas. De todas formas, la conclusión del Gobierno británico es que se requiere más información, incluyendo la consulta con los aliados de la Unión europea<sup>488</sup>.

---

<sup>488</sup> Respuesta del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y la Commonwealth, Noveno Informe del *Comité de Asuntos Exteriores*, Private Military Companies (Cm 5642 London 2002) 2 y 3. Esta reseña inicial de política normativa concluyó contra el cambio legislativo (*vide* Foreign Affairs Committee Report, Foreign Policy Aspects of the War against Terrorism (2003-04 HC 441), pár. 30.

#### b. 4 Israel

Israel es, por detrás de Estados Unidos y Reino Unido, uno de los principales proveedores de servicios militares y de seguridad privados. En la medida que este país se encuentra sumido en conflictos armados de forma casi permanente y amenazado por una gran variedad de amenazas a la seguridad, muchas empresas de seguridad privada operan en Israel para garantizar la seguridad tanto en el sector público como privado. Mientras que las compañías de seguridad son un fenómeno común, las empresas militares privadas, empresas o cualquier otro tipo de grupos armados con el objetivo de usar la fuerza para otros fines que el de asegurar la seguridad pública están prohibidos bajo la ley israelí.

La autorización del uso de la fuerza para hacer cumplir la ley se otorga exclusivamente al Estado y es ejercido por sus funcionarios que operan bajo la regulación de la ley israelí. Esta normativa define a la policía como el órgano principal del Estado a cargo del cumplimiento de la ley dentro de Israel y en las zonas de colonización existentes en los territorios ocupados. La *Fuerza de Defensa Israelí* es la Fuerza Armada de Israel. Como tal, es el órgano del Estado que opera en situaciones de uso de la fuerza para el aseguramiento de las fronteras y que opera en los territorios ocupados para garantizar la seguridad y el orden público y la seguridad de Israel.

Además, la ley define dos nuevos órganos: la *Agencia de Seguridad de Israel*, una agencia estatal para la protección de los ciudadanos de Israel frente a actos hostiles, y el *Instituto de Operaciones*



*de Inteligencia*, que es un organismo estatal para la recogida de información, su análisis, y llevar a cabo operaciones especiales encubiertas más allá de sus fronteras.

El uso de la fuerza por parte de empleados de empresas de seguridad privada constituye una excepción a la regla general mencionada anteriormente. Como se explicará a continuación, se les otorga esa autoridad sólo en limitadas circunstancias relacionadas con la protección de la seguridad y el orden públicos. La ley israelí establece la obligación de garantizar la seguridad, tanto en el ámbito público como privado.

La *Ley de Regulación de Seguridad en las Instituciones Públicas* de 1998, define detalladas regulaciones con respecto a los requisitos de seguridad en las instituciones públicas, mientras que la policía orienta y supervisa el cumplimiento de la normativa. Cada institución pública debe designar a un oficial de seguridad que garantice la seguridad pública en la organización y dependerá directamente del ejecutivo de la organización o de su adjunto.

La *Ley de Licencias de Negocios* de 1968, ofrece las regulaciones y condiciones operativas relacionadas con la salud pública, la seguridad, el orden y la seguridad de las empresas privadas. De acuerdo con esta ley, también en relación con las empresas privadas, la policía es la autoridad supervisora de todas las cuestiones relacionadas con la seguridad pública. La responsabilidad de garantizar la seguridad pública

y cumplir con las regulaciones relacionadas descansa en el ejecutivo de la empresa privada.

En lo que respecta a la normativa aplicable a las EMSP, las empresas de seguridad privada están sujetas a la *Ley de investigadores privados y servicios de guardia* de 1972, que define las condiciones y requisitos para establecer y operar empresas de seguridad privada. Entre otras normas, en esta ley se debe destacar que el establecimiento y operación de una empresa privada de seguridad requiere una licencia, que debe ser considerada y analizada por un Comité especial nombrado por el Ministro israelí de Justicia. Cada guardia que trabaje para una de estas empresas, así como los ejecutivos y gerentes que organicen actividades de seguridad, deben poseer una licencia expedida por el Comité. Se podrá denegar esta licencia a una empresa de seguridad privada y/o un guardia y/o ejecutivo, debido a razones relacionadas con la seguridad pública, el historial personal y/o el comportamiento del solicitante.

La *Ley de Autorizaciones para garantizar la seguridad pública* de 2005, ofrece a un guardia que trabaje para una empresa de seguridad privada diferentes autorizaciones con el fin de garantizar la seguridad dentro de un área bien definida o un lugar determinado. Cabe mencionar que esta ley también regula las autorizaciones otorgadas a los policías y soldados que realizan "misiones para garantizar la seguridad pública",

pero no limita las facultades conferidas a la policía y los soldados cuando realizan otras tareas bajo diferentes leyes<sup>489</sup>.

El *Código Penal* de Israel de 1977 se aplica a cualquier acto definido por el mismo como un delito y que se haya cometido en el territorio de Israel por cualquier persona (incluso si el individuo no es un ciudadano o residente de Israel). El *Código* también define algunas situaciones en las que se aplica a los delitos que se hayan cometido fuera del territorio de Israel (como los actos contra el Estado de Israel, su imperio de la ley y soberanía, sus secretos, etc.). En estas situaciones, éste será plenamente aplicable sólo a los ciudadanos o residentes israelíes. A los actos que son cometidos fuera del territorio de Israel por un individuo que no es un ciudadano israelí o residente, será aplicable cuando Israel sea Parte de un tratado que obligue a su aplicación en una situación determinada. En los territorios ocupados, será aplicable tan sólo a los ciudadanos israelíes y residentes. Diferentes leyes se aplicarán a las personas en los territorios ocupados que no son ciudadanos o residentes de Israel.

---

<sup>489</sup> Esta ley establece que un guardia que garantiza la seguridad en un área definida tiene la autoridad para cachear a una persona que desea entrar en dicha área, solicitar su identificación, y para retener temporalmente cualquier objeto que pueda poner en peligro la seguridad pública. Si la persona que desea entrar en la zona se niega a cooperar, el guardia puede, con un uso de la fuerza razonable, impedirle el paso o bien echarla. Además, si sospecha que una persona está a punto de poner en peligro la seguridad pública y/o cometer un delito, puede detenerla hasta que llegue la policía. La ley establece claramente que todos los procedimientos permitidos por la ley que son utilizados por un guardia con el fin de garantizar la seguridad pública y para prevenir la violencia deben ejercerse de tal forma que se garantice a la persona su dignidad, privacidad y derechos.

Los ciudadanos israelíes que trabajan para EMSP no ostentan ningún poder oficial ya trabajen dentro o fuera de Israel. Por lo tanto, el Código Penal será aplicable de la misma forma que lo es a cualquier otro ciudadano o residente como se explica anteriormente. No hay prohibición explícita a los ciudadanos o residentes israelíes para trabajar en este tipo de empresas fuera de Israel. Sin embargo, si un acto llevado a cabo por un ciudadano o residente de Israel mientras trabaja para una de estas empresas entra dentro del ámbito del *Código*, será considerado un delito punible.

Los ciudadanos israelíes, residentes israelíes o empresas israelíes que participen en transacciones de exportación de Defensa (es decir, conocimientos de marketing militares y/o equipos militares y/o la prestación de servicios de Defensa, ya se lleve a cabo dicha transacción dentro o fuera de Israel, deben estar inscritos en el *Registro de Exportación de Defensa*, supervisado por la *División de Control de Exportación de Defensa* del Ministerio de Defensa de Israel, de reciente creación bajo la *Ley de Control de Exportación de Defensa* de 2007, y poseer una licencia especial de la *División de Control de Exportación*. La realización de transacciones de exportación de Defensa sin el registro necesario y licencia, o en desacuerdo con la autorización concedida, es un delito. Al examinar la solicitud, la autoridad competente podrá tener en cuenta, entre otras consideraciones, razones de Estado, la seguridad, las cuestiones relativas a las relaciones exteriores, y las obligaciones internacionales.

Las EMSP que se dediquen a operaciones de exportación de Defensa están plenamente obligadas por las disposiciones mencionadas.

### c. Otras normativas nacionales

#### c. 1 Alemania

La Administración alemana, a diferencia del Reino Unido, ha sido cuidadosa en el mantenimiento de sus capacidades de dirección de funciones militares clave a través de sociedades público-privadas, y a través de controles legislativos más estrictos. Los controles alemanes superan a los británicos en áreas tales como el tráfico de armas por las EMSP dentro y fuera de Alemania y la venta de servicios militares a países sujetos a embargo.

En contraste con el Reino Unido, el Gobierno alemán ha sido mucho más cauto en la externalización de funciones militares y ha mantenido un control directo sobre los servicios. Los servicios privados de seguridad y policía están regulados en el *Código de Comercio alemán* (*Gewerbeordnung*) desde 1927 y por legislación especial para los servicios de seguridad (*Bewachungsgewerberecht*) desde 1995. El *Código de Comercio* establece la necesidad de licencia para las compañías de servicios, mientras que la *Bewachungsgewerberecht*, que fue fortalecida en 1999 y 2002<sup>490</sup>, define más requisitos como entrenamiento, prueba escrita y oral, seguro adecuado y otras

---

<sup>490</sup> Gesetz zur Änderung des Bewachungsgewerberechts de 23 de julio de 2002 (Bonn: Bundesgesetzblatt, Teil I, Nr.51, de 26 de julio de 2002), en <http://217.160.60.235/BGBL/bgbl1f/bgbl102s2724.pdf>.

obligaciones para el personal de seguridad privada. Los servicios militares privados están regulados por el *Código de Comercio* en general y por el *Bewachungsgewerberecht* si incluyen la protección de instalaciones militares. Los controles sobre la exportación de servicios militares privados se han incluido en la revisada *Regulación de la Exportación (Ausserwirtschaftsverordnung)* de 2002.

Se ha avanzado en la colaboración público-privada con el *Acuerdo Marco Innovación, Inversión y Eficiencia en el Bundeswehr*, entre el Ministerio de Defensa y representantes de la economía alemana, firmado por más de 700 empresas privadas, cubriendo catorce proyectos piloto. Estos proyectos van desde tecnología de la información hasta el entrenamiento militar y logística, adoptando la forma de la externalización convencional a las empresas. El Gobierno alemán ha tomado un enfoque diferente en relación con la gestión de otros aspectos esenciales del *Bundeswehr* tales como terrenos, provisión de uniformidad y tecnología de la información. Para la evaluación de opciones para sociedades público-privadas en estas áreas, creó la *Asociación para el Desarrollo, Adquisición y Operaciones (Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb – GEBB)*<sup>491</sup> en el año 2000, una sociedad de Derecho privado, pero de titularidad estatal. A diferencia del Ministerio de Defensa británico, el GEBB, totalmente de propiedad gubernamental, ha optado

---

<sup>491</sup> La razón principal para la creación del *GEBB* fue económica. Debido a las restricciones presupuestarias, el Ministerio de Defensa quería conseguir más financiación, y, especialmente, respecto a las bases militares y otros bienes, como los cuarteles, quería obtener fondos. Previamente, la clausura de bases militares y la venta al sector privado, significaba que las ganancias de las ventas iban al presupuesto general bajo control del Ministerio de Finanzas. Con el *GEBB* de responsable de parte del marketing de las bases cerradas, el dinero va a los cofres y presupuestos del Ministerio de Defensa.

por mantener una implicación directa en la prestación de servicios militares, argumentando que la Constitución requiere que el *Bundeswehr* conserve una función de control y coordinación sobre la prestación de servicios militares privados.

Así pues, Alemania usa las corporaciones públicas y las sociedades conjuntas como mecanismos para el control de los servicios militares privados. En lugar de basarse exclusivamente en obligaciones contractuales, las sociedades público-privadas permiten al *Bundeswehr* ejercer un control inmediato sobre esas empresas y determinar cómo se proveen los servicios. Esta capacidad es crucial cuando los peligros estratégicos son más importantes que el coste-eficiencia<sup>492</sup>. Más aún, a través de la sociedad pública, el Ministerio de Defensa es públicamente responsable respecto de las operaciones de las empresas privadas del sector.

### **c. 2 Francia**

En Francia, país que no ha ratificado la *Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios*, el Senado adoptó el 06 de febrero de 2003 una ley que convierte la actividad mercenaria en delito según el Derecho francés<sup>493</sup>. Los elementos constitutivos del delito son muy parecidos a los establecidos en el artículo 47 del *Protocolo Adicional I*, pero no diferencia entre implicación en conflictos armados internacionales

---

<sup>492</sup> Según su experiencia han conseguido ahorros entre un 10 y un 20% en la gestión.

<sup>493</sup> Loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaires (1). NOR: DEFX0200004L. J.O. no 89 du 15 avril 2003, pág. 6636.

y no internacionales. Criminaliza el hecho de tomar parte directa, o tratar de hacerlo, en las hostilidades, por personas que no tienen relación por nacionalidad o por una agencia estatal respecto de un conflicto y quien lo haga sea para obtener una ganancia personal.

Esta legislación elimina el requisito de que dichas personas tengan que ganar más que sus contrapartes estatales. Este cambio en el lenguaje incrementa la posibilidad de que una persona pueda, de hecho, cumplir los criterios para ser clasificada como mercenario pero no remedia otras debilidades de la definición, particularmente aquellas relativas a la ambigua definición de tareas prohibidas. Se resalta que los denominados mercenarios son *reclutados especialmente para combatir*, cuando el término *combatir* no está definido en la Convención ni en otros instrumentos de Derecho Internacional.

Se suponía que esta nueva ley resolvería el tema de la renovación de la tradicional actividad mercenaria a la que Francia ha tenido que hacer frente en los años recientes<sup>494</sup>. Sin embargo, las discusiones durante la adopción del texto mostraron que las autoridades francesas eran conscientes de que el texto no tenía en cuenta la totalidad del tema de la privatización de servicios militares. El debate explica claramente la necesidad de consultas sobre el tema con otros países europeos y se refiere al *punto de vista pragmático del Parlamento británico en relación con el tema de las empresas militares privadas*. Francia mantiene una fuerte tradición de monopolio estatal en el uso de la fuerza, incluso

---

<sup>494</sup> Por ejemplo, cuando un avión que transportaba 12 presuntos mercenarios franceses fue interceptado en Tanzania en su viaje a Madagascar.



prohibiendo a la mayoría de los guardias de seguridad privados nacionales el que puedan portar armas. Sin embargo, durante más de treinta años el Ministerio de Defensa ha supervisado la exportación de servicios de seguridad tales como entrenamiento, asistencia técnica y servicios de consultoría tanto por actores estatales como no estatales a través de la entidad paraestatal *Défense Conseil International*.

Recientemente, el tradicional monopolio en el uso de la fuerza por Francia se ha visto aún más desafiado con la aparición de EMSP operando según el modelo anglosajón<sup>495</sup> que ofrecen una gama omnicomprendensiva de servicios, incluyendo seguridad de ONGs en áreas inseguras, lo cual puede no casar muy bien con la legislación anti mercenaria francesa.

En lo que respecta al apoyo puramente de carácter logístico, Francia desarrolla el *Programa CAPES (Capacités Supplémentaires pour la Externalisation du Support)*, que, por una parte, busca la reducción de gastos, pero, por otra, es muy cauto en preservar completas las capacidades de las unidades operativas, especialmente las diseñadas para misiones en el exterior. Condiciona su política al *cuando sea posible* y mediante procesos siempre reversibles. Nunca externaliza el *corazón* de sus capacidades militares. Asimismo, sigue manteniendo su tradicional y eficaz *EDA (Economat des Armées)*, organismo público que apoya en el interior del país y en el exterior del mismo todo tipo de suministros.

---

<sup>495</sup> Por ejemplo, las compañías *Sécopex* y *Geos*.

### c. 3 Australia

La *Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act* de 1978<sup>496</sup> trata las incursiones tales como las invasiones hostiles de Estados extranjeros por ciudadanos australianos o residentes. Entre otras cuestiones, establece los delitos de entrada en un Estado extranjero con la intención de participar en una actividad hostil en ese Estado, y participación en una actividad hostil en un Estado extranjero. El objetivo de la actividad debe ser provocar la caída del Gobierno de un Estado extranjero; participar en hostilidades armadas; causar la muerte o heridas (o amenaza) al Jefe del Estado o una persona que lleva a cabo deberes públicos; o destruir o dañar de forma ilegal cualquier propiedad gubernamental del Estado extranjero.

Una persona no comete un delito bajo la Subsección 6(1) de dicha Ley si estaba sirviendo “de cualquier modo en o con” las Fuerzas Armadas del Gobierno de un Estado extranjero o “cualquier otra fuerza armada respecto a la cual está en vigor una declaración del Ministro bajo la Subsección 9(2)”. Esta Ley también crea los delitos de preparación para incursiones en Estados extranjeros reclutando personas para formar parte de organizaciones que participan en actividades hostiles contra Gobiernos extranjeros; y el reclutamiento de personas en Australia para servir en o con una fuerza armada en un Estado extranjero. A su vez, prohíbe el reclutamiento, publicidad, facilitar o promover el uso de mercenarios para servir en las Fuerzas Armadas de otro país.

---

<sup>496</sup> [www.austlii.edu.au/au/legis](http://www.austlii.edu.au/au/legis).

#### **c. 4 Nueva Zelanda**

La *Mercenary Activities (Prohibition) Act* de 2004 contiene las disposiciones legislativas requeridas para la implantación en Nueva Zelanda de la Convención mercenaria de las Naciones Unidas. Esta Ley está elaborada siguiendo la Convención; criminaliza la conducta de personas que recluten, usen, financien, o entrenen mercenarios y de aquellas que participen como mercenarios en combate durante un conflicto armado o en un acto concertado de violencia. Nueva Zelanda es miembro de la Convención de las Naciones Unidas desde el 22 de septiembre de 2004.

La cuestión más controvertida es la definición de mercenario establecida en el artículo 5 que debe ser interpretada en conjunción con los delitos individuales. El hecho de ser mercenario no es en sí mismo un delito, sino que para que exista responsabilidad penal es necesaria alguna otra conducta. La definición de mercenario sigue la establecida en la Convención de las Naciones Unidas. Contiene varios requisitos acumulativos y se dirige a dos tipos de mercenarios: una persona que es específicamente reclutada para tomar parte en un conflicto armado, y una persona reclutada para participar en un acto concertado de violencia. Todos los delitos pueden ser castigados hasta con catorce años de prisión y los ciudadanos neozelandeses pueden ser perseguidos por actos cometidos en el extranjero. Esta Ley no recoge las actividades de

las EMSP, y está limitada por los mismos problemas de definición que la *Convención*.

### c. 5 Suiza

Otro caso interesante por su larga tradición mercenaria es el de Suiza<sup>497</sup>. El *Código Penal Militar* suizo establece como delito que los nacionales suizos presten servicio en un Ejército extranjero, constituyendo la única excepción la *Guardia Suiza* del Vaticano. La cuestión principal estriba en si el hecho de trabajar para una EMSP es equivalente a trabajar para un Ejército extranjero. Aunque los tribunales suizos aún no se han pronunciado, parece difícil por el carácter restrictivo de la interpretación que debe imperar en el ámbito penal. El caso suizo muestra claramente dos problemas comunes de la regulación nacional potencialmente aplicable extraterritorialmente a las empresas de este sector. En primer lugar, la mayoría de la legislación asume que la provisión de servicios militares y de seguridad serán llevados a cabo por cuerpos públicos y, segundo, los requisitos de pruebas indiciarias requieren costosas investigaciones llevadas a cabo en el extranjero, y muchos tribunales nacionales no tienen la capacidad adecuada para llevarlas a cabo.

No existen leyes en este país que regulen las actividades de las EMSP. Ha habido, sin embargo, una moción en el Parlamento suizo

---

<sup>497</sup> Este país llegó a ser un gran suministrador de compañías mercenarias durante los siglos XVII y XVIII, lo cual lo llevó a ser conocido como una "nación de mercenarios". Mockler, A., *The Mercenaries* 43, 1969, págs. 74-104.

pidiendo al Departamento de Justicia de ese país la elaboración de un proyecto de ley que regule las actividades de dichas empresas.

### c. 6 Italia

En Italia, a raíz de su ratificación en 1995 de la Convención Internacional de la ONU, se introdujeron nuevos artículos en su *Código Penal* y un procedimiento especial para encausar a las personas que cometan delitos previstos en la Convención<sup>498</sup>. Empero, las autoridades italianas son conscientes de que todas las disposiciones que han tomado responden más bien a conflictos del pasado ya que no tienen en cuenta

---

<sup>498</sup> En virtud del artículo 3, párrafo 1, incurre en una pena de 2 a 7 años de reclusión la persona que combate en un conflicto armado, que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto, y que al mismo tiempo no sea miembro de las fuerzas de una Parte en conflicto ni que haya sido enviada en misión oficial por un tercer Estado, contra pago u otra compensación. El segundo párrafo de este artículo prevé una condena de 3 a 8 años de reclusión a toda persona que contra pago u otra compensación o la promesa de obtener alguna ganancia, participa en un acto concertado de violencia con el propósito de derrocar a un Gobierno o socavar el orden constitucional o la integridad territorial de un Estado del que no es nacional ni residente ni tampoco miembro de las fuerzas de ese Estado ni haya sido enviada en misión por un tercer Estado. Por su parte, el artículo 4 establece una condena de 4 a 14 años de reclusión (si el delito no se considera todavía más grave) a toda persona que utiliza, financia, o entrena a personas con el propósito de instigarlas a perpetrar uno de los delitos descritos en el artículo 3. El artículo 7 introduce circunstancias agravantes por delitos previstos en los artículos 244 y 288 del Código penal. De conformidad con el artículo 244, la persona que reclute a otra persona de manera que exponga al Estado italiano al peligro de entrar en guerra, incurre en una pena de 6 a 18 años de reclusión. Si los actos perpetrados socavan la relación con un Gobierno extranjero o exponen al Estado italiano, incluidos sus ciudadanos, a peligros de posibles acciones contra ellos, se incurrirá en una reclusión de entre 3 y 12 años. Si la situación conduce a la ruptura de las relaciones diplomáticas o a represalias, la condena podrá variar entre 5 y 15 años de reclusión. En virtud del artículo 288 del Código penal, la reclusión será de entre 4 y 15 años para aquella persona que reclute ciudadanos dentro del territorio del Estado, para operar bajo fuerzas extranjeras (y la reclusión será incluso mayor en el caso de que las personas reclutadas sean militares). El artículo 6 contempla penas de reclusión para todo ciudadano que perpetre en el extranjero alguno de los delitos mencionados en los artículos 3 y 4 (a menos que se conceda o acepte la extradición) así como para los extranjeros que cometan los mismos delitos si se encuentran en el territorio del Estado en el caso de que no se conceda o acepte la extradición.

las tendencias emergentes y la evolución reciente en el ámbito internacional.

### **c. 7 Bélgica.**

Bélgica promulgó en abril de 2003 una ley que reemplazó a la ley de 1979 por la que se introdujo en el Derecho interno la Convención Internacional de la ONU de la que este país es Parte.

Los cambios más importantes se encuentran en el artículo 1 de la ley de 1979 que trata de los servicios en un Ejército o una fuerza extranjeros en el territorio de un Estado extranjero que se reemplaza por la cláusula siguiente: *Exceptuándose la ayuda técnica militar que presta un Estado a otro Estado extranjero y sin perjuicio de las obligaciones internacionales de un Estado o de su participación en las operaciones policiales internacionales decididas por organizaciones de Derecho público de que es miembro, el reclutamiento y todo acto susceptible de provocar o facilitar el reclutamiento de personas en beneficio de un Ejército o una fuerza extranjeros que se encuentre en el territorio de un Estado extranjero se sancionará con una pena de entre tres meses y dos años de reclusión. No obstante, no habrá infracción cuando se trate del reclutamiento por un Estado de sus propios nacionales; o bien el reclutamiento por un Estado, en su territorio, de un extranjero como miembro regular de las Fuerzas Armadas de ese Estado, mientras que no sea utilizado ulteriormente, fuera del territorio de ese Estado, para otras actividades que no estén dentro del marco de la ayuda técnica suministrada a un Estado por otro Estado y sin perjuicio de las*

*obligaciones internacionales del Estado en relación con el reclutamiento o su participación en operaciones policiales internacionales decididas por organizaciones de Derecho público de que es miembro; sin perjuicio de la aplicación de los artículos 135 quarter y 135 quinquies del Código penal.*

La siguiente disposición reemplaza el artículo 2 de la misma ley: *en los casos previstos en base al Decreto Real tras haber sido deliberado en Consejo de Ministros, se sancionará la contratación, la salida o el tránsito de personas con el objeto de servir en un Ejército o una tropa extranjeros que se encuentre en el territorio de un Estado extranjero, con una pena de entre tres meses y dos años de reclusión.*

### **c. 8 España**

En nuestro país no existe ninguna norma legal que regule las actividades de las EMSP<sup>499</sup> en el exterior del territorio nacional, aunque las Fuerzas Armadas Españolas han contratado regularmente ciertos servicios de apoyo logístico con ocasión de la ejecución de Operaciones de Paz en el exterior. Este hecho genera incertidumbres acerca de la cobertura legal de la que disponen las compañías españolas del sector que en estos momentos realizan actividades en el extranjero. Este factor ha sido reconocido por algunos representantes de la propia industria

---

<sup>499</sup> Entre las EMSP españolas cabe destacar *Servicio Global de Seguridad y de Inteligencia (SGSI)*, fundada en 1995, una de las mayores empresas del sector en España, con presencia en países como Iraq, Israel, Nigeria o Guinea Ecuatorial. Según la propia compañía, se trata de “la primera compañía militar privada ibérica”. Otra empresa es *High Security Solutions*, la marca comercial de *Hallmark Security Solutions S.L.*, una empresa de capital mayoritario español, dedicada a los servicios de protección en viajes y transportes (generalmente a países conflictivos), protección y seguridad nacional e inteligencia. También ofrecen formación y servicios a Gobiernos. A destacar también *UC Global*, con una vasta oferta de servicios de consultoría militar.

española de la seguridad privada. Las empresas de seguridad privada no pueden actuar en el exterior ya que la legislación las considera como colaboradoras de las fuerzas de seguridad del Estado y no contempla la exportación de sus servicios<sup>500</sup>.

La proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por empresas privadas y sobre su personal, está regulada en el artículo 149.1.29 de la Constitución, núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado, y en la misión que según el artículo 104 del propio texto fundamental, incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley de Seguridad Privada*, la normativa entonces vigente estaba integrada principalmente por disposiciones sobre empresas privadas y vigilantes, de inspiración preconstitucional y carente de rango legal. En este sentido, resultaba necesaria y urgente la dotación del rango normativo suficiente a esta materia, principalmente al desarrollo del régimen sancionador aplicable por ser éste la clave para garantizar el cumplimiento de las finalidades del ordenamiento global de la seguridad privada<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> Las empresas españolas con proyectos estratégicos en el exterior tienen que recurrir a firmas de seguridad de Israel o Estados Unidos. *Vide* el artículo “Las empresas de seguridad se alistan” en *Expansión.com* de 22 de junio de 2011.

<sup>501</sup> La normativa básica vigente en materia de seguridad privada, se encuentra recogida en los siguientes textos legales:

- Ley Orgánica 1/92, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.



Esta normativa establece un régimen de licencias, obligando a las empresas del sector a inscribirse en el Registro del Ministerio del Interior y al personal perteneciente a las mismas a disponer de una autorización administrativa para el desempeño de sus funciones.

La *Ley de Seguridad Privada* dispone en el artículo 2.1 que el ejercicio de las competencias administrativas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, corresponde al Ministerio del Interior y a los Delegados o Subdelegados de Gobierno.

El *Real Decreto 1181/2008*, por el que se aprueba el *Reglamento de Seguridad Privada (RSP)*, establece que le corresponde al Ministerio del Interior (art. 1.1) y a la Secretaría de Estado de Seguridad (art. 2.1. c), el control de las empresas y el personal de seguridad privada, disponiendo, a su vez, que la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil ejercerá las funciones de dirección, organización y control del cumplimiento de la legalidad por las entidades y servicios privados de seguridad (art. 3.A.1.g). Corresponde al Cuerpo Nacional de Policía y, en su caso, al de la Guardia Civil, el cumplimiento de las órdenes e instrucciones que se impartan por los órganos indicados, en el ejercicio de

---

- Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada que desarrolla la ley, modificado por Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, desarrollado por la Orden de Presidencia del Gobierno PRE/2914/2009, de 30 de octubre.

- Orden Ministerial, de 7 de julio de 1995, sobre diversos aspectos en materia de personal.

- Orden Ministerial, de 23 de abril de 1997, sobre diversos aspectos en materia de empresas de seguridad.

- Orden Ministerial, de 23 de abril de 1997, sobre diversos aspectos en materia de medidas de seguridad.

Existen, además, otras Leyes, Reales Decretos, Órdenes Ministeriales y Resoluciones que modifican, complementan y desarrollan la Ley y el Reglamento de Seguridad Privada.

la función de control de las entidades, servicios o actuaciones y del personal y medios en materia de seguridad privada, vigilancia e investigación (art. 137.2 RSP).

#### **d. Tratamiento en los países importadores de los servicios de las EMSP**

##### **d. 1 Afganistán**

Por lo que respecta a Afganistán, en teoría las EMSP y su personal se encuentran sujetos a las leyes del país. Es uno de los países, junto con Irak, en que opera un mayor número de empresas del sector. Aprobó en febrero de 2008 un Reglamento específico sobre las mismas, en base al cual ha venido expidiendo licencias y llevando a cabo la inscripción de las mismas y de su personal en un registro<sup>502</sup>. Esta reglamentación está constituida por los *Procedures for Regulating Activities of the Private Security Companies in Afghanistan, (Dalw 1386)*, constituyendo un marco regulador administrativo de las empresas del sector. El legislador afgano y el Ministro del Interior optaron por usar los estándares de la IPOA (actual ISOA<sup>503</sup>), establecidos en su *Código de Conducta* como base para el

---

<sup>502</sup> Schmeidl, S., "Case Study Afghanistan- Who Guards the Guardians?, *Private Security Companies and Local Populations: An Exploratory Study of Afghanistan and Angola*. Swisspeace report, November 2007, págs. 14-45, y Brooking, S. y Schmeidl, S., "When nobody guards the guards: The quest to regulate private security companies in Afghanistan", *Sicherheit und Frieden*, vol. 4, otoño 2008.

<sup>503</sup> La *International Peace Organization Association (IPOA)* cambió su denominación en noviembre de 2010 para denominarse desde entonces *International Stability Operations Association (ISOA)*.

establecimiento de los procedimientos que las EMSP tanto nacionales como extranjeras deben seguir para operar legalmente en el país<sup>504</sup>.

Esta regulación establece una *Alta Oficina de Coordinación para la supervisión de la concesión de licencias*, a la que todas las compañías con licencia tienen que informar trimestralmente de sus actividades. Las compañías tienen que obtener la licencia, con licencias separadas para cada arma o vehículo blindado que utilicen. El personal extranjero tiene que aportar un certificado de su país de origen y de la *Interpol* atestiguando que no tienen antecedentes penales y que no son sospechosos ni están acusados de violaciones de los Derechos Humanos en Afganistán, confirmado por la *Comisión Independiente de Derechos Humanos* afgana. Este personal debe estar entrenado, incluyendo el uso y mantenimiento de las armas. A su vez, se han elaborado reglas para el uso de fuerza letal, incluyendo prohibiciones explícitas de uso bajo ciertas circunstancias, y también hay limitaciones respecto de las actividades de seguridad que deben desempeñar.

Teóricamente, las empresas que no hubieran obtenido licencia tenían que interrumpir sus actividades o, en caso contrario, se las consideraría grupos armados ilegales. El problema estriba en la falta de supervisión y de sanciones adecuadas a las empresas que pudieran actuar de forma ilegal en alguna parte del país<sup>505</sup>. Esto es debido en

---

<sup>504</sup> Art. 14 (8) y art. 15 (6), Procedures for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan, febrero de 2008 (Dalw 1386), Ministerio del Interior, República Islámica de Afganistán. Vide Brown, S., "Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies". *op. cit.*, págs. 44-72. [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).

<sup>505</sup> En noviembre de 2007 fueron clausuradas nueve empresas militares y de seguridad privada que operaban en el Afganistán sin licencia, y la *Oficina del Presidente* emitió una

primer lugar a la falta de información disponible durante el proceso de investigación de las EMSP extranjeras pues se depende del grado de cooperación de los Estados de las que son originarias. Además, hay una falta de supervisión efectiva ya que estas empresas proveen servicios en un país extranjero, operando en una situación de inestabilidad en la que tanto la supervisión por parte del Estado territorial como del Estado de nacionalidad de la empresa es débil o inexistente.

Se pretendió superar este vacío mediante la creación de la *Alta Oficina de Coordinación*, pero debido a una política de personal inadecuada y a un considerable nivel de corrupción, no se han podido alcanzar los objetivos de la regulación. Por otra parte, los Estados de origen de las empresas del sector que operan en el país normalmente no pueden llevar a cabo una supervisión efectiva de sus nacionales en un territorio extranjero. En abril de 2009, el Ministro de Justicia afgano presentó al Parlamento un Proyecto de ley sobre las empresas militares y de seguridad privada, poniendo el énfasis precisamente en la supervisión y la vigilancia de las mismas por el Estado, así como su rendición de cuentas.

---

declaración señalando que todas las empresas de seguridad privada que operaban en el país debían cerrar. El portavoz de la Presidencia declaró que conforme a la Constitución, sólo las fuerzas del Gobierno del Afganistán tenían derecho a poseer y utilizar armas. *Vide Agencia France Press*, 22 de noviembre de 2007.

#### d. 2 Irak

Se afirma en relación al también prototípico caso de Irak, que el acontecimiento más importante para poner término a la impunidad de los contratistas de seguridad de los Estados Unidos ha sido sin duda alguna la rescisión de la *Orden 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición*<sup>506</sup> que garantizaba inmunidad a los contratistas empleados por los Estados Unidos<sup>507</sup>. La *Autoridad Provisional de la Coalición*, que administró Irak entre 2003 y 2004 proporcionó un conjunto de reglas para la actuación de las EMSP en ese país. En teoría, la violación de estas reglas suponía, según la gravedad, la retirada de la licencia para operar o una multa económica, pero nunca un proceso penal. En la práctica, estas normas proporcionaban inmunidad general a las personas que ayudaban, asesoraban o tenían alguna asociación con las fuerzas de la coalición o con la propia *Autoridad Provisional*.

Cabe discutir si realmente la *Orden nº 17* quedó rescindida ya que la Sección 20 de la misma establece que “esta Orden entrará en vigor en la fecha de su firma...(y) estará en vigor durante la duración del mandato

---

<sup>506</sup> La *Coalition Provisional Authority Order Number 17*, fue emitida por el Administrador de la *Autoridad Provisional* de la Coalición en junio de 2003 y revisada el 27 de junio de 2004, para proveer la gobernabilidad provisional de Irak hasta que el país recuperó la soberanía en julio de 2004. Tal como dispone en su párrafo primero, es aplicable a todos los civiles no iraquíes y al personal militar asignado o bajo la dirección o control del Administrador de la *Autoridad Provisional* de la Coalición. Vide: *Status de la CPA, MNFI, Ciertas misiones y personal en Irak w/annex*, 27 de junio, [www.iraqcoalition.org/regulations](http://www.iraqcoalition.org/regulations).

<sup>507</sup> Tras la transferencia de autoridad de la *Autoridad Provisional de la Coalición* liderada por Estados Unidos al Gobierno interino iraquí el 30 de junio de 2004, el conflicto de Irak ha sido visto como un conflicto armado no internacional en el cual las fuerzas estadounidenses y las multinacionales están presentes en Irak por *invitación* del Gobierno iraquí.

que autoriza la (Fuerza Multi-Nacional) bajo las *Resoluciones* n° 1511<sup>508</sup> y 1546<sup>509</sup> del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y otras *Resoluciones* relevantes subsiguientes y no terminará hasta la partida de Irak de todos los miembros de la *Fuerza Multi-Nacional*, a menos que sea rescindida o enmendada por legislación debidamente promulgada con rango legal<sup>510</sup>.

Por tanto, la *Orden n° 17* permaneció en vigor más allá de la disolución de la CPA y de acuerdo con sus términos, es aplicable hasta su rescisión o sustitución por el Gobierno iraquí que asumió la responsabilidad de todos los poderes que mantenía la CPA. El Gobierno iraquí tiene el poder de revocar la Orden pero aunque el Gabinete iraquí aprobó un Proyecto de Ley en octubre de 2007 que debería reemplazar a la *Orden n° 17* de 2004 y que tendría por efecto retirar la inmunidad a las empresas de seguridad extranjera, el Parlamento iraquí aún no ha tomado medida alguna en este sentido<sup>511</sup>. Su revocación definitiva supondría la sumisión de las mismas a controles administrativos como inscripción en un registro, obligación de licencia de armas... y, por otro lado, la

---

<sup>508</sup> *Resolución* del Consejo de Seguridad 1511, U.N. Doc. S/RES/1511 (16 de octubre de 2003).

<sup>509</sup> *Resolución* del Consejo de Seguridad 1546, U.N. Doc. S/RES/1546 (08 de junio de 2004).

<sup>510</sup> Orden n° 17 de la CPA, Sección 20.

<sup>511</sup> El Ministro iraquí de Interior propuso legislación que colocaba a todos los contratistas bajo su supervisión directa. Más de un mes más tarde, el 30 de octubre de 2007, el Gobierno iraquí votó el envío de legislación al Parlamento rescindiendo explícitamente la Orden n° 17. *Vide* Haynes, Deborah, New Iraqi Law Will Bring Tighter Controls Over Private Security Firms, Times Online (London), 30 de octubre de 2007, [www.timesonline.co.uk/tol/news/world/iraq/article2772974.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/iraq/article2772974.ece).

persecución por los tribunales iraquíes de los actos presuntamente ilegales cometidos por los contratistas<sup>512</sup>.

Esta inmunidad abarca a la *Fuerza Multinacional, CPA*, personal de la *Misión de Enlace Extranjero*, y consultores internacionales. Se incluye cualquier arresto, detención o procedimiento legal en los tribunales iraquíes u otros entes iraquíes, ya sean penales, civiles o administrativos. Se establecen limitaciones a la misma, empezando por el respeto a todas las regulaciones de la *CPA*<sup>513</sup>. También se establece en el artículo 4(4) de la *Orden* que los contratistas respetarán las leyes iraquíes relevantes excepto en lo previsto en la propia *Orden*<sup>514</sup>. En tercer lugar, esta inmunidad se aplica a los actos llevados a cabo en cumplimiento de los términos y condiciones de un contrato<sup>515</sup>. La *Orden* deja intacta la jurisdicción de los tribunales del Estado que ha enviado la EMSP, el cual

---

<sup>512</sup> Esta Ley aún no ha sido aprobada por el Parlamento iraquí y, en cualquier caso, no tendrá efectos retroactivos.

<sup>513</sup> Es curioso que se hable de “respeto” y no de “cumplimiento”, lo que podría ser interpretado como una petición en lugar de un requisito básico. De esta forma, la *Orden* asumiría implícitamente la ineficacia de esta previsión al no usar una palabra con un significado legal real

<sup>514</sup> El Código Penal Iraquí de 1969 permaneció prácticamente intacto durante la *CPA* en aplicación de la *Orden* n° 7 que tan solo “suspendió” dos artículos del mismo que criminalizaban la disidencia o las actividades anti Saddam y la *Orden* n° 31 que lo modificó en asuntos tales como el secuestro y la violación.

<sup>515</sup> Vide Dickinson, L.A., “Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law”, *Asil Insights*, 2 de diciembre de 2007, disponible en [www.asil.org/insights/2007/12/insights071226.html](http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071226.html). De una lectura en profundidad de la *Orden*, se desprende que los contratistas tendrán inmunidad tan solo por los actos llevados a cabo en ejecución del contrato, al disponer en su párrafo cuarto que “los contratistas no estarán sujetos a las leyes o regulaciones iraquíes en materias relacionadas con los términos y condiciones de sus contratos...”. Vide McNaylor, M., “Mind the “Gap”: Private Military Companies and the Rule of Law”, *5 Yale J. Int'l Aff.* 44, 2010, pág. 48. Vide también Harvey, T.B., “Wrapping Themselves in the American Flag: The Alien Tort Statute, Private Military Contractors, and U.S. Foreign Relations”, *53 St. Louis U. L.J.* 247, 2008-2009, pág 256.

puede en todo momento levantar la inmunidad, permitiendo el recurso al sistema legal iraquí<sup>516</sup>.

El nuevo *Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas* entre Irak y los EEUU (*SOFA* en sus siglas en inglés)<sup>517</sup> que entró en vigor el 1 de enero de 2009, dispone que *los miembros de las fuerzas de los Estados Unidos y del componente civil respetarán las leyes, costumbres, tradiciones y convenciones del Irak*<sup>518</sup>. Especifica que Irak tiene la “jurisdicción principal” sobre los contratistas estadounidenses del Departamento de Defensa que habitualmente residen en el país. Presumiblemente, Irak mantiene la jurisdicción exclusiva sobre los contratistas que trabajan para otros Departamentos de la Administración estadounidense como la *USAID* o el Departamento de Estado que no son tratados específicamente en el *SOFA*. En los casos en que los tribunales norteamericanos tienen jurisdicción, los EEUU mantienen la competencia sobre contratistas de nacionalidad estadounidense aunque el Acuerdo no determina cómo se tratarían esos casos. Por otro lado, las autoridades estadounidenses han avisado que los contratistas de terceros países no son inmunes a la jurisdicción iraquí desde el mes de enero de 2009.

---

<sup>516</sup> Orden nº 17, Sección 5.

<sup>517</sup> Para más información sobre este Acuerdo, *vide* [www.cfr.org/publication/164487](http://www.cfr.org/publication/164487).

<sup>518</sup> *Acuerdo concertado entre los Estados Unidos de América y la República del Irak sobre la retirada de las fuerzas de Estados Unidos del Irak y la organización de sus actividades durante su presencia temporal en el Irak*, Art. 3.



### d. 3 Sierra Leona

En lo que respecta a Sierra Leona, el Parlamento promulgó en 2002 la *Ley Nacional de Seguridad y de Inteligencia Fundamental (National Security and Central Intelligence Act)*, que comprende una sección dedicada al *Control y al otorgamiento de licencias a las empresas de seguridad privada*<sup>519</sup>. Se identifica a esas empresas como entidades que suministran servicios de seguridad que incluyen escoltas a personas, hogares, instituciones o negocios, ya sean públicos o privados. Se entiende por *servicios de seguridad* aquellos que están relacionados con la seguridad del Estado de acuerdo y según lo determine el *Consejo Nacional de Seguridad*<sup>520</sup>.

En virtud de esta Ley, se ha establecido la *Oficina de Seguridad Nacional, Office of National Security (ONS)*, la agencia gubernamental que concede licencias a las empresas para poder operar, con evaluaciones sobre los dirigentes de las mismas y de su personal a todos los niveles, los medios de financiación, y la adquisición de equipo, armas y munición utilizadas en las operaciones de las empresas. Sin embargo, no se establecen criterios claros y transparentes en relación a cómo se llevarán a cabo dichas evaluaciones y no está incluida ninguna cláusula específica en cuanto a las medidas de regulación. Tampoco se establecen las obligaciones de las empresas de seguridad privada ni la Ley contiene sanción alguna específica salvo la de revocar la licencia.

---

<sup>519</sup> Supplement to the Sierra Leone Gazette Vol. CXXXII, N° 42, de 04 de Julio de 2002. La aplicación de esta Ley se coordina con la Ley de 1955 sobre Armas y Munición.

<sup>520</sup> National Security and Central intelligence Act, Part I, para. 1; and Part V, para. 19, sub-para. (9).

Una ley de 1989, la *Sierra Rutile Act* (reformada en 2002), estipula que para lograr un régimen efectivo de seguridad, las empresas pueden crear y mantener una fuerza de seguridad con el fin de tener capacidad suficiente para prevenir, defenderse y reaccionar a posibles incidentes<sup>521</sup>. Además, la empresa puede importar las armas y munición que considere apropiadas para dicha fuerza de seguridad con el aval previo del Gobierno y la fuerza de seguridad puede emplear dichas armas y munición para el desempeño de sus funciones<sup>522</sup>. Las empresas extranjeras deben solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para sus empleados, siendo éste el que les suministra una lista con los posibles candidatos.

#### d. 4 Colombia

En ningún país de América Latina están reguladas las empresas militares y de seguridad privada. Hay regulación sobre seguridad privada nacional y el uso de armas, pero nada sobre estas empresas o actividades militares privadas. En el caso de Colombia, la situación de conflicto implica diferentes normas sobre seguridad privada (en particular relativas a temas relacionados con los paramilitares) y es, probablemente, el país con el mayor número de normas reguladoras de la seguridad privada, pero ninguna relativa a las EMSP. El hecho es que la mayor

---

<sup>521</sup> Acuerdo ratificado por el Gobierno de Sierra Leona por el *Rutile Agreement (Ratification) Act, 2002*. Supplement to the Sierra Leone Gazette, Vol. CXXXIII, N° 5, de 31 de enero de 2002. Derechos muy similares fueron concedidos por un Decreto de 1995, el *Koidu Kimberlite Project*, a una empresa transnacional diamantífera.

<sup>522</sup> *Sierra Rutile Agreement (Ratification) Act, 2002*, artículo 11.

parte de los empleados de las mismas se benefician de una inmunidad total gracias al acuerdo entre los Estados Unidos y Colombia.

La participación de empresas estadounidenses de este sector en Colombia es muy amplia, siendo su objetivo, en principio, colaborar en la lucha antidroga en el contexto del llamado *Plan Colombia*<sup>523</sup>, reforzando enormemente el poder de las Fuerzas Armadas y policiales<sup>524</sup>. Pero tras la *Intelligence Authorization Act* estadounidense de noviembre de 2003, los servicios de inteligencia provistos gracias al presupuesto del *Plan Colombia* pueden ser usados no solo para la lucha contra el tráfico de drogas, sino también contra el terrorismo<sup>525</sup>. Entonces, las actividades de inteligencia son fundamentales no solo para contrarrestar el tráfico de drogas sino también para el desarrollo del conflicto interno. Las EMSP han sido contratadas para ayudar a reestructurar las Fuerzas Armadas colombianas, para mejorar su lucha contra las drogas y para trabajar con el Ejército y la Policía Nacional para su entrenamiento en operaciones psicológicas, inteligencia y logística. También han sido contratadas para operaciones militares, incluyendo participación directa en combate, lo cual

---

<sup>523</sup> Bondía García, D., "Un actor escasamente visualizado en Colombia: los mercenarios", *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*. Op. colectiva, J.M. Bosch, 2009, págs. 143 y ss.

<sup>524</sup> Carrillo, V. y Kucharz, T.: *Colombia: Terrorismo de Estado*, Icaria, Barcelona, 2006, pág. 103.

<sup>525</sup> En su Sección 313 "use of funds for counterdrug and counterterrorism activities for Colombia" la Ley autoriza el uso de fondos de inteligencia utilizados para las actividades antidroga, también en las actividades antiterrorismo contra las *FARC*, el *ELN* y *AUC* con el objetivo de proteger la vida humana y la salud en situaciones de emergencia, incluyendo operaciones de rescate. Senado de los Estados Unidos de América, (2003), FY2004 *Intelligence Authorization Act*, Report 108-163.

incumple la prohibición del Congreso de los Estados Unidos de que los contratistas estadounidenses participen en los combates<sup>526</sup>.

BORRADOR

---

<sup>526</sup> Es de destacar que *MPRI* (la EMSP que formó al Estado Mayor croata) tiene asesores militares, *Dyncorp* se dedica a tareas de contrainsurgencia y *Airscan* se encarga de coordinar las acciones aéreas.

## **CAPÍTULO 5**

### **RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA**

#### **1. CUESTIONES GENERALES**

Las actuaciones de las EMSP en violación de las normas internacionales que les vinculan generan responsabilidad. Las dos formas generales de responsabilidad son la penal individual y la civil de la empresa. Pero el factor esencial para un cambio en la situación actual en lo que respecta a la regulación y control de las actividades de estas empresas es que exista un incentivo adecuado. Este incentivo lo provee la responsabilidad del Estado y de las Organizaciones Internacionales. Sin ello, las propuestas de sistemas reguladores nacionales o internacionales son meramente utópicas e idealistas. Se puede identificar como obstáculo principal la necesidad de establecer la conexión gubernamental o con la Organización Internacional, lo cual es difícil allí donde estén implicados contratistas militares privados. ¿Pueden generar una responsabilidad internacional de los Estados u Organizaciones Internacionales que las contratan por los ilícitos cometidos? Según el Derecho Internacional de la responsabilidad internacional, para que se cometa un ilícito internacional que genera la responsabilidad de un Estado o de una Organización Internacional, es imprescindible que haya violación

de una norma internacional, y que dicho comportamiento sea atribuible a un Estado<sup>527</sup> o a una Organización Internacional<sup>528</sup>.

De este modo, en este tema se pueden vislumbrar cuatro tipos de responsabilidad: la responsabilidad estatal, la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, la responsabilidad penal individual y la responsabilidad civil de las compañías.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS.

Bajo el artículo 1 común de las *Convenciones de Ginebra*, los Estados asumen la obligación de respetar y asegurar el respeto de las Convenciones en todas las circunstancias<sup>529</sup>. Esta obligación se extiende a todos aquellos sobre quienes el Estado tiene autoridad, lo que incluye miembros de sus Fuerzas Armadas, personal de las EMSP contratado por el mismo, así como sus ciudadanos, incluyendo aquellos supuestamente operando como mercenarios. Los Estados no deben tan solo respetar ellos mismos las disposiciones de las Convenciones sino que están también obligados a asegurar que aquellos bajo su autoridad o jurisdicción tampoco las violan. No es suficiente que den órdenes y directivas a las autoridades militares y civiles relevantes, dejándoles su cumplimiento como crean conveniente. De acuerdo con el artículo 1 común, no solo deben supervisar la ejecución de las órdenes y directivas

---

<sup>527</sup> *International Law Commission's Draft on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN GAOR 55th Sess. Supp. N° 10, A/56/10.

<sup>528</sup> Doc. A/66/10, de 08 de agosto de 2011.

<sup>529</sup> *Vide* Kalshoven, F., "The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pág. 3.

sino que también deben asegurar que las actividades de aquellos bajo su autoridad que actúen en zonas de conflicto armado internacional respetan el Derecho Internacional Humanitario. El Estado, en principio, no es responsable por los actos de los actores privados<sup>530</sup>. La responsabilidad primaria estatal se da por las acciones de sus propios órganos, ya sean del poder legislativo, ejecutivo y judicial, y sus subdivisiones políticas<sup>531</sup>. Mientras la responsabilidad penal individual solo existe a nivel internacional en relación con el genocidio, los crímenes de guerra y ciertas violaciones graves de Derechos Humanos, los Estados pueden ser responsables por cualquier violación del Derecho Internacional.

No obstante esta regla general, las infracciones de obligaciones internacionales cometidas por actores privados mientras ejercen autoridad gubernamental o tareas públicas que les han sido delegadas por la ley, llevadas a cabo bajo las órdenes o supervisión del Estado, también son atribuibles al Estado<sup>532</sup>. En estos casos, se ha sugerido que para determinar que existe una acción estatal se ha de dar una de las siguientes condiciones: a) que un actor privado comparta una función pública o disfrute de poderes tradicionalmente reservados al Estado; b) que la compulsión estatal obligue al actor privado a cometer el acto ilícito;

---

<sup>530</sup> *Vide* el Informe del Expert Meeting on Private Military Companies: Status and State Responsibility for their Actions, organizado por el University Centre for International Humanitarian Law, Ginebra, 29-30 de agosto de 2005. Disponible en [www.uci.hl.org/communication/private\\_military\\_contractors\\_report.pdf](http://www.uci.hl.org/communication/private_military_contractors_report.pdf).

<sup>531</sup> *Id.* Art. 4.

<sup>532</sup> *Vide* Crawford, J., The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries 100, 2002, págs. 110-12.

c) el nexo entre el Estado y las acciones privadas es tal que se confunden entre sí; d) se da una acción conjunta del Estado y el actor privado<sup>533</sup>.

En relación con las EMSP, la forma en que esta obligación es puesta en práctica dependerá en parte de la relación entre el Estado y las EMSP afectados. Los Estados pueden decidir desarrollar la normativa necesaria para la incorporación de las EMSP dentro de su jurisdicción, o establecer la naturaleza de las actividades en que permite a sus ciudadanos intervenir en zonas de conflicto armado. Los que tienen EMSP operando en su territorio pueden también necesitar la adopción de legislación nacional para controlar sus actividades y determinar su responsabilidad. Varios Estados han reconocido la necesidad de regulación en este tema, por ejemplo el Reino Unido, los Estados Unidos, Sudáfrica y Suiza.

En la provisión de servicios militares a clientes extranjeros, las EMSP actúan a través de las fronteras internacionales, a menudo en la periferia del Derecho Internacional. Los Gobiernos que alquilan sus servicios son responsables de su conducta, en particular en relación al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho de los Derechos Humanos<sup>534</sup>. A pesar de esta obligación y de la naturaleza transnacional

---

<sup>533</sup> Forcese, C., "ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", 26 *Yale J. Int'l L.* 487, 2001, pág. 502.

<sup>534</sup> En principio, los tratados sobre Derechos Humanos solo contienen obligaciones para los Estados no para los individuos. Las obligaciones resultantes están pensadas para tener efectos de forma vertical, y la aplicación horizontal de los Derechos Humanos aún no ha sido aceptada, por lo que las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos solo pueden reclamar contra el Estado. De todas formas, la aplicación horizontal indirecta es, naturalmente, posible; el Estado puede ser responsable por las violaciones de Derechos Humanos cometidas por individuos privados si ha fallado en tomar las medidas necesarias para prevenir dichas violaciones, proteger a las víctimas y perseguir a los infractores. *Vide* Barak, A., "Constitutional Human Rights and Private Law", en



de estas empresas, los Gobiernos de los países donde están registradas, y/o desde donde operan, son, de todos modos, responsables en último término de sus actividades en las condiciones que a continuación se analizarán<sup>535</sup>. Esto es así pues en aplicación de la legislación internacional, los Estados deben controlar las acciones militares contra la integridad territorial y la independencia de otros Estados. Estos requisitos son aplicables no solo a las Fuerzas Armadas nacionales sino también a bandas armadas irregulares tales como mercenarios y EMSP. Los Gobiernos de los países proveedores deberían asegurarse de que los servicios militares y de seguridad provistos por estas empresas solo lo son a petición o autorización del Gobierno en cuestión. A su vez, las compañías deseosas de proveer servicios en el extranjero deberían ser requeridas para la obtención de licencia para llevar a cabo dichas actividades y deberían solicitar autorización de su Gobierno. Es más, estos servicios solo deberían ser prestados a Estados y Gobiernos

---

*Human Rights In Private Law 13* (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001). Además, varias agencias de supervisión de los Derechos Humanos han afirmado que varios derechos de los tratados pueden también imponer obligaciones positivas a los Estados para la adopción de medidas diseñadas para asegurar estos derechos “incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre ellos mismos”. X & Y V. Netherlands, 91 *Eur. Ct. H.R.* (Ser. A), 11 (1985). Para un tratamiento comprensivo de la aplicabilidad horizontal de las normas de los Derechos Humanos en relación a las compañías y empresas multinacionales, vide Jägers, N. M.C.P. Corporate Human Rights Obligations: In search of Accountability, *Intersentia*, School of Human Rights Research Series Vol. 17, 2002, págs. 40-44. De todos modos, hay actores privados que pueden ser vistos como tipos especiales de actores estatales al llevar a cabo tareas o funciones que son presuntamente de naturaleza pública. Es razonable que estos actores privados puedan ser considerados actores estatales a los efectos de aplicación de las normas de Derechos Humanos. En esta situación, las normas sobre los Derechos Humanos internacionales podrían ser directa (y verticalmente) aplicables a las EMSP y sus empleados. Vide Hallo de Wolf, A., “Modern *Condottieri* in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law”, *op. cit.* págs. 346-47.

<sup>535</sup> El *Comité de Derechos Humanos* (actual *Consejo*) de las Naciones Unidas ha concluido en varias ocasiones que un Estado “no queda relevado de sus obligaciones en aplicación del Convenio cuando algunas de sus funciones son delegadas a otros órganos autónomos”. Vide v.g. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Comunicación* N° 273/1989, B.d.B. et. al. v. Holanda (*Decisión* de 30 de marzo de 1989, adoptada en la trigésimo quinta sesión).

reconocidos internacionalmente. El reconocimiento de un Estado será determinado por la política oficial del Gobierno del Estado de origen de la EMSP.

Las principales obligaciones para los Estados respecto a la actividad de las compañías militares y de seguridad privada, surgen tal como ya hemos visto, de la prohibición del uso de la fuerza contra la independencia política e integridad territorial de los Estados o de cualquier forma incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y la prohibición del reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios. La contratación de los servicios de compañías privadas para ejecutar ciertas actividades, no necesariamente absuelve al contratante de sus responsabilidades por delegar servicios específicos en actores privados. Tanto si se externaliza el uso de la fuerza como si no, la responsabilidad última en el plano internacional debe corresponder al Estado soberano o, colectivamente, a los Estados que la contratan y/o permiten.

Cabe afirmar que existe una obligación del Estado de ejercer la debida diligencia para prevenir y castigar los abusos cometidos por agentes no estatales<sup>536</sup>. El *Estado* al que nos estamos refiriendo es, en primer lugar, aquel en cuyo territorio operan estas compañías. La soberanía territorial del Estado, que le ampara en el monopolio de la violencia, conlleva la responsabilidad primaria del mal uso de dicha fuerza. La misma responsabilidad se extiende en el contexto de un conflicto armado internacional a las potencias *ocupantes*, aunque este

---

<sup>536</sup> Vide Doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, pár. 58.

estatuto pueda ser dudoso en algún caso concreto, como en el de Irak o Afganistán, donde Gobiernos formalmente independientes mantienen una *invitación* permanente a las tropas de las coaliciones internacionales.

Se puede pensar que el Estado en el cual una compañía que usa o provee servicios de seguridad tiene su oficina central, no parece cargar con la responsabilidad directa de tales violaciones, a menos que esté directamente involucrado. Además, el estatuto legal de estas compañías puede también variar considerablemente dependiendo del contexto específico. Un ejemplo es Irak, donde la antigua *Coalition Provisional Authority (CPA)* estipuló en la famosa *Orden 17* que los contratistas privados internacionales no estuvieran sujetos a las leyes iraquíes locales, sino a aquellas de su propio país. Es menester resaltar que esta *Orden* garantizaba la inmunidad a los contratistas en lugar de establecer simplemente un derecho prioritario para la persecución de los delitos, dejando la jurisdicción iraquí como subsidiaria; por lo que creaba tan solo una vía para la acción de la justicia penal, esto es, el traslado a los Estados Unidos para su posible encausamiento<sup>537</sup>. En tales casos, la responsabilidad revertiría sobre los Estados de origen, la cual, dependiendo de la legislación nacional, podría variar significativamente<sup>538</sup>.

La cuestión es más complicada para el Estado de origen de la EMSP, es decir, en el que está registrada, si éste es diferente de aquel en

---

<sup>537</sup> Jordan, C.S., "Who Will Guards? The Accountability of Private Military Contractors in Areas of Armed Conflict", 35 *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 309, 2009.

<sup>538</sup> *Vide* O'Harrow Jr., R., y Hedgpeth, D., Building Blackwater; Founder Seeks "Better, Smarter, Faster" Security as History, Iraq Shape the Firm's Fortunes, WASH. POST, 13 de octubre de 2007, que ilustran el problema creado cuando Paul Bremer, administrador de la *Autoridad Provisional* de la Coalición, firmó la *Orden*.

el que opera. En estos casos, el Estado de origen tiene claramente jurisdicción sobre la EMSP, pero no se puede aducir que tenga dicha jurisdicción sobre los individuos en un tercer Estado que pueden verse afectados por las acciones de una de estas empresas.

Si la EMSP trabaja para entidades no gubernamentales, tales como corporaciones privadas u ONG, la cuestión de las responsabilidades del Estado contratante no se plantea. En estos casos, con el Estado de origen no responsable y no existiendo Estado contratante, la cuestión debe recaer sobre el Estado territorial. La normativa del Estado territorial podría aliviar varias de las debilidades más importantes inherentes a la aplicación extraterritorial de las leyes desde países lejanos, como un más fácil acceso a las áreas donde han tenido lugar las infracciones para su investigación, y la custodia física del presunto infractor. En teoría, el Estado territorial en el que las EMSP están proveyendo sus servicios es el idóneo para regular y supervisar las actividades de las mismas, pero esto presupone el dudoso hecho de que el Estado no está excesivamente debilitado por el conflicto armado o por otro tipo de inestabilidad, para cumplir con sus obligaciones. En la realidad, los Estados que sufren un conflicto armado u otro tipo de inestabilidad grave, afrontan enormes obstáculos para exigir responsabilidades a las EMSP extranjeras pues carecen de mecanismos efectivos de supervisión debido a la situación de inseguridad, así como dificultades en el proceso de comprobación de las empresas del sector extranjeras, sin hablar ya de las limitaciones para la imposición de la legislación vigente.

El Estado territorial en el que estén operando las EMSP estaría obligado a proteger los derechos contenidos en los tratados de Derechos Humanos de los que sea firmante, que normalmente supervisaría e implementaría a través de su sistema penal nacional. De todos modos, cuando este sistema es disfuncional, tal como es a menudo el caso en áreas de inseguridad o conflicto armado, y el Gobierno territorial es incapaz de cumplimentar sus obligaciones de protección de los Derechos Humanos, esto crea *de facto* un vacío en la protección de los Derechos Humanos.

Consecuentemente, aunque en teoría no hay vacío alguno en lo que respecta a la protección de los Derechos Humanos, dado que los Estados donde operan las empresas del sector son casi por definición Estados con instituciones débiles, incapaces o no deseosas de confrontar sus obligaciones con respecto a los Derechos Humanos, puede existir en la práctica un vacío de protección. En circunstancias normales, el Derecho penal del territorio se aplicaría a las EMSP para eliminar todo posible vacío, pero esto es frecuentemente impedido ya sea por la práctica de acordar inmunidad *de jure* a estos actores, así a través de *Acuerdos sobre estado de las Fuerzas*, o inmunidad *de facto* debido bien a un sistema penal disfuncional por la situación de conflicto, o bien a otros factores de desestabilización. A su vez, teniendo en cuenta que sería muy difícil argumentar que los Estados de origen tienen obligaciones legales *vis-à-vis* con individuos afectados por las EMSP en otro Estado, parece deseable animar a los Estados de origen a regular las actividades de estas empresas registradas en su jurisdicción. Posibles medios de

regulación incluirían regímenes de licencia para la exportación o la provisión de jurisdicción extra territorial sobre sus nacionales acusados de delitos y para el remedio legal para sus víctimas a través de su Derecho nacional.

La responsabilidad del Estado por estos actores es a menudo inexistente o poco clara, incluso con tribunales internacionales exponiendo diferentes estándares por los que un Estado puede ser responsable por las actividades que asigna o contrata con actores privados. Esto ha llevado a sugerir que una de las motivaciones de los Estados para externalizar más tareas hacia estos actores es, precisamente, evitar la responsabilidad estatal por violaciones de obligaciones internacionales, incluyendo los Derechos Humanos.

De todos modos, ha habido un acuerdo general en que los Estados no deberían poder *externalizar sus obligaciones legales internacionales* a través del uso de empresas militares y de seguridad privada en lugar de actores estatales. En este sentido, la Comisión Europea ha afirmado que los Estados europeos no están relevados de sus obligaciones respecto a la protección de los Derechos Humanos cuando dichas violaciones son cometidas en su territorio por actores no estatales. Pero lo que no está claro es que dichas obligaciones sigan generando la responsabilidad del Estado cuando sus EMSP nacionales se enzarzan en actividades fuera de sus fronteras en otros Estados. Esta responsabilidad sí que estaría presente, naturalmente, si la infracción la ha cometido un agente del Estado como puede ser un miembro de sus Fuerzas Armadas.

Recientemente, esfuerzos tales como la *Responsabilidad de proteger*<sup>539</sup> se han llevado a cabo para cubrir este vacío, pero esta doctrina no ha sido extendida a la asunción de responsabilidad de un Estado por las violaciones de Derechos Humanos cometidas por EMSP contratadas por el mismo y enviadas al extranjero para apoyar Operaciones de Paz. Como se puede apreciar, la combinación de los criterios de soberanía formal y control efectivo no resuelve todos los interrogantes respecto a la atribución de responsabilidad internacional al Estado, sobre todo cuando se trata de Estados desestructurados.

A pesar de las recientes tendencias articulando una *responsabilidad de proteger* del Estado, muchos Estados aún interpretan que su obligación de protección de los Derechos Humanos ante violaciones de los mismos tiene su límite en sus fronteras. Respecto a las EMSP, Estados como Canadá y los Estados Unidos han afirmado que no están automáticamente obligados a proteger contra violaciones cometidas por estos actores privados en el extranjero, sino que, en cambio, este deber a menudo recae en el Estado en cuyo territorio están operando. De todos modos, en áreas donde la inseguridad anula la capacidad local para la imposición de la legislación vigente por la comisión de violaciones de los Derechos Humanos, esto ayuda a promover un clima de impunidad donde es más fácil que se produzcan estas violaciones.

El Estado donde operan estas EMSP debería responder adecuadamente a las alegaciones planteadas contra estas empresas por

---

<sup>539</sup> "The Responsibility to Protect", Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development Research Centre, Ottawa, Canada, 2001.

violaciones de los Derechos Humanos, lo que requeriría, como mínimo, que el Estado investigara el incidente, asegurando los medios para su persecución judicial. Pero es precisamente la aparente falta de apropiadas consecuencias legales de las presuntas violaciones de Derechos Humanos lo que ha llevado a afirmar la falta de responsabilidad de los contratistas militares. Esto es debido al hecho de que, en principio, los contratistas militares no están integrados en las Fuerzas Armadas y, por tanto, no están sujetos a la jurisdicción militar.

Si al contratista se le garantiza inmunidad en el Estado territorial y el Estado contratante o el Estado de origen no provee jurisdicción extraterritorial, hay ciertamente un vacío respecto a la responsabilidad. Para eliminarlo, sería deseable centrarse en la jurisdicción penal extraterritorial. En el caso de graves violaciones de las *Convenciones de Ginebra* o de otras violaciones graves de los Derechos Humanos, la provisión de jurisdicción universal o la extradición o persecución del presunto causante es obligatoria bajo el prisma de la legislación internacional. De todos modos, incluso si el sistema legal nacional del Estado contratante provee jurisdicción extraterritorial, su aplicación real continuará siendo problemática debido al simple hecho de que el incidente ocurrió fuera de su territorio y en un ambiente de conflicto. Los Estados han sido reticentes a aceptar la responsabilidad por las acciones de las EMSP contratadas por los mismos para la prestación de servicios en el extranjero, poniendo de relieve su estatuto civil no estatal y su falta



de *control efectivo* sobre las mismas<sup>540</sup>. Lo que nos debe guiar es el criterio del *control efectivo* del territorio y de la autoridad política sobre las empresas militares y de seguridad privada.

En síntesis, uno o más Estados son responsables internacionalmente cuando controlan, dirigen o simplemente instruyen la labor de una EMSP, es decir, cuando se benefician de la labor que ésta desempeña<sup>541</sup>. Y también, cuando amparan jurídicamente, por ley o tratado, su impunidad. Si analizamos las funciones que llevan a cabo, podrían llegar en algunos casos a ser consideradas agentes del Estado y serían aplicables las normas generales sobre la responsabilidad estatal. En este sentido, Henckaerts y Doswald-Beck recogieron e identificaron las normas del Derecho Internacional Humanitario que a día de hoy se pueden considerar consuetudinarias, estableciendo la Regla 149 de las mismas que *un Estado es responsable por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que le sean atribuibles, incluyendo:*

- a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus Fuerzas Armadas;
- b) las violaciones cometidas por las personas o entidades capacitadas por el Estado para ejercer la autoridad gubernamental;
- c) las violaciones cometidas por personas o grupos actuando bajo las instrucciones del Estado, o bajo su dirección o control; y
- d) las violaciones cometidas por personas privadas o grupos que reconoce y adopta como conducta propia del Estado<sup>542</sup>.

<sup>540</sup> *Control efectivo* fue el estándar establecido por el *Tribunal de Justicia Internacional* para la atribución al Estado de una conducta de actores no estatales actuando *bajo las instrucciones o bajo el control* del Estado. *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nic. v. U.S.), 1986 TJI 14, 122, 237.

<sup>541</sup> En este sentido, aunque en otro contexto, el Relator Especial de la *Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales*, ha reconocido que, con carácter general, *una conducta no tiene por qué atribuirse necesariamente a un único sujeto*. Vide Gaja, G., *Second Report on Responsibility of International Organizations*, Doc. A/CN.4/541, 2 de abril de 2004, pág.3.

<sup>542</sup> Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, *Rules, op. cit.*, pág. 530. Por otra parte, Kenneth Watkin cita el caso *Military Prosecutor*

Se reconoce esta regla como norma de Derecho Consuetudinario aplicable a las infracciones cometidas tanto en conflictos armados internacionales como internos, gozando de una aplicabilidad general, independientemente de que los Estados se hayan sometido o no a la misma a través de un tratado internacional. Sin embargo, en el Proyecto de *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales* se exige, en todo caso, que se trate de la conducta de un órgano del Estado, estableciendo ciertos principios generales para determinar las conductas atribuibles al Estado a la luz del Derecho Internacional. Contiene reglas específicas sobre la atribución de los hechos ilícitos siempre teniendo presente el ejercicio de la función pública<sup>543</sup>. Probar el vínculo entre las empresas militares y de seguridad privada y el Estado no sería fácil.

La cuestión decisiva es la atribución al Estado del comportamiento de los particulares<sup>544</sup>. Si se leen juntos los artículos 1, 2, y 12 del *Proyecto de Artículos*, establecen la fórmula de que una conducta no conforme con una obligación internacional y atribuible a un Estado, equivale a un acto

---

v. Kassem (1971) 42 ILR 470, 477 para ilustrar este punto. El hecho de que ningún Gobierno aceptase la responsabilidad por las acciones de los “combatientes” llevó al Gobierno israelí a denegar el estatuto de prisionero de guerra a los capturados. Vide Watkin, K., “Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy”, Harvard University, *HPCR Occasional Paper Series* N° 2, Cambridge, Mass., 2005, pág. 26.

<sup>543</sup> El Artículo 8 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, establece que se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento. *International Law Commission’s Draft on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN GAOR 55th Sess. Supp. N° 10, A/56/10.

<sup>544</sup> El concepto de atribución también es denominado *imputabilidad*. Vide. Shaw, M.N. *International Law*, op. cit., pág. 701.

internacionalmente ilícito resultando en la existencia de responsabilidad estatal. Aunque los Estados son las entidades jurídicas primarias en el Derecho Internacional, el concepto de Estado es una ficción legal y se refiere meramente a un colectivo. Por ello, para actuar debe haber un acto u omisión de un individuo o grupo en representación del mismo. Mediante la atribución de las acciones de los individuos o grupos al Estado, éste se convierte en responsable. Por tanto, la atribución es el medio por el cual la responsabilidad por una conducta ilícita le es adjudicada. Consecuentemente, la cuestión fundamental en cada situación es si dichas personas han actuado como agentes del Estado para así calificar dichos actos como actos del mismo<sup>545</sup>. Si la persona o grupo no se califica como agente estatal, la conducta no es atribuible al Estado y no se genera responsabilidad del mismo. Como regla general, solo la conducta de los órganos de gobierno es atribuible al Estado. Los artículos 4 a 7 establecen las reglas para la atribución por la conducta de órganos del Gobierno. Los artículos 8 a 11 establecen las excepciones a la regla general, según las cuales una conducta de personas o entidades privadas puede ser, sin embargo, atribuible al Estado.

Los Estados no están sometidos a ninguna obligación de no alquilar EMSP o de restringir sus operaciones. No hay regla primaria alguna de responsabilidad del Estado que pueda ser violada por su mero alquiler. La única restricción residual sobre los Estados podría ser la impuesta por el estatuto de Estado Parte en la *Convención de la ONU* o

---

<sup>545</sup> Wolfrum, R., *State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance*, en *International Responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Maurizio Ragazzi ed., 2005, 423, 424.

en la *Convención de la UA sobre los mercenarios*. Estos instrumentos no han sido ampliamente ratificados y, en todo caso, la definición de mercenario prevista en las mismas es notoriamente vaga y de difícil aplicación. No se avanzó hasta que no se cambió el foco hacia las normas secundarias, articulando un conjunto de reglas y obligaciones aplicables en caso de violación de las normas primarias<sup>546</sup>. Las reglas secundarias de responsabilidad estatal, reglas de atribución de responsabilidad internacional, están codificadas en el *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Estatal* de la *Comisión de Derecho Internacional*<sup>547</sup>. Los *Artículos* por sí mismos no son vinculantes para los Estados, por lo que no deben ser usados mecánicamente, sino mediante la referencia al Derecho Internacional Consuetudinario en el que se basan.

Un Estado será responsable bajo el Derecho Internacional cuando la conducta atribuible al mismo sea inconsistente con una obligación internacional. Más importante de todos modos es que si los actos de las EMSP son atribuibles a los Estados, éstos pierden su pátina de neutralidad y no participación.

El artículo 4 del *Proyecto de Artículos* establece el primer principio de atribución, según el cual un Estado es responsable por los actos de sus órganos. Un órgano de un Estado es un ente que opera dentro de la

---

<sup>546</sup> Roucounas, E., *Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration*, en *International Responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter* 391, Maurizio Ragazzi ed., 2005, págs. 398-99.

<sup>547</sup> En 2001, la Comisión de Derecho Internacional adoptó los *Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por los Actos Ilegales Internacionales* como culminación de más de 50 años de trabajo de la *Comisión* y la *Asamblea General* tomó nota en 2001. *Vide* Bodansky, D., y Crook, J.R., "Introduction and Overview", *96 AM. J. Int'l L.*, 2002, pág. 773.

estructura del Estado. Un ente que tenga personalidad legal diferente del Estado incluso si está totalmente controlado y poseído por el Estado no es un órgano del mismo, por lo que una corporación privada no puede ser caracterizada como tal. Por ello, la conducta de una EMSP no puede ser atribuida al Estado en aplicación del artículo 4. Es posible, sin embargo, que los empleados de una EMSP puedan ser considerados como órgano del Estado<sup>548</sup>. Éste fue el caso de la operación de *Sandline* en Papúa Nueva Guinea, donde fueron designados agentes especiales<sup>549</sup>. En este caso, es el Derecho interno el que contempla al individuo como parte de las Fuerzas Armadas del Estado, que es a su vez clasificado como un órgano del Estado bajo el Derecho Internacional. Pero será raro que los empleados sean contemplados directamente como miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado para los propósitos de atribución<sup>550</sup>. Como resultado, el artículo 4 no tiene una importancia relevante para la determinación de la responsabilidad estatal por los actos de las EMSP.

Por su parte, el artículo 5 trata las situaciones en que el ente no es un órgano del Estado pero está autorizado para ejercer autoridad gubernamental. El elemento más importante aquí parece ser el otorgamiento de poderes a una entidad privada o paraestatal para llevar a

<sup>548</sup> Shearer, D., "Outsourcing War", *Foreign Policy*, 1998, págs. 68-81.

<sup>549</sup> Vide Singer, P.W., "War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law", *op. cit.*, págs. 525-27, 2004. Durante el *Sandline Affair* en Papúa Nueva Guinea en 1997, el Gobierno convirtió al personal de *Sandline* en "agentes especiales" de la *Fuerza de Defensa de Papúa Nueva Guinea*. El *Acuerdo para la Provisión de Asistencia Militar entre el Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea y Sandline International*, de 31 de enero de 1997, se podía consultar en la página de *Sandline*. Vide *Sandline International Inc. v. Papua New Guinea*, en (1999) 117 ILR, págs. 552-65, 565-93 (en la Corte Suprema de Queensland).

<sup>550</sup> Es interesante resaltar que Blackwater afirmó en relación con el caso de la Plaza Nisoor que era el equivalente funcional de un agente federal, intentando con ello lograr inmunidad frente a las demandas. Vide Taussig-Rubbo, M. "Outsourcing Sacrifice: The Labor of Private Military Contractors", *21 Yale J. L. & Human*, 2009 págs. 136-37.

cabo una función inherentemente estatal. De la lectura de este artículo se deben establecer dos elementos para la atribución: que el ente esté ejerciendo elementos de autoridad gubernamental y que esté autorizado para ello por la legislación del Estado<sup>551</sup>. El problema es que no hay una definición aceptada generalizadamente de qué constituye una función intrínsecamente estatal ni una lista exhaustiva de funciones intrínsecamente estatales. Jurisprudencia de tribunales y Cortes internacionales sugiere que dichas funciones pueden incluir la persecución de la política gubernamental<sup>552</sup>, el mantenimiento de la ley y el orden<sup>553</sup>, la confiscación de la propiedad<sup>554</sup>, las tareas relativas a inmigración y aduanas<sup>555</sup>. Fuera de este núcleo duro de funciones, si es que existe, habrá que estudiar cada actividad.

En *Maffezini vs. España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció un análisis de dos partes para determinar si una corporación estaba ejerciendo elementos de autoridad gubernamental<sup>556</sup>. Primero, es necesario analizar la relación estructural de la corporación respecto al Estado. Esto incluye examinar el nivel de propiedad o control de la corporación por el Estado. Incluso si esto no fuera establecido, el Tribunal también sugirió que es necesario considerar las funciones de la

---

<sup>551</sup> Un problema a reseñar es el hecho de que un civil casi siempre actúa en función de un contrato. Las firmas militares privadas llevan a cabo sus actividades debido a sus obligaciones contractuales, no en virtud de una autorización por ley. Dickinson, L.A. "Torture and Contract", 37 *Case W. Res. J. Int'l L.* 267, 2006, págs. 273-74.

<sup>552</sup> *Vide Maffezini v. España*, 16 ICSID (W. Bank) 212, 214 (2000).

<sup>553</sup> *Vide Yeager v. Iran*, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 92, 102 (1987).

<sup>554</sup> *Vide Daley v. Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 232,237 (1988)

<sup>555</sup> *Vide Yeager v. Iran*, 17 Iran-U.S Cl. Trib. Rep. 110.

<sup>556</sup> *Maffezini*, 16 ICSID (W. Bank) 239-40.

corporación, y si esas funciones son típica o esencialmente funciones estatales<sup>557</sup>.

Cuando un Estado escoge actuar a través de un mecanismo del sector privado no puede evitar la responsabilidad por los actos incorrectos u omisiones meramente escondiéndose detrás del velo corporativo privado. Una corporación puede operar todavía por un beneficio mientras cumple funciones gubernamentales esenciales. Sin embargo, para establecer la atribución no es suficiente que el ente en cuestión esté llevando a cabo funciones gubernamentales, sino que debe también ser apoderado por la legislación estatal para llevar a cabo esa acción. Apoderamiento se refiere a la necesidad de un nexo entre los actos del ente y el Estado. El modo usual y obvio de apoderamiento será una delegación o autorización por o bajo la ley del Estado<sup>558</sup>.

Muchas de las funciones llevadas a cabo por EMSP entran dentro de la definición de función gubernamental señalada. Unas son claras como las operaciones ofensivas de combate, la guarda e interrogatorio de prisioneros o poderes policiales. A medida que nos alejamos de la tipología de EMSP que actúan en la línea del frente, la calificación de una función como intrínsecamente gubernamental es más difícil, requiriendo una aplicación rigurosa de los factores *Maffezini* al caso particular. El apoderamiento de EMSP por el Estado normalmente tiene lugar mediante un contrato, siendo raro que un Estado apruebe legislación específica apoderando a una EMSP para llevar a cabo sus funciones.

---

<sup>557</sup> *Maffezini*, 16 ICSID Rev. En 241.

<sup>558</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Primer Informe sobre la Responsabilidad del Estado, 3, U.N. doc. A/CN4/490/Add. 6 (24 de julio de 1998).

El artículo 7 establece la posición general de que la responsabilidad estatal existe por todas las violaciones del Derecho Internacional cometidas por los órganos del Estado o personas con poder para ejercer elementos de autoridad gubernamental en su capacidad oficial, incluyendo los actos *ultra vires* cometidos por personas que actúan bajo las instrucciones, dirección o control de un Estado

Alejándonos del caso básico de atribución de responsabilidad al Estado, el Artículo 8 trata la atribución al mismo de la responsabilidad por la conducta de personas o grupos privados, proporcionando reglas para eliminar las lagunas<sup>559</sup>. La responsabilidad estatal aparece bajo este artículo solo si el Estado dirigió a la compañía para la comisión de violaciones del Derecho Internacional Humanitario, pero no si la contrató para llevar a cabo una actividad legal y, mientras ejecutan el contrato, los empleados de las EMSP violaron la ley. El texto de este artículo resulta muy complicado y está sujeto a muchas interpretaciones diferentes<sup>560</sup>.

El segundo método de atribución bajo el Artículo 8 se da cuando el ente está bajo la dirección o control del Estado. Hay jurisprudencia contradictoria sobre el test correcto para el control. En *Nicaragua v. U.S.A.*, la *Corte Internacional de Justicia* sugirió el test de “control efectivo”, según el cual debe ser demostrado que el Estado “tenía control efectivo de las operaciones militares o paramilitares durante las cuales se

---

<sup>559</sup> Brownlie, I., *System of the Law of Nations, State Responsibility*, vol. I, págs. 160-161: *en ciertos casos de necesidad especial, las autoridades de un Estado pueden suplementar sus propias acciones autorizando operaciones llevadas a cabo por personas o grupos privados designados como “auxiliares” o “milicia”. Estas personas no son elementos “regulares” o “formales” del aparato estatal pero actúan de hecho en nombre del Estado que les confiere autoridad.*

<sup>560</sup> Vide Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* 110, *op. cit.*.



cometieron las presuntas infracciones”. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en *Prosecutor v. Tadic* sugirió el “test de control general”, siendo suficiente con el Estado ejerza un control general sobre el grupo, no solo mediante el equipamiento y financiación, sino también mediante la coordinación o ayuda en la planificación general de su actividad militar<sup>561</sup>.

En lo que respecta a la financiación, el Estado está financiando plenamente a las EMSP contratando directamente con ellas. Este test requiere también evidencia de que el Estado proveyó ayuda en la organización, coordinación o planeamiento de las actividades militares del grupo. La prueba más obvia es el contrato entre el Estado y la EMSP<sup>562</sup>. Aplicando este test, las violaciones del principio de distinción por el personal de las EMSP serían atribuibles al Estado, generándose así la responsabilidad del mismo<sup>563</sup>.

Mientras los *Comentarios* sugieren que los dos test deberían operar de forma concurrente, el razonamiento en *Tadic* no es convincente. El nivel de control sería consistente con las instrucciones dadas, y, por tanto, acciones fuera del marco de esas instrucciones no serían atribuibles al Estado. El *Test de control general* sugiere, sin embargo, que si se adoptara éste, podría ser suficiente con un control general sobre la situación para efectuar la atribución, incluso para EMSP

---

<sup>561</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case N° IT-94-1-A, Judgment, 131, 137. En el párrafo 131, se afirma que no es necesario demostrar que el Estado dio al grupo privado instrucciones específicas de violar el Derecho Internacional.

<sup>562</sup> Ciertamente, el acceso a estos contratos incrementaría de forma notable la capacidad para analizar el grado de control existente.

<sup>563</sup> Tarzwell, A., “In search of Accountability: Attributing the Conduct of Private Security Contractors to the United States Under the Doctrine of State Responsibility”, 11 *Or. Rev. Int’l L.* 179, 2009.

que han sido contratadas por una cuestión privada. Cuando las EMSP llevan a cabo funciones de seguridad para actores privados y no para el Estado, este test no parece tener apoyo en la práctica estatal ni en la opinión judicial. Si la conducta es atribuida al Estado en aplicación del artículo 5, el Estado será responsable por todos los actos de ese ente, incluso si los mismos quedaban fuera de su autoridad. Si la atribución ocurre en aplicación del artículo 8, cualquier acción que no esté dentro de las instrucciones del Estado o su efectivo control, no será atribuible al mismo.

La *Corte Internacional de Justicia* rechazó el test de “control general”, afirmando que el test de “control efectivo” coincidía sustancialmente con los estándares requeridos por el artículo 8<sup>564</sup>. Aunque la *Comisión de Derecho Internacional* refrendó el test de “control efectivo” en los *Artículos*, éste ha sido impracticable como se pudo comprobar tanto en *Nicaragua vs EEUU*, como más tarde en el *Genocidio de Bosnia*, proveyendo a los Estados de una gran laguna respecto a su responsabilidad, socavando la aplicación de la doctrina de la responsabilidad estatal.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 9, los casos dentro del ámbito de aplicación de este artículo ocurren solo muy raramente, tales como durante una revolución, conflicto armado u ocupación extranjera<sup>565</sup>. Es difícil su aplicación a las EMSP, pero podría ser el caso si fueran

---

<sup>564</sup> Cassese, A., “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *18 Eur. J. Int’l L.* 650, 2007.

<sup>565</sup> *Comentario*, *op. cit.*, p. 49.

contratadas por un grupo privado en casos de revolución o guerra civil y dependiendo de la naturaleza de las actividades ejercidas.

Un problema práctico de amplio alcance es el relativo a las dificultades de investigar en el extranjero las violaciones alegadas. Incluso si el Estado contratante lleva a cabo medidas coherentes para el control de las empresas del sector, las mismas no serán efectivas sin unos mecanismos adecuados de supervisión y aplicación. A pesar de que los mismos sean cruciales, suponen un auténtico desafío para el Estado. Para asegurar que una EMSP cumple sus obligaciones contractuales o respeta el régimen de licencia, o, particularmente, en lo referido a los estándares mínimos de Derechos Humanos, el sometimiento de la misma a la obligación de presentar informes periódicos no parece ser suficiente. Se necesitaría un número suficiente de empleados gubernamentales entrenados y equipados para supervisar el cumplimiento del contrato y el respeto a los requisitos de la licencia. Este personal debería estar en el área de operaciones de las empresas, lo cual sería caro y peligroso para el mismo, pues es difícil controlar a distancia.

### 3. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En cuanto a la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, es aplicable gran parte de lo dicho en relación con la atribución de responsabilidad al Estado salvando las evidentes diferencias entre ambas entidades.

Al igual que ocurre con los Estados, el uso de empresas militares y de seguridad privada por parte de Organizaciones Internacionales ha ido en aumento. El ejemplo más claro lo tenemos, tal como ya se ha analizado, en el caso paradigmático de la Organización de las Naciones Unidas. Este uso creciente ha incrementado de forma exponencial la posibilidad de que una actuación incorrecta de una EMSP afecte negativamente a la correspondiente Organización Internacional que la ha contratado. Por ello, adquiere una importancia capital la elaboración de unas normas que establezcan la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, tal como ya se ha efectuado con los Estados, por la actuación de sus órganos o agentes.

La *Comisión de Derecho Internacional* remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas el *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales* como anexo a su Informe aprobado en su 63º período de sesiones (26 de abril a 03 de junio y 04 de julio a 12 de agosto de 2011)<sup>566</sup>. El *Proyecto de*

---

<sup>566</sup> Doc. A/66/10, de 08 de agosto de 2011.

*Artículos* sigue el mismo planteamiento adoptado con respecto a la responsabilidad del Estado, conteniendo únicamente normas secundarias. Siendo similar en muchos aspectos al articulado sobre la responsabilidad del Estado, constituye un texto autónomo, aunque llega a la conclusión de que debería aplicarse una solución idéntica o similar a la contemplada en el *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado* con respecto a las Organizaciones Internacionales.

La gran diferencia con el *Proyecto de Artículos relativo a la Responsabilidad Internacional del Estado* estriba en la escasez de prácticas pertinentes. El hecho de que varios de los artículos de este *Proyecto* se basen en prácticas limitadas desplaza la frontera entre la codificación y el desarrollo progresivo hacia este último. En otras palabras, sus disposiciones no poseen necesariamente la misma autoridad que las correspondientes sobre la responsabilidad del Estado.

Las Organizaciones Internacionales son muy distintas de los Estados, y también se diferencian mucho entre ellas. A diferencia de los Estados, no gozan de competencias generales y se crearon para ejercer funciones específicas<sup>567</sup>. Las funciones, el tipo, el número de miembros y

---

<sup>567</sup> Ciertamente, la corriente doctrinal actualmente más seguida sostiene que, a diferencia de la plenitud de subjetividad que se predica respecto de los Estados, en el caso de las Organizaciones Internacionales se trata de una personalidad jurídica de alcance limitado a los objetivos definidos por sus respectivos tratados constitutivos. *Vide*, entre otros, Seyersted, F., «International personality of intergovernmental organizations». *The Indian JIL*, nº 4, 1964, págs.233–268; y Lewin, A. y Anjak, F. «Principes communs aux Organisations Internationales». *Juris-Classeurs de Droit international*, fasc. 112, Paris, 1989. Por su parte, la jurisprudencia internacional se ha mantenido en esta misma línea de interpretación en diversos pronunciamientos entre los que destaca el Dictamen de la CIJ relativo a la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1949. *Recueil* 1949 pp 174 ss. Dictamen del TJCE 1/94 de 15 de noviembre de 1994 sobre la competencia de la Comunidad Europea para celebrar el Acuerdo por el que se establece la *Organización Mundial del Comercio*. *Recueil* p. I-5267.

la magnitud de los recursos de las Organizaciones Internacionales comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos del *Proyecto*, son muy diversos. Sin embargo, los principios y normas enunciados en los artículos son de carácter general y, por tanto, han de aplicarse a todas esas Organizaciones Internacionales, sin perjuicio de las normas especiales de Derecho Internacional que se refieran únicamente a una o varias de ellas. La personalidad jurídica de la Organización, que es un requisito para que la misma pueda incurrir en responsabilidad internacional, tiene que ser independiente de la de sus Estados miembros.

Cuando una Organización Internacional comete un hecho ilícito, incurre en responsabilidad (artículo 3 cuya redacción está inspirada en la fórmula aplicable a los Estados según el *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*). Como en el caso de los Estados, la atribución de un comportamiento (entendiendo tanto las acciones como las omisiones, tal como establece el artículo 4) a una Organización Internacional, es uno de los dos elementos esenciales de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito.

Los artículos 6 a 9 versan sobre la cuestión de la atribución de un comportamiento a una Organización Internacional. Al igual que los artículos 4 a 11 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los artículos 6 a 9 del *Proyecto* tratan de la

---

atribución de un comportamiento y no de la atribución de la responsabilidad. Se tratan en ellos la mayoría de las cuestiones que, en el caso de los Estados, se regulan en los artículos 4 a 11. Igualmente, solo se establecen criterios positivos de atribución. Por razones evidentes, el *Proyecto sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales* no contiene artículo alguno que trate los aspectos a que se refieren los artículos 9 y 10 sobre la responsabilidad del Estado, los cuales se refieren al comportamiento en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y al comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole.

Según el artículo 6, *el comportamiento de un órgano o de un agente de una organización internacional en el ejercicio de sus funciones se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente en relación con la organización. Las reglas de la organización se aplicarán para determinar las funciones de sus órganos y agentes.*

El apartado c) del artículo 2 (definiciones), establece una definición del término órgano de la Organización. El diferente alcance que pueda tener el término órgano según las reglas de la Organización de que se trate no afecta a la atribución de un comportamiento a la misma, dado que también el comportamiento de los agentes se le atribuye de conformidad con el artículo 6. Así pues, el apartado c) se remite a las reglas de la Organización y entiende por órgano “toda persona o entidad que posea esta condición de conformidad con las reglas de la organización”. La definición del apartado c) es similar a la definición de órgano del Estado

que figura en el artículo 4, párrafo 2, del *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Según esta última definición “se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”. El apartado c) deja al criterio de la Organización Internacional la definición de sus órganos.

El apartado d) enuncia una definición del término “agente”. Las Organizaciones Internacionales no actúan solo por medio de personas naturales sean o no funcionarios. Por eso, la definición de “agente” comprende también todas las entidades por medio de las cuales la organización actúa, refiriéndose únicamente a personas o entidades que no están comprendidas en la definición del apartado c).

No parece pertinente la distinción entre órganos y agentes a los efectos de la atribución de un comportamiento a una Organización Internacional. El comportamiento tanto de los unos como de los otros es atribuible a la misma, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente en relación con la Organización. Por otra parte, se llega a una conclusión análoga con respecto a las personas o grupos de personas a que se refiere el artículo 8 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Esta disposición trata de las personas o grupos de personas que actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado. Las personas o grupos de personas que actúasen siguiendo las instrucciones o bajo la dirección o el control de una Organización Internacional tendrían que considerarse como



agentes de la misma a tenor de la definición que figura en el apartado d) del artículo 2.

#### 4. RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Si los Estados pueden ceder el monopolio del uso de la fuerza a las EMSP, es necesario plantearse, como hace el Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios, cuáles son exactamente las obligaciones y las responsabilidades en materia de Derechos Humanos de los agentes no estatales<sup>568</sup>. Estas empresas no son sujetos de Derecho Internacional pero ello no impide que sean destinatarias de normas jurídicas internacionales<sup>569</sup>. La regulación, limitación y control de las actividades de las EMSP que lleva a cabo el Grupo de Trabajo en el *Proyecto de posible convención*<sup>570</sup> es de carácter indirecto. Son los Estados los que van a tener que adoptar las medidas necesarias para incluir en sus Ordenamientos jurídicos el régimen del *Proyecto*. El Grupo de Trabajo tuvo muy presente las “Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas comerciales en la Esfera de

<sup>568</sup> Documento A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, pár. 67.

<sup>569</sup> El Derecho Internacional de los Derechos Humanos también define las relaciones entre los individuos obligándoles a respetarse mutuamente. Si bien son los Estados los que firman y ratifican los tratados internacionales, no son ellos los únicos sujetos a las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Empezando por el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “todas las personas tienen deberes frente a la comunidad”. Vide Abrisketa, J.: “Blackwater: los mercenarios y el derecho internacional”, *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, *Comentario*, Madrid, septiembre de 2007, pág. 12, [www.fride.org](http://www.fride.org).

<sup>570</sup> Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP), Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, A/HRC/15/25, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General.

los Derechos Humanos”<sup>571</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades y el poco entusiasmo de la comunidad internacional en adoptar dichas normas y a fin de evitar cualquier posible oposición de los Estados por esta causa, y especialmente teniendo presente que en el estado actual del Derecho Internacional público no hay consenso sobre la subjetividad internacional de las empresas, se decidió no establecer ninguna obligación directa dirigida a las EMSP. La Convención establece tan sólo obligaciones directas a las Partes con respecto a éstas. El *Proyecto* establece claramente obligaciones para las Partes que precisan de su desarrollo legislativo interno u otro. Se sigue así una técnica utilizada en otras Convenciones de Derechos Humanos.

Aunque las compañías no generen por sí mismas responsabilidad internacional<sup>572</sup>, esto no es óbice para que sí puedan tener responsabilidades bajo el Derecho nacional. Las personas jurídicas deben respetar la legislación local del Estado en el que operen.

Algunas firmas privadas son compañías muy arraigadas con experiencia demostrada. Otras parecen ser poco más que grupos sueltos de aventureros con enorme variedad de experiencia militar o de seguridad, por lo que es más que probable una pobre o nula formación en Derechos Humanos y Derecho Internacional. Esto se atribuye a la composición de las mismas pues normalmente tienen poco personal

---

<sup>571</sup> Elaboradas por la *Subcomisión de protección de los Derechos Humanos* (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2).

<sup>572</sup> Para un análisis de la naturaleza y extensión de las responsabilidades de los actores no estatales bajo el Derecho Internacional Humanitario, *vide* Clapham, A., “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *op. cit.*

permanente, con la mayoría contratado con contratos de corta duración. La capacidad para un rápido despliegue y la presión de la rentabilidad no favorecen una integración sólida del Derecho Internacional Humanitario en las prácticas de estas compañías y solamente mientras están bajo contrato el cliente puede ejercer alguna presión sobre ellas.

En un mundo que tiende hacia contratos de corta duración y a pagos únicos, el mercado de servicios se mueve rápidamente hacia un *compra y paga*. Las compañías de este tipo son, generalmente, parte de una sociedad más grande u otra subsidiaria, pueden también tener intereses, económicos o de otro tipo, en países donde los servicios de seguridad son indispensables; pueden trabajar a la vez para dos o más bandos opuestos; y pueden estar relacionadas o haber participado en pasados casos de violaciones de Derechos Humanos. Al fin y al cabo, no son agencias humanitarias ni de ayuda sino que trabajan por dinero no por idealismo.

La falta de información adecuada y de transparencia en lo relativo a la naturaleza y ámbito del personal de las EMSP, prácticas y regulación aplicable, contribuye a la existencia de importantes déficits en este campo. Por una parte, la falta de rendición de cuentas por las actividades de estos actores. En contraste con los proveedores estatales de seguridad, estas empresas no están bajo el escrutinio público, sino que responden a una conjunción de gestores y accionistas cuyos objetivos comerciales pueden entrar en conflicto con la protección de los Derechos Humanos. Esta confusión se ve incrementada por el problema planteado

por la presencia de múltiples nacionalidades, lo que ocurre en el escenario nada raro de un contratista de una nacionalidad contratado por una entidad de otra nacionalidad para trabajar en el territorio de un Estado extranjero, llevando a la potencial aplicación extra territorial de numerosas leyes y estándares concurrentes e incluso contrapuestos a una EMSP que está operando, resultando usualmente en que ninguna de esas leyes o estándares se aplique.

En este tema, se pueden identificar de forma general dos fuerzas contrapuestas trabajando al mismo tiempo. Por una parte, una fuerza centrífuga que empuja la responsabilidad hacia fuera a través de la contratación y la privatización. Por otra parte, una fuerza centrípeta que atrae al sector de las EMSP de vuelta hacia el ámbito soberano para lograr inmunidad y seguir siendo un modelo de negocio viable<sup>573</sup>. Para poder exigir la responsabilidad de las EMSP, se requiere identificación, análisis y evaluación para la determinación de si los servicios de Defensa ofrecidos por las mismas son legales y los objetivos apropiados ya sea en relación con las especificaciones contractuales o con políticas más amplias; si los servicios se prestan dentro de los márgenes legales; si se informa correctamente de las actividades llevadas a cabo; y si existen medios apropiados para la exigencia de responsabilidad y compensación por los incumplimientos de obligaciones. El control de la EMSP puede ser llevado a cabo por el Estado a través de cuatro áreas legales: contractual, corporativa, adquisición y regulación dirigida a la industria en general.

---

<sup>573</sup> *Vide* Taussig-Rubbo, M. "Outsourcing Sacrifice: The Labor of Private Military Contractors", *op. cit.*, pág. 144.

Siguiendo a Singer, se pueden establecer tres grandes obstáculos para el control efectivo de estas empresas<sup>574</sup>.

En primer lugar, la supervisión. Los contratos de las EMSP pueden estar predeterminados o situarse en un nicho de mercado altamente especializado, sin olvidar que a menudo se llevan a cabo en contextos de alto secreto, lo que descarta una competencia real, evitándose por tanto el escrutinio del mercado y la supervisión. En cualquier caso, las EMSP como actores privados que ejecutan contratos privados y que tienen acceso a secretos militares, están bien protegidas del escrutinio público.

En segundo lugar, está el beneficio como motivo, que puede dejar al Gobierno en una posición muy vulnerable aunque teóricamente se pueda ahorrar con la privatización. Una vez el Gobierno ha privatizado servicios de Defensa, ya no está en posición de sustituir un fracaso de la empresa con sus propios recursos. Por otra parte, los servicios son más difíciles de medir y supervisar que los bienes. El remedio usual para los delitos corporativos es la multa, lo que además de inadecuado en muchas ocasiones, es inefectivo casi siempre. En un cálculo sobre coste – beneficio de las propias empresas, el beneficio de sus acciones supera de lejos cualquier multa, real o potencial, lo que incita a las EMSP a evitar el control y responsabilidad por los costes (financiera) y actividades (violaciones del Derecho Internacional y Nacional).

El tercer tema que incide sobre la presunta eficiencia argüida en la agenda política privatizadora neoliberal es el de los incentivos de las

---

<sup>574</sup> Singer, P.W. *Corporate Warriors*, *op. cit.*, págs. 152-153.

EMSP para prolongar los contratos y proteger su propio armamento y personal.

Se han dado ciertos desarrollos relativos a la responsabilidad de las compañías aunque en el terreno del denominado *soft law*. Mientras que el Derecho Internacional debería ser vinculante para actores no estatales, incluyendo estas compañías y sus empleados, esto no ocurre en la realidad<sup>575</sup>. Recientes procesos para afianzar la responsabilidad corporativa incluyen las *Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales*<sup>576</sup>. El Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios acordó en su Informe de 2006 que las EMSP que proveen servicios en un contexto internacional deberían aplicar estas *Normas*<sup>577</sup>. De todas formas, no se pueden

---

<sup>575</sup> Gómez del Prado, J.L., Algunas tendencias emergentes de las actividades de un nuevo actor no estatal, las compañías privadas militares y de seguridad, Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos / coord. por Jessica Almqvist, Felipe Gómez Isa, 2006.

<sup>576</sup> Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Normas sobre las responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas de negocios con respecto a los derechos humanos*, UN Doc. (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2), 2003. Es de destacar lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, según los cuales “3.- las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales no participarán y no se beneficiarán de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, desaparición forzosa, trabajos forzados, toma de rehenes, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, otras violaciones del Derecho Humanitario y otros crímenes internacionales contra las personas humanas tal como son definidos por el Derecho Internacional, en particular Derechos Humanos y el Derecho Humanitario. 4.- las medidas de seguridad para las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas de Derechos Humanos así como las leyes y estándares profesionales del país o países en los que operan”.

<sup>577</sup> UN Doc. E/CN.4/2006/11/Add.1, 03 de marzo de 2006, pág. 28 “A este respecto, los miembros acuerdan que las provisiones normativas del *Proyecto de Normas sobre las responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas de negocios con respecto a los derechos humanos (E/CN.4/ Sub.2/2003/12/Rev.2)* de 2003 aprobado por la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, deberían aplicarse a las compañías privadas en aquellos casos en que dichas compañías estuviesen operando y proveyendo servicios militares y de seguridad en más de un país. Las *Normas* también deberían aplicarse cuando compañías privadas operan como un clúster de entidades económicas operando en dos o más países (cualquiera que sea su forma, ya sea en su país de origen o país de actividad, y ya sean tomadas individual o colectivamente)”.

considerar los servicios que prestan como una simple mercancía comercial ordinaria y anodina que la industria puede regular por sí misma sin controles externos<sup>578</sup>.

En la actualidad, cuando se trata de obligaciones, el Derecho Internacional impone explícitamente reglas a los Estados y así tales procesos para hacer que las entidades privadas sean directamente responsables requieren un desarrollo y una investigación adicional<sup>579</sup>. Incluso se han dado conversaciones para ampliar el alcance de los tribunales internacionales para procesar a entidades corporativas, pero nada se ha producido aún. Algunos autores incluso proponen que se otorgue a estas compañías el estatuto de *Cuasi-Estados*, con personalidad legal *semi internacional* para que estuvieran sujetas a la jurisdicción de la *Corte Internacional de Justicia*, así como a la *Corte Penal Internacional* que ya tiene el poder de juzgar a acusados individuales<sup>580</sup>.

El exitoso historial de empresas militares y de seguridad privada tales como *Executive Outcomes*, *MPRI*, *Sandline Internacional*<sup>581</sup>..., las

---

<sup>578</sup> Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. cit., pág. 75.

<sup>579</sup> Kinley y Tadaki afirman que "las Normas son ...confusas sobre cómo podrían ser directamente responsables bajo el Derecho Internacional por cualquier transgresión de estas obligaciones, más allá de dar por supuesto que existe esa posibilidad", Kinley, D., y Tadaki, J., "From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law", 44 VA. J. Int'l L., 2004, pág. 947.

<sup>580</sup> Vide Wu, E.Y. "Why Private Mercenary Companies Should Be Legitimized and Allowed to Enter the World Stage", 43 New England Law Review 461 2008-2009. www.heinonline.org.

<sup>581</sup> Como ya se ha señalado, *Executive Outcomes* y *Sandline Internacional*, cesaron, al menos formalmente, sus actividades. En el caso de *Sandline*, si se accede a su página web, se puede leer el siguiente comunicado: *El 16 de abril de 2004 Sandline Internacional anunció la clausura de las operaciones de la empresa. La falta general de apoyo gubernamental a las Empresas Militares Privadas, deseosas de ayudar en la finalización de conflictos armados en lugares como África, dada la ausencia de una*

convirtió en una opción realista para Gobiernos que ven la externalización de determinadas actividades de naturaleza militar como un modo efectivo de reducir su presupuesto militar. Su empleo puede ayudar a evitar la poca predisposición política a la implicación en situaciones de alto riesgo en las que las razones de política interna para ello son difícilmente perceptibles. Hay, sin embargo, una cuestión básica de responsabilidad cuando empresas privadas se introducen en lo que tradicionalmente ha sido responsabilidad de los Gobiernos, las Naciones Unidas o alianzas regionales como la OTAN.

Los Estados, a la vez que ceden competencias en materia de seguridad a empresas privadas extranjeras, tienen la obligación insoslayable de articular mecanismos jurídicos y procesales para establecer la responsabilidad de estas empresas. Los Gobiernos responden ante su pueblo y ante el poder legislativo. Las corporaciones privadas tienen poca responsabilidad para con el público y están en gran medida blindadas frente al escrutinio del Gobierno. Es más, en algunos casos, estas empresas pueden llegar a ser incluso más poderosas que los propios Estados soberanos que las contrataron para su protección. Éste es otro serio problema, con potenciales implicaciones profundas relativas a estas compañías y su ambiguo estatuto legal dentro del Derecho Internacional existente. La imputación a las mismas de la responsabilidad por sus acciones es problemática debido a la compleja

---

*efectiva intervención internacional, es la razón de esta decisión. Sin dicho apoyo, la capacidad de Sandline de crear una diferencia positiva en países donde están extendidos la brutalidad y el comportamiento genocida está materialmente eliminada (sic). La traducción es propia. Realmente, esta empresa continúa operativa con el nombre de AEGIS.*



naturaleza de sus actividades y sus movimientos entre sistemas legales diferentes.

Los militares han establecido estructuras legales donde los soldados son directamente responsables de sus acciones. Pueden ser procesados por los tribunales nacionales y, además, pueden ser llevados, en determinados casos, ante la *Corte Penal Internacional*. Lo mismo se aplica a las tropas de Naciones Unidas encargadas de mantener la paz que son responsables ante sus propias leyes nacionales, incluyendo tanto el Derecho Militar como el Derecho Penal. Sin embargo, aunque las compañías militares y de seguridad privada pueden realizar similares funciones militares y de seguridad, no son en realidad parte de ninguna estructura militar y, por ello, no están sujetas a tales reglas y procedimientos. Además, como los empleados de estas compañías no se cualifican bajo la estrecha y, en parte, anticuada legislación anti mercenaria internacional, su estatuto es incluso más incierto.

En un contexto de conflicto armado, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable a todos los actores: Estado, Fuerzas Armadas, civiles, paramilitares... y también a los contratistas armados<sup>582</sup>. Las empresas privadas no son sujetos del Derecho Internacional, pero todas las partes en un conflicto armado tienen la responsabilidad de respetar el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los

---

<sup>582</sup> Saura Estapá, J., "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010.

Derechos Humanos<sup>583</sup>. Las EMSP no forman parte de las Fuerzas Armadas regulares ni sus empleados reúnen las condiciones para ser considerados combatientes conforme a las disposiciones aplicables del Derecho Internacional Humanitario<sup>584</sup>. Deben, en consecuencia, ser consideradas personas civiles y, como tales, de un lado no deberían ser objeto de ataques, pero del otro no tienen tampoco derecho a utilizar armas de fuego. Si realizan actividades que equivalen a participar directamente en las hostilidades<sup>585</sup>, pierden la protección contra los ataques aunque en todo caso deben respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario<sup>586</sup>. En fin, en el momento que este personal civil empuña y utiliza armas, puede ser juzgado por los tribunales nacionales por el mero hecho de participar en las hostilidades, lo que no sucede en el caso de los combatientes legítimos.

---

<sup>583</sup> Vide Pastor Palomar, A., "Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008-2, págs. 427 y ss.

<sup>584</sup> Vide Cameron, L., "Private military companies", *op. cit.*, págs 582-587. La mayor parte de la doctrina es más ambigua. Así, Pozo y Hernández afirman que "no cabe adscribir a los empleados de las CMSP dentro de una u otra (categoría) en bloque. Su concreto estatuto jurídico deberá ser determinado, en cada caso, atendiendo a su grado de integración en la estructura militar y a la naturaleza de los servicios que estén prestando". Vide Pozo Serrano, P. y Hernández Martín, L.: "El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia de Irak", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pág. 330.

<sup>585</sup> Tras más de seis años de debates e investigación entre expertos en la materia, en mayo de 2009, el *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)* publicó la "Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el DIH", una mera interpretación sin valor jurídico que tiene por objeto aclarar el significado y repercusiones de la misma. Según esta guía para que exista *participación directa en las hostilidades* tienen que concurrir de forma acumulativa tres criterios: Uno, *umbral de daño*, concebido para afectar posiblemente las operaciones militares o a la capacidad militar de una parte; e infligir muerte, heridas, o destrucción a personas u objetos protegidos contra ataques directos. Dos, *causa directa*, entendida como un acto específico, operación militar y daño en un único paso. Y tres, *existencia de nexa beligerante*, entendido como un acto específicamente diseñado para causar directamente el umbral de daño en apoyo de una parte en el conflicto siendo una parte integral de las hostilidades. Vide Melzer, N., *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, mayo 2009.

<sup>586</sup> Vide *Comité Internacional de la Cruz Roja*, "La privatización de la guerra", en [www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/6R8NK6](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/6R8NK6).

Ése es precisamente el efecto jurídico que buscaba el *Protocolo Adicional I* en su definición de los mercenarios. El problema estriba en la impunidad *de jure* y *de facto*. En primer lugar, por la existencia de una cada vez más tupida red de tratados bilaterales que ofrecen inmunidad a los ciudadanos de las Partes, incluido el personal de las EMSP, en los procedimientos judiciales nacionales e impiden también iniciar procesos contra esas personas ante la *Corte Penal Internacional*. En segundo lugar, existe una gran opacidad contractual, con subcontrataciones, compañías ficticias, aplicación de alguna legislación extranjera más permisiva que la del respectivo país (en términos, por ejemplo, de obligaciones aseguradoras). Todo ello hace muy difícil determinar qué legislación nacional es aplicable y qué tribunales son competentes para conocer de los hechos delictivos cometidos por contratistas o las violaciones de Derechos Humanos atribuibles a estas empresas.

Más allá del tema de la responsabilidad penal por las violaciones de las leyes nacionales, recientes desarrollos han demostrado el creciente alcance del marco del Derecho Internacional Humanitario respecto de las corporaciones, y, consecuentemente, su posible corolario de responsabilidad penal internacional. La previsión de la responsabilidad penal de las corporaciones por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario implica necesariamente la determinación de si tienen derechos y deberes bajo el Derecho Internacional del conflicto armado. No son sujetos del sistema legal puramente internacional y es dudoso que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional incorporen obligaciones respecto de las personas jurídicas

nacionales. El Derecho Internacional provee unos mecanismos mínimos y fragmentados de responsabilidad por violaciones del Derecho Internacional Humanitario por las corporaciones. Los ordenamientos legales nacionales sin embargo, ofrecen un entorno más apropiado.

A pesar de la creciente presencia de actores no estatales en la mayoría de los conflictos armados, el Derecho Internacional Humanitario sigue siendo un ordenamiento basado en los Estados y los mecanismos de responsabilidad penal que han sido establecidos se centran principalmente en los individuos, sin que sea posible el reconocimiento de violaciones del Derecho Internacional Humanitario por corporaciones. Mientras las corporaciones pueden entrar dentro del ámbito del Derecho Internacional Humanitario, estos instrumentos no implementan mecanismos para la sanción de violaciones de estas obligaciones. El respeto de los principales instrumentos del Derecho Internacional Humanitario reside en las Partes contratantes que han asumido “respetar y asegurar (el) respeto de la presente Convención(es) en todas las circunstancias”. De todas formas, el hecho de que los actores no estatales son mencionados en otros pasajes de estos instrumentos no los hace *ipso jure* responsables por violaciones del Derecho Internacional Humanitario a nivel internacional. Considerando que las Convenciones no definen el significado del término “personas” posiblemente indicando que incluye no solo individuos sino también personas jurídicas, y considerando que el *Protocolo Adicional I* se refiere a “crímenes de guerra” sin mencionar la naturaleza de sus autores, parece que estos instrumentos no excluyen a

las corporaciones de tener obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario.

Aunque las Cortes y Tribunales penales internacionales han decidido casos relativos a actividades llevadas a cabo por corporaciones, han rechazado persistentemente considerar la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A su vez, esta posición ha sido integrada en el Estatuto de la *Corte Penal Internacional* que no contempla la responsabilidad corporativa.

La *Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*<sup>587</sup> tenía jurisdicción para "juzgar y castigar a los mayores criminales de guerra...actuando en interés de los países europeos del Eje, ya sean individuos o como miembros de organizaciones" la responsabilidad de personas jurídicas fue eliminada desde el inicio, y, además, el Tribunal declaró que "los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen dichos crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden ser aplicadas"<sup>588</sup>.

De todos modos, un rasgo distintivo de la *Carta del Tribunal Militar Internacional* fue la posibilidad "en el juicio de cualquier miembro individual de cualquier grupo u organización" de "declarar... que el grupo

---

<sup>587</sup> Durante la II Guerra Mundial, los aliados firmaron el conocido como Acuerdo de Londres, que sentaría las bases de lo que en el futuro acabaría siendo el Tribunal de Nuremberg, con competencia para conocer de determinados crímenes cometidos en Europa (cuyos principios de enjuiciamiento serían posteriormente ratificados por la Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>588</sup> International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945- 01 de octubre de 1946, 466 (International Military Tribunal 1948).

u organización de la que el individuo era miembro era una organización criminal” y, así, cuatro organizaciones fueron declaradas criminales por el Tribunal. El reconocimiento de la responsabilidad penal de estas, *de facto* o *de jure*, organizaciones no debería sin embargo, ser interpretada como un reconocimiento por el Tribunal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ciertamente, esta específica disposición de la *Carta del Tribunal* estaba ligada a la llamada *Control Council Law n° 10* establecida para la persecución de criminales de bajo rango<sup>589</sup>. Para estar seguros, la mera pertenencia individual a una de estas organizaciones declaradas como criminales por el tribunal constituía un delito. Así pues, la criminalización de varias organizaciones por la *Control Council Law n° 10* sirvió para proveer de una base legal para la persecución de individuos y debería ser distinguida de unos genuinos mecanismos de responsabilidad corporativa.

Subsecuentes desarrollos en el campo del Derecho Penal Internacional han confirmado la falta de poder para perseguir corporaciones en la arena internacional. En este sentido, los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia<sup>590</sup> y para Ruanda<sup>591</sup> proveían expresamente que tenían jurisdicción “sobre personas naturales”. De todos modos, mientras el Artículo 25 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* establece idénticamente jurisdicción

---

<sup>589</sup> Vide Bing Bing, J., *Control Council Law N° 10*, en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Cassese A., ed., Oxford University Press, 2009, págs. 281-2.

<sup>590</sup> Creado por Resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), de 22 de febrero de 1993.

<sup>591</sup> Creado por Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), de 08 de noviembre de 1994.

“sobre personas naturales”, negando implícitamente, al menos para su propia jurisdicción, la posibilidad de castigo de corporaciones y otras entidades jurídicas, los proyectos previos a su aprobación muestran que algunos de los Estados partícipes en la negociación consideraron la posibilidad de implementar una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Desde el punto de vista subjetivo, la utilidad de la *Corte Penal Internacional* también está limitada en el contexto de las EMSP porque en virtud del artículo 25(1) de su Estatuto “la Corte tendrá jurisdicción sobre las personas naturales conforme a este Estatuto”. La responsabilidad corporativa no es mencionada en lugar alguno debido a las objeciones durante los debates del *Proyecto de Estatuto*, por las dudas sobre el ámbito, problemas de representación y el temor al impacto en los derechos de terceras partes. Ciertamente, el *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998, preveía que además de las personas naturales “la Corte tendrá también jurisdicción sobre las personas jurídicas, con la excepción de los Estados, cuando los crímenes fueran cometidos en nombre de dichas personas jurídicas o por sus agencias o representantes”<sup>592</sup>.

Esta propuesta, hecha con la idea de facilitar el acceso a la restitución y compensación, no fue finalmente adoptada por los Estados partes. Se plantearon varios argumentos en su contra, incluyendo entre

---

<sup>592</sup> Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, Italia, 15 de Junio – 17 de Julio de 1998, Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, art. 76, nº 9, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14 de abril de 1998).

los principales los problemas de prueba así como el rechazo al concepto de la responsabilidad corporativa penal en muchos ordenamientos nacionales, lo que habría menoscabado el mecanismo complementario de la *Corte Penal Internacional*<sup>593</sup>. Se debe también resaltar que la dimensión de ficción de las personas jurídicas, a través de la cual las responsabilidades pueden ser blindadas y los activos protegidos por el velo corporativo, hace más compleja la responsabilidad penal efectiva.

Por tanto, mientras el Derecho Internacional Humanitario impone obligaciones sobre las personas jurídicas y sus actividades pueden facilitar o servir como base para la comisión de serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario, las corporaciones han permanecido fuera del ámbito de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales *ratione personae*. La conducta delictiva corporativa puede, por tanto, ser juzgada en la arena internacional solo a través de la responsabilidad penal residual de las personas naturales<sup>594</sup> que deciden, dirigen o implementan estas actividades, dejando sin resolver la cuestión de la compensación de las víctimas y el mantenimiento de una actividad que estructuralmente alimenta el conflicto y la comisión de delitos.

Sin embargo, concluir la completa inexistencia de responsabilidad de las corporaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario a nivel internacional parece una posición excesiva ya que

---

<sup>593</sup> Bégis, B., "Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders", *Denv. J. Int'l L. & Policy*, Vol. 38:2, pág. 209.

<sup>594</sup> Fuera de la esfera de los Tribunales penales internacionales, y bajo rigurosas condiciones, pueden también entrar dentro del ámbito de la responsabilidad estatal, notablemente incumbiendo el fenómeno creciente de la externalización de operaciones militares a entidades privadas.



desarrollos recientes han mostrado el desarrollo de canales alternativos de responsabilidad. Su falta de responsabilidad penal internacional no eclipsa totalmente la creciente preocupación de la comunidad internacional sobre actividades corporativas contenciosas en el contexto de los conflictos armados. Por tanto, varios mecanismos de Derecho Internacional han tratado la necesidad de responsabilidad corporativa.

Esto está reflejado particularmente en las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y otros mecanismos “blandos” de responsabilidad internacional. El Consejo de Seguridad tiene el poder de interferir en el curso de las actividades comerciales en caso de amenazas a la paz, e impone sanciones, sin limitaciones *ratione personae*, sobre los Estados, individuos, grupos de individuos o personas legales. Bajo el Artículo 41 de la *Carta de Naciones Unidas* puede adoptar medidas coercitivas no militares, incluyendo “la interrupción total o parcial de relaciones económicas”<sup>595</sup>.

Siguiendo una evolución de los conflictos armados que implican más actores no estatales, la práctica del Consejo de seguridad desde los años noventa ha resaltado una creciente focalización de sus sanciones sobre sujetos no estatales y entidades, también conocidas como “sanciones inteligentes”<sup>596</sup>. Esta nueva política ha resultado en medidas

---

<sup>595</sup> Artículo 41 de la *Carta de Naciones Unidas* “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

<sup>596</sup> *Vide Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft*, Cortright, D. & López, G.A., eds., Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2002.

tales como embargos de armas y petróleo y sobre las exportaciones de diamantes. Dos tipos distintos de corporaciones pueden ser tomadas en cuenta en estas decisiones: aquellas ya involucradas en un conflicto armado dado y objetivo directo de las sanciones; y todas aquellas otras a las que se les prohíbe preventivamente llevar a cabo ciertas actividades vinculadas a ese conflicto.

Ciertamente, las sanciones de las Naciones Unidas son limitadas en la práctica, y no pueden ser comparadas en términos de eficacia con otros posibles mecanismos de exigencia de responsabilidad directa. El Consejo de Seguridad no tiene autoridad para procesar a individuos, grupos y personas jurídicas directamente por la violación de sus embargos pues es función de los Estados miembros de la ONU asegurar el cumplimiento de sus *Resoluciones*. Sin embargo, la imposición de este tipo de sanciones para prevenir o restringir actividades económicas, incidiendo así en el comportamiento corporativo en los conflictos armados, resalta la existencia de mecanismos selectivos para la imposición de responsabilidad indirecta sobre las corporaciones por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Pero es necesario recurrir a los ordenamientos jurídicos nacionales para una efectiva implementación de las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Como se ha visto, la responsabilidad de las corporaciones en el orden legal internacional es aún limitado. Las corporaciones tienen obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario, pero las limitaciones *ratione personae* de las Cortes y Tribunales penales

internacionales, así como la falta de poderes coercitivos del Consejo de Seguridad para imponer la implementación de sus sanciones impiden el cumplimiento automático.

Hasta cierto punto, estas obligaciones y sanciones son casi puramente declarativas en el nivel internacional. Así pues, su imposición recae en los ordenamientos legales nacionales, tal como se establece en los artículos 25 y 48 de la *Carta de Naciones Unidas*. A su vez, la no implementación de una *Resolución* que adopta sanciones bajo el artículo 41 de la *Carta* implicaría la responsabilidad del Estado recalcitrante. De todas formas, esta obligación no significa necesariamente que dichas *Resoluciones* sean autoejecutables en el ordenamiento nacional. Como un instrumento derivado de un tratado estas sanciones no tienen, normalmente, efecto directo y requieren una medida específica de implementación, y las consecuencias dependerán del lugar atribuido al Derecho Internacional en el sistema nacional.

En este contexto, diversas cuestiones han aparecido en la revisión judicial de las *Resoluciones* del Consejo de Seguridad por los tribunales nacionales y el punto hasta el cual ésta podría constituir una crítica de su validez, constituyendo una revisión judicial indirecta de las sanciones económicas de las Naciones Unidas<sup>597</sup>. La efectividad de las sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptadas en relación con las violaciones del Derecho Internacional Humanitario comparada con la adopción de medidas judiciales ante Tribunales internacionales o

---

<sup>597</sup> *Vide* Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Kadi & Al Barakaat v. Council & Comm'n, 2008 E.C.R.I-06351.

nacionales reside en la ausencia de limitaciones *ratione personae*, facilitando, por tanto, la inclusión de las actividades llevadas a cabo por las corporaciones. Al mismo tiempo, hay pocos ejemplos de medidas judiciales en el ámbito nacional por violaciones de embargos del Consejo de Seguridad.

Pero incluso sin la implementación nacional, las sanciones de las Naciones Unidas pueden tener impacto en las empresas al afectar a sus obligaciones contractuales pudiendo dar lugar a la terminación del contrato por *force majeure*. Pero este mecanismo de responsabilidad corporativa indirecta es selectivo y limitado pues requiere una *Resolución* previa del Consejo de Seguridad y, más importante, no tiene en consideración la compensación de las víctimas.

Existen dos canales procedimentales diferentes de responsabilidad, los mecanismos penales y los civiles. Desde el punto de vista penal, en aplicación del principio *nulla poena sine lege*, la adopción de medidas legales y la condena de corporaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario están sujetos a la existencia de dichos delitos en los sistemas legales nacionales así como también su aplicabilidad a personas jurídicas. La existencia de delitos en el ámbito nacional por la violación del Derecho Internacional Humanitario debería provenir primariamente de las obligaciones del Estado consagradas por las *Convenciones de Ginebra*. Esto se deriva principalmente de lo establecido en los artículos 46 de la *Convención de Ginebra II*, 50 de la *Convención de Ginebra III*, 129 de la *Convención de Ginebra IV*. A pesar

de la amplia base jurisdiccional ofrecida por estos artículos para la persecución de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, el problema viene del hecho de que la mayoría de los Estados no tiene legislación adecuada.

El mayor problema para la responsabilidad penal de las empresas es la falta de métodos disponibles para castigarlas, pues solo pueden serlo mediante multa o embargo de propiedades<sup>598</sup>. Los actores individuales pueden ser encarcelados por delitos cometidos en el extranjero, mientras que la compañía como tal puede ser castigada financieramente. Un castigo más drástico sería la revocación de todos los contratos gubernamentales a las compañías cuyos empleados estén involucrados en incidentes serios. Pero esta medida sería muy complicada de llevar a la práctica por dos razones, primero la falta de transparencia en el proceso contractual y, segundo, la revocación de los contratos podría dificultar los esfuerzos bélicos.

La implementación del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* en los sistemas legales nacionales de los Estados parte ha reducido significativamente estas disparidades nacionales y desarrollado la inclusión de dichos crímenes en las legislaciones nacionales. Pero la *Corte* está sujeta al principio de complementariedad<sup>599</sup>, lo que no es sino una aplicación concreta del principio *aut dedere aut iudicare* (extraditar o

---

<sup>598</sup> Las corporaciones no pueden ser encarceladas y no pueden ser juzgadas por delitos castigados con la pena de muerte.

<sup>599</sup> Vide Knoop, A.: *The Prosecution and Defense of Peacekeepers under International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2004, pág. 21.

juzgar). Además, su Estatuto no obliga a los Estados Parte a implementar las prohibiciones penales en su legislación.

La existencia de dichas bases legales no es suficiente para perseguir a las corporaciones ya que ninguno de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario existentes fueron redactados teniendo en cuenta las personas jurídicas y, más aún, tal como ya se ha señalado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional excluye a las mismas de su jurisdicción *ratione personae*. Sin embargo, el creciente reconocimiento de la responsabilidad penal general de las personas jurídicas, y notablemente corporaciones, en los ordenamientos jurídicos nacionales, añadido a la transposición nacional de los delitos internacionales, ha sido el vehículo para la responsabilidad de las corporaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

La jurisdicción de la *Corte* está ciertamente limitada *ratione personae* no solo a individuos sino también por las provisiones que estipulan que esas personas responsables ante su jurisdicción han de ser nacionales de un Estado Parte del Estatuto de Roma o deben haber perpetrado su conducta criminal en el territorio de un Estado Parte<sup>600</sup>. Es significativo que la legislación penal nacional no incluye dichas limitaciones y hace posible, bajo ciertas condiciones, la persecución de personas naturales o jurídicas de cualquier nacionalidad e incluso por una conducta llevada a cabo en el extranjero. Por tanto, el potencial de inclusión de las malas conductas corporativas en los Derechos penales nacionales parece significativo. No obstante, no ha sido tan implementada

---

<sup>600</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 12.

en la práctica y, de hecho, la mayor parte de los casos respecto de violaciones del Derecho Internacional Humanitario por corporaciones se han dado en el ámbito de la responsabilidad civil en los Estados Unidos.

De acuerdo con el *CICR*, la responsabilidad civil de las EMSP es “generalmente aceptada” si estas firmas cometen violaciones del Derecho Internacional Humanitario, aunque su responsabilidad penal sea muy limitada en la mayoría de los países<sup>601</sup>. En teoría, los mecanismos nacionales de responsabilidad civil parecen ser un entorno más adecuado que el Derecho penal nacional para la persecución de las corporaciones pues se aplica tanto a personas naturales como jurídicas, el nivel de prueba exigido es más bajo y ofrece una fuente independiente de indemnización financiera a las víctimas. Por otra parte, son las víctimas las que comienzan los procesos en lugar de un fiscal<sup>602</sup>. Sin embargo, adolece de varias desventajas pues no goza de imprescriptibilidad; está restringida por consideraciones jurisdiccionales más restrictivas, no estando gobernada por mecanismos de jurisdicción universal; y en una reclamación de responsabilidad que implique a personas de diferentes nacionalidades o que trate de un daño que ocurrió en el extranjero, puede haber conflicto de principios legales aunque lo normal sea la aplicación de la *lex loci delicti* (aplicación de la legislación del país donde ocurrió el daño)<sup>603</sup>.

---

<sup>601</sup> *Vide* “The ICRC to expand contacts with private military and security companies”, International Committee of the Red Cross, 04 de agosto de 2004, <http://www.icrc.org>.

<sup>602</sup> Clapham, A., “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *Op.citada*, pág. 547.

<sup>603</sup> En Estados Unidos, las compañías pueden ser demandadas civilmente bajo la *US Alien Tort Claims Act* por graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. *Vide* Tzeutschler, G.G.A., “Corporate violator: The alien tort liability of transnational

En resumen, ambas vías tanto la civil como la penal, tienen sus ventajas e inconvenientes y ninguna es *per se* la panacea. Como se ha podido comprobar, la función de los Estados sigue siendo crucial. La limitación *ratione personae* de la jurisdicción de la *Corte Penal Internacional* así como la necesidad de una implementación nacional de las *Resoluciones* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han demostrado que la responsabilidad de las corporaciones en la arena internacional es aún muy hipotética y requiere las competencias de los ordenamientos jurídicos nacionales. Las sanciones de las Naciones Unidas, aunque requieren una *Resolución* del Consejo de Seguridad, han constituido un mecanismo original y efectivo de imposición indirecta de las normas de Derecho Internacional Humanitario. Desde una perspectiva judicial, mientras la responsabilidad penal nacional de las corporaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario es un fermento y su potencial no ha sido totalmente explorado todavía, el marco legal de responsabilidad civil tiene un gran potencial para exigir responsabilidad a las corporaciones.

En lo que respecta a la protección del propio personal de estas empresas, la *International Labour Organization Tripartite Declaration* ofrece un procedimiento de interpretación que puede ser de cierta ayuda para la salvaguarda de los derechos laborales del mismo. En muchos casos, estas empresas no son modélicas en la gestión de recursos

---

corporations for Human Rights abuses abroad”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 30, 1999, págs. 411-12.



humanos<sup>604</sup>. Al no existir una forma legal de garantizar las condiciones del contrato en lugares de riesgo, la situación da lugar a abusos e incumplimientos de los términos acordados en los lugares de origen. El Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios ha recibido numerosos informes de EMSP que incumplen los contratos de trabajo al impedir que miembros de su personal retornen a su país de origen tras cumplir sus contratos, y negando a los empleados tratamiento médico de las heridas recibidas. Esta conducta viola los estándares laborales aceptados internacionalmente, incluyendo la protección contra el trabajo forzado u obligatorio y ambientes de trabajo peligrosos o insanos.

Además, estas empresas están reclutando de forma creciente nacionales de terceros países con un alto nivel de desempleo y pobreza, para trabajar en áreas de conflicto. Ello deriva, a su vez, en enormes desigualdades en términos salariales entre los empleados en función de su procedencia geográfica y su supuesta experiencia en entornos conflictivos. Pero lo que es más alarmante es que en muchos casos se detectan abusos que llevan a que el dinero finalmente recibido por esos empleados no se corresponda al inicialmente previsto. De igual forma, cuando necesitan asesoramiento o ayuda ante algún imponderable como un accidente o una baja laboral por parte de sus empleadores, se encuentran con una total ausencia de respuesta cuando no directamente con el despido improcedente.

---

<sup>604</sup> Un ejemplo lo tenemos cuando en junio de 2006, decenas de guardias colombianos contratados por Blackwater en Colombia, denunciaron públicamente en Bagdad que la empresa estadounidense les estaba recortando los salarios convenidos. Scahill, J., Blackwater. El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo, Piados, Barcelona 2008, pág. 258.

La opacidad de estas compañías y su sabiduría para enmascarar su naturaleza jurídica y sus prácticas, les permiten incluso escapar a las reclamaciones que puedan plantear sus propios trabajadores, en muchos casos contratados a través de intermediarios imposibles de ubicar en un domicilio conocido, ante los abusos y falta de atención cuando algo modifica la situación de partida. El rastreo de la identificación de los responsables y la ubicación de la sede a la que reclamar se convierten a menudo en ejercicios desesperantes y que solo causan impotencia a los trabajadores y a cualquier posible funcionario público interesado en llegar a la exigencia de responsabilidades. Esta alarmante tendencia, combinada con la alegación de violaciones de los estándares internacionales de trabajo, eleva la preocupación de que el reclutamiento de nacionales de terceros países por las empresas de este sector pueda comprender el tráfico de seres humanos.

## 5. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS MIEMBROS DE LAS EMSP

Que los contratistas militares privados sean responsables penalmente en los Estados de origen o territoriales que emplean sus servicios puede ser muy problemático. Un ejemplo claro lo tenemos en el ya mentado caso de Abu Ghraib. El personal militar implicado ha sido juzgado en Cortes Marciales, pero la jurisdicción de las mismas no se ha extendido al procesamiento de los individuos privados que acompañaban a las Fuerzas Armadas en este caso. EEUU posee tal como se ha visto, un amplio marco normativo para la persecución en los tribunales federales de EEUU de los contratistas privados que hayan llevado a cabo una conducta criminal en el extranjero. Las normas más resaltables son la *Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)*, la *Special Maritime and Territorial Jurisdiction Act (SMTJ)* y la *War Crimes Act (WCA)*. Pero los tribunales federales no parecen los foros más convenientes por razones prácticas que no tienen nada que ver con el tema de la jurisdicción.

Los mercenarios y miembros de las EMSP que sean civiles y no combatientes pueden ser perseguidos por la mera participación en las hostilidades, sujeta a la implantación de la necesaria legislación nacional. Además, bajo el Derecho Internacional Humanitario todos los individuos ya sean combatientes o civiles, pueden ser responsables penalmente por las violaciones más importantes de las *Convenciones de Ginebra* y del *Protocolo Adicional I*, denominadas comúnmente violaciones graves, que incluyen el homicidio voluntario, la tortura o trato inhumano, y causar

voluntariamente grandes daños<sup>605</sup>. Están sujetas a jurisdicción universal, debiendo cualquier Estado proceder al enjuiciamiento o extradición, ya sea a otro país que la reclame o a la *Corte Penal Internacional*, de cualquier individuo, sea cual sea su nacionalidad e independientemente de donde fue cometida dicha infracción grave.

Los Estados Parte de las *Convenciones de Ginebra* y sus *Protocolos* tienen la obligación de perseguir o extraditar a los presuntos causantes de dichas violaciones graves. Su persecución y de otros crímenes de guerra puede también ser llevada a cabo por la *Corte Penal Internacional*, sujeta al cumplimiento del requisito de jurisdicción. Los mercenarios así como los miembros de EMSP que cometan dichas violaciones pueden así ser juzgados. Es irrelevante si el individuo es un civil o un combatiente o si el acto delictivo fue cometido operando en nombre de una parte del conflicto o trabajando para entidades privadas tales como las compañías multinacionales.

Un requisito clave para que un acto constituya un crimen de guerra es que debe estar conectado con un conflicto armado. Por “conectado” se entiende que el causante debe haber actuado en apoyo de o bajo la apariencia de conflicto armado. Más aún, la existencia de un conflicto

---

<sup>605</sup> Tal como estableció la *Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, refiriéndose al artículo 3 común de las *Convenciones de Ginebra*, pero aplicable *mutatis mutandis* a todos los crímenes de guerra, “ahora bien, dicho castigo debe ser aplicable a todo el mundo sin discriminación, tal como se requiere por los principios que gobiernan la responsabilidad penal internacional individual tal como se determinó en el Tribunal de Nuremberg en particular. La *Cámara de Apelaciones*, por tanto, es de la opinión de que el Derecho Internacional Humanitario se vería debilitado y cuestionado si se admitiese que ciertas personas sean exoneradas de responsabilidad penal individual por una violación del artículo común 3 bajo el pretexto de que no pertenecen a una categoría específica. *The Prosecutor v Jean Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-A, Judgment, 1 de junio de 2001, párr. 443. *Vide Williamson J.A.*, Status and Obligations of Mercenaries and Private Military/Security Companies under International Humanitarian Law, ICRC, pág. 188.

armado debe haber jugado un papel sustancial en la capacidad del causante para su comisión, su decisión para cometerlo, la forma en que fue cometido o el propósito para el que fue cometido.

Además de la responsabilidad penal de los empleados que de hecho perpetren una violación grave del Derecho Internacional Humanitario u ordenen su comisión, los directivos y, posiblemente, los mandos más altos de las compañías pueden también afrontar responsabilidades legales<sup>606</sup>. La cuestión esencial es el control sobre las acciones del subordinado. De acuerdo con el *Comentario*, la provisión está generalmente limitada a los superiores directos que tienen una responsabilidad personal por los subordinados bajo su control<sup>607</sup>.

Los superiores de aquellos que han cometido el crimen de guerra pueden ser también ser considerados responsables. Pueden incurrir en

---

<sup>606</sup> Dicha responsabilidad tanto disciplinaria como penal de los superiores por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario está expresamente reconocida en el artículo 86 (2) del *Protocolo Adicional I*. El concepto de la responsabilidad del superior también se reconoció en el artículo 7 (3) del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, en el artículo 6 (3) del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, y en el artículo 28 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Esto no era nada nuevo pues tras la Segunda Guerra Mundial se llevaron a cabo varios procesos basados en esta noción de “responsabilidad superior” bajo el Derecho nacional. *Commentary: Additional Protocols*, pár. 3540 y ss. En este ámbito, dado que las empresas actúan a través de sus empleados, la clave de la cuestión radica en la aplicación de dos principios clásicos de la *culpa* en Derecho civil. En primer lugar, la *culpa in eligendo* por la que existe responsabilidad corporativa en la medida que las violaciones son cometidas por el personal de EMSP escasamente capacitado, con escaso control, y que realiza funciones militares sin entender claramente las líneas de control. En segundo lugar, la *culpa in vigilando*, según la cual, del mismo modo las EMSP son responsables de la falta de verificación y control de las actividades ilegales de sus empleados. *Vide* Macías Castillo, A.: “Culpa in eligendo y culpa in vigilando”, *Actualidad Civil*, nº 15, 2007, págs. 1830-1833. A todo ello hay que añadir la exigencia de responsabilidades directas por la violación de los derechos sociales de los trabajadores de estas compañías. En definitiva, para poder reclamar uno y otro tipo de responsabilidad es necesario un buen sistema legislativo y de justicia a escala nacional, con el añadido de que, en este caso, no solo tiene que actuar el Estado receptor de las fuerzas de seguridad privada, sino también el de origen.

<sup>607</sup> *Commentary: Additional Protocols*, pár. 3544. Una de las razones aducidas para esta limitación es que el superior inmediato es más probable que tenga el conocimiento requerido del potencial hecho delictivo para que se pueda dar la responsabilidad.

responsabilidad por ordenar la comisión del delito o no haber prevenido o castigado a los subordinados cuando hubiesen tenido razones para suponer que iban a cometer o han cometido crímenes de guerra. Esta responsabilidad es aplicable tanto a los superiores militares como de otro tipo, incluyendo civiles. La responsabilidad del superior jerárquico del personal de las EMSP se contempla en el *Documento de Montreux* y también en el *Proyecto de posible Convención* del Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios. Abarca a “funcionarios públicos”, lo que en su caso, conllevaría la responsabilidad del Estado pues claramente forman parte de sus órganos<sup>608</sup>; así como a directores y administradores de las EMSP, siempre que el personal que ha cometido las infracciones actuase bajo su autoridad y control efectivos, cuando no hayan ejercido el control necesario, de conformidad con las normas de Derecho Internacional. Se inspira la redacción en el artículo 28 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998.

En la práctica, en el caso en que una EMSP forme parte de las Fuerzas Armadas de un Estado parte en un conflicto, la responsabilidad por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por los empleados puede ser atribuida no solo al superior directo sino también más arriba en la jerarquía militar de las autoridades contratantes. Los casos contra Slobodan Milosevic en La Haya, Jean Kambanda en Arusha y Charles Taylor ante la *Corte Especial para Sierra Leona* son evidencia de que aquellos en lo más alto de la jerarquía, incluyendo Jefes de Estado

---

<sup>608</sup> Artículo 4 del *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, anexoado por la Asamblea General en su *Resolución 56/83*, de 12 de diciembre de 2001.

y Gobierno, pueden ser considerados responsables por los actos de sus “subordinados”. Incluso en el caso de EMPS contratadas por compañías civiles, si su personal comete crímenes de guerra, los superiores civiles de los causantes podrían también ser considerados responsables bajo la doctrina de la responsabilidad del mando.

Por otra parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también define las relaciones entre los individuos obligándoles a respetarse mutuamente. Si bien son los Estados los que firman y ratifican los tratados internacionales, no son los únicos sujetos a las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El conjunto de normas que se recogen en los tratados las aceptan los Estados Parte y son aplicables a todos los sujetos que allí se contemplan, no sólo Estados<sup>609</sup>.

Esta responsabilidad aún no está formulada o traducida en mecanismos concretos, pero detrás de esta idea subyace la obligación de los actores no estatales de respetar los Derechos Humanos. La han subrayado tanto el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en los *Comentarios Generales* 12 (derecho al alimento) y 14 (derecho a la salud), como el *Comité de Derechos Humanos* en el *Comentario General* 31 (sobre la naturaleza de las obligaciones legales impuestas a los Estados parte)<sup>610</sup>. Asimismo, los dos *Protocolos*

<sup>609</sup> El artículo 29 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, establece que *todas las personas tienen deberes frente a la comunidad*.

<sup>610</sup> General Comment n° 31, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, “Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o

*Adicionales al Convenio sobre los Derechos del niño* imponen obligaciones directas a los actores no estatales en relación a los niños soldados y a la pornografía y explotación infantil<sup>611</sup>. Detrás de esta idea subyace la obligación de los actores no estatales de respetar los Derechos Humanos.

Desde sus inicios, la responsabilidad internacional del individuo se ha construido de manera autónoma a la responsabilidad del Estado y así un mismo hecho puede, simultáneamente, comprometer una y otra al constituir por un lado acto del Estado en violación de una obligación internacional y, de otro, un acto atribuible a una persona física, órgano o no de tal Estado, que constituye un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad.

No cabe duda, por tanto, de que con independencia de la eventual responsabilidad de algún Estado, el empleado puede incurrir en responsabilidad internacional de manera individual. El mayor inconveniente reside en que dicha responsabilidad, que podemos ver expresada de manera emblemática en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*<sup>612</sup>, sólo recoge los crímenes internacionales más graves, esto es, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de

---

entidades privadas que obstaculizarían el disfrute del Pacto”, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 de mayo de 2004, párrafo 8.

<sup>611</sup> *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados* (2000) y *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil* (2000). Vide Roseman, N., “The privatization of Human Rights Violations”-Business’ impunity or Corporate Responsibility? The case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq”, en *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, N.1, 2005, págs. 77-100.

<sup>612</sup> *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, documento constitutivo de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y en vigor desde el 1 de julio de 2002.



guerra<sup>613</sup>. Los dos primeros tienen unos elementos de *masividad* y *sistematicidad* que difícilmente van a concurrir en supuestos prácticos protagonizados por contratistas individuales, aunque tal vez sí por las políticas de los gestores de algunas de estas empresas. Los crímenes de guerra, en cambio, son más concretos y lo serían, por ejemplo, las torturas y vejaciones a prisioneros de guerra, aun con carácter individual y puntual<sup>614</sup>.

Está también la limitación de la jurisdicción de la *Corte Penal Internacional* por el artículo 5(1) del Estatuto de Roma a “los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional”. De ahí se deduce que otros delitos de nivel más bajo como el terrorismo cometido durante el conflicto pueden no estar cubiertos. Las explicaciones para estas omisiones han incluido el reconocimiento de que los crímenes esenciales eran los que más preocupaban a los Estados, siendo la máxima prioridad para la Corte; tenían un estatuto más claro y definido y que la inclusión del “terrorismo” dificultaría el proceso de ratificación y el desarrollo del Estatuto de la Corte.

Por otro lado, la *Corte Penal Internacional* sólo tiene jurisdicción respecto de individuos cuyos Estados de nacionalidad o del territorio en el que se han cometido los crímenes, sean Parte en su Estatuto, lo que no es el caso, por ejemplo, de Irak ni de Estados Unidos. Tal como sucede

---

<sup>613</sup> La resistencia a controlar la condición de mercenario se refleja en el proceso de negociación para aprobar el Estatuto de la *Corte Penal Internacional*. En los trabajos preparatorios a la aprobación no hubo apoyo suficiente para introducir como crimen de guerra el hecho de ser mercenario, propuesta que había sido planteada por Comoros y Madagascar, UN Doc. A/CONF. 183/C.1/L.46, 3 de julio de 1998.

<sup>614</sup> Vide artículos 5 a 8 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*.

con otras formas de crímenes internacionales, las jurisdicciones nacionales son las primeras que deben perseguir, y condenar, a los presuntos responsables. Además, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* no excluye su jurisdicción para conocer de crímenes cometidos por individuos que no se hallen encuadrados en Fuerzas Armadas regulares. Una posibilidad que, conforme al principio de complementariedad de la Corte, no impide sino que se añade a la solución tradicional de dejar la persecución penal de estos crímenes a los Estados de origen o destino de estas personas.

En este sentido, la *Corte Penal Internacional* ha calificado determinadas violaciones de las *Convenciones de Ginebra* de 1949 como crímenes de guerra de forma muy clara, incrementando su ámbito mediante la incorporación de Derecho Internacional consuetudinario. Lo fundamental es que si transgreden las leyes de la guerra como, por ejemplo, el principio de distinción en el contexto de un conflicto armado, y son bien nacionales de un territorio de un firmante del tratado de la *Corte Penal Internacional* o bien cometen la infracción en el mismo, pueden ser juzgadas por crímenes de guerra en los tribunales de su propio país de origen, o, en aplicación del principio de complementariedad, en la *Corte Penal Internacional* en La Haya<sup>615</sup>.

---

<sup>615</sup> El principio de complementariedad, codificado en el artículo 17 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, permite a la misma asumir la jurisdicción sobre la comisión de violaciones establecidas en su Estatuto cuando los tribunales nacionales *no son capaces o no tienen intención de llevar a cabo la investigación o persecución*. Esta asunción de jurisdicción no requiere la aquiescencia del tribunal desposeído.

Su jurisdicción no es universal, sino limitada a los países miembros del Tratado que establece su Estatuto<sup>616</sup>. Sin embargo, puede haber situaciones en las que es posible para la *Corte Penal Internacional* establecer jurisdicción sobre nacionales de países que no sean Parte del mismo. La primera situación sucede cuando un nacional de un país no parte del mismo comete un crimen en el territorio de una nación que sí lo es y ésta se somete a la jurisdicción de la *Corte Penal Internacional*. Pero puede que el argumento más potente sea que el Derecho Internacional permite a todos los Estados el ejercicio de la jurisdicción penal sobre ciertos delitos considerados perjudiciales para el interés de la comunidad internacional en su conjunto. Este concepto está basado en la idea de que la comunidad internacional comparte ciertos “valores colectivos” que ningún Estado individual tiene autoridad para denegar. Esta idea también se asienta en el hecho de que los Estados individuales pueden perseguir ciertos delitos bajo la teoría de la jurisdicción universal<sup>617</sup>.

Al lado del nuevo Código Penal Internacional, hay una emergente jurisprudencia desde los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia, en el sentido de que el Derecho Internacional Consuetudinario puede ser ahora invocado para superar muchas de las limitaciones técnicas o políticas del Derecho Internacional Humanitario<sup>618</sup>. El efecto ha sido la alteración del grado de control por los Estados antes de que se les pueda atribuir responsabilidad por los delitos de sujetos

---

<sup>616</sup> Akande, D., “The Jurisdiction of the International Criminal court Over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *1 J. Int’l Crim. Just.*, 2003, pág. 623.

<sup>617</sup> Akande, D., *op. cit.* págs. 622 a 626.

<sup>618</sup> *Vide* Moir, L., “The Law of Internal Armed Conflict”, *op. cit.*.

individuales, un cambio que a su vez puede afectar a si el conflicto puede ser visto como internacional o como interno internacionalizado. Además, la jurisdicción respecto a los crímenes contra la humanidad se aplica a ataques generalizados y sistemáticos contra civiles, yendo así más allá del conflicto armado<sup>619</sup>, y esta jurisdicción parece que solo será aplicable en las situaciones más graves<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Vide Mettraux, G., "Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *43 Harvard International Law Journal* 231, 2002.

<sup>620</sup> El límite a "personas naturales" también permanece: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (S/RES/827, 1993) Art. 6; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/RES/955 (1994), art. 6.

## CAPÍTULO 6

### **PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN ADECUADA DE** **LAS EMSP**

La causa fundamental de los aprietos actuales de los negocios y de los Derechos Humanos reside en los vacíos de gobierno creados por la globalización entre el alcance e impacto de las fuerzas y actores económicos y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas. Estos vacíos de gobierno proporcionan el marco permisivo para la comisión de actos ilegales por parte de las compañías de todo tipo sin una sanción ni reparación adecuadas. Cómo estrechar y en última instancia eliminar estos vacíos en relación con los derechos humanos es nuestro desafío fundamental.

John Ruggie<sup>621</sup>.

#### **1. CUESTIONES PREVIAS**

Después de todo lo dicho, resulta evidente que la regulación internacional existente y aplicable a las EMSP se puede considerar insuficiente e inadecuada. La comunidad internacional precisa de una regulación sobre estas empresas en la que se recojan sus obligaciones tanto desde el punto de vista de su constitución como de sus actuaciones, los mecanismos de control de las mismas, así como las cuestiones relacionadas con la responsabilidad derivada de su comportamiento.

En este capítulo se tratarán propuestas de regulación de las EMSP, una regulación que tiene que ser global y se debe hacer a) a nivel de la industria con mecanismos de autorregulación; b) en el ámbito nacional

---

<sup>621</sup> Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas comerciales: Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluyendo el Derecho al Desarrollo, remitido al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/8/5, abril de 2008 (preparado por John Ruggie). Aunque la cita trata de la cuestión de la responsabilidad corporativa, la dinámica descrita es totalmente aplicable a las EMSP.

mediante la legislación apropiada para que las empresas estén debidamente registradas y funcionen mediante un sistema de licencias, y c) en el ámbito regional e internacional, puesto que las EMSP son transnacionales, mediante una convención, una *Resolución* no vinculante de la Asamblea General de las Naciones Unidas u otro instrumento internacional que regule y supervise las actividades de estas compañías y que vele por que los Estados se responsabilicen de las actividades de éstas y, en el caso de violaciones de Derechos Humanos, que las víctimas obtengan reparación.

A continuación, se tratará en primer lugar de la posibilidad de la autorregulación por parte de la propia industria del sector, analizando cual puede ser el ámbito adecuado y hasta dónde puede llegar la misma. Esta autorregulación se basa en aproximaciones emergentes al tema que operan al margen del Derecho formal, particularmente en vista del desacuerdo en la comunidad internacional sobre cómo tratar la actividad de estas empresas. En todo lo que no pueda abarcar y en lo que no sea adecuado dejar a la autorregulación, se deberá estar a la regulación externa, diferenciando los tres ámbitos desde los cuales se debe proceder a la evolución del enfoque normativo respecto de esta figura, por un lado, el nacional, por otro, el regional, y, finalmente, el internacional.

## 2. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS EMSP. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CREACIÓN ASCENDENTE DEL DERECHO

### a. La Teoría de la creación ascendente del Derecho

El Estado ha sido el actor central en la creación clásica de Derecho Internacional en el que el proceso de formación de políticas generales es liderado desde arriba por la élite política, especialmente el Ejecutivo. Pero como hemos visto, en el tema que nos ocupa puede haber una falta de voluntad política para su regulación, además de una posible falta de comprensión integral de este fenómeno. Esto da pie a la necesidad de explorar fuentes alternativas de creación normativa en lo referente a las empresas del sector y los temas relativos a la existencia de responsabilidad. La teoría de la *Creación Ascendente del Derecho*, *Bottom-up Lawmaking* (BUL en sus siglas en inglés)<sup>622</sup>, contempla la formación de los instrumentos legales como un proceso que fluye en la dirección opuesta a los tratamientos clásicos en los que se produce una formación del Derecho de arriba a abajo que a su vez es internalizado en la práctica.

Esta teoría describe un flujo direccional en el que las normas ascienden desde una asociación privada profesional hasta convertirse en Derecho a través de la apropiación total o parcial de conceptos normativos por las instituciones oficiales del Estado. Señala un cambio en el modelo clásico centrado en el Estado, donde en vez de la formación de políticas para ser interiorizadas en la práctica, se trata de un proceso

---

<sup>622</sup> *Vide* Brown, S., "Bottom-up Lawmaking and the Regulation of Private Military and Security Companies", *op. cit.*, págs. 44-72.

orgánico centrado en la creación de normativas por parte de los profesionales que terminen exteriorizadas a nivel del Estado a través de la agregación de su contenido<sup>623</sup>.

Las deficiencias en la regulación existente atañen a la responsabilidad y consecuencias por la comisión de actos ilícitos, así como a los niveles de control en la delegación, y cómo afectan a los civiles, los Estados y a las propias EMSP. El resurgimiento de la dependencia de los contratistas militares plantea la cuestión de su definición y relativa protección por las *Convenciones de Ginebra* y los *Protocolos Adicionales*, que constituyen la base para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados. Aunque hay un debate sobre la definición de las EMSP como civiles o combatientes bajo el prisma del Derecho Internacional Humanitario, lo que es prácticamente innegable es que los parámetros legales referidos a los mercenarios no son normalmente aplicables al sector.

El *BUL* describe un proceso orgánico centrado en los actores privados que completan un proceso de codificación de normas grupales basadas en la experiencia y prácticas en su sector respectivo. Comienza con un grupo homogéneo relativamente pequeño de miembros activos de un sector específico que se institucionaliza en una entidad identificable. Este grupo crea un conjunto de reglas internas sustantivas, en esencia

---

<sup>623</sup> Representa la difusión a un nivel global del proceso de formación del Derecho en múltiples fuentes y procesos que se solapan y que finalizan en la creación de instrumentos a nivel estatal. Reisman, M., "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differences in Their Application", en Wolfrum & Roben, *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, 2005, pág. 16.



normas orgánicas basadas en, y emanadas de, la experiencia diaria de los miembros. Las normas reflejan y, simultáneamente, condicionan el comportamiento de ese sector a través de la creación de un sistema de gobierno interno que regula la conducta de los miembros. El sistema de creación, interpretación y aplicación de las normas del sistema regulador interno describe la creación de una comunidad legal privada. Los sistemas que el *BUL* describe como aplicables a las asociaciones en cuestión son autosuficientes y auto ejecutivos, permaneciendo separados del sistema estatal. La aplicación de las normas internas es una cuestión intracomunitaria, donde el orden y el cumplimiento son fortalecidos debido en parte a las consecuencias en la reputación de un miembro que viole las normas.

Las EMSP reconocen desde hace tiempo la importancia de una guía sobre los estándares a respetar y la forma de hacerlo. Consecuentemente, han desarrollado un conjunto de programas internos relativos a la gestión, cuestiones éticas y controles del uso de la fuerza, tanto individuales como en cooperación, por ejemplo a través de la *British Association of Private Security Companies (BAPSC)*, la *International Stability Operations Association (ISOA)*, nuevo nombre de la antigua *International Peace Operations Association (IPOA)*, y la *Private Security Companies Association Iraq (PSCAI)*.

Los esfuerzos de la industria se han centrado en acuerdos vinculantes no legalmente enfocados, ya sea sobre las compañías individuales o sobre un consorcio más amplio de agentes industriales. Las

propias compañías han elaborado una serie de propuestas, muchas tienen sus respectivos códigos de conducta o políticas éticas y algunas suscriben modelos internacionales tales como el *Código de Conducta* del Comité Internacional de la Cruz Roja o los de diversas Convenciones de Naciones Unidas<sup>624</sup>. Otras, sin embargo, no mencionan ninguna responsabilidad. Además, los recientes esfuerzos para conseguir una autorregulación han surgido no sólo de los mismos proveedores de la industria, sino también de los clientes que requieren sus servicios. De todos modos, el nivel actual de compromiso respecto de cualquier estándar ético es casi siempre muy ambiguo. Los estándares internos de las EMSP y los acuerdos para su imposición adolecen también de numerosas debilidades y así, por ejemplo, raramente cubren a los subcontratistas. Mucho más importante, ninguna EMSP tiene un mecanismo efectivo, transparente y accesible a terceras partes para el planteamiento de quejas.

---

<sup>624</sup> Por ejemplo, la *Carta de la BAPSC* establece que *sus miembros acuerdan seguir las reglas del Derecho Humanitario y de los Derechos Humanos que sean aplicables, así como todos los Convenios y Protocolos relevantes y además acuerdan suscribir y estar vinculados por los Códigos éticos prácticos de la Asociación. Vide en [www.bapsc.org.uk](http://www.bapsc.org.uk). En lo que se refiere a la ISOA (anteriormente IPOA), fundada en abril de 2001, su *Código de Conducta* establece que *busca asegurar las normas éticas de las compañías miembros de la Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA) que operan en conflictos y ambientes posconflicto de modo que puedan contribuir con sus valiosos servicios para beneficiar a la paz internacional y la seguridad humana. Además, les guían a los firmantes todas las reglas internacionales humanitarias pertinentes y las leyes de derechos humanos, incluidos los que se exponen:**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Convenciones de Ginebra (1949).
- Convención Contra la Tortura (1975).
- Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra (1977).
- Convención para las Armas Químicas (1993).
- Principios Voluntarios sobre Seguridad y los Derechos Humanos (2000).
- Documento de Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada (2008).

Vide [www.ipoaworld.org](http://www.ipoaworld.org).

Por otra parte, solo hay acuerdos muy laxos con las autoridades encargadas de la aplicación de la legislación vigente para el intercambio de información sobre potencial conducta criminal. El acercamiento hasta aquí ha sido limitado pero ha existido. *Amnistía Internacional* y otras Organizaciones de Derechos Humanos promueven directrices contenidas en los *Principios Voluntarios para la Seguridad y Derechos Humanos*<sup>625</sup>. En particular, los *Principios* garantizan que el sector de la seguridad privada adopta las políticas de la compañía contratante en lo que se refiere a la conducta ética y promueve la adopción de la práctica del Derecho Internacional Humanitario que, bajo estas políticas, debería poder ser controlado por las empresas, o, donde fuera apropiado, por terceras partes independientes. Los *Principios* centran su atención en la seguridad privada dentro de la industria extractiva y tienen como objetivo las empresas que gestionan servicios necesarios.

La autorregulación implica que estas compañías serían reguladas por códigos de conducta adoptados de forma voluntaria<sup>626</sup>. El principal argumento de defensa se centra en que la provisión de servicios de seguridad a cargo de las mismas puede ser regida, como cualquier otra actividad, por el funcionamiento del mercado. La adopción de un código

---

<sup>625</sup> *Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos* (2000), <http://www.voluntaryprinciples.org>.

<sup>626</sup> Destacar también la iniciativa de un conglomerado de EMSP, con el apoyo de la Confederación Helvética y la participación del *Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas*, de elaboración de un *Código Global de autorregulación*, con mecanismo de queja incluido. El *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, uno de los cuarenta procedimientos especiales de las Naciones Unidas que funcionan dentro del Consejo de Derechos Humanos, ha participado activamente en las consultas efectuadas, estimando que debería ir acompañado de un órgano fiscalizador independiente y autorizado. El texto del proyecto a fecha de 10 de enero de 2010 se puede consultar en: [https://www.dcaf.ch/privatisation-security/psc\\_pmc-coc\\_draft\\_11.01.2010.pdf](https://www.dcaf.ch/privatisation-security/psc_pmc-coc_draft_11.01.2010.pdf).

de conducta por esta industria podría generar unas buenas prácticas y un incentivo comercial pues su prestigio se podría ver afectado si no lo respetase. Ésta sería una buena razón para su adopción.

La propia industria ha argumentado que la vulnerabilidad contractual y la protección de la posición de mercado es suficiente incentivo para generar una buena conducta. De todos modos, los mecanismos por los que podría haber una sanción por el mercado no parecen muy potentes. Las dificultades de una regulación por parte del propio mercado son bien conocidas, no siendo una cuestión menor la del “compromiso comercial del Estado”<sup>627</sup>. Una cuestión pertinente respecto a la responsabilidad ante el mercado es, por tanto, si éste puede proveer una protección adecuada a los Gobiernos débiles y sus ciudadanos. En particular, las implicaciones de Gobiernos que pagan por seguridad mediante la hipoteca de futuros rendimientos de la explotación minera conllevan grandes riesgos económicos y políticos para los Estados relativamente débiles<sup>628</sup>. Aunque también hay que considerar tal como lo hace el *Green Paper* británico que si un Gobierno se encuentra ante la disyuntiva de hipotecar parte de sus recursos minerales o dejar que se los queden íntegramente los rebeldes, puede ser legítimo escoger la primera opción<sup>629</sup>.

Por otra parte, en la operativa de un mercado de la violencia, una línea de responsabilidad cliente/consumidor puede fomentar una

---

<sup>627</sup> South, N., *Policing for Profit: the Private Security Sector* (Sage London 1988), pág. 92.

<sup>628</sup> Musah, A. y Fayemi, J.K. (eds.) *Mercenaries: An African Security Dilemma*, op. cit..

<sup>629</sup> Foreign Office, *Private Military Companies: Options for Regulation* (2001-2 HC 577), pág. 40.

economía política de la violencia donde la relación entre medios y fines puede ser borrosa. Una justicia informal y un poder discrecional más amplio pueden fomentar un desplazamiento del interés público hacia los intereses inmediatos de los directivos y accionistas de las compañías militares privadas, con controles legales cada vez más privatizados e individualizados. Pero hay que reconocer que, a pesar de todos estos defectos, la responsabilidad de la industria del sector ante el propio mercado parece que es y será un mecanismo fundamental para el control de la misma.

La autorregulación debería estar implícita en las actividades de las EMSP en lo que se refiere a su actuación, respetando la legislación vigente, incluyendo el Derecho Mercantil Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, y las leyes del país de donde son originarias y de aquellos en los que están operando. A su vez, podría ayudar a la armonización de la legislación regional e internacional lo cual también sería muy positivo. Pero la autorregulación tiene sobre todo un interés comercial para seleccionar o contratar una empresa que lleve a cabo un buen trabajo. Sin embargo, este mecanismo no ofrece las suficientes garantías pues puede no ser suficiente en caso de violación de Derechos Humanos.

La autorregulación de esta industria debe ser vista como un elemento más dentro de una amplia gama de acciones destinadas a la regulación de la misma. Teniendo en cuenta que el liderazgo ejecutivo de estas empresas está normalmente constituido por antiguos altos Oficiales

de las Fuerzas Armadas, especialmente Generales retirados, esto puede tener gran importancia en la aplicación de los valores adquiridos tras casi toda una vida de servicio y su transposición a las acciones de las mismas. Potenciando la autorregulación se evitan costes y exceso de burocracia. Por otra parte, la sobrerregulación de esta industria en la mayoría de los países desarrollados puede llevar a la transferencia de sus actividades a otros países (en términos económicos *“off-shoring”*), donde serían aún más difíciles de regular.

No es razonable ver las EMSP tan solo como objeto pasivo de una regulación externa o incluso como *enemigos* naturales de los esfuerzos de regulación, pues a pesar de la naturaleza de sus actividades, no dejan de ser negocios aunque no puedan ser regulados como los negocios habituales. Hay motivos para el interés de las empresas del sector en imponerse la autorregulación pues podrían evitar una regulación estatal demasiado intensa a la par que mejorarían su imagen pública, evitando una presión política excesiva. A su vez, todo ello impondría estándares exigentes respecto a los servicios ofertados, atrayendo así clientes sólidos y, en definitiva, elevando la capitalización de las compañías. El problema estriba en el denominado *dilema del free rider*, según el cual compañías de pequeño tamaño pueden confiar en que los costes serán pagados por otras compañías, mientras que ellas se dedicarían a ganar dinero sin importar de quien proviene ni la actividad a realizar. Evidentemente, este tipo de empresas dificultan el proceso de legitimación y transparencia que algunas EMSP están iniciando al dar mal nombre al sector. Si solo se trata de *ovejas negras* del sector o si el sector

se nutre, fundamentalmente, de clientes *inadecuados* es algo que sólo la transparencia permitirá apreciar.

Naturalmente, no toda regulación necesaria puede ser compatible con los intereses de esta industria, por lo que lo recomendable sería, en general, usar el principio de autorregulación en combinación con mecanismos externos de regulación e imposición tanto en el ámbito nacional como regional e internacional. No puede ser de otra manera, pues lo contrario plantearía la aceptación de zonas de “no derecho” para esas empresas o, en el mejor de los casos, que las transnacionales se fabriquen un derecho a la carta<sup>630</sup>. Pero hay que tener en cuenta que la regulación estatal no es la panacea pues, de hecho, los Estados resuelven algunos problemas usando EMSP, por lo que son responsables junto con las mismas de gran parte de los aspectos negativos de su actividad. Además, la regulación externa será más exitosa en los países donde el potencial para la autorregulación es mayor. Por el contrario, en aquellos donde dicho potencial es limitada, también lo será el potencial para la regulación externa debido a la debilidad institucional y al alto grado de corrupción normalmente existente.

#### **b. El asociacionismo de las EMSP**

La mayoría de las empresas de este sector están concentradas en países desarrollados, pudiéndose determinar dos principales regiones del mundo donde están basadas. Estas regiones están bastante

---

<sup>630</sup> Teitelbaum, A., *La armadura del capitalismo*, Icaria, Barcelona, 2010.

desarrolladas, al menos en términos de capacidad militar y técnico-militar. La primera es el mundo anglosajón (especialmente EEUU y Reino Unido) y la segunda es Rusia, Ucrania y otros países post-soviéticos. Las dos áreas tienen en común una alta capacidad militar desarrollada durante el período de la Guerra Fría y la introducción por organismos estatales de conceptos liberales y de mercado dentro de la esfera de seguridad, lo que dio la oportunidad de privatizar varias funciones estatales.

Centrándonos en el área anglosajona, el desarrollo de esta industria es el resultado de políticas estatales específicas mediante la introducción de mecanismos de mercado dentro de los procesos administrativos estatales, lo cual también afectó a la esfera de la seguridad. Al mismo tiempo, el *outsourcing* devino un término habitual en los negocios, entendiéndose por tal la subcontratación de parte de un proceso, por ejemplo de producción, a un tercero con el propósito de bajar costes y de un uso más eficiente de los recursos. Este método fue visto por el Pentágono como una herramienta muy útil para participar en conflictos en el Tercer Mundo, minimizando las bajas y, en ocasiones, rebajando los costes. Todo ello dio lugar al vertiginoso crecimiento de las actividades de las EMSP en EEUU y Reino Unido.

Las EMSP anglosajonas son empresas capitalistas modernas que buscan maximizar el beneficio, usando para ello cualquier posibilidad, por lo que, a veces, pueden llevar a cabo hechos delictivos al intentar minimizar costes y servir a las demandas de sus clientes. Por otra parte, tienen la cultura económica de las corporaciones modernas, por lo que les



interesa una imagen pública positiva y buenas relaciones con los Gobiernos y con la sociedad en general, por lo que deben estar interesadas en la autorregulación, estableciendo códigos de conducta que implanten estándares para los servicios ofertados. Dichos estándares son necesarios para el establecimiento de relaciones estables con sus clientes y para atraer a otros nuevos, lo cual incrementa su capitalización. Parcialmente, los mecanismos de mercado pueden ayudar pues el establecimiento de altos estándares respecto de los servicios de seguridad puede atraer a mejores clientes.

Como ya se ha mentado, tenemos ya importantes ejemplos de autorregulación. En el Reino Unido, la *British Association of Private Security Companies (BAPSC)* exige a sus miembros no solo la observancia de las leyes nacionales e internacionales sino también el respeto a unos principios éticos, incluyendo un adecuado entrenamiento de su personal y el rechazo de contratos contrarios a la legislación sobre Derechos Humanos o que supongan una actividad delictiva. Dicha asociación fue creada por la industria en febrero de 2006, con sede en Londres, con el propósito de asegurar su futuro después de Irak y la misión de promover, aumentar y regular el interés y actividades de las compañías basadas en el Reino Unido que son proveedoras de servicios fuera del país<sup>631</sup>. Debe ser un importante interlocutor en el desarrollo de la implementación y exigibilidad de estándares adecuados, sobre todo

---

<sup>631</sup> Su primer Director General fue Andrew Bearpark, que sirvió de 1998 a 2003 como Director de Operaciones e Infraestructura para la Autoridad de la *Coalición Provisional* en Irak, fue Ayudante del Representante Especial del Secretario General a cargo del Pilar de la Unión Europea de la Misión en Kosovo de las Naciones Unidas y previamente fue el Ayudante del Alto Representante basado en Sarajevo y responsable de la Reconstrucción y Retorno.

teniendo en cuenta que las empresas militares y de seguridad privada del Reino Unido dependen mucho más de los ingresos procedentes de clientes privados (especialmente de la industria extractiva) que las de Estados Unidos (éstas tienden a trabajar mucho más con clientes gubernamentales).

La *BAPSC* provee estándares generales en forma de *Carta*, aunque el *Standards Committee* de la Asociación está trabajando con el *British Standards Institute* para el desarrollo de un documento normativo en forma de *estándar privado*. La *Carta* de la Asociación dicta que los miembros aceptan completamente y están vinculados por las obligaciones establecidas en relación con el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, los códigos éticos de prácticas de la Asociación, y los propósitos y objetivos de la *Carta* sin reservas. La *BAPSC* contempla su función como adjudicador de autorregulación y consejero de sus miembros en tres esferas: los estándares establecidos en la *Carta*, el eventual *Código de Conducta* y el entrenamiento y consejo que ofrece a sus miembros en relación con la aplicación del Derecho Internacional en las operaciones que desarrollen, promoviendo su entrenamiento y aclarando consultas de sus miembros en relación con sus obligaciones y responsabilidades como actor privado. Esta Asociación también publica artículos sobre directrices generales y opiniones como parte de sus funciones. Tanto la *Carta* como el boceto de *estándar* adolecen de cualquier mecanismo formal de control y de presentación de quejas.

El intento más exitoso de la industria hasta la fecha es la *International Stability Operations Association (ISOA)*, antiguamente denominada *International Peace Operations Association (IPOA)*, creada en Estados Unidos en abril de 2001<sup>632</sup>, con base en Washington, con más de sesenta miembros<sup>633</sup> y pionera en la implementación de unos estándares y un cierto mecanismo de imposición de los mismos, aunque carece de transparencia e imparcialidad. Su misión es promover altos estándares éticos y operativos en las compañías activas en el sector que define como la “industria de la paz y la estabilidad”. La *ISOA* sirve para proporcionar un referente en la industria con la esperanza de elevar el nivel de conciencia y los modelos por los que las compañías deben guiarse. Exige a sus miembros respeto a la normativa vigente además del seguimiento de unos principios incluidos en el *Código de Conducta* que establece normas de transparencia y responsabilidad, altos estándares para el entrenamiento del personal y principios éticos adicionales, apoyo a las Organizaciones Internacionales, ONGs y procesos de reconstrucción, control de armas, así como reglas para la subcontratación.

Las reglas normativas sustantivas de la *ISOA* están contenidas en este *Código de Conducta* que fue adoptado en abril de 2001 y ya va por su duodécima versión<sup>634</sup>. El *Standards Committee*, formado por voluntarios de las compañías miembros de la Asociación, es el eje del

---

<sup>632</sup> El fundador de esta asociación es Doug Brooks, un especialista en cuestiones de seguridad en África. Ha sido Asistente de Facultad en la American University y Asistente de Investigación del *South African Institute of International Affairs (SAIIA)* en Johannesburgo.

<sup>633</sup> Una de estas compañías es la española Ge2b International Security, con domicilio social en Madrid. [www.ge2b.com](http://www.ge2b.com).

<sup>634</sup> *International Peace Operations Association: Code of Conduct*: <http://ipoaworld.org>.

mantenimiento, revisión y vigilancia de la aplicación adecuada del *Código de Conducta* entre sus miembros. La relevancia del mismo se asegura a través de un proceso establecido de revisión y reforma. Dicho esto, la Asociación trata de asegurar la brevedad del *Código* para mantener su aplicabilidad, lo que sería difícil con un documento muy detallado debido a las variaciones en los servicios y estructuras operativas de los miembros de la industria de este sector. La función de implantación de la autorregulación está bien establecida en su normativa incluida en el *Enforcement Mechanisms of the Standards Committee*<sup>635</sup>.

Las normas de la *ISOA* establecen que las medidas correctivas prescritas por el *Comité* pueden incluir acciones que corrijan la violación del Código pero no pueden ser de naturaleza punitiva. Las limitaciones inherentes sobre la vaguedad que concierne a la clientela, las operaciones y el refuerzo de la ley dejan muchos asuntos al margen. Además, su quebrantamiento puede dar lugar a imponer un especial mecanismo de supervisión e incluso la expulsión de la Asociación con el deterioro de imagen que ello conlleva, pero sin mayores consecuencias. Al igual que la *BAPSC*, la *ISOA* también publica informes de investigación sobre temas que pueden afectar a sus miembros.

En lo que respecta al modelo post-soviético, la situación es bastante diferente. De acuerdo con las leyes rusas, las empresas militares y de seguridad privada proveen básicamente servicios en el mercado nacional. Sin embargo, su personal ha estado implicado activamente en

---

<sup>635</sup> *IPOA Enforcement Mechanism v.1.* <http://www.ipoworld.org/eng/enforcementv01eng.html>.

conflictos internacionales (Balcanes, África...), en actividades mercenarias y de tráfico de armas y en la provisión de servicios transfronterizos de seguridad.

Las EMSP rusas crecieron a principios de los noventa debido a la privatización masiva de los mecanismos de ejercicio de la violencia que estaban previamente reservados al Estado totalitario, como resultado de las reformas democráticas, liberales y orientadas hacia el mercado llevadas a cabo por el Gobierno ruso. Estaban a su vez interrelacionadas con las corruptas agencias de seguridad aparte de con el Ejército y con el crimen organizado. Durante la presidencia de Vladimir Putin la situación cambió algo y el crimen organizado perdió su control sobre la economía y, por ende, sobre las empresas del sector, tomándolo informalmente el *FSB* (*Oficina Federal de Seguridad*) y la Policía.

En los últimos años, se ha creado la *Asociación de Estructuras no Estatales para la Cooperación Internacional*, y compañías europeas han entrado en el mercado ruso fusionándose con pequeñas empresas rusas<sup>636</sup>, lo cual puede posibilitar que se mejoren los estándares de las empresas rusas del sector. Cabe señalar que esta cooperación informal entre las empresas del sector rusas y los Organismos de seguridad puede constituir un principio potencial para la autorregulación a la que podría ayudar la citada *Asociación de Estructuras no Estatales para la Cooperación Internacional*.

---

<sup>636</sup> Por ejemplo, la sueca *Securitas* y la danesa *Group 4 Falck*.

Los esfuerzos de esta industria por autorregularse deberían ser apoyados como un complemento a la regulación gubernamental. La pertenencia a una asociación comercial sería vista por el Gobierno como una seguridad de respetabilidad. Éste podría recomendar la contratación tan solo de miembros de dicha asociación; y sería capaz de promover negocios para las mismas en el extranjero. Ello no implicaría al Gobierno en una regulación imposible de aplicar. El código voluntario sería promovido por la propia industria la cual a menudo tiene una mejor idea que cualquiera sobre lo que está ocurriendo sobre el terreno. La supervisión externa (por Organizaciones Internacionales, Organizaciones no gubernamentales y otras) podría aportar un control adicional.

Esta forma de regulación operaría sobre la base de la preocupación de la empresa por su reputación<sup>637</sup> y ayudaría a establecer estándares de buenas prácticas dentro de la industria militar privada, permitiendo a terceros identificar fácilmente a los socios comerciales respetables. Las implicaciones del incumplimiento de un código voluntario serían una gran motivación para su cumplimiento por parte de cualquier EMSP preocupada por su reputación. El escrutinio por los medios de comunicación y los grupos sociales ha sido uno de los medios más efectivos de controlar el comportamiento de estas corporaciones. Un incumplimiento al que se le diera difusión llevaría al aislamiento y pérdida de negocio para el culpable. Esto ha provocado que varias de ellas se

---

<sup>637</sup> Con el tiempo, la reputación de las diversas EMSP existentes constituye un importante factor para la segmentación del mercado, contribuyendo a la incentivación de aquellas que tengan una mejor imagen y credibilidad. En este sentido, *vide* Perrin, B., "Promoting Compliance of Private Security and Military Companies with International Humanitarian Law", *op. cit.*, págs. 628-630.

preocupen más por su imagen y sean menos tendentes a cometer delitos, aunque esta tendencia no es en manera alguna universal.

Evidentemente, un código voluntario es insuficiente para regular las empresas de sector porque, careciendo de fuerza legal, no capacitaría al Gobierno para evitar las actividades de aquellas poco respetables y no le otorgaría un recurso legal si alguna hubiese dañado el interés nacional en el extranjero. Por ello, no cumpliría uno de los objetivos de la regulación, esto es, evitar las situaciones en que las empresas del sector pudieran dañar intereses nacionales. Además, los códigos individuales de conducta no son suficientes para regular toda la industria.

Una asociación industrial podría encontrarse en dificultades tanto a causa de la imposibilidad de estar segura de lo que está ocurriendo en el extranjero como si se viera obligada a castigar a uno de sus miembros más prominentes<sup>638</sup>. La certificación por una asociación industrial antes de aceptar a un nuevo miembro sería un paso en la dirección correcta para la regulación, pero debería ser complementada con nuevas medidas reguladoras estatales. La ausencia de la participación de representantes de los Estados y sociedad civil en el marco de las asociaciones de empresas del sector impide que la *Industria Global de Seguridad* disponga de un medio adecuado para lograr la suficiente transparencia y responsabilidad por sí misma, por lo que sigue siendo necesaria una regulación externa tanto de ámbito internacional como nacional.

---

<sup>638</sup> Esto ya se ha podido comprobar con el caso *Blackwater* a raíz de la matanza de 17 ciudadanos iraquíes en la plaza Al-Nisoor de Bagdad, el 16 de septiembre de 2007.

La falta de un respaldo legal puede suponer que los Gobiernos u organizaciones internacionales se vean obligados a contemplar cómo una compañía sigue un camino que es totalmente contrario al interés público, sin poder actuar. De ahí que se puedan dar numerosas razones por las que se debe regular este sector y, entre ellas, se podría destacar el aseguramiento de que no inciden negativamente en la paz, seguridad o en la resolución del conflicto; que su uso es legal y legítimo y no contrario a los Derechos Humanos; que no van contra la política gubernamental; que son responsables tanto por sus acciones como por las de sus empleados; que son lo más transparentes posible; la prevención de que puedan causar daño económico a sus clientes comerciales; evitar que puedan cambiar entre objetivos legales e ilegales; garantizando que no menoscaban en modo alguno la soberanía de los Estados...

Los códigos de conducta y la autorregulación funcionan para fomentar una conducta adecuada y unos estándares mínimos, pero en sí mismos no son mecanismos satisfactorios para asegurar la acción adecuada y sancionar el comportamiento impropio. En este sentido, cabe resaltar que el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios está analizando si debería establecerse un tribunal internacional de arbitraje para las cuestiones relacionadas con las empresas militares y de seguridad<sup>639</sup>. Este tribunal sería un mecanismo oficial de solución de controversias creado especialmente para conocer demandas sobre infracciones cometidas por estas empresas, siendo necesario además un mecanismo para llevar a cabo las correspondientes

---

<sup>639</sup> Vide A/HRC/10/14, de 21 de enero de 2009, pár. 60.



investigaciones. Podría establecerse también un *Código de las empresas militares y de seguridad privadas* que funcionase en conjunción con este tribunal y fuera la norma en que éste basara sus dictámenes<sup>640</sup>. En este caso, las empresas del sector no se atenderían a las convenciones internacionales que tradicionalmente se aplican solamente a los Estados y sus agentes, sino que tendrían que cumplir directamente las obligaciones vinculantes establecidas en el código (una vez lo hubiesen firmado). Sin embargo, el Grupo de Trabajo considera que esta instancia no sería adecuada para juzgar delitos pues sus soluciones jurídicas serían de naturaleza civil.

En definitiva, el principio de autorregulación debería ser tenido en cuenta como un principio complementario en lo relativo a la regulación del sector de los servicios militares y de seguridad privada. En este sentido, se debería establecer un mecanismo de diálogo constante con las asociaciones de empresas del sector, posiblemente a través de la creación de un organismo de las Naciones Unidas a partir del propio *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, con la participación de las propias empresas, los Estados miembros de la ONU, los grupos de Derechos Humanos y representantes de las Naciones Unidas.

---

<sup>640</sup> Vide el último proyecto enviado por el Gobierno suizo del *Código Internacional de Conducta para Contratistas de Servicios de Seguridad Privada*, el 27 de agosto de 2010,

### c. La Iniciativa suiza

Buscando eliminar las lagunas del Derecho Internacional Humanitario en lo relativo a las EMSP, el Gobierno suizo en cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, se empeñó en un diálogo intergubernamental de dos años y medio de duración sobre cómo *asegurar y promover el respeto del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos* por los Estados y las empresas del sector que operan en áreas de conflicto armado. Aunque no es una convención internacional en sentido estricto, esta *Iniciativa* ha buscado mejorar la regulación internacional de las EMSP a través de sus objetivos establecidos.

La *Iniciativa Suiza* está abierta a todos los Estados y Organizaciones Internacionales, junto a los representantes de los Gobiernos, ONG defensoras de los Derechos Humanos y de la industria militar y de seguridad privada, para lograr un consenso sobre cómo conseguir los objetivos señalados. Las discusiones resultaron en el *Documento Montreux sobre las Obligaciones Legales Internacionales y Buenas Prácticas de los Estados en relación con las Operaciones de las Compañías Militares y de Seguridad Privada durante los Conflictos Armados (Documento Montreux)*<sup>641</sup>, un texto que reafirma las obligaciones

---

<sup>641</sup> El *Documento Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada*, fue aprobado por el Encuentro de Alto nivel de Consejeros Legales de los Gobiernos participantes, 17 de septiembre de 2008. U.N. Doc. A/63/467. Fue acordado por 17 países: Afganistán, Angola, Australia, Austria, Reino Unido, Canadá, China, Francia, Alemania, Irak, Polonia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Ucrania y los Estados Unidos. Con posterioridad a la publicación del *Documento*, otros 17 países se fueron uniendo progresivamente a la iniciativa. Por orden de firma, son: Macedonia, Ecuador, Albania, Países Bajos, Bosnia y Herzegovina, Grecia, Portugal, Chile, Uruguay, Liechtenstein, Qatar, Jordania, España, Italia, Uganda, Chipre y Georgia. En lo que respecta a España, es signataria de este *Documento* desde el 20 de mayo de 2009. *Vide*

legales internacionales existentes aplicables a las empresas militares y de seguridad privada y ofrece prácticas adecuadas a los Estados para ayudarles en el cumplimiento de estas obligaciones. Fue distribuido como Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas en octubre de 2008<sup>642</sup>.

El *Documento* diferencia los tipos de Estados según su relación con las empresas del sector, y de compañías y su personal (Primera Parte), y provee buenas prácticas a los Estados para la promoción del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario y de la legislación de Derechos Humanos durante un conflicto armado (Parte Segunda). El objetivo es aclarar las obligaciones jurídicas pertinentes en relación con el Derecho Internacional Humanitario y las normas de Derechos Humanos.

La Primera Parte establece una distinción entre los diferentes tipos de Estados en relación con las actividades de esas empresas y se recuerdan las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes para cada categoría de Estados en virtud del Derecho Internacional Humanitario y de las normas de Derechos Humanos. También se aborda la cuestión de la atribución al Estado del comportamiento de una persona o grupo de personas con arreglo al Derecho Internacional consuetudinario. Además, otras secciones de la Primera Parte se refieren a las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes de *todos los demás Estados*, a las

---

Departamento Federal de Asuntos Exteriores, Gobierno de Suiza.  
<http://www.eda.admin.ch/psc>.

Vide también [www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html](http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html).

<sup>642</sup> Carta con fecha 02 de octubre de 2008 del Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, dirigida al Secretario General, con su anexo *Documento de Montreux sobre obligaciones internacionales pertinentes y buenas prácticas para los Estados en relación a las empresas militares y de seguridad privadas durante conflicto armado*, A/63/467-S/2008/636, de 02 de octubre de 2008.

obligaciones de las empresas militares y de seguridad privada y de su personal y a las cuestiones de la responsabilidad del superior jerárquico.

En la Segunda Parte del *Documento*, figura un conjunto de más de setenta *buenas prácticas* destinadas a ayudar a los Estados a cumplir esas obligaciones. Las buenas prácticas se basan en gran medida en las prácticas actualmente vigentes de los Estados, no sólo en relación con las empresas militares y de seguridad privada sino también, por ejemplo, en relación con la normativa existente para las armas y los servicios armados. Comprenden desde la introducción de regímenes transparentes de concesión de licencias hasta la mejora de la supervisión y la rendición de cuentas, de manera que solo puedan prestar servicios durante los conflictos armados las empresas que, por disponer de unos mecanismos de formación y unos procedimientos internos y de supervisión adecuados, ofrezcan más garantías en lo que atañe al respeto del Derecho Internacional Humanitario y de las normas de Derechos Humanos.

Ninguna de las dos partes es jurídicamente vinculante ni tienen por objeto legitimar la utilización de estas empresas en ninguna circunstancia concreta. El *Documento* resalta la necesidad de un procedimiento de comprobación de personal, entrenamiento del mismo respecto de la legislación humanitaria y de Derechos Humanos, establecimiento de procedimientos operativos estandarizados y reglas de enfrentamiento que cumplan con lo establecido legalmente; y determinación de procedimientos internos disciplinarios en caso de que su personal vulnere la ley.

Lo más interesante es que se trata del primer acuerdo regulador del uso de las compañías militares y de seguridad privada e incluye *Estados Contratantes* (Estados que directamente contratan los servicios de esas empresas), *Estados Territoriales* (Estados en cuyo territorio operan esas empresas), *Estados de Origen* (Estado de nacionalidad de una empresa) y representantes de las empresas del sector.

El *Documento de Montreux* es útil para identificar las obligaciones vigentes de los Estados y las empresas militares y de seguridad privada y de su personal en virtud de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos. La parte en que se describen las buenas prácticas podría ser un instrumento útil para establecer directrices relativas a las actividades de las empresas del sector y de los Estados. Así es importante el principio reflejado en el mismo según el cual los Estados mantienen las obligaciones dimanantes de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario aunque opten por contratar a empresas militares y de seguridad privada para que realicen determinadas actividades. El Estado mantiene su obligación de respetar y asegurar el ejercicio de los Derechos Humanos. Pero si bien el *Documento* es bueno para promover el Derecho Internacional Humanitario vigente, no aborda la laguna existente en cuanto a la reglamentación de la responsabilidad de los Estados respecto de la conducta de las empresas militares y de seguridad privada y sus empleados.

La lógica comercial del sector militar y de seguridad privada parece ser el motor del *Documento* de la *Iniciativa Suiza*. Por ejemplo, la *buena práctica 17* propone *considerar la fijación del precio y la duración de un contrato determinado como una forma de promover el Derecho Internacional Humanitario y las normas de Derechos Humanos*, por lo que la *Iniciativa* reconoce de hecho la validez del nuevo sector, en lugar de proponer que dicho reconocimiento se posponga hasta que las buenas prácticas que ha elaborado se traduzcan en realidad y se establezcan los mecanismos correspondientes. Esto no hace sino reflejar la fuerte participación de los grupos de presión en el proceso de la *Iniciativa*. Efectivamente, detrás de este proyecto están las asociaciones de la industria del sector y principales grupos de presión, especialmente la *ISOA* y la *BAPSC*, corporaciones, directores de empresas privadas que cuentan con el apoyo del Gobierno suizo y la participación activa de los Gobiernos del Reino Unido y de Estados Unidos.

La mayor deficiencia de este *Documento* es que no es un instrumento legalmente vinculante, sino tan solo un primer paso en la creación de un sistema regulador de estas empresas.

Uno de los problemas radica en que la *Iniciativa Suiza* no se ha basado en un proceso consultivo tan amplio como corresponde al sistema de las Naciones Unidas. Por ejemplo, los Estados de la región de América Latina y el Caribe no participaron en su labor, y la representación desproporcionada del grupo de Estados de Europa Occidental denota la predominante participación de los países donde se origina y desde donde

opera la mayor parte del sector de la seguridad. Ni los Departamentos de las Naciones Unidas ni el Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios tomaron parte en ella. Por otra parte, el *Documento* deposita una carga mayor de responsabilidad sobre los *Estados territoriales* que sobre los *Estados contratantes* o los *Estados de origen* de donde proceden estas empresas, observándose el limitado alcance de las obligaciones de los *Estados contratantes* o *Estados de origen* y haciendo caso omiso de los *Terceros Estados*. Además, el carácter restrictivo del *Documento* se hace evidente cuando se indica que el Derecho Internacional Humanitario solamente es aplicable durante los conflictos armados y no se hace referencia alguna a la obligación del Estado de ejercer protección y aplicar el principio de diligencia debida<sup>643</sup>.

El *Documento de Montreux* está limitado a las situaciones de conflicto armado y no tiene en cuenta otras actividades de las EMSP tales como servicios de suministro, logística y entrenamiento. Tampoco contiene ninguna indicación sobre que los Estados deban asegurar el cumplimiento de las leyes vigentes, incluidas las penales, y, en particular, pero no exclusivamente, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como de las normas para exigir responsabilidad a las empresas militares y de seguridad privada y a sus empleados por la comisión de delitos graves. Tampoco prevé que los Estados deban fortalecer las normas para la adquisición, contratación y

---

<sup>643</sup> Declaración pública de *Amnistía Internacional* acerca del *Documento de Montreux* sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privada durante los conflictos armados (AI Index IOR 30/010/2008).

gestión públicas de los servicios del sector privado militar y de seguridad con el apoyo de un mecanismo eficaz de presentación de información. Entre los Estados contratantes, territoriales y de origen no se incluye a los Estados donde las empresas contratan a su personal, en la mayor parte de los casos sin consultar a los Gobiernos respectivos. La *Iniciativa* tampoco prevé el establecimiento de un sistema estatal centralizado encargado de registrar todos los contratos concertados con el sector militar y de seguridad privado, de aplicar las normas generales y de supervisar los contratos. Finalmente, carece de una categorización clara y concreta de legislación aplicable o de mecanismos para hacer frente a las infracciones, y no tiene en cuenta intentos recientes de creación de un marco adecuado para la actividad corporativa y los Derechos Humanos<sup>644</sup>

Todos los Estados tienen numerosas responsabilidades respecto del control de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada. Por ejemplo, deberían garantizar la aplicación de la legislación internacional y la capacidad de actuación de la Justicia en caso de un caso de violación de la misma. Por esta razón, cada contrato necesita la aprobación de los Estados Territoriales, lo que significa que si una compañía, una ONG o una Organización Internacional quiere contratar a una empresa del sector, es necesario que el Estado donde se va a ejecutar el contrato lo sepa y tenga un cierto nivel de control de dicho contrato.

---

<sup>644</sup> U.N. Human Rights Council, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, U.N. Doc. A/HRC/8/5 (07 abril de 2008).



A pesar de ser un mero documento político que no es legalmente vinculante, el *Documento* tiene el apoyo de 34 países, entre ellos algunos de los mayores usuarios de las empresas del sector. Si fuera adoptado por un número significativo de países podría llegar a ser considerado “soft law”, y a través de su influencia en la práctica de los Estados podría llegar a convertirse en Derecho Consuetudinario Internacional y, por tanto, ser vinculante. El Gobierno suizo, consciente de que a pesar de ser un buen paso hacia el necesario fortalecimiento de los mecanismos regulatorios sobre las EMSP, este *Documento* no es suficiente, ha apoyado una nueva iniciativa liderada por la propia industria privada con el apoyo además del *DCAF* y de la *Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos*. Esta iniciativa trata de desarrollar un código de conducta internacional que conforme al Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario supere las debilidades identificadas. Sus objetivos son la continuación de la clarificación de las obligaciones generales para las empresas y su personal, el establecimiento de estándares explícitos para selección y adiestramiento de su personal y la creación de un mecanismo independiente de acreditación de EMSP así como de queja y compensación para las posibles víctimas. Este código sería en cualquier caso complementario a las medidas que adopten los Estados<sup>645</sup>.

La segunda fase de la *Iniciativa Suiza* se lanzó en Nyon, en junio de 2009, y consiste en la elaboración de un *Código Internacional de*

---

<sup>645</sup> Laborie Iglesias, M.A., “La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos”, *op. cit.*, págs. 132-133.

*Conducta para Proveedores de Servicios Privados de Seguridad*. El 09 de noviembre de 2010 se firmó en la Conferencia que se celebró en Ginebra, la primera parte de esta segunda etapa, esto es, el *Código Internacional de Conducta* propiamente dicho<sup>646</sup>, lo que ha resultado relativamente fácil al ya tener muchas de las empresas del sector sus propios códigos de conducta (aunque no se apliquen en la práctica). Se establecen las obligaciones que los Estados tienen de respetar, proteger y compensar en materia de Derechos Humanos. Las empresas se comprometen a fomentar el imperio de la ley, proteger los Derechos Humanos de la población civil y de sus empleados y defender los intereses de sus clientes<sup>647</sup>.

La Conferencia debatió también el segundo objetivo que comprende la segunda parte de la *Iniciativa*: la creación de un mecanismo independiente de aplicación. En lo que respecta a la segunda parte, ésta abarcará los mecanismos de aplicación y sanción en caso de violación de las normas y de reparación a las víctimas dentro de un sistema de

<sup>646</sup> La mayoría de las 57 empresas signatarias de este Código son británicas y norteamericanas, aunque también hay francesas, canadienses, suizas, australianas, sudafricanas, ugandesas y una representante de Tanzania, de Kenia y de Arabia Saudita.

<sup>647</sup> En este sentido, el último proyecto enviado por el Gobierno suizo del *Código Internacional de Conducta para Contratistas de Servicios de Seguridad Privada*, el 27 de agosto de 2010, indica que las EMSP que acojan el Código se comprometen a respetar los principios que se mencionan a continuación estipulados en el mismo: (...) "c) operar con miras a fomentar el imperio de la ley, proteger los derechos humanos de la población civil y de los empleados de la empresa, y proteger los intereses de su clientes; d) tomar las medidas para prevenir y resolver eficazmente impactos negativos que pudieran tener las actividades sobre el disfrute de los derechos humanos; e) tomar las precauciones adecuadas para responder y resolver alegaciones de actividades que violen leyes nacionales o internacionales aplicables o el Código o que estén en conflicto con el Código; (...). En lo que respecta a los Derechos Humanos que se deben respetar de manera prioritaria, el Código de Conducta menciona específicamente: la detención arbitraria, la prohibición de la tortura otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la violencia de género, el tráfico de seres humanos, la prohibición de la esclavitud y del trabajo infantil, la discriminación, el respeto por la vida y la propiedad privada, así como la libertad de expresión y de reunión pacífica.

autorregulación por la industria de las EMSP. Ha entrañado una mayor dificultad al suponer los mecanismos de aplicación y sanción, cuestión siempre sensible. Esa es la razón de que esté todavía por crear.

De cara a conseguir una regulación eficiente y universal, se debería colaborar con estas *Iniciativas* y usar el *Documento de Montreux* estratégicamente para el establecimiento de unos estándares mínimos para los Estados y las empresas, pero podría ser más pertinente no diferenciar entre Estados Contratantes, Estados Territoriales y Estados de Origen, sino que en el caso de una Convención de Naciones Unidas, la forma podría ser Estados; Entidad Contratante y compañías militares y de seguridad privada.

### 3. OPCIONES PARA LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

La compañía militar y de seguridad privada se ha convertido en un valioso instrumento del Estado y cualquier intento de regulación debe reflejar esta realidad. Una legislación internacional efectiva debe reflejar tanto el deseo de minimizar los peores elementos del conflicto armado como la tendencia a la privatización del sector público<sup>648</sup>.

Desde el punto de vista internacional, se han propuesto diferentes aproximaciones para la regulación de esta industria. Algunas han sugerido una prohibición general de ciertas actividades. Sin embargo, los críticos han señalado que estas empresas cumplen un rol necesario y los

---

<sup>648</sup> Riley, J. y Gambone, M., "Men with guns", *28 Wis. Int'l L.J.* 39, 2010.

Estados no parecen dispuestos a ilegalizar completamente el uso de ninguna clase de actividad de las mismas. Otra propuesta es la de crear un organismo internacional para regularlas pero esto implicaría que los Estados tendrían que ceder su tradicional monopolio sobre la elaboración de normas sobre las exportaciones de carácter militar, lo cual no parece realista.

También se ha sugerido una Convención para especificar los estándares mínimos para la supervisión y control que incluiría un sistema de licencias con un listado preciso de los servicios prestados por estas empresas, notificación previa a la presentación de la oferta de prestación de servicios y registro de los individuos que trabajan para las mismas; los requerimientos mínimos para el otorgamiento de licencias en relación con la contratación de personal, la estructura corporativa de la empresa, su competencia y política respecto del Derecho de los Conflictos Armados y Derechos Humanos; supervisión parlamentaria y/o independiente de las actividades que desarrollan; los requerimientos mínimos de competitividad y transparencia en los procesos de obtención, oferta y contrato. Esta es la postura del Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios, cuyo proyecto de posible convención<sup>649</sup> tiene como objetivo primordial poner de relieve las obligaciones que detentan los Estados respecto a las EMSP y

---

<sup>649</sup> Informe A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010, en el que plantea un *Proyecto de posible Convención sobre las EMSP*. Presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al Grupo de Trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos. Fue debatido en septiembre de 2010. El Grupo de Trabajo también presentó otro informe en la Tercera Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre del mismo año, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/65/325. El informe a la Asamblea General incluye en anexo los elementos que deberían formar el marco de una convención internacional sobre la regulación, vigilancia y supervisión de las EMSP.

su personal, y se aplicaría a todas las situaciones y no sólo a los conflictos armados<sup>650</sup>.

En una propuesta de Convención sobre los servicios militares y de seguridad privada también se debería crear un órgano de vigilancia a nivel internacional que estaría a cargo del seguimiento de las actividades de las empresas del sector. Para mejorar la eficiencia de la vigilancia podría ser positiva una división geográfica similar a la existente en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios. Esta división debería permitir la monitorización de las actividades de estas empresas en cada región y, aún más, la especialización de esta vigilancia por áreas. Este órgano estaría a cargo de la creación y mantenimiento del continuo escrutinio público de una lista con todas las empresas del sector autorizadas para actuar en el sistema internacional. Los criterios de autorización dependerían del respeto por las mismas de los estándares básicos y de las buenas prácticas enumeradas en la Convención.

En principio, el registro se aplicaría a todas las compañías que ofrecen servicios militares y de seguridad, excluyendo el combate porque en este caso la compañía sería considerada un servicio mercenario y, por

---

<sup>650</sup> El *Consejo de Derechos Humanos* examinó este Proyecto de posible convención durante su decimoquinto período de sesiones, celebrado del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010, en Ginebra. Se adoptó el *proyecto de Resolución* presentado por Nigeria, en nombre del Grupo de África, por 32 votos a favor, 12 en contra y 3 abstenciones (*Resolución 15/26*, de 01 de octubre). Dicha *Resolución* prevé la creación de un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta, con el mandato de elaborar un instrumento legal vinculante. Más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución enmendada propuesta por la Tercera Comisión (Doc. A/C. 3/65/L.54/Rev.1, de 18 de noviembre de 2010), por 127 votos a favor, 52 en contra y 5 abstenciones, por la que se alienta a los Gobiernos a que consideren la propuesta del Grupo de Trabajo de un posible instrumento jurídico internacional que regule las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas.

ende, prohibida por la Convención sobre mercenarios de Naciones Unidas de 1989. Los Estados tendrían la obligación de usar esta lista para contratar a estas empresas, lo que forzaría a las mismas a respetar los estándares básicos, de tal forma que si no se adhieren a los mismos, quedarían fuera del mercado de la seguridad. Por otra parte, el órgano de vigilancia necesitaría crear una lista semejante, que en este caso no sería pública, respecto de los empleados de estas empresas, necesaria para una mejor monitorización de las actividades de estas empresas, el uso de empresas subsidiarias, y la creación de una nueva compañía.

Adicionalmente, a nivel nacional es necesario incluir un nivel complementario de vigilancia. Los Gobiernos necesitan un control externo para garantizar la buena monitorización de las actividades de estas empresas. Del mismo modo que un Gobierno concede una licencia para exportar o importar armas, el Parlamento debería supervisar el uso de las empresas del sector. Para este objetivo, la Convención sobre servicios militares y de seguridad privados podría proponer una *Ley Modelo* que consolidase los estándares básicos y las buenas prácticas de los Estados y de las empresas militares y de seguridad privada, y validase el razonamiento que hay detrás del mecanismo de monitorización de las mismas y la base de datos. En la mayoría de los casos, el Parlamento podría llevar a cabo esta monitorización, pero en algunos casos esto sería insuficiente, siendo necesario implantar un mecanismo de quejas o alegaciones. El sistema existente en la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, y, particularmente, el del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre mercenarios, podría ser el sistema más fácil de

aplicar. Por último, una convención sobre los servicios militares y de seguridad privados podría crear un *Contrato Modelo*, reduciendo con ello el riesgo tanto de problemas de interpretación como, consecuentemente, de violación de lo pactado.

Va dirigido a establecer obligaciones y derechos tanto a los Estados como a las Organizaciones Internacionales. Cada Estado adoptará las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo que sean necesarias para asegurar que las EMSP y su personal sean responsables por las violaciones de las normas aplicables del Derecho nacional o internacional. En lo que respecta a su ámbito de aplicación material, se hace una delimitación amplia, aplicándose a todas las situaciones, se definan o no como un conflicto armado. El *Documento de Montreux* se ciñe a los conflictos armados, mientras el *Código Internacional de Conducta* usa la expresión de “ambientes complejos” para referirse a situaciones tanto de desastres naturales como de conflictos armados donde el Estado de Derecho está socavado y debilitado (*Definiciones*, punto B). Su objeto y fin general es poner límites a la delegación y contratación del uso de la fuerza armada a las EMSP, así como limitar el empleo por éstas de la fuerza, a fin de garantizar el Estado de Derecho y, más concretamente, el respeto del goce efectivo de los Derechos Humanos. Como cláusula de cierre, se introduce una remisión a la aplicación de los “principios del Derecho Internacional derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública” en los casos no previstos en la Convención u otros acuerdos internacionales. Se complementan estas obligaciones con el

establecimiento de un órgano de control internacional establecido por el mismo *Proyecto de Convención*<sup>651</sup>.

Dicho esquema voluntario podría ser difícil de imponer, sobre todo por las reservas de la Unión Europea y de los principales países sedes de las empresas del sector<sup>652</sup>, pero tendría la ventaja de asegurar que las autoridades nacionales regularían sus propias empresas del sector. Además, podrían dejarse a la interpretación nacional ciertos detalles de la regulación que podrían constituir en otro caso obstáculos para el acuerdo en un tratado internacional.

Este tema se debería tratar en el nivel internacional y dentro de la Unión Europea, OTAN, OSCE y ONU, entre otras Organizaciones Internacionales. Las Convenciones actuales deberían actualizarse y enmendarse para la inclusión de las actividades, cuestiones de transparencia y responsabilidad de las EMSP y de sus empleados. Se puede establecer un nuevo rol y un mecanismo de control mucho más amplio para el *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, que podría mejorar el seguimiento de las actividades y comportamiento de las empresas del sector. Más aún, la ONU debería crear una base de datos de las EMSP disponibles en el mercado. El modelo podría ser el *Registro de armas*

---

<sup>651</sup> Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. cit., pág 96.

<sup>652</sup> La Unión Europea, el Reino Unido y Estados Unidos no apoyaron ni el Proyecto de una posible convención, ni la recomendación de establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. cit., pág 83.



*convencionales* de las Naciones Unidas que compila declaraciones tanto de los importadores como de los exportadores de armas convencionales<sup>653</sup>, permitiendo con ello el cruce de datos para su control. Un registro similar podría ser creado para las EMSP y contendría declaraciones de los importadores, los Estados o grupos que empleen dichas empresas, y de los exportadores, esto es, las propias empresas<sup>654</sup>. Su función podría ser ampliada para recibir, considerar, autorizar o rechazar peticiones para el registro y renovación de las EMSP.

Se deberían establecer mecanismos para hacer frente al incumplimiento de los requisitos o la violación de la normativa internacional aplicable, lo que ayudaría a la exigencia de transparencia y estándares internacionales de conducta para dichas empresas. Si los Gobiernos u Organismos Internacionales tienen la intención de contratarlas en el futuro, y las tendencias actuales sugieren que ese será el caso, deben, en primer lugar, establecer una regulación de control. Dada la naturaleza corporativa de las EMSP occidentales, dichas

---

<sup>653</sup> En 1991, la Asamblea General aprobó la *Resolución 46/36 L*, en la que pidió al Secretario General que estableciera y mantuviera un Registro de Armas Convencionales universal y no discriminatorio, que incluyera datos sobre las transferencias internacionales de armas. Este Registro abarca siete categorías de las principales armas convencionales y ha estado en funcionamiento desde 1992. De todas formas, debe quedar claro que las EMSP no son *traficantes de armas* pues éstas son solo parte de un *paquete* de servicios integrados que se ofrecen al cliente, pero no son el único servicio que se presta. Así, la diferencia estriba en el objeto central del contrato: para un vendedor de armas es el suministro de las mismas siendo el entrenamiento en el uso de las mismas algo periférico; por el contrario, el objeto principal de una EMSP es proporcionar servicios de seguridad, que pueden incluir o no la venta de armas, con lo que la venta de las mismas se convierte en algo secundario.

<sup>654</sup> El *Proyecto de Posible Convención sobre las EMSP* del Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios propone que el Secretario General de las Naciones Unidas establezca un registro internacional de las EMSP que operen en el mercado internacional a partir de la información facilitada por los Estados Partes. *Vide* art. 30 del Proyecto, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010.

regulaciones podrían ser reforzadas si se desarrollara un marco de trabajo de creación y mejora de mecanismos de control nacional, regional e internacional.

En la actualidad, existen numerosos órganos y organismos de las Naciones Unidas que se ocupan de aspectos separados de la cuestión de los mercenarios y la seguridad privada. Es necesario un enfoque coordinado para garantizar una respuesta integrada, integral y efectiva a este problema multidimensional para facilitar una mayor coordinación con otros órganos y organismos de las Naciones Unidas, como los *Relatores Especiales*, en concreto el *Relator Especial sobre el terrorismo y los Derechos Humanos*, dada la similitud de aspectos de ambos problemas; los órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos, la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos* que en este asunto debería adoptar una actitud más preventiva y proactiva; el *Consejo de Seguridad* de las Naciones Unidas y la *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* de las Naciones Unidas, con referencias prácticas a su actual labor sobre los grupos de delincuencia organizada transnacional dadas las obvias conexiones.

El actual mandato del Grupo de Trabajo sobre los mercenarios debería transformarse en un nuevo instrumento de ámbito más amplio que se ocupase de las actividades tanto de los mercenarios como de las EMSP en todos sus aspectos. Además de fomentar la observancia y el desarrollo del marco jurídico existente, este instrumento debería servir también para supervisar y controlar el suministro de servicios privados de

seguridad y la conducta de estas empresas y sus empleados con el fin de velar por la observancia de las normas de Derechos Humanos internacionalmente convenidas.

En particular, debería establecer medidas tales como la introducción de controles sobre el comercio de armas y los intermediarios, dentro del ámbito de los controles a la exportación de armas, que reconozcan el rol desarrollado por las empresas militares y de seguridad privada; la implementación más rigurosa de los embargos de armas y sanciones de las Naciones Unidas que incluyan en su ámbito a estas empresas y la asistencia técnica que acompaña a las exportaciones de armas; el desarrollo de medidas internacionales para compartir la información sobre las empresas del sector y para la mejora de la supervisión de sus actividades en el extranjero; la promoción de medidas para asegurar que los contratantes de estas empresas introducen suficientes salvaguardas para la prevención de violaciones de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y otros aspectos aplicables del Derecho Internacional por parte de su personal. También llevar el control e investigación de las actividades de estas empresas y su implicación en las violaciones de Derechos Humanos, y cerciorarse de que ningún Estado que se sirva de ellas entorpece la vigilancia y control internacionales aplicables a las fuerzas nacionales.

A su vez, es necesario entablar un diálogo con los Gobiernos, las empresas, los organismos humanitarios y otros usuarios de estas empresas para garantizar el respeto de los Derechos Humanos, la

promoción de programas de reforma del sector de la seguridad privada para el aseguramiento de la responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privada con una apropiada supervisión civil y control democrático y para la reducción de la necesidad de contratación de las mismas en combate, y apoyo para impedir el tráfico ilícito de armas; proporcionar personal especializado para estudiar el fenómeno moderno de las actividades de los mercenarios y las EMSP e identificar las actividades proscritas internacionalmente y las que requieren una reglamentación; el establecimiento de coordinación y enlace con otros organismos y órganos de las Naciones Unidas para convertirse en el punto de convergencia de las respuestas de las Naciones Unidas a esta cuestión en plena evolución; apoyo para la continuación y desarrollo del mandato del *Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre los mercenarios*; y el desarrollo de legislación nacional para el otorgamiento de licencias y control de las actividades, y para el aumento de la transparencia de dichas empresas; recomendación de nuevos marcos para la reglamentación y control de las mismas y proporcionar servicios consultivos con respecto a la legislación nacional.

Varias Organizaciones Internacionales, notablemente las Naciones Unidas y la *Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)*, han llevado a cabo diversas iniciativas destinadas a la mejora del cumplimiento corporativo de las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Estas iniciativas se concentran principalmente en las corporaciones multinacionales en el contexto del Derecho Internacional

Humanitario y la conducta corporativa en los países en desarrollo<sup>655</sup>. Aunque los estándares promulgados por las Naciones Unidas y la OCDE no son *per se* vinculantes y no están acompañados de mecanismos judiciales de responsabilidad, tienden a desarrollar un cuerpo de normas “blandas” que juegan un gran papel en la práctica. Entre éstas ocupan un papel predominante las *Guidelines for Multinational Enterprises* de la OCDE del año 2000, que son vistas como el marco normativo internacional central para el comportamiento corporativo en cuanto al aspecto puramente económico comercial. Proveen un marco de trabajo que podría ser útil para el tratamiento de cuestiones relativas al incumplimiento por parte de las empresas militares y de seguridad privada multinacionales, pudiendo a su vez, proporcionar un modelo útil sobre cómo podría funcionar un acuerdo descentralizado de armonización.

Más recientemente, en 2006, la OCDE desarrolló un “Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones”, como complemento de las *Guidelines*, para proveer una guía más potente para las corporaciones en situaciones de Gobiernos fallidos<sup>656</sup>. La novedad estriba en su referencia explícita al Derecho Internacional Humanitario.

El tema de la responsabilidad corporativa también se ha incorporado en la agenda de las Naciones Unidas. Entre las últimas

---

<sup>655</sup> *Vide Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, G.A. Res. 3201, 7, U.N. GAOR, 6ª Sesión Especial, Suplemento Nº 1, U.N. Doc. A/9559 01 de Mayo de 1974; OCDE, Mesa Redonda sobre la Responsabilidad Corporativa, *The OECD Guidelines and Developing Countries: Building Trust, Summary* (14 de junio de 2005), disponible en [www.oecd.org/dataoecd/42/23/35394320.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/42/23/35394320.pdf).

<sup>656</sup> OECD, *Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* (09 de junio de 2006), disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf>.

iniciativas destinadas a la adecuada regulación de las actividades corporativas que tienen impactos negativos sobre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, las “Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en relación con los Derechos Humanos” adoptadas en 2003 por la *Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, han reafirmado y clarificado el deber de las corporaciones respecto a las normas del Derecho Internacional Humanitario, especialmente en lo concerniente a la seguridad de las personas y los derechos de los trabajadores<sup>657</sup>. Proveen el marco más potente para asegurar la responsabilidad corporativa. Comienzan recordando que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se dirige a los individuos y órganos de la sociedad, así como a los Gobiernos. Establecen que dentro de sus respectivas esferas de influencia, las corporaciones transnacionales y otras empresas tienen la obligación de “promover, asegurar el cumplimiento, respeto y protección de los Derechos Humanos”<sup>658</sup>. La autoridad legal de las *Normas* deriva, principalmente, del hecho de que son una reafirmación de principios legales internacionales existentes en tratados y Derecho Consuetudinario

---

<sup>657</sup> Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), Sub-Comisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55ª Sesión, Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Transnacionales y Otras Empresas en Relación con los Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).

<sup>658</sup> Id.

Internacional, incluyendo docenas de *Declaraciones* y *Resoluciones* de las Naciones Unidas<sup>659</sup>.

Existen múltiples mecanismos internacionales que se podrían tomar como referencia a la hora de establecer una adecuada regulación de esta industria y que abarcan aspectos tales como el respeto del Derecho Internacional Humanitario y respeto de los Derechos Humanos, derechos de los empleados de la misma, posible sistema de arbitraje, valoración comercial... Así, por ejemplo, en lo referente al respeto al Derecho Internacional Humanitario, el *Comité Internacional de la Cruz Roja* debería ser un componente esencial de cualquier marco de trabajo respecto de esta industria, pero no podría proveer dicho marco pues su labor se centra en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y, además, no puede verse involucrado en ningún proceso judicial ya que hay que proteger la confidencialidad de su diálogo con Estados y grupos armados<sup>660</sup>.

En este mismo sentido, podría ser de utilidad atender a la filosofía de *los Principios del Grupo Wolfsberg*<sup>661</sup>, pudiéndose establecer un

---

<sup>659</sup> Weissbrodt, D. y Kruger, M. "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", *97 AM. J. Int'l L* 901, 2003, pág. 913.

<sup>660</sup> De acuerdo con el artículo VI.4 de los *Estatutos de la Cruz Roja Internacional*, el *CICR* puede recibir dos tipos de quejas por violaciones de las leyes y usos de la guerra: a) las reclamaciones sobre la no aplicación o la aplicación defectuosa por parte de la Potencia bajo cuyo control se encuentren las personas protegidas por los Convenios de Ginebra; b) las reclamaciones relativas a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en aquellas condiciones en las que el Derecho Internacional Humanitario no tiene posibilidad directa de intervención y en cuyo caso, el *CICR* transmite la reclamación a la Potencia bajo cuyo poder se encuentran, en forma de protesta y solicitando la aclaración de los hechos objeto de reclamación.

<sup>661</sup> El *Grupo Wolfsberg* de Bancos, denominado así en honor a la ciudad suiza donde se formó, representa a un grupo de bancos privados internacionales que ha establecido un conjunto de principios aplicables a la banca. [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com).

*Código de Conducta* análogo que podría ser útil dentro de un marco de trabajo relativo a la *Industria Global de Seguridad* si fuera apoyado por un grupo de compañías con una cuota representativa del mercado y que reflejase un estándar relativo al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos que gozase de legitimidad entre los demás afectados. Dicho estándar global privado podría, en su momento, ser tomado por los reguladores nacionales como base para una *lista blanca* consensuada, similar en cierto sentido a los acuerdos de cuasi-licencia apoyados por las agencias de calificación crediticia a las que se hace referencia en el siguiente párrafo. Los reguladores necesitarían ampliar la participación en el marco de trabajo y ofrecer asistencia para establecer la capacidad de implementación interna por parte de compañías más pequeñas para evitar acusaciones de restricciones discriminatorias del mercado. Pero como cualquier otro código de conducta, dicho instrumento gozaría de mucha más legitimidad si estuviese respaldado por un mecanismo apropiado de imposición, esencialmente el poder de los Estados.

En este mismo punto se podría hacer referencia a la figura de la *Agencia de Calificación* o *Rating*, clásico ejemplo de implementación de estándares mejorados en respuesta a un fracaso del mercado. Una Agencia independiente de calificación para la industria de este sector respaldada por múltiples Estados podría ayudar a mejorar la transparencia de este mercado siempre que tanto los Estados como otros posibles clientes sujetaran sus decisiones de contratación a la calificación llevada a cabo por la misma. Los indicadores de calificación podrían ser establecidos a partir de los estándares existentes tales como los



resultantes de la *Iniciativa Suiza* que provee buenas prácticas para los Estados que tratan con empresas del sector, o en documentos asociados con los *Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos*<sup>662</sup>.

Otra opción sería incluir el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privada como comercio de armas y, consecuentemente, sería pertinente la creación de una nueva categoría en el sistema actual de regulación de las armas. En 1991 la Asamblea General de las Naciones Unidas creó un Registro de armas convencionales universal y no discriminatorio, que abarca siete categorías de armas. La opción sería crear una octava categoría que incluiría a las empresas del sector. El principal interés de esta opción es la existencia del sistema, pero al mismo tiempo podría ser más difícil llevar a cabo una correcta monitorización, aparte de la diferencia obvia entre armas (objeto) y las empresas del sector (servicio). De todas formas, el *Proyecto de Convención Marco sobre las Transferencias Internacionales de Armas*<sup>663</sup> podría ser un buen apoyo para una convención sobre servicios militares y de seguridad. Un mecanismo para la regulación de las mismas podría estar basado en el modelo para el control de armamento que incluye un sistema de registro y otro de licencia.

---

<sup>662</sup> Estos *Principios Voluntarios* constituyen un marco de trabajo en el ámbito de la seguridad para compañías del sector extractivo, que abarca a representantes de organizaciones de Derechos Humanos, sindicatos, compañías petroleras y de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, Holanda y Noruega. En términos normativos, los *Principios* ayudan en el trazado de unos estándares internacionales que las EMSP han de cumplir, y las obligaciones respecto de los Derechos Humanos cuyo cumplimiento las compañías extractivas deberían asegurar cuando usen EMSP. Vide [www.voluntaryprinciples.org](http://www.voluntaryprinciples.org).

<sup>663</sup> La *Convención Marco* está pensada como un acuerdo legalmente vinculante que establece principios y mecanismos básicos relativos a las transferencias internacionales de armas. Se prevé que la Convención sea complementada, a su debido tiempo, por diversos protocolos que traten cuestiones concretas como la producción bajo licencia, la vigilancia del uso final y el corretaje.

Pero una propuesta que parece más adecuada sería el planteamiento alternativo de una posible Convención nueva y separada sobre las empresas multinacionales, con un capítulo especial sobre el mercado de la seguridad. Se podría hacer en colaboración con el *Representante Especial del Secretario General sobre Negocios y Derechos Humanos*. El principal interés de esta opción es que probablemente es más fácil persuadir a las empresas militares y de seguridad privada para colaborar con este tipo de regulación. Es posible imaginar una convención similar y un mecanismo de concesión de licencias y monitorización que incluya todas las empresas, en cuyo caso sería adecuado incluir un capítulo especial sobre empresas militares y de seguridad privada. La desventaja de esta opción estibaría en transformar los servicios militares y de seguridad en servicios corrientes.

Una Convención internacional nueva debería reflejar la práctica estatal de uso de las EMSP, manteniendo la ilegitimidad del mercenario criminal. Debería cubrir toda asistencia militar y de seguridad tanto directa como indirecta. Un nuevo régimen debería regular todo el apoyo proporcionado por EMSP con independencia de qué agencia gubernamental la haya contratado. Teniendo en cuenta que el conflicto moderno desdibuja las funciones de combate y apoyo. Se deberían reconocer las complejidades del conflicto moderno mediante la cobertura de cualquier actividad que contribuya a infligir daño al enemigo independientemente de la distancia respecto del campo de batalla. No se debería prohibir a las EMSP participar en estas actividades pero

requiriéndose un proceso de selección por un ente internacional para establecer su legitimidad, así como el registro y obtención de licencia.

Obviamente esta Convención debería exigir que las EMSP se adhieran específicamente a las *Leyes de la Guerra*, y que solo pudiesen trabajar para Gobiernos reconocidos, ONGs o movimientos de autodeterminación aceptados internacionalmente.

Por su parte, el *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, prosigue su trabajo con consultas con los Estados Miembros de la ONU para promover la ratificación y la adhesión más amplia posible de los Estados a la *Convención Internacional de 1989 contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*. Sin embargo, esto no es suficiente para una adecuada reglamentación de esta materia incluso teniendo en cuenta una posible enmienda de esta Convención.

En su segunda consulta regional para los países de Europa Oriental y Asia Central llevada a cabo del 17 al 18 de octubre de 2008, en Moscú, presentó también a los participantes el *Proyecto de texto de una posible convención sobre la reglamentación de las empresas militares y de seguridad privada* preparado por expertos de la Federación de Rusia, y las conclusiones de un proyecto de ley modelo elaborado por la *Wisconsin International Law Society (WILS)* de la Universidad de Wisconsin-Madison a instancias del propio Grupo de Trabajo, tras la *Conferencia sobre Contratistas Militares Privados en Latinoamérica*,

celebrada en esta Universidad en febrero de 2008<sup>664</sup>. El proyecto de esta ley modelo opta por la regulación sobre la prohibición y dirige sus esfuerzos a las EMSP en lugar de a los individuos, tratándolas como un actor legal no estatal único y diferente del mercenario individual. Se estima que un instrumento regulador de estas empresas sería más eficiente que la mera ampliación de la definición de mercenario<sup>665</sup>.

El Grupo de Trabajo entiende que un nuevo instrumento jurídico internacional basado en los principios definidos en los Informes a la Asamblea General A/63/325, párrafo 90 y A/HRC/10/14, párrafo 70, ayudaría a establecer una distinción entre las actividades que pueden realizar legalmente las empresas militares y de seguridad privada de conformidad con el Derecho Internacional y las actividades que deberían seguir siendo funciones públicas esenciales y que en ninguna circunstancia deberían ser objeto de contratación externa.

El Grupo de Trabajo divide los principios para la reglamentación en seis esferas temáticas: normas jurídicas, expedición de licencias, mecanismos de rendición de cuentas, capacitación en las esferas de investigación de antecedentes, cuestiones jurídicas y Derechos Humanos, y supervisión<sup>666</sup>. La finalidad del proyecto de Convención que ha

---

<sup>664</sup> Dicha Conferencia se denominó “The Privatization of Security and Human Rights in The Americas: Perspectives from the Global South”. La *ley modelo* resultante es la “Model Law for the Regulation of Private Military and Security Companies”, *Wisconsin International Law Journal*, 2009. La *Wisconsin International Law Society (WILS)* es una organización estudiantil de la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison. [www.havenscenter.org/privatemilitaryconference2008](http://www.havenscenter.org/privatemilitaryconference2008).

<sup>665</sup> *Vide* Gómez del Prado, J.L. y Maffai, M., “Model Law for the regulation of Private Military Companies”, 26 *Wis. Int’l L.J.* 1078, 2008-2009.

<sup>666</sup> Estos principios son:

elaborado es reafirmar y reforzar el principio de responsabilidad del Estado respecto del uso legítimo de la fuerza e identificar las funciones que, con arreglo al Derecho Internacional, son intrínsecamente públicas y no pueden ser objeto de contratación externa a entidades no estatales por razón de interés público. Se establecen mecanismos para asegurar la supervisión y la vigilancia adecuadas en el plano nacional e internacional

- 
- a) El respeto por parte de las empresas militares y de seguridad privada, en su condición de personas jurídicas, y sus empleados, en su condición de personas físicas, de las normas universales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.
  - b) El respeto por parte de las empresas militares y de seguridad privada y de sus empleados de las legislaciones nacionales de los países de origen, tránsito y operación.
  - c) El respeto por todas las partes de la soberanía de los Estados, las fronteras reconocidas internacionalmente y los derechos de los pueblos a la libre determinación.
  - d) La nula participación de las empresas militares y de seguridad privada y sus empleados en cualesquiera actividades destinadas al derrocamiento de Gobiernos o autoridades legítimamente constituidos, la modificación, en forma violenta, de las fronteras reconocidas internacionalmente, y la toma de control por extranjeros de los recursos naturales por medios violentos.
  - e) La garantía de que las empresas militares y de seguridad privada y sus empleados aplicarán únicamente métodos autorizados para la adquisición, exportación, posesión y utilización de armas.
  - f) La garantía de que se permitirá un uso de la fuerza adecuado, reglamentado y proporcional.
  - g) La moderación en el uso del armamento en general y la prohibición total de la utilización de armas de destrucción masiva o armas que provoquen exterminio o elevado número de víctimas o destrucción excesiva.
  - h) La rendición de cuentas de las empresas militares y de seguridad privada ante los Gobiernos de su país de origen y constitución y del país en el que operan.
  - i) La debida transparencia pública de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada.
  - j) Un mecanismo de registro detallado de las empresas militares y de seguridad privada.
  - k) Un mecanismo de expedición de licencias para las operaciones por contrato que realizan las empresas militares y de seguridad privada en el extranjero.
  - l) Un mecanismo de vigilancia, indagación, investigación, presentación de quejas y denuncias en relación con las actividades de las empresas militares y de seguridad privada.
  - m) Un mecanismo de sanciones que puedan aplicarse a las empresas militares y de seguridad privada en los ámbitos nacional o internacional en caso de infracciones.
  - n) Un mecanismo de autorregulación de las empresas militares y de seguridad privada que vele por el cumplimiento de los códigos de conducta del sector y permita que las asociaciones nacionales de esas empresas supervisen sus actividades. Aunque este mecanismo de autorregulación no es suficiente por sí solo, puede y debería formar parte de un sistema de reglamentación más amplio y obligatorio.

de las actividades de esas empresas así como para investigar informes de abusos y violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La finalidad es también promover la cooperación entre los Estados sobre la expedición de licencias y la reglamentación de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada para vigilar de forma más eficaz el pleno cumplimiento de las obligaciones en materia de Derechos Humanos y afrontar los problemas que se planteen.

El Grupo de Trabajo lo ha redactado en virtud del mandato recibido del Consejo de Derechos Humanos en su *Resolución* 10/11, y entiende que aun a pesar de acoger con satisfacción la *Iniciativa Suiza* en curso como un primer paso hacia la reglamentación, la supervisión y la vigilancia de las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, la autorregulación no es suficiente y debería complementarse con normativas nacionales y un instrumento internacional vinculante que estableciera un mecanismo de vigilancia internacional independiente. También está trabajando en la elaboración de una *Ley Modelo* adjunta que pueda ayudar a los países que están procediendo a elaborar una ley nacional sobre la reglamentación de las empresas del sector.

El *Documento de Montreux* no es vinculante jurídicamente y está pensado para situaciones de conflicto armado, centrándose sustancialmente en las obligaciones emanadas del Derecho Internacional Humanitario, previendo estas obligaciones solo para los Estados, recogiendo la legislación vigente que puede ser aplicable a las EMSP y

realizando las buenas prácticas de los Estados en su utilización. La Convención, en cambio, está prevista para que regule estas empresas en tiempos de paz, de guerra, en situaciones de conflicto armado, postconflicto o en situaciones de crisis humanitaria. Está más cercana a ser un instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en tiempos de paz o de guerra, sugiriéndose obligaciones para las organizaciones no gubernamentales que contratan las empresas y para las mismas empresas del sector. Sería jurídicamente vinculante, previendo un *Comité de vigilancia* de la Convención para la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de las partes en virtud de los acuerdos suscritos. Finalmente, debería estipular que las regulaciones nacionales solo pueden añadir, no quitar, derechos y obligaciones de las EMSP.

#### 4. OPCIONES PARA LA REGULACIÓN NACIONAL

Los Gobiernos que contratan los servicios de EMSP son responsables de su conducta, en particular respecto al Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos. Pero, en última instancia, son responsables de sus actividades los Gobiernos de los países desde donde operan las empresas y donde están registradas. Los Gobiernos de los países suministradores deberían asegurar que los servicios militares provistos solo se prestan a petición o con autorización del Gobierno en cuestión.

Por su parte, las empresas del sector deseosas de suministrar sus servicios en el extranjero deberían ser requeridas para la obtención de licencia para su prestación así como, en la mayoría de los casos, de una autorización del Gobierno en cuyo territorio se van a prestar. Más aún, dichos servicios deberían ser prestados únicamente a Estados y Gobiernos que estén internacionalmente reconocidos. Dicho reconocimiento estaría determinado por la política oficial del Gobierno del país que provee los servicios.

*Prima facie*, el contenido mínimo de una legislación nacional debería incluir, al menos, la definición de lo que constituye una EMSP, incluyendo una lista exhaustiva de servicios a prestar; la sujeción de su actividad, tanto en el ámbito nacional como internacional, al Derecho penal y civil nacional; la regulación de todas las etapas del proceso de gestión del contrato, incluyendo áreas tales como subcontratación o la auditoría financiera; la inclusión de requerimientos corporativos



estandarizados como el registro de la empresa, calificación del personal, archivos de actividades del personal; y la especificación del Ministerio o agencia responsable de la supervisión de las EMSP. Otras leyes aplicables a los servicios de seguridad del Estado, tales como regulación de los datos y comunicaciones, deberían también aplicarse a dichas empresas. Pero, evidentemente, esta regulación del tema va a depender de la postura adoptada por el Estado respecto al fenómeno del mercenarismo en general y de las EMSP en particular<sup>667</sup>.

Una opción sería la prohibición de la actividad privada militar en el extranjero. La principal ventaja estriba en que éste sería el modo más directo de tratar una actividad que es profundamente inaceptable para mucha gente. La participación sería ilegal a menos que se hubiese recibido una aprobación previa y fuese lícita desde el punto de vista del Derecho Internacional, lo que sería improbable para aquellos sujetos deseosos de participar directamente en un conflicto, asistir a actores no estatales ilegítimos, luchar en países que sufren embargo u otras actividades proscritas. La legislación se podría aplicar tanto a todas las actividades como a un determinado tipo como la *participación directa en combate*. Pero las desventajas son muy resaltables, comenzando por el hecho de que, probablemente, hay pocos Estados deseosos de introducir

---

<sup>667</sup> Vide UK Foreign and Commonwealth Office, Green Paper, Private Military Companies: Options for Regulation, Stationery Office, London, 2002. Este documento necesitó dos años completos para su elaboración e inmediatamente sufrió los ataques del Parlamento. Líderes del partido laborista atacaron la propuesta calificándola como *repugnante, profundamente ofensiva y una abdicación de las responsabilidades de gobierno* que el Gobierno considerara otorgar cobertura política a las EMSP. El fallo fundamental de esta propuesta estriba en que al igual que otras propuestas sobre el tema, la fundamentación teórica de las propuestas no está basada en el Derecho Internacional Humanitario. Por otra parte, intenta también regular esta industria como una unidad holística integral en contraposición a una aproximación al tema en términos de qué conductas pueden o no ser llevadas a cabo, por quién y cuándo.

una prohibición total y respetarla. La gran mayoría de los mismos argumentaría que sería contraproducente. Su imposición sería difícil ya que la actividad militar tendría lugar en el extranjero y no sería fácil reunir suficientes evidencias para el enjuiciamiento en los tribunales nacionales. Por otra parte, se plantearían problemas con las definiciones.

También hay que señalar que una prohibición general podría tener otros efectos negativos como constituir una injustificada interferencia en la libertad individual y podría también dejar a Gobiernos legítimos pero débiles sin el apoyo necesario, especialmente si la comunidad internacional es incapaz o no deseosa de proveerlo. Esto puede tener un efecto negativo no solo en la estabilidad del propio país, sino que puede afectar más extensamente a la estabilidad de la región. Finalmente, ya que los servicios son a menudo una parte inherente de las exportaciones de Defensa, una prohibición general privaría de un negocio legítimo a los exportadores nacionales de este sector.

La prohibición únicamente de la participación activa en combate plantearía cuestiones de inconsistencia ya que el entrenamiento y otras actividades pueden ser esenciales para la conducción de operaciones militares. Alternativamente, una prohibición de la prestación de servicios a los combatientes se podría aplicar a los servicios médicos, incluso a las actividades de varias organizaciones humanitarias<sup>668</sup>. ¿Se aplicaría a la provisión de servicios tales como la seguridad de infraestructura esencial de energía, suministro de agua, telecomunicaciones y transporte? Sería

---

<sup>668</sup> Sobre el uso de servicios de seguridad privados por organizaciones humanitarias, *vide*, por ejemplo, Cockayne, J., *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, *op. cit.*.

difícil determinar si la actividad militar debería ser definida para incluir actividades tales como la vigilancia de propiedades.

Otra posibilidad sería la prohibición del reclutamiento en el extranjero para actividades de seguridad y militares. La creación de legislación solo aplicable al reclutamiento en el país no sería una respuesta suficiente a los peligros existentes. Pero para la imposición de una prohibición de reclutamiento en el extranjero, el Gobierno necesitaría poderes extraterritoriales. Varias EMSP tienen el potencial de aportar una contribución positiva a la seguridad internacional. Por ello, a través de la regulación, el Gobierno debería estar esforzándose no solo en evitar los peores excesos, sino en el desarrollo de altos estándares profesionales en la industria militar privada. Una prohibición de todo reclutamiento por las empresas de este tipo para operaciones de combate armado y otras operaciones en el extranjero que son ilegales según el Derecho nacional, cualesquiera que sean las dificultades de aplicación, sería consistente con estos objetivos ya que uno de los principales propósitos de la regulación es la prevención de daños para los intereses nacionales por parte de unas EMSP sin regular.

Las ventajas son evidentes ya que la prohibición de reclutamiento y los poderes extraterritoriales para la aplicación de la prohibición evitarían varias de las dificultades para regular actividades que tienen lugar en el extranjero y podría ayudar hasta cierto punto a extender el ámbito de la regulación nacional en el extranjero, así como a proteger la reputación nacional. Aquellos que hagan publicidad para el reclutamiento

serían también susceptibles de encausamiento penal al igual que los nacionales o residentes reclutados en el país o en el extranjero.

Pero también las desventajas son evidentes y así cabe resaltar que muchas de estas empresas no tienen una plantilla fija de empleados y los tienen que contratar a través de redes de ex militares o *soldados de alquiler* en el mercado internacional. Las empresas pueden poner anuncios en *Internet* y la mayor parte del reclutamiento parece también llevarse a cabo informalmente. Mientras varias de las empresas de este tipo tienen procedimientos detallados para el reclutamiento e investigación de empleados, los procedimientos de reclutamiento irregulares e imposibles de supervisar son practicados por las situadas en el extremo desacreditado del espectro de esta industria y hacia estas empresas debería ir más directamente dirigida la regulación. A su vez, una legislación prohibitiva con efectos extraterritoriales tendría una eficacia limitada si el Estado en cuyo territorio van a actuar considera lícita esta posibilidad.

La aplicación de una prohibición completa del reclutamiento de nacionales, poseedores de pasaporte o residentes, para operaciones de combate armado y otras actividades en el extranjero, que son ilegales según el Derecho nacional, es cuestionable si éstos son reclutados en el extranjero por empresas basadas en el extranjero. Puede ser dudoso que una prohibición de reclutamiento para actividad militar en el extranjero pueda impedir que una EMSP que los haya reclutado para un conflicto, los transfiera a otra. También sería inconsistente y legalmente perjudicial

si una prohibición de reclutamiento para la participación ilegal en un conflicto armado en el extranjero se aplica para unos países y no para otros. Finalmente, cabe resaltar su eficacia limitada pues capacitaría al Gobierno para eliminar el peor tipo de intervenciones de las empresas del sector, pero ayudaría muy poco a la creación de una industria militar y de seguridad privada legítima.

Una propuesta más realista podría ser el establecimiento de un régimen de concesión de licencia para la prestación de servicios militares y de seguridad. En muchos lugares del mundo ya se están aplicando procedimientos para el otorgamiento de licencias de control de armas a nivel nacional y regional, pudiéndose extender esta práctica a la exportación de servicios militares y de seguridad. Con este programa, los individuos y las empresas tendrían que obtener una licencia para llevar a cabo contratos para la prestación de servicios militares y de seguridad en el extranjero.

La legislación definiría las actividades para las que se necesitaría licencia, que podría incluir gestión de personal, adquisición y mantenimiento de armamento, servicios de consultoría, entrenamiento, apoyo logístico, inteligencia y contrainteligencia, información, operaciones de guerra psicológica y electrónica, otro apoyo operativo así como apoyo al combate. También puede incluir servicios de prevención del crimen, aplicación de la ley y policía, guarda de personas e instalaciones, servicios de consultoría de seguridad, protección de infraestructura esencial, seguridad de transportes, envío de equipo y bienes valiosos,

provisión de servicios médicos y ayuda humanitaria en situaciones de conflicto. Un posible paso sería establecer un umbral para los contratos, de tal forma que solo aquellos por encima de un determinado valor requerirían licencia, pero se podrían dar los problemas de posible fraccionamiento que se plantean en los Estados Unidos. Los individuos o empresas solicitarían la licencia de igual forma que para la exportación de armamento y de bienes de doble uso y tendrían que cumplir los criterios establecidos para la exportación de servicios.

La licencia sería un sistema más flexible que la prohibición absoluta. El Gobierno tendría la oportunidad de considerar la naturaleza del servicio en cuestión y su contexto político, estratégico y económico. Tal como los Gobiernos someten a licencia la exportación de armamento y de bienes de naturaleza militar y de bienes de doble uso y servicios para la proliferación nuclear, biológica o química (NBQ), parece razonable que deberían también someter a licencia la exportación de servicios militares y de seguridad. Se debería incluir un sistema para que, por una parte, se otorgue licencia a las EMSP para operar, así como que garantice la capacidad del Gobierno para autorizar cada contrato que un proveedor desee asumir. La experiencia de los Estados Unidos que combina la regulación del comercio de armas y EMSP, podría ser un punto de partida. Este sistema de licencia y autorización para los servicios de las empresas de este sector podría acoger muchas de las cláusulas del *Código de Conducta en las Exportaciones de Armas* de la Unión

Europea<sup>669</sup> tales como las relativas a destinos embargados, agresión externa, Derechos Humanos y desarrollo sostenible.

Pero este régimen de concesión de licencia adolece también de importantes deficiencias o desventajas ya que un régimen regulador nacional debe ser complementado por regulación internacional y el Gobierno tendría que adoptar la misma postura tanto en el ámbito nacional como internacional. A su vez, habría problemas en su aplicación dado que la prestación de servicios que se está autorizando tendría lugar en el extranjero, lo cual haría difícil probar que los términos de la licencia no han sido respetados. Esto se podría mejorar hasta cierto punto con el establecimiento de un procedimiento adecuado de seguimiento e investigación que ayudara a decidir si se debe otorgar o no la licencia y con la inclusión de condiciones de transparencia en las licencias, incluyendo acceso a los lugares donde se prestarán los servicios.

Para hacer factible dicho sistema regulador, el Gobierno tendría que marcar unas directrices claras que contuviesen información sobre países y sectores relevantes para las actividades de estas empresas para que puedan determinar si un proyecto es o no susceptible de permiso antes de su sumisión. Más aún, el Gobierno tendría que establecer una lista de actividades a considerar especialmente para la concesión de la licencia. Sería necesaria una evaluación constante de esta lista para asegurar que permanece actualizada, y teniendo en cuenta que las circunstancias estratégicas, políticas o económicas bajo las cuales se

---

<sup>669</sup> El Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el 8 de junio de 1998 un Código de Conducta en el que se recogen una serie de criterios aplicables en la exportación de armas a terceros países.

concedió la licencia pueden cambiar, sería muy complicado establecer cuándo debería reexaminarse la misma. Además, la regulación supondría una carga administrativa y financiera tanto para el Gobierno como para el sector privado y la lentitud administrativa en la concesión sería un problema. Esto puede ser una desventaja tanto para las EMSP como para sus clientes, por lo que el Gobierno debería establecer un régimen de licencia que permita a las EMSP operar con la suficiente rapidez, sin comprometer la efectividad del proceso. Dado que la rapidez y flexibilidad son atributos esenciales de este sector, los mismos no deberían verse comprometidos por el establecimiento de un sistema regulador. El Gobierno tendría que considerar priorizar los proyectos de acuerdo con su sensibilidad temporal, y establecer un procedimiento rápido para cuestiones como la renovación de una licencia. La autoridad reguladora debería asumir un tiempo máximo para su aprobación o denegación y otorgar un plazo similar para apelar.

Un régimen de licencia podría colocar a los exportadores nacionales de Defensa en una posición de desventaja competitiva. Esto podría superarse asegurando su concesión para la exportación de armamento incluida la prestación de servicios asociados como el mantenimiento o entrenamiento. O podría haber una *licencia general abierta* permitiendo a las empresas la prestación de servicios de apoyo para material producido en el país que ha sido exportado bajo licencia. La confidencialidad de la información comercial y, a veces, incluso la seguridad militar será un tema sensible. Los Gobiernos extranjeros que las contraten serían a veces poco proclives a dar publicidad a una tercera



parte respecto de los detalles de un contrato que afecte a su seguridad nacional. A esto se debe añadir que las empresas de este tipo no deseosas de sujeción a este régimen podrían trasladar sus operaciones a otro país pues pueden tener mucha movilidad, con pocos activos fijos o personal permanente, y así pueden desplazarse de una forma relativamente fácil de una jurisdicción a otra, aunque esto posiblemente las marcaría como no muy respetables. Además, el Gobierno tendría que integrar su tratamiento de las actividades de las EMSP en el extranjero y las que tengan lugar en el país.

También se podría optar, simplemente, por un sistema de registro y notificación. En la actualidad, no existe ningún registro internacional de empresas militares y de seguridad privada. Se puede establecer un registro nacional de ese tipo que podría basarse en experiencias como la del *Registro de Armas Convencionales* de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la *Resolución 46/36 L* de la Asamblea General. El *Registro de Armas convencionales* ha estado en funcionamiento desde 1992, consignando el grueso del comercio mundial de armas en las categorías de armas convencionales que incluye.

Muchos Gobiernos no poseen información sistematizada sobre las empresas militares y de seguridad inscritas en su territorio ni saben qué empresas con sede en su territorio están constituidas o registradas en el extranjero, algunas veces en zonas extraterritoriales<sup>670</sup>. Deberían

---

<sup>670</sup> Muchas veces la elección de la sede responde a una táctica de “escapismo legal”, también conocida como “Charter Shopping”, buscando sedes de prestigio que les permitan vender el producto de la legitimidad, pero con legislaciones flexibles tanto respecto a conducta del personal como a ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y

considerar la posibilidad de establecer un registro separado para las empresas militares y de seguridad privada en el que se exija cierta información detallada y deberían prohibir en sus legislaciones nacionales la constitución o el registro de empresas militares y de seguridad privada en zonas extraterritoriales de *transparencia mínima*. Las empresas que deseen aceptar contratos para la provisión de servicios militares o de seguridad en el extranjero tendrían que inscribirse en un registro público y notificar al Gobierno los contratos a los que están optando. En el caso de que el Gobierno percibiese un peligro para los intereses nacionales, retendría el poder de evitar que la empresa aceptara el contrato.

La carga para las empresas sería mínima y se incrementaría el conocimiento del sector por parte del Gobierno, el cual podría usar el marco regulador para tratar de una forma proactiva los posibles problemas que apareciesen en relación con las EMSP, existiendo a su vez una garantía de licencias *automáticas* para proyectos provistos a y llevados a cabo bajo los auspicios de organizaciones respetables de las que el país es miembro, tales como la Unión Europea, OTAN, ONU u OSCE. Podrían justificarse porque no parece que pudieran comprometer la seguridad nacional en ningún sentido las EMSP que han sido investigadas bajo el marco general gubernamental para la concesión de

---

capacidad de supervisión de las autoridades públicas sobre el escenario de prestación del servicio. Güell Peris, S., Contextualización de las empresas militares y de seguridad privadas en el marco del Derecho Internacional Humanitario, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas*, op. colectiva, J.M. Bosch, 2009, pág. 222. Vide también la entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (editor en jefe de la *International Review of the Red Cross*), *International Review of the Red Cross*, Londres, 17 de octubre de 2006, vol. 88, nº 863, septiembre 2006.

licencias y que estuvieran proveyendo servicios a Organizaciones Intergubernamentales o a agencias nacionales del Gobierno<sup>671</sup>.

El Gobierno podría establecer una lista negra de Estados respecto a los cuales la exportación de servicios militares estaría automáticamente prohibida. A su vez, se podrían aplicar excepciones al procedimiento normal de otorgamiento de licencias en el caso de contratos para servicios no contenciosos tales como la provisión de equipo médico para zonas en conflicto. Esto ahorraría tiempo, capacidad administrativa, y, por tanto, posibilitaría un control más riguroso de las propuestas para contratos controvertidos.

Pero esta opción no deja de ser esencialmente un régimen diluido de licencia en el que la misma es otorgada automáticamente a menos que el Gobierno la deniegue. Este sistema está sujeto a varias de las dificultades con las que se enfrenta el sistema de otorgamiento de licencia, tales como la dificultad de aplicación de la legalidad, circunstancias cambiantes, asuntos confidenciales y evasión. Tan solo los riesgos de retraso serían menores y el coste más bajo. Ya que las empresas militares y de seguridad privada solo tienen que inscribirse en un registro público y notificar al Gobierno cada contrato, podrían percibir este sistema como una carta blanca para operar en el extranjero. Un sistema de concesión de licencia menos explícito como éste otorgaría

---

<sup>671</sup> En los Estados Unidos, los contratos con países de la OTAN y Suecia no requieren análisis antes de la concesión de licencia para la exportación de armas o de servicios armados. Los países sometidos a embargo son automáticamente rechazados. Hay también una presunción de denegación para la provisión de servicios militares que podrían llevar a un resultado letal.

poco beneficio en cuanto al establecimiento de una industria militar con buena reputación. Lo que la mayoría de las empresas requieren es una guía clara desde el sistema regulador respecto a los servicios que se pueden prestar en el extranjero.

Otra opción sería una licencia general para las EMSP, en lugar de emitir licencia para contratos específicos. El Gobierno podría autorizar a la propia empresa para llevar a cabo determinadas actividades en una lista específica de países. Un registro de acceso público de empresas del sector tendría que ser creado para proveer escrutinio público de sus actividades así como para el establecimiento de los estándares que deberían cumplir. Esto permitiría establecer unos requisitos que las empresas deberían cumplir como, por ejemplo, no emplear individuos con antecedentes penales o ex militares dados de baja de forma deshonrosa. El Gobierno tan solo debería comprobar el proyecto específico y no a la empresa en sí, con lo que se gana flexibilidad.

Un registro general facilitaría el desarrollo de un sector militar privado responsable mediante la recompensa a las empresas que pudieran demostrar altos estándares profesionales, nivel de transparencia, reclutamiento adecuado de personal y entrenamiento. Proveería un incentivo significativo a las empresas para ser transparentes y mantener altos estándares profesionales ya que el fracaso en conseguir registrarse constituiría una clara prueba de sus verdaderas credenciales. Esto entonces ayudaría a advertir a los potenciales clientes como los Gobiernos extranjeros, organizaciones internacionales, organizaciones no

gubernamentales o corporaciones privadas contra su contratación. Podría ser empleado como una alternativa a la licencia para contratos individuales de servicios, más creíble quizás, como una medida adicional de un régimen de otorgamiento de licencia o una parte integral.

La licencia general como una medida adicional es la práctica en los Estados Unidos. El procedimiento a través del cual las EMSP deberían solicitar que se les permitiera operar nacionalmente y en el extranjero debería incluir una investigación de la solicitante en relación con su propiedad, estructura de gestión y financiera, intereses comerciales, política de reclutamiento, entrenamiento, calificación y experiencia del personal de la misma; incluyendo la verificación de la inexistencia de antecedentes por delitos o violaciones de los Derechos Humanos.

Como contrapartida negativa, se podría resaltar que existe la posibilidad de juicio erróneo de una EMSP que podría poner al Gobierno en una posición delicada al otorgar credibilidad a empresas de cuyas operaciones se supiera poco o cuya condición pudiera mutar. Dicho sistema proveería poca protección para el interés general y necesitaría ser complementado con alguna de las otras opciones. Se necesita también establecer métodos para la monitorización y regulación, incluyendo el re-análisis de las empresas, siendo requeridas para volver a presentar regularmente una petición para la renovación de licencia. Por otra parte, es probablemente poco realista requerir a las empresas para que registren los nombres de todos sus empleados. Lo que sí sería aplicable es la introducción de procedimientos de control que demuestren

al Gobierno que están tomando las medidas apropiadas respecto al personal que contratan. Estos procedimientos serían un requisito para la obtención de una licencia.

Posiblemente, una aproximación más productiva que distinguir entre categorías aceptables e inaceptables de EMSP sería distinguir entre actividades aceptables e inaceptables. Algunas actividades podrían ser prohibidas bajo cualquier circunstancia, otras, a causa de su naturaleza peligrosa y potencialmente violenta, necesitarían ser reguladas claramente. La claridad sobre cuáles están permitidas y cuáles prohibidas es esencial para cualquier medida legislativa<sup>672</sup>.

Hay actividades que claramente deben ser proscritas, sin embargo, hay problemas con otras. La definición de las actividades que pueden llevar a un resultado letal, y del punto en el cual una empresa del sector llega a estar directamente implicada en las hostilidades es francamente complicada<sup>673</sup>. Establecer una prohibición de participación directa en las hostilidades puede ser más complicado por el hecho de que las EMSP son a veces contratadas por Estados para entrenar nacionales para las

---

<sup>672</sup> Se proponen las siguientes siete actividades que deberían estar prohibidas por ser contrarias al Derecho Internacional en función de su ilicitud o de su pertenencia al núcleo esencial de funciones estatales:

- Participación directa en las hostilidades.
- Uso, reclutamiento, financiación y entrenamiento de mercenarios.
- Actividades que puedan llevar a un resultado letal.
- Asistencia a Gobiernos que no estén reconocidos internacionalmente, actores armados no estatales ilegítimos o fuerzas irregulares.
- Actos que puedan llevar a violaciones de los Derechos Humanos o represión interna.
- Saqueo y otras actividades económicas ilegales tales como la extracción mineral.
- Tráfico de armas no autorizado

<sup>673</sup> El *Green Paper* británico cita a Tim Spicer, quien habla de la complejidad de una situación en la que una empresa de seguridad...provee guardas armados para una instalación estratégica, como una planta petrolífera, propiedad del Gobierno local y de una empresa petrolera internacional, en un país donde hay un conflicto con un movimiento rebelde. Si los guardas protegen la instalación con sus armas contra los rebeldes ¿están luchando para el Gobierno y por ello apoyando el esfuerzo de guerra?

Fuerzas Armadas. Trazar la línea entre entrenamiento para el planeamiento militar y el planeamiento en sí sería difícil<sup>674</sup>.

De todas formas, la regulación nacional por sí sola por muy estricta y bien diseñada que esté, no puede abarcar toda la actividad y personal de las EMSP. Estas empresas a menudo operan fuera de los Estados en los que se han creado, reclutan personal de terceros países que pueden estar fuera del alcance de la regulación nacional de los Estados de creación de las mismas<sup>675</sup>. Más aún, si no hay un acuerdo internacional, se puede producir una creación masiva de estas empresas en los Estados con una regulación más laxa<sup>676</sup>.

Dejar el problema simplemente a la regulación nacional ha fracasado en el control de las verdaderas corporaciones multinacionales. Solo a través de un régimen regulador internacional se puede tratar este problema global<sup>677</sup>. Desde un punto de vista ideal, los regímenes reguladores nacionales deberían estar coordinados con los de países similares, si no en el sentido práctico (inter-operacional), al menos en términos de consistencia general de estándares y terminología. Las organizaciones regionales como la Unión Europea y la Unión Africana,

---

<sup>674</sup> La empresa estadounidense *MPRI*, por ejemplo, estuvo involucrada en la sofisticada *Operación Storm* por la que la región de la Krajina fue recuperada a los serbios en 1995, lo que dio un vuelco total a la guerra, y tras ello, en el rearme y entrenamiento de las Fuerzas Armadas bosnias. Ambas misiones de *consulting* hicieron posible el vuelco decisivo del equilibrio militar sin necesidad del debate político nacional e internacional que hubieran provocado intervenciones directas.

<sup>675</sup> Gaston, E. L., "Mercenarism 2.0? The rise of the Modern Private Security Industry and Its Implication for International Humanitarian Law Enforcement", *op. cit.*, pág. 241.

<sup>676</sup> Mehra, A., "Bridging Accountability Gaps – The Proliferation of Private Military and Security Companies and Ensuring Accountability for Human Rights Violations", *22 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 323, 2009-2010.

<sup>677</sup> Scheimer, M., "Separating Private Military Companies from Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support that Reflects Customary International Law", *24 Am. U. Int'l L. Rev.* 609, 2008-2009.

podrían jugar un papel clave en la coordinación nacional. En lo que respecta a los países que no poseen regulación sobre el tema, deberían proceder a su regulación sin esperar a la promulgación de normativa internacional. Por otra parte, las legislaciones nacionales pueden también imponer estándares legales mediante la introducción de condiciones respecto a los contratos gubernamentales a los efectos de que las EMSP sean consideradas sujetos de las *Convenciones de Ginebra y Protocolos Adicionales*, facilitando así su control judicial sobre la base de las violaciones de dichas *Convenciones*. De todas formas, es preciso señalar que un requisito contractual unilateral de adherencia a las *Convenciones de Ginebra* no les daría probablemente derecho a las protecciones del prisionero de guerra fuera de la jurisdicción del Estado de la EMSP.



## CONCLUSIONES

*Los mercenarios y tropas auxiliares son inútiles y peligrosos; y si uno sostiene su Estado basado en estas armas, no permanecerá ni firme ni a salvo.*

*El Príncipe*

Maquiavelo

El concepto de combatiente ha sido uno de los conceptos que más ha evolucionado en el Derecho Internacional Humanitario. En el *Convenio de Ginebra de 1907* se consideraba combatientes a aquellos que participaban en las hostilidades, siempre que cumplieran los requisitos de tener un jefe, portar un signo distintivo, llevar armas a la vista y respetar las leyes y usos de la guerra. En los *Convenios de Ginebra de 1949*, se extiende la aplicación del estatuto de combatiente, entre otros, a los miembros de la resistencia. El último desarrollo del concepto vino de la mano del *Protocolo Adicional I*, al otorgar el estatuto de combatiente a todos los que participen en las hostilidades, siempre que por ellos se cumpla el requisito individual de llevar armas a la vista durante las hostilidades y en los despliegues previos y los colectivos de tener un jefe y respetar los usos y costumbres de la guerra.

Pero este proceso de ampliación del concepto de combatiente y, consecuentemente, de la aplicación del estatuto inherente al mismo, no ha afectado a la figura del mercenario. La recluta de mercenarios en los Ejércitos, es una práctica seguramente tan antigua como la propia existencia de la guerra. Su uso sufrió un significativo incremento durante

los conflictos armados en el ámbito del proceso descolonizador de los años sesenta del siglo XX, al ponerse al servicio de restauradores del antiguo poder colonial sobre todo en África. En la actualidad, sigue existiendo como guerrero a sueldo individual, pero ha sido desplazado de forma casi absoluta por una nueva figura, la empresa militar y de seguridad privada. Ya en el siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, empezaron a surgir empresas militares y de seguridad privadas, pero es desde el desmoronamiento de la Unión Soviética cuando su número y uso se ha multiplicado exponencialmente. Se han estudiado los factores que han facilitado su aparición y éxito, unos de carácter político, triunfo generalizado del liberalismo más radical acompañado de una ola privatizadora, a la par que el intento de evitar responsabilidades políticas mediante el uso de estas corporaciones en lugar de las Fuerzas Armadas nacionales; otros de carácter económico, el mantra perenne de la eficiencia de la iniciativa privada frente a la actividad pública; otros de eficiencia militar. Pero muchos de estos factores no pueden ser contrastados debidamente en la práctica debido a la deficiente, o directamente inexistente regulación de estas corporaciones transnacionales, que actúan en muchas ocasiones en un limbo jurídico que impide tanto comprobar la eficiencia operativa y económica de su actuación como la exigencia de responsabilidades en caso de comisión de algún hecho delictivo.

En puridad, sería inconsistente hablar estrictamente de una falta de regulación respecto de las empresas de este sector, sino que hay que

afirmar que lo que realmente falta es voluntad política<sup>678</sup> y, seguramente como consecuencia, mecanismos reguladores adecuados que contengan unos estándares comunes para las obligaciones y deberes de estas empresas, incluyendo la articulación de deberes en los contextos operacionales; un sistema efectivo de examen de las empresas; requisitos para la concesión de licencia y de entrenamiento para las EMSP y contratistas que operan en el extranjero; un sistema adecuado de supervisión e investigación y, finalmente, mecanismos efectivos de aplicación para exigir responsabilidad de aquellas personas y entidades que violen Derechos Humanos u obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Humanitario.

El respeto de los estándares humanitarios internacionales por parte de las EMSP beneficia los intereses de los Estados que las contratan, de los Estados donde operan y de los ciudadanos que pueden verse afectados por su actuación. Por ello, se debe reformar la normativa actual precisamente para favorecer su regulación adecuada. Más aún, la continuación de la prohibición del mercenarismo crea una serie de lagunas legales que hacen prácticamente imposible la regulación de las EMSP<sup>679</sup>.

Tras el análisis efectuado, es necesario proceder a la elaboración de una propuesta que pueda resultar adecuada para la regulación de estas corporaciones. Esta regulación se debe asentar sobre cuatro pilares básicos. En primer lugar, la responsabilidad fundamental de los Estados

---

<sup>678</sup> Vide en este sentido, Human Rights First, *Private Security Contractors at War. Ending the Culture of Impunity*, 2008, págs. 30-31.

<sup>679</sup> Riley, J. y Gambone, M., "Men with guns", *op. cit.*.

en la implementación efectiva de los estándares de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Por otra parte, la necesidad de complementar, no suplantar, la regulación estatal. En tercer lugar, la necesidad de añadir valor para otros interesados incluyendo a la propia industria y la sociedad civil; y, finalmente, la necesidad de usar incentivos adecuados para influir en la conducta de los accionistas de esa industria, que incluyan pero a la vez vayan más allá de las fuerzas del mercado.

Los actores de los conflictos armados deberían ser tratados de forma indiferenciada en el campo de batalla. La regulación es posible si la legislación está bien elaborada, se establecen mecanismos de responsabilidad y los actores tienen los mismos incentivos tanto para cumplir la legislación como para sancionar a aquellos que no lo hagan. A este fin, un régimen regulador debería estar organizado alrededor de los siguientes principios:

- a) Un combatiente legal es un miembro de las Fuerzas Armadas del país, un agente de un Gobierno o un agente contratado por un Gobierno o una organización no gubernamental.
- b) Los participantes en combate tienen un mismo estatuto legal. La legislación de los conflictos armados es aplicable a todos los participantes en el mismo.
- c) El país contratante o actor no gubernamental está obligado a verificar que los empleados contratados cumplen el Derecho Internacional Humanitario, informan de las violaciones y sancionan a los transgresores.

El primer principio define la responsabilidad como una función de la relación entre el actor contratante y la EMSP; siendo el contrato el medio de establecer la responsabilidad. El segundo principio sugiere que el tipo de empleo (v.g. empleados públicos vs privados), las motivaciones (v.g. patriotismo o búsqueda de provecho), nacionalidad (v.g. luchador nacional

o extranjero), y misión (v.g. proyección de la fuerza o entrenamiento) no tiene relación alguna con la legalidad del combatiente. Al incorporar a las EMSP dentro del marco regulador de todos los combatientes legales, se preserva la inviolable distinción entre civil y combatiente. Finalmente, el tercer principio trata de las obligaciones que un Gobierno u Organización no Gubernamental asume al emplear a EMSP, clarificando el nivel de responsabilidad estatal. Los Estados son libres de hacer uso de fuerzas militares privadas siempre que les exija los mismos estándares que al Ejército.

En suma, bajo estos principios una fuerza militar privada estaría operando legalmente si estuviese empleada por un Estado o una organización no gubernamental autorizada, cumpliera con los estándares del Derecho Internacional Humanitario, y la parte contratante supervisase a la EMSP, informando de cualquier violación, y estableciendo sanciones cuando fuese apropiado.

Pero lo primero que se debe clarificar es en qué casos pueden tener lugar las actividades de las empresas militares y de seguridad privada, esto es, tratar el tema de la admisibilidad de la Parte Contratante de las mismas. En—segundo lugar, hay que ver qué funciones o actividades se pueden catalogar como inherentemente gubernamentales y, por ello, no susceptibles de externalización a una entidad privada.

En lo que respecta al primer punto, las actividades de estas empresas solo deberían poder tener lugar si el Estado Contratante o la Parte Contratante en el país territorial cumplen estrictamente con una

serie de principios relativos a la observancia del Derecho Internacional en el campo de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y estándares democráticos internacionales. En este sentido, las actividades de las EMSP pueden tener lugar tan solo si puede probarse que dichas actividades no serán usadas por el Estado Contratante o por la Parte Contratante en el país territorial para llevar a cabo violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que constituyan crímenes según el Derecho Internacional tales como genocidio o crímenes contra la humanidad, tortura, desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias...

Por otra parte, dichas actividades solo tendrán lugar si el Estado Contratante o la Parte Contratante en el país territorial, investiga de forma efectiva e imparcial las violaciones que se puedan producir y actúa, en su caso, contra los presuntos culpables de acuerdo con el Derecho nacional e internacional; coopera con los tribunales internacionales; crea entes imparciales e independientes para garantizar la supervisión de los Derechos Humanos y no interfiere con las actividades de las organizaciones nacionales e internacionales de Derechos humanos y humanitarias; si durante los conflictos o crisis humanitarias admite de forma regular la actividad de las organizaciones no gubernamentales, incluyendo a la Cruz Roja, respecto a las personas detenidas y encarceladas; tiene instituciones civiles que definan las políticas de seguridad nacional y supervisen los gastos militares y paramilitares; se somete a embargo internacional y otras sanciones militares por las

Naciones Unidas u Organización Regional de la que el citado Estado sea miembro.

Finalmente, las actividades de las EMSP pueden tener lugar solo si el Estado Contratante o la Parte Contratante en el país territorial no participan en conflicto alguno en la región si la ONU no reconoció sus acciones como autodefensa en aplicación del artículo 51 de la *Carta* de la misma; acepta el derecho de otras naciones reconocido por las Naciones Unidas a existir dentro de las fronteras reconocidas y consiente en someter las disputas territoriales a arbitraje de una tercera parte; acata los acuerdos de alto el fuego; y ha ratificado los tratados y convenciones internacionales de lucha contra el terrorismo.

Un corolario al monopolio estatal del uso de la fuerza es la determinación de cómo se debería permitir a los actores privados la provisión de servicios militares y de seguridad, o, en otras palabras, qué tareas podrían desarrollar y en qué contextos. Una aproximación es usar la legislación sobre Derechos Humanos como guía, prohibiendo la privatización de aquellas tareas que puedan tener un impacto más directo sobre el disfrute de los mismos. Esto se correlacionaría de algún modo con las interpretaciones actuales, incluyendo las investigaciones penales y el combate armado.

El mercado para la asistencia y entrenamiento militar es global y el marco legal establecido para regular los actores públicos no ha sido suficientemente adaptado para regular de forma efectiva sus sustitutos privados. Es necesario trabajar para la consecución de una estructura

normativa internacional que incremente la transparencia y rendición de cuentas y que promueva la estabilidad, el imperio de la ley y el respeto de los Derechos Humanos. Un ente internacional, quizás en las propias Naciones Unidas, sería un mecanismo a través del cual la comunidad internacional podría alentar la regulación así como la autorregulación de las EMSP. Dicha estructura podría también abrir la posibilidad de un diálogo sobre si, y, en su caso, cómo, estas empresas deberían ser empleadas por organizaciones no gubernamentales o incluso la ONU, para determinadas tareas, tales como la seguridad o entrenamiento de las fuerzas de la ONU en emergencias complejas.

Los políticos tienen que evaluar las implicaciones económicas y políticas de la privatización de las actividades militares. Si deciden que estas empresas tienen que desempeñar un rol importante, se ha de asegurar el cumplimiento de las normas de Derecho Internacional y de Derechos Humanos. Un informe de la *Government Accountability Office (GAO)* estadounidense ha señalado la falta de control de las mismas. Ningún sistema centralizado ha sido capaz de seguir los numerosos contratos de externalización celebrados por las agencias americanas. La reglamentación internacional permanece totalmente inadaptada a la lucha contra los efectos negativos derivados del fenómeno de las corporaciones militares y de seguridad privada y a pesar de la existencia de un control de la venta de servicios militares en los Estados Unidos y otros países, las prácticas actuales logran contornear estas legislaciones.



Resumiendo, se puede concluir que la creciente privatización de los asuntos militares ha provocado el planteamiento de grandes dilemas<sup>680</sup>, pero la base del problema estriba en la falta de una legislación adecuada que regule la existencia de las empresas militares y de seguridad privada, sus requisitos, actividades a desarrollar, control y responsabilidad por la eventual comisión de actos ilegales. Para ello son necesarias unas directrices básicas que, por una parte, reafirmen y, cuando sea necesario, clarifiquen las obligaciones de los Estados respecto a la protección de los Derechos Humanos, obligaciones que no se pueden delegar junto con las funciones que externalicen para su ejecución por empresas militares y de seguridad privada. Los Estados deben respetar y proteger los Derechos Humanos, debiendo implementar medidas para asegurar que no se usen estas empresas de forma que se menoscaben los mismos, estableciendo un adecuado control sobre éstas y un sistema de sanción en caso de violación de la legislación vigente, junto con la garantía de acceso de los afectados a las instancias judiciales adecuadas para su resarcimiento.

Todo ello se debe asegurar permitiendo a su vez la viabilidad económica de las empresas, para lo cual las directrices deberían establecer propuestas sobre cómo implementar las obligaciones a través de la autorregulación y el Derecho nacional e internacional, dando lugar a la correspondiente legislación contractual, regímenes de licencia o exportación y un sistema de control adecuados. Ningún régimen legal por

---

<sup>680</sup> *Vide* en este punto Singer, P.W., "The Private Military Industry and Iraq: What have we Learned and Where to Next?" *op. cit.*.

sí solo sería capaz de tratar todos los temas y asegurar su adecuada regulación y control, por lo que se establecen una serie de opciones para la regulación, siendo en la mayoría de ocasiones, complementarias entre sí.

Hay que tener en cuenta que, como principio, la legislación internacional relativa a Derechos Humanos vincula solo a los Estados<sup>681</sup>, estando éstos obligados a implementarla e imponerla en el ámbito nacional disponiendo la adecuada legislación e imponiéndola a través de los órganos administrativos y judiciales. Se debería no solo requerir a los Estados que aseguren el cumplimiento por parte de estas empresas de la legislación sobre Derechos Humanos aplicable a los actores gubernamentales sino también dirigirse directamente a las empresas (como hace, por ejemplo, el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas*) e incluso incluir provisiones relativas a Organizaciones Internacionales tales como las Naciones Unidas y la OTAN<sup>682</sup>.

Los Estados deben tanto respetar como asegurar el respeto hacia los Derechos Humanos, por lo que son responsables de las violaciones de los mismos cometidas no solo por órganos estatales sino también por entidades privadas cuya conducta sea atribuible a los mismos, lo cual podrá ocurrir cuando la EMSP sea *de facto* un órgano del Estado, es

---

<sup>681</sup> Esta afirmación es controvertida pero cierta de *lege data*. Para una posición diferente, *vide*, por ejemplo, Clapham, A., "Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations", *op. cit.*

<sup>682</sup> Una forma de hacer que los Derechos Humanos sean vinculantes para las compañías militares privadas es mediante su caracterización como agentes del Estado; otra, es hacer constar expresamente en los contratos suscritos con estas compañías las obligaciones relativas a los mismos; finalmente, otra manera sería hacer constar estas obligaciones no ya en los contratos en sí sino en el mecanismo regulador o de licencia bajo el cual estas empresas son creadas y operativas. *Vide* Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, *op. cit.*, págs. 299-310.

decir, cuando ejerza elementos de la autoridad gubernamental, cuando actúe bajo las instrucciones o control del Estado, cuando ejerza elementos de autoridad gubernamental en ausencia o defecto de autoridades oficiales o cuando dicha conducta es conocida y adoptada por un Estado como propia<sup>683</sup>.

El concepto de qué es inherentemente gubernamental es fluido, lo cual es otro aspecto de la responsabilidad estatal que unas directrices adecuadas podrían intentar clarificar en el contexto de las provisiones relativas a las obligaciones estatales en la materia. En lo que respecta al aseguramiento del respeto de los Derechos Humanos, los Estados deben tomar medidas para la protección de las personas en su jurisdicción respecto de las acciones de actores no estatales que violen los mismos. Si han fallado en el ejercicio de la diligencia debida en este sentido, serán responsables bajo el Derecho de los Derechos Humanos de las violaciones de los mismos cometidas por las empresas militares y de seguridad privada.

De modo específico, los Estados están obligados a regular las actividades que podrían ser perjudiciales para los Derechos Humanos. Pero las obligaciones al respecto no son las mismas si hablamos del Estado territorial, del Estado de origen o del Estado contratante, debido a los diferentes vínculos jurisdiccionales entre el Estado y los individuos potencialmente afectados. Los Estados están obligados a respetar y asegurar los Derechos Humanos de las personas en el ámbito de la

---

<sup>683</sup> *Vide* en este punto el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados* de la Comisión de Derecho Internacional, especialmente los artículos 4, 5, 8, 9 y 11.

jurisdicción o del poder o control del Estado, incluso si no están situadas dentro de su territorio<sup>684</sup>. Un primer paso básico es, sin lugar a dudas, la necesidad de que los Gobiernos rescindan todos los acuerdos existentes que confieren inmunidad judicial a estas empresas en caso de delitos penales y violaciones de los Derechos Humanos.

Se debe partir de la absoluta necesidad de un control nacional, pues, en caso contrario, el uso de estas empresas puede llegar a ser realmente problemático, especialmente cuando haya contactos entre sus empleados y la población civil. En todo caso, el punto de partida debe ser la prohibición clara y taxativa de la participación directa en el combate pues este tipo de actividad no es un servicio militar y de seguridad sino una actividad mercenaria. A su vez, es necesario crear diferentes niveles (nacional, regional e internacional) de control, concesión de licencias y monitorización.

El problema estriba en la falta de consenso sobre cómo avanzar, la incapacidad para definir la industria de forma consensuada, la falta total de claridad sobre cómo tratar los problemas que van surgiendo, y, sobre todo, la demostrada falta de interés y voluntad política para controlar apropiadamente las actividades de las empresas del sector. La ampliación de la legislación y de la regulación son temas que deben ser aprobados en buena parte con el apoyo del Estado o directamente a través de los Estados. Cualquier acción que se lleve a cabo en última instancia requiere

---

<sup>684</sup> Comentario General 31. Naturaleza de la Obligación Legal General de los Estados Parte del Convenio, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), par. 10; ICJ, Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio de la Palestina Ocupada, Opinión Consultiva, 9 julio de 2004, par. 109.

una amplia gama de medidas en los niveles nacional e internacional para solventar los muchos vacíos que hay en las respuestas existentes.

Desde el punto de vista internacional, una posible convención sobre los servicios militares y de seguridad privada debería incluir diferentes elementos; en primer lugar, unos estándares básicos para los Estados y las corporaciones militares y de seguridad privada, y, segundo, un mecanismo para el registro, concesión de licencias y monitorización de las actividades de éstas últimas. Finalmente, la convención puede incluir una serie de mecanismos de exigencia de responsabilidad. Se deben establecer unos criterios básicos para los Estados y las compañías militares y de seguridad privada, para lo cual la *Iniciativa Suiza* puede proveer una buena base<sup>685</sup>.

El proceso ilustrado que llevó a los Estados soberanos a convencerse de la necesidad de establecer Ejércitos permanentes y autosuficientes, leales y disuasorios, está revirtiendo a una privatización de servicios ligados a la Defensa que, en casos extremos, llega al mismo uso de la fuerza armada. La corporación militar y de seguridad privada es la consecuencia de la aparición de un tipo nuevo de conflictos y de la naturaleza de las nuevas misiones de los Ejércitos, menos ligadas a la Defensa nacional y más al ejercicio de funciones de seguridad en conflictos internacionales ajenos a los intereses nacionales *stricto sensu*

---

<sup>685</sup> Esta *Iniciativa* goza del apoyo de los siguientes países: Afganistán, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Francia, Alemania, Irak, Polonia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Ucrania, Reino Unido y Estados Unidos. Se han ido adhiriendo posteriormente, Macedonia, Ecuador, Albania, Holanda, Bosnia Herzegovina, Grecia, Portugal, Chile, Uruguay, Liechtenstein, Qatar, Jordania, España, Italia, Uganda, Chipre y Georgia. Para ver lista de Estados participantes, Departamento Federal de Asuntos Exteriores. Gobierno de Suiza.  
[www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html](http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html)

(operaciones de mantenimiento de la paz y similares)<sup>686</sup>. Pero también, y no en menor medida, del debilitamiento de los Estados en la escena internacional.

Este fenómeno parece irreversible<sup>687</sup> y habida cuenta del carácter lucrativo de este sector, que opera en conflictos armados, situaciones de post conflicto y zonas problemáticas donde realizan actividades empresas transnacionales de la industria extractiva, es probable que el fenómeno aumente, se diversifique y se haga extensivo a más países<sup>688</sup>.

En consecuencia, un debate de orden abolicionista resultaría completamente estéril y lo que sí es de imperiosa necesidad es la regulación adecuada de las actividades de estas empresas y hacerlas responsables jurídicamente por sus actos tanto a ellas en función de su carácter de personas jurídicas, como a los individuos empleados por las mismas que cometan actos delictivos y a los Gobiernos y Organizaciones que las contratan o permiten que operen, según el caso. La externalización de la violencia desempeñará un papel determinante en los conflictos que se multiplicarán en las fronteras de la globalización, siendo Irak y Afganistán un campo de pruebas ideal para probar mejor los efectos de la externalización antes de sistematizarla. En vista de la

---

<sup>686</sup> Laguna Sanquirico, F., "Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la defensa", en *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas, op. cit.*, págs. 42-43.

<sup>687</sup> El propio Grupo de Trabajo sobre el tema de los mercenarios ha asumido esta realidad y la imposibilidad de frenar el recurso a las EMSP tal como plasma en su *Proyecto de posible Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)*.

<sup>688</sup> Es probable que si no se modifica la tendencia creciente de la propagación de conflictos asimétricos, y decreciente de conflictos tradicionales, este tipo de empresas cobre aún más relevancia en el futuro.

complejidad y las implicaciones de la materia, es mejor no tener prisa para alcanzar conclusiones definitivas.

El hecho a destacar es que hay en la actualidad un tipo de empresa que ofrece servicios completos de seguridad en el mercado libre y globalizado que han sido hasta ahora responsabilidad exclusiva del sistema de seguridad interno de cada Estado. La soberanía continua siendo ejercida por el Estado, pero esto podría ser peligroso y desestabilizador para el mismo al asumir la responsabilidad por cualquier abuso que las EMSP pudieran cometer contra la población civil, bien por la persecución y eliminación de representantes de la oposición política, bien por la violación de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En varias situaciones que teóricamente no pueden ser excluidas, estas empresas privadas se aprovechan de sus relaciones con las compañías petroleras, mineras, químicas... para establecer, mediante el uso de sus recursos militares, la hegemonía política, económica y financiera de sus socios comerciales.

La práctica de los Estados e incluso de las Organizaciones Internacionales reconoce que las empresas militares y de seguridad privada son actores que juegan un papel relevante en la seguridad internacional. Pueden llegar a ser consideradas *cuasi agentes* del Estado y deben estar sujetas a ciertos derechos y obligaciones. Viven en una especie de limbo legal<sup>689</sup> y si el Derecho no les concede algún tipo de

---

<sup>689</sup> Kinsey, C., *Corporate Soldiers and International Security, The Rise of Private Military Companies*, op. cit., págs. 134 y ss.

garantía, percibirán que no tienen derechos pero, correlativamente, tampoco obligaciones ni control.

La comunidad internacional ha asumido que lo civil y lo militar deben cooperar, pero siempre teniendo en cuenta que la seguridad como negocio no afronta las causas de la violencia sino que se vende como un producto o servicio y no como el resultado de un consenso social. Puede que la burbuja provocada por la invasión de Irak explote pero no parece que la industria militar privada en sí misma vaya a desaparecer. Los Gobiernos deben por ello actuar para hacer frente a esta realidad. El uso de soluciones privadas para fines militares públicos no es necesariamente negativo, pero lo que está en juego en la guerra es mucho más importante que en el ámbito corporativo pues en esta esfera pública esencial están constantemente en peligro la seguridad nacional y las vidas de las personas. La guerra, como afirma Philipp Fluri<sup>690</sup>, es demasiado importante como para ser dejada a los Generales y lo mismo se aplica, con mucha más razón, a los directores de las empresas militares y de seguridad privada. Tal como sugieren las cuestiones analizadas, los Gobiernos que las usan deben aprender a reconocer sus responsabilidades como reguladores y como clientes inteligentes. Su fracaso en esta tarea pone en riesgo la protección de los Derechos Humanos, distorsiona el libre mercado y, sin un cambio radical, el *statu quo* resultará en una mala política y un mal negocio.

---

<sup>690</sup> El Dr. Philipp Fluri es Director Adjunto del *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces* (DCAF) y Director ejecutivo del DCAF Bruselas.



Para mejorar la situación, primero es esencial el levantamiento del velo que rodea a esta industria. Debe haber mucha más apertura y supervisión pública de los fondos implicados, de las empresas contratadas y de las bajas que sufran. La privatización puede llegar a ser menos costosa para el Estado, en ocasiones más efectiva, pero la calidad del resultado y el respeto de los Derechos Humanos pueden verse seriamente comprometidos. Además, sin una adecuada vigilancia y rendición de cuentas de estas empresas, se puede causar la impunidad de delitos o violaciones de derechos ante los que miembros de la Fuerza Pública tendrían más control. Esto es especialmente sensible pues al mezclar las categorías tradicionales civil/militar y privado/público, estos actores híbridos trabajan a menudo con redes informales que favorecen la corrupción y la criminalidad. Por otra parte, está el riesgo de que el Estado mediante la utilización de este mecanismo evada sus responsabilidades en lo referente a brindar el derecho a la seguridad a todos los ciudadanos y solo gocen del mismo quienes puedan pagarlo, dejando la seguridad de ser un derecho para convertirse en un privilegio.

Para empezar a cambiar la situación, los clientes, especialmente los Gobiernos que alquilan empresas de este tipo, deben ejercitar sus derechos y emprender un estudio omnicomprendivo del alcance de lo que se ha externalizado y cuáles han sido los resultados. La documentación sobre contratos en vigor y futuros que impliquen actividades no clasificadas debería ser puesta a disposición del público en caso de petición. Cada contrato debería además incluir medidas para la *visibilidad*

*del contratista* que listen el número de empleados implicados y cuánto se les va a pagar, limitando con ello la posibilidad de abuso financiero.

Los Gobiernos también tienen que plantearse qué actividades y funciones deberían ser mantenidas en todo caso en manos públicas. La externalización puede ser muy beneficiosa, pero solo hasta el punto en que la misma empiece a poner en riesgo funciones vitales. De acuerdo con la tradicional doctrina militar contractual, si una función es crítica para el cumplimiento de la misión, esto es, puede afectar directamente al propio éxito o fracaso de la misma, tendría que ser mantenida en manos militares. La regla también establece que los civiles tienen que ser armados únicamente en circunstancias excepcionales y tan solo para la autodefensa.

Otra lección evidente a pesar de que ha sido ignorada es la que sugiere que se debe privatizar o externalizar algo solo si supone un ahorro o un aumento de la calidad; en caso contrario, no se debe llevar a cabo. Que algo lo haga el sector privado no significa necesariamente que sea mejor, más rápido y/o más barato. Solo será posible el éxito si hay competencia para un contrato, si la empresa que lo obtenga puede especializarse en el trabajo y generar sinergias, si el cliente es capaz de supervisar el resultado para la salvaguarda de sus propios intereses y si el contratista está adecuadamente motivado por el temor a ser despedido. Si se olvidan estas reglas básicas, el resultado no es lo mejor de la privatización o externalización sino lo peor del monopolio. Unos conocimientos empresariales mínimos ayudarían a los Gobiernos a ser

mejores clientes<sup>691</sup>. En el caso estadounidense, demasiado a menudo la cláusula de *mayor coste* aparece por defecto para todos los contratos, dando más a las empresas si gastan más. Cuando esto se combina con una inadecuada supervisión, se crea un sistema abonado para la ineficiencia y el abuso. Además de establecer términos más estrictos, se deberían usar las sanciones de mercado para conseguir efectos más positivos.

Por otra parte, se ha de hacer más para asegurar la rendición legal de cuentas, pues pagar a los contratistas más que a los soldados es una cosa, darles también vía libre legal (como en Abu Ghraib) es ser inconsciente. Los vacíos legales deben ser eliminados y se tiene que aprobar nueva normativa en relación con los dilemas legales y jurisdiccionales que suponen estas compañías. Dicha normativa debería establecer quién puede trabajar para esta industria, para quién pueden trabajar las empresas del sector y quién investigará, perseguirá y castigará las actuaciones ilegales de las mismas. Al tratarse de una industria transnacional, la solución requerirá una implicación internacional. Ya han sido planteadas propuestas para la actualización de la legislación internacional anti mercenaria, una convención específica sobre el tema y la creación de un órgano de la ONU para sancionar y regular las EMSP.

---

<sup>691</sup> En el prototípico caso estadounidense, un 40% de los contratos del Departamento de Defensa se han otorgado directamente. En el caso de *Caci (California Center Inc. International)*, la empresa relacionada con los abusos en Abu Ghraib, los investigadores del Ejército informaron que no solo un empleado de esta empresa pudo haber ayudado a redactar la orden de trabajo, sino también que los interrogadores de la cárcel habían sido contratados mediante una enmienda a un contrato existente desde 1998 para servicios informáticos controlado por el Departamento de Estado.

Pero cualquier esfuerzo internacional necesitará años<sup>692</sup> y, mientras tanto, todo Estado que tenga alguna implicación respecto de la industria militar privada, como cliente o como base de las mismas, debería adaptar sus leyes. Se deberían coordinar también los esfuerzos estatales involucrando a los organismos regionales para maximizar la cobertura y eficacia.

Una información parcial sobre varias de las empresas de este sector es presentada públicamente, de lo cual se puede inferir un germen de un futuro escrutinio universal (*accountability*), aunque su alcance cualitativo y cuantitativo sea limitado. Estamos aquí en un terreno extrajurídico, pero no por ello esta idea de responsabilidad social o justificabilidad mediante la rendición de cuentas carece de interés. Es una medida más de presión que en el mundo globalizado actual tiene, gracias a la acción de los medios de comunicación, un gran efecto multiplicador de cualquier acción ilegítima<sup>693</sup>.

En un mundo violento y a menudo injusto, es cierto que la demanda de servicios provenientes de estas empresas no se parará a corto plazo. Los Estados sedes de estas empresas o que las emplean pueden optar por ignorar el problema y adoptar una posición *ad hoc* para el aprovechamiento de los beneficios del uso y asociación con estas

---

<sup>692</sup> Robert Mandel resume la situación a la que se enfrenta la comunidad internacional y la necesidad de que haya una acción del Estado: *La deprimente realidad es que ningún régimen internacional que regule los proveedores de seguridad privada se podría instaurar sin montones de trámites burocráticos, varios años de consultas internacionales, conferencias anuales en La Haya, docenas de estudios sobre contratistas, varios ciclos de revisiones legales internacionales que pueden ser controvertidos e incompletos, luchas dentro de y entre Gobiernos sobre la financiación y el control y debates a fondo sobre sus estatutos, términos de referencia, ámbito de autoridad, localización, dotación de personal, coordinación y relación con las Naciones Unidas.* Mandel, R., *Ejércitos sin Estados: la privatización de la seguridad*, Boulder Co. Reinner, 2002, págs. 1-5.

<sup>693</sup> Vide en este punto, Remiro Brotóns, A., *Derecho Internacional*, Obra colectiva, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 784.

firmas cuando sea provechoso para sus intereses estatales, mientras mantienen la posibilidad de negar cualquier relación cuando no lo sea. Pero el problema estriba en que aunque la responsabilidad del Estado no pudiera ser demostrada, éste no puede eliminar su responsabilidad política frente a la opinión pública.

Si las grandes potencias, colectiva o individualmente, no desean asumir la función de policía mundial en lugares inverosímiles y sin recompensa visible, es también cierto que otros llenaran ese vacío para bien o para mal. Al final, la cuestión se convierte en una decisión sobre qué tipo de mundo queremos y si estamos dispuestos a pagarlo tanto en sangre como en dinero. El gran riesgo proviene de la falta de regulación adecuada de lo que se ha convertido en una industria global. Los controles sobre quién puede trabajar para estas firmas y para quienes pueden éstas trabajar son insuficientes, dejándose en manos privadas el reclutamiento y contratación de individuos para llevar a cabo actividades militares<sup>694</sup>. Pero el afán de maximización del beneficio ha llevado a varias empresas militares y de seguridad privada a rebajar sus propios procedimientos de actuación<sup>695</sup>.

El punto de partida para el desarrollo de legislación nacional debería ser su estatuto legal, el cual se debería basar en la obligación del

---

<sup>694</sup> En Irak, este problema se magnificó debido a la carrera por la obtención de beneficios: muchas firmas que han entrado en el mercado eran totalmente nuevas en el negocio o se habían expandido rápidamente. Realmente, muchos de los empleados están extremadamente bien cualificados siendo antiguos miembros de las fuerzas especiales americanas, SAS británico...

<sup>695</sup> Por ejemplo, en el caso de los abusos de Abu Ghraib, se descubrió que más de un tercio de los interrogadores contratados por la firma CACI, carecían de formación militar como interrogadores. En su página web, esta EMSP afirma que los interrogadores a los que se hace referencia habían finalizado su relación laboral con la misma en 2004, por lo que ya no formaban parte de su personal.

Estado desde el punto de vista del Derecho Internacional, y la voluntad de eliminar las lagunas en las leyes nacionales. Esta legislación necesitaría definir los actores, actividades y servicios a los que se aplicaría. Lo ideal sería que el Gobierno introdujera un sistema de licencia basado en los siguientes pasos.

En primer lugar, la licencia de la compañía, por la cual las compañías individuales conseguirían licencia para el desarrollo de una serie de actividades en una determinada lista de países. También se deberían definir unos requerimientos mínimos para las compañías y sus empleados. Respecto a las compañías, se deberían definir en lo relativo a transparencia y responsabilidad. En cuanto a la transparencia, deberían atender a la propiedad, financiación, acuerdos relativos a las acciones, declaración de miembros de la directiva y sus responsabilidades, identificación de su sede, estructura, *joint ventures*, socios, subcontratistas, contratos relativos a servicios externalizados y clientes. En lo que respecta a la responsabilidad, deberían cubrir la cualificación de los directivos, liderazgo, capacidades y medios para el reclutamiento de personal, preparación de operaciones y provisión de entrenamiento adecuado, estándares de ejecución aplicables, código de conducta... Más aún, la compañía debe aceptar su responsabilidad bajo el Derecho nacional incluso mientras lleven a cabo operaciones en el extranjero. De esta forma, cualquier abuso cometido por la compañía y sus empleados quedaría bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales.

Por otra parte, una licencia para el tipo de servicios a prestar, por la cual las compañías tendrían que obtener licencia para aceptar contratos para la prestación de servicios militares y de seguridad en el extranjero.

Finalmente, licencia para aceptar un contrato individual, o, al menos, notificación de cada posible contrato por las compañías antes de licitar al mismo. El Gobierno debería integrar su tratamiento de licencia de actividades de las empresas de este tipo operando en el extranjero con su tratamiento de la regulación de las actividades domésticas de las mismas dado que pueden caer dentro de ambos regímenes reguladores y que las actividades podrían ser las mismas.

Los Gobiernos deberían también establecer una política legislativa clara, resaltando las actividades prohibidas o respecto de las cuales habría una *presunción de denegación de licencia* si las compañías solicitaran la concesión de la misma para llevarlas a cabo. Tales actividades serían todas las operaciones mercenarias e individuales, todos los servicios que impliquen combate directo, las funciones y servicios esenciales desde un punto de vista militar, las funciones y servicios de seguridad esenciales en zonas de conflicto, el tráfico de armas y la proliferación de armas, material de doble uso y NBQ. La legislación debería establecer los criterios por los que se deberían regir las peticiones de licencia, los cuales deberían basarse en determinar si las actividades pondrían en peligro la seguridad pública, la ley y el orden, socavarían el desarrollo económico, provocarían inestabilidad y

sufrimiento humano, aumentarían la sensación de peligro en países vecinos, violarían embargos internacionales...

En lo relativo a las actividades aceptables, las mismas requerirían licencia, dependiendo de las circunstancias del contrato propuesto, lo cual debería ser analizado caso por caso. Entre otras actividades sensibles que claramente requerirían licencia, tendríamos el asesoramiento y entrenamiento militar estratégico, la adquisición de armas, la recopilación de inteligencia y contrainteligencia, los servicios de seguridad y prevención del crimen, interrogatorio, apoyo logístico... Más aún, la licencia requeriría una autoridad reguladora y un régimen de aplicación, con poderes extra territoriales. Los medios y procedimientos operativos para su aplicación deberían estar claramente definidos en la legislación.

Respecto al empleo de personal, se debería definir el reclutamiento, cualificación, preparación, entrenamiento y conducta del personal (por ejemplo, que no tenga antecedentes penales, no haya cometido violaciones de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario u otra ley internacional, no haya sido expulsado de las Fuerzas Armadas, que haya sido bien formado en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos y en temas de género). La compañía, a su vez, tendría que asegurar que el personal reclutado localmente en el país de su compromiso internacional recibe la misma información, preparación y entrenamiento que aquellos reclutados en su país de procedencia o en terceros países.



Los Gobiernos deberían vigilar y vetar, en su caso, las empresas nacionales y las extranjeras con base en el país, sus propietarios, directivos y empleados y determinar reglas claras para la externalización de estos procesos a organizaciones privadas independientes. Para ello, se podría establecer un fichero centralizado y declaraciones de cooperación firmadas por todas las partes involucradas. Se debería requerir a las compañías para el establecimiento y mantenimiento de un registro de su personal que debería ser revisado periódicamente por inspectores gubernamentales. La vigilancia de sus actividades se podría llevar a cabo a través de la Misión Diplomática o de los Agregados de Defensa destinados en el país donde las mismas proveen sus servicios, por inspectores estatales, a través de contactos gubernamentales con el país donde prestan los servicios; o en cooperación con Organizaciones Internacionales, intergubernamentales o regionales, ONGs u otras instituciones presentes en el país donde las empresas nacionales o las extranjeras basadas en el país están desplegadas. Las actividades deberían ser monitorizadas de un modo similar a la exportación de armas, no proliferación, material de doble uso y controles generales a la exportación.

A su vez, se debe asegurar un proceso de contratación competitivo, limpio y transparente para la opinión pública, sometiéndolo a reglas claramente definidas aplicables a toda la industria y a todos los contratistas y subcontratistas, ya sean nacionales o foráneos. También se debe asegurar la responsabilidad y el control sobre las empresas del sector. La carga no recae sobre las mismas sino sobre el cliente para la

salvaguarda de sus propios intereses, para asegurar la vigilancia y el control, la fiscalización financiera del proceso de contratación, estándares adecuados de la industria, preferiblemente con un código de conducta imponible, así como de la adecuada prestación en tiempo y forma de los servicios externalizados.

En lo que respecta a un proceso de contratación adecuado, es necesaria una cierta flexibilidad en el precio y ejecución del contrato. De todas formas, se deben evitar las ofertas a la baja sobre contratos con precio fijado por parte de empresas de poca reputación, así como deberían ser prohibidos los contratos sin puja, de fuente única, de coste adicional o de cantidad o prestación indefinida. No se deberían concertar contratos ni premiar debido a la presión política o de grupos de influencia. Se debería prohibir que empleados públicos que hayan estado previamente contratados por empresas del sector, participen en la regulación o contratación de las mismas.

Para la imposición de las normas, el Gobierno debe establecer sistemas de vigilancia e inspección, tener suficiente personal adiestrado y con experiencia de la industria y de sus propias necesidades de seguridad para la consecución de contratos y un adecuado número de responsables de contratación preparados para un rápido despliegue a los escenarios donde estas empresas operan. Se deberían introducir mecanismos de sanción que incrementen la adhesión y respeto de la normativa aplicable, responsabilidad y eficiencia. Se podrían usar incentivos y premios para las mejores actuaciones y la suspensión de contrato, retirada de licencia,

incautación de bienes, penas financieras y penales como sanciones cuando se cometan infracciones. Aquellas empresas que hayan sobre facturado al Gobierno en el pasado o hayan cometido infracciones durante el proceso de contratación, así como aquellas que no tengan las adecuadas capacidades de gestión y operativas para cumplir eficientemente los contratos o que hayan fracasado de forma esencial, deben ser vetadas.

Evidentemente, dicho régimen regulador y de otorgamiento de licencias no puede ser establecido sin un coste considerable, difícil de estimar, pero no todo debe ser soportado por el Estado sino que las propias empresas del sector deberían participar en su asunción. Así, se podrían cargar tasas por el registro, licencia para contrato o renovación de contrato así como por cada inspección y también el pago de tasas anuales y mensuales por cada empresa y por cada empleado registrado.

Los Estados pueden alegar que las cuestiones legales relativas al control del uso de EMSP y la responsabilidad por ello son fundamentalmente asuntos de Derecho nacional. Sin embargo, confiar tan solo en el mismo provee formas limitadas, que no sean la diplomacia *ad hoc* y la implicación judicial, de resolución de los problemas. Las opciones nacionales para la regulación presentan sus propias restricciones. Las EMSP a menudo tienen pequeñas infraestructuras que les dan la posibilidad ya sea de transformarse dentro de un mismo país o bien irse para evadir la legislación y un posible proceso judicial.

Limitaciones adicionales de la legislación nacional exponen la dificultad de hacer cumplir o respetar la ley extraterritorial, aunque ya se han dado algunos pasos vacilantes bastante encomiables. Sin embargo, las infracciones suelen ocurrir en el mismo escenario de operaciones, colocando así a los países de origen de estas empresas en desventaja para establecer un control y hacer respetar la legislación. Problemas similares pueden ocurrir con los clientes de estas empresas. Aunque los contratistas militares han trabajado para Gobiernos democráticos, las Naciones Unidas, e incluso para organizaciones humanitarias y de protección del medio ambiente, también han sido empleados por dictadores, grupos rebeldes, cárteles de la droga, terroristas...

El gran dilema legal estriba en la ausencia de regulación, supervisión y control adecuados tanto a nivel personal como corporativo. Aunque las firmas militares privadas y sus empleados son actualmente parte integral de muchas operaciones militares, no se acomodan a lo establecido por la regulación que distingue civiles y combatientes. Los contratistas no son totalmente civiles dado que a menudo portan armas y las usan, interrogan a prisioneros, y llevan a cabo otros roles militares fundamentales, pero, normalmente, tampoco son combatientes. Esta falta de claridad supone que cuando son capturados, sus adversarios tienen que definir su estatuto.

Estas dificultades también tienen lugar cuando los mismos cometen delitos, pues a menudo no está claro cómo, cuándo, donde, y qué autoridades son responsables de la investigación, persecución y castigo

de dichos crímenes. A diferencia de los soldados, quienes responden según su código de justicia militar nacional dondequiera que se encuentren, los contratistas privados gozan de un turbio estatuto legal indefinido según el Derecho Internacional, ya que no cumplen casi nunca la definición formal de mercenarios. Normalmente, los delitos cometidos por civiles corresponden a la jurisdicción del país donde son cometidos, pero las empresas de este sector operan frecuentemente en Estados fallidos en los que la persecución local de sus delitos puede ser ciertamente difícil pues, fundamentalmente, es la ausencia de una autoridad local lo que explica su presencia.

El dilema final que ha aparecido por el uso extensivo de contratistas privados, afecta al futuro de las Fuerzas Armadas. Las mismas se han visto tradicionalmente a sí mismas como las depositarias de una profesión única, diferenciada del resto de la sociedad civil, que se les ha confiado en exclusiva. La introducción de las empresas militares y de seguridad privada y su reclutamiento dentro de las mismas Fuerzas Armadas pone en peligro ese carácter único, su identidad profesional y el monopolio sobre ciertas actividades que se están colocando en el mercado. La externalización del entrenamiento y de determinadas actividades militares puede debilitar su capacidad para el cumplimiento de su misión ya que se está potenciando la pericia privada en lugar de la pública. Esto también cambia las expectativas de carrera del personal militar, añadiendo el sector privado y dando a entender que el entrenamiento no es una tarea esencial de las Fuerzas Armadas.

La mayoría de los militares tienen una actitud profundamente ambivalente hacia esta industria. Por una parte, entienden que ayuda a superar la falta de personal provocada por la drástica reducción del tamaño de los Ejércitos tras el fin de la Guerra Fría al ofrecer a los militares retirados el potencial para una segunda carrera en un campo que conocen y aman<sup>696</sup>. Por otra parte, muchos militares sienten el temor de que el auge de estas empresas pueda poner en peligro la salud de su profesión y critican la forma en que las mismas explotan capacidades adquiridas a costa del erario público en beneficio privado. También temen que el creciente mercado privado afectará negativamente a la capacidad de las Fuerzas Armadas para retener a los buenos militares.

Esta industria marca un cambio significativo ya que mantiene a sus miembros dentro de la esfera militar y, por tanto, de la esfera pública y lo que es más importante, compiten directamente con el Estado. No solo sus empleados proceden de las Fuerzas Armadas, sino que llevan a cabo roles militares, reduciendo las expectativas de las mismas. Usan fondos públicos para ofrecer a los soldados una mayor paga y entonces cobran al Gobierno una tarifa incluso más alta, todo por servicios provistos por el capital humano que las mismas Fuerzas Armadas ayudaron a formar. Ello puede llevar a una descapitalización de las Fuerzas Armadas y de seguridad nacionales ya que la inversión de los Gobiernos en la formación

---

<sup>696</sup> Ciertamente, si esta industria se nutriera tan solo de militares retirados, proporcionando a los mismos una retención secundaria dentro de este campo de actividad, se podría argumentar como un hecho positivo la utilización de habilidades generadas en el ámbito militar que de otro modo se hubieran perdido. *Vide* Alabarda, Y. y Lisowiec, R., "The Private Military Firms: Historical Evolution and Industry Analysis", *op. cit.*.

de sus agentes policiales y militares acaba beneficiando a estas empresas. El proceso total puede ser brillante desde una perspectiva comercial pero es una autoderrota desde el punto de vista militar.

Durante las décadas pasadas, la externalización de ciertas funciones públicas, incluyendo misiones tradicionalmente llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas, ha sido vendida como sinónima de eficiencia, ahorro y buen funcionamiento ya que pueden responder más rápidamente que los burócratas gubernamentales a las nuevas direcciones políticas. Muchos Estados débiles (y otros entes) buscan los servicios que estas empresas proveen. A falta de deseo de los Estados occidentales de proveer dichos servicios a través de sus propias Fuerzas Armadas, las EMSP ofrecen una alternativa a los mercenarios tradicionales. Pero cuando los Estados alquilan los servicios de estas empresas desde una posición de debilidad, la posibilidad potencial de que los empleados de las mismas muestren un comportamiento corrupto o criminal es alta.

Se debería promover por todos los medios posibles, que se lleve a cabo una aproximación al tema a nivel internacional y de la UE, UA, OTAN y OSCE. Se deberían actualizar y enmendar las convenciones internacionales existentes para la inclusión de las actividades de las EMSP, cuestiones de transparencia y responsabilidad de las mismas y de sus empleados. Se debería encontrar un papel más adecuado para la ONU, que iría en el sentido de incrementar la capacidad del *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos*

a la libre determinación para la vigilancia de las actividades y comportamiento de las empresas del sector así como el establecimiento de una base de datos de empresas disponibles para su contratación. El modelo podría ser el *Registro de Armas convencionales* de las Naciones Unidas, que compila declaraciones de importadores y exportadores de armas convencionales, lo que permite el control cruzado. Se podría crear un registro similar para las EMSP que contendría las declaraciones de los importadores es decir, los Estados o grupos que emplean a las mismas y de los exportadores, esto es, las empresas del sector. Su función podría enriquecerse para el establecimiento de estándares adecuados para considerar, autorizar o rechazar peticiones de registro o renovación de dichas empresas. Se deberían establecer mecanismos de imposición para los casos de incumplimiento o violación de la normativa aplicable. Esto ayudaría a la provisión de transparencia y estándares internacionales para la conducta de dichas empresas.

Al constituir las empresas militares y de seguridad privada una industria transnacional, es necesario un compromiso internacional. Con un estatuto que es, en el mejor de los casos, ambiguo bajo el prisma del Derecho Internacional, se requiere una modificación y clarificación del mismo. Existen propuestas que van desde la puesta al día de la *Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios*; la creación de un organismo de la ONU que regule y sancione a dichas compañías; una convención específica sobre el tema, establecimiento de un registro internacional que compile las declaraciones tanto de los



importadores como de los exportadores de los servicios ofrecidos por las mismas; hasta la ampliación de la competencia de la *Corte Penal Internacional* a las actividades de estas empresas y sus empleados<sup>697</sup>.

Lo que está claro es que cualquier movimiento regulador desde el punto de vista internacional necesitará años para que logre un consenso e implantación. De todos modos, es también evidente que la mayoría de las opciones legales para tratar con las violaciones llevadas a cabo por estas empresas son nacionales y no internacionales. Las regulaciones nacionales existentes son variadas en calidad y efectividad, y en muchos países están llenas de lagunas o bien, simplemente, son inexistentes. En la mayoría de los casos hay áreas grises en la regulación, incluyendo los temas de extra territorialidad y los problemas relativos a la situación de Estados y actores privados trabajando juntos. Esto significa que cada Estado que trata con esta industria, bien como cliente bien como Estado de origen, tiene una necesidad imperativa de desarrollar legislación sobre el tema. Ciertamente, esto supone una carga para el Gobierno pero hay que tener en cuenta que enfrentarse a los nuevos retos legales que plantean las nuevas industrias supone tener un Derecho vivo y eficiente de la misma forma que los Estados lo han tenido que hacer en relación con el desarrollo de las telecomunicaciones, Internet o la genética.

---

<sup>697</sup> Respecto de los delitos cometidos por las empresas militares y de seguridad privada y por sus empleados, el Grupo de Trabajo está examinando la posible eficacia de una nueva convención internacional de derecho penal o un protocolo adicional del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. En este instrumento se expondría claramente que las empresas y sus empleados, incluidos sus directores, son personas jurídicas con capacidad para cometer delitos internacionales, y se establecerían castigos adecuados, tanto para la empresa como para sus empleados. Dicho protocolo o convención podría ser supervisado por una comisión internacional encargada de la investigación penal de las presuntas violaciones.

Se debe desarrollar legislación que contemple los dilemas legales y jurisdiccionales que esta industria ha planteado. Un requisito fundamental es clarificar legalmente las cuestiones relativas a quién puede trabajar para estas empresas, para quién pueden trabajar estas empresas, qué organismos investigarán, perseguirán y castigarán las malas prácticas.

En un acuerdo ideal, los Estados coordinarían sus esfuerzos e involucrarían a las organizaciones regionales para maximizar la cobertura en orden a facilitar el camino hacia unos estándares internacionales. Todos los Estados deberían considerar el modelo de legislación nacional de otros países cuando preparan su propia legislación para controlar las actividades de estas compañías. Actualmente, existe una desconexión entre aquellos Estados que apoyan los esfuerzos internacionales y aquellos que han desarrollado su propia legislación.

Las dos perspectivas deberían converger para crear un mejor marco de apoyo. En Europa, por ejemplo, los Estados deberían coordinar sus esfuerzos dentro de la Unión Europea y en cooperación con los Estados Unidos, OTAN o la OSCE, para la armonización de la creación de estándares comunes que podrían ayudar a establecer las bases para una posterior regulación internacional. Entre otras cuestiones, la armonización es necesaria para evitar que las empresas de este tipo se trasladen a países sin regulación o a lugares donde las restricciones sean menos exigentes. Los avances conseguidos en cuanto a exportación de armas, como el *Código de Conducta para la Exportación de Armas*, proveen un importante foro hacia el que dirigir el tema. Más aún, la

Comisión de la Unión Europea ha adoptado una *Posición Común* en cuanto a la asistencia técnica que acompaña a las ventas de armas, la cual no se trata en el *Código de la Unión Europea*. Es probable que otros servicios prestados por las empresas del sector puedan entrar también.

La *mejora de prácticas* debería estar dirigida por el *Consejo de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas y puede proporcionar importantes lecciones y guía, así como la prohibición de una participación directa en combate, definición de servicios militares que deberían ser regulados y una necesidad de transparencia. Otros aspectos incluyen el aumento de las obligaciones bajo el Derecho Internacional.

Mientras algunos creen que la regulación simplemente conducirá a la clandestinidad a particulares de dudosa reputación, lo lógico es que un sistema eficiente de regulación haría a las compañías militares y de seguridad privada más responsables y transparentes, crearía un ambiente de aceptación política y respetabilidad alrededor de las mismas y sería solamente con este tipo regulado de organización con el que los Estados, Naciones Unidas u otros entes deberían considerar hacer negocios.

Teniendo todo lo dicho en cuenta, una regulación inteligente de este sector posiblemente tendría como efectos una mejora de la percepción de la legitimidad, cualificación y reputación de la industria militar privada y de seguridad, atrayendo a nuevas empresas y eliminando a las compañías con una reputación más dudosa, logrando que el sector sea más transparente, competitivo y responsable. Sería muy positiva la

aprobación de una convención internacional sobre el uso de estas empresas, que incorporaría tres puntos fundamentales.

En primer lugar, el acuerdo establecería que los Estados incorporarán todas las EMSP armadas bajo su empleo directo dentro de sus Fuerzas Armadas para los propósitos de las *Convenciones de Ginebra*. Es más, los Estados deberían acordar forzar el cumplimiento por las EMSP de las leyes de la guerra, acorde con sus responsabilidades bajo los artículos 80 y 87 del *Protocolo Adicional I*. Los Estados también tendrían que garantizar el estatuto de prisionero de guerra a los miembros de las EMSP incorporadas a las Fuerzas Armadas de los Estados oponentes.

En segundo lugar, para los efectos de asegurar la distinción entre EMSP y civiles, así como para establecer líneas claras de responsabilidad legal, los países deberían informar a las Partes oponentes y al Consejo de la Federación Suiza (el depositario) de las EMSP que hubiesen incorporado a sus Fuerzas Armadas.

En tercer lugar, los Estados, de acuerdo con sus responsabilidades como Potencias Ocupantes y según los artículos 64 a 67 de la *Cuarta Convención de Ginebra*, deberían asegurar que las EMSP no incorporadas a las Fuerzas Armadas de una Parte del conflicto quedasen sujetas al Derecho penal civil.

En cuanto a la aproximación general a llevar a cabo por los Gobiernos, debería estar claro que entran dentro del mismo paquete en la regulación de esta industria temas como el tráfico y exportación de armas,

las obligaciones de no proliferación, los controles a la exportación de material de doble uso<sup>698</sup>, y otras obligaciones internacionales de relevancia respecto a la industria privada militar y de seguridad y sus actividades, así como la coordinación, alineamiento y conciliación con los objetivos y estrategias de la política de seguridad nacional, la política exterior y la política económica exterior.

Si el Gobierno correspondiente decide proponer legislación al Parlamento, deberá satisfacer las presiones nacionales e internacionales para la regulación de las empresas del sector y sus actividades, asegurando que tanto las nacionales como las foráneas establecidas en el país cumplen la regulación nacional e internacional. Por otra parte, ha de asegurar su conocimiento y comprensión de las EMSP y de los riesgos y peligros para la Nación, sus intereses, y sus ciudadanos en el extranjero, provocados por las mismas y sus actividades en el extranjero. Todo ello sin olvidar que es necesario asegurar una licitación más fácil y una diversificación de la misma para lograr el mejor resultado posible.

La mayoría de las medidas referidas pueden ser vistas como complementarias más que como mutuamente excluyentes, lo cual forma parte del enfoque holístico integrador necesario para afrontar la cuestión de la existencia y actividad de esta industria. Teniendo en cuenta que, en cualquier caso, las EMSP parecen destinadas a permanecer como una parte importante del sistema de seguridad en el futuro próximo, hay

---

<sup>698</sup> En este tema de los bienes de doble uso, es interesante la iniciativa del *Grupo de Australia*, un foro internacional para la armonización de los Derechos nacionales que regulan la exportación de componentes de doble uso que podrían ser usados en la producción de armas químicas o biológicas, lo cual puede ser útil por analogía. *Vide The Australia Group (2007)*, disponible en [www.australiagroup.net/en/index.html](http://www.australiagroup.net/en/index.html).

claramente una necesidad de cambio de enfoque en su regulación, tanto en el ámbito nacional como internacional. Pero para que esto sea una realidad, hace falta voluntad política pues a menudo las situaciones de impunidad son el fruto de una política deliberada diseñada por los propios Gobiernos que contratan los servicios de estas compañías o que permiten el desarrollo de sus actividades en su territorio.

Finalmente, hay que evaluar si en el fondo no se está convirtiendo el servicio público *uti universi* que es la Defensa y la Seguridad, en un sistema de *concesionario privado de servicio público*; situación que resultaría alarmante, pese a los controles que puedan instaurarse y más aún si se carece de ellos<sup>699</sup>. En definitiva, es preciso volver a la consideración del servicio público, de tal manera que cualquier actividad en el ámbito de la Defensa y la Seguridad pase el filtro del examen riguroso de si es útil, necesaria y deseable su externalización o privatización. En determinados ámbitos esto es inevitable, pero en otros se debe examinar cuidadosamente y, en todo caso, se requiere un enorme esmero jurídico para que no se convierta en un agujero negro que, a la postre, deje al Estado inerte ante los riesgos y amenazas globales que nos rodean.

Estamos ante lo que se ha venido a denominar el “Estado ultra mínimo” en el que la función del Estado es confinada a la monopolización

---

<sup>699</sup> Se podría llegar incluso a afirmar que la apertura de mercados legítimos a las EMSP parece no tanto una transferencia de poder del sector público al privado sino más bien la re-regulación de la provisión de seguridad, un cambio en la forma de regulación desde el Derecho Internacional Humanitario o de los Derechos Humanos hacia el Derecho Civil y Contractual. *Vide* Walker, C. y Whyte, D., “Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom”, *op. cit.*, pág. 689.

de la violencia en lugar de la efectiva provisión de seguridad (a menos que los ciudadanos paguen por ella de forma voluntaria)<sup>700</sup>. Incluso los últimos bastiones del sistema, las Fuerzas Armadas, no son inmunes a los procesos de mercantilización que han sido previamente aplicados a funciones esenciales como policía y prisiones.

Los Estados están claudicando de su capacidad de movilización nacional y han privatizado su *deber militar*, aunque lo tengan controlado, por ser aún parte de la estructura estatal (por lo menos en los países fuertes; pues otros tienen descontroladas sus Fuerzas Armadas). Asistimos a una privatización o externalización de la Defensa, a un progresivo descontrol del complicado complejo industrial militar, poniendo en peligro el principio de monopolio de la violencia sobre el que se han construido los Estados modernos. Si se repasa la Historia, los Ejércitos privados surgen cuando los Ejércitos regulares flaquean y empiezan a ser incapaces de cubrir sus misiones naturales. Y el resultado de los sucesivos períodos de auge de los Ejércitos privados termina siempre en el caos<sup>701</sup>. Ello también lleva a una inhibición de los Estados ante los desastres causados por guerras cuyo interés económico no se vislumbra y a una progresiva descapitalización de los organismos internacionales a

---

<sup>700</sup> El nivel de dependencia respecto de esta industria se ha incrementado en los últimos años desde que se la ha involucrado absolutamente en todos los niveles de la seguridad. Vide Avant, D., "Think Again: Mercenaries", *Foreign Policy*, julio-agosto 2004.

<sup>701</sup> Los Ejércitos nacionales, de los que somos herederos, surgieron en gran medida como reacción a la hecatombe que los mercenarios provocaron el siglo XVII, durante la Guerra de los Treinta Años, en la que algunas regiones de Europa Central quedaron devastadas de una forma que no se ha vuelto a repetir ni siquiera en la II Guerra Mundial. Con la Paz de Westphalia en 1648, al desarrollarse institucionalmente los Estados-Nación, se desarrolló el concepto de Ejércitos permanentes formados por ciudadanos leales a la Nación y regulados en su existencia, actividades y usos por la legislación estatal. Aun así en el moderno sistema basado en el Estado, siguió siendo costumbre la contratación de apoyo adicional a los Ejércitos permanentes.

favor de alianzas estatales *ad hoc*. Esto supone, aparentemente, una evolución en la construcción del Estado moderno respecto de los siglos XIX y XX, pero, en realidad, todo se parece más a los balbuceos del Estado moderno en los siglos XVI y XVII.

BORRADOR



## BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

Abad Castelos, M. ¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global, Madrid, 2004.

Abrisketa, J., *Blackwater: los mercenarios y el derecho internacional*, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Comentario, Madrid, septiembre de 2007, [www.fride.org](http://www.fride.org).

Adams, T.K, "Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century", *Small Wars & Insurgencias*, vol. 13, nº2, verano 2002.

Adams, T.K, "The New Mercenaries and the Privatization of Conflict". *Parameters*, US Army War College, verano 1999.

Addicott, J.F. "The Political Question Doctrine and Civil Liability for Contracting Companies on the "Battlefield", *Rev. Litig.* vol. 28, 2008-2009.

Akande, D., "The Jurisdiction of the International Criminal court Over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits", *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 1, 2003.

Alabarda, Y. y Lisowiec, R., "The Private Military Firms: Historical Evolution and Industry Analysis", disponible en [www.dtic.mil/cgi-bin/getTRDoc?AD=ADA473255&Location\\_U2&doc=getTRDoc.pdf](http://www.dtic.mil/cgi-bin/getTRDoc?AD=ADA473255&Location_U2&doc=getTRDoc.pdf)

Alcázar Segura, A., "El enemigo asimétrico", *Revista Ejército* nº 782, Ministerio de Defensa, mayo 2006.

Alcázar Segura, A., "Las funciones de combate en el conflicto asimétrico", *Revista Ejército* nº 796, Ministerio de Defensa, julio/agosto 2007.

Alexandra, A., Baker, D.P. y Caparini, M. (eds.), *Private Military and Security Companies*, Routledge, London, 2008.

Aning, E.K., "Africa's security in the new millennium: State or Mercenary Induced Stability?" en *Global Society: Journal of Interdisciplinary International Relations*, vol. 15, mayo 2001.

Annexstad, W.J., "The Detention and Prosecution of Insurgents and Other Non-Traditional Combatants", *Army Law*, Julio de 2007.

Aparicio Pérez, M.A. y Barceló i Serra-Malera, M. (coords.), *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009.

Arienza Fernández, C., Privatización y Transnacionalización de la Defensa, los nuevos Ejércitos Mercenarios. Monografía CESEDEN. Madrid, 2009.

Arnold, G., *Mercenaries: The scourge of the Third World*, Macmillan, Basingstoke, Hampshire, 1999.

Avant, D., "Contracting for Services in U.S Military Operations" 40 ps: *Pol. Sci. & Pol.* 457, 2007.

Avant, D. *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Avant, D., "Think Again: Mercenaries", *Foreign Policy*, julio-agosto 2004.

Baker, M., "Blackwater dumps tarnished brand name", *AP News Break*, 13 febrero 2009.

Bartolomé M., "El desafío de los conflictos intraestatales asimétricos en la Post Guerra Fría"; *Revista Argentina Global*, nº 4, enero-marzo 2001.

Barak, A., *Constitutional Human Rights and Private Law*, en *Human Rights in Private Law 13* (Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001).

Bayarri, I. y Martínez, R., "Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo", *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, op. colectiva, J.M Bosch, 2009.

Bégis, B., "Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders", *Denver J. Int'l L. & Policy*, Vol. 38, 2010.

Belen, C.D., "Reining in Rambo: Prosecuting Crimes Committed by American Military Contractors in Iraq", *Pennsylvania St. Int'l L. Rev.*, vol. 27, 2008-2009.

Bernales Ballesteros, E.: "Informe de las Naciones Unidas en la cuestión del uso de mercenarios". Fuente: UN doc. E/cn.4/1997/24, febrero 20, 1997, Comisión of Human Rights.

Best, G., *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Nº 83, 1980.

Beyani, C. y Lilly, D., "Regulating Private Military Companies", *International Alert*, Londres, 2001.

Bina, M.W., "Private Military Contractor Liability and Accountability after Abu Ghraib", *J. Marshall L. Rev.*, vol. 38, 2005.

Bing Bing, J., *Control Council Law N° 10*, en *The Oxford Companion to International Criminal Justice* 281-2, Antonio Cassese ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

Blizzard, S., "Increased Reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line?" *Air Force Journal of Logistics*, n° XXVIII, 2004.

Bodansky, D. y Crook, J.R., "Introduction and Overview", *AM. J. Int'l L.*, vol. 96, 2002.

Bodansky, D. y Crook, J.R., "The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", *AM. J. Int'l L.*, vol. 96, 2002.

Boelaert-Suominen, S., "Grave breaches, universal jurisdiction and internal armed conflict: Is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, n° 63, 2000, sección 5.

Bond, J.E., "Application of the Law of War to internal conflicts", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 345, 1973.

Bondia García, D., "Un actor escasamente visualizado en Colombia: los mercenarios", *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Op. Colectiva, J.M. Bosch, Barcelona, 2009.

Brooking, S. y Schmeidl, S., "When nobody guards the guards: The quest to regulate private security companies in Afghanistan", *Sicherheit und Frieden*, vol. 4, otoño 2008.

Brown, S., "Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n° 1.

Brownlie, I., *System of the Law of Nations, State Responsibility*, vol. I.

Byron, C., "Armed conflicts: International or non-international?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n° 1, junio 2001.

Cadieux, J., "Regulating the United States Private Army: Militarizing Security Contractors", *California W. Int'l L.J.*, vol. 39, 2008-2009.

Calvo Albero, J.L., "Las compañías privadas de seguridad. Un dilema para las operaciones militares futuras", *Revista Ejército* n° 777, Ministerio de Defensa, diciembre 2005.

Cameron, L. "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, septiembre 2006.

Campbell, G.L. U.S. Army Combined Arms Support Command, Paper Presented at the Joint Services Conference on Professional Ethics 2000: Contractors on the Battlefield: *The Ethics of Paying Civilians to Enter Harm's Way and Requiring Soldiers to Depend upon Them*, 27 y 28 de enero de 2000.

Caparini, M., "Regulating PMSCs: the US Approach". Incluido en Alexandra, A., Baker, D.P. y Caparini, M. (editores); *Private Military and Security Companies*, Routledge, 2008.

Carrasco, J.B. Y Calderero Hernández, J.F., *Aprendo a investigar en educación*. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 2000.

Carrillo, V. y Kucharz, T.: *Colombia: Terrorismo de Estado*, Icaria, Barcelona, 2006.

Cassese, A., "Mercenaries: Lawful combatants or war criminals?" *Seitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* nº 40/1, 1980.

Cassese, A., "The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol in Non-International Armed Conflicts", *ICLQ*, vol. 30, 1981.

Cassese, A., "*The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*", *Eur. J. Int'l L.*, vol.18, 2007.

Cerny, P., "Neomedialism, Civil War and the New Security Dilemma: Globalization as Durable Disorder", *Civil Wars*, Vol. 1, nº 1, primavera 1998.

Cha, V.D., "Globalization and the Study of International Security" en *Journal of Peace Research*, vol. 37, nº 3, mayo 2000.

Chatterjee, P., "Mercenary Armies and Mineral Wealth", *Covert Action Quarterly Magazine*, otoño 1997.

Chatterjee, P., "Guarding the Multinationals, DSL and the International Private "Security Business" *Multinational Monitor*, 01 de marzo 1998.

Chen, D.H., "Holding "Hired Guns" Accountable: The Legal Status of Private Security Contractors in Iraq", *32 B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 101, 2009.

Chesterman, S. y Lehnardt, C., *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Clapham, A., "Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, sept. 2006.

Clausewitz Von, K.: *On War* (1ª Edición, 1832), , Pelican Books, Londres, 1968 (traducción castellana: *De la Guerra*, Labor, Barcelona, 1984).

Cockayne, J., *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, International Peace Academy, Nueva York, marzo 2006.

Cockayne, J., "La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del derecho internacional humanitario", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, sept. 2006.

*Comentario de los Protocolos de 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949*, CICR, Plaza y Janés editores, Colombia.

Cortright, D. y López, G. A., *Smart Sanctions: Targeting Economic Statecraft*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2002.

Crawford, J., "The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction", *Text and Commentaries* 110, Cambridge, 2002.

Creveld, M.V., *The rise and decline of the State*, Cambridge University Press, Cambridge. 1999.

Creveld, M.V., *The transformation of War*, The Free Press, New York, 1991.

Cruz Alli, J., "Desnacionalización y privatización de los Ejércitos". Boletín del CESEDEN nº 285, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004.

David, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Univ. de Bruselas, Bruselas, 1978.

Dickinson, L.A., "Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability under International Law", *WM. & Mary L. Rev.*, vol. 47, 2005.

Dickinson, L.A., "Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law", *Asil Insights*, 2 de diciembre de 2007.

Dickinson, L.A., "Torture and Contract", *Case W. Res. J. Int'l L.*, vol. 37, 2006.

Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Dörmann, K., "The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants", *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N°. 849, marzo 2003.

Douglas, K.L., Contractors Accompanying the Force: Empowering Commanders with Emergency Change Authority, *A.F. L. Rev.*, vol. 55, 2004.

Duffield, M., "Famine, Conflict and the Internationalization of Public Welfare", en Martin Doornbos, Lionel Cliffe, Abdel Ghaffar M. Ahmed, y John Marakis (eds.) *Beyond Conflict in the Horn: Prospects for Peace, Recovery and Development in Ethiopia, Somalia and the Sudan*, London: James Currey, 1992.

Duffield, M., *Global Governance and the New Wars*, Zed Books, Londres, 2001.

Durch, W.J. et al., *The Brahimi Report and the future of U.N. Peace Operations*, 2003.

Dyer, G., *The Fallujah Effect*, Pittsburgh Post-Gazette, 04 de abril de 2004.

Edieth Y.W., "Why Private Mercenary Companies Should Be Legitimized and Allowed to Enter the World Stage", *New England Law Review*, vol. 43, 2008-2009.

Elsa, J.K. y Serafino, N.M., "Private security contractors in Iraq: background, legal status, and other issues", Cong. Research Serv., CRS Report for Congress, Order Code RL32419) en CRS-8.

Falconer, B. y Schulman, D., *Blackwater's New Frontier: Their Own Private Africa, Mother Jones*, marzo/abril de 2009, [www.motherjones.com/politics/2009](http://www.motherjones.com/politics/2009).

Fernández Flores y de Funes, J.L., "*Del Derecho de la guerra*". Colección ediciones Ejército. Servicio de publicaciones del E.M.E. 1982.

Fernández Flores y de Funes, J.L., "*El Derecho de los conflictos armados*". Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2001.

Fidler, S. y Catán, T., "Private military companies pursue the peace dividend", *The Financial Times*, 24 de julio de 2003.

Forcese, C., "ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act", *Yale J. Int'l L.*, vol. 26, 2001.

Foreign Policy, Policy Paper, nº 4, de 30 de septiembre de 2007.

Freeman, J., "Extending Public Law Norms Through Privatization", *Harv. L. Rev.*, vol. 116, 2003,

Fricchione, K., "Casualties in Evolving Warfare: Impact of Private Military Firms' Proliferation on the International Community", *23 Wis. Int'l L.J.*, 2005.

Frye, E., "Private Military Firms in the New World Order: How Redefining "mercenary" Can Tame the "Dogs of War"", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005.

Fuller, J.F.C. *Decisive Battles of the U.S.A.*, 1993.

Fuller, J.F.C., *The Conduct of War 1789-1961*, 1961.

Gaja, G., *Second Report on Responsibility of International Organizations*, Doc. A/CN.4/541, 2 de abril de 2004.

García Labajo, J.M., "*La prohibición del uso de la fuerza. La intervención y la injerencia humanitaria*". Revista Española de Derecho Militar, nº 70 (Separata). Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa.

García, C., "El orden internacional amenazado. Retos y oportunidades para fortalecer la seguridad en la sociedad internacional contemporánea", en García, C., y Rodrigo, A., (Dir.). *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*. Editorial Tecnos, Madrid 2008.

García Sánchez, D., "Compañías Militares Privadas en Operaciones de Paz", Revista Ejército nº 755, Ministerio de Defensa, marzo 2004.

García Sánchez, D., "Las operaciones de paz y el cambio institucional de los ejércitos. Un análisis sociológico de la transformación de los ejércitos ante la adopción de nuevas funciones determinadas por un nuevo entorno", Madrid, 2006.

Gaston, E. L., "Mercenarism 2.0? The rise of the Modern Private Security Industry and Its Implication for International Humanitarian Law Enforcement", *Harv. Int'l J.*, vol. 49, nº 1, invierno 2008.

Giddy, P., "Character and Professionalism in the Context of Developing Countries – the Example of Mercenaries" *4 Ethique et Économique/Ethics and Economics* 13, 2006.

Gillard, E.C., "Business goes to war: private military/security companies and International humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 863, septiembre 2006.

Glanz, J., Army to pay Halliburton Unit Most Costs Disputed by Audit, *The New York Times* (27 de febrero de 2006).

Gómez del Prado, J.L., Algunas tendencias emergentes de las actividades de un nuevo actor no estatal.

Gómez del Prado, J.L., "Los nuevos mercenarios del siglo XXI", *Papeles* nº 94, 2006.

Gómez del Prado, J.L.: "El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo", en Torroja, H. (dir.) – Güell, S. (Coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, J.M. Bosch, Barcelona, 2009.

Gómez del Prado, J.L. y Maffai, M., "Model Law for the regulation of Private Military Companies", *Wis. Int'l L.J.*, vol. 26, 2008-2009.

Gómez del Prado, J.L. y Torroja Mateu, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Fundación privada Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2011.

Green, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2ª ed. Melland Schill Studies Intl. Law, 2ª ed., Manchester, 2000.

Greenwood, V.C.: "Scope of application of humanitarian law", "Historical development and legal basis", en Fleck, D. (dir.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Grofe, D.A.J. y Huber, D. "Beyond the Law? The Regulation of Canadian Private Military and Security Companies Operating Abroad", *National Reports Series 03/09 PrivWar*, Univ. de Ottawa, 2009.

Gross, T., Entrevista con Peter Singer, The Iraq War Was the "First Privatized War" (09 de Julio de 2003), disponible en <http://globalresearch.ca/articles/SIN307A.html>.

Güell Peris, S., "Contextualización de las empresas militares y de seguridad privadas en el marco del Derecho Internacional Humanitario", *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, op. colectiva, J.M. Bosch, 2009



Gul, S., "The Secretary Will Deny All Knowledge of Your Actions: The Use of Private Military Contractors and the Implications for State and Political Accountability", *Lewis & Clark L. Rev.*, vol. 10, 2006.

Gulam, Hyder: "The rise and rise of Private Military Companies". International Peacekeeping, Frank Cass & Company Ltd.

Gumedze, Sabelo: "Towards the revision of the 1977 OAU/AU Convention on the Elimination of Mercenarism in Africa". *African Security Review* 16.4, Institute for Security Studies.

Hallo de Wolf, A., "Modern *Condottieri* in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law", *Ind. J. Global Legal stud.*, vol. 13, 2006.

Hampson, F. J. "Mercenaries: *Diagnosis before Prescription*", *Neth. Y. B. Int'l L.*, vol. 22, 1991.

Harvey, T. B., "Wrapping Themselves in the American Flag: The Alien Tort Statute, Private Military Contractors and U.S. Foreign Relations", *St. Louis U. L.J.*, vol. 53, 2008-2009.

Haynes, D., *New Iraqi Law Will Bring Tighter Controls Over Private Security Firms*, Times Online (London), 30 de octubre de 2007, [www.timesonline.co.uk/tol/news/world/iraq/article2772974.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/iraq/article2772974.ece).

Henckaerts, J.M y Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Rules, ICRC y Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Henry, P.T. "Memorandum Thru Administrative Assistant to the Secretary of the Army, Director of Army Staff". US Department of the Army, Office of the Assistant Secretary, Manpower and Reserve Affairs, Se puede consultar en el sitio de Internet del Center for Public Integrity. *Vide* [www.publicintegrity.org/wow/report](http://www.publicintegrity.org/wow/report).

Herbst, Jeffrey. "The Regulation of Private Security Forces". En Greg Mills y John Stremlau eds., *The Privatization of Security in Africa*. Preparado por la Conferencia sobre la privatización de la Seguridad en África, llevada a cabo por el Instituto de Asuntos Internacionales de Sudáfrica, Pretoria, 1999.

Higgins, A. "US Rejects UN Mercenary Report".

Hoffman, M., "Geneva Conventions Struggle to Contain Modern War", *Journal of International Peace Operations* de la International Peace Operations Association (IPOA), vol.2, número 4 enero-febrero 2007.

Hoffman, M., "Emerging combatants, war crimes and the future of international humanitarian law", *34 Crime, Law & Social Change* 99, 2000.

Holmqvist, C., *Private Security companies: The Case for Regulations*, SIPRI policy Paper N° 9, enero 2005.

How, H., "Private security forces and African stability: the case of Executive Outcomes", *Journal of Modern African Studies*, vol. 36, nº 2, 1998.

Hudson, M.O., 2 *Y.B. Int'l. Comm'n* 24, 26 U.N. Doc. A/CN.4/Ser.a/1950/Add.1., de 6 de junio de 1957.

Huntington, S.P., *The soldier and the State: the Theory and Politics of civilian-military relations*, Belknap Press, 1957.

"*The Responsibility to Protect*", Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development Research Centre, Ottawa, Canada, 2001.

ICRC *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/ Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

IPOA, *Ayudando el Mandato de MONUC con Servicios Privados en la República Democrática del Congo*, Presentación, 2003. <http://ipoaonline.org/publications/reports>.

Isenberg, D. *A Fistful of Contractors: The Case for a Pragmatic Assessment of Private Military Companies in Iraq*. BASIC Research Report 2004.4. London and Washington, D.C.: British-American Security Information Council.

Isenberg, D., *Soldiers of Fortune Ltd.: A Profile of Today's Private Sector Corporate Mercenary Firms*, Center for Defense Information, 1997.

Ipsen, K., "Combatants and Non-Combatants", en *The handbook of international humanitarian law*, Dieter Fleck ed., 2ª ed., 2008.

Jackson, K., "Not Quite a Civilian, Not Quite a Soldier: How Five Words Could Subject Civilian Contractors in Iraq and Afghanistan to Military Jurisdiction", 27 *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary*, 2007.

Jägers, N. "Corporate Human Rights obligations: in search of accountability", *Intersentia, School of Human Rights Research Series* Vol. 17, 2002.

Jennings, K.M., "Armed Services: Regulating the Private Military Industry", *New Security Programme, Fafo-report* 532, 2006.

Jordan, C.S., "Who Will Guards? The Accountability of Private Military Contractors in Areas of Armed Conflict", *35 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 309, 2009.

Jordán Enamorado, J.: "Una nueva era en la historia del conflicto", *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, diciembre 2001.

Kaldor, M.: "*Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*". Kriterion. Tusquets Editores. 1ª Ed., 2001.

Kalshoven, F., "Reaffirmation and development of International humanitarian law applicable in armed conflicts", *8 Netherlands Yearbook of International Law* 107, 1977.

Kalshoven, F., "The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999.

Kassebaum, D., "A question of Facts-The Legal Use of Private Security Firms in Bosnia", *38 Colum. J. Transnat'l L.* 602, 2000.

Kaurin, P., *When Less Is Not More: Expanding the Combatant/Noncombatant Distinction*, en Michael W. Brough, John W. Lango, Harry Van Der Linden, Rethinking the just war tradition, eds., 2007.

Keegan, J., *A History of Warfare* 228, 1993.

Kennedy, D., *Of War and Law*, 1954.

Kennedy, P., *The Rise and Fall of the Great Powers*, Londres, 1989.

Kidane, W. The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law, *38 Denv. J. Int'l L. & Pol.* 361 2009-2010.

Kinley, D., y Tadaki, J., "From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law", *44 VA. J. Int'l L.*, 2004.

Kinsey, C., *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, Londres, 2006.

Knoops, A.: *The Prosecution and Defense of Peacekeepers under International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2004.

Krahmann, E., "Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation", *14 Eur. Sec.* 277, 2005.

Krahmann, E., *Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A case of Norm Change?*. Peace Research Institute Frankfurt

(PRIF). PRIF Report nº 88, 2009. Disponible en [www.humansecuritygateway.com/documents/PRIF](http://www.humansecuritygateway.com/documents/PRIF)

Krahmann, E., "Regulating private military companies: What role for the EU?", *Contemporary Security Policy* nº 26, 2005.

Krahmann, E., "The Privatization of Security Governance: Developments, Problems, Solutions", *Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Außenpolitik (AIPA)*, AIPA 1/2003 (Lehrstuhl Internationale Politik, University of Cologne: Cologne, 2003.

Krane, J., *Private Firms Do US Military's Work*, Associated Press, 29 de octubre de 2003.  
<http://www.globalpolicy.org/security/peacekpg/training/1029private.htm>

Kuzmin, A.S., "Defining prohibited activities for PMSCs", documento presentado en la *Eastern European Group and the Central Asia Regional Consultation on the Effects of Activities of Private Military Security Companies on the Enjoyment of Human Rights: Regulation and Oversight*, marzo 2009.

Kwakwa, E. "The current status of mercenaries in the law of armed conflict", *14 Hastings International & Comparative Law Review* 67, 1990.

Laborie Iglesias, M.A., "La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos", *Cuadernos de estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Centro Nacional de Inteligencia, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, agosto 2010

Laguna Sanquirico, F. "Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa" Obra conjunta, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"* Bosch Editor, 2009.

Laguna Sanquirico, F., "Interrogantes sobre el proyecto de profesionalización de la tropa", *Boletín del CESEDEN* nº 285, Ministerio de Defensa, 2004.

Laguna Sanquirico, F. y Díaz Moreno, A., "La Externalización en el Marco de la Defensa Nacional". *Boletín de Información* nº 289, CESEDEN, Madrid, 2005.

Latham, A., "The Transformation of War", incluido en Snyder, C.A. (editor). *Contemporary Security and Strategy*, segunda edición, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2008.

Lehnardt, C., "Proposals for possible guidelines and basic principles encouraging further respect and protection of human rights on the part of PMCs".

- Lewin, A. y Anjak, F., "Principes communs aux Organisations Internationales", *Juris-Classeurs de Droit International*, fasc. 112, París, 1989.
- Lewis, A.R., "Conscription, the Republic, and America's Future", *89 Mil. Rev.* 15, 2009.
- Lilly, D. "The privatization of security and peacebuilding: a framework for action", *International Alert*, septiembre 2000.
- Macías Castillo, A., "Culpa in eligendo y culpa in vigilando", *Actualidad Civil*, nº 15, 2007.
- Maguire, P., *Law and War: an American Story*, 2000.
- Mandel, R. *Armies without States: The Privatization of Security*, Lynne Reinner Publishers 2002.
- Mandel, R., *Ejércitos sin Estados: la privatización de la seguridad*, Boulder Co. Lynne Reinner, 2002.
- Mandernach, C.J., *Warriors without Law: Embracing a Spectrum of Status for Military Actors*, *7 Appalachian Journal of Law* 137, 2007-2008.
- Mandernach, C.J. "Warriors without Law: Embracing a Spectrum of Status for Military Actors", *7 Appalachian Journal of Law* 137, 2007-2008.
- Mando de Adiestramiento y Doctrina, "La Externalización en Operaciones". Ejército de Tierra, septiembre 2007.
- Mangas Martín, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992.
- Maquiavelo, N., *El Príncipe*, Edición electrónica de [www.philosophia.cl/](http://www.philosophia.cl/) Escuela de filosofía Universidad Arcis.
- Maquiavelo, N., *The Chief Works and Others*, Duke University Press, Durham, N.C., 1965.
- Martin, S., "Las Naciones Unidas y las compañías de seguridad privadas: su responsabilidad en los conflictos", *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos* del instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto 2007
- McGahan, A. y Baum, J., "Outsourcing war: the transaction cost dynamics of private military companies after the Cold War", artículo presentado en la Conferencia de verano de la CBS - Copenhagen Business School, 2009.

McIvor, P., "Private Peacekeeping-Opportunity or Impossibility" en *Peacekeeping & International Relations*, noviembre-diciembre 1998, vol. 27.

McNaylor, M., "Mind the "Gap": Private Military Companies and the Rule of Law", 5 *Yale J. Int'l Aff.* 44, 2010.

Mehra, A., "Bridging Accountability Gaps – The Proliferation of Private Military and Security Companies and Ensuring Accountability for Human Rights Violations", 22 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 323, 2009-2010.

Michaels, J.D., "Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War", 82 *Washington U. L. Q.* 1001, 2004.

Maside Miranda, L., "Los mercenarios a la luz del Derecho Humanitario". *Revista Española de Derecho Militar*, nº 67. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Ministerio de Defensa.

McGahan, A. y Baum, J., "Outsourcing war: the transaction cost dynamics of private military companies after the Cold War", 2009.

McIntyre, A. y Weiss, T., *Weak Governments in Search of Strength: Mercenaries and Private Military Companies*, en *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Simon Chesterman y Chia Lehnardt eds., Oxford University Press, 2007,

Melzer, N., *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. International Committee of the Red Cross, Ginebra, mayo 2009.

Mettraux, G., "Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", 43 *Harvard International Law Journal* 231, 2002.

Michaels, J.D., "Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War", 82 *Washington U. L.Q.* 1001, 2004.

Milliard, T.S., "Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies", 176 *Mil. L. Rev.* 1, 2003.

Minow, M., "Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, and Democracy", 46 *B.C. L. REV.* nº 62, 2005.

Mockler, A., *The Mercenaries* 43, 1969.

- Mockler, A.: *The New Mercenaries*, Paragon House, New York, 1987.
- Mockler, A., *The New Mercenaries*, Sidgwick & Jackson, London 1985.
- Moir, L., “*The Law of Internal Armed Conflict*”, *43 Harvard International Law Journal* 231, CUP, Cambridge, 2002.
- Morales Utrabo, F., *Boletín de Información del CESEDEN*, nº 254, Ministerio de Defensa, año 1998.
- Morgan, R., “Professional Military Firms under International Law”, *9 Chi. J. Int’l.* 213, 2008-2009.
- Moro, T., *Utopía*, Editorial Planeta, traducción de Joaquim Malafre Gavaldà, Barcelona, 2003.
- Münkler, H., “Las guerras del siglo XXI”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 849, 2003.
- Muro Martínez, R., “El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas”, en *Boletín Económico de ICE*, 21 al 27 de febrero de 2000.
- Murphy, R.: “La formación en derecho internacional humanitario para las operaciones multinacionales de apoyo a la paz. Lecciones aprendidas de la experiencia”. *RICR* nº 840.
- Musah, A.F., y Fayemi, J. (eds.), “Mercenaries”, Pluto Press, Londres, 2000.
- Musah A. y. Fayemi ,J.K (eds.) *Mercenaries: An African Security Dilemma*, Pluto Press, London, 2000.
- Newell, V. y Sheehy, B., “Corporate Militaries and States: Actors, Interactions, and Reactions”, *41 Texas International L.J.*, 2006.
- Núñez Villaverde, J.A., “Privatización e internacionalización del uso de la fuerza: los mercenarios como lacra del marco de seguridad del siglo XXI”, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas*, Bosch, 2009.
- O’Brien, K.A., “Private Military Companies and African Security 1990-98”, *Mercenaries: An African Security Dilemma* 43, Abdel-Fatau Musah y J. Kayode Fayemi eds., 2000
- O’Harrow, R. y Hedgpeth, D., Building Blackwater; Founder Seeks “Better, Smarter, Faster” Security as History, Iraq Shape the Firm’s Fortunes, *Washington Post*. 13 de octubre de 2007.

- O'Neill, B., "Is it mercenary to join military for perks not war?" *Christian Science Monitor*, Londres, 01 de junio 2004.
- Oppenheim, L., *International Law: Disputes, War and Neutrality*, H. Lauterpacht, ed., Longmans Green, 7ª ed., 1952.
- Orihuela, E., "*Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*". Mc Graw-Hill, 1998.
- Orti Pérez, J.M., "La concepción de la guerra y de la milicia en Maquiavelo" en *Boletín de Información del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN)* nº 285, Ministerio de Defensa, Madrid, 2004.
- Ortiz, C., "Compañías militares privadas: hacia la transformación del Estado y la nueva gerencia pública de la seguridad", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, nº 9, octubre 2008, GERI-UAM.
- Ortiz, C., "Regulating private military companies: States and the expanding Business of Commercial security provision", en *Global Regulation. Managing Crises After the Imperial Turn*. L. Assassi, D. Wigan y K. van der Pijl (eds.), Nueva York, 2004.
- Parada Vázquez, R., "Modelos de función pública y función pública militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995.
- Parillo, N. "The De-privatization of American Warfare: How the U.S. Government Used, Regulated, and Ultimately Abandoned Privateering in the Nineteenth Century", *19 Yale J.L. & Human.*
- Parsons, A., *From a Cold War to Hot Peace: UN Interventions 1947-1995*, London: Penguin, 1995.
- Parsons, A., *From a Cold War to Hot Peace: UN Interventions 1947-1995*, Penguin, London, 1995.
- Pastor Palomar, A.: "Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008-2.
- Percy, S., *Regulating the Private Security Industry*, International Institute for Strategic Studies, 2006.
- Pereyra, D.: *Mercenarios, Guerreros del imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*. El Viejo Topo, Madrid, 2007.



Pérez de Francisco, E., *Lecciones de derecho humanitario bélico*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2002.

Perlo-Freeman, S. y Sköns, E., “The Private Military services Industry”, *SIPRI Insights on Peace and Security*, nº 2008/1, septiembre 2008.

Perret, A., “Latin-America experience and lessons for regulation. Draft Report for the UN working Group on the use of mercenaries”, University of Externado de Colombia, Bogotá, octubre 2008.

Perrin, B., “Promoting Compliance of Private Security and Military Companies with International Humanitarian Law”, *88 Int'l L. Rev. Red Cross* 613, septiembre 2006.

Pfanner, T., “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitarios”, *Revista Internacional de la Cruz Roja* nº 857, 2005.

Pictet, J., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, CICR, Plaza y Janés Editores.

Pictet, J., *The Geneva Conventions of 1949: Commentary III Geneva Convention*; International Committee of the Red Cross, Geneva, 1952.

Pozo Serrano, P. y Hernández Martín, L., “El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia de Irak”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007.

Pozo Serrano P., “El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”. *Athena Intelligence*, 19 de diciembre de 2007. *Athena Paper*, Volumen 2, nº 24.

Powel, C., Remarks to the National Foreign Policy, Conference for Leaders of Nongovernmental Organizations, 26 octubre 2001.

*Quadrennial Defense Review* de 30 de septiembre de 2001 Us Department of Defense. Vide [www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf](http://www.defenselink.mil/pubs/qdr2001.pdf)

Quéguiner, F., “Direct participation in hostilities under International humanitarian law”, Working Paper, *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, noviembre de 2003.

Reinares, F., “Pasado y presente del terrorismo” en *Revista Guardia Civil*, Julio de 1998.

Reisman, M., “The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differences in Their Application”, en Wolfrum &

Roben, *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, 2005.

Remiro Brotóns, A.: *Derecho Internacional Obra Colectiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

Reymands, L., "À la guerre comme à la guerre: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N°864, 2006.

Ridlon, D.P., "Contractors or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq", *62 A.F. L. Rev.* 199, 2008.

Riley, J. y Gambone, M., "Men with guns", *28 Wisconsin Int'l L.J.* 39, 2010.

Roseman, N., "The privatization of Human Rights Violations"-Business' impunity or Corporate Responsibility? The case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq", en *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, N.1, 2005.

Roucounas, E., *Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration*, en *International Responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter* 391, Maurizio Ragazzi ed., 2005.

Rubin, A.P., "The Status of rebels under the Geneva Conventions of 1949", *21 ICLQ* 472, 1972.

Salzman, Z., "Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation", *40 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 853, 2008.

Sandoz, Y., Swinarski, C. y Zimmerman, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

Sánchez Guerrero, M., Comandante de la Guardia Civil. La Externalización de Servicios. Monografía del VII Curso de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. CESEDEN. Madrid, 30 de abril de 2006.

Salzman, Z., "Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation", *40 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 853, 2008.

Sassöli, M. y Bouvier, A., *How does Law Protect in War?* International Committee of the Red Cross, Ginebra 1999.

Sassöli, M. y Cameron, L., "The protection of civilian objects: Current state of the law and issues de lege ferenda", en N. Ronzitti y G. Venturini (eds.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, eleven international publishing, Utrecht, 2006.

Saura Estapá, J., "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí", *Revista electrónica de Estudios internacionales*, 2010.

Scahill, J., *Blackwater. El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Piados, Barcelona 2008.

Schmeidl, S., "Case Study Afghanistan- Who Guards the Guardians? En *Private Security Companies and Local Populations: An Exploratory Study of Afghanistan and Angola*. Swisspeace report, Noviembre 2007.

Schmeidl, S., "When nobody guards the guards: The quest to regulate private security companies in Afghanistan", *Sicherheit und Frieden*, vol. 4, otoño 2008.

Scheimer, Michael "Separating Private Military Companies from Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support that Reflects Customary International Law", *24 Am. U. Int'l L. Rev.* 609, 2008-2009.

Schmitt, M.N., "Reevaluating the Rules of the Game in a New Century: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *5 Chi. J. Intl. L.*, 2005.

Schreier, F. y Caparini, M., "Privatising Security Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies", Geneva Center for the democratic control of Armed Forces (DCAF) Occasional Paper nº 6, Ginebra, marzo 2005.

Seyersted, F., "International personality of intergovernmental organizations", *The Indian JIL* nº 4, 1964.

Shearer, D., "Outsourcing War", *112 Foreign Policy*, 1998.

Sheehy, B., y Maogoto, J.N., "The Private Military Company - Unravelling the Theoretical, Legal & Regulatory Mosaic", *15 Ilsa J. Int'l & Comp. L.* 147 2008-2009.

Shaw, M.N., *International Law*, Cambridge University Press, 5ª ed., Cambridge, 2003.

Sheldon, J.M., "Nuclear Weapons and the Laws of War: Does Customary International Law Prohibit the Use Of Nuclear Weapons in All Circumstances?", *20 Fordham Int'l L.J.*

Schulze, H., *Estado y nación en Europa*, Crítica, Barcelona, 1997.

Singer, P.W., "War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military firms and International Law", *42 Columbia J. Transnat'l L.*, 2004.

Singer, P.W., Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) policy paper on the private military industry and Iraq: what have we learned and where to next? Geneva, nov. 2004.

Singer, P.W., Foreign Policy, *Policy Paper*, nº 4, de 30 de septiembre de 2007.

Singer, P.W. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca and London: Cornell University Press, London, 2003.

Singer, P.W., "Outsourcing War", *Foreign Affairs*, Vol. 84, nº 2, marzo-abril 2005.

Smith, E., "The New Condottieri and U.S. Policy: The Privatization of Conflict and its Implications", *Parameters*, invierno 2002-2003.

Sobrino Heredia, J.M., "La determinación de la personalidad jurídica de las ONGs. Contribución del Consejo de Europa", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 42, nº 1, 1990.

Sommaruga, C., Discurso de 5 de marzo de 1993 en la XXV reunión de la Academia de la Paz y de la Seguridad Internacional, *CICR*, mayo-junio 1993, nº 117.

South, N., *Policing for Profit: the Private Security Sector*, Sage, London 1988.

Spear, J., "Market Forces: The Political Economy of Private Military Companies", *New Security Programme*, FAFO Report 531, 2006

Spearin C., "Private Security Companies and Humanitarians: A Corporate Solution to Securing Humanitarian Spaces?", *International Peacekeeping*, Vol. 8, Nº 1, Frank Cass Eds., London, Primavera 2001.

Spearin, C., "American Hegemony Incorporated: The Importance and Implications of Military Contractors in Iraq". *Contemporary Security Policy*, vol. 24, nº 3, diciembre 2003.

Stevenson, D., "Privatization of Welfare Services: Delegation by Commercial Contract", *45 Arizona L. Rev.* 83, 2003.

Stinnett, N., *Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses*, *28 Boston College Int'l & Compl L. Rev.* 211, 2005.

Sullivan, S.M., "Private Force / Public Goods", *Connecticut Law Review*, vol 42, nº 3, 2010.

Super, D.A., "Privatization, Policy Paralysis, and the Poor", *96 California L. Rev.* 393, 2008.

Talijaard, R., "Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act" en Alan Bryden y Marina Caparini (eds.), *Private Actors and Security Governance*, 2006.

Tarzwell, A., In search of Accountability: Attributing the Conduct of Private Security Contractors to the United States Under the Doctrine of State Responsibility, *11 Oregon Rev. Int'l L.* 179, 2009.

Taussig-Rubbo, M., "Outsourcing Sacrifice: The Labor of Private Military Contractors", *21 Yale J. L. & Human* 101, 2009.

Taylor, T., *The anatomy of the Nuremberg Trials: A personal Memoir* 6, New York, 1992.

Teitelbaum, A., *La armadura del capitalismo*, Icaria, Barcelona, 2010.

Thomson, J.E., *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns, State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton University Press 1994.

Thornton, T.P., *Terror as a weapon of political agitation*, H. Exkstein (ed.), Internal War, Collier-Macmillan, Londres, 1964.

Tzeuschler, G.G.A., "Corporate violator: The alien tort liability of transnacional corporations for human Rights abuses abroad", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 30, 1999.

Urquhart, B., "Por unas fuerzas voluntarias de la ONU", *New York Review of Books*, vol. 40, nº 11, 1993.

U.S. Dep't of the Army, Army Field Manual Nº 3-100.21, Contractors on the Battlefield, 2003, disponible en [www.osc.army.mil/gc/files/fm3\\_100x21.pdf](http://www.osc.army.mil/gc/files/fm3_100x21.pdf).

Vignolles, J.M., *De Carthage a Bagdad; Le Nouvel Age d'or des Mercenaires*, Les Éditions des Riaux, Paris, 2006.

Waddington, "Court Martial: Process and Procedure", 20 de julio de 2007, <http://ucmjdefense.blogspot.com/2007/07/courts-martial-process-and-procedure.html>.

Walker, C., *A Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, OUP Oxford, 2002.

Walker, C. y Whyte, D., "Contracting Out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom", *54 Int'l & Comp. L. Q.* 651, 2005.

Wardlaw, G.: *Terrorismo político. Teoría, táctica y contramedidas*, Colección "Ediciones Ejército" (Servicio de Publicaciones del E.M.E.), Madrid, 1986.

Watkin, K., "Warriors without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle over Legitimacy", Harvard University, *HPCR Occasional Paper Series* N°. 2, Cambridge, Mass., 2005.

Wayne, L., *America's for-profit secret army*, New York Times, 2002.

Weber, M., *Economía y Sociedad*, FCE; México, 1979.

Weber, M., *Theory of Social and Economic Organization*, New York: Free Press, 1964,

Weissbrodt, D. y Kruger, M., "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", *97 AM. J. Int'l L* 901, 2003.

Williamson J.A., "Status and Obligations of Mercenaries and Private Military/Security Companies under International Humanitarian Law", *Elimination of Mercenarism in Africa*, Institute for Security Studies (ISS), Pretoria, South Africa.

Wilkinson, P., *"Terrorism and the Liberal State"*, Mcmillan, Londres, 1977.

Williamson, O.E., "Comparative Economic Organization: The analysis of Discrete Structural Alternatives" *Administrative Science Quarterly* 36, 1991.

Williamson, O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975.

Wolfrum, R., "State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance", en *International Responsibility today: Essays in memory of Oscar Schachter*, Maurizio Ragazzi ed., 2005.

Wu, E.Y., "Why Private Mercenary Companies Should Be Legitimized and Allowed to Enter the World Stage", *43 New England Law Review* 461 2008-2009. [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Yost, M.J. y Anderson, D.S., "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap", *95 Am. J. Int'l L.* 446, (2001).

Zárate, J.C., "The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder", *34 Stanford. J. Int'l L.* 75, 1998.



BORRADOR



## ANEXOS

### ANEXO 1

#### **NORMATIVA INTERNACIONAL.**

- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las FAS en campaña, de 12 de agosto de 1949.
- II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las FAS en el mar, de 12 de agosto de 1949.
- III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.
- IV Convenio de Ginebra para la protección de personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949.
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados. 1977.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 1977.
- Convención internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1980.
- Convención de la OAU para la eliminación del Mercenarismo en África, Libreville, 03 de julio de 1977.” <http://www.icrc.org/>
- Tratado de renuncia a la guerra como instrumento de política internacional, firmado en París el 27 de agosto de 1928.
- International Committee of the Red Cross. “International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 4 December 1989.” <http://www.icrc.org/>
- Convención Relativa a los derechos y Obligaciones de las Potencias Neutrales y Personas en Caso de Guerra en Tierra (V).
- Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios, fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 04 de diciembre de 1989, Resolución A/RES/44/34.
- Convención para la Eliminación del mercenarismo en África, Organización para la Unidad Africana, Libreville, 3 de julio de 1977, CM/817 CM/817 (XXXIX), Annex II, Rev. 3. Entró en vigor el 22 de abril de 1985. Rubricada por los representantes de los Estados de la OUA en la XIV Conferencia Cumbre (Libreville, julio de 1977), en vigor desde el 22 de abril de 1985.
- Convención de Tokio sobre Delitos y otros Varios Actos Cometidos a Bordo de Aviones, 1963.

- Convención de La Haya para la Supresión del Secuestro Ilegal de Aviones de 1970.
- Convención de Montreal para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1961.
- Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya II), 29 de julio de 1899.
- Declaración de París Respecto al Derecho Marítimo, 1856.
- Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000) y Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil (2000).
- OECD, Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, de 09 de junio de 2006, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf>.
- Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, G.A. Res. 3201, 7, U.N. GAOR, 6ª Sesión Especial, Suplemento N° 1, U.N. Doc. A/9559 01 de Mayo de 1974; OCDE, Mesa Redonda sobre la Responsabilidad Corporativa.
- The OECD Guidelines and Developing Countries: Building Trust, Summary (14 de junio de 2005), disponible en [www.oecd.org/dataoecd/42/23/35394320.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/42/23/35394320.pdf).
- International Law Commission's Draft on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN GAOR 55th Sess. Supp. N° 10, A/56/10.

### **Naciones Unidas:**

- Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, EEUU, el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945, de conformidad con el artículo 110 de la misma.
- Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 09 de noviembre de 1994, Doc. A/45/594.
- Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.
- Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, aprobada sin votación.
- UN Doc. E/CN.4/1997/24 (20 de febrero 1997).
- E/CN.4/2000/NGO/148, Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones, 22 de marzo de 2000.
- U.N. Doc. E/ECN.4/2005/14 (08 de diciembre de 2004). U.N Econ. & Soc. Council (ECOSOC), Comisión de Derechos Humanos, El Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación y su Aplicación a los Pueblos Bajo dominio Colonial o Extranjera u Ocupación extranjera: Uso de Mercenarios como Medio de Violar los Derechos

Humanos e Impedir el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación.

- Doc. A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.
- Doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.
- Doc. A/HRC/10/14, de 20 de enero de 2009, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los Derechos Humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.
- Interoffice Memorandum de 24 de mayo de 1978 dirigido a los Jefes de las fuerzas de las Naciones Unidas y del dirigido por el Jefe de las fuerzas de las Naciones Unidas a todos los mandos de esas mismas fuerzas, el 30 de octubre del mismo año.
- Resoluciones del Consejo de Seguridad 161 A, de 21 de febrero de 1961, 169, de 24 de noviembre de 1961 y, de la Asamblea General, 1599 (XV), de 15 de abril de 1961, en las que se pedía la retirada de los mercenarios del Congo.
- Resoluciones del Consejo de Seguridad 239, de 10 de julio de 1967 y 241, de 15 de noviembre de 1967.
- Resolución del Consejo de Seguridad 1483, U.N. Doc. S/RES/1483 (22 de mayo de 2003).
- Resolución del Consejo de Seguridad 1511, U.N. Doc. S/RES/1511 (16 de octubre de 2003).
- Resolución del Consejo de Seguridad 1546, U.N. Doc. S/RES/1546 (08 de junio de 2004).
- Resolución de la Asamblea General 2465 (XXIII), de 20 de diciembre de 1968, confirmada, en particular, por las Resoluciones 2548 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, 2708 (XXV), de 14 de diciembre de 1970, 3103 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973 y 33/24, de 29 de noviembre de 1978.
- Resolución 405 de 14 de abril de 1977.
- Informe del Grupo de trabajo sobre el tema de los mercenarios A/64/311.

#### **Unión Europea:**

- Acción común (96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996).
- Acción Común del Consejo 2000/210, de 22 de junio de 2002.
- Acción Común 1999/34/CFSP.
- Acción Común 2002/589/CFSP.

- Posición Común 2003/468/CFSP.
- Código de Conducta en la Exportación de Armas por la Unión Europea en 1998
- Regulación del Consejo nº. 1334/2000 que establece un régimen comunitario para el control de las exportaciones de bienes y tecnología de doble uso, 22 de junio 2000, Official Journal of the European Communities, L 159/1 (30 de junio 2000).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2008, sobre el Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas – No adopción de la posición común y o transformación del Código en un instrumento jurídicamente vinculante por parte del Consejo (2009/C 66 E/08).

BORRADOR

**ANEXO 2****NORMATIVA NACIONAL.****Afganistán:**

- Procedures for Regulating Activities of the Private Security Companies in Afghanistan, (Dalw 1386)

**Alemania:**

- Gesetz zur Änderung des Bewachungsgewerberechts de 23 de julio de 2002 (Bonn: Bundesgesetzblatt, Teil I, Nr.51, de 26 de julio de 2002), en <http://217.160.60.235/BGBL/bgbl1f/bgbl102s2724.pdf>.
- Código de Comercio alemán (Gewerbeordnung) desde 1927.

**Australia:**

- Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act de 1978. Disponible en [www.austlii.edu.au/au/legis](http://www.austlii.edu.au/au/legis).

**España:**

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
- Código Penal común, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, Tecnos, Madrid.
- Código Penal Militar, aprobado mediante Ley Orgánica 08/1998, de 2 de diciembre de 1998, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1995.
- Ley Orgánica 4/81, de 01 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y Ley 50/69, de 26 de abril, de Movilización Nacional.
- Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre.
- Ley Orgánica 1/92, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.
- Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada que desarrolla la ley, modificado por Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, desarrollado por la Orden de Presidencia del Gobierno PRE/2914/2009, de 30 de octubre.
- Real Decreto 491/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Comercio Exterior de Defensa y de Doble Uso.
- Orden Ministerial, de 7 de julio de 1995, sobre diversos aspectos en materia de personal.

- Orden Ministerial, de 23 de abril de 1997, sobre diversos aspectos en materia de empresas de seguridad.
- Orden Ministerial, de 23 de abril de 1997, sobre diversos aspectos en materia de medidas de seguridad.

### Estados Unidos:

- Neutrality Act (1794).
- Arms Export Control Act, Title 22, United States Code, e International Traffic in Arms Regulation, Title 22, Code of Federal Regulations.
- Intelligence Authorization Act , noviembre de 2003.
- John Warner National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2007, Pub. L. N°. 109-364, párrafo 552, 120 Stat. 2083, 2217 (2006) (enmienda la 10 U.S.C. sección 802(a) (10).
- US Alien Tort Claims Act
- U.S. Uniform Code of Military Justice (UCMJ), disponible en [www.au.af.mi/au/awc/awcgate/ucmj.htm](http://www.au.af.mi/au/awc/awcgate/ucmj.htm)
- US extension of Uniform Code of Military Justice to contractors of the Department of Defense and possibly to other State agencies en la U.S. John Warner National Defense Authorization Act for FY2007 (P.L. 109-364).
- Military Extraterritorial Act de 2000 (MEJA), Military Extraterritorial Jurisdiction, Public Law 106-523. 106th Congress EEUU, 22 de noviembre de 2000. Disponible en [www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf](http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf).
- MEJA Expansion and Enforcement Act de 2007, H.R. 2740: 2007-2008 (110º Congreso). El Proyecto pasó el trámite del Congreso el 4 de octubre de 2007 y tiene que ser votado en el Senado. disponible en [www.au.af.mi/au/awc/awcgate/ucmj.htm](http://www.au.af.mi/au/awc/awcgate/ucmj.htm).
- Orden nº 17 de la CPA, de 27 de junio de 2004, disponible en [www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf).
- US Department of State. Code of Federal Regulations, International Traffic in Arms Regulations (ITAR), Washington, DC: Department of State. 1 April 1992 (Revised Date). [http://www.epic.org/crypto/export\\_controls/itar](http://www.epic.org/crypto/export_controls/itar)
- U.S. Dep't of the Army, Army Field Manual nº 3-100.21, Contractors on the Battlefield, 2003, disponible en [www.osc.army.mil/gc/files/fm3\\_100x21.pdf](http://www.osc.army.mil/gc/files/fm3_100x21.pdf).
- Department of Defense Instruction N°. 3020.41 (3 October 2005) on "Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces".
- War Crimes Act, 18 U.S.C, 2441 (2006).

**Francia:**

- Loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaires (1). NOR: DEFX0200004L. J.O. no 89 du 15 avril 2003.

**Irak:**

- Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas entre Irak y los EEUU. Disponible en [www.cfr.org/publication/164487](http://www.cfr.org/publication/164487).
- Código penal de 1969.

**Israel:**

- Ley de investigadores privados y servicios de Guardia de 1972.
- Ley de Regulación de seguridad en las Instituciones Públicas de 1998.
- Ley de Licencias de Negocios de 1968.
- Ley de Autorizaciones para garantizar la seguridad pública de 2005.
- Código Penal de Israel de 1977.
- Ley de Control de Exportación de Defensa de 2007.

**Italia:**

- Código Penal.

**Nueva Zelanda:**

- Mercenary Activities (Prohibition) Act de 2004

**Reino Unido:**

- British Export Control Act de 2002. Export Control Act 2002 (London: The Stationery Office, 2002), disponible en [www.hmso.gov.uk/acts2002/20020028.htm](http://www.hmso.gov.uk/acts2002/20020028.htm).
- English Bill of Rights, 1689, disponible en [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/england.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp).
- Foreign Enlistment Act de 1870.
- Private Security Industry Act, de 11 de mayo de 2001.
- Reserve Forces Act, 1996, en [www.hmso.gov.uk/acts/acts1996](http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1996).

- Terrorism Act.

**Sierra Leona:**

- National Security and Central Intelligence Act. Supplement to the Sierra Leone Gazette Vol. CXXXII, N° 42, de 04 de Julio de 2002.
- Sierra Rutile Act, 1989 (reformada en 2002).

**Sudáfrica:**

- Regulation of Foreign Military Assistance Act, 1998. Republic of South Africa Government Gazette, vol. 395 Ciudad del Cabo, 20 de mayo de 1998, nº 18912; N°. 15 de 1998. Disponible en <http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1998/>
- Private Security Industry Regulation Act 56 de 2001, disponible en [www.psira.co.za/content/category/5/20/37/](http://www.psira.co.za/content/category/5/20/37/).
- Government Gazette, Republic of South Africa, 30477, 1083 Prohibition on mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Act 27, noviembre de 2006, Bill 1083-06, disponible en [www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729](http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729)
- Proyecto de Convención sobre la eliminación de mercenarios en África, presentado por un Comité de Expertos de la OUA en la Conferencia de Jefes de Estado reunida en Rabat en 1972, y Proyecto de Convención sobre la prevención y la supresión del mercenarismo, elaborado por una Comisión Internacional de Encuesta invitada a asistir en Luanda en 1976, al proceso de 13 mercenarios que habían participado en la guerra civil angoleña.

**Suecia:**

- Código sueco de Estatutos 2000: 1064, 08 de diciembre de 2000, Ley sobre el control de productos de doble uso y sobre asistencia técnica promulgada el 30 de noviembre de 2000, Sección 9, en <http://projects.sipri.se/expcon/dualuse/swe1064.htm>.

**Suiza:**

- Código Penal Militar.



**ANEXO 3****JURISPRUDENCIA.****Tribunal de Justicia Internacional:**

- Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nic. v. U.S.), 1986 TJI 14, 122, 237.
- Maffezini v. España, 16 ICSID (W. Bank) 212, 214 (2000).
- Yeager v. Iran, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 92, 102 (1987).
- Daley v. Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 232,237 (1988).

**Tribunal de Justicia Europeo:**

- Kadi & Al Barakaat v. Council & Comm'n, 2008 E.C.R.I-06351.

BORRADOR