EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO FRENTE AL USO DE LA FUERZA COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL ¿El fin de un monopolio?

M^a Ángeles CANO LINARES

SUMARIO:

CONSIDERACIONES INICIALES. I. PROBLEMAS DE CARACTERIZACIÓN DEL PERSONAL CONTRATADO POR EMPRESAS PRIVADAS MILITARES O DE SEGURIDAD. II. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN Y DIVERSIDAD DE SERVICIOS. III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. 1. *La determinación del estatuto aplicable*. 2. *El examen de la protección debida*. 3. *Comportamientos ilícitos y régimen de responsabilidad*. CONSIDERACIONES FINALES.

CONSIDERACIONES INICIALES

Vivimos en un mundo globalizado en el que emergen con extrema crudeza algunas nefastas consecuencias derivadas, o simplemente agravadas, por una globalización basada en una libertad de mercado casi absoluta. Un mundo en el que el neoliberalismo se ha ido extendiendo por doquier y ha terminado por alcanzar al propio Estado en tanto que detentador del monopolio, interior y exterior, del recurso a la fuerza armada¹.

La guerra quedó proscrita y, sin embargo, persistieron los conflictos armados que tampoco fueron ajenos a los vertiginosos cambios operados en todos los ámbitos de la sociedad. Así, entre las múltiples características novedosas de los conflictos armados actuales se encuentra la de estar sujetos o sometidos a ciertos procesos de privatización. En otros términos, este fenómeno de liberalización ha alcanzado al uso de la fuerza armada tanto en ámbito interno como en la esfera exterior de forma que hasta la guerra queda privatizada.

En efecto, en las últimas décadas varias funciones militares y de seguridad han rebasado el ámbito estatal para pasar a ser ejercidas por empresas privadas,

1. Un recurso no obstante limitado en el ámbito de las relaciones internacionales por la prohibición recogida en el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas (CNU), expresión de norma general de carácter imperativo, con las excepciones recogidas asimismo en la CNU (legítima defensa individual y colectiva y el sistema de seguridad colectiva con la competencia del Consejo de Seguridad establecida en su Capítulo VII).

rompiendo los tradicionales convencionalismos acerca del Estado, del uso de la fuerza y de la exclusividad en las funciones de seguridad y defensa. Por ello, tanto el modelo de Estado con el monopolio sancionador y del control y uso de la fuerza como el concepto de seguridad se nos presentan hoy tan escurridizos².

Sin duda, este fenómeno privatizador se manifiesta de formas muy diferentes que fluctúan desde el proceso de privatización de la asistencia humanitaria hasta el de la protección de las inversiones internacionales en conflictos armados³. El presente trabajo aborda la cuestión exclusivamente desde el punto de vista de las empresas privadas militares y de seguridad y de los interrogantes y retos que la presencia de estos “nuevos protagonistas” de los conflictos armados plantean esencialmente en la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH)⁴.

Para ello, recogeré los rasgos más significativos en los que, en mi opinión, se encuadra esta nueva realidad, para pasar a determinar hasta qué punto ésta es

2. MÜNKLER, H., “Las guerras del siglo XXI”, *RICR*, n° 849. “En un pasaje de su obra *De la guerra*, el teórico prusiano de la guerra Carlos de Clausewitz describió la guerra como ‘un verdadero camaleón’, que cambia permanentemente y adapta su apariencia a las variables condiciones sociopolíticas en que se libra. Clausewitz explicó esta metáfora distinguiendo tres elementos de la guerra: la violencia intrínseca de sus componentes, la creatividad de los estrategas y la racionalidad de quienes toman las decisiones políticas”. AGUIRRE, M., “El debate sobre la seguridad en la globalización”, *PASOC*, año 15, n° 3 (julio-septiembre 2000); BAILES, A.J.K. “Introduction. Global Security Governance: a World of Change and Challenge”, *SIPRI* (2005); ABBOT, C., ROGERS, P., SLOBODA, J., “Respuestas globales a amenazas globales. Seguridad sostenible para el siglo XXI”, *27 Working Paper*, FRIDE, Oxford Research Group, noviembre 2006; LEANDER, A., “Failed States, Fading Security: Globalisation and the Eroding State Monopoly of Legitimate Violence”, *CPRI*, København.

3. Problemática abordada por PASTOR PALOMAR, A., “La protección de las inversiones extranjeras en conflictos armados y situaciones de emergencia”, *Agenda Internacional*, año XIII, n° 24, *IDEL*, pp. 295-306; vid. Asimismo, *Business and Security Public-Private Sector Relationships in a New Security Environment*, Ed. A.J.K.Bailes, SIPRI, Oxford University Press, 2004. Pueden igualmente considerarse como manifestaciones privatizadoras el papel creciente de las ONGs, la gerencia de programas internacionales por ONGs; el concepto de responsabilidad social de las multinacionales; el uso de civiles como arma y el incremento víctimas civiles; el fenómeno de las empresas de distinto tipo que operan en esos escenarios; la necesidad de asegurar los beneficios de la inversión en zonas de conflictividad potencial, etc. A título ilustrativo, “Les entreprises et le droit international humanitaire”, *www.cicr.org* y RANA, R., “Los desafíos contemporáneos en la relación entre civiles y militares: ¿complementariedad o incompatibilidad?”, *RICR*, n° 855 (2004), *www.cicr.org*; SPEARIN, C., “Private Security Companies and Humanitarians: A Corporate Solution to Secure Humanitarian Spaces?”, *International Peacekeeping*, vol. 8, n° 1 (2001), pp. 20-43.

4. SANDOZ, Y., “International Humanitarian Law in the Twenty-First Century”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 (2003), pp. 3-40.

novedosa y proseguir, en un tercer y cuarto apartado con los sectores en los que se pueden plantear las mayores dificultades⁵.

Entiendo que son tres, en esencia, los rasgos relevantes de la actual sociedad internacional que permiten encuadrar esta nueva realidad:

i) Ante todo, la presencia indiscutible de *actores no estatales* que, cada vez con mayor frecuencia, irrumpen con creciente relevancia en la escena internacional y suscitan nuevas incógnitas en prácticamente todos los sectores del Derecho Internacional, se configura como primer rasgo relevante. El concepto de actor no estatal trasciende el ámbito de los conflictos armados pero, circunscrito a actores potencialmente implicados en el uso de fuerza armada, se puede entender por tales a los grupos armados que operan fuera del control estatal, que usan la fuerza para alcanzar objetivos políticos, cuasi-políticos o de otro tipo⁶. A pesar de esta reducción, entre ellos persiste una tremenda diversidad

5. La existencia de empresas privadas militares y de seguridad no puede ser cuestionada ya que están registradas legalmente en diferentes Estados y siguen, como toda actividad empresarial moderna, las más actuales técnicas de comercialización. Sirvan como botón de muestra estas referencias a algunas de ellas, las más conocidas por sus actividades en diferentes zonas: *Executive Outcomes*, *DynCorp Internacional*, con presencia acreditada en Bosnia-Herzegovina, acusada de participar en tramas de prostitución y explotación sexual; *MPRI (Military Professional Resources Incorporated)*, con presencia en Croacia y funciones de entrenamiento del Ejército; *DSC (Grupo Armor)*, con actividades en Colombia, acusada de recopilar datos de inteligencia y de actuaciones contra los campesinos y los líderes sindicales; *Air Scan*; *Sandline International*, con actividad en Papua Nueva Guinea (contratada para sustituir en algunas funciones a las FAS); *CACI*, *Ever Vigilant* y *TITAN*, *Sicherheits GmbH*, con actividades en Iraq, aparentemente involucradas en los crímenes de Abu Grahib o al menos con presencia en el lugar; *Executive Outcome*: Guinea Ecuatorial; Iraq y Afganistán: *Blackwater*, *Triple Canopy*. La existencia de las empresas señaladas ha sido contrastada por la información publicada en Internet, los datos relativos a las actividades denunciadas han sido tomados del miembro del Grupo de Trabajo sobre Mercenarios de la ONU y actual Presidente, J.L. GÓMEZ DEL PRADO, “*Algunas tendencias emergentes en torno a las actividades de un nuevo agente no estatal: las compañías privadas militares y de seguridad*”, www.frider.org, septiembre 2006; MORALES, G., “Los nuevos mercenarios”, *Defensa*, Año XX, n° 337 (mayo 2006), pp. 10-18.

6. Ello implica una muy amplia gama de posibilidades. Entre ellos, con carácter no exhaustivo, grupos rebeldes de oposición, movimientos de liberación, milicias locales, los vigilantes, los señores de la guerra, las fuerzas de defensa civil, los grupos paramilitares, las empresas privadas que proporcionan servicios milites y de seguridad. A título ilustrativo, O’CONNELL, M.E., “Enhancing the Status of Non-State Actors Through a Global War on Terror?”, *HeinOnline*, *Columbia Journal Transnational Law*, n° 43, 2004-2005, pp. 436-457; HOLMQUIST, C., “Engaging Armed Non-State Actors in Post-Conflict Settings”, Bryden, A. and Hänggi, H. (eds.), *Security Governance and Post-conflict Peacebuilding*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, DCAF (Berlin: Lit Verlag, 2005, pp. 45-68); SLAUGHTER, A.M., “Rogue Regimens and the Individualization of International Law”, *New England Law Review*, vol. 36, n. 4, pp. 815-824; EWUMBUE-MONONO, Ch., “Respect for International Humanitarian Law by

que abarca desde las entidades territoriales no estatales a los grupos o células terroristas, desde los grupos armados no estatales a los mercenarios y/o a las compañías privadas de seguridad y defensa⁷. A ello se debe asimismo que la relación entre el Estado y estos actores no estatales sea ambivalente y confusa tanto durante el conflicto armado *strictu sensu* como en los períodos posteriores, de reconstrucción y consolidación de la paz⁸.

ii) Ello nos lleva al segundo rasgo singular como marco de la cuestión: la *evolución* camaleónica de los *conflictos armados* que revisten, en la actualidad, características muy distintas a las del pasado. Se ha producido una clara evolución en la tipología de los conflictos. Sin profundizar en ello, conviene recordar algunos de sus aspectos contemporáneos: escaso número de enfrentamientos interestatales, mayoría de conflictos internos, conflictos asimétricos, de baja intensidad, con tendencia a prolongarse en el tiempo, presencia de grupos armados no estatales y diversidad de actores con motivaciones y reivindicaciones diversas; coexistencia de diferentes formas de enfrentamiento, a menudo superpuestas y mezcladas, con consecuencias a nivel local, regional y global; fuerte competencia por el acceso a los recursos naturales indispensables e intereses económicos en general que estimulan la lucha por el control del territorio; superioridad cuantitativa del número de víctimas civiles; difuminación de la frontera entre conflicto armado y violencia interna, etc.⁹.

Armed Non-state Actors in Africa”, *IRRC*, vol. 88, n. 864, pp. 905-924. Ante esta pluralidad resulta necesario recordar que todas las partes en un conflicto armado tienen la obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario lo que no implica negar las dificultades extremas en cuanto a los mecanismos de verificación. A este tema fue dedicado el Coloquio de Brujas de septiembre de 2003 y, en concreto el segundo grupo, dirigido por Thedor Meron. Con respecto al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por grupos armados no estatales, a título ilustrativo, el Informe del CICR, tras el Seminario del Grupo de Expertos (Ginebra, octubre 2003), “Reforzar el respeto del Derecho Internacional Humanitario”, que en su parte III se planteó “¿Cómo se puede hacer mejor rendir cuentas a los grupos armados por el acatamiento del derecho internacional humanitario?”, SASSOLI, M., “Legal Mechanisms to improve compliance with IHL by armed groups”, pp. 97-104; DEYRA, M., “Pour un meilleur respect du DIH par les groupes armés non-étatiques pendant un conflit armé”, pp. 105-113; CLAPHAM, A., “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *IRRI*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 491-523.

7. La equiparación o no de estas empresas con la figura del mercenario es uno de los puntos que se desarrolla más adelante, dependiendo la solución de la actividad específica que haya sido contratada.

8. Los datos en relación con los conflictos armados son incuestionables: es indubitada la presencia en ellos de grupos armados no estatales.

9. Todo ello implica nuevos retos en la aplicación del DIH cuya observancia incumbe a todas las partes en conflicto. KELLENBERGER, J., “*Los desafíos que afrontan el DIH y el CICR*”,

Además, los actores no estatales que intervienen en ellos se caracterizan, hoy en día y en varias zonas de conflicto, por dos tendencias contrapuestas. Unos, por un lado, manifiestan una creciente inestabilidad y una tendencia a fragmentarse en subfacciones bajo nuevos mandos o entidades con una organización laxa. Otros, en cambio, tienen dimensiones y fines transnacionales. Por otro lado, dado que los factores económicos tienen un gran peso en la dinámica de los conflictos, algunos de estos actores practican formas diversas de deprecación económica¹⁰.

Todo ello comporta y facilita que, en el contexto actual de los conflictos armados y de las situaciones internas de violencia, ya no sean los Estados los únicos responsables de garantizar la protección de la población civil, ni los recursos naturales, ni la seguridad de ciertas instituciones básicas.

iii) La tercera característica contextual deriva de la señalada inicialmente, la globalización económica y el libre mercado en expansión. Ello implica un *marco de privatización* de numerosas y diversas actividades, algunas de las cuales habían sido consideradas tradicionalmente como propias y exclusivas del ámbito estatal. Entre estas actividades que se han ido deslizándose desde el sector público al de la libre competencia de mercado se encuentra el uso de la

Declaración, 19 de octubre de 2006. “*El Derecho Internacional Humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*”, informe CICR, XXVIII Conferencia CICR Ginebra, diciembre 2003; HERRMANN, I.; PALMIERI, D., “Les nouveaux conflits: une modernité archaïque?”, *RICR*, vol. 85, n° 849, pp. 23-44; PFANNER, T., “Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action”, *IRRC*, vol. 87, n° 857 (marzo 2005), pp. 149-174. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Delimitación de los conflictos armados”, en *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., CEDIH, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 151-190. En este contexto y desde el punto de vista operativo, el mayor reto es el de comprender adecuadamente la diversidad de situaciones de conflicto y de violencia así como responder adecuadamente a las múltiples necesidades de las personas afectadas. KRÄHENBÜHL, P., “Introducción”, Panorama de las actividades operacionales del CICR en 2007, www.cicr.org. La evolución continua y términos tales como conflictos armados extraestatales o guerras por intermediación salen a la luz. SCHÖNDORF, R.S., “Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?”, [\server05\productN\NYI\37-1\NYI101](http://server05/product/N\NYI\37-1\NYI101); ROBERT, G., “Problème actuel du Droit International Humanitaire”, *The two Additional Protocols to the Geneva Conventions: 25 Years later: Challenges and Prospects: Proceedings*; ed. by Guido Ravasi, Gian Luca Beruto, 2004, pp. 200-204; REYDAMS, L., “À la guerre comme à la guerre: Patterns of Armed Conflict, Humanitarian Law. Responses and New Challenges”, *IRRC*, vol. 88, n° 864, pp. 729-756.

10. Dado que los conflictos actuales tienden a ser largos, a prolongarse hasta volverse crónicos y, en muchos casos, bajan en intensidad, el resultado es, en muchos países, la debilidad o el colapso generalizado de los servicios públicos, como los de salud, abastecimiento de agua y bienestar social que en su manifestación extrema conforman los denominados Estados desestructurados, en descomposición o Estados fallidos o fracasados.

fuerza armada, tanto en su vertiente de orden interno como en el de su dimensión exterior¹¹.

Así, la profesionalización de las Fuerzas Armadas unida a criterios económicos ha contribuido a que determinadas tareas no estrictamente militares pero vinculadas y necesarias hayan pasado a ser prestadas por personal ajeno a dichas Fuerzas. Se ha producido una paulatina externalización de las actividades. Se inició con la de algunos servicios secundarios o periféricos, tales como la intendencia, la gestión del parque inmobiliario, el mantenimiento de las infraestructuras pero fue seguida, casi de inmediato, por la logística, la instrucción, la formación y por funciones de seguridad y vigilancia de determinadas instalaciones.

En definitiva, ha proliferado, en busca del menor coste económico, la subcontratación de determinadas prestaciones a empresas privadas¹².

En lógico paralelismo, cuando se produce alguna intervención en el exterior de las Fuerzas Armadas, el uso legítimo de fuerza armada en las relaciones internacionales se complementa con diferentes manifestaciones de privatización de los servicios públicos, prestados por empresas privadas de seguridad y defensa que, en algunos de los casos, están incluso cotizando en bolsa¹³.

I. PROBLEMAS DE CARACTERIZACIÓN DEL PERSONAL CONTRATADO POR EMPRESAS PRIVADAS MILITARES O DE SEGURIDAD

La situación descrita es solo uno de los lados, el más amable, de esta poliédrica realidad. Un gran número de denominaciones ha sido acuñado para hacer referencia a la presencia, en zonas de conflicto, del *personal contratado por*

11. BLONDEL, J.L., "La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para la acción humanitaria", *RICR*, n° 855 (2004). Señala que el proceso de globalización conlleva riesgo pero también posibilidades y que, aún siendo difícil medir las consecuencias del proceso, no cabe duda de que es un elemento constitutivo de numerosos conflictos contemporáneos.

12. MARGUIN, J., "Vers la privatisation des forces armées", <http://www.frstrategie.org>; COCKAYNE, J., "The Global Reorganization of Legitimate Violence: Military Entrepreneurs and the Private Face of International Humanitarian Law", *IRRC*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 459-490.

13. LEANDER, A., *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, Centro Military di Studi Strategici, Roma, Rubbettino, 2006; CARBONNIER, P., "Privatizaciones, subcontrataciones y asociaciones entre los sectores público y privado: ¿beneficencia.com o negocios.com?", *Revista Internacional de la Cruz Roja* (marzo 2005); BROOKS, D., "Messiahs or Mercenaries? The Future of International Private Military Services", en *Managing Armed Conflicts in the 21st Century*; Adbajo, A., Frank Cass, 2001, pp. 129-144.

empresas privadas especializadas en el ámbito militar y en el de la seguridad. Son los llamados “soldados corporativos”, “soldados privados”, “soldados de fortuna”, “actores corporativos”, “contratistas”, “nuevos mercenarios”, “ejércitos privados”. En definitiva, diversas denominaciones que acentúan uno u otro aspecto de esta muy actual manifestación de privatización de la guerra.

El fenómeno de los mercenarios no es una realidad novedosa como tampoco lo es que los Ejércitos se nutran de personas a sueldo. En realidad, la utilización de mercenarios ha sido una constante histórica hasta casi finales del siglo XX. Solo en un momento histórico muy reciente, en el contexto de la descolonización, la comunidad internacional criminalizó a los mercenarios, su utilización y financiación¹⁴.

Históricamente y, en paralelo a la utilización de mercenarios, los Gobiernos autorizaron a partir del siglo XIII otras formas de violencia no estatal como fueron la de los corsarios y la de las compañías mercantes como la de las Indias Orientales o la de la Bahía Hudson.

Por ello, la realidad actual puede entenderse como manifestación de un fenómeno conocido en lugar de uno estrictamente novedoso. Sin embargo, reúne características que permiten diferenciarlo de las figuras históricas, ya sean las de los piratas, los corsarios, los *condottieri*¹⁵, los mercenarios, etc. Ello implica que se requieran respuestas específicas y adecuadas a la dimensión que está alcanzando el fenómeno en nuestros días.

Así, se calcula que, en la actualidad, entre 30.000 y 50.000 personas, contratadas en distintas partes del mundo, están prestando diferentes servicios en Iraq. Por tanto, puede estimarse que el colectivo compuesto por el personal, “soldados” de estas empresas privadas, a las que el Gobierno estadounidense ha pagado en torno a los 4.000 millones de dólares, representa la segunda gran fuerza de ocupación por detrás del Ejército regular enviado por Washington¹⁶.

14. En efecto, la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios fue aprobada sin votación por la Asamblea General el 4 de diciembre de 1989, tras nueve años de negociaciones. Abierta a la firma hasta el 31 de diciembre de 1990, debía entrar en vigor un mes después que 22 Estados la hubiesen ratificado o se hubiesen adherido a ella. Esto ocurrió el 20 de octubre de 2001, tras el depósito del consentimiento de Costa Rica.

15. Derivado de *condotta*, contrato, que entiendo es la figura que encaja mejor con la realidad de nuestros días.

16. Las cifras varían de unas fuentes a otras pero se han tomado las señaladas en diferentes artículos por José Luis Gómez del Prado, en la actualidad, Presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre el uso de mercenarios. Asimismo estima que en 2010 el valor de la industria del uso de la fuerza superará los 200.000 millones y añade que el mercado de los servicios de seguridad está en plena expansión desde el término de la guerra fría. Según los expertos, la facturación de

La muerte violenta de algunos estadounidenses vinculados a la empresa *Blackwater* en Faluya, así como la participación de empleados de *CACI International* y de *Titan Corporation* en prácticas de tortura y de malos tratos infligidos a detenidos en la prisión de Abu Ghraib evidenciaron la gama cada vez más variada de los servicios que ofrecen las compañías privadas, cubriendo el un amplio sector que fluctúa desde el apoyo logístico, formación y entrenamiento de las Fuerzas Armadas y de la policía, interrogatorios y servicios de inteligencia, seguridad de lugares estratégicos, protección de personalidades del mundo político y económico mediante guardaespaldas, hasta la participación directa en las hostilidades

El fenómeno es incuestionablemente anterior a la ocupación de Iraq y, así, conflictos como el de la antigua Yugoslavia, Angola, Colombia o Sierra Leona han favorecido la multiplicación de estas empresas. Sin embargo, ha sido recientemente cuando el fenómeno, tanto en Iraq como en Afganistán, ha explotado, adquiriendo mayores dimensiones y suscitando interrogantes más acuciantes, en especial en materia de respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario¹⁷.

En mi opinión, los diversos rasgos que diferencian la realidad actual respecto al fenómeno histórico dificultan en extremo que la solución se reduzca a la actual vía criminalizadora con la *modificación/ampliación del concepto de mercenario*, actualmente en vigor¹⁸.

las compañías militares privadas superaba los 100.000 millones de dólares estadounidenses en 2002, es decir antes del conflicto en Iraq. La multiplicación de esas compañías activas en Iraq a partir de la intervención de las fuerzas de la coalición suscitó un mayor interés de los medios de comunicación por ese fenómeno... CARBONNIER, *op. cit.* FERNÁNDEZ NAVARRO, S., "La invasión de Iraq: un paso más en la privatización de la guerra y la ocupación", www.nodo50.org/casca, 10 de diciembre de 2003; 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, marzo 2005.

17. Recogen ejemplos de participación de estas empresas por sectores, GÓMEZ DE PRADO, J.L., *op. cit.*; SCHREIER, F. y CAPARINI, M., *op. cit.*, pp.31-32. Asimismo, E/CN.4/2005/23, de 18 de enero de 2005, Nota de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; A/HRC/4//42, 7 de febrero de 2007.

18. En efecto, tanto el artículo 47 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977 como los artículos 2 y 3 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 4 de diciembre de 1989, criminalizan la actividad mercenaria al establecer respectivamente, art.47 "1. *Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra*"; art. 2 "A los efectos de la presente Convención, cometerá un delito toda persona que reclute, utilice, financie o entrene mercenarios, según la definición del artículo 1 de la Convención" y art. 3 "A los efectos de la presente Convención, cometerá un delito todo

Precisamente, alcanzar una definición de mercenario más amplia y comprensiva de las nuevas manifestaciones del mercenarismo así como consolidar el marco legal internacional para la prevención y la sanción de actividades vinculadas con el reclutamiento, el uso, el financiamiento y el entrenamiento de mercenarios son dos de los temas emprendidos por el Grupo de Trabajo, establecido por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 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. Sin embargo, el mandato establecido en la resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos, sustituyendo al anterior, sobrepasa el concepto tradicional de mercenario y de su utilización “al pedir al Grupo de Trabajo hacer un seguimiento sobre las actividades de firmas privadas que ofrecen asistencia militar, asesoramiento y servicios de seguridad en el mercado internacional”¹⁹.

En efecto, la realidad que se afronta no parece encajar con lo establecido en el artículo 47 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977 ni con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios²⁰.

mercenario, según la definición del artículo 1 de la Convención, que participe directamente en hostilidades o en un acto concertado de violencia, según sea el caso”. La Convención, además de obligar a los Estados partes a no recurrir al reclutamiento, la utilización, la financiación o el entrenamiento de mercenarios y de prohibir tales actividades, les obliga a extraditar o a procesar a los mercenarios que encuentre en su territorio, independientemente de que el delito se haya cometido allí o en otra parte. El Estado que procesa al mercenario debe notificar al Secretario General de las Naciones Unidas el resultado del proceso y éste debe transmitir la información a los demás Estados interesados.

19. Intervención oral de Sra. A. Benavides, Presidenta del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación. Ginebra, 25 septiembre de 2006. Un mandato que se asemeja a “*un poliedro cuyas múltiples caras pueden estar relacionadas con violaciones de derechos humanos como: el derecho a la vida y a la seguridad de la persona; derechos económicos y sociales; derechos de los pueblos indígenas; derecho a la salud, derechos laborales, derecho a la libre expresión, el derecho de los pueblos a la libre determinación. Asimismo, el Grupo de Trabajo ha recibido informaciones sobre casos vinculando el mercenarismo a actividades terroristas, así como casos de ‘contratistas privados o independientes’ implicados en torturas y casos de niños soldados que actúan como mercenarios en las muchas guerras de baja intensidad que están marcando los comienzos del siglo XXI*” en palabras del J.L. Gómez de Prado, Presidente del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación. Ginebra, 25 septiembre de 2006, Ginebra, 21 de marzo 2007.

20. Artículo 47 del Protocolo Adicional I: “2. Se entiende por mercenario toda persona: a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un

Frente al tipo de ambos artículos, individuo, con motivación económica, no vinculado con el conflicto y destinado al combate, nos encontramos con profesionales de todo tipo que prestan una amplia y creciente gama de servicios que puede ir desde la consultoría y el asesoramiento, hasta el entrenamiento, mantenimiento y la capacitación técnica, al suministro o prestación de seguridad privada de naturaleza civil o policial, a la entrega de inteligencia, al reconocimiento, vigilancia y supervisión, a la aportación de asistencia, seguridad, capacitación, *knowhow* militar, es decir, asistencia militar privada, en una progresiva aproximación al corazón de las operaciones militares²¹.

conflicto armado; b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades; c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte; d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto". Artículo 1 de la Convención: *A los efectos de la presente Convención:*

"1. Se entenderá por 'mercenario' toda persona: a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado; b) 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; c) Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; d) Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y e) Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en conflicto.

2. Se entenderá también por 'mercenario' toda persona en cualquier otra situación: a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de: i) Derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado; o de ii) Socavar la integridad territorial de un Estado; b) Que tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material; c) Que no sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto; d) Que no haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y e) Que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto".

21. El incremento del número de empresas de este sector, conocidas por el acrónimo inglés PMCs/PSCs (private military companies and private security companies) que operan en situaciones de conflicto armado ha sido paralelo al del cambio en la naturaleza de sus actividades "which are now increasingly close to the heart of military operations", GILLARD, E-C., "Business goes to War: Private Military/Security Companies and Internacional Humanitarian Law", *IRRC*, vol. 88, n^o 863, pp. 525-572. Desde el punto de vista económico-empresarial, se pueden afirmar que las empresas militares y de seguridad se encuadran, cuantitativamente, en cuatro grandes sectores. En primer lugar, el de la seguridad, seguido del de la seguridad electrónica y la vigilancia, el sector de la investigación y manejo de riesgos y, finalmente, el de la inteligencia privada.

Por tanto, el fenómeno actual goza de una *especificidad propia* que debe ser atendida. Así, el supuesto de hecho que se analiza implica *el ejercicio de una pluralidad de funciones* en una asistencia que no se presta ni de forma puntual ni individualmente y cuyos polivalentes servicios son demandados por todo tipo de Estados, desde grandes potencias, Estados en desintegración o países en vías de desarrollo²².

No se produce una simple relación bilateral entre el contratante del servicio, el Estado, y el particular que realiza la prestación. Así, otro gran rasgo novedoso de la realidad actual es la existencia de *un tercer sujeto*, interpuesto entre los dos anteriores: la empresa privada, militar o de seguridad, que opera como contraparte del Estado y como reclutadora de los profesionales necesarios para dar correcto cumplimiento a la prestación requerida.

Ya se ha señalado que el problema que se plantea, con carácter previo y general, es la licitud o no de este tipo de contrataciones y actuaciones. Dado que los servicios son prestados en escenarios de conflictos armados o en situaciones de inestabilidad interna que provocan déficit de seguridad, el marco jurídico puede ser el de la vigencia de las normas protectoras de los derechos humanos o que resulte directamente aplicable el DIH que, tanto Derecho de Ginebra como Derecho de Nueva York, criminaliza las actividades mercenarias. Por tanto, el presupuesto de base es la ilicitud del mercenariado.

En consecuencia, se erige como cuestión central determinar si estas empresas privadas militares y de seguridad y sus empleados pueden tener cabida en el concepto de mercenario actualmente en vigor o, en su defecto, identificar el régimen jurídico que les resulta aplicable.

22. Los Estados no son los únicos que contratan los servicios de estas empresas, aunque este trabajo se centra en ese supuesto. También prestan sus servicios a particulares, empresas multinacionales, actores no estatales, organizaciones no gubernamentales y hasta Naciones Unidas. CARDONA LLORENS, “La ‘externalización’/‘privatización’ del uso de la fuerza por las Naciones Unidas”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo I, Universidad de Córdoba, 2005, pp. 317-342; PERRIN, B., “Promoting Compliance of Private Security and Military Companies with International Humanitarian Law”, *IRRC*, vol. 88, n° 863, pp. 613-636. Respecto a Naciones Unidas, la industria del sector empieza a presionar para desempeñar un papel predominante en el ámbito del mantenimiento de la paz, especialmente en aquellas operaciones de imposición de la paz en la que los Estados se manifiestan remisos a enviar tropas. CAMERON, L., “Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation”, *IRRC*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 573-598. Por otro lado, tampoco son iguales los problemas generados por el uso de las empresas militares y de seguridad en el caso de los países desarrollados que por parte de los países en vías de desarrollo. CILLIERS, J., DIETRICH, Ch., “Privatising Peace Enforcement”, *African Security Review*, vol. 5, n° 6 (1996); HOLMQUIST, C., “Private Security Companies. The Case for Regulation”, *SIPRI Policy Paper*, n° 9 (enero 2005).

En este extremo, la referencia histórica puede contribuir a arrojar cierta luz sobre la cuestión ya que en el pasado coexistieron tanto piratas como corsarios. La actividad realizada por ambos era difícilmente diferenciable y, sin embargo, una gran distancia los separaba. Los segundos, corsarios, contaban con autorizaciones de los Gobiernos que los empleaban mientras que los piratas, que perseguían exclusivamente sus propios intereses, carecían de semejantes permisos.

¿Puede establecerse un símil entre los antiguos corsarios y las actuales empresas de este sector? ¿Es suficiente estar registradas conforme a una legislación estatal y satisfacer las correspondientes obligaciones financieras derivadas de la realización de sus actividades para que estas empresas privadas de seguridad, o sus trabajadores, dejen, de ser consideradas como mercenarios? ¿Operan los actuales contratos con el Estado como las célebres y temidas patentes de corso? ¿Vulneran los Estados parte en la Convención la prohibición que pesa sobre ellos de reclutar, utilizar, financiar y entrenar mercenarios al celebrar estos contratos?²³.

Entiendo que la respuesta depende del tipo de actividad realizada. Así, la normativa sobre mercenarios sólo resulta de aplicación si se dan los elementos del tipo que los define y que, por tanto, los Estados no incumplen directamente la Convención por el mero hecho de contratar los servicios de estas empresas. Solo les resultaría aplicable la prohibición si las actividades sobre el terreno implicasen participación directa en las hostilidades o si las mismas persiguieran y el personal fuese reclutado para alcanzar los fines expresamente prohibidos: derrocar a un Gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado; socavar la integridad territorial de un Estado; y/u oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional²⁴.

23. Art. 5 de la Convención: “1. *Los Estados Partes no reclutarán, utilizarán, financiarán ni entrenarán mercenarios y prohibirán ese tipo de actividades de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.*

2. *Los Estados Partes no reclutarán, utilizarán, financiarán ni entrenarán mercenarios con el objeto de oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional y tomarán, de conformidad con el derecho internacional, las medidas apropiadas para prevenir el reclutamiento, la utilización, la financiación o el entrenamiento de mercenarios para tal objeto.*

3. *Los Estados Partes establecerán penas adecuadas para los delitos previstos en la presente Convención en las que se tenga en cuenta su carácter grave”.*

24. Artículos 1 y 5 de la Convención. Un examen de la aplicabilidad de la Convención a los supuestos actuales en FALLAH, K., “Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict”, *IRRC*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 599-61.

En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas reitera periódicamente la prohibición al pedir, una y otra vez, a todos los Estados que ejerzan la máxima vigilancia contra todo tipo de reclutamiento, adiestramiento, contratación o financiación de mercenarios por empresas privadas que ofertan servicios internacionales de asesoramiento militar y de seguridad y que prohíban expresamente que tales empresas intervengan en conflictos armados o acciones encaminadas a desestabilizar regímenes constitucionales²⁵.

Por todo ello, se hace necesaria una precisa identificación de los sujetos que intervienen en este fenómeno e imprescindible analizar el tipo de intervención que realizan los trabajadores, el objeto del contrato firmado y quienes son las partes contratantes²⁶.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN Y DIVERSIDAD DE SERVICIOS

Ya se han identificado los tres sujetos de la *relación triangular* derivada de la presencia de empresas privadas militares y de seguridad en escenarios de conflictos armados. Dos de ellos, el sujeto que contrata la prestación, el Estado²⁷ y el particular que actúa sobre el terreno están perfectamente identificados en DIH. No ocurre lo mismo con la contraparte de ambos, la empresa, cuyo papel se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Se ha señalado igualmente que son múltiples y variadas las funciones que pueden contratarse en estas empresas. Tales servicios pueden consistir en apoyo logístico, formación y entrenamiento de fuerzas armadas y de seguridad o policiales, interrogatorios y trabajo de inteligencia; en proporcionar seguridad en lugares/puntos estratégicos o protección de personas (bien políticos, bien empresarios); participación directa en las hostilidades; seguridad de instalaciones como oleoductos, seguridad en suministro o en la producción minera o petróleo, seguridad de misiones diplomáticas, reducción del personal militar al sustituir a conductores, guardias u otros oficios.

Tal diversidad de actividades exige formular algunas *distinciones*. Una primera viene dada por el escenario de las operaciones. Si bien en la práctica esta distinción no siempre es indiscutida, en el plano teórico, la prestación

25. Así consta en A/RES/61/151, de 14 de febrero de 2007.

26. Muchos de los problemas que se plantean como consecuencia de esta privatización de la seguridad son abordados por SCHREIER, F. y CAPARINI, M., *op. cit.*

27. Que es el supuesto analizado en este trabajo aunque anteriormente ya se ha señalado que no son los únicos que demandan estos servicios.

puede prestarse en un escenario de inestabilidad interna o bien en situación de conflicto armado.

A su vez, las empresas militares y de seguridad que intervienen en conflictos armados pueden hacerlo con diferentes objetivos o para fines diversos. Así, pueden intervenir en apoyo directo o indirecto de alguna de las partes en combate; en apoyo de las Fuerzas Armadas estatales o en apoyo de contingentes internacionales; o bien pueden limitarse a proporcionar suministros y/o apoyo logístico y de mantenimiento o intervenir simplemente como medida de protección de determinados bienes o medida de seguridad de determinadas personas.

Por ello, en el escenario de conflicto armado se pueden diferenciar, al menos sobre el papel, dos tipos claros de actuaciones, las actividades de seguridad frente a las actividades militares. Se trata de una distinción ciertamente compleja, basada en el carácter defensivo u ofensivo de las actividades, argumentada y utilizada por la mayoría de los empresarios de este sector para defender la necesidad y bondad de sus servicios, ajenos al uso directo de fuerza armada²⁸.

Admitiendo que las actividades sean meramente defensivas, que no impliquen actos violentos, que se trate exclusivamente de “prevención” no puede cuestionarse que la frontera entre actividades defensivas y ofensivas es, en la práctica, difusa y difícil de precisar.

En definitiva, entiendo que las actividades objeto de estudio se pueden distinguir en función de *dos criterios*. En primer lugar, por el *fin perseguido*, que las diferencia, como ya se ha expuesto, en actividades de carácter defensivo frente a las de carácter ofensivo. La segunda clasificación viene dada por lo que podríamos denominar *contenido de la actividad*. Este criterio permite encuadrar todos los servicios en tres grandes bloques de actividades, sin por ello dejar de reconocer la dificultad de establecer fronteras claras y precisas entre ellos. Tales bloques serían los formados por las actividades de seguridad, las de apoyo logístico y de suministro y, finalmente, el compuesto por las acciones armadas directas.

28. Así lo señala A. BEARPARK, Director General de la British Association of Private Security Companies (BAPSC) en una entrevista de octubre de 2006, publicada en IRRC. Además, respecto a la conveniencia de regulación de las actividades de las empresas del sector que representa, Bearpark se manifiesta favorable a una aproximación plural, que implique tanto el nivel internacional como el nacional pero, contando con la dificultad que ello comporta, apuesta claramente por la autorregulación del sector. En cambio, puede afirmarse que, con carácter general, la doctrina resalta el papel que deben desempeñar los Estados en el momento de la selección y de la contratación de estas empresas promocionando el respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. COTTIER, M., “Elements for Contracting and Regulating Private Security and Military Companies”, *IRRC*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 637-663.

La importancia de estas distinciones viene dada porque, en mi opinión, el servicio contratado que opera como “*función sustituida*” es el que permite proceder a la conceptualización jurídica y, en consecuencia, determinar el régimen jurídico aplicable a cada supuesto. En definitiva, el tipo de actividad realizado determina el tipo de implicación en el conflicto armado, la participación en las hostilidades y ello permite aplicar, en cada uno de los supuestos de hecho, el estatuto previsto en la normativa vigente para ese tipo de actividad.

Identificados el sujeto que contrata el servicio así como la actividad concreta a realizar resta el problema derivado de la extrapolación en el ejercicio, de la ejecución exorbitante de la tarea encomendada. En este ámbito, el aspecto de mayor gravedad surge debido de la participación del personal de estas empresas en prácticas abusivas y violaciones de derechos fundamentales e incumplimientos de las normas de DIH reguladoras del trato a los prisioneros como las que ocurrieron en Abu Grahíb.

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

1. *La determinación del estatuto aplicable*

Es lugar común que tanto los Convenios de Ginebra como los de La Haya descansan en una distinción fundamental: la que permite diferenciar a los combatientes de los no combatientes, es decir, de la población civil²⁹. Sin embargo, esta misma normativa difumina ligeramente la radicalidad de la distinción al diferenciar, por ejemplo, entre combatientes legales frente a los ilegales, o al abordar la participación directa en las hostilidades o la presencia de civiles en objetivos militares.

Son precisamente estas distinciones las importantes para determinar el estatuto jurídico del personal de las empresas privadas militares y de seguridad que operan en zonas de conflicto armado. En todo caso, tal y como se expone

29. El concepto de combatiente, en su vertiente de prisionero de guerra, se encuentra en el artículo 4 A del III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Las referencias a los distintos tipos de combatientes están recogidas en la Sección II, Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, arts. 43 a 47. Sobre los problemas de distinción entre civiles y combatientes, DORMÁN, K., “Distinction between Civilians and Combatants”, *The Two Additional Protocols*, *op. cit.*, pp. 45-50; BOURBONNIÈRE, M., “Targeting in Present Day Conflicts. Challenges to the Principle of Distinction”, *The Two Additional Protocols*, *op. cit.*, pp. 51-56.

a continuación, no sólo la categoría de mercenario es insuficiente para estos empleados sino que, en la mayoría de los supuestos, les resulta difícilmente atribuible la condición de combatientes.

Todos los estudios señalan dos aspectos del DIH que requieren una mayor precisión debido a la falta de claridad tanto en la normativa actual como en la práctica. Se trata de la *distinción entre combatientes y civiles*, sobre todo en el caso de los conflictos armados no internacionales y qué se entiende por participación directa en las hostilidades³⁰.

En esencia, los combatientes son los sujetos activos, los que participan directamente en las hostilidades. No pueden ser castigados por esta participación y gozan del derecho al estatuto de prisionero de guerra en el supuesto de que sean capturados. En cambio, constituyen legítimos objetivos militares y pueden, por tanto, ser atacados.

En principio, son combatientes los miembros de las Fuerzas Armadas de las partes en conflicto. Sin embargo, combatiente no es sinónimo de militar ya que hay supuestos de miembros de Fuerzas Armadas que son considerados como no combatientes. Es el caso de los militares que integran los servicios médicos y los religiosos que gozan de un estatuto especial, de acuerdo con el artículo 33 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra³¹. Está contemplada asimismo la posibilidad de que los civiles, en determinadas circunstancias, gocen del estatuto de combatientes.

Frente a ellos, los *no combatientes*, los componentes de la población civil. Estos sólo pueden ser blanco de las operaciones militares si toman parte activa en las hostilidades. Carecen del estatuto de combatiente en caso de ser apresados pero gozan de su propio régimen de protección. Por tanto, todo combatiente apresado debe disfrutar del estatuto de prisionero de guerra pero no todo prisionero es necesariamente un combatiente.

Así, el III Convenio de Ginebra establece la aplicación del estatuto de prisionero de guerra a una serie de civiles, siempre y cuando se reúnan unas determinadas características recogidas en su artículo 4. Los requisitos establecidos son los siguientes: actuar con permiso de las Fuerzas Armadas, portar una

30. La distinción se hace más ambigua en el caso de los conflictos no internacionales. HENCKAERTS, J.M., "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", *IRRC*, vol. 87, n° 857 (marzo 2005), pp. 175-212.

31. Las particularidades del régimen del personal de los servicios médicos y religiosos están recogidas en el Capítulo IV "Personal médico y religioso retenido para asistir a los prisioneros de guerra" del III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

tarjeta de identificación que acredite dicha vinculación y realizar determinados servicios. Es el caso expresamente previsto de “las personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares” y de “los miembros de las tripulaciones, incluidos los patronos, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional”³².

De lo anterior se desprende, en principio, la inadecuación de la categoría de combatiente para los empleados de las empresas militares y de seguridad en zonas de conflicto armado aunque, en función de los servicios que presten algunos de ellos y si reúnen los requisitos exigidos podrían ser asimilados a los civiles a los que se les reconoce el estatuto de prisionero de guerra.

La amplia categoría de los combatientes se divide, a su vez, en dos grandes grupos. Por un lado, los *combatientes legales o privilegiados* que, de nuevo, se subdividen en *combatientes regulares* (FAS o asimilados, es decir milicias y otros cuerpos, y movimientos de resistencia), *combatientes irregulares* (guerrilleros) y, finalmente, los denominados *combatientes circunstanciales*, término con el que se hace referencia a la población civil que se levanta en masa. Frente a estos, se encuentran los combatientes *ilegales o no privilegiados* que son aquellos que participan en las hostilidades sin las condiciones de los anteriores³³.

Uno de los supuestos de combatientes no privilegiados es el de los *mercenarios*, regulados, como se señaló anteriormente, en el artículo 47 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977³⁴. Se desprende del mismo que los elementos esenciales de la definición de mercenario son su actividad y la finalidad de ésta: ser reclutados especialmente para combatir en un conflicto armado. Sin embargo, se trata de dos condiciones necesarias pero no suficientes. Para ser mercenario se requiere además que la persona tome en efecto parte directa en las hostilidades.

32. Artículo 4.4 y 4.5 del III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

33. DOMÉNENCH OMEDAS, J.L., “Los sujetos combatientes”, en *Derecho Internacional Humanitario*, *op. cit.*, pp. 191-216.

34. Art. 47: “1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra”.

Se trata de un criterio de gran importancia que facilita, en mi opinión, minimizar, para el caso que nos ocupa, el objetivo de la contratación. A ello debe añadirse que esa participación sea “animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal” y que se haya dado promesa de una retribución material; además de no ser nacional ni miembro de las Fuerzas Armadas de las Partes en conflicto ni enviado en misión oficial por Estado no parte.

Por su parte, como ya se adelantó, el fin regulador es el de excluir a los mercenarios del estatuto de combatiente o prisionero de guerra, tratando de minimizar la protección debida y de evitar, en la medida de lo posible, el recurso a los mercenarios.

Esta finalidad criminalizadora culminó, desde el punto de vista de la codificación y del desarrollo progresivo del Derecho con la adopción por la Asamblea General de la Convención de Naciones Unidas, expresión de la voluntad política de la comunidad internacional de proscribir definitivamente todas las actividades de estos mercenarios, de graves efectos desestabilizadores en todo los Estados afectados.

La Convención, además de obligar a los Estados partes a no recurrir al reclutamiento, la utilización, la financiación o el entrenamiento de mercenarios y de prohibir tales actividades, impone la obligación de extraditar o a procesar a los mercenarios que encuentre en su territorio, independientemente de que el delito se haya cometido allí o en otra parte³⁵.

Sin embargo, la Convención no logró los resultados deseados y, en 1998, la Asamblea General decidió examinar de nuevo el papel de los mercenarios como instrumento para violar los derechos humanos y obstaculizar la libre autodeterminación de los pueblos y ello porque, en palabras del relator especial, Enrique Bernal Ballesteros: “*El mercenariado suele acometer atentados, sabotajes, actos de terror y torturas. Cualquiera de estas acciones son consideradas como netas violaciones de los derechos humanos por los tratados internacionales sobre la materia. Pero la transgresión es mucho más grave si es*

35. El asunto fue examinado por primera vez en la Asamblea General en 1979, por iniciativa de Nigeria, después de la aprobación del Protocolo de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre el derecho humanitario en los conflictos armados, que quitó a los mercenarios toda condición de combatientes o prisioneros de guerra. No obstante, sus actividades todavía no eran consideradas ilegales según el derecho internacional. En 1980, la Asamblea estableció un Comité Especial para la redacción de una convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, formado por 35 miembros, que negoció el texto en ocho períodos de sesiones, celebrados entre 1981 y 1989, año en que presentó el proyecto de convención a la Sexta Comisión (jurídica) de la Asamblea para la negociación final y la transmisión a la Asamblea para que ésta la aprobara.

*cometida por un mercenario, porque el mercenarismo está en el origen de las violaciones mismas, tiene conexión con los Gobiernos corruptos que intentan imponer una dominación feroz e ilegítima y con empresas multinacionales que quieren controlar y hacer negocios lucrativos con los recursos naturales de los países pobres*³⁶.

Sin embargo, como se indicó con anterioridad, teniendo en cuenta la definición de mercenario en vigor y las características de los empleados de las empresas militares y de seguridad, no resulta posible equiparar ambas realidades aún cuando todos ellos actúen en conflictos armados y medie el interés económico. La contratación indirecta y la ausencia de la finalidad expresa de combate lo impiden. El empleado de la empresa realiza o presta un servicio especial en medio de un conflicto armado, interviene en el mismo pero sin haber sido enviado esencialmente con ese fin. Es posible que el combate haya sido la finalidad expresa, el objeto del contrato, pero no se realiza necesariamente en esos términos.

Excluidos, en las condiciones señaladas, la posibilidad de considerar *prima facie* como combatientes a los empleados de estas empresas sólo resta estimar que deben ser considerados, y en consecuencia, recibir el tratamiento y la protección dispensada a la población civil que, sin embargo, en determinadas circunstancias puede perder esta condición.

Tal y como se ha expuesto, para calificar a una persona como mercenario es necesario que además de haber sido reclutada para combatir *participe directamente en las hostilidades*, por lo que ésta última condición, se nos presenta como criterio distintivo esencial para la cuestión que nos ocupa.

En DIH, la población civil es definida, como también se ha visto, en contraposición a los combatientes³⁷. Sin embargo, la realización de determinadas actividades puede hacer que la persona incurra en una participación directa en las hostilidades en cuyo caso pierde la condición de población civil, siendo susceptible de ser atacada como objetivo y acreedora, en caso de ser apresada, al trato propio de los prisioneros de guerra.

La determinación del estatuto jurídico y de la protección de los civiles que participan directamente en las hostilidades ha representado una preocupación constante a lo largo de la historia de la codificación del DIH que se mantiene en la actualidad.

36. E/ E/CN.4/2004/15.

37. SPIEKER, H., "Protection of the Civilian Population in Non-international Armed Conflicts", *The Two Additional Protocols*, *op. cit.*, pp. 57-83.

De acuerdo con el último informe del Comité Internacional de la Cruz Roja en esta materia, se debe considerar que participan directamente en las hostilidades los civiles que atacaran o trataran de capturar a miembros de las Fuerzas Armadas del enemigo o sus armas, equipo o posiciones, o que colocaran minas o sabotearan líneas de comunicación militar. En cambio, no se debe considerar, de acuerdo con el mencionado informe, que los civiles que trabajen en fábricas de plataformas para armas estén participando directamente en las hostilidades³⁸.

Sin embargo, algunos otros tipos de actividades no alcanzaron, de momento, consenso por lo que persisten las dudas respecto a si deben considerarse como participación directa en las hostilidades. Es el caso, por ejemplo, de los conductores de vehículos con municiones. Sin duda, el camión constituye un objetivo militar sin que ello comporte que sea lícito atacar al conductor. Por otro lado, el hecho de encontrarse en posesión de armas tampoco ha de ser necesariamente determinante para estimar la participación, una afirmación que permite excluir de la misma a todo el personal que, armado, se limite a realizar actividades de vigilancia, acciones preventivas y no ofensivas aunque su presencia implique cierta actitud hostil.

Existen otros supuestos de tareas desempeñadas por personal civil al servicio de la organización militar que pueden implicar de *facto* una participación directa en las hostilidades o que, como mínimo, plantean problemas de calificación. Es el caso del personal de la cadena de fabricación, abastecimiento, mantenimiento y transporte de recursos bélicos o del personal civil especialista perteneciente a una empresa civil que tiene suscrito con las Fuerzas Armadas un contrato de mantenimiento vinculado a la propia compra de las armas o del experto civil.

En este ámbito, las características de los conflictos armados actuales plantean nuevos retos debido fundamentalmente a la utilización de medios tecno-

38. Informe preparado por CICR, en septiembre 2003, tras el seminario oficioso de expertos, celebrado conjuntamente con el TMC Asser Institute, "Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho internacional humanitario". *"A related area of uncertainty affecting the regulation of both international and non-international armed conflicts is the absence of a precise definition of the term 'direct participation in hostilities'. Loss of protection against attack is clear and uncontested when a civilian uses weapons or other means to commit acts of violence against human or material enemy forces. But there is also considerable practice which gives little or no guidance on the interpretation of the term 'direct participation', stating, for example, that an assessment has to be made on a case-by-case basis or simply repeating the general rule that direct participation in hostilities causes civilians to lose protection against attack. Related to this issue is the question of how to qualify a person in case of doubt. Because of these uncertainties, the ICRC is seeking to clarify the notion of direct participation by means of a series of expert meetings that began in 2003"*. HENCKAERTS, J.M., *op. cit.*

lógicos que requieren de un soporte y mantenimiento técnico. Ello ha comportado que la compra de armamento lleve pareja acuerdos de capacitación, entrenamiento y mantenimiento del material adquirido. Por ello, numerosos técnicos civiles se encuentran en posiciones vitales para el éxito de las operaciones militares³⁹.

En todo caso, en el tema de la participación directa en las hostilidades persiste una cierta oscuridad con zonas difusas que solo la práctica y el consenso podrán ir clarificando en un futuro.

2. *El examen de la protección debida*

Establecer con claridad el estatuto aplicable a los que se encuentran presentes en zonas de conflicto armado determina su grado de protección frente a las acciones armadas, la determinación de la licitud o ilicitud de éstas así como las consecuencias jurídicas de las propias actuaciones.

En síntesis, cabe afirmar que aquéllos que tienen la consideración de combatientes pueden ser legalmente hostigados mientras que no puede serlo la población civil.

Además, como se señaló con anterioridad, los combatientes legales que participan en las hostilidades solo pueden ser enjuiciados en el supuesto de haber cometido crímenes de guerra y, caso de ser capturados, se les otorga el estatuto de prisionero de guerra.

Por el contrario, los combatientes ilegales, espías, mercenarios y franco-tiradores⁴⁰ que participan en las hostilidades sin los requisitos de los anteriores carecen del estatuto de prisionero de guerra. Pero ello no significa indefensión. Los combatientes ilegales disponen de un régimen jurídico que les garantiza un cierto nivel de protección en virtud del DIH y disfrutan de las garantías fundamentales establecidas en el artículo 75 del Protocolo I en el caso de conflictos armados internacionales o de la aplicación de la cláusula Martens en el caso de conflictos armados internos.

En consecuencia, respecto *al personal de las empresas militares y de seguridad* que están prestando sus servicios en zonas de conflicto armado cabe la

39. El ejemplo paradigmático es el del informático que desde un lugar remoto, ajeno al campo de operaciones, lleva el control de las comunicaciones de las Fuerzas Armadas y señala, por ejemplo, los sucesivos objetivos militares.

40. Artículos 46 y 47 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977.

aplicación potencial de una *pluralidad de regímenes*, todos los contemplados en las normas de DIH. Este régimen sólo quedará singularizado, en el momento preciso, atendiendo a la función específica realizada. Así, sin ser miembros de las Fuerzas Armadas podrán recibir el trato de prisionero de guerra si, por ejemplo, fueran proveedores.

Se ha indicado igualmente la dificultad para que el personal al servicio de estas empresas privadas pueda ser sometido al régimen de los mercenarios, sin excluir por completo esta posibilidad en cuyo caso los Estados contratantes parte en la Convención incurrirían en responsabilidad por hechos ilícitos.

Sin embargo, la calificación jurídica que parece se ajusta mejor a la realidad contemplada es la de considerar a estos empleados, en principio como no combatientes, gozando de la protección debida a la población civil. Esta calificación *prima facie* no excluye que, en función del servicio que estén prestando, pueda considerarse que se trata de población que toma parte activa en las hostilidades en cuyo caso quedarían protegidos por las normas relativas al trato a las personas en poder de una parte del conflicto⁴¹. Además, se produciría la pérdida de inmunidad en caso de ataque, pudiendo ser blanco de las ofensivas militares⁴².

3. *Comportamientos ilícitos y régimen de responsabilidad aplicable*

Uno de los problemas más graves que subyacen al afrontar la cuestión de la participación de actores no estatales en los conflictos armados en general y, la actuación de los empleados de las empresas militares y de seguridad, en particular, es que mayoritariamente no se consideran obligados por las normas internacionales que rigen los conflictos armados, se posicionan al margen de las mismas y se consideran impunes en caso de incumplimiento.

Ha sido precisamente esta *participación en supuestos de crímenes internacionales* la que ha hecho saltar, recientemente, la voz de alarma⁴³. Así, en palabras del Presidente del Grupo de Trabajo de ONU, se han observado casos

41. Que, en esencia, está recogida en los artículos 72 a 75 y muy especialmente el contenido en el artículo 75. DORMAN, K., "La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados", *RICR*, n° 849 (2003).

42. Informe preparado por CICR, en septiembre 2003, tras el seminario de expertos, celebrado conjuntamente con el TMC Asser Institute, "Participación directa en las hostilidades con arreglo al Derecho internacional humanitario".

43. El caso más conocido es el de la prisión de Abu Grahیب, donde operaban las empresas CACI Internacional y TITAN, como contratistas civiles y las acusaciones presentadas contra tres de sus empleados.

en los que “los empleados de las empresas militares y de seguridad privada gozan de una inmunidad que puede transformarse fácilmente en impunidad lo que podría implicar que algunos Estados estarían contratando a estas empresas para evitar una responsabilidad jurídica directa”⁴⁴.

Nos enfrentamos, por tanto, al problema de *perseguir y sancionar la comisión de crímenes internacionales perpetrados por personas contratadas de forma indirecta por un Estado*, normalmente distinto al de su nacionalidad y que operan, a su vez, en zonas sometidas a otras competencias territoriales.

Sin embargo, estas dificultades se corresponden exclusivamente con un aspecto del problema. En mi opinión, en este punto, se deben distinguir tres niveles de responsabilidad correspondientes a los tres vértices de la relación triangular que se produce con la presencia de las empresas militares y de seguridad sobre el terreno de un conflicto armado: individuo, Estado y empresa. Dos de ellos, responsabilidad penal individual y responsabilidad del Estado por hechos ilícitos están delimitados en el orden internacional aunque ello no sea óbice para que se puedan presentar ciertas dificultades en la aplicación. El tercero, el de las empresas, aún debe ser desarrollado.

Respecto a la *responsabilidad penal del individuo*, cabe la persecución por los Estados o, en su defecto, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Los principales problemas surgen por la convergencia de criterios para el ejercicio de la jurisdicción: Estado de la nacionalidad del autor, Estado de la nacionalidad de la empresa contratista, Estado que celebra el contrato, Estado en el que se prestan los servicios y tienen lugar los hechos perseguidos.

Posiblemente, el Estado de la nacionalidad del supuesto autor podría enfrentar ciertas dificultades para perseguir y sancionar hechos ocurridos en territorios sometidos a otra jurisdicción, cometidos por personas que pueden haber recibido, normalmente de forma indirecta, órdenes de otros Gobiernos.

Sobre este aspecto, el Gobierno estadounidense aseguró ante la ONU, en relación a la intervención en Iraq, que todo el personal contratado bajo la dirección de la Coalición esté sometido al Código penal en los tribunales federales de EE.UU. El Reino Unido, por su parte, considera que las empresas privadas que operan en el marco de operaciones de las Fuerzas Armadas británicas en el extranjero están sometidas al mismo régimen que éstas.

44. Intervención oral ante el Consejo de Derechos Humanos, 4º periodo de sesiones, Ginebra, 21 de marzo de 2007.

Estas afirmaciones parecen coincidentes con las alegaciones que realizan las empresas implicadas al señalar que sus empleados actúan /operan bajo órdenes militares y ejecutan ordenes dictadas por personal militar. Sin embargo, este operar bajo órdenes militares estatales se debilita e incluso se niega cuando se trata de afrontar la comisión de ciertos crímenes. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido que afirma que si las Fuerzas del Reino Unido estuviesen implicadas en algún hecho reprochable en cualquier parte del mundo serían procesadas con arreglo a la legislación del Reino Unido, al tiempo que no se considera obligado a comprobar si son cometidos actos de tortura por personas no sometidas a la legislación británica⁴⁵.

Por otro lado, si nos enfrentamos a supuestos de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, la complementariedad y subsidiariedad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto a las jurisdicciones nacionales solo podrá operar si el Estado del lugar de los hechos o el de la nacionalidad del autor o investigado son parte en el Estatuto de la Corte.

En el *segundo nivel de responsabilidad*, el del Estado en los supuestos de hechos internacionalmente ilícitos, pueden surgir problemas tanto para la atribución del hecho como para la consideración de hecho de Estado.

En este punto, entiendo que, considerando al Estado como detentador del monopolio de la fuerza y máximo responsable de la seguridad, los hechos ilícitos cometidos por empleados de empresas privadas con una relación contractual con el Estado deben ser considerados como hechos de Estado en tanto que cometidos por cualquier persona o entidad que sin ser órganos esté habilitada por el derecho del Estado a ejercer prerrogativas de poder público máxime si el comportamiento responde a instrucciones o directivas o se realiza bajo el control del Estado.

Finalmente, y como ya se ha apuntado, una asignatura pendiente es la de la *responsabilidad de las empresas contratistas* que, a su vez, puede considerarse como una manifestación más de la necesidad de establecer mecanismos para exigir responsabilidad a las empresas en materia de Derechos Humanos, en particular, pero también frente a cualquier incumplimiento de las normas de Derecho Internacional general.

Así, por un lado, se plantea la posibilidad, a nivel interno, de exigir responsabilidad civil a las empresas por las violaciones de las normas de Derecho

45. Examen de los informes presentados por los Estados parte ante el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura., CAT/C/SR.627, 9 de diciembre de 2005; CAT/C/GBR/CO/4/Add.1. de 8 de junio de 2006

internacional que, por estar plasmadas en tratados internacionales aceptados por los Estados, forman parte de sus respectivos ordenamientos internos⁴⁶.

Por otro lado, a nivel internacional, debe resaltarse la iniciativa de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas al aprobar las “*Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otra Empresas Comerciales en relación con los Derechos Humanos*” aún cuando ésta resulte todavía claramente insuficiente⁴⁷.

En este documento se destaca no solo la responsabilidad primordial de los Estados de promover y proteger los derechos humanos como de asegurar su cumplimiento y respeto sino también la propia responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, de promover y proteger igualmente tales derechos así como la obligación, junto a la de sus directores y personas que trabajan para ellas, de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales⁴⁸.

CONSIDERACIONES FINALES

La presencia de las empresas militares y de seguridad y la de sus empleados en zonas de conflicto es, en sí misma, una realidad enmarañada y variada que no permite ser uniformada *a priori* y que exige que se atienda, caso por caso, a las funciones específicamente realizadas. De ello se desprende una pluralidad de regímenes aplicables, quedando la empresa y su personal bajo la regulación/prohibición de los mercenarios exclusivamente en los casos en los que las actividades realizadas tengan fines políticos y/o pretendan alterar el orden democrático del Estado.

Este complejo escenario induce a dos tipos de consideraciones. Las primeras se enmarcan en el ámbito de los conflictos armados y de sus normas reguladoras; las segundas, de carácter más general, en relación con el papel del Estado y el cumplimiento de sus obligaciones.

46. HEIL, J.L., “African Private Security Companies and the Alien Tort Claims Act: Could Multinational Oil and Mining Companies Be Liable?”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, HeinOnline, 22, 291 (2001-2002); MONGELARD, E., “Corporate Civil Liability for Violations of International Humanitarian Law”, *IRRC*, vol. 88, n° 863 (2006), pp. 665-691.

47. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). Borrador aprobado en el 22º período de sesiones, el 13 de agosto de 2003.

48. El borrador recoge todos los Convenios de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Así, de la obligación general de los Estados de respetar y hacer respetar el DIH, se desprende que la externalización de funciones o servicios estatales no puede, bajo ningún concepto, comportar ni un incremento de las víctimas de los conflictos ni una degradación de la protección debida.

En este ámbito, tanto la responsabilidad estatal como la penal individual pueden considerarse perfiladas con suficiente claridad, constituyendo ambas dos de los tres niveles de responsabilidad exigibles. Por ello, debe ponerse el acento y centrar la atención en la responsabilidad de las empresas en la esfera de la protección de todos los derechos humanos, cobrando toda su centralidad el borrador de la Comisión de Derechos Humanos sobre responsabilidad de las empresas comerciales en materia de derechos humanos. Así, con independencia de su consideración jurídica y estatuto, no debe olvidarse la sujeción de todos, incluidos los actores no estatales, a los principios mínimos de humanidad y respeto de las normas internacionales de protección de los derechos humanos⁴⁹. Las empresas militares y de seguridad no son una excepción.

Por otro lado, si bien es cierto que la pluralidad de funciones realizadas sobre el terreno no permite fijar un tratamiento y régimen uniforme para las empresas militares y de seguridad que operan en zonas de conflicto armado ni para sus empleados, ello no es óbice para que en los contratos, base jurídica por la que están operando en las zonas de conflicto, contratadas por Estados o instituciones, se introduzcan *cláusulas específicas de respeto de las normas protectoras de los derechos humanos en general*. De no ser así, de producirse posibles violaciones y/o conductas criminales, el propio Estado incurriría, de inmediato y como mínimo, en responsabilidad al incumplir su obligación de respetar y hacer respetar.

En definitiva, estamos ante un nuevo rasgo de los actuales conflictos armados que trasciende este ámbito al derivar de un fenómeno más amplio cual es la *reprivatización del ejercicio de funciones estatales*. Esta dinámica interna estatal plantea situaciones novedosas a las que el Derecho Internacional en general y el Humanitario, en particular, deben dar respuestas. Sin duda, la creciente dependencia de las Fuerzas Armadas en el personal civil, la contratación

49. En definitiva, a las normas mínimas de humanidad, conjunto de principios que reflejan tanto los derechos humanos internacionales como el derecho internacional humanitario y que constituyen un medio para hacer frente a la insuficiente protección de las personas en situaciones de violencia interna. Tales normas fundamentales de humanidad son aplicables en todo momento, en toda circunstancia y a todas las partes. VIGNY, J.D., THOMPSON, C., “¿Cuál es el porvenir de las normas fundamentales de humanidad”, *RICR*, n° 840, pp. 917-939.

de civiles para tareas tradicionalmente militares y la presencia de empresas privadas de seguridad y militares, junto a numerosos actores no estatales, en las zonas de conflicto armado, representan nuevos supuestos de hecho.

No obstante, considero que la proliferación de empresas privadas militares y de seguridad y de sus empleados en escenarios de conflictos armados o zonas de fuerte inseguridad no es sino una de las expresiones del marco general en el que se sitúa la sociedad internacional contemporánea, inmersa en un acelerado proceso de globalización y de liberalización/privatización de servicios públicos. La trascendencia de este proceso llevó a Naciones Unidas al lanzamiento, en 2000, del denominado Pacto Mundial.

Esta tendencia hacia la progresiva privatización de prerrogativas estatales constituye el contexto en el que se produce el actual proceso de “externalización” en las Fuerzas Armadas, siendo una de las múltiples realidades que se esconden en este amplio fenómeno.

Por ello, puede afirmarse que, desde la última década del siglo XX con el despertar del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, estamos asistiendo a un proceso en dos fases de “delegación/privatización” del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de 1945. Así, en una primera fase, se enfrentó el modo en el que el Consejo de Seguridad comenzó a aplicar la Carta y, en concreto, su artículo 42, al no actuar, por imposibilidad material, directamente y recurrir a la autorización a los Estados para el recurso a la fuerza armada. En este sentido podemos hablar de una “*cierta privatización del mecanismo originalmente previsto en la Carta de Naciones Unidas, una privatización del multilateralismo a favor del Estado*”⁵⁰.

En una segunda fase, vinculada a la mundialización de la economía, tenemos “*una privatización del Estado a favor de las empresas privadas*”. El Estado no actúa ya directamente por medio de sus órganos específicos y el uso de la fuerza parece haberse convertido en un negocio más que debe, a toda costa, incorporarse a la libre competencia. Ello comporta una reprivatización de las funciones consideradas propias del Estado en materia de uso de la fuerza.

En mi opinión, estos fenómenos pueden y deben ser entendidos como factores de riesgo respecto a la vigencia de determinados valores y garantías. La interconexión entre ambos y su entrecruzamiento pueden constituir un elemento desestabilizador o, como mínimo, representar una seria amenaza que debilite

50. En este sentido, J. QUIGLEY, abordó el estudio de la práctica del Consejo de Seguridad y su técnica de autorización de uso de la fuerza bajo el sugerente título de “The ‘Privatization’ of Security Council Enforcement Action: A Threat to Multilateralism”, *Michigan Journal Of International Law*, vol. 17, pp. 249-283.

un poco más el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de Naciones Unidas. Así parece haberlo entendido el Consejo de Derechos Humanos al crear el Grupo de Trabajo sobre Mercenarios y ampliar su mandato en lo que respecta a *la vigilancia y el estudio de las repercusiones que tienen las actividades de las empresas militares y de seguridad privada sobre el disfrute de los derechos humanos*.

En el fondo de toda esta cuestión subyace el eterno debate acerca de si determinadas funciones estatales han de ser realizadas de forma pública o privada. Sin ánimo de participar en el mismo, la realidad que nos ocupa es la de unos servicios prestados por unas empresas regidas por el ánimo de lucro, que buscan y persiguen beneficios en medio de conflictos armados, con víctimas mayoritariamente civiles. Son empresas que venden seguridad. Cabe cuestionarse si, en estas circunstancias, debe regir igualmente la omnipotente y omnipotente ley de la oferta y la demanda o si pueden esgrimirse serias dudas acerca de la compatibilidad entre vender seguridad y poner fin al sufrimiento y a la devastación que generan los conflictos armados.

Por ello, estimo que la cuestión de hasta dónde debe o puede llegar la privatización del uso de la fuerza, hasta donde este nuevo *“laissez faire, laissez passer”*, sólo puede plantearse dentro de ciertos límites. En mi opinión, la eficacia económica no puede, en ningún caso, poner en peligro determinados valores, ni alterar el equilibrio institucional democrático ni soslayar el control parlamentario de la acción exterior. El neoliberalismo no puede hacer peligrar las normas que tan laboriosa y trabajosamente se han ido elaborando con el fin de proteger a todos los seres humanos, en todas las circunstancias y, muy especialmente, en los supuestos de conflictos armados.

Por lo tanto, resulta necesario que esta *privatización/externalización no redunde en un incremento mayor de víctimas civiles de los conflictos* ni en un mayor sufrimiento; que los *Estados asuman su obligación de respetar y hacer respetar* el Derecho Internacional Humanitario y que, para ello, impongan, en los *contratos, cláusulas específicas de compromiso* con ese respeto. Por lo demás, los Estados son responsables por los actos realizados por sus órganos, por los de cualquier persona o entidad que sin ser órganos esté habilitada por el derecho del Estado a ejercer prerrogativas de poder público así como por los hechos de personas o grupos de personas si el comportamiento responde a instrucciones o directivas o bajo el control del Estado.

Otro riesgo grave que debe evitarse es que los Gobiernos traten de soslayar, a través de estas contrataciones, el control parlamentario de las actividades del Estado en el exterior. Esto es, que *la “subcontratación” realizada por el Ejecutivo no comporte igualmente un desconocimiento del Legislativo*.

Al contratar a estas empresas privadas de seguridad los Gobiernos evitan los controles parlamentarios al mismo tiempo que las emplean en conflictos armados en los que dichos gobiernos tienen intereses o quieren intervenir desplegando esas fuerzas auxiliares como milicias. Las empresas privadas de seguridad constituyen pues un elemento de su política exterior que no responde ante los respectivos Parlamentos⁵¹.

Por otro lado, al transformarse el papel del Estado y perder su monopolio respecto a la fuerza, *la seguridad* corre el riesgo de convertirse en otro *bien* a añadir a la lista de los *inequitativamente distribuidos*, que solo podrán disfrutar aquellos que puedan pagarla. Asimismo, las empresas pueden hacerse con facilidad con el control de Estados débiles, proporcionando estabilidad a sus gobernantes y reduciendo las posibilidades de evolución hacia la consolidación de un Estado y administraciones eficaces. Asimismo, en los conflictos internos pueden alterar el equilibrio de fuerzas pudiendo hacer peligrar la libre determinación de los pueblos sin olvidar la distorsión provocada por los elevadísimos intereses económicos resultantes de la explotación de determinados recursos naturales⁵².

Además, si se privatiza y, en consecuencia, operan las relaciones contractuales deben igualmente regir las normas internacionales en materia de protección de los trabajadores y, por tanto, debe velarse por su aplicación y sancionar su incumplimiento. En este punto, emerge una nueva manifestación de la terrible división Norte/Sur: el valor de la vida de los empleados nacionales de los países desarrollados es muy superior a la de los nacionales de otros Estados⁵³.

51. Es el caso acreditado de Estados Unidos y Gran Bretaña, por ejemplo.

52. África es un paradigma al respecto. Cfr. *"The interests that multinational oil and mining companies hold in Africa constitute the essence of their business. It is therefore of paramount concern to these companies to be able to protect their interests, especially in the context of destructive and violent civil uprisings in these countries which these interests are located. It may therefore seem as though it is the perfect solution for these companies to work in concert with private security forces"...* *"These private security forces aid the governments and the oil and mining companies in two main ways: 1) they attempt to quash civil uprisings, thereby bringing 'peace' to the country; and 2) they defend the regions in which the oil and mining operations are located and protect them from destruction that could result from the uprisings..."*. HEIL, J.L., *op. cit.* HOLMQVIST, C., *op. cit.*

53. *"Las nuevas modalidades apuntan a una industria emergente y muy floreciente de empresas militares y de seguridad privada que responde a una lógica comercial en busca del mayor beneficio. Con la privatización de la guerra, los 'contratistas privados o independientes' (los nuevos 'free lancers' del siglo XXI) se habrían convertido en el primer producto de exportación de algunos países industrializados a zonas de conflicto armado. Estas empresas también reclutan y entrenan, en países en desarrollo con un alto índice de desempleo, mano de obra barata y una tradición migratoria para llevarlos a prestar servicios en zonas de conflicto armado,*

En conclusión, la emergencia y proliferación de estas empresas militares y de seguridad plantea problemas, derivados de la privatización del sector militar y de la seguridad, a todos los niveles. Así, hay implicaciones por su utilización en el campo de batalla, problemas contractuales, estatuto legal ambiguo, impacto en las relaciones civiles-militares, aspectos de responsabilidad, de transparencia en la gestión, problemas de respeto de derechos humanos, de equilibrio institucional y democrático, riesgos de explotación económica, de intereses creados añadidos en los conflictos y, también, de su uso como “apoderados” o “delegados” por parte de los gobiernos.

Por todo ello, sin despreciar la autorregulación defendida por los empresarios del sector, parece acuciante la necesidad de regulación de este sector, en primer lugar, a nivel nacional. Sin embargo, teniendo en cuenta todos los factores implicados, ésta se presenta como insuficiente urgiendo una respuesta a nivel internacional⁵⁴.

En 2005, el Consejo de Europa lanzó un primer grito de alarma centrado en el ámbito interno estatal. Así, la Asamblea Parlamentaria del Consejo, al constatar el creciente problema causado por la propagación y el uso de empresas privadas de seguridad, que en muchos Estados sobrepasa el número de las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley, adoptó una recomendación sobre el control democrático del sector de seguridad en los Estados Miembros⁵⁵.

Al respecto cabe destacar su llamada de atención sobre el hecho que “*asegurar la seguridad de la sociedad a través del imperio de la ley es una misión fundamental de las autoridades*”.

Además, si bien reconoce que los servicios privados de seguridad pueden aportar una contribución útil, la falta de control sobre estos servicios, el alcance de sus actividades y el comportamiento poco profesional de sus empleados pueden en todo momento poner en peligro el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

donde de simples guardias se convierten en combatientes a los que se les entrega material bélico”. Segundo informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de Mercenarios presentado al Consejo por el Presidente, Intervención Oral del Sr. José Luis Gómez del Prado, Cuarto período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Ginebra, 21 de marzo de 2007

54. Esta es una de las conclusiones del Informe presentado, el 2 de diciembre de 2005, por el Consejo Federal Suizo ante el Parlamento en respuesta a la petición de éste.

55. Dicha recomendación hace hincapié en que a partir de lo que era una acción limitada, las empresas privadas de seguridad están invadiendo ya áreas que tradicionalmente estaban reservadas a la policía. La recomendación del Consejo también recalca que las regulaciones en los Estados Miembros al respecto varían mucho y que incluso en algunos países son inexistentes.

La extrapolación del diagnóstico y de las advertencias del Consejo de Europa parece pertinente respecto a la acción de estas mismas empresas en el ámbito internacional así como a la responsabilidad del Estado en su acción exterior.

Por ello, es de desear que la recomendación del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios de convocar una mesa redonda de alto nivel bajo los auspicios de las Naciones Unidas a fin de debatir la cuestión fundamental del papel del *Estado como detentador del monopolio de la fuerza* sea pronto una realidad para poder comprender mejor las responsabilidades de los distintos agentes, incluidas las empresas militares y de seguridad privada, en el contexto actual, y sus obligaciones en la protección y promoción de los derechos humanos.