



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto de Derechos Humanos
Bartolomé de las Casas

Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Curso académico 2013 - 2014

Tesina

**LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD
PRIVADAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

Anastasiya Koroleva

Tutora: Prof^a. Dr^a. Ana Manero Salvador

Mayo de 2014

ÍNDICE

PRINCIPALES ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. EL IMPACTO DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS	10
1.1. Los beneficios del uso de los servicios militares y de seguridad privados	10
1.2. Las objeciones al uso de los servicios militares y de seguridad privados	11
1.3. Las empresas militares y de seguridad privadas en las zonas de conflictos armados contemporáneos	15
1.3.1. El caso “Blackwater” en Irak	15
1.3.2. El caso de Abu Ghraib en Irak	18
1.4. Las empresas militares y de seguridad privadas en actualidad	22
CAPÍTULO 2. EL MARCO JURÍDICO-NORMATIVO EN MATERIA DE SERVICIOS MILITARES Y DE SEGURIDAD PROPORCIONADOS POR LAS EMPRESAS PRIVADAS	24
2.1. La prohibición general del uso de la fuerza	25
2.1.1. Las excepciones a la prohibición general del uso de la fuerza	27
2.1.2. El consentimiento como causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza	29
2.1.3. Los intentos de ampliación de excepciones a la prohibición del uso de la fuerza	33
2.1.3.1. La intervención de la OTAN en Kosovo. De la “intervención humanitaria” a la “responsabilidad de proteger” como excepción a la prohibición de no recurrir a la fuerza	33
2.1.3.2. La Operación Libertad Iraquí: la admisibilidad de autorizaciones implícitas y el derecho a la legítima defensa preventiva.....	40
2.1.4. El papel de las EMSP en el uso de la fuerza por los Estados. La responsabilidad del Estado por el uso ilícito de la fuerza.	45
2.2. Relevancia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para las empresas militares y de seguridad privadas como personas jurídicas.	51
2.3. Modos alternativos de imposición de obligaciones jurídicas a las empresas militares y de seguridad privadas	62
2.3.1. Iniciativas en materia de empresas y derechos humanos y su relevancia para las EMSP.	64
2.3.2. El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios.....	72
2.3.3. Iniciativas conjuntas en materia de la regulación de las EMSP	77
2.3.4. Autorregulación de las EMSP	82
2.3.5. Legislación nacional en materia de actividades de las EMSP	87
2.4. Relevancia del Derecho Internacional Humanitario para el personal de las EMSP	96

CAPÍTULO 3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS BAJO LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	98
3.1. La definición de las empresas militares y de seguridad privadas	98
3.2. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como mercenarios ...	100
3.3. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como combatientes	109
3.4. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como personas que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas.....	115
3.5. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como personas civiles.....	117
3.6. La participación directa en las hostilidades como el concepto clave para establecer el estatuto jurídico del personal de las empresas militares y de seguridad privadas.....	118
CAPÍTULO 4. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE LAS EMSP POR LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	127
4.1. Las obligaciones del personal de las EMSP bajo el derecho internacional humanitario.....	127
4.2. Responsabilidad individual por las “infracciones graves” y los crímenes de guerra.	129
4.3. Elementos principales de crimen de guerra.....	133
4.4. Las formas de participación en la comisión de crímenes de guerra	134
4.5. Los problemas de enjuiciamiento del personal de las EMSP por las violaciones del derecho internacional humanitario.....	138
CONCLUSIÓN	142
BIBLIOGRAFÍA	148

PRINCIPALES ABREVIATURAS

CPI	Corte Penal Internacional
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EMSP	Empresas militares y de seguridad privadas
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

INTRODUCCIÓN

El uso legítimo de la fuerza ha sido atribuido tradicionalmente al Estado. El Estado como la única fuente de “derecho” a la violencia legítima mantiene el orden interno y garantiza la seguridad, defensa y soberanía del territorio, proporcionando protección frente a las amenazas externas a su integridad territorial. En este esquema claro la guerra suponía el conflicto entre los Estados-naciones luchando por sus intereses geopolíticos o ideológicos. Las fuerzas armadas regulares de los Estados oponentes se enfrentaban en el campo de batalla para capturar nuevos territorios o defender los suyos. Clausewitz define la guerra como “un duelo en una escala más amplia”¹, “un acto de fuerza” que se lleva a cabo para obligar al adversario a acatar la voluntad del vencedor². Según M. Kaldor, los Estados europeos, en su forma moderna, fueron establecidos a través de las guerras clásicas. Las guerras, incluso, fortalecían los Estados vencedores a través de la regularización de la administración, la subida de los impuestos y el desarrollo de la ideología nacional.³

En la era de la globalización, la aparición en el escenario internacional de los actores diferentes de los Estados, el aumento de la interacción entre actores transnacionales y la agravación de los problemas humanitarios han transformado el concepto de seguridad y la cara de la guerra. Las formas de la violencia organizada del siglo XXI son muy distintas a las del pasado. Hoy en día son escasos los enfrentamientos abiertos interestatales. La mayoría de los conflictos armados son conflictos internos, de baja intensidad, con tendencia a prolongarse en el tiempo. Con el desarrollo de las tecnologías militares y la disponibilidad de armas modernas, se han transformado los medios para ejercer la violencia; la batalla entre las fuerzas armadas ya no es un encuentro decisivo. Los conflictos armados contemporáneos se caracterizan por la presencia de diversos grupos de actores no estatales con motivaciones diversas. Las “nuevas” guerras conllevan la fragmentación y la descentralización de los Estados. En las situaciones donde las campañas militares reciben poco apoyo de la población

¹ Clausewitz, C. von, *De la guerra*, Idea Books, Barcelona, 1999. Trad. en castellano: Diez, A. p. 29.

² *Ibíd.*

³ Kaldor, M., Johnson, A., “New Wars and Human Security”, en Johnson, A. (Ed.), *Global Politics after 9/11: The Demokratiya Interviews*, Foreign Policy Center, London, 2007, p. 275.

local, el éxito de los esfuerzos bélicos depende fundamentalmente del apoyo externo.⁴ En estas condiciones la privatización de la guerra a través de la tercerización de las funciones de seguridad y del uso de la fuerza, que tradicionalmente correspondían al Estado soberano, por parte de los mismos se vuelve un rasgo destacado de las guerras postmodernas. La tercerización de las funciones de seguridad ha alcanzado niveles muy elevados, por ejemplo, en las zonas de conflicto en Irak e Afganistán, donde Estados Unidos tiene la mayor presencia militar y diplomática. Según los informes del Departamento de Defensa de Estados Unidos, entre los años 2008-2011 los contratistas privados en Irak y Afganistán representaron el 52 % de las fuerzas de seguridad, lo que equivale a 190.000 personas.⁵

Según Jack Straw, ex Ministro británico de Asuntos Extranjeros, la gran cantidad de conflictos internos en los Estados débiles aumenta la demanda de la intervención por parte de la comunidad internacional, que hace crecer, al mismo tiempo, la demanda por las EMSP como el modo más rentable de procurar los servicios de seguridad. En su informe el ex Ministro predice, también, el aumento del uso de los servicios de las EMSP por parte de las organizaciones internacionales, sobre todo, las Naciones Unidas, que les permitirá reaccionar más rápido y más eficazmente en las situaciones de crisis.⁶

Efectivamente, muchos países europeos, las organizaciones internacionales y las corporaciones transnacionales recurren cada vez más a los servicios de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP). Los Países Bajos contratan a las fuerzas de seguridad armadas y no armadas privadas para ejercer sus misiones en el extranjero. El Reino Unido utiliza a los contratistas armados para la protección del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Departamento para el Desarrollo Internacional. Alemania contrató a las empresas de seguridad para sus misiones en Afganistán.⁷ La Unión Europea contrató a la seguridad privada para proteger la sede de

⁴ Kaldor, M., *New & Old Wars* (2ª Ed.), Stanford University Press, Stanford, 2007, p. 95.

⁵ Isenberg, D. "Contractors in War zones: Not exactly "Contracting", *Time* de 9 de octubre de 2012. Disponible en: <http://nation.time.com/2012/10/09/contractors-in-war-zones-not-exactly-contracting> (Consulta: 1-11-2013).

⁶ *Green Paper. Private Military Companies: Options for Regulation 2001-2002*, London, Foreign and Commonwealth Office, 2002, p. 4.

Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmcaff/922/922.pdf> (Consulta: 1-11-2013).

⁷ Krahmann, E., Friesendorf, C., *The Role of Private Security Companies (PSCs) in CSDP Missions and Operations*, Policy Department DG External Policies study, European Parliament, Brussels, 2011, p. 5. Disponible en:

EUPOL en Afganistán, para apoyar la misión de EULEX en Kosovo y la misión de EUPOL en la República Democrática del Congo. Las empresas privadas contratadas por la Unión Europea prestaban servicios de apoyo logístico y de transportación durante las operaciones militares en Bosnia-Herzegovina, RD del Congo y Chad.⁸ La Organización de las Naciones Unidas contrató a las empresas de seguridad privadas para apoyar sus misiones de mantenimiento de la paz en Somalia, Sierra Leona y Bosnia, así como para proteger su personal y sus sedes en Afganistán.⁹

Las razones de esta tendencia derivan de una serie de factores.

La tendencia neoliberal de privatización del sector público ha alcanzado en los últimos años varias actividades como las telecomunicaciones, el servicio de correo, la seguridad social o, incluso, las cárceles y el cumplimiento de la ley. La industria militar también se quedó afectada por esta ola de privatización. La disponibilidad de armamento y de personal con experiencia militar y de combate como consecuencia del final de la guerra fría y de los conflictos relacionados lo hizo posible. Además, la naturaleza de las nuevas misiones de seguridad en conflictos internacionales y los éxitos de algunas de las empresas militares también explican el aumento de contratación de las EMSP.¹⁰

Sin embargo, los casos de violaciones graves cometidas por los agentes de seguridad privada en Irak, Afganistán y otras zonas de conflicto o posteriores a un conflicto y la situación de impunidad con la que operan, han causado muchas críticas, tanto desde un punto de vista moral, como desde una perspectiva práctica.

Consecuentemente, en este trabajo la mayor atención se centrará en el papel que juegan las EMSP en el contexto de los conflictos armados y, sobre todo, cuando sean contratados por los propios Estados, teniendo como objetivo la identificación de las normas que determinan la legalidad del recurso a los servicios de estas empresas, el estatuto jurídico de su personal, sus derechos, obligaciones y responsabilidades.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/803_sedestudy_/803_sedestudy_en.pdf (Consulta: 1-11-2013).

⁸ *Ibíd.*, p. 5

⁹ Pingeot, L., *Dangerous Partnership: Private Military & Security Companies and the UN*, Rosa Luxemburg Foundation report, Global Policy Forum, New York, 2012, pp. 23-24. Disponible en: http://www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPF_Dangerous_Partnership_Full_report.pdf (Consulta: 1-11-2013).

¹⁰ Estapá, J.S., "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí" en Jordá, A.G. (Ed.) *El conflicto de Irak y el Derecho Internacional: el caso Couso*, Universitat de Lleida, 2013, p. 349.

La presencia de estos actores no estatales en los conflictos armados implica responder a muchas cuestiones. ¿Cuál sería su posición legal en el contexto del derecho internacional de conflictos bélicos: se considerarían mercenarios o formarían parte de las fuerzas armadas regulares estatales? ¿Cómo se limitará el alcance de sus misiones? ¿Cuál sería la legislación aplicable a sus actividades: la del Estado contratante, la del Estado donde operan, o la del Estado donde se registró u obtuvo la licencia la empresa? ¿Tendrán obligaciones bajo las normas del derecho internacional humanitario? ¿Quién sería el responsable si los empleados de estas empresas cometieran actos ilícitos, violaran las normas aplicables a los conflictos armados, y qué tipo de remedios legales habría disponible al alcance de las víctimas de sus actos?

Para dar respuesta a las preguntas planteadas, el trabajo se dividirá en cuatro capítulos. El primer capítulo se partirá del análisis de las repercusiones y los riesgos que externalización de servicios de seguridad conlleva para el ejercicio de los derechos humanos. Se tomará como punto de partida el conflicto de Irak, ya que este puso en evidencia los problemas que implica el uso de las EMSP y la situación de impunidad con la que operan. El análisis de tres incidentes, donde ha sido involucrado el personal de las EMSP, los del maltrato de los encarcelados en la prisión iraquí de Abu Ghraib, de la masacre en Faluya y del tiroteo en la plaza Nisoor de Bagdad, permiten identificar una serie de factores que propiciaron estas tragedias y entender la adopción de qué medidas es necesaria para evitarlas en el futuro.

Uno de estos factores, sin duda, consiste en las deficiencias regulatorias en materia de las actividades de las EMSP, tanto a nivel internacional, como nacional. Por tanto, en el segundo capítulo del trabajo, dedicado al marco jurídico normativo en materia de los servicios militares y de la seguridad, se analizará la relevancia de diferentes vertientes del derecho internacional para las EMSP. Dado que la mayor preocupación de la sociedad civil y de los académicos se expresa en relación con la externalización de las funciones inherentes al Estado, se abordará el conjunto de las normas que prohíbe el uso de la fuerza entre los Estados y la intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado y se hará un breve repaso de las prácticas recientes que pretenden ampliar las excepciones a esta prohibición, dado que algunas de estas han involucrado la participación de las EMSP. Además, se examinará la implicación de esta prohibición por los Estados que recurren a los servicios de las EMSP, tomando como punto de partida las normas que existen en materia de la responsabilidad del Estado por

los hechos internacionalmente ilícitos. La segunda parte del capítulo se destinará al análisis de la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos para la regulación de las EMSP, y, dado que se trata de la participación de estas en los conflictos armados, del derecho internacional humanitario y de los modos disponibles para la imposición de las obligaciones jurídicas sobre las EMSP, en calidad de sujetos colectivos o del conjunto de individuos. A fin de realizar este análisis, se acudirá al estudio de los acuerdos internacionales y sus comentarios oficiales y académicos, así como a la legislación nacional en materia de los servicios militares y de seguridad, los instrumentos de *soft law* y las iniciativas autoregulatorias del propio sector empresarial.

En el tercer capítulo del trabajo se abordará la cuestión de la posición jurídica del personal de las EMSP en el contexto del conflicto armado, dado que esta es una cuestión crucial para la adecuada aplicación de las normas del DIH a los miembros de estas empresas y para la atribución de la responsabilidad en el caso de violaciones de esas normas. A fin de determinar cuál sería el estatuto jurídico de los agentes privados, se realizará un análisis comparativo de la posición legal de diferentes actores de los conflictos bélicos en relación con el personal de las EMSP a través del estudio de las funciones que estas desempeñan y la relación que tienen con el Estado contratante.

En el capítulo final del trabajo se plantea la cuestión de la responsabilidad individual del personal de las EMSP por las violaciones del DIH, a través del estudio de las normas del DIH relativas a los crímenes de guerra y de las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Seguidamente, se intentarán identificar los factores que impiden el enjuiciamiento del personal de las EMSP por sus hechos ilícitos.

El trabajo concluye con la propuesta de ciertas soluciones que permitan aclarar la posición jurídica de los miembros de las EMSP ante el derecho internacional y las medidas que puedan adoptarse para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas respecto a sus actividades.

CAPÍTULO 1. EL IMPACTO DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Los beneficios del uso de los servicios militares y de seguridad privados

Los defensores de la tercerización de los servicios militares y de seguridad privados sostienen que las EMSP pueden jugar un papel práctico y potencialmente beneficioso en los conflictos modernos. Para confirmar esta afirmación se indican una serie de factores.¹¹

En primer lugar, el uso de la seguridad privada asegura la distribución más eficiente de los recursos militares y, por tanto, un mayor grado de agilidad militar, permitiendo movilizar y desplegar rápidamente una gran cantidad de personal. Así, en Irak y Afganistán, las empresas contratadas pudieron en un tiempo limitado reclutar, tramitar y trasladar el personal necesario para realizar las diversas funciones requeridas para el mantenimiento de las fuerzas de combate y de los administradores civiles en todo el territorio de estos países. En ciertas ocasiones el personal de las EMSP lleva a cabo funciones que los militares del Estado simplemente no tienen la capacidad de realizar, como, por ejemplo, proporcionar traducciones.¹² Además, los contratistas privados suelen extender el periodo de su servicio por un tiempo más prolongado que los militares de las fuerzas armadas estatales, lo que asegura la continuidad, mejor conocimiento de la situación y una toma de decisiones más eficaz.¹³

En segundo lugar, se sostiene que la externalización de los servicios de seguridad permite reducir significativamente los costes de las operaciones militares para el Estado contratante y puede contribuir en la economía local del Estado territorial, donde operan las EMSP, contratando al personal local para llevar a cabo diversas tareas.

¹¹ Ver Stanger, A., Williams, M.E., "Private military corporations: benefits and costs of outsourcing security", *Yale Journal of International Affairs*, Vol. 2, N 1(2006), pp. 8-11.

¹² Hammes, T.S., "Private contractors in conflict zones: the good, the bad and the strategic impact", *INSS CSR Strategic Forum*, Vol. 260 (2010), p. 2. Disponible en: www.ndu.edu/inss (Consulta: 8-11-13).

¹³ *Ibíd.*

La reducción de los recursos militares y políticos requeridos para llevar a cabo las operaciones militares, así como la minimización de las pérdidas humanas, pueden ser considerados otros beneficios de la tercerización de los servicios militares. Así, como indica Thomas Hammes, en 2008 en Irak 163.000 personas fueron contratadas para apoyar 160.000 personas de las tropas norteamericanas en las tareas logísticas, una cantidad de personal que el gobierno estadounidense simplemente no podía permitirse si no tenía el acceso a los servicios de las EMSP.¹⁴

Por último, hay que mencionar la flexibilidad para llevar a cabo la política preferente. La contratación de las EMSP permite a los gobiernos perseguir sus fines en la política internacional sin compromisos, prestar su apoyo sin tomar partido por ninguna de las partes en conflicto. Alison Stanger y Mark E. Williams ponen de ejemplo la contribución que hizo la compañía militar MPRI, contratada por el gobierno estadounidense, en la modernización y el entrenamiento del ejército croata. El Programa de Entrenamiento de la Transición Democrática (*Democracy Transition Training Programme*) empleado por la empresa contribuyó al éxito de las operaciones militares de las fuerzas militares croatas. Las autoridades serbias iniciaron negociaciones, y un acuerdo de paz fue conseguido con la participación de oficiales norteamericanos. De tal modo, el gobierno de Estados Unidos consiguió su interés político sin pedir el apoyo público o congresual y sin emplear sus fuerzas armadas.¹⁵

1.2. Las objeciones al uso de los servicios militares y de seguridad privados

No obstante, los numerosos incidentes con la participación de las EMSP y los casos de violaciones graves cometidas por su personal hacen que la crítica de las EMSP mantenga posiciones fuertes y que se aumente la desconfianza pública en estos actores de los conflictos armados.

Un examen más detenido convierte los mismos factores que los defensores de las EMSP consideran como beneficios indudables en objeciones éticas fundamentales.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 3

¹⁵ Stanger, A., Williams, M.E., "Private military corporations: benefits and costs of outsourcing security", *op. cit.*, p. 9.

La facilidad con la que los gobiernos pueden intervenir en un conflicto armado a través del uso de los servicios de las EMSP conlleva la amenaza al control democrático sobre el uso de la fuerza por parte del Estado. Como indica S. Percy, la contribución militar por parte de los ciudadanos ha sido tradicionalmente considerada como un deber moral, una de las manifestaciones importantes de las relaciones de interdependencia y de control mutuo entre el Estado y sus ciudadanos. El ejército formado por ciudadanos impide que el Estado se involucre en la guerra sin razones suficientemente fundadas o que reprima los descontentos públicos con el uso de la fuerza.¹⁶ La externalización de los servicios militares y de seguridad interrumpe esta conexión disminuyendo el poder del control público sobre las decisiones militares del Estado; se reducen los obstáculos para empezar operaciones militares o para continuar con la participación en conflictos prolongados. Además, la contratación de las EMSP permite a los gobiernos llevar a cabo operaciones encubiertas o utilizarlas como sus apoderados, disimulando de esta manera sus intereses verdaderos en la política internacional en las situaciones donde el Estado considera que su participación abierta sea políticamente inconveniente. Así, por ejemplo, un número de informes indica que los guardias privados contratados por el gobierno norteamericano jugaron un papel central en las redadas clandestinas de la Agencia Central de Inteligencia contra los presuntos insurgentes en Afganistán, realizando detenciones arbitrarias y operaciones encubiertas.¹⁷

Tampoco hay que olvidar que la opinión pública siempre es más sensible en relación a las pérdidas de sus ciudadanos que forman parte de las fuerzas armadas regulares del Estado, que en relación a las muertes de las personas contratadas. Según los datos, a finales de 2009 cerca de 1.800 personas contratadas para apoyar las fuerzas armadas de Estados Unidos fueron reportados muertos y 40.000 personas heridas en Irak y Afganistán. Desde el principio de 2010 hubo más muertes entre los contratistas que entre los soldados norteamericanos en Irak y Afganistán. Sin embargo, estas cifras no entraron en las estadísticas oficiales del Pentágono y no tuvieron ningún impacto significativo sobre las discusiones políticas acerca de la guerra.¹⁸ Esta condición también

¹⁶ Percy, S., "Morality and Regulation", en Chesterman, S., Lehnardt, C. (Eds.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2007. p. 18.

¹⁷ Gomez del Prado, J.L., "Impact on human rights of a new non-state actor: private military and security companies", *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. XVIII, N1 (2011), p. 139.

¹⁸ Schooner, S.L., "Contractors and the Ultimate Sacrifice", *Service Contractor*, septiembre de 2010, pp. 16-18.

hace que se reduzca o se elimine el control público y el grado de apoyo político requeridos para mantener la participación en un conflicto.

Por otro lado, al no ser los ciudadanos del Estado contratante o territorial contratistas privados, no existe ninguna garantía de que éstos actúen en el interés superior de este Estado y el interés superior de las personas que residen en este territorio, en vez de convertirse en destructores de paz. Se trata, sobre todo, de la contratación de militares privados en los Estados débiles o fallidos.

Al fin y al cabo, el personal de las EMSP es el personal contratado para realizar ciertas funciones a cambio de una remuneración, independientemente de sus propios ideales políticos. La idea de la participación en la guerra, animada por el interés económico, siempre ha sido problemática desde el punto de vista ético. La participación en un conflicto en busca de lucro, sin perseguir una causa “adecuada”, sea ésta de interés religioso, nacional o de defensa, supone dudas acerca la capacidad de apoyar al Estado de manera igual que un ejército de ciudadanos que actúen desde el interés común. Según J. Harding, que comenta las actividades de ciertas EMSP en Sierra Leona, los contratistas motivados por el ánimo de lucro, más bien que por el bienestar de un Estado y su población, tienden a emplear sus actividades exclusivamente en las zonas potencialmente beneficiosas, asegurando la paz en territorios seleccionados, mientras ignoran las exigencias de otros.¹⁹

Efectivamente, la experiencia de las EMSP en algunos de los países africanos confirma dichos recelos. Así, las empresas militares “Executive Outcomes” y “Sandline” aprovecharon la situación de inestabilidad política y militar en África para asegurar su posición en el mercado de seguridad, ofreciendo sus servicios sobre todo en las regiones ricas en recursos minerales, como Angola y Sierra Leona. Los contratos de servicios militares con los gobiernos permitieron a los líderes de las empresas establecer relaciones con las estructuras políticas más poderosas, que les proporcionaron acceso a los ingresos a largo plazo de las concesiones petroleras y minerales estratégicas y a otros sectores económicos de los Estados contratantes; la economía de los pueblos

¹⁹ Harding, J., “The mercenary business: “Executive Outcomes”, *Review of African Political Economy*, Vol.24, N 71 (1997), p. 87.

indígenas se encuentra entre uno de ellos.²⁰ De tal modo, los gobiernos pobres enfrentados a la amenaza de los grupos armados rebeldes, no tuvieron otra opción que pagar por los servicios de las EMSP utilizando la riqueza nacional, poniendo en peligro la supervivencia económica del país, basada en la industria minera, a cambio de breves periodos de paz. En su comunicación para el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios, el representante del gobierno actual de Sierra Leona recordó la experiencia pasada de su país con las empresas militares como “Executive Outcomes” y “Sandline” e indicó el sentimiento de desconfianza profunda entre la población civil que esa experiencia había dejado.²¹

En el mismo informe del Grupo de Trabajo de la ONU se señala la creciente preocupación por el impacto de las actividades de los mercenarios y de las EMSP sobre el ejercicio de derechos humanos en la comunidad internacional y, sobre todo, en los países africanos en relación con el derecho de los pueblos a la libre determinación. Bastará con recordar la vinculación probada de los empleados de ciertas empresas militares con el intento de golpe de Estado en Guinea Ecuatorial en 2004, que demostró, además, la existencia de fuertes vínculos entre los mercenarios y determinadas empresas.²² Se reitera el creciente papel de los países africanos como el mercado para los servicios de seguridad y, al mismo tiempo, como el proveedor del personal para estas empresas.²³ Esta situación puede producir un impacto negativo sobre el estado de seguridad en el país. Por un lado, las actividades de las EMSP a menudo sobrepasan los límites de la estructura de seguridad establecida. Por otro lado, la extensión del mercado de seguridad impide que los gobiernos de los Estados débiles presten suficiente atención a las reformas necesarias para la reorganización y el fortalecimiento de sus propias fuerzas armadas.²⁴

Las actividades de las EMSP continúan sin una regulación adecuada y han obstaculizado el disfrute de derechos humanos de muchas personas en diferentes regiones del mundo. Los informes del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios proporcionan datos, obtenidos de sus misiones en países donde están

²⁰ Pech, K., “Executive Outcomes – a corporate conquest”, en Cilliers, J., Fraser, D. (Eds.), *Peace, profit or plunder? The privatisation of security in war-torn African societies*, Insitute for Security Studies, 1999, p. 98

²¹ UN Doc. A/HRC/15/25/Add.5, de 2 de junio de 2010, párr. 28.

²² Ver UN Doc. A/HRC/18/32/Add.2, de 4 de julio de 2011.

²³ *Ibíd.*, párrs. 7-9.

²⁴ Ver UN Doc. A/HRC/24/45/Add.2, de 1 de julio de 2013.

presentes las EMSP, como Afganistán, Irak y diversos países de América Latina, sobre las violaciones graves de los derechos humanos cometidas con la participación de los empleados de estas empresas. En estos informes se relatan casos de violaciones graves de derechos humanos y de libertades fundamentales como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las desapariciones, la tortura, las detenciones arbitrarias, los desplazamientos forzados, la trata de personas, la confiscación o destrucción de la propiedad privada y la violación del derecho a la privacidad.²⁵

1.3. Las empresas militares y de seguridad privadas en las zonas de conflictos armados contemporáneos

La situación es particularmente preocupante en zonas de conflicto o en territorios posteriores a un conflicto, donde la situación es muy inestable y el Estado no es capaz de controlar la calidad del personal de las compañías militares y sus contactos habituales con la población local. La falta de control puede dar lugar a incidentes de acoso, amenazas, abusos e, incluso, de asesinatos de civiles como lo que sucedió en la Plaza Nisoor de Bagdad en 2007.

1.3.1. El caso “Blackwater” en Irak

El incidente en la Plaza Nisoor de Bagdad en 2007, en el que estuvo involucrada la compañía norteamericana Blackwater recibió una gran atención en los medios de comunicación y la reprobación pública. En el tiroteo iniciado por la empresa, que custodiaba un convoy norteamericano, habían muerto 17 civiles, incluyendo mujeres y niños. Cinco agentes privados fueron acusados de homicidio voluntario e infracción en el uso de armas por la muerte de 14 civiles y las heridas que sufrieron más de 20 personas. Los abogados de los cinco acusados insistieron en que éstos actuaron en defensa propia, aunque los testigos afirmaron que los disparos fueron producidos sin agresión ni amenazas previas. En el transcurso de la investigación de la Oficina Federal de Investigaciones de Estados Unidos sólo en tres casos se confirmó la legítima defensa. No obstante, el juez estadounidense desestimó las acusaciones imputadas a los

²⁵ Ver UN Doc. A/HRC/15/25, de 5 de julio 2010. Anexo. Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP). Preámbulo.

empleados de la empresa apelando a las inmunidades de los procesados y a las infracciones en el curso de la investigación. En 2011 el caso fue reimpulsado por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Apelación del distrito de Washington. Todavía no hay decisión final y los guardias privados siguen sin castigo.²⁶

El caso de la Plaza Nisoor no es más que la punta del iceberg, considerando la experiencia previa y la mala fama de la poderosa empresa, que contaba con más de 2.300 soldados privados desplegados en nueve países, con una base de 21.000 reclutas potenciales formados por ex soldados, agentes especiales y policías y con una flota privada de más de 20 aeronaves.²⁷ Al desplegar sus agentes en Irak, Blackwater declaró abiertamente su posición por encima de la ley. Los líderes de la empresa se negaban a someterse al Código Uniforme de Justicia Militar del Pentágono alegando la posición legal de su personal como personas civiles y no militares, y, al mismo tiempo, demandando la inmunidad contra litigios civiles por los tribunales estadounidenses, reclamando su papel como parte de la “*Total Force*” de los Estados Unidos. Blackwater insistía en que sus fuerzas operaban bajo las normas de su propio código de conducta, legalmente impotente e inejecutable.²⁸ De esta manera, los contratistas operaban básicamente en una zona legal gris que abrió el camino a los abusos e infracciones graves.

Lo que es más, según informes oficiales, las autoridades responsables no lograban determinar el número exacto de los contratistas privados que proporcionaban apoyo a las fuerzas militares norteamericanas. Se constataron la falta de un sistema eficaz de monitorización, los problemas de gestión, las dudas acerca de la capacidad de los contratistas de cumplir las obligaciones contractuales de manera eficaz y el impacto negativo sobre las operaciones militares y la moral de las unidades militares.²⁹

No hay que olvidar, que la compañía Blackwater, pese a su representación como una entidad americana en busca de defender a los indefensos, reclutó no sólo al personal nacional de Estados Unidos, sino también de otros países, como Islas Filipinas, Chile,

²⁶ Ver “Blackwater guards again charged by US over Iraqi civilian deaths”, *RT News*, 18-10-13. Disponible en: <http://on.rt.com/8yfi1b> (Consulta: 12-11-13), “Judge places 4 defendants together in Blackwater case”, *U.S. News*, 12-5-2014. Disponible en: <http://www.usnews.com/news/politics/articles/2014/05/12/4-defendants-back-together-in-blackwater-case> (Consulta: 20-5-2014).

²⁷ Scahill, J., *Blackwater: the rise of the world's most powerful mercenary army*, Nation Books, New York, 2007, p. 13.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 14,15.

²⁹ *Ibíd.*, p. 15.

Nepal, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá y Perú. Algunos de sus contratistas incluían comandos chilenos con experiencia de entrenamiento y servicios bajo el régimen violento de Augusto Pinochet.³⁰

Según unas confesiones, los guardias privados de Blackwater intimidaron y aterrorizaron no sólo a la población local, sino también a los periodistas e, incluso, al personal del ejército regular norteamericano, disparando hacia vehículos y amenazando con sus armas. Su actitud sirvió para hacer enemigos entre la población civil nulificando, de este modo, los esfuerzos de contrainsurgencia.³¹ Los oficiales de inteligencia temían que la conducta de los empleados de Blackwater pudiese poner en peligro su propia seguridad en el país.³²

El informe oficial posterior al incidente del 16 de septiembre reveló que desde el año 2005 los empleados de la empresa se habían involucrado en otros 195 tiroteos, en la mayor parte de los cuales dispararon primero.³³ En la mayoría de los casos, los incidentes no fueron investigados, los responsables no fueron procesados, y el mayor castigo fue el despido cualquiera que fuera la naturaleza de los actos cometidos.³⁴

Además, resulta que la misma empresa, en busca de lucro, violaba los derechos de sus propios empleados, ignorando las exigencias de seguridad, poniéndoles, en muchas ocasiones, en situaciones de peligro y vulnerabilidad. La tragedia que tuvo lugar en la ciudad iraquí de Faluya el 31 de marzo de 2004, donde cuatro empleados de Blackwater que escoltaban camiones de abastecimiento sufrieron una emboscada y fueron quemados vivos, es un ejemplo atroz de negligencia de la empresa respecto a sus obligaciones en relación a sus propios empleados. La investigación del incidente reveló muchas omisiones por parte de la empresa. En primer lugar, en esta época la ciudad de Faluya representaba el centro del movimiento insurgente y de resistencia, donde la situación ya escapaba de todo control; sólo unos días antes del incidente, los soldados norteamericanos han sido emboscados y varios civiles han sido asesinados. Aunque la tarea del equipo de Blackwater fue pacífica, cualquier misión en Faluya, en las circunstancias dadas, suponía un peligro mortal. A pesar de conocer la situación, la

³⁰ *Ibíd.*, p.16.

³¹ *Ibíd.*, p. 60.

³² *Ibíd.*, p. 64.

³³ “Additional information about Blackwater USA”, Memorandum from Majority Staff to the members of the Committee on Oversight and Government Reform, 02.10.2007. Disponible en: <http://i.a.cnn.net/cnn/2007/images/10/01/blackwater.memo.pdf> (Consulta: 12-11-13).

³⁴ Scahill, J. *Blackwater: the rise of the world's most powerful mercenary army*, op. cit., p. 63.

empresa envió en misión cuatro personas que nunca han trabajado juntos antes y faltando otros dos miembros del equipo. En vez de proporcionarles camionetas blindadas, como solían hacer en misiones de zonas de presunto peligro, les asignaron dos vehículos todo terreno, mal protegidos contra los disparos. Además, como la misión fue enviada con carácter urgente, los miembros del grupo no tuvieron tiempo para completar la habitual, en estos casos, valoración de inteligencia sobre la ruta, y tampoco fueron provistos de un mapa adecuado con zonas de peligro marcadas.³⁵

La tragedia del 31 de marzo de 2004 en Faluya llamó la atención de la comunidad internacional y dió impulso a la discusión acerca del uso de las EMSP en el conflicto armado. Como indica J. Scahill, antes de lo ocurrido, los medios de comunicación solían referirse a los empleados de las EMSP como “contratistas civiles” o “trabajadores extranjeros de reconstrucción”, casi nunca han empleado el término “mercenarios”.³⁶ Pero, a partir del incidente de Faluya, se reveló otra cara de la seguridad privada: personas armadas con entrenamiento militar operando en zonas de combate y fuego hostil al lado de las fuerzas armadas, de tal manera que se vuelve difícil distinguir entre ellos y los militares de Estado. En el mundo político y académico han empezado a cuestionar la naturaleza de las funciones que desempeñan estos “contratistas civiles”, que no estén bajo el mando militar ni tampoco estén sujetos a las normas que rigen la conducta del personal militar.

1.3.2. El caso de Abu Ghraib en Irak

Los empleados de otras dos empresas militares contratadas por el gobierno estadounidense estuvieron implicados en las numerosas violaciones de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos en la cárcel de Abu Ghraib en Irak en 2004. En el informe del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el trato de prisioneros en Irak se relatan casos de prácticas prohibidas de interrogación y trato de los encarcelados, como actos de violencia física que provocaron lesiones o incluso la muerte, maltrato físico y psicológico, como el sometimiento a las condiciones extremas durante un periodo prolongado, coacción física o psicológica – amenazas de muerte o lesiones graves de los detenidos o de los

³⁵ *Ibíd.*, p. 76.

³⁶ *Ibíd.*, p. 18.

miembros de su familia, abusos sexuales y humillaciones.³⁷ Como bien señala Bollo Arocena, sean aplicables o no en el contexto de Abu Ghraib las normas del derecho internacional humanitario, las prácticas descritas en todo caso constituyen violaciones del derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme al Convenio contra la tortura de 1984 y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. El derecho a la integridad física y mental, el derecho a la dignidad y el derecho a ser tratado con humanidad, prohíbe dichas prácticas en cualquier situación.³⁸

Los hechos relatados en el informe de la Cruz Roja se confirman en los informes oficiales de investigaciones llevadas a cabo en Abu Ghraib por las autoridades estadounidenses. La investigación que estuvo coordinada por el teniente general George Fay afirma la contribución del personal contratado a los problemas en la prisión iraquí y su participación activa en los abusos contra los detenidos o pasiva (en algunos casos estuvieron presentes en interrogatorios con la utilización de prácticas prohibidas, pero no las impidieron ni informaron a los superiores de las infracciones cometidas por el personal de la cárcel).³⁹ Según los arreglos contractuales, la empresa CACI fue contratada para realizar los interrogatorios y otras funciones relacionadas con los servicios de inteligencia, mientras otra empresa BTG, parte de Titan Corporation, proporcionaba exclusivamente los servicios lingüísticos. Tras la investigación fueron descubiertas algunas irregularidades en el proceso de contratación, así como varias infracciones de la normativa vigente que regula los contratos militares. Según el dictamen de mayo de 2004 del Consejero General Adjunto (Adquisición) del ejército norteamericano todas las órdenes de suministro de los servicios interrogatorios debían cancelarse, estando estos servicios fuera del alcance del tipo de contratos celebrados con CACI.⁴⁰

³⁷ Ver “Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation”, de febrero de 2004, párrs. 3.1., 3.2. Disponible en: <http://cryptome.org/icrc-report.htm> (Consulta: 13-11-13)

³⁸ Bollo Arocena, M.D., “La responsabilidad internacional del Estado por la violación del Derecho Internacional Humanitario: a propósito de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib (Iraq)”, *Revista española de derecho militar*, N 86 (2005), p. 164.

³⁹ Ver “Investigation of the Abu Ghraib detention facility and 205th military intelligence brigade MG George R. Fay”, Doc. AR 15-6. Disponible en: <https://www.thetorturedatabase.org/document/fay-report-investigation-205th-military-intelligence-brigades-activites-abu-ghraib> (Consulta: 13-11-13).

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 49

En el informe de Fay se señala que la contratación de los servicios de inteligencia, interrogaciones incluidas, es admisible exclusivamente en situaciones de urgencia. Conforme con un acuerdo general, no se recomienda contratar a agentes privados para desempeñar ese tipo de funciones con el fin de evitar problemas de monitorización y asegurar la realización de operaciones de inteligencia conforme a las leyes y a la cadena de mando autorizada, así como la posibilidad de monitorización gubernamental de las operaciones contractuales.⁴¹ No obstante, los contratistas de CACI proporcionaban sus servicios en Abu Ghraib bajo las condiciones de falta de control y de subordinación confusa.

Así, debido al sistema opaco de subcontratación, los empleados de las empresas no podían considerarse contratados por el Departamento de Defensa y, por tanto, no estuvieron sujetos a la Ley de Jurisdicción Militar Extraterritorial que prevé la persecución penal por los actos ilícitos cometidos bajo la jurisdicción de Estados Unidos. Las deficiencias en la gestión de contratación se confirman en las declaraciones de las autoridades de Abu Ghraib. Como indicaron algunos de ellos, no les proporcionaron ninguna directriz sobre el uso de los contratistas de CACI. Tampoco conocían bien las condiciones exactas de sus contratos o las funciones asignadas a ellos. El único punto de contacto disponible para resolver dudas era el encargado de la misma empresa CACI.⁴² Tampoco tenían claras las relaciones de subordinación entre los contratistas de las empresas, los militares y los empleados civiles del gobierno. En ciertos casos, el personal de CACI funcionaba en posición de autoridad, supervisando a los funcionarios, y estaba encargado de tareas esenciales.⁴³

Además, resultó que al 35% del personal contratado para realizar las interrogaciones de los detenidos, le faltaba la instrucción formal militar en capacidad de interrogador, una condición requerida para desempeñar este tipo de funciones. Según la normativa, todos los empleados debían recibir la instrucción sobre los Convenios de Ginebra y el tratamiento de detenidos y prisioneros. Se suponía que el encargado de las contrataciones se ocupaba de la evaluación de adecuación de esta formación. Al parecer,

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*, p. 50.

⁴³ *Ibíd.*, p. 52.

nadie monitorizaba las decisiones de CACI sobre la suficiencia de formación de sus contratistas.⁴⁴

El informe de Fay concluye que la falta de formación adecuada del personal privado, las deficiencias en la gestión y la monitorización de contratación externa repercuten en la pérdida de control sobre la conducta de los contratistas privados y obstaculizan el seguimiento de posibles actos ilícitos cometidos por ellos.⁴⁵ La falta de control sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales contribuyó, sin duda, a lo que sucedió en la cárcel de Abu Ghraib.

Los tres casos, de la Plaza Nisoor, de Abu Ghraib y de Faluya, no son más que la punta del iceberg. Numerosos casos de abusos y violaciones no salen a la luz, no están reflejados en los informes oficiales, y sus autores siguen sin castigo. El impacto de las EMSP sobre la población local va más allá de las muertes y heridas entre los civiles. Los informes del Grupo de Trabajo de la ONU indican que los miembros de las EMSP entraban en propiedades privadas ocasionando daños, conducían imprudentemente provocando accidentes de tráfico y se comportaban de manera culturalmente insensible hacia la población local.⁴⁶

Un alto nivel de presencia de personas armadas, vehículos e instalaciones militares producen un sentimiento de inseguridad y de miedo entre la población civil en las zonas de conflicto. La dificultad que supone distinguir entre los militares de las misiones internacionales o de las fuerzas armadas regulares y de los contratistas de las EMSP, presentes en el territorio, complica el seguimiento de conductas ilícitas. A pesar de los constantes informes de incidentes graves, es difícil conseguir evidencias verificables y establecer un vínculo con las personas culpables. La existencia de tratados que ofrecen inmunidad al personal de las EMSP, el complejo sistema de subcontratación, el registro de las empresas en países terceros hace difícil llevar a cabo la investigación y determinar la legislación aplicable o el tribunal competente.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 51.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 52.

⁴⁶ UN Doc. A/HRC/18/32/Add.4, de 12 de agosto de 2011, párr. 56.

1.4. Las empresas militares y de seguridad privadas en actualidad

Aunque con el final de la guerra de Irak y el descenso de intensidad del conflicto de Afganistán el número de las obligaciones contractuales con las EMSP ha descendido, igual que el número de incidentes en los que éstas habían estado involucradas,⁴⁷ estas empresas privadas siguen existiendo. Mientras que las obligaciones contractuales de carácter militar se han reducido, existe relativa estabilidad en relación con otras obligaciones contractuales cumplidas por las EMSP en las zonas de Irak y Afganistán, como el apoyo a las bases, construcción, seguridad, entrenamiento de las fuerzas de seguridad locales y de transporte.⁴⁸ Irak sigue concediendo la inmunidad judicial a los contratistas privados de seguridad, lo que impide los juicios en los tribunales iraquí y dificulta los juicios en los países de origen de dichas empresas.

Según las estimaciones, la demanda mundial de servicios de seguridad privados seguirá aumentando y alcanzará los 244.000 millones de dólares en 2016, incrementando en un 7,4 % anual. Mientras, en los próximos años, los Estados Unidos seguirán siendo el mayor consumidor nacional de seguridad privada; esta industria ganará, también, posiciones fuertes en los mercados de Asia, Europa Oriental, África y Oriente Próximo.⁴⁹ Teniendo en cuenta la creciente contratación por diferentes agentes y proporción de los servicios cada vez más variados, las actividades de las EMSP siguen siendo motivo de preocupación. Actualmente, sus servicios están utilizados ampliamente por los gobiernos y actores privados para combatir la piratería (sobre todo, en Somalia) y el contrabando de droga y armamento (en Colombia, Honduras, Chile, Ecuador). Los informes más recientes del Grupo de Trabajo de la ONU sobre el impacto de las actividades de las EMSP sobre el disfrute de los derechos humanos en Somalia y Honduras, que relatan casos de tiroteos indiscriminados, uso desproporcionado de la fuerza, daños de la propiedad privada, desapariciones, expulsiones forzadas, demuestran que la utilización de los servicios de seguridad privada en estos campos implica los mismos riesgos que la experiencia de Irak y Afganistán.⁵⁰ Es característico que los guardias privados a menudo operan en unión con la policía o el ejército, mientras las

⁴⁷ Ver UN Doc. A/68/339, de 20 de agosto de 2013, párs. 29-35.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Freedomia, World Security Services – Industry Study with Forecasts for 2016 and 2021, Study 2978, 01.2012. Disponible en: www.freedoniagroup.com (Consulta: 17-11-2013).

⁵⁰ Ver UN Doc. A/HRC/24/45/Add.1, de 5 de agosto de 2013, A/HRC/24/45/Add.2, de 1 de julio de 2013.

autoridades niegan cualquier conexión con las órdenes ejecutadas por los miembros de las EMSP o cualquier responsabilidad por sus actuaciones.

A pesar de todos los riesgos que implica el uso de los servicios de seguridad privada, en el ámbito internacional ya no se discute la prohibición de las EMSP. Hasta hace poco tiempo algunos países y, sobre todo, la ONU han mantenido la posición abolicionista, apelando al monopolio estatal del uso de la fuerza y su papel dominante en la protección de los derechos humanos y en la proporción de garantías de respeto de libertades y de derechos fundamentales por todos los actores estatales y no estatales. Pero, a partir de cierto momento, la línea abolicionista, básicamente, ha perdido su apoyo, considerando que la misma ONU, uno de los principales opositores a las EMSP, ha recurrido a sus servicios. Este hecho se reconoce en el último informe del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de los mercenarios, según el cual “las Naciones Unidas hacen uso extenso de servicios de empresas militares y de seguridad privadas para diferentes actividades y lugares de todo el mundo. Empresas de este tipo prestan servicios de vigilancia en oficinas de la Organización, seguridad domiciliaria para los funcionarios y apoyo a actividades humanitarias, incluida la evaluación de riesgos, análisis de las amenazas, apoyo logístico y participación en la preparación de estrategias de seguridad”.⁵¹

En este contexto, lo que parece realmente importante es la regulación adecuada y completa, porque la operación de las EMSP en una situación de vacío legal resulta en la impunidad y supone la amenaza a las personas civiles y sus derechos humanos. Desafortunadamente, como se señala en el estudio llevado a cabo por el Grupo de Trabajo de la ONU, la enorme divergencia que existe en el nivel de regulación de las actividades de las EMSP entre diferentes países da lugar a numerosas incoherencias y carencias. La legislación existente proporciona una regulación fragmentada e inadecuada para afrontar los desafíos que plantean las actividades de las EMSP.⁵² Al mismo tiempo, a nivel del marco normativo internacional, existen importantes deficiencias.

⁵¹ UN Doc. A/68/339, párr. 38.

⁵² *Ibíd.*, párr. 51

CAPÍTULO 2. EL MARCO JURÍDICO- NORMATIVO EN MATERIA DE SERVICIOS MILITARES Y DE SEGURIDAD PROPORCIONADOS POR LAS EMPRESAS PRIVADAS

Actualmente no existe un instrumento internacional de carácter vinculante que regule y monitorice las actividades de las EMSP, por lo que cabe preguntarse ¿significa esto que estas empresas operan fuera de cualquier marco normativo o que desempeñan sus actividades en situación de un “vacío” legal? ¿Existen normas legales que puedan invocarse en relación a la posición jurídica de las EMSP y de su personal, sus actividades, obligaciones y responsabilidades durante los conflictos armados?

Según la perspectiva clásica, el uso de la fuerza se rige, por un lado, por un conjunto de normas que determinan las condiciones que permiten a los sujetos del derecho internacional recurrir al uso de la fuerza armada (*ius ad bellum*) y, por otro lado, un conjunto de normas destinado a solucionar problemas humanitarios derivados del uso de la fuerza, limitando los medios y los métodos de hacer la guerra y protegiendo a las personas y sus bienes que pudieran verse afectados (*ius in bello*).

En el marco del derecho internacional humanitario (*ius in bello*) se distinguen dos regímenes jurídicos diferenciados: el conjunto de normas aplicables en el contexto de un conflicto armado internacional, compuesto principalmente por los Convenios de Ginebra de 1949⁵³ y el Protocolo Adicional I⁵⁴, y el conjunto de normas menos desarrollado, relativo a los conflictos armados no internacionales. Este último comprende el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II.

⁵³ Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949. En adelante, Convenio de Ginebra (I). Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949. En adelante, Convenio de Ginebra (II). Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949. En adelante, Convenio de Ginebra (III). Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949. En adelante, Convenio de Ginebra (IV).

⁵⁴ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional, de 8 de junio de 1977. En adelante, Protocolo Adicional I.

Además, hoy en día está generalmente reconocido que el derecho internacional de los derechos humanos también es aplicable en situaciones de conflicto armado, a pesar de unos orígenes distintos y una serie de divergencias entre estas dos ramas de derecho.⁵⁵ Aunque algunas obligaciones en materia de los derechos humanos pueden ser suspendidas en situaciones excepcionales, como un conflicto armado, hay derechos humanos, como el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes y a no sufrir esclavitud o servidumbre, así como los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, que son inderogables y no pueden ser anulados bajo ninguna circunstancia. Además, cualquier derogación está sujeta a una serie de limitaciones.⁵⁶

Siguiendo esta distinción, se analizarán en la primera parte de este capítulo los principios básicos relativos a la prohibición del uso de la fuerza y de no intervención en asuntos de otro Estado, con referencia a ejemplos recientes de la práctica internacional, y las consecuencias de contratación de las EMSP para llevar a cabo actividades que violan estos principios. A su vez, en la segunda parte del capítulo se examinará en qué medida el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos son relevantes para la regulación de las actividades de las EMSP y qué modos existen para imponer las obligaciones previstas por sus normas a las EMSP y su personal con el fin de hacerles responsables por conductas indebidas.

2.1. La prohibición general del uso de la fuerza

El principio de prohibición del uso de la fuerza establecido por la Carta de la ONU, según el cual “los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”⁵⁷, ha sido reconocido

⁵⁵ Dinstein, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 69.

⁵⁶ Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Art. 4. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Art. 2 (2). Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. Art. 15(2). Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969. Art. 27(2).

⁵⁷ Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945. Art. 2(4). En adelante, Carta de la ONU.

como una regla de derecho internacional que tiene carácter de *ius cogens*.⁵⁸ La norma recogida en el art. 2(4) de la Carta de la ONU “constituye la norma básica y suprema del ordenamiento jurídico internacional, sobre la que se asienta el conjunto de las relaciones internacionales”.⁵⁹ Como una norma de naturaleza imperativa, esta no admite acuerdo en contrario y no puede ser modificada o derogada más que por otra norma que tenga carácter idéntico, y su violación atenta a “los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto”.⁶⁰

Aunque la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales constituye una regla universalmente reconocida, estando recogida en numerosos instrumentos jurídicos, existen varios desacuerdos respecto a su interpretación.

Existe un debate acerca del tipo de “fuerza” prohibido por la Carta (si la prohibición se refiere exclusivamente a la fuerza armada o también a las medidas coercitivas de carácter económico, político o diplomático) y de tipos de actividades que equivaldrían al uso de la fuerza. La posición dominante sostiene que la prohibición del art. 2(4) se refiere a la fuerza armada utilizada a nivel internacional.⁶¹

Algunas dificultades surgen también en relación con el alcance de la “amenaza” del uso de la fuerza, a diferencia de la planificación y la preparación de un ataque armado o amenaza a la paz bajo el art. 39 de la Carta de la ONU.⁶² Según la definición del Profesor Brownlie, “la amenaza del uso de la fuerza consiste en una promesa, explícita o implícita, expresada por un gobierno, de recurrir a la fuerza en caso de desacato a ciertas peticiones de tal gobierno”.⁶³

El debate más prominente existe entorno al significado de la última parte del art. 2(4). Por parte de la doctrina, la prohibición expresada en la Carta de la ONU no es

⁵⁸ Ver *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America). International Court of Justice. Sentencia de 27 de junio de 1986. pár. 187.

⁵⁹ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989, p. 71.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Ver, por ejemplo, Ranzhofer, A., “Article 2(4)”, en Simma, B. (Ed.), *The Charter of the United Nations: the commentary* (2ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 112, 117., Röling, B. V. A., “The ban on the use of force and the U.N. Charter”, en Cassese, A. (Ed.), *The current legal regulation of the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, p. 3.

⁶² Roscini, M., “Threats of armed force and contemporary international law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 54 (2007), pp. 230, 231.

⁶³ Brownlie, I., *International law and the use of force by states*, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 364.

absoluta, sino relativa, de modo que los usos de la fuerza que no atenten contra la integridad territorial o la independencia política del Estado, o no sean incompatibles con los propósitos de las Naciones Unidas podrán considerarse como usos lícitos de la fuerza.⁶⁴ Sin embargo, esta interpretación restrictiva no puede considerarse como una posición dominante. Como indica I. Brownlie, la referencia a la integridad territorial y la independencia política fue incluida más bien con el objetivo de proporcionar garantías específicas para Estados pequeños.⁶⁵ Además, tal interpretación sería inconsistente con la práctica del Consejo de Seguridad que en numerosas ocasiones ha condenado el uso de la fuerza no autorizado.⁶⁶ Como bien indica Rodríguez Carrión, “ninguna interpretación podría llevar a un resultado que contradijera un áureo aforismo jurídico en materia de interpretación: cuando se establece una norma general prohibitiva, las excepciones permisivas deben estar explícitamente previstas.”⁶⁷

2.1.1. Las excepciones a la prohibición general del uso de la fuerza

El derecho de legítima defensa constituye una excepción principal y más importante a la prohibición general del uso de la fuerza por los Estados. Esta excepción está expresamente recogida en el art. 51 de la Carta de la ONU, según el cual “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Asimismo, la legítima defensa ejercida dentro de los límites establecidos por el derecho internacional constituye una circunstancia que excluye la ilicitud del hecho de

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Stone, J., *Aggression and world order: a critique of United Nations theories of aggression*, University of California Press, Berkeley, 1958, p. 95. Tesón, F. R., *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality* (3ª Ed.), Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2005, p. 192, D’Amato, A., *International law: process and prospect*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, NY, 1987, pp. 57 – 73.

⁶⁵ Brownlie, I., *International law and the use of force by states*, op. cit., pp. 267 – 268.

⁶⁶ Chesterman, S., *Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 52.

⁶⁷ Rodríguez Carrión, A. J., “El elemento objetivo de la responsabilidad internacional por la violación de la obligación de abstenerse de recurrir a la fuerza”, en Jiménez Piernas, C. (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, 1989*, p. 266.

un Estado, que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado.⁶⁸

Como se deriva de la lectura estricta del texto del art. 51, el derecho de legítima defensa está restringido a la ocurrencia de un ataque armado previo, que equivale a la violación del art. 2(4) de la Carta de la ONU y puede ser atribuido a sujetos del derecho internacional. “El envío por un Estado de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables” [a los actos caracterizados como actos de agresión según la Resolución 3314 (XXIX)], “o su sustancial participación en dichos actos”⁶⁹ equivale al ataque armado, igual que el ataque llevado a cabo por las fuerzas regulares del Estado a través de una frontera nacional.⁷⁰

El ejercicio de este derecho está sujeto a los límites temporales y sigue existiendo sólo “hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.⁷¹ Además, los Estados tienen el deber de comunicar inmediatamente las medidas tomadas en el ejercicio del derecho de legítima defensa al Consejo de Seguridad. La ausencia de tal comunicación puede considerarse como un factor indicativo de que el Estado propio en cuestión no estuviera convencido de actuar en legítima defensa.⁷²

Asimismo, el ejercicio de legítima defensa está condicionado por los criterios de necesidad y proporcionalidad.⁷³ La noción de necesidad supone que el Estado que recurre a la fuerza en respuesta a un ataque armado “lo hace precisamente porque es ésta la única salida posible para repeler dicha acción”.⁷⁴ A su vez, la noción de proporcionalidad tiene que ver con el volumen, la duración y el objetivo de la respuesta defensiva de detener y repeler la agresión.⁷⁵ En general, los requisitos de necesidad y

⁶⁸ Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional, 9 de agosto de 2001. Anexo a la Resolución aprobada por la Asamblea General 56/83, de 28 de enero de 2002. Art. 21. En adelante, Proyecto CDI.

⁶⁹ *Definición de la agresión*, Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, Asamblea General.

⁷⁰ *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua*, Párr. 195.

⁷¹ Art. 51. Carta de la ONU.

⁷² *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua*. Párr. 200.

⁷³ *Ibíd.* Párr. 194.

⁷⁴ Gutiérrez Espada, C., “Algunas reflexiones en torno a la “legítima defensa”, en Jiménez Piernas, C. (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, op. cit, p. 302.

⁷⁵ Gray, C., *International law and the use of force* (3ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 150.

proporcionalidad implican que la legítima defensa no debe tener carácter punitivo o de represalias.⁷⁶

Otra excepción a la prohibición del uso de la fuerza sería la autorización otorgada mediante la resolución del Consejo de Seguridad, en conformidad con las condiciones del capítulo VII de la Carta de la ONU. El art. 39 de la Carta confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad de determinar la existencia de amenaza a la paz, quebramiento de la paz o acto de agresión y tomar decisiones respecto a las medidas necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Como indica el art. 42 de la Carta, cuando las medidas que no implican el uso de la fuerza se muestran inadecuados, podrán ejercerse otras acciones necesarias por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres.

2.1.2. El consentimiento como causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza

Además de prohibir el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, los artículos 2(1) y 2(7) de la Carta de la ONU expresan la obligación de los Estados de no intervenir en los asuntos de la jurisdicción interna de cada Estado. Este principio ha sido desarrollado por varias resoluciones de la ONU, sobre todo, por la Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de la ONU, según la cual “ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”.⁷⁷ De este modo, cualquier forma de intervención, incluida la intervención armada, constituye un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, una circunstancia que excluye la ilicitud del uso de la fuerza en el territorio de otro Estado, así como de intervención militar, sería el consentimiento del Estado sobre cuyo territorio se utiliza la fuerza.⁷⁸ Aunque esta excepción no está mencionada explícitamente en la Carta de la ONU, el empleo de la fuerza en el territorio de un Estado a condición de su consentimiento no conlleva al incumplimiento de la obligación recogida en el art. 2(4) de la Carta, ya que “sería difícil que los Estados utilizaran la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política, o de manera no conforme a cualquiera de los propósitos y principios enunciados en la Carta, si lo

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Resolución 2131 (XX). Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, 21 de diciembre de 1965. Art. 1.

⁷⁸ Ver Proyecto CDI, Art. 20.

hicieran con el conocimiento y consentimiento del Estado sobre cuyo territorio se pone en marcha la operación de índole militar de que se trate”.⁷⁹

El art. 3(e) de la Resolución 3314 (XXIX)⁸⁰, igual que la práctica de los tribunales internacionales⁸¹, confirman la admisibilidad de la intervención militar extranjera a condición del consentimiento del Estado receptor.

Indudablemente, el consentimiento válido “se configura como un requisito esencial e ineludible para el ejercicio de este derecho”.⁸²

El consentimiento como base de la intervención puede ser otorgado con anterioridad o incluso en el momento de lo ocurrido; debe ser libre, expresado efectivamente y haberse manifestado claramente.⁸³ Los Estados pueden manifestar su consentimiento a través de disposiciones de un tratado o de una solicitud de ayuda militar.⁸⁴ Además, el comportamiento consentido debe permanecer dentro de los límites del consentimiento otorgado⁸⁵ y, en cualquier caso, está restringido por las normas imperativas de derecho internacional, que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.⁸⁶

Para que el consentimiento a la intervención sea válido, éste ha de proceder de aquellos órganos o personas autorizados a manifestar la voluntad del Estado siendo reconocidos como tales en el plano internacional.⁸⁷ Como indica Díaz Barrado, las normas del Convenio de Viena sirven como un punto de partida en la identificación de

⁷⁹ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, op. cit., p. 77.

⁸⁰ Resolución 3314 (XXIX). Se caracterizará como acto de agresión “la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor” sólo en caso de que tal utilización esté “en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo”.

⁸¹ Ver, por ejemplo, *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua*, párr. 246: “Indeed, it is difficult to see what would remain of the principle of non-intervention, **which is already allowable at the request of the government of the State**, were also to be allowed at the request of the opposition”.

⁸² Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, op. cit., p. 81.

⁸³ Crawford, J., *The International Law Commission’s Articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 164.

⁸⁴ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, op. cit., p. 146.

⁸⁵ Crawford, J., *The International Law Commission’s Articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 163.

⁸⁶ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, op. cit., p. 133.

⁸⁷ Crawford, J., *The International Law Commission’s Articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 163.

los verdaderos representantes de un Estado.⁸⁸ Según sus disposiciones, “en virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerarán que representan a su Estado: los jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores”.⁸⁹ De este modo, uno de los criterios de validez del consentimiento es que éste emane de personas constituidas legalmente como un órgano del Estado.⁹⁰ Sin embargo, en aquellos supuestos en que la solicitud de la asistencia militar extranjera tenga lugar en el contexto de un conflicto interno, caracterizado con la oposición entre determinados órganos del Estado, o entre el gobierno actual y el poder anterior, la determinación de autoridades con derecho a representar al Estado a nivel internacional puede presentar un desafío. En estas circunstancias la prueba de efectividad del poder sobre el territorio o la población sería un criterio fundamental en cuanto a la determinación del poder que represente al Estado,⁹¹ que, junto con el criterio de la legalidad, permite clarificar la cuestión de la validez del consentimiento. Otro criterio apropiado para juzgar la representatividad de un órgano competente es el de la legitimidad. Sin embargo, como indica Díaz Barrado, este concepto, “que se refiere fundamentalmente a la relación y cohesión existentes entre los órganos de un Estado, encargados de dirigir los asuntos internos e internacionales de ese Estado, y la población que se asienta sobre el territorio de dicho Estado”, es ambiguo y conllevaría siempre un cierto grado de subjetividad.⁹² Por tanto, este criterio debe considerarse en conjunto con la prueba de efectividad.

En algunos casos la intensidad de un conflicto puede alcanzar tal nivel que el gobierno pierda el control efectivo sobre una parte significativa del territorio o la población, o, incluso, se produzca un vacío constitucional y gubernamental.

En estas circunstancias extremas la propia admisibilidad de prestación de asistencia militar por otro Estado es cuestionable.⁹³ En general, la gravedad y la

⁸⁸ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., p. 309.

⁸⁹ Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961. Art. 7(2)(a).

⁹⁰ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., p. 335.

⁹¹ “Present problems of the use of force in International Law”, Sub-group on intervention by invitation, *Yearbook of Institute of International Law*, Vol. 74 (2011), p. 229.

⁹² Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., p. 345.

⁹³ Doswald-Beck, L., “The legal validity of military intervention by invitation of the government”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 56, N 1 (1985), p. 189.

intensidad del conflicto pueden indicar la admisibilidad de solicitud o de consentimiento de ayuda por terceras partes.⁹⁴

La práctica internacional en este ámbito ha sido bastante incoherente.⁹⁵

Como sostiene Díaz Barrado, los Estados deben abstenerse de prestar asistencia militar para sofocar una insurrección en el territorio de un Estado donde se desarrolla un conflicto interno generalizado entre diversos sectores de la población o un enfrentamiento directo entre sus órganos, a excepción posible de casos cuando la insurrección es fomentada por las injerencias externas.⁹⁶

Por otro lado, se sostiene que los gobiernos conservan su derecho de recurrir a la asistencia externa con el fin de mantenerse en el poder o restaurar su poder, cuando dejan de ejercer el control efectivo como consecuencia de un golpe de estado o de la toma de poder inconstitucional,⁹⁷ ya que los Estados tienden a tratar a los golpistas como usurpadores temporales cuyas acciones no alteran fundamentalmente la continuidad del poder del gobierno *de iure*.⁹⁸ Como indica Doswald-Beck, en la práctica internacional el gobierno establecido no estará privado inmediatamente de reconocimiento, aunque pierda el control efectivo, hasta que no establezca un nuevo régimen único en control.

En estas situaciones puede considerarse, también, la actitud que adoptan terceros Estados, las organizaciones internacionales y regionales respecto al reconocimiento de determinadas personas como representantes del Estado.⁹⁹ En cuanto a los regímenes nuevos, las Naciones Unidas llevan a cabo la práctica de reconocimiento cada vez más, identificando al gobierno legítimo.

Mientras que el derecho internacional permite la intervención militar a solicitud del Estado, está generalmente reconocido que la ayuda militar a grupos disidentes, que

⁹⁴ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., p. 322, Gray, C., *International law and the use of force*, op. cit., p. 82.

⁹⁵ Gray, C., *International law and the use of force*, op. cit., p. 81.

⁹⁶ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., pp. 326-330, 359 – 360.

⁹⁷ “Present problems of the use of force in International Law”, op. cit., p. 232.

⁹⁸ Wippman, D., “Military intervention, regional organizations, and host-state consent”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7 (2006), p. 217.

⁹⁹ Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza*, en *Derecho Internacional*, op. cit., pp. 348, 348.

se oponen al gobierno legalmente establecido, supone un hecho internacionalmente ilícito.¹⁰⁰

De este modo, aunque el principio de la inviolabilidad de la soberanía nacional no impide que los Estados tomen las medidas necesarias para mantener o restaurar el orden público y defender su integridad territorial contra la oposición, su derecho a recurrir a la asistencia de una tercera parte, así como el derecho de otros Estados de prestar su apoyo, están sujetos a ciertas restricciones.

Sin embargo, la práctica de las últimas décadas demuestra que los Estados, en muchos casos con cierto apoyo doctrinal, intentan ampliar el número de excepciones a la prohibición de no usar fuerza o la obligación de no intervenir en los asuntos de otro Estado, reinterpretando las disposiciones de la Carta de la ONU o buscando una justificación para sus operaciones en los argumentos distintos a los fundamentos legales.

2.1.3. Los intentos de ampliación de excepciones a la prohibición del uso de la fuerza

2.1.3.1. La intervención de la OTAN en Kosovo. De la “intervención humanitaria” a la “responsabilidad de proteger” como excepción a la prohibición de no recurrir a la fuerza

La intervención militar de las fuerzas armadas de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia no estuvo respaldada por una autorización explícita del Consejo de Seguridad, ni tampoco pudo considerarse como legítima defensa en respuesta al ataque armado.

El Consejo de Seguridad adoptó tres resoluciones sobre Kosovo, anteriores a los ataques armados de la OTAN. La primera condenó el uso excesivo de la fuerza por las fuerzas policiales serbias y los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo y ordenó un embargo de armas total a la RFY.¹⁰¹ En su segunda resolución, el Consejo

¹⁰⁰ Doswald-Beck, L., “The legal validity of military intervention by invitation of the government”, *op. cit.* p. 196, Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 330. *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua*. Pág. 246.

¹⁰¹ Resolución 1160, de 31 de marzo de 1998. Consejo de Seguridad.

calificó la situación en Kosovo como “una amenaza para la paz y la seguridad en la región”, pidiendo el cese inmediato de las hostilidades y del fuego en Kosovo, así como la retirada de las unidades de seguridad utilizadas para la represión contra la población civil, advirtiendo de la “posibilidad de adoptar medidas nuevas y adicionales para mantener o restablecer la paz y la estabilidad en la región”, en caso de que no se aplicasen las medidas requeridas.¹⁰² Mediante la resolución 1203, el Consejo reafirmó la situación en Kosovo como una amenaza a la paz y expresó su aprobación a los acuerdos celebrados por las autoridades de Belgrado con la OSCE y la OTAN, contemplando la posibilidad, en caso de emergencia, de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la libertad de movimientos de los verificadores de la OSCE.¹⁰³

Algunos Estados, como Francia, los Países Bajos y Eslovenia, buscaron justificar las acciones de la OTAN alegando a dichas resoluciones y al hecho de su incumplimiento por parte de la RFY.¹⁰⁴ Sin embargo, como indican varios autores, las referencias de las resoluciones del Consejo de Seguridad a la amenaza para la paz y la seguridad o a la posibilidad de considerar medidas adicionales no equivalen a una autorización explícita, ni tampoco implícita al uso de la fuerza armada.¹⁰⁵ Una parte considerable de expertos académicos coincide en que, desde el punto de vista estrictamente legal, la intervención armada de la OTAN en Kosovo contradice la prohibición del uso de la fuerza recogida en el art. 2(4) de la Carta de la ONU.¹⁰⁶ Sin embargo, no todos los autores la condenan. Algunos expertos consideran que, a pesar de

¹⁰² Resolución 1199, de 23 de septiembre de 1998. Consejo de Seguridad.

¹⁰³ Resolución 1203, de 24 de octubre de 1998. Consejo de Seguridad.

¹⁰⁴ Gray, C. *International law and the use of force*, op. cit., pp. 42, 43.

¹⁰⁵ Ver Gutiérrez Espada, C., “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “guerra de Kosovo)””, en Blanc Altemir, A. (Coord.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 194. Simma, B., “NATO, the UN and the use of force: legal aspects”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N 1 (1999), p. 7. Gazzini, T., *The changing rules on the use of force in international law*, Juris Publishing, Manchester, 2005, p. 93.

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Cassese, A., “Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?” *European Journal of International Law*, Vol. 10, N 1 (1999), p. 23. Gutiérrez Espada, C., “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “guerra de Kosovo)””, op. cit., p. 193. Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?” *European Journal of International Law*, Vol. 12, N 3 (2001), p. 437. Howe, B., “On the justifiability of military intervention”, en Moseley, A., Norman, R. (Eds.), *Human Rights and Military Intervention*, Ashgate, Aldershot, p. 170. Remiro Brotóns, A., “¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad”, *Política Exterior*, Vol. 13, N 69 (1999), p. 21. Simma, B., “NATO, the UN and the use of force: legal aspects”, op. cit., p. 11.

que la intervención de la OTAN en Kosovo no tiene justificación jurídica formal, esto “no empece para reconocer su conveniencia moral”.¹⁰⁷

Louis Henkin resume los argumentos a favor de la intervención de la OTAN: gravedad de violaciones de los derechos humanos en Kosovo que requerían la reacción urgente; imposibilidad de obtener la autorización del Consejo de Seguridad para intervenir debido al veto contra la intervención militar; necesidad de adoptar medidas debido a la situación de amenaza para la paz internacional y la seguridad en la región.¹⁰⁸ Asimismo, el Secretario General de la OTAN, Javier Solana, reiteró en su declaración que el objetivo de la intervención fue aliviar el sufrimiento humano y prevenir las represiones y la violencia contra la población civil de Kosovo, así como restablecer la estabilidad en la región, detener la violencia y poner fin a la catástrofe humanitaria, alegando al deber moral de tomar las medidas respectivas.¹⁰⁹

Como indica P. Hilpold, las justificaciones de la acción militar proporcionadas por los miembros de la OTAN en relación con Yugoslavia se basaron más bien en argumentos de carácter político, que estrictamente legal, al referirse a las violaciones graves de los derechos humanos y la incapacidad del Consejo de Seguridad de adoptar medidas efectivas para poner fin a la crisis humanitaria.¹¹⁰ De este modo, aunque la doctrina de la “intervención humanitaria” no fue invocada explícitamente por los miembros de la OTAN, la justificación de su campaña militar se basó parcialmente en sus elementos.¹¹¹

Algunos autores han atribuido a la intervención de la OTAN en Kosovo el valor de precedente, suponiendo la cristalización de un principio general de origen consuetudinario que permite recurrir a la fuerza, en caso de catástrofe humanitaria, incluso sin autorización previa del Consejo de Seguridad.¹¹² Sin embargo, cabe recordar

¹⁰⁷ Gutiérrez Espada, C., “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “guerra de Kosovo)””, *op. cit.*, p. 207. En sentido similar, Franck, T. M., “Interpretation and change in the law of humanitarian intervention”, en Holzgrefe, J.L., Keohane, R.O. (Eds.), *Humanitarian intervention: ethical, legal and political dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 226.

¹⁰⁸ Henkin, L., “Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention””, *American Journal of International Law*, Vol. 93, N 3 (1999), p. 826.

¹⁰⁹ Statement by the Secretary General, Press Release (1999) 040, de 23 de marzo de 1999. Publicado en Krieger, H. (Ed.), *The Kosovo conflict and International law: an analytical documentation 1974-1979*. p. 304.

¹¹⁰ Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?” *op. cit.*, p. 460.

¹¹¹ Simma, B. “NATO, the UN and the use of force: legal aspects”, *op. cit.*, p. 12.

¹¹² Ver, por ejemplo, Tesón, F. R., *Humanitarian Intervention: an inquiry into law and morality*, *op. cit.*, p. 375.

que el proyecto de resolución debatido en la 3989ª sesión del Consejo de Seguridad condenó explícitamente la intervención militar de la OTAN como acto que viola los artículos 2(4), 24 (relativo a la supremacía del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales) y 53 (relativo a la exigencia de autorización del Consejo de Seguridad de medidas coercitivas realizada por organismos internacionales).¹¹³ Aunque este documento contó con sólo tres votos a favor (Rusia, China y Namibia) y doce en contra, este resultado no puede entenderse como apoyo incondicional de la acción de la Alianza Atlántica. Como sostiene Antonio Remiro Brotóns, “la actitud del Consejo no se basó en un análisis legal de la situación sino en la conveniencia política y la realidad del poder”.¹¹⁴ Asimismo, el hecho de que la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, mediante la cual se autorizó la presencia internacional en Kosovo y se estableció la Misión de Administración Provisional de la ONU en Kosovo,¹¹⁵ no se refiere a la cuestión de las acciones militares de la OTAN, tampoco puede considerarse como una aquiescencia implícita de estas. Como bien indica P. Hilpold, el Consejo de Seguridad simplemente adoptó un enfoque pragmático, encargándose de la solución de problemas mas inmediatos, mientras evitando la cuestión de calificación legal de eventos del pasado.¹¹⁶

La Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo a la legalidad del uso de la fuerza, presentado por Yugoslavia contra diez miembros de la OTAN, tampoco se pronunció sobre la legalidad del uso de la fuerza armada por la OTAN, pero sí manifestó una profunda preocupación por el uso de la fuerza en Yugoslavia, el cual “suscita cuestiones muy graves de derecho internacional” y consideró “necesario subrayar que todas las partes han de actuar en conformidad con las obligaciones que les imponen la Carta de las Naciones Unidas y otras normas de derecho internacional”.¹¹⁷

De este modo, la fuerte oposición de algunos Estados a la admisibilidad de la intervención sin autorización del Consejo de Seguridad y la reticencia de otros de invocar abiertamente esta doctrina como justificación para sus operaciones en el

¹¹³ 3989ª sesión del Consejo de Seguridad, de 26 de marzo de 1999.

¹¹⁴ Remiro Brotóns, A., “¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad”, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁵ Resolución 1244, de 10 de junio de 1999. Consejo de Seguridad.

¹¹⁶ Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?” *op. cit.* p. 462., Gazzini, T., *The changing rules on the use of force in international law*, *op. cit.*, p. 441.

¹¹⁷ Caso relativo a la legalidad del uso de la fuerza (medidas provisionales). Providencia de 2 de junio de 1999. Publicado en *Resúmenes de los fallos, opiniones consultativas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1997 – 2002*, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 74 – 133.

extranjero permite suponer que ésta, todavía, no goza de una aceptación unánime y no está consolidada en el derecho internacional.¹¹⁸

Otros expertos han sostenido que el derecho a la intervención humanitaria existe en casos extremos, elaborando las condiciones de su uso. A. Cassese propone seis condiciones principales que permitan intervenir, incluso en ausencia de la autorización del Consejo de Seguridad.¹¹⁹ Primero, debe constatarse la situación de violaciones graves de los derechos humanos a gran escala, perpetradas en el territorio de un Estado soberano por las autoridades gubernamentales o con su connivencia y apoyo, o debido a la incapacidad de estas autoridades de impedir estas atrocidades. Segundo, han de existir pruebas de incapacidad de las autoridades centrales de poner fin a la crisis humanitaria, que, al mismo tiempo, niegan cualquier asistencia internacional o no cumplen con las resoluciones o las recomendaciones de organizaciones internacionales relativas a la situación. Tercero, los desacuerdos de los miembros del Consejo de Seguridad impiden su resolución a favor de las medidas coercitivas. Cuarto, la utilización de la fuerza armada debe considerarse como último recurso. Quinto, sólo puede estar permitido el uso de la fuerza colectivo, de modo que ningún país pueda actuar individualmente en nombre de la comunidad internacional. Y, por último, cualquier uso de la fuerza debe ser limitado exclusivamente a los fines de detener las atrocidades y restablecer el respeto de los derechos humanos.

El Reino Unido ha mostrado abiertamente su apoyo a la doctrina de la intervención humanitaria presentando un marco similar al de Cassese de su ejecución para la atención del Secretario General de la ONU.¹²⁰

Sin embargo, como bien indica P. Hilpold, ningún lista de requisitos podrá funcionar como una barrera eficaz contra los posibles abusos por parte de los Estados

¹¹⁸ Chesterman, S., *Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law*, op. cit., p. 87. Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?” *op. cit.*, p. 462. Gazzini, T., *The changing rules on the use of force in international law*, op. cit., pp. 85 – 89. Gray, C., *International law and the use of force*, op. cit., p. 51.

¹¹⁹ Cassese, A., “Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?” *op. cit.*, p. 27.

¹²⁰ “United Kingdom guidelines on humanitarian intervention”. Discurso del Secretario de Estado de Relaciones Exteriores y de Asuntos de Commonwealth, de 19 de julio de 2002. Publicado en Harris, D.J., *Cases and materials on International Law* (6ª Ed.), Sweet & Maxwell, London, 2004, pp. 957 – 958.

poderosos.¹²¹ Además, este tipo de soluciones no proporciona una respuesta en relación al fundamento legal de la intervención humanitaria.

En su informe anual para la Asamblea General, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, reconoció que el conflicto en Kosovo ha hecho surgir un dilema: “por un lado, el tema de la legitimidad de una acción realizada por una organización regional sin un mandato de las Naciones Unidas; por el otro lado, el imperativo universalmente reconocido de detener eficazmente la flagrante y sistemática violación de los derechos humanos con graves consecuencias humanitarias.”¹²²

El debate planteado ha sido reflejado en la labor de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados.¹²³ El informe de la ICISS introdujo la noción de “responsabilidad de proteger”, rearticulando el debate sobre la legalidad y la legitimidad de las intervenciones humanitarias y de la soberanía del Estado. La idea de la “responsabilidad de proteger” radica en que los Estados soberanos asumen esta responsabilidad ante sus ciudadanos con respecto a catástrofes humanitarias, como los asesinatos masivos o las violaciones sistemáticas, pero cuando no quieren o no pueden hacerlo, esta responsabilidad debe ser asumida por la comunidad internacional.¹²⁴ De este modo, en ciertos casos extremos, la responsabilidad de proteger tendrá prioridad sobre el principio de no intervención.¹²⁵ Según el informe ICISS, los fundamentos legales de este concepto se encuentran en las obligaciones inherentes al concepto de soberanía, en el art. 24 de la Carta de la ONU relativo a la responsabilidad del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales, en las obligaciones jurídicas específicas que derivan de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, así como del derecho internacional humanitario y del derecho interno y de la práctica de los Estados, las organizaciones regionales y el

¹²¹ Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?” *op. cit.*, p. 456. En sentido similar, Chesterman, S., *Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law*, Oxford University Press, Oxford, p. 229.

¹²² “Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan”. Traducción no oficial realizada por Calderón Vanderberg, M. T. Publicado en *Estudios Internacionales*, Vol. 10, N 20 (1999), p. 103.

¹²³ La comisión se creó en 2000, en el marco de Naciones Unidas, liderada por el ex Canciller australiano Gareth Evans y el ex Asesor Especial del Secretario General de Naciones Unidas para África, Mahmoud Sahnoun. En adelante, ICISS.

¹²⁴ “La Responsabilidad de Proteger”. Informe de la ICISS, de diciembre de 2001. Anexo a la Carta dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Canadá ante las Naciones Unidas, de 26 de julio de 2002. Doc. A/57/303. En adelante, Informe ICISS. p. 12.

¹²⁵ *Ibíd.* Sinopsis.

Consejo de Seguridad.¹²⁶ Asimismo, la noción de “responsabilidad de proteger” comprende la responsabilidad de prevenir, reaccionar y reconstruir. Sin embargo, en el marco de este concepto, la intervención de carácter militar con fines de protección humana se percibe como una medida excepcional y extraordinaria que debe ejercerse con arreglo a estrictos principios precautorios y con respaldo de la autorización competente del Consejo de Seguridad.¹²⁷

Posteriormente, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, establecido por el Secretario General Kofi Annan, expresó su apoyo en cuanto a la norma emergente de la responsabilidad de proteger como una responsabilidad colectiva internacional “ejercida por el Consejo de Seguridad por la que se autorizaba la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, limpieza étnica y graves violaciones del derecho humanitario, que los gobiernos soberanos hubiesen demostrado no poder o no querer evitar”.¹²⁸ El Secretario General expresó, también, su apoyo al concepto en su informe “Un concepto más amplio de la libertad”, indicando que la gravedad de la amenaza, la proporcionalidad y la posibilidad de éxito deben considerarse como criterios para autorizar el uso de la fuerza.¹²⁹ En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas todos los Estados miembros aceptaron oficialmente la responsabilidad de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, admitiendo su disposición para adoptar medidas colectivas “de manera oportuna y decisiva”, por conducta del Consejo de Seguridad y de conformidad con la Carta de la ONU, en cada caso concreto y en cooperación con las organizaciones regionales pertinentes, cuando proceda, cuando los medios pacíficos demuestren ser inadecuados y sea evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población.¹³⁰ Varios informes posteriores del Secretario General tratan esta cuestión.

El propio Consejo de Seguridad se refirió por primera vez a la responsabilidad de proteger en la Resolución 1674 sobre la protección de los civiles en los conflictos

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ “Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio”, Nota del Secretario General, UN Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004. Asamblea General. Párrs. 199-203.

¹²⁹ “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, Informe del Secretario General. UN Doc. A/59/205, de 21 de marzo de 2005. Párr. 135.

¹³⁰ Ver “Documento final de la Cumbre Mundial”, Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de septiembre de 2005. UN Doc. A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005. Párrs. 138,139.

armados. Se hizo, también, referencia explícita a la responsabilidad de proteger en varias resoluciones posteriores.¹³¹

Sin embargo, los documentos mencionados dejan abierta la cuestión de la admisibilidad de intervención unilateral en ausencia de la aprobación del Consejo de Seguridad. Pese a que el concepto haya sido aprobado formalmente, su contenido y métodos todavía no cuentan con un consenso amplio entre los Estados.¹³²

Por tanto, puede suponerse que, al nivel de desarrollo actual del derecho internacional y desde su perspectiva estricta, el recurso de un Estado a la intervención unilateral, aunque con fines de protección humana, sigue estando prohibido y no constituye una excepción independiente del principio general del uso de la fuerza.

2.1.3.2.La Operación Libertad Iraquí: la admisibilidad de autorizaciones implícitas y el derecho a la legítima defensa preventiva

Los ataques terroristas del 11 de septiembre en Nueva York y Washington, DC, impulsaron una reevaluación fundamental de los principios relativos al derecho a la legítima defensa, establecidos en la Carta de la ONU.¹³³ Estados Unidos reaccionó a estos ataques mediante la declaración de un tipo de guerra diferente contra un tipo de enemigo diferente, una guerra global contra el terrorismo. Sólo unos cuantos países invocaron el derecho a la legítima defensa para justificar el uso de la fuerza en respuesta a los ataques terroristas antes del 9/11, la admisibilidad de lo cual ha sido cuestionado por muchos Estados y académicos.¹³⁴ El concepto más polémico fue el de “ataque armado”, es decir, si este también comprende a los ataques llevados a cabo por los actores no estatales. Como indica Hinojoza Martínez, aunque los atentados no se les puedan atribuir a los líderes del régimen talibán en un sentido técnico jurídico, su complicidad en los ataques, la cual pueda equivalerse a la “sustancial participación” en aquellos acontecimientos, de una “gravedad equiparable” a una agresión armada, en sentido de la Resolución 3314 (XXIX), “los hace susceptibles de convertirse en sujetos pasivos de una reacción en legítima defensa que tenga por objetivo impedir la

¹³¹ Ver Resolución 1970, de 26 de febrero de 2011, Resolución 1975, de 30 de marzo de 2011.

¹³² Gray, C., *International law and the use of force*, op. cit., p. 52.

¹³³ Ver Carta de la ONU. Art. 51.

¹³⁴ Ver, por ejemplo, Gutiérrez Espada, C., “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S”, *Anales de derecho*, N 19, pp. 49 – 54.

continuidad de los atentados contra territorio norteamericano”.¹³⁵ Al parecer, después del 9/11 los miembros del Consejo de Seguridad estaban dispuestos a aceptar la legalidad del uso de la fuerza en respuesta a los ataques terroristas.¹³⁶

Sin embargo, la invasión armada llevada a cabo en el territorio iraquí por una coalición de países liderados por Estados Unidos no contaba con el respaldo similar del Consejo de Seguridad.

Pueden destacarse tres resoluciones clave del Consejo de Seguridad en relación con la situación iraquí, anteriores a la operación militar de las fuerzas de coalición en 2003. La Resolución 678 indicó el incumplimiento del gobierno iraquí de su obligación de aplicar las resoluciones pertinentes aprobadas por el Consejo de Seguridad en su relación y autorizó el uso de todos los medios necesarios para restablecer la paz y la seguridad en la región.¹³⁷ La Resolución 687 estableció una serie de obligaciones para Irak en relación con el desarme de armas de destrucción masiva y misiles de gran alcance y un sistema de inspección correspondiente para la aplicación de dichas obligaciones, así como declaró la cesación oficial de fuego a condición de la aceptación incondicional de estas obligaciones por el gobierno iraquí.¹³⁸ A su vez, la Resolución 1441 constató la violación grave de las obligaciones de Irak impuestas por las resoluciones anteriores, exigiéndole el acceso libre a los organismos de inspección de cualquier sitio en el que se sospeche la existencia de armas, proporcionar un informe actual y completo de cualquier arma de destrucción masiva a su disposición y le advirtió de “graves consecuencias” en caso de incumplimiento de las condiciones previstas.¹³⁹ Además, el Consejo de Seguridad decidió que todas las falsedades u omisiones en las declaraciones presentadas por Irak, así como la falta de cooperación por su parte o el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la resolución debían comunicarse al Consejo para su evaluación.

Los representantes de Estados Unidos, Australia y Reino Unido se refirieron a estas resoluciones como base legal suficiente para la intervención militar. Por un lado,

¹³⁵ Hinojosa Martínez, L. M., “Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional”, *ARI*, N 10 (2008). Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/ARI2008/ARI10-2008_Hinojosa_Irak_Afganistan_drecho_internacional.pdf (Consulta: 1-5-2014), p. 3.

¹³⁶ Ver Resolución 1368, de 12 de septiembre de 2001. Resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001. Consejo de Seguridad.

¹³⁷ Resolución 678, de 29 de noviembre de 1990. Consejo de Seguridad.

¹³⁸ Resolución 687, de 3 de abril de 1991. Consejo de Seguridad.

¹³⁹ Resolución 1441, de 8 de noviembre de 2002. Consejo de Seguridad.

se sostenía que la violación de las obligaciones impuestas a Irak conforme con la Resolución 687 resucitó la autorización del uso de la fuerza prevista por la Resolución 678 contra Irak.¹⁴⁰ Por otro lado, se mantenía que la referencia explícita de la Resolución 1441 a la Resolución 678, a una “violación grave” de las obligaciones por Irak, a una “última oportunidad” para cumplir con estas y a “graves consecuencias” en caso de su incumplimiento supuso una autorización implícita del uso de la fuerza, dado que ninguna de las disposiciones de dicha resolución suponía la necesidad de adoptar otra resolución para tomar decisión sobre las medidas coercitivas.¹⁴¹

Sin embargo, la autorización del uso de la fuerza contenida en la Resolución 678 debe considerarse en el contexto de su objetivo principal de restablecimiento de la soberanía de Kuwait. La Resolución 687 declara que “una vez que Irak haya notificado oficialmente...su aceptación de las disposiciones [pertinentes] entrará en vigor una cesación oficial del fuego”¹⁴². Dado que Irak cumplió con esta demanda aceptando formalmente las condiciones previstas por la resolución, puede suponerse que la Resolución 687 pone fin a la autorización del uso de la fuerza.¹⁴³ Además, se afirma explícitamente que le corresponde al Consejo de Seguridad adoptar las medidas pertinentes para la aplicación de la resolución y para garantizar la paz y la seguridad en la región.¹⁴⁴

Asimismo, la referencia a la Resolución 1441 no puede servir como fundamento legal suficiente para una acción militar. La práctica del Consejo de Seguridad manifiesta que su intención de autorizar el uso de la fuerza normalmente se refleja en las expresiones claras, que permitan deducir claramente su intención.¹⁴⁵ Como indicó la Corte Internacional de Justicia, el lenguaje de las resoluciones del Consejo de Seguridad ha de analizarse cuidadosamente, atendiendo a los debates precedentes a la adopción de una resolución, las disposiciones de la Carta de la ONU invocados en esta y, en general,

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, “Iraq: legal position concerning the use of force”, Letter from the Foreign Secretary to the Chairman of the Committee. Supplementary memorandum from the Foreign and Commonwealth Office. Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmfaff/405/3030407.htm> (Consulta: 8-5-2014). “Attorney-General’s Memorandum of advice to the Commonwealth government on the use of force against Iraq”, en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4 (2003).

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Resolución 687. Párr. 33.

¹⁴³ Bellamy, A. J., “International law and the war of Iraq”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, N 2 (2003), p. 507.

¹⁴⁴ Resolución 687. Párr. 34.

¹⁴⁵ Gazzini, T., *The changing rule on the use of force in international law*, op. cit., p. 92.

todas las circunstancias que puedan asistir en la determinación de sus consecuencias legales.¹⁴⁶ Sin duda, las declaraciones de representantes de los Estados en la sesión del Consejo de Seguridad, realizadas inmediatamente después de la adopción de la Resolución 1441, tampoco permiten suponer cualquier implicación del recurso automático al uso de la fuerza.¹⁴⁷

Sin embargo, Estados Unidos no se limitó a la referencia a las Resoluciones del Consejo de Seguridad para justificar sus acciones, sino que invocaron también el derecho a la legítima defensa preventiva.

La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de 2002¹⁴⁸ acentúa la importancia de la guerra contra el terrorismo de alcance global. Se declara que Estados Unidos no dudará en actuar, incluso en ausencia de apoyo de la comunidad internacional, ejerciendo su derecho de legítima defensa contra el terrorismo, con el fin de defensa del Estado, de sus ciudadanos y sus intereses, tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales. Se hace referencia al concepto de amenaza inminente que, siendo adaptado a las capacidades y los objetivos de los adversarios actuales, en la persona de Estados “delincuentes” y terroristas, según el documento, justifica una respuesta defensiva previa a la realización del ataque. Asimismo, se pone en evidencia que Estados Unidos siempre ha contemplado la opción de recurrir a las acciones preventivas para contrarrestar la amenaza a la seguridad nacional y, por tanto, actuará de esta manera, cuando sea necesario, para anticipar o prevenir los actos hostiles por parte de sus adversarios.

Los defensores de esta doctrina sostienen que el derecho consuetudinario de defensa preventiva es un aspecto bien establecido del derecho inherente de legítima defensa, que existe independientemente del art. 51 de la Carta de la ONU. Se estima, por tanto, que aunque la Carta reconoce y afirma este derecho, de ningún modo lo limita.¹⁴⁹ En consecuencia, la invocación de la legítima defensa sería admisible de

¹⁴⁶ Ver *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion, de 21 de junio de 1971, International Court of Justice, párr. 114.

¹⁴⁷ Ver Security Council 4644th meeting. UN Doc. S/PV.4644, de 8 de noviembre de 2002.

¹⁴⁸ Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (Consulta: 9-5-2014).

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, Yoo, J., “International Law and the war in Iraq”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 571. Van den hole, L., “Anticipatory self-defence under International Law”, *American University International Law Review*, Vol. 19, N 1 (2003), p. 74. Clemmons, B. Q., Brown, G. D., “Rethinking international self-defense: the United Nations’ emerging role”, *Naval Law Review*, Vol. 45 (1998), pp. 217, 234.

conformidad con los requisitos del derecho consuetudinario, en relación con los cuales suelen referirse al asunto *Caroline* (1837). Según la definición proporcionada en la nota de Webster, para que se pueda invocar la legítima defensa se exige mostrar una necesidad de esta, que sea “instantánea, arrolladora y sin dejar otra opción en cuanto a los medios, ni tiempo para la deliberación¹⁵⁰”.

Sin embargo, incluso la ampliación del derecho de legítima defensa a las acciones preventivas frente a las amenazas inminentes no proporciona un fundamento suficiente para la doctrina de Bush, delineada en la Estrategia. Los defensores de la invasión de Irak van más allá, sosteniendo la necesidad de reformular la prueba de asunto de *Caroline*, adaptando sus criterios a las amenazas latentes¹⁵¹, considerando factores como la probabilidad de ataque, la posibilidad de que esta probabilidad aumente, la viabilidad de alternativas diplomáticas y la magnitud del daño que pueda ser ocasionado por la amenaza.¹⁵² Según J. Yoo, aplicando esta prueba reformulada, las acciones de coalición en Irak son perfectamente justificables, dado que el uso de la fuerza fue proporcional a la amenaza que presentaba la probabilidad de ataque con armas de destrucción masiva por Irak y limitado al objetivo de eliminar esta amenaza.¹⁵³

Estos argumentos con mucha dificultad pueden aceptarse, ya que no parecen fundamentarse en ninguna base legal sustancial, y abren camino para la arbitrariedad extrema en la evaluación de la situación internacional, así como para abusos de poder por Estados potentes. No es sorprendente que exista poco apoyo internacional en relación con esta polémica doctrina.¹⁵⁴

Recordando la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, que afirmó que el art. 51 de la Carta de la ONU puede justificar el uso de la fuerza en legítima defensa sólo en el marco de los estrictos límites establecidos en este y no permitiéndose el uso de la fuerza por los Estados con el fin de proteger lo que consideren sus intereses de seguridad más allá de esos parámetros, puede afirmarse que la operación libertad iraquí

¹⁵⁰ Ver en Jennings, R. Y., “The Caroline and McLeod cases”, *American Journal of International Law*, Vol. 32, N 1 (1938), pp. 82 - 93.

¹⁵¹ Hinojoza Martínez, L. M., “Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional”, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵² Yoo, J. “International Law and the war in Iraq”, *op. cit.*, p. 574.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ Gray, C., *International law and the use of force*, *op. cit.*, p. 198.

llevada a cabo en Irak en 2003 “constituye un recurso a la fuerza prohibido por el art. 2(4) de la Carta de la ONU”.¹⁵⁵

2.1.4. El papel de las EMSP en el uso de la fuerza por los Estados. La responsabilidad del Estado por el uso ilícito de la fuerza.

Ambos casos previamente comentados, la intervención militar en Kosovo en 1999 y la invasión de Irak en 2003, fueron llevadas a cabo con la asistencia proporcionada por las EMSP. Antes de la intervención de la OTAN, la empresa privada DynCorp fue contratada por el gobierno estadounidense para llevar a cabo las funciones de observadores militares en el marco de la misión de la OSCE, con el fin de verificar la retirada de Kosovo del ejército serbio. Esta fue la primera vez que los contratistas privados habían sido enviados a una zona de combate.¹⁵⁶ Con el inicio de las operaciones aéreas, otra empresa, Brown&Root Services, fue contratada para proporcionar servicios logísticos, de mantenimiento técnico de vehículos y sistemas de armamento, gestión de abastecimiento para las tropas estadounidenses, así como de construcción y administración de campamentos de refugiados.¹⁵⁷ En el marco de operaciones posteriores a la intervención, el papel de las EMSP fue ampliado incluso hasta incluir las operaciones críticas de vigilancia aérea.¹⁵⁸ A su vez, la presencia de las EMSP en Irak, que desde la iniciación de operaciones militares desempeñaban una extensa gama de funciones, desde el apoyo logístico hasta los servicios de inteligencia y facilitación de operaciones de seguridad en zonas de combate, ha alcanzado niveles más altos en comparación con cualquier otro conflicto anterior.

Esta tendencia implica un reto para el sistema de seguridad internacional, puesto que los Estados ya no dependen exclusivamente de sus fuerzas armadas regulares para llevar a cabo la política exterior, transfiriendo cada vez más funciones a actores privados. Sin embargo, el Estado no ejerce el mismo nivel de control sobre las fuerzas de seguridad privadas que sobre el ejército nacional, cuya organización y funcionamiento se conforman con una regulación rigurosa y cuentan con unos mecanismos de control y supervisión eficaces. La disponibilidad de una fuerza

¹⁵⁵ Remiro Brotóns, A., “La tentación de la agresión”, *Política Exterior*, Vol. 17, N 92 (2003), p. 19.

¹⁵⁶ Singer, P. W., *Corporate warriors: the rise of private military industry*, Cornell University Press, New York, 2008, p. 6.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Ver Wall, R., “Army leases “eyes” to watch Balkans”, *Aviation Week & Space Technology*, Vol. 153, N 18, p. 68.

independiente con capacidad militar avanzada permite a los Estados eludir las limitaciones políticas, legales o la escasez de recursos. Aunque no es común que las EMSP sean contratadas para participar directamente en combate, su disponibilidad, incluso en funciones ajenas al combate, sin lugar a dudas, facilita el recurso a la fuerza por el Estado, permitiéndole hacer caso omiso a la ausencia de apoyo público y parlamentario. Además, la naturaleza de las funciones que estas empresas desempeñan y la proximidad al campo de batalla no excluye su involucración en hostilidades. Por otro lado, el creciente apoyo de los gobiernos a los servicios de las EMSP no excluye su utilización para el desempeño de funciones que implican el uso de la fuerza, lo cual suscita inquietud respecto a la responsabilidad por el uso ilegítimo de la fuerza.

Según el Proyecto CDI, puede constatarse un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando una acción u omisión “a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.¹⁵⁹

El uso ilegítimo de la fuerza puede realizarse a través diversas formas: desde una intervención coercitiva en los asuntos internos de otro Estado hasta un ataque armado. La Carta de la ONU no define un ataque armado o acto de agresión. Según la Resolución 3314 (XXIX), un acto de agresión se caracteriza por “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Este uso de la fuerza puede consistir en la invasión, el ataque o el empleo de armas llevados a cabo por las fuerzas armadas del Estado, así como en “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 de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”. Consecuentemente, la contratación de las EMSP para llevar a cabo los actos mencionados en la Resolución 3314 equivaldría a un acto de agresión, aunque los miembros de estas no estuvieran incorporados en las fuerzas armadas regulares. El desempeño de funciones de combate por parte de las EMSP equivaldría a ataque armado. Otras actividades de las EMSP pueden constituir amenaza o uso de la fuerza.¹⁶⁰ Tales actividades pueden incluir, por ejemplo, la asistencia a

¹⁵⁹ Proyecto CDI. Art. 2.

¹⁶⁰ *Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua*. Párr. 205.

grupos rebeldes en el contexto de un conflicto interno en forma de entrenamiento militar o suministro de armamento. Aun cuando las funciones desarrolladas por las EMSP no equivalen al uso de la fuerza, sus actividades pueden violar las normas del derecho internacional, constituyendo una intervención ilícita en los asuntos internos o externos de otro Estado.¹⁶¹ Estas pueden consistir, por ejemplo, en apoyo logístico o de otra índole, no inmediato a las operaciones militares. De este modo, la contratación de las EMSP para llevar a cabo los actos prohibidos por el derecho internacional puede desembocar en la violación de las obligaciones internacionales del Estado, siempre que las violaciones perpetradas puedan ser atribuidas al mismo.

El Proyecto CDI establece que el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público puede considerarse hecho del Estado, aun cuando esta persona o entidad no sea un órgano de ese Estado.¹⁶² Como se indica en el comentario del Proyecto CDI, dichas entidades comprenden también a las empresas privadas a condición de su facultación por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado.¹⁶³ Por tanto, el criterio decisivo no sería la clasificación de una entidad como pública o privada o su vínculo formal con el aparato del Estado, sino la naturaleza de la actividad en cuestión.¹⁶⁴ En el derecho internacional no existe una definición universalmente aceptada de las funciones que constituyen “las atribuciones del poder público”, que depende de la sociedad determinada con su historia y tradiciones.¹⁶⁵ Sin embargo, como indicó el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, “el derecho internacional y el constitucional de cada Estado refiere los conceptos de seguridad, orden y defensa a los aparatos militares y policiales regulares en virtud del concepto de soberanía”.¹⁶⁶ Por tanto, parece lógico suponer que, al menos, la participación directa en las hostilidades y las funciones de combate son funciones inherentes al Estado, ya que la obligación de abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza está dirigida directamente

¹⁶¹ *Ibíd.* Párr. 228.

¹⁶² Proyecto CDI. Art. 5.

¹⁶³ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 100.

¹⁶⁴ Ago, R., “Third report on State responsibility”, UN Doc. A/CN.4/246, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part I (1977), Párr. 191, p. 264.

¹⁶⁵ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁶ *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*. Informe presentado por el Relator Especial, Ballesteros, E.B. Comisión de Derechos Humanos. UN Doc. E/CN.4/2004/15, de 24 de diciembre de 2003. Párr. 43.

a los Estados. Además, tiene importancia la manera en que se confieren a una entidad atribuciones del poder público, los fines para que se ejercen y la medida de responsabilidad de la entidad de su ejercicio ante el Estado.¹⁶⁷ No se precisa una forma exacta de facultar a estas entidades al ejercicio de funciones públicas, sino que menciona que esta forma debe conformarse con el derecho interno del Estado.¹⁶⁸ Ballesteros Moya sostiene que la celebración de un contrato entre una EMSP y un gobierno, con o sin intervención del poder legislativo, el cual estipula explícitamente las funciones militares tradicionales que les corresponde desempeñar a esas empresas, tiene cabida en la fórmula establecida en el art. 5 del Proyecto CDI.¹⁶⁹ De este modo, el hecho de que un Estado contrate a los agentes privados y les delegue sus funciones inherentes no impide que este Estado sea responsable.

En situaciones distintas a la de la establecida en el art. 5, los actos de las EMSP pueden atribuirse al Estado en virtud del principio, desarrollado en el art. 8 del Proyecto CDI y en la jurisprudencia internacional, según el cual el comportamiento de una persona o de un grupo de personas se considerará hecho de Estado en caso de actuación por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado.¹⁷⁰

En este caso, la existencia de un vínculo real entre la persona o grupo de personas que realiza el acto y el aparato del Estado prevalece sobre la ausencia de un nexo legal formal.¹⁷¹ Como indica Moreno Fernández, “el Estado es responsable por el comportamiento de particulares que actúan en su nombre o *de facto*, 1) si esas personas tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o 2) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque éste no le haya dado instrucciones precisas.”¹⁷²

¹⁶⁷ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ Ballesteros Moya, V., “Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N 25 (2013), p. 29. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/empresas-militares-seguridad-privadas-como-entidades-ejercen-prerrogativas-publicas-efectos-responsabilidad-internacional-estado> (Consulta: 11-2-2014).

¹⁷⁰ Proyecto CDI. Art. 8.

¹⁷¹ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 110.

¹⁷² Moreno Fernández, A. G., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N 12 (2006), p. 21. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/atribucion-al->

Cuando un contrato entre una EMSP y un gobierno contiene disposiciones claras sobre las funciones que estas están supuestas a llevar a cabo, los objetivos principales de sus operaciones o las condiciones de su desarrollo, o cuando existen órdenes dirigidas a los responsables de las empresas de ejecutar una determinada operación, probar el hecho de actuar bajo la instrucción de Estado no presenta mucha dificultad.

Cuando el carácter de las actividades llevadas a cabo por los miembros de las EMSP no se desprende con claridad de los arreglos contractuales, habrá que recurrir a la prueba de dirección o control por el Estado. El grado de control que el Estado debe ejercer es una cuestión clave a determinar para que el comportamiento de las personas privadas pueda atribuirse a ese Estado. Como indica Jiménez García, existen dos teorías principales sobre el alcance de esta noción: “la del control efectivo sobre la conducta ilícita y la del control global sobre las circunstancias en las que esa conducta tiene lugar”.¹⁷³

El criterio del control efectivo ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto concerniente a las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Como se desprende de esta sentencia, el simple hecho de que una EMSP se encuentre en relaciones contractuales con un Estado y dependa de este en términos de financiación no es suficiente para establecer el control efectivo, sino que se exige “la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado”.¹⁷⁴

La jurisprudencia del Tribunal penal Internacional para la antigua Yugoslavia amplía la noción del grado de control necesario afirmando que este puede variar en cada caso según las circunstancias¹⁷⁵ y que, en particular, en caso de grupos organizados sería suficiente establecer el control general que va más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que implica, también, una participación en la planificación

[estado-responsabilidad-internacional-hechos-ilicitos-particulares-intentos-flexibilizacion](#) (Consulta: 11-5-2014).

¹⁷³ Jiménez García, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de ciudad Juárez”, *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 63, N 2 (2011), p. 26.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Tadic*, TPIY. Sentencia de 15 de julio de 1999, párr. 117.

y la supervisión de las operaciones militares.¹⁷⁶ Este planteamiento es relevante en caso de las EMSP, ya que estas normalmente responden a los criterios mencionados en la sentencia del TPIY en cuanto a la estructura jerarquizada, cadena de mando similar a la de unidades armadas y los códigos de conducta.¹⁷⁷

La Corte Internacional de Justicia reiteró el criterio del control efectivo en su sentencia relativa al caso de la Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, afirmando que el criterio del control general aplicado en el marco de la responsabilidad internacional es inadecuado ya que “distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el vínculo que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de este¹⁷⁸”.

En cualquier caso, habrá que estimar las circunstancias individuales de cada caso concreto para determinar si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que pueda atribuirse a este.¹⁷⁹

En cuanto a las situaciones de involucración directa de las EMSP en conflictos internos, cuando estas prestan su asistencia a los gobiernos en su intento de sofocar los disturbios internos o a los grupos rebeldes, han de considerarse las normas que rigen este tipo de intervenciones.

Así, por ejemplo, la intervención de Sandline International a favor del Frente Revolucionario Unido en Sierra Leona, las actividades presuntas de la compañía militar DynCorp en Colombia en apoyo de los grupos rebeldes, o la involucración de la empresa MPRI en el tráfico de armas de Uganda para el Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán¹⁸⁰ con dificultad podrían considerarse conformes con el derecho internacional. En este tipo de situaciones las personas involucradas pueden hacerse responsables conforme con las normas del derecho penal interno del Estado víctima de las acciones de las EMSP.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Párr. 145.

¹⁷⁷ *Ibíd.* Párr. 120.

¹⁷⁸ *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Corte Internacional de Justicia. Sentencia de 26 de febrero de 2007. Párr. 406.

¹⁷⁹ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, op. cit., p. 112.

¹⁸⁰ Vierucci, L., “Private military and security companies in non-international armed conflicts: *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*”, en Francioni, F., Ronzitti, N. (Eds.), *War by contract: Human Rights, Humanitarian Law and private contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 229.

2.2. Relevancia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para las empresas militares y de seguridad privadas como personas jurídicas.

Puesto que la práctica de contratación de las EMSP es generalmente admitida y no está explícitamente prohibida por ningún documento internacional, cabe preguntarse si existe algún modo de imponer la obligación de respetar las normas del derecho internacional a estas empresas y hacerles responsables por sus hechos. Es evidente que los mecanismos nacionales no pueden afrontar el desafío que presenta la industria de la seguridad privada, teniendo en cuenta el carácter transnacional de muchas empresas de este sector.

La perspectiva tradicional se funda en la idea de que los tratados internacionales de los derechos humanos imponen las obligaciones a los Estados, puesto que su objetivo principal es el de proteger los derechos de los individuos contra la opresión del Estado. Aunque los individuos se reconocen como titulares de derechos, los Estados únicamente son los titulares de deberes. Se trata del deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos,¹⁸¹ de modo que, por un lado, los Estados no deben interferir con su ejercicio, y, por otro lado, asegurarse de que otros actores no estatales no interfieran en el ejercicio de los derechos de los demás y tomar las medidas apropiadas con el objeto de cumplir sus obligaciones jurídicas. Sin embargo, el creciente poder e importancia de algunos actores no estatales, como corporaciones transnacionales, y su capacidad de actuar por encima del control del Estado han incentivado un debate sobre el efecto horizontal de los derechos humanos, entendido como la vigencia de éstos en relaciones entre particulares. En relación con las EMSP, esto resultaría en la vinculación directa de estas entidades privadas por las obligaciones dimanantes de los derechos humanos en casi la misma medida que los Estados. No obstante, las obligaciones internacionales pertinentes a los derechos humanos han sido formuladas teniendo en cuenta el modo en el que operan los Estados y su capacidad normativa y ejecutiva, de modo que éstos se presumen capaces de cumplir con estas obligaciones. La extensión de las obligaciones internacionales a las entidades privadas no puede estar fundada en los mismos supuestos.

¹⁸¹ Jagers, N., *Corporate human rights obligations: in search of accountability*, Intersentia, Antwerpen, 2002, pp. 76-79.

Primero, en cuanto a las EMSP como actores no estatales, para que una entidad obtenga los derechos y los deberes bajo el derecho internacional, tiene que estar dotada de personalidad jurídica internacional. No existe un acuerdo definitivo entre los académicos sobre los elementos esenciales que constituyen la personalidad jurídica internacional”.¹⁸² Algunos autores se refieren a la capacidad de concluir los tratados internacionales, establecer las relaciones diplomáticas y presentar reclamaciones internacionales como los criterios cumulativos para que una entidad sea calificada como un sujeto del derecho internacional.¹⁸³ En cambio, otros autores ven esta perspectiva como demasiado restrictiva y consideran que la capacidad de ser titular de derechos y deberes bajo el derecho internacional sería suficiente.¹⁸⁴ Cabe destacar la posición intermedia, expresada por la Corte Internacional de Justicia, según la cual una entidad puede ser calificada como un sujeto del derecho internacional cuando cumple con dos requisitos de carácter cumulativo: tiene la capacidad de ser titular de derechos y deberes internacionales y, consecuentemente, la capacidad de hacer prevalecer sus derechos mediante reclamaciones internacionales.¹⁸⁵ Además, la Corte precisa que los sujetos del derecho internacional pueden variar considerablemente y no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza, que depende de las necesidades de la Comunidad, o el alcance de sus derechos.¹⁸⁶ De este modo, el concepto de personalidad internacional no es uniforme. Se puede hablar de distintos grados de personalidad dependiendo del alcance de las capacidades atribuidas por el derecho internacional. Varios autores otorgan la calidad de sujeto del derecho internacional a las corporaciones transnacionales basándose en esta interpretación.¹⁸⁷ Según J. Charney, la aplicación del derecho internacional público a los contratos entre las empresas y las entidades estatales, tanto como el acceso a los mecanismos de solución de controversias establecidos bajo los acuerdos internacionales permiten hablar de la personalidad

¹⁸² Clapham, A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 62.

¹⁸³ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 290.

¹⁸⁴ Ver, por ejemplo, Lauterpacht, H., “The subjects of International Law”, en Lauterpacht, H. (Ed.), *International Law: collected papers. Vol. 1. General works*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 143 - 149.

¹⁸⁵ *Case Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory opinion. I.C.J. Reports. Publicado en Harris, D.J., *Cases and materials on International Law*, op. cit., p. 133.

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 132.

¹⁸⁷ Ver, por ejemplo, Charney, J.I., “Transnational corporations and developing public international law”, *Duke Law Journal*, Vol. 32, N 4 (1983), pp. 762 – 764. Ijalaye, D.A., *The extension of corporate personality in international law*, Oceana Publications, 1978, pp. 221-223.

internacional de las corporaciones.¹⁸⁸ De este modo las empresas multinacionales podrían ser dotadas de la personalidad jurídica internacional limitada y derivada del derecho internacional,¹⁸⁹ lo cual bastaría para establecer el régimen de obligaciones directas en derechos humanos a nivel del derecho internacional, y, al mismo tiempo, preservaría la primacía de los Estados en la esfera internacional.¹⁹⁰

Los defensores del efecto horizontal de las obligaciones en materia de los derechos humanos se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como el punto de partida.¹⁹¹ En el preámbulo, la Declaración se proclama “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones...promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...”¹⁹² Luego, en el propio texto de la Declaración se precisa que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad”¹⁹³ y se prohíbe que cualquier Estado, un grupo o una persona emprenda o desarrolle actividades o realice actos “tendientes a la supresión de cualquier de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”¹⁹⁴. L. Henkin sostiene que la noción de toda persona comprende las personas jurídicas, de modo que la Declaración Universal es aplicable a todo tipo de sujetos.¹⁹⁵ J. Paust indica que las referencias a “toda persona” o “grupo o persona” en los preámbulos y textos de varios tratados de derechos humanos regionales e internacionales, así como la referencia a la falta de derecho de un grupo o una persona a realizar las actividades o actos tendientes a la destrucción de los derechos o libertades establecidas en estos documentos, implican el deber correspondiente a los actores no estatales de no destroz

¹⁸⁸ Charney, J.I., “Transnational corporations and developing public international law”, *op. cit.*, pp. 762-764.

¹⁸⁹ Ratner, S., “Corporations and human rights: a theory of legal responsibility”, *Yale Law Journal*, Vol. 111, N 3 (2001), p. 488.

¹⁹⁰ Kinley, D., Tadaki, J., “From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, N 4 (2003-2004), p. 946.

¹⁹¹ Ver, por ejemplo, Redmond, P., “Transnational enterprise and human rights: options for standard setting and compliance”, *The International Lawyer*, Vol. 37, N 1 (2003), p. 70. Paust, J.J., “Human rights responsibilities of private corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, N 3 (2002), p. 811.

¹⁹² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo.

¹⁹³ *Ibíd.* Art. 29.

¹⁹⁴ *Ibíd.* Art. 30.

¹⁹⁵ Henkin, L., “The Universal Declaration at 50 and the challenge of global market”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25, N (1999), p. 17.

o limitar los derechos humanos, lo cual afirma la existencia de obligaciones de grupos y personas privados en materia de los derechos humanos.¹⁹⁶

Esta suposición fue aceptada por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU en sus “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”¹⁹⁷, según las cuales las empresas comerciales “tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹⁹⁸ y “respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales”¹⁹⁹.

Ahora bien, aunque esta afirmación sea cierta, cabe preguntarse ¿cuál sería el alcance de las obligaciones de las empresas? La imposición de las obligaciones jurídicas, incluidas las obligaciones extraterritoriales, sobre los Estados está vinculada con la noción de jurisdicción. Los tratados de los derechos humanos suelen incluir las cláusulas de jurisdicción que determinan el alcance de las obligaciones establecidas. Según M. Milanovic, la noción de jurisdicción en los acuerdos de los derechos humanos es específica a estos instrumentos y se refiere al poder, autoridad o control que ejerce el Estado sobre un determinado territorio y sus residentes.²⁰⁰ Por tanto, el Estado debe cumplir con su obligación de asegurar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción.²⁰¹

Sin embargo, este enfoque no puede ser aplicado en relación con las empresas. Las Normas se refieren a las “esferas de actividad e influencia”²⁰² como el ámbito de la obligación de promover, proteger, asegurar que se cumplan, respetar y hacer respetar “los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables”²⁰³.

¹⁹⁶ Paust, J.J., “Human rights responsibilities of private corporations”, *op. cit.*, pp. 813-817.

¹⁹⁷ *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003. En adelante, Las Normas.

¹⁹⁸ *Las Normas*. Preámbulo.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Milanovic, M., “From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, N3 (2008), p. 435.

²⁰¹ *Ibíd.* p. 449.

²⁰² *Las Normas*. Obligaciones generales. Párr. 1.

²⁰³ *Ibíd.*

Desafortunadamente, el comentario oficial de las Normas no proporciona ninguna aclaración acerca de la noción general de estas “esferas de actividad e influencia”. Kinley y Tadaki interpretan esta noción como la proximidad de las empresas a los titulares de los derechos humanos, de modo que dentro de la esfera de proximidad mayor (trabajadores, consumidores, comunidad local) las obligaciones pertinentes se aumentarían.²⁰⁴ De manera similar, Ratner se refiere al nexo con la población afectada por las actividades empresariales y el control efectivo sobre un determinado territorio como criterios de determinación del alcance de las obligaciones de las corporaciones.²⁰⁵ El Representante Especial, John Ruggie, llega a la conclusión de que aunque el modelo de “esfera de influencia” ayude a las empresas a considerar su papel en la sociedad y las medidas que deben adoptar para respetar y apoyar los derechos humanos²⁰⁶, “es demasiado amplio y ambiguo para definir con rigor el alcance de la diligencia debida”.²⁰⁷ Por tanto, Ruggie adopta una postura más bien pragmática en indicar tres conjuntos de factores que determinen el alcance de la diligencia debida con que las empresas deben actuar respecto de los derechos humanos: “el contexto nacional en que se desarrollen sus actividades comerciales”²⁰⁸, “el impacto que en los derechos humanos pueden tener sus actividades en ese contexto”²⁰⁹ y “la posibilidad de que las empresas contribuyan a la vulneración de algún derecho mediante las relaciones vinculadas a sus actividades”²¹⁰. De este modo, el alcance de las obligaciones empresariales no es rígido, sino depende de las circunstancias.²¹¹

Resumiendo estas interpretaciones de “esfera de influencia” junto con otras disposiciones de las Normas sobre la responsabilidad de las empresas, el deber de respetar implicaría la obligación negativa de no interferencia con los derechos de los individuos y la prohibición de complicidad en abusos de los derechos humanos,²¹² mientras el deber de proteger se manifestaría en la obligación positiva de adoptar

²⁰⁴ Kinley, D. & Tadaki, J., “From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law”, *op. cit.*, pp. 963-694.

²⁰⁵ Ratner, S., “Corporations and human rights: a theory of legal responsibility”, *op. cit.*, pp. 506-507.

²⁰⁶ *Aclaración de los conceptos de “esfera de influencia” y “complicidad”*. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Doc. A/HRC/8/16, de 15 de mayo de 2008. Introducción. Párr. 4.

²⁰⁷ *Ibíd.* Parte II(A). Párr. 8.

²⁰⁸ *Ibíd.* Parte II(C). Párr. 19.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² Kinley, D. & Tadaki, J., “From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law”, *op. cit.*, pp. 963-964.

medidas con el fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos por terceras personas. La medida en que esta obligación sería vinculante para las empresas dependería de la influencia que estas ejercen sobre las terceras personas como los Estados, contratistas, proveedores u otros socios comerciales²¹³. El deber de cumplir sería la obligación más polémica y consistiría principalmente en garantizar el acceso individual a los recursos básicos, sobre todo cuando la empresa lleva a cabo sus actividades en los Estados fallidos o ejerce ciertas privilegios estatales.²¹⁴

Como indican L. Cameron y V. Chetail, en relación con las EMSP, este esquema resultaría en la vinculación de estas por las obligaciones en materia de los derechos humanos dependiendo de su proximidad a los individuos.²¹⁵ Esta proximidad a los individuos, a su vez, estará determinada por las actividades que las empresas lleven a cabo, ya que sus funciones contornearán su esfera de “actividad e influencia”. De este modo, las EMSP que participan directamente en las hostilidades tendrían obligaciones mayores hacia el mayor número de personas, debido al nivel de control más alto y la esfera de influencia más amplia, en llevar a cabo las actividades tradicionalmente concebidas como prerrogativa de los Estados, que las EMSP, que proporcionan, por ejemplo, los servicios logísticos.²¹⁶

Si bien esta perspectiva sea laudable, existen serios obstáculos conceptuales y prácticos para poder cumplir con el reto de imponer las obligaciones directas bajo el derecho internacional sobre las entidades privadas.

En primer lugar, todavía existe fuerte oposición al reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones transnacionales, tanto como a la imposición de obligaciones en materia de los derechos humanos. Los oponentes del fortalecimiento de la personalidad jurídica de estas entidades privadas advierten que su participación directa en el sistema legal internacional podría resultar en el debilitamiento de la regulación estatal de sus actividades, de modo que éstas estarían en mejor posición para poder extender su influencia económica y política.²¹⁷ Se expresa el miedo a que el derecho internacional carezca de capacidad de resolución de cuestiones políticas,

²¹³ Jagers, N., *Corporate human rights obligations: in search of accountability*, op. cit., p. 83.

²¹⁴ *Ibíd.* pp. 84-85.

²¹⁵ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, op. cit., p. 322.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ Charney, J.I., “Transnational corporations and developing public international law”, op. cit., pp. 772 – 773.

económicas y militares más importantes con la misma eficacia que los sistemas domésticos. De ahí que la mayor libertad frente al control del Estado resultaría en el cambio de distribución del poder mundial.²¹⁸ Por otro lado, se sostiene que la extensión de las obligaciones directas pertinentes a los derechos humanos es prematura, ya que todavía la comunidad internacional sigue enfrentándose a los problemas de implementación de la visión tradicional de los derechos humanos, centrada en la responsabilidad del Estado.²¹⁹ Además, las propias empresas y los Estados se oponen a este tipo de cambios.²²⁰

A pesar de la existencia de indicios irrenunciables de que las corporaciones transnacionales se convierten en los actores dominantes en el ámbito doméstico y los participantes clave en la escena internacional, parece que el desarrollo actual de la cuestión tiende a tomar en cuenta dichas objeciones.

Así, la mayoría de los Estados expresó su firme reserva respecto a las Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales, enfatizando la determinación de atenerse al marco tradicional del derecho internacional, donde el papel central y crucial pertenece a los Estados como sujetos del derecho internacional público.²²¹ Como resultado, las Normas no fueron aprobadas y la tarea de la regulación en materia de la responsabilidad corporativa fue transferida a otros órganos de las Naciones Unidas. Como se verá en adelante, los documentos internacionales relevantes al tema reconocen como máximo el deber de respetar los derechos humanos por parte de las entidades privadas. Como indica Ratner, imponer las obligaciones sobre las empresas más allá del deber de respetar sería inconsistente con esta etapa del desarrollo del proceso jurídico internacional y con la realidad empresarial.²²²

De este modo, al nivel de desarrollo normativo actual, las obligaciones positivas de asegurar la protección de los derechos humanos contra las posibles violaciones y hacerlos efectivos recaen sobre el Estado. Los instrumentos regionales e internacionales

²¹⁸ *Ibíd.* p. 773.

²¹⁹ Hannum, H., "Book review: Human Rights obligations of non-state actors (by Clapham, A. Oxford University Press. Oxford. 2006.)", *American Journal of International Law*, Vol. 101, N 2 (2007), p. 519.

²²⁰ Duruigbo, E., "Corporate accountability and liability for international human rights abuses: recent changes and recurring challenges", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, N 2 (2008), pp. 255, 257.

²²¹ Miretski, P.P., Bachmann, S.-D., "The UN "Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights": a requiem", *Deakin Law Review*, Vol. 17, N 1 (2012), p. 9.

²²² Ratner, S., "Corporations and human rights: a theory of legal responsibility", *op. cit.*, p. 518.

relativos a la protección de los derechos humanos permiten establecer el alcance y el contenido de este deber.

El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el deber de los Estados de “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto”. El deber de “garantizar” implica que los Estados están obligados a tomar las medidas positivas para asegurar el disfrute de estos derechos. Los propósitos del Pacto permiten concluir que este deber comprende dos aspectos: la obligación de tomar medidas preventivas ante las violaciones de los derechos humanos perpetradas por particulares y la obligación de asegurar el acceso a recursos eficaces en caso de que se cometa tal violación. El deber de prevenir implica, a su vez, la obligación de controlar y regular a los actores privados, adoptando las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas pertinentes. Como indicó el Comité de Derechos Humanos en su observación general, aunque las obligaciones del Pacto no tienen un efecto horizontal directo como elemento del derecho internacional, “sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas”.²²³ Algunos artículos del propio Pacto se refieren a determinadas esferas en las que los Estados están obligados de ocuparse de las actividades de particulares o entidades. Por ejemplo, el texto del art. 7 implica que los Estados deben tomar medidas positivas para impedir que particulares o entidades inflijan torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a las personas que estén en su poder.²²⁴

El deber de prevenir las violaciones por particulares o entidades también existe en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité de Derechos económicos, culturales y sociales ha afirmado que, por ejemplo, en relación con el

²²³ “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto”. Observación general N 31 (80), de 29 de marzo de 2004. Comité de Derechos Humanos. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 6 de mayo de 2004. Párr. 8.

²²⁴ *Ibíd.*

derecho al agua, “la obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”.²²⁵

Los instrumentos regionales en la materia de los derechos humanos contienen disposiciones similares a las de los Convenios internacionales. El Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere que los Estados Partes aseguren los derechos y libertades reconocidos en el Convenio a toda persona bajo su jurisdicción. La Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo, establece que los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

De este modo, puede afirmarse que el deber de los Estados de proteger a las personas de las violaciones de los derechos humanos por actores privados es una obligación establecida del derecho internacional. Esta obligación implica la necesidad de adoptar medidas preventivas, como la adopción de legislación pertinente, y establecer los mecanismos regulatorios y de supervisión destinados a la prevención de casos de violaciones de los derechos humanos en el ámbito privado, así como de adoptar medidas una vez que ocurriese una violación (investigar el hecho, castigar a los culpables, proporcionar una indemnización a la víctima de violación). A su vez, al no haber cumplido el Estado con esta obligación, un hecho ilícito puede acarear la responsabilidad de este último “no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla”.²²⁶

Los instrumentos internacionales reconocen cada vez más el estándar de la debida diligencia como una prueba que determina el cumplimiento del deber de protección de los derechos humanos por los Estados, así como se desarrolla este principio por vía de la práctica jurisprudencial.²²⁷ Sin embargo, no es suficiente establecer que la omisión por parte del Estado o su fracaso de adoptar las medidas pertinentes resultasen en hechos ilícitos, sino que es necesario que exista la obligación, derivada del derecho consuetudinario o convencional, del Estado de ejercer la diligencia

²²⁵ “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N 15 (2002). UN Doc. E/C.12/2002/11. Párr. 23.

²²⁶ Asunto *Velazquez Rodriguez c. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 172.

²²⁷ *Beyond voluntarism: human rights and the developing international legal obligations*. International Council on Human Rights Policy, Versoix, 2002, p. 52. Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf (Consulta: 5-2-2014).

debida, que además está limitada en muchos casos por la noción de la jurisdicción.²²⁸ Además, se exigen “unos criterios muy estrictos que aseguren que la interpretación de tal obligación positiva no imponga a las autoridades estatales una carga insoportable o excesiva.”²²⁹

En cuanto a las violaciones perpetradas por las EMSP, su conducta puede acarear la responsabilidad del Estado contratante o del Estado territorial en virtud de la obligación de ejercer la debida diligencia. Sin embargo, la posibilidad de invocar esta prueba en relación con las actividades de las EMSP se complica por la ausencia de las obligaciones internacionales de los Estados específicas a la regulación y control en esta materia y por los problemas relacionados con la determinación de la jurisdicción, dado que las EMSP suelen operar en territorios distintos del Estado contratante.

De igual manera, la involucración de las EMSP en las actividades polémicas en un contexto de conflicto armado suscita la cuestión de imposición de obligaciones bajo el derecho internacional humanitario sobre estas entidades privadas y, por consiguiente, de su responsabilidad penal. El cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos principales del derecho internacional humanitario (los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales) incumbe, en primer lugar, a las Altas Partes Contratantes que “se comprometen a respetar y hacer respetar el presente convenio en todas las circunstancias”²³⁰. Asimismo, les corresponde a los Estados contratantes de tomar las medidas legislativas para “determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves”²³¹ de las normas fundamentales del DIH. Por otro lado, los Convenios no aclaran el contenido del término “persona”, de modo que sus normas podrían aplicarse no solo a los individuos, sino también a las personas jurídicas.²³² Asimismo, el Protocolo Adicional I establece que todas las infracciones graves de los

²²⁸ Milanovic, M., *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 219.

²²⁹ Jiménez García, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de ciudad Juárez”, *op. cit.*, p. 33.

²³⁰ Ver Convenio de Ginebra (I) Art. 1. Convenio de Ginebra (II). Art. 1. Convenio de Ginebra (III). Art. 1. Convenio de Ginebra (IV). Art. 1.

²³¹ Convenio de Ginebra (I). Art. 49. Convenio de Ginebra (II). Art. 50. Convenio de Ginebra (III). Art. 129. Convenio de Ginebra (IV). Art. 146.

²³² Bismuth, R., “Mapping a responsibility of corporations for violations of international humanitarian law sailing between international and domestic legal orders”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 38, N 2 (2012), p. 207.

instrumentos del DIH se considerarán como crímenes de guerra²³³, sin referirse a la naturaleza de sus autores. También, se refiere a la obligación de los Estados partes y las Partes en conflicto de “reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones”²³⁴, sin mencionar la necesidad de incriminación de estas infracciones a nivel doméstico, de modo que podría suponerse la posibilidad de incriminación internacional.²³⁵ Según los expertos del CICR, aunque los Estados y los grupos armados organizados asumen la responsabilidad mayor por la implementación del DIH, sus normas vinculan a todos los actores cuyas actividades están estrechamente conectadas con un conflicto armado, de modo que las empresas que operan en este contexto deben respetar el DIH.²³⁶

Sin embargo, aunque las disposiciones del DIH no impidan que las entidades privadas sean los titulares de deberes bajo sus normas,²³⁷ los tribunales internacionales se han negado repetidamente a extender el alcance de la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Así, la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg afirma que son los hombres y no las entidades abstractas quienes cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción del derecho internacional.²³⁸ Aunque el Estatuto del Tribunal prevé la criminalización de un grupo u organización,²³⁹ esta posibilidad servía más bien como base legal para el enjuiciamiento de los individuos involucrados en una organización criminal.²⁴⁰

²³³ Protocolo Adicional I. Art. 85.

²³⁴ *Ibíd.* Art. 86.

²³⁵ Bismuth, R., “Mapping a responsibility of corporations for violations of international humanitarian law sailing between international and domestic legal orders”, *op. cit.*, p. 207.

²³⁶ *Business and International Humanitarian Law: an introduction to the rights and obligations of business enterprises under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2006, p. 14. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0882.pdf (Consulta: 31-3-2014).

²³⁷ Bismuth, R., “Mapping a responsibility of corporations for violations of international humanitarian law sailing between international and domestic legal orders”, *op. cit.*, p. 207.

²³⁸ 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. Párr. 466.

²³⁹ Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg. 1945. Art. 9.

²⁴⁰ Fauchald, O.K., Stige, J., “Corporate responsibility before international institutions”, *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, N 4 (2009), p. 1035.

Asimismo, los Estatutos del Tribunal Internacional para Rwanda y para la antigua Yugoslavia establecen que la jurisdicción se ejercerá sobre las personas naturales.²⁴¹

Durante el proceso de negociación para el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional algunos países, sobre todo Francia, insistían en la extensión de la jurisdicción del tribunal sobre las personas jurídicas, como un modo para facilitar la restitución o indemnización a las víctimas. Sin embargo, esta propuesta no fue aprobada por la mayoría de los Estados, de modo que la Corte “tendrá competencia respecto de las personas naturales”²⁴² que serán responsables individualmente²⁴³.

En suma, la jurisdicción de los tribunales penales internacionales no alcanza a las entidades empresariales, de modo que el enjuiciamiento y condena de estas por las violaciones del DIH están sujetas a la implementación de estos delitos en el ordenamiento jurídico nacional, así como la aplicabilidad de las leyes penales a las personas jurídicas.

Puesto que las EMSP no podrán ser imputadas directamente por la violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, cabe examinar qué otros modos existen para imponer las obligaciones jurídicas sobre ellas.

2.3. Modos alternativos de imposición de obligaciones jurídicas a las empresas militares y de seguridad privadas

D. Richemond-Barak identifica cuatro formas de gestión de la industria de servicios militares y de seguridad privada: gestión a nivel internacional (el Grupo de Trabajo de la ONU sobre los mercenarios); gestión repartida a nivel doméstico (legislación nacional y contratos); gestión híbrida (las iniciativas de colaboración de interesados múltiples); y gestión privada (las asociaciones sectoriales y códigos de

²⁴¹ Estatuto del TPIY, de 25 de mayo de 1993, Art. 6. Estatuto del TPIR, de 8 de noviembre de 2004, Art. 5.

²⁴² Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 2008, Art. 25 (1).

²⁴³ *Ibíd.* Art. 25 (2).

conducta).²⁴⁴ Este esquema corresponde al marco del derecho administrativo global²⁴⁵, un concepto principalmente desarrollado por el grupo de investigación de la Universidad de Nueva York²⁴⁶. Según este concepto, el derecho administrativo global comprende “los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.”²⁴⁷ El rasgo esencial del derecho administrativo global es que este no sustituye las formas tradicionales de regulación, como la legislación nacional y los acuerdos internacionales, sino que coexisten.²⁴⁸ Por tanto, este conjunto de normas no tiene carácter exclusivamente público, ni exclusivamente nacional y tiende a ser no obligatorio, de modo que las normas no vinculantes juegan un papel significativo y los conceptos de derecho y de cumplimiento son más fluidos.²⁴⁹ Este fenómeno es característico a la variedad de campos²⁵⁰, incluido el sector de los servicios militares y seguridad. Según los investigadores, incluso en ausencia de normas vinculantes y mecanismos de ejecución, el derecho administrativo global tiene el potencial necesario para reforzar la participación, responsabilidad y transparencia.

De este modo, el esquema propuesto por Richmond-Barak puede ser utilizado para examinar las normas aplicables a las EMSP y hacer conclusiones en cuanto a las promesas de los expertos en derecho administrativo global.

²⁴⁴ Richmond-Barak, D., “Regulating war: a taxonomy in global administrative law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, N 4(2011), p. 1028.

²⁴⁵ *Ibid.* p. 1033.

²⁴⁶ Información relativa al Proyecto sobre el derecho administrativo global//Global Administrative Law Project. Institute of International Law and Justice (New York University school of law) disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/default.asp> (Consulta: 31-3-2014).

²⁴⁷ Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R.B., “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, N 15(2005), p. 16. Trad. al castellano realizada por Paris, G., Ricart, L. Publicada en la *Revista de Derecho Público de Universidad de los Andes*, Marzo de 2010, pp. 4-46.

²⁴⁸ Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R.B., Wiener, J.B., “Foreworld: global governance as administration – national and transnational approaches to global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, N 3/4(2005), p. 5.

²⁴⁹ Richmond-Barak, D., “Regulating war: a taxonomy in global administrative law”, *op.cit.*, p. 1033.

²⁵⁰ Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R.B., Wiener, J.B., “Foreworld: global governance as administration – national and transnational approaches to global administrative law”, *op.cit.*, p. 2.

2.3.1. Iniciativas en materia de empresas y derechos humanos y su relevancia para las EMSP

Los procesos de globalización y el desarrollo económico de las últimas décadas han resultado en la creciente importancia del papel de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales a nivel internacional, tanto como a nivel regional y local. La creciente expansión e influencia del sector empresarial dieron lugar al debate sobre las responsabilidades y obligaciones de actores privados en relación con los derechos humanos. La cuestión del impacto de las actividades comerciales en el disfrute de los derechos humanos ha sido incluida en el orden del día de las Naciones Unidas. Como se reafirma en la declaración de Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, el sector privado es una fuerza vital que habilita el desarrollo económico y social y que se encuentra en una relación intrínseca con la esfera de los derechos humanos y la seguridad.²⁵¹ Las actividades de las empresas pueden obstaculizar, deliberadamente o involuntariamente, el disfrute de los derechos humanos, tanto como “contribuir al disfrute de los derechos humanos mediante, entre otras cosas, la inversión, la creación de empleo y la estimulación del crecimiento económico”²⁵² y promover el respeto a los derechos humanos mediante un funcionamiento responsable.²⁵³

La creciente industria de las empresas militares y de seguridad privadas, también, tiene carácter transnacional y cae, naturalmente, dentro del ámbito de aplicación de iniciativas internacionales que se refieren a la cuestión de la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos.

Las iniciativas que últimamente han recibido la mayor difusión incluyen el Pacto Mundial, propuesto por el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en 1999, y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie.

²⁵¹ Pillay, N., *Annual labour and social policy review. The corporate responsibility to respect: a human rights milestone*, p. 1.

Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Press/HC_contribution_on_Business_and_HR.pdf (Consulta: 10-3-2014).

²⁵² *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*. Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/2005/69, de 20 de abril de 2005. Disponible en: ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc (Consulta: 10-3-2014).

²⁵³ *Ibíd.*

El Pacto Mundial es una iniciativa dirigida a las empresas que incluye dentro de sus objetivos la incorporación de los principios establecidos en el Pacto en las actividades empresariales, tanto en el país de origen, como en sus operaciones en el extranjero, y el desempeño de acciones en apoyo de los objetivos de desarrollo de la ONU. Los diez principios del Pacto se aplican en cuatro áreas: derechos humanos, medio ambiente, estándares laborales y anticorrupción. Las empresas que se adhieren a la iniciativa aceptan la obligación de “apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia”²⁵⁴ y “asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos”²⁵⁵. La comunicación sobre la incorporación de los diez principios se realiza a través de la publicación de un informe anual que describe las formas en que una empresa aplica las posiciones del Pacto Mundial.

Algunas de las EMSP, como la compañía iraquí VSC Security Solutions, la sudafricana Osprea Logistics o la estadounidense Madrigal Defense Solutions, se han adherido a la iniciativa.²⁵⁶

Como un conjunto de principios que enfatiza la responsabilidad directa de los actores privados de respetar los derechos humanos, la iniciativa puede servir de guía útil, sobre todo, para las grandes empresas expuestas a la observación de la sociedad civil y los medios de comunicación. Sin embargo, siendo una iniciativa voluntaria, el Pacto Mundial no tiene carácter de un instrumento normativo, ni dispone de mecanismos de vigilancia para verificar las actividades de las empresas o comprobar que éstas estén realizando cualquier tipo de contribución. Así, por ejemplo, la empresa de seguridad danesa-británica G4S ha sido aceptada como partidaria del Pacto a pesar de su implicación en el suministro de equipos y servicios a Israel para su uso en los puestos de control y los asentamientos en la Cisjordania ocupada y en las cárceles israelíes.²⁵⁷ El papel de la empresa en la ocupación israelí y su participación en el aparato

²⁵⁴ *La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial: El Pacto Mundial*. Principio 1. Disponible en: http://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/Los_Diez_Principios.html (Consulta: 11-03-2014).

²⁵⁵ *Ibíd.* Principio 2.

²⁵⁶ Información disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/participants/search> (Consulta: 11-03-2014).

²⁵⁷ Ver Nieuwhof, A., “Outcry in Denmark over firm’s involvement in occupation”, *The Electronic Intifada*, 15-12-2010. Disponible en: <http://electronicintifada.net/content/outcry-denmark-over-firms-involvement-occupation/9142> (Consulta: 11-03-2014).

del sistema penitenciario del país ha sido objeto de fuertes críticas y protestas.²⁵⁸ Sin embargo, según el portavoz del Pacto Mundial, Matthias Stausberg, la provisión de los servicios de seguridad no constituye una actividad ilícita y, por tanto, no puede ser la razón suficiente para la denegación de la participación en la iniciativa.²⁵⁹ De este modo, la participación de una empresa en el Pacto Mundial no asegura su buena reputación en cuanto al respeto de los derechos humanos puesto en práctica. Además, los principios están formulados de manera muy general, de modo que no pueden tomarse como una guía de acciones prácticas.

Los Principios Rectores de Ruggie²⁶⁰, presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en cambio, presentan un documento más amplio y detallado. El marco conceptual del documento consta de tres elementos: la obligación de los Estados de proteger contra las violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, empresas privadas inclusive, mediante políticas eficaces y regulación adecuada; la responsabilidad de empresas de respetar los derechos humanos; la garantía de mayor acceso para las víctimas a recursos efectivos.

A diferencia de los Principios del Pacto Mundial, que están dirigidos exclusivamente a las empresas, el Marco de Ruggie subraya el deber principal e indelegable del Estado de garantizar, respetar y proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros. La parte indispensable del deber de proteger forma la obligación de los Estados de garantizar el acceso a los mecanismos de reparación eficaces, que implica, a su vez, “tomar las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de derechos humanos relacionados con empresas cuando se producen...”²⁶¹ Se destaca la importancia de establecimiento tanto de mecanismos de reclamación extrajudiciales que formen parte de un sistema estatal de reparación de las violaciones de los derechos humanos

²⁵⁸ Ver Kollwe, J., “G4S faces down investors and protesters at annual meeting”, *The Guardian*, de 7 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.theguardian.com/business/2012/jun/07/g4s-faces-down-investors-protesters-annual-meeting> (Consulta: 11-3-2014).

²⁵⁹ Ver Russell Lee, M., “UN Global Compact allowed in private military contractor G4S as “not illegal” – but is that true? And is it the right standard?”, *Inner City Press*, Disponible en: <http://www.innercitypress.com/ungc2g4s031911.html> (Consulta: 11-3-2014).

²⁶⁰ *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Doc. A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011. En adelante, Principios Rectores.

²⁶¹ *Principios Rectores*. Comentario al párr. 25 (Parte III(A)).

relacionadas con empresas, como de facilitar el acceso a los mecanismos de reparación no estatales.

A pesar de la viva polémica que suscita la cuestión de corporaciones transnacionales como sujetos del derecho internacional y, por consiguiente, de atribución de obligaciones de derechos humanos a los actores privados bajo el derecho internacional, en el informe de Ruggie se adopta el enfoque tradicional sobre la cuestión. Según la posición del Relator, claramente reflejada en sus Principios Rectores, las normas internacionales no pueden obligar directamente a las empresas “porque con la posible excepción de ciertos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, no existen principios jurídicos internacionales generalmente aceptados que lo hagan...”²⁶²

Por lo tanto, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos no se define como una responsabilidad jurídica sino social, adicional a la obligación de cumplir las leyes y las normas nacionales de protección de los derechos humanos. Básicamente se trata de una obligación de naturaleza pasiva de abstención: las empresas no deben infringir los derechos humanos de terceros y no deben contribuir en la provocación de consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Pero en caso de que se produjesen los efectos negativos sobre los derechos humanos relacionados con las operaciones, productos o servicios de la empresa, se tendrían que tomar medidas para mitigar estas consecuencias y, en su caso, remediarlas. Se pone de relieve la exigencia de llevar a cabo medidas de diligencia debida con el fin de identificar los posibles impactos negativos sobre el disfrute de los derechos humanos de otras personas y prevenirlas. El deber del Estado de garantizar el acceso a los mecanismos de rendición de cuentas se completa con el deber de las empresas de establecer o participar en los mecanismos de reclamación a nivel operacional, como garantía de reacción rápida y reparación directa de los daños causados a las personas y las comunidades. No obstante, no se exige que las empresas lleven a cabo acciones positivas para apoyar, promover los derechos humanos o contribuir de cualquier modo a su disfrute.

Existen varias disposiciones de los Principios Rectores que tienen especial relevancia para las EMSP. Primero, se trata de las actividades empresariales en las zonas afectadas por conflictos. El documento no define el concepto de zonas de

²⁶² Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006.

conflicto, pero puede suponerse que se trata de un concepto más amplio que sólo situaciones de conflicto armado.²⁶³ La noción especial de la necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas de conflicto es significativa, puesto que éstas presentan unas circunstancias complicadas para el disfrute de los derechos humanos. Los abusos de derechos humanos pueden provocar un conflicto nuevo o agravar uno ya existente. A su vez, “el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos”.²⁶⁴ Por otro lado, la capacidad del Estado “receptor”, donde operan las empresas, para proteger adecuadamente los derechos humanos puede disminuirse en situaciones de conflicto debido a la falta de control efectivo.²⁶⁵ Las EMSP a menudo operan en tales circunstancias, dado que la naturaleza de sus actividades puede requerir de su presencia en las zonas afectadas por conflictos. Se destaca en los Principios Rectores que es el deber del Estado de ayudar a las empresas a determinar, prevenir y mitigar los principales riesgos que entrañen sus actividades para los derechos humanos y asegurar la eficacia de todas las medidas para “prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de derechos humanos”.²⁶⁶ Además, se exige la denegación de acceso a los servicios públicos a toda empresa implicada en graves violaciones de los derechos humanos. Es importante que la responsabilidad no se adscriba solamente al Estado “receptor”, sino también al Estado de origen en caso de involucración de empresas transnacionales. Se supone que el Estado de origen debe asistir tanto a las empresas, como a los Estados receptores con el fin de evitar las situaciones en las que estas empresas se vean implicadas en violaciones de los derechos humanos. Se alienta la colaboración entre los Estados y sus agentes e institutos, al igual que el apoyo adicional de los Estados vecinos. Al mismo tiempo, es decepcionante que el documento no haga ninguna referencia especial al papel de las propias empresas en relación con sus actividades en las zonas afectadas por conflicto.

²⁶³ Ver *Business and Human Rights in conflict zones: the role of home states*. Summary report of consultation co-convened by SRSG and Global Witness, de 5 de noviembre de 2007. “Many participants noted that the definition of conflict zones is currently unclear. Thus, when identifying triggers for home state action they believed that focusing on actual situations on a case-by-case is more effective than relying on definitions of conflict zones drawn from international law. Doing so is particularly helpful in cases of sporadic violence that do not meet international definitions of conflict zones”. Disponible en: http://www.globalwitness.org/sites/default/files/pdfs/berlin_report_final_2008.pdf (Consulta: 12-3-2014).

²⁶⁴ *Principios Rectores*. Párr. 7(a). Parte I(B).

²⁶⁵ *Ibíd.* Comentario párr. 7.

²⁶⁶ *Ibíd.* Párr. 7(d). Parte I(B).

Otro elemento relevante para las actividades de las EMSP está relacionado al deber del Estado de ejercer una “supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas”²⁶⁷ y de “promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales”²⁶⁸. Se reitera que la privatización de determinados servicios no libera a los Estados de sus obligaciones internacionales respecto de los derechos humanos. Como se aclara en los comentarios de la descripción de principios, este deber se realiza mediante la noción explícita en los contratos de prestación de servicios que se espera de las empresas que respeten los derechos humanos y mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas. Sin duda, los dichos principios tienen una importancia enorme, puesto que los servicios de las EMSP son contratados por los gobiernos de muchos países distintos. Sin embargo, los Principios Rectores omiten totalmente la cuestión de responsabilidad del Estado contratante por actuaciones de los agentes privados en caso de implicación de empresa contratada en las violaciones de los derechos humanos. Tampoco se hace referencia especial a la contratación de funciones inherentes al Estado, como la seguridad, ni se menciona limitación alguna en cuanto a los tipos de servicios que pueden ser objeto de contratación externa. Desafortunadamente, un aspecto tan importante como la externalización de las tareas públicas no ha sido tratado en los Principios Rectores con mucha precisión.

Tampoco es satisfactorio el trato de una cuestión tan relevante en relación con las EMSP como las obligaciones extraterritoriales de los Estados en relación con las empresas que actúen fuera del país de origen, puesto que en la mayoría de los casos las EMSP llevan a cabo sus actividades en los países distintos al de su domicilio. Los Principios Rectores se limitan a decir que “las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción. Tampoco lo prohíben, siempre que haya una base jurisdiccional reconocida”.²⁶⁹

La dimensión extraterritorial del deber de proteger implica la obligación del Estado de proteger las personas en el extranjero de las violaciones de derechos humanos

²⁶⁷ *Ibíd.* Parte I(B), Párr. 5.

²⁶⁸ *Ibíd.* Parte I(B), Párr. 6.

²⁶⁹ *Principios Rectores.* Parte I (A), Párr. 2. Comentario.

perpetradas por los particulares o entidades que se encuentren bajo la jurisdicción de este Estado.²⁷⁰ Una de las formas de cumplir con esta obligación es la adopción de medidas legislativas destinadas a regular las actividades de empresas nacionales, que aseguren el respeto de los derechos humanos por estas empresas cuando operan en el exterior del país.²⁷¹ Algunos autores y representantes de la sociedad civil sostienen que un análisis de los instrumentos internacionales en materia de los derechos humanos y de su interpretación por los órganos competentes permite suponer que la dimensión extraterritorial del deber de proteger va más allá de la simple permisibilidad convirtiéndose gradualmente en la obligación.²⁷² Así, por ejemplo, al comentar el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos afirmó que los Estados “deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción”, es decir, a “toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte” aunque no se encuentre en su territorio.²⁷³ En cuanto al PIDESC, que no contiene ninguna cláusula de jurisdicción, la obligación extraterritorial de proteger los derechos humanos podría fundarse en la referencia a la “asistencia y la cooperación internacionales” para lograr “la plena efectividad de los derechos”.²⁷⁴ El Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha afirmado las obligaciones extraterritoriales en relación con las terceras partes en varias de sus observaciones generales: el deber de “respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales y políticos”,²⁷⁵ “adoptar medidas para impedir que sus propios ciudadanos y

²⁷⁰ Skogly, S. I., *Beyond national borders: State's human rights obligations in international cooperation*, Intersentia, Antwerpen, 2006, p. 70.

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Ver, por ejemplo, Skogly, S. I. *Beyond national borders: State's human rights obligations in international cooperation*, op. cit., p. 11. Casajuna Artacho, E. M., “The extraterritorial dimension of the state duty to protect human rights in relation to business activities”, ponencia presentada en el Congreso internacional sobre la implementación de los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos en España. Disponible en: <http://business-humanrights.org/media/documents/extraterritorial-dimension-of-state-duty-protect-human-rights-e-casajuna.pdf> (Consulta: 12-3-2014), p. 7. Künnemman, R., “Doce razones para fortalecer las obligaciones extraterritoriales en derechos humanos”, FIAN Internacional, Heidelberg, 2013, p. 15. Disponible en: [http://www.etoconsortium.org/nc/en/library/documents/?tx_drblob_pi1\[downloadUid\]=87](http://www.etoconsortium.org/nc/en/library/documents/?tx_drblob_pi1[downloadUid]=87) (Consulta: 12-3-2014). De Schutter, O., Eide, A., Khalfan, A., Orellana, M., Salomon, M., Seiderman, I., “Commentary to the Maastricht principles on extraterritorial obligations of states in the area of economic, social and cultural right”, *Human Rights Quarterly*, N 34 (2012), pp. 1134 – 1144.

²⁷³ Observación general N 31. Párr. 10.

²⁷⁴ Casajuna Artacho, E. M., “The extraterritorial dimension of the state duty to protect human rights in relation to business activities”, op. cit., p. 6.

²⁷⁵ “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Observación general 14, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

empresas violen el derecho al agua potable de las personas y comunidades de otros países”,²⁷⁶ “proteger, con carácter extraterritorial el derecho a la seguridad social, impidiendo, que sus propios ciudadanos y empresas violen este derecho en otros países”.²⁷⁷

El Estado puede cumplir con su obligación extraterritorial de proteger a través del uso directo de la jurisdicción extraterritorial, la noción que se refiere a la capacidad del Estado de ejercer su autoridad sobre los particulares y sus actividades que se encuentren fuera de las fronteras nacionales, o a través de la adopción de medidas domésticas con efectos extraterritoriales.²⁷⁸ Mientras la regulación a través del ejercicio directo de la jurisdicción extraterritorial prescriptiva está sujeta a determinadas restricciones de carácter legal y político,²⁷⁹ la regulación mediante las medidas domésticas con efectos extraterritoriales es una buena alternativa para poder influir decisivamente en el comportamiento de entidades privadas en el exterior del país.²⁸⁰

Por tanto, la perspectiva adoptada por los Principios Rectores respecto a la dimensión extraterritorial del deber de proteger parece ser un paso atrás, que debilita la interpretación de las obligaciones estatales en materia de los derechos humanos²⁸¹.

Sin duda, debe aplaudirse el esfuerzo del Relator Especial en su intento de reunir la experiencia internacional y las exigencias dirigidas a las empresas, con independencia de su tamaño o el sector de la industria que representen, de modo que se desarrolle la conciencia corporativa a nivel global. Puede considerarse como un paso importante en el camino de la identificación de las obligaciones empresariales en el ámbito del respeto de los derechos humanos y su futura ejecución. Como un documento que busca regular la nueva realidad existente, donde las empresas pueden afectar considerablemente al disfrute de los derechos humanos, sus aportaciones pueden contribuir al desarrollo de la

²⁷⁶ “El derecho al agua”, Observación general 15, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/2002/11, Párr. 33.

²⁷⁷ “El derecho a la seguridad social”, Observación general 19, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008.

²⁷⁸ Zerk, J. A., *Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas*, Corporate social responsibility initiative working paper N 59 (2010), Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, p. 12. Disponible en: http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf (Consulta: 12-3-2014).

²⁷⁹ *Ibíd.* pp. 18 – 22.

²⁸⁰ Deva, S., “Acting extraterritorially to tame multinational corporations for human rights violations: who should “bell the cat”? *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5 (2004), pp. 47-49.

²⁸¹ Casajuna Artacho, E. M., “The extraterritorial dimension of the state duty to protect human rights in relation to business activities”, *op. cit.*, p. 7.

regulación nacional en este ámbito y pueden considerarse en el proceso de la elaboración de planes de responsabilidad social corporativa de las propias empresas.

No obstante, los Principios Rectores, siendo formulados de manera bastante vaga, no proporcionan los modos concretos de aplicación de sus propuestas, ni clarifican la manera en la que los Estados deben regular las actividades de las empresas, lo cual conlleva la incoherencia en torno a la actuación de las empresas sobre su responsabilidad de respeto de los derechos humanos. Un conjunto de instrumentos internacionales, recomendados como un marco mínimo a respetar, en particular, la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, fueron diseñados para ser cumplidos por los Estados. Por tanto, no queda claro en qué forma deben aplicar las empresas esas normas. Al negar la vinculación directa de las empresas por las obligaciones de los derechos humanos, los Principios Rectores no hacen más que “mantener la incertidumbre jurídica en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, así como mantener el *status quo* que tanto les beneficia, al no ser destinatarios directos de las normas internacionales de derechos humanos”.²⁸² Además, no hay que olvidar, que el documento carece de fuerza jurídica y no crea nuevas obligaciones en el derecho internacional. Tampoco se prevé ningún mecanismo de supervisión de aplicación de principios por los Estados o actores privados. Como en el caso de todos los instrumentos no vinculantes, su éxito depende de la voluntad política.

2.3.2. El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios.

En los últimos años se han emprendido varias iniciativas internacionales para aclarar la posición jurídica de las EMSP, sus obligaciones y responsabilidades, así como las obligaciones pertinentes a los Estados en relación con la regulación y monitorización de las actividades de las EMSP, y la rendición de cuentas por las violaciones cometidas por su personal.

Una de estas iniciativas en el campo de regulación de las actividades de las EMSP pertenece al Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios. El Grupo de Trabajo fue creado en 2005 por la resolución de la antigua Comisión de

²⁸² Cantú Rivera, H. F., “Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento de status quo?” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, p. 335.

Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el fin de, entre otros, “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”.²⁸³ En 2008 el Consejo de Derechos Humanos reiteró el mandato del Grupo de Trabajo especial ampliando el alcance de sus actividades.²⁸⁴

El Grupo de Trabajo fue autorizado a llevar a cabo las consultas regionales con los Estados miembros sobre la regulación y la vigilancia de actividades de las EMSP con el fin de discutir la cuestión fundamental del monopolio del Estado sobre el uso de la fuerza, las responsabilidades de diferentes actores y la adopción de regulaciones a nivel internacional.²⁸⁵

El Grupo de Trabajo ha adoptado una perspectiva doble. Por un lado, se examinan las infracciones de los derechos humanos en las que puedan estar implicadas las personas contratadas por las EMSP en situaciones de violencia aislada y disturbios internos, conflictos armados o en zonas de post-conflicto. Por otro lado, se consideran las posibles violaciones de derechos de los propios empleados de las EMSP que estos pueden sufrir por parte de su empleador. Con el fin de obtener la información más amplia sobre el uso de las EMSP, el Grupo envió las comunicaciones a los gobiernos de Australia, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Irak, Israel, México, Perú y Estados Unidos. Además, el Grupo llevó a cabo las misiones investigadoras en Chile, Ecuador, Fiyi, Honduras, Perú y el Reino Unido. Después de haber terminado el análisis de la situación actual en los países que contratan a las EMSP o que permiten la operación de las EMSP en sus respectivos territorios y la regulación nacional y regional relativa a las actividades de las EMSP, el Grupo de Trabajo ha presentado su Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP). Según la opinión de los expertos del Grupo de Trabajo, el Convenio internacional es la forma

²⁸³ Resolución 2005/2, de 7 de abril de 2005. Comisión de Derechos Humanos. Párr. 12(e).

²⁸⁴ Ver Resolución 7/21, de 28 de marzo de 2008. Consejo de Derechos Humanos.

²⁸⁵ Gomez del Prado, J.L., “Private military and security companies and the UN working group on the use of mercenaries”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, N 3(2009), p. 431.

más adecuada de colmar la laguna legal que existe en el ámbito de regulación de las actividades de las EMSP.²⁸⁶

El Proyecto del Convenio toma en cuenta las disposiciones de los documentos en materia de los derechos humanos y los estándares establecidos en los acuerdos internacionales, como el Convenio de la Haya V de 1907, la Carta de las Naciones Unidas, los Convenios de Ginebra de 1949 con los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, y la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

El Proyecto distingue entre los Estados contratantes, que contratan directamente los servicios de las EMSP, los Estados de operación, en cuyo territorio operan las EMSP y los Estados de origen, cuya nacionalidad ostentan las EMSP. Se refiere, además, a los terceros Estados, siendo estos “los Estados distintos de los Estados contratantes, de operación o de origen, cuyos nacionales estén empleados como trabajadores para una EMSP”.²⁸⁷ Además, la Convención se aplicaría no sólo a los Estados, sino también a las organizaciones intergubernamentales con respecto al uso de las EMSP por su parte. De este modo, el Proyecto prevé un ámbito de aplicación bastante amplio.

El documento está dirigido a los Estados con el fin principal de “reafirmar y reforzar la responsabilidad de los Estados con respecto al uso de la fuerza y reiterar la importancia del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte de los Estados en el marco general de sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, y de proporcionar remedios en caso de violación de los derechos humanos”.²⁸⁸

El proyecto de convención se compone de seis partes. En el preámbulo se reconoce, entre otras cosas, la existencia de lagunas en los regímenes jurídicos aplicables a las EMSP y la urgente necesidad de adoptar medidas para asegurar la conformidad de las actividades de las EMSP con el derecho internacional. Se supone que el Convenio debería ser uno de los instrumentos que colme esta laguna.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 449.

²⁸⁷ Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas. Art. 2(m)

²⁸⁸ *Ibíd.* Art. 1(1)(a)

La primera parte del documento contiene las definiciones de los conceptos relevantes para los fines del convenio, recoge los propósitos principales y establece el ámbito de aplicación. La segunda parte reafirma los principios generales de la responsabilidad de los Estados por las actividades de las EMSP, la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias respecto a las EMSP, la prohibición de delegación externa o contratación con las EMSP de funciones inherentes al Estado, así como los principios de prohibición del uso de la fuerza, de soberanía de los Estados y de respeto y protección de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La tercera parte del documento aborda el régimen nacional de regulación y supervisión de las actividades de las EMSP, de concesión de licencias y autorizaciones y de mecanismos de rendición de cuentas. Se trata de la obligación de los Estados de someter los servicios de las EMSP a la concesión de licencias y de establecer un registro nacional de este tipo de empresas y de sus empleados. La cuarta parte del proyecto trata la cuestión de la responsabilidad de los Estados de imponer sanciones a los infractores y de proporcionar compensaciones a las víctimas de las actividades de las EMSP. El documento es muy firme en cuanto al desempeño de las funciones inherentes al Estado y el uso de la fuerza y de armas de fuego. Por tanto, se propone tipificar como delitos el empleo ilícito de la fuerza y de armas de fuego por el personal de las EMSP, el tráfico de armas por parte de las compañías privadas, el desempeño de las funciones inherentes al Estado, así como el desarrollo de actividades militares y de seguridad sin la licencia y la autorización válidas. La quinta parte prevé el establecimiento de un comité de regulación, supervisión y control de las EMSP que recibiría los informes de los Estados partes sobre las medidas adoptadas según la convención. Además, se prevé un procedimiento de investigación y un procedimiento de denuncia individual. Por último, la parte final del documento contiene las disposiciones relativas a la ratificación, entrada en vigor, enmiendas y reservas.

Indudablemente, el borrador del convenio sobre las EMSP presenta varios aspectos valiosos para considerar. La regulación propuesta por el proyecto sería aplicable en todo tipo de situaciones, no sólo en situaciones de conflictos armados. Sus disposiciones ponen de relieve la estrecha conexión entre las actividades que desarrollan las EMSP y los derechos humanos de las personas que puedan ser afectadas por estas actividades. Se enfatiza la responsabilidad irrenunciable de los Estados por los daños ocasionados por las EMSP y la obligación de garantizar la reparación justa a las

víctimas de estas infracciones. Es importante que el documento hace referencia al fundamento jurídico de la cuestión de las funciones inherentes al Estado y propone una definición, dado que se trata de un concepto ambiguo e indeterminado. No obstante, es un concepto de enorme importancia que necesita aclaración, porque se encuentra en la relación directa con la cuestión de monopolio del Estado sobre el uso de la fuerza. De este modo, el documento consigue determinar las funciones prohibidas para la contratación externa y las funciones que pueden ser desarrolladas por las EMSP. Considerando la disponibilidad de mecanismos de supervisión y de control de aplicación del documento, el convenio proporciona altos estándares de prevención de violaciones de derechos de las personas y de protección de las víctimas.

Sin embargo, el proyecto tiene sus deficiencias que han sido objeto de críticas.

El proyecto de la convención omite la cuestión del estatuto jurídico del personal de las EMSP y su elegibilidad para la protección por los Convenios de Ginebra en los conflictos armados. El documento deja varios puntos en blanco, de modo que la convención no se aplicaría, por ejemplo, a las situaciones de contratación de las EMSP en programas de fomento de capacidad militar en el marco de acuerdos bilaterales entre los Estados o a la contratación de las EMSP por otras entidades privadas. Además, el proyecto no ofrece una configuración detallada y exhaustiva de la regulación de las EMSP dejando su desarrollo actual a los Estados, lo que podría dar lugar a prácticas incoherentes entre los Estados miembros.

Por otro lado, aunque el borrador no pretende prohibir explícitamente el uso de las EMSP, las funciones permitidas para la contratación con las EMSP están tan limitadas, que es improbable que los Estados que utilizan ampliamente sus servicios aprueben la convención. Efectivamente, el Reino Unido y los Estados Unidos, países donde tienen sus sedes corporativas el 70% de las EMSP existentes en el mundo, se han opuesto abiertamente a la propuesta elaborada por el Grupo de Trabajo.²⁸⁹ Los países de la Unión Europea tampoco han mostrado su apoyo a favor del proyecto.²⁹⁰ Así, según el representante estadounidense, aunque las cuestiones relativas a las actividades de las EMSP tienen mucha importancia, un instrumento internacional vinculante, como la

²⁸⁹ Gomez del Prado, J., “A United Nations instrument to regulate and monitor private military and security contractors”, *Notre Dame Journal of International, Comparative and Human Rights Law*, Vol. I, N 1(2011), p. 6.

²⁹⁰ *Ibíd.* p. 52.

convención propuesta, no proporcionaría una solución eficaz para estas cuestiones y divertiría recursos valiosos, tiempo y atención de otras soluciones más prácticas.²⁹¹

Como bien indica Mario Iglesias, los Estados están más predispuestos a proseguir por el camino de las iniciativas no vinculantes, como la del Documento de Montreux, que iniciar un difícil proceso de aprobación de una nueva convención.²⁹² Está claro que para que la convención sobre las EMSP tenga éxito, será necesario un consenso más amplio entre los Estados, dado que la puesta en marcha de tal instrumento a nivel internacional planteará importantes dificultades para los países que suelen contratar masivamente los servicios militares y de seguridad.

2.3.3. Iniciativas conjuntas en materia de la regulación de las EMSP

“El 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”²⁹³ del 17 de septiembre de 2008 es un resultado de una de estas iniciativas. El Documento de Montreux es el producto de tres años de negociaciones intergubernamentales y consultas, empezadas por la iniciativa conjunta del Departamento Federal de Asuntos Extranjeros de Suiza con el Comité Internacional de la Cruz Roja, con la participación de representantes de la industria y de la sociedad civil. Hasta el momento, es el documento más completo y más apoyado a nivel internacional que aborda los problemas que surgen en relación con las actividades de las EMSP durante los conflictos armados. El Documento fue firmado por 17 países, incluidos países como Estados Unidos, Irak, Afganistán y Sierra Leona. Otros 32 países y tres organizaciones internacionales (la Unión Europea, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización del Tratado del Atlántico Norte) se han adherido al Documento de Montreux más tarde.

La primera parte del documento se basa en las fuentes tradicionales del derecho internacional (como, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949) y sus

²⁹¹ *Ibíd.* p. 54.

²⁹² Iglesias, M.L., *La privatización de seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Ministerio de Defensa, 2013, p. 182.

²⁹³ En adelante, Documento de Montreux.

interpretaciones autorizadas, mientras la segunda parte está elaborada con referencia a los códigos de conducta, la legislación nacional, los instrumentos de carácter administrativo y judicial, y las declaraciones políticas regionales.

El Documento de Montreux contiene una reafirmación importante de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, así como la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y asegurar el respeto de las normas del derecho internacional humanitario en relación con las actividades de las EMSP. Se reitera que los Estados no pueden eludir sus obligaciones a través de la contratación de las EMSP.

Igual que el Proyecto del Convenio, el Documento de Montreux distingue, según el tipo de relaciones entre los Estados y las EMSP, entre los Estados contratantes (“los Estados que contratan directamente los servicios de una EMSP, incluso, se procede, cuando esa empresa subcontrata sus servicios con otra EMSP”²⁹⁴), los Estados territoriales (“los Estados en cuyo territorio operan las EMSP”²⁹⁵) y los Estados de origen (“los Estados cuya nacionalidad ostentan las EMSP, es decir, los Estados en los que están registradas las Empresas; si el Estado en el que está registrada una EMSP no es en el que están ubicadas sus principales oficinas directivas, el “Estado de origen” será el Estado en el que se encuentren esas oficinas”²⁹⁶). El documento está estructurado según esta distinción, aunque estas categorías se sobreponen en muchos casos, ya que un Estado contratante puede ser a la vez un Estado de origen o territorial. Sin embargo, esta categorización es importante en cuanto a las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos durante las operaciones con participación de las EMSP, que desarrollan las actividades en su territorio o a las que los Estados contratan, pese al carácter extrajurisdiccional de las actividades de estas entidades privadas.

El Documento de Montreux se refiere, entre otras, a las obligaciones de los Estados de asegurar el respeto de las normas del derecho internacional humanitario por las EMSP y adoptar medidas para detener las violaciones cometidas por su personal, de promulgar los instrumentos legislativos necesarios para establecer sanciones penales efectivas aplicables a las personas que hayan cometido infracciones graves, así como

²⁹⁴ Documento de Montreux. Prefacio. pár. 9(c).

²⁹⁵ *Ibíd.* pár. 9(d)

²⁹⁶ *Ibíd.* pár. 9(e)

investigar todas las instancias de tales infracciones. Asimismo, el documento se refiere a las obligaciones de propias EMSP y de su personal a respetar las normas del derecho internacional humanitario y de derechos humanos, tanto como la legislación nacional pertinente. Además, la primera parte establece las condiciones de atribución al Estado contratante de la responsabilidad por las violaciones de las normas pertinentes del derecho internacional cometidas por el personal de las EMSP y de responsabilidad del superior jerárquico del personal de éstas por las violaciones cometidas por sus miembros.

La segunda parte del documento contiene “una descripción de buenas prácticas destinadas a orientar y ayudar a los Estados a hacer respetar el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos y promover una conducta responsable en sus relaciones con las EMSP que operan en zonas de conflicto armado”²⁹⁷ y, al mismo tiempo, a ayudar a los Estados a “cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos”.²⁹⁸

Las buenas prácticas están agrupadas, siguiendo el esquema adoptado en la primera parte del documento, según el tipo de relaciones entre el Estado y las EMSP. Así que las buenas prácticas se distribuyen entre los Estados territoriales, los Estados contratantes y de origen.

A los Estados contratantes se les recomienda asegurarse de que su legislación y sus prácticas de contratación pública son adecuadas para contratar a las EMSP. Las buenas prácticas previstas para los Estados contratantes incluyen la determinación de servicios que pueden o no contratarse con EMSP, adaptación de procedimientos de evaluación para la selección y la contratación de las EMSP y la elaboración de mecanismos de supervisión del respeto de las normas jurídicas por las EMSP y de rendición de cuentas. Además, se ofrecen los posibles criterios para la selección de las EMSP, como la conducta pasada de éstas y de su personal, su capacidad financiera y económica, la formación adecuada de su personal en materia del uso de la fuerza y de las armas de fuego, del derecho internacional humanitario y de derechos humanos. Por último, se proporcionan las condiciones orientativas de los contratos con las EMSP.

²⁹⁷ *Ibíd.* Parte II. Introducción.

²⁹⁸ *Ibíd.*

En cuanto a los Estados territoriales, se les recomienda establecer un régimen de autorización de prestación de servicios militares y de seguridad en su territorio, designando a una autoridad competente que conceda este tipo de autorizaciones. De este modo las EMSP estarán obligadas a obtener una licencia de funcionamiento, tanto como sus miembros deberán estar inscritos en un registro u obtener una licencia. Asimismo, se prevén los criterios para la concesión de autorizaciones y las condiciones de autorización. Además, las buenas prácticas para los Estados territoriales, según el Documento de Montreux, comprenden la elaboración de normas relativas al uso de la fuerza y las armas de fuego por las EMSP, la tenencia de armas por su personal y los signos de identificación de sus miembros durante el desempeño de sus actividades, así como la supervisión del respeto de las condiciones de autorización por las EMSP.

Por último, a los Estados de origen se les recomienda, igual que a los Estados territoriales, establecer un régimen de autorización para el suministro de servicios militares y de seguridad en el extranjero a través de una licencia renovable de funcionamiento por un tiempo limitado o una licencia para servicios específicos.

Sin duda, las buenas prácticas establecidas en el Documento de Montreux podrían servir de fundamento para el desarrollo futuro de la regulación de las EMSP a través de contratos, códigos de conducta, legislación nacional e instrumentos normativos de carácter regional e internacional. Sin embargo, el alcance práctico del documento es limitado ya que “las buenas prácticas no son jurídicamente vinculantes ni pretenden ser exhaustivas”²⁹⁹ y ningún Estado “está obligado legalmente a aplicar una u otra buena práctica”³⁰⁰. Asimismo, el entero Documento de Montreux “no es un instrumento jurídicamente vinculante ni afecta a las obligaciones vigentes de los Estados”³⁰¹, y tampoco “crea o desarrolla nuevas obligaciones de derecho internacional”.³⁰² Además, el ámbito de aplicación del documento está reducido a las situaciones de conflicto armado y a los supuestos en los que las EMSP son contratadas por los Estados, dejando fuera de su alcance las situaciones de contratación de las

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ *Ibíd.*

³⁰¹ *Ibíd.* Prefacio. Párr. 3.

³⁰² *Ibíd.* Prefacio. Párr. 4.

EMSP por organizaciones internacionales en el marco de las misiones de paz o de ayuda humanitaria u otras empresas privadas.³⁰³

De este modo, el Documento de Montreux carece de directrices sobre varios aspectos importantes. Como un instrumento dirigido principalmente hacia los Estados, el Documento de Montreux no guía lo suficiente a las EMSP en materia de las actividades en las que pueden ser involucradas. Además, las disposiciones del documento no consiguen esclarecer la cuestión de las obligaciones estatales y corporativas de debida diligencia. Tampoco es satisfactorio el tratamiento fragmentado de mecanismos de rendición de cuentas, ya que no proporciona ninguna directriz específica en cuanto al procesamiento de demandas de víctimas contra las EMSP.³⁰⁴

El Documento de Montreux no prevé los mecanismos de monitorización o de seguimiento de implementación de sus disposiciones, de modo que el éxito de la iniciativa Suiza depende enteramente de la voluntad de los Estados firmantes.

El informe preparado para la conferencia dedicada al quinto aniversario del Documento de Montreux ha revelado una aplicación bastante incoherente de las propuestas del instrumento entre los países que lo firmaron³⁰⁵. El informe analiza la regulación nacional de las EMSP y la implementación de las buenas prácticas descritas en el documento basándose en la experiencia de dos Estados contratantes (Estados Unidos y Reino Unido), dos Estados territoriales (Irak y Afganistán) y algunos de los Estados participantes en la región de África, América Latina y el Caribe. Según el informe, mientras los Estados han alcanzado mejoras visibles en unos aspectos, otros ámbitos han sufrido retraso. Así, por ejemplo, el Reino Unido (el segundo Estado contratante más grande) ha decidido a favor del sistema de autorregulación de las EMSP a cambio de introducir el régimen de autorización, lo cual afecta, sin duda, la posibilidad de regular y monitorizar la industria.³⁰⁶ Por otro lado, Irak, el Estado con la

³⁰³ Pozo Serrano, P., “El Derecho Internacional Humanitario ante las empresas militares y de seguridad privadas: aportaciones y límites del Documento de Montreux”, en Ramón Chornet, C. (Coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 86.

³⁰⁴ Cockayne, J., “Regulating private military and security companies: the content, negotiation, weaknesses and promise of the Montreux Document”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13, N3 (2009), p. 427.

³⁰⁵ Ver DeWinter-Schmitt, R. (Ed.), “*Montreux five years on: an analysis of state efforts to implement Montreux Document legal obligations and good practices*”, 2013. Disponible en: <http://ihrib.org/wp-content/uploads/2013/12/MontreuxFv31.pdf> (Consulta: 15-3-2014).

³⁰⁶ *Ibíd.* p. 61.

mayor presencia de las EMSP en su territorio, todavía no ha conseguido aprobar la legislación relativa a las EMSP.³⁰⁷

Como se señala en el informe, es imprescindible establecer un sistema eficaz de recogida de datos para poder examinar los efectos que tiene el Documento de Montreux sobre la mejora de la protección de los derechos humanos de personas afectadas por las actividades de las EMSP y la eficacia de los mecanismos de rendición de cuentas.³⁰⁸ Esto requiere, a su vez, que cada Estado miembro establezca los mecanismos independientes, transparentes y accesibles que registren los incidentes y las demandas recibidas de las víctimas de las actividades de las EMSP. Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros no dispone todavía de tal mecanismo y no proporciona la información completa relativa a los incidentes graves con la participación del personal de las EMSP, las investigaciones pertinentes u otras acciones remediales, lo cual dificulta la estimación del impacto del Documento de Montreux.³⁰⁹

De este modo, cabe concluir que aunque el Documento de Montreux presente una contribución importante en el esclarecimiento de las obligaciones de los Estados en relación con las actividades de las EMSP y la protección de los derechos de los individuos, su contribución real en la seguridad global depende de la fidelidad de los Estados a los principios establecidos en el documento.

2.3.4. Autorregulación de las EMSP

En las condiciones de regulación insuficiente y de falta de estándares vinculantes, las EMSP han entablado las iniciativas de autorregulación a varios niveles, desde los códigos de conducta de las propias compañías militares y de seguridad, que deben regir sus actividades, hasta la participación en la creación de códigos de conducta internacionales en cooperación con los gobiernos y los representantes de la sociedad civil. Al fin y al cabo, la expresión pública de sometimiento a ciertos principios éticos, incluido el respeto de los derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario, puede ser beneficioso para mantener una reputación impecable y competir en el mercado de seguridad. A través de estas iniciativas sectoriales han sido

³⁰⁷ *Ibíd.* p. 46.

³⁰⁸ *Ibíd.* p. 157.

³⁰⁹ *Ibíd.*

establecidos los estándares comunes y los mecanismos destinados a fomentar su cumplimiento.

El Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (CIC)³¹⁰, presentado, tras dieciséis meses de trabajo, públicamente en 2010 en Ginebra, es una de las iniciativas más prometedoras del momento. Según los últimos datos, 708 empresas, la mayoría de las cuales tienen su domicilio en los países de Europa, se han adherido a la iniciativa.³¹¹ A diferencia del Documento de Montreux, dirigido principalmente a los Estados, los enunciados del Código Internacional se dirigen exclusivamente a los representantes del sector de seguridad privada. Como se destaca el propio documento, el propósito del Código es establecer un conjunto de principios para las EMSP y los fundamentos para la elaboración de normas futuras a base de éstos principios, así como los mecanismos de gobernanza y supervisión.

El Código se refiere a las iniciativas anteriores en este ámbito, en concreto, al Documento de Montreux y al marco de “respetar, proteger y remediar” desarrollado en los Principios Rectores, en comprometerse a “la prestación responsable de los servicios de seguridad a fin de fomentar el Estado de Derecho”³¹² y en reconocer la responsabilidad de las EMSP de “respetar los derechos humanos y cumplir con las responsabilidades humanitarias respecto de todos los afectados por sus actividades empresariales³¹³”.

El Código logra establecer los estándares relativos a la contratación y subcontratación del personal de las EMSP, su conducta y el uso de la fuerza y de armas de fuego. Se hacen referencias especiales a la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la prohibición de la explotación sexual y de la violencia de género, así como la prohibición de la trata de seres humanos, de la esclavitud, trabajo forzado y trabajo infantil, y de la discriminación en la contratación del personal.

³¹⁰ Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada, de 9 de noviembre de 2010. Disponible en: http://www.icocpsp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_SPA.pdf (Consulta: 16-3-2014). En adelante, Código.

³¹¹ Disponible en: <http://www.icocpsp.org/ICoCSignatoryCompanies.html> (Consulta: 16-3-2014).

³¹² Código. Preámbulo. Párr. 4.

³¹³ *Ibíd.* Preámbulo. Párr. 5.

La elaboración de los estándares comunes, que respondan a los intereses de diferentes grupos, puede considerarse el mayor logro de la iniciativa. Además, se prevé, que con el fin de asegurar que el Código no sea una mera declaración de buenos intentos, las empresas firmantes y otras partes interesadas nombren un comité de miembros procedentes de las múltiples partes interesadas. Se supone que el comité se encargará de las cuestiones relativas a la gobernanza y supervisión, así como de las reclamaciones por los perjuicios y daños sufridos por las posibles víctimas de las actividades de los proveedores de la seguridad privada. La composición tripartita del comité (los representantes gubernamentales, de la sociedad civil y de la industria) es otro rasgo distintivo de la iniciativa. Aunque en 2013 ha sido puesto en marcha un mecanismo de supervisión inicial, todavía queda mucho por hacer en cuanto a la promesa de crear “mecanismos externos independientes para una gestión y supervisión eficaces”³¹⁴ y poner en marcha un “mecanismo destinado a corregir las supuestas denuncias de violaciones de los principios del Código”³¹⁵. Además, estos propósitos no se traducen en los compromisos correspondientes por parte de las EMSP, previstos en el Código. La obligación de informar de comportamientos ilícitos y de colaborar en las investigaciones oficiales no parece suficiente para llegar a una autorregulación efectiva. Las medidas disciplinarias que “incluirán entre otros el despido en caso de que se descubran tales violaciones o comportamientos ilícitos”³¹⁶ también quedan cortas respecto a las medidas sancionadoras o correctivas eficaces.

Entre otras iniciativas similares, desarrolladas en colaboración con múltiples partes interesadas, pueden mencionarse los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos³¹⁷, el Código de conducta y ética para el sector de la seguridad privada³¹⁸ o el Código de conducta de Sarajevo para empresas de seguridad privadas³¹⁹.

Los Principios Voluntarios están dirigidos a las empresas de los sectores de extracción de recursos y energía, pero se refieren también a las interacciones con las

³¹⁴ *Ibíd.* Párr. 7(b)

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.* Párr. 67(f).

³¹⁷ Disponible en :

http://www.voluntaryprinciples.org/wpcontent/uploads/2013/03/principios_voluntarios_espanol.pdf

(Consulta: 17-3-2014). En adelante, Principios Voluntarios.

³¹⁸ Disponible en:

http://www.coess.eu/Uploads/dbsAttachedFiles/Code_of_Conduct_and_Ethics_ES.pdf (Consulta: 17-3-2014).

³¹⁹ Disponible en: <http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=124863> (Consulta: 17-3-2014).

compañías de seguridad privada. Se prevé que las empresas de seguridad se contraten a condición de respeto por su parte de los derechos humanos, las normas del derecho internacional humanitario y las reglas del uso de la fuerza y de armas de fuego. Además, las empresas de seguridad privadas no deben emplear las personas que estén implicadas en abuso de los derechos humanos y disponer de medidas disciplinarias y procedimientos para investigar y reportar las acusaciones de abuso a las autoridades competentes.

El Código de Conducta y Ética, elaborado por la iniciativa conjunta de la CoESS y Uni-Europa, también establece un conjunto de estándares para los representantes del sector, velando por la transparencia de los procedimientos establecidos en la empresa y enfatizando la importancia de procesos de selección, contratación y formación del personal.

Por último, el Código de Sarajevo, elaborado por la propia industria de seguridad privada con el apoyo de varias ONGs, también cubre una amplia gama de áreas, como la selección y el reclutamiento del personal, su adiestramiento y las relaciones entre clientes, empresas de seguridad y autoridades locales. En general, los puntos principales de este código son muy parecidos a los del Código de la CoESS. La mayor diferencia reside en el sistema de supervisión. Según el Código de Sarajevo, todas las demandas relativas a la conducta inapropiada o ilícita del personal de las empresas serán investigadas sin demora por la propia empresa. Las empresas están obligadas a informar a los cuerpos de policía de la conducta ilícita. Además, se prevé la monitorización de procedimientos de supervisión e investigación en las empresas de manera regular y la supervisión adicional por las asociaciones de empresas. De este modo, la supervisión se establece a nivel de la empresa, de las autoridades gubernamentales y de las asociaciones comerciales o sectoriales, aunque no se precisan los detalles del funcionamiento de cada uno de estos mecanismos.

Por otro lado, las asociaciones de las EMSP también se han encargado de elaborar sus propios códigos de conducta. Mediante estas asociaciones las empresas competidoras resuelven las cuestiones de interés común y representan sus intereses cuando se trata de las cuestiones políticas y reglamentarias a nivel local e internacional.

La asociación más grande, la *International Stabilization Operations Association* (ISOA), afincada en Estados Unidos, cuenta con 46 miembros, incluidas las empresas

muy conocidas en el sector, como DynCorp International y Triple Canopy. Todos los miembros de la asociación aceptan su código de conducta,³²⁰ que reitera la exigencia de respeto para los derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario, haciendo referencia a, entre otros, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 con los protocolos adicionales y Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Además, se establece un mecanismo que permite presentar reclamaciones individuales o colectivas contra las empresas en relación con las violaciones de estándares establecidos en el Código. Aun así, la única sanción prevista es la expulsión de la asociación. Aunque la expulsión pueda tener implicaciones para la reputación y los resultados financieros, esta medida no parece ser suficiente para conseguir que la rendición de cuentas sea efectiva.

Asimismo, los miembros de otra asociación de origen británico, la *British Association of Private Security Companies*, se comprometen a promocionar una relación abierta y transparente con el gobierno del Reino Unido y respetar las normas del derecho internacional existentes en firmar el código de conducta.³²¹

Además, muchas compañías militares y de seguridad privadas adoptan sus propios códigos de conducta y intentan establecer sus mecanismos internos de supervisión con el fin de demostrar su sometimiento voluntario a la regulación.

Sin duda, las iniciativas de autorregulación indican la creciente conciencia entre las empresas del sector de que la continua crítica de irrespeto de las normas legales por parte de sus empleados y su implicación en las violaciones de derechos humanos deterioran su imagen pública y la posibilidad de conseguir nuevos contratos. Por tanto, se supone que la autorregulación proporcionaría transparencia y un modo de funcionamiento abierto al sector. Sin embargo, como indican L. Cameron y V. Chetail, la pregunta crucial es ¿qué impacto tienen los códigos de conducta y otras formas de autorregulación en relación a las obligaciones de respetar las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos por parte de las EMSP?³²² Hay que reconocer que estos instrumentos de carácter no

³²⁰ Información disponible en: <http://www.stability-operations.org/?page=Code> (Consulta: 17-3-2014).

³²¹ Información disponible en: <http://www.bapsc.org.uk/> (Consulta: 17-3-2014).

³²² Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, op. cit., p. 323.

vinculante carecen de mecanismos que garanticen la implementación eficaz de sus propósitos o la aplicación de sanciones en caso necesario. De este modo, por el momento, como bien indica M. Iglesias, los instrumentos de autorregulación pueden servir únicamente como medio complementario a las normas internacionales y las legislaciones nacionales correspondientes.

2.3.5. Legislación nacional en materia de actividades de las EMSP

La creación de mecanismos regulatorios para las EMSP a nivel estatal podría ser una perspectiva prometedora, teniendo en cuenta la falta de normas internacionales en la materia y el carácter no vinculante de las iniciativas de autorregulación. Pueden destacarse al menos tres opciones regulatorias a nivel nacional: la legislación, el régimen de licencias y autorización, y los contratos entre las EMSP con sus clientes.³²³

Pese a la creciente presencia del fenómeno de las EMSP, la mayoría de los Estados aún no ha elaborado ninguna normativa relativa a este mercado de seguridad privada. En gran parte de los casos la legislación nacional se limita, como máximo, a la prohibición de actividades mercenarias, incluidos el reclutamiento, entrenamiento y financiación de los mercenarios. Es el caso de países como, por ejemplo, Francia, Grecia, Italia, Nueva Zelandia, Rusia y Ucrania.³²⁴ En varios países existen normas que prohíben la inscripción de sus ciudadanos en las fuerzas armadas extranjeras, así como el reclutamiento para los ejércitos extranjeros entre los ciudadanos del Estado (Dinamarca, Países Bajos, Suiza). Además, en algunos países existen normas que abordan la prestación de servicios de seguridad a nivel doméstico y/o establecen el régimen de autorización previa para prestar este tipo de servicios. Sin embargo, estas normas no alcanzan la prestación de servicios militares y de seguridad fuera de las fronteras estatales o la contratación de las EMSP extranjeras. Así, por ejemplo, en España no existe ninguna norma jurídica que regule las actividades de las EMSP en el exterior del país. Aunque las Fuerzas Armadas españolas han contratado en ciertas ocasiones con las empresas privadas para proporcionar los servicios logísticos en sus misiones de paz en el extranjero³²⁵, según la normativa existente, se considera que las

³²³ *Ibíd.* p. 339.

³²⁴ Información disponible en: http://psm.du.edu/national_regulation/ (Consulta: 19-3-2014).

³²⁵ Iglesias, M.L., *La privatización de seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, op. cit., p. 204.

empresas de seguridad privadas constituyen un complemento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.³²⁶ Se establece un régimen de licencias, de modo que las empresas del sector están obligadas a inscribirse en el registro del Ministerio del Interior, mientras su personal debe disponer de una autorización administrativa para el desempeño de sus funciones. Ninguna norma legal específica regula la exportación de servicios militares y de seguridad por parte de las compañías españolas.³²⁷ Sin embargo, los representantes de la propia industria de la seguridad privada española consideran que la normativa existente no responde a las necesidades actuales, constatando que “todavía están pendientes de definir en nuestro país elementos normativos legales que proporcionen la cobertura, las reglas y los instrumentos necesarios para la correcta y eficaz prestación de este tipo de actividades en escenarios internacionales y en áreas de riesgo o de especial interés para nuestra nación”.³²⁸ En estas condiciones es lo habitual para las empresas e instituciones españolas que operan fuera del país de recurrir a las compañías extranjeras para “cubrir sus necesidades de inteligencia, seguridad y logística”.³²⁹

Los únicos Estados que cuentan con un marco regulador relativo a las actividades de las EMSP, que tengan su domicilio en el país u operan dentro de su territorio, son Estados Unidos y Sudáfrica. En ambos casos el alcance de la regulación está limitado a los servicios militares y los servicios relacionados a militares prestados a los clientes extranjeros. Por tanto, la legislación no cubre las situaciones de contratación de las EMSP por los propios Estados. No obstante, los modelos de regulación establecidos por estos Estados son los más completos por el momento y, por tanto, merecen atenta consideración.

En Sudáfrica las normas relativas a las actividades de las EMSP llevadas a cabo en el exterior del país se establecen básicamente en la Ley de Asistencia Militar Extranjera de 1998.³³⁰ La elaboración de esta ley fue la reacción ante el creciente número de las EMSP incorporadas en Sudáfrica y, a la vez, la respuesta a la presión de

³²⁶ Ver Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada.

³²⁷ Iglesias, M.L., *La privatización de seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, op. cit., p. 205.

³²⁸ Esteban, M.A., Jiménez, J., Librán, Á., “Un nuevo modelo de negocio en España: servicios integrados de inteligencia, seguridad y logística para la acción internacional”, *Inteligencia y Seguridad*, N6 (2009), p. 68.

³²⁹ *Ibíd.*

³³⁰ Publicado en *Government Gazette*, N 18912, de 20 de mayo de 1998. Disponible en: <http://www.gov.za/gazette/bills/1997/b54-97.pdf> (Consulta: 19-3-2014).

la comunidad internacional en relación con las actividades de ciertas EMSP, como Executive Outcomes, en el país.³³¹ La ley distingue entre el mercenarismo y la asistencia militar en los conflictos armados en el extranjero. Según la definición de la ley, los conflictos armados incluyen todos los conflictos armados entre las fuerzas armadas de los estados extranjeros, entre las fuerzas armadas extranjeras y los grupos disidentes armados u otro tipo de grupos armados, así como entre grupos armados. La ley prohíbe explícitamente el mercenarismo, definido como la participación directa en función de combatiente en conflicto con fines lucrativos, así como reclutamiento, entrenamiento o financiación de mercenarios. En cambio, la asistencia militar extranjera está permitida en base a determinadas condiciones. El contenido de asistencia militar extranjera se desarrolla a través de la enumeración de los tipos de actividades que se califiquen como tal asistencia, y que incluyen, entre otras, el asesoramiento y el entrenamiento militar, el apoyo financiero, logístico, los servicios de inteligencia y proporción de personal, así como el reclutamiento de personal, adquisición de equipamiento y los servicios de protección de personas involucradas en conflictos armados y de propiedades. La ley aspira a cubrir la mayor gama posible de actividades que las EMSP puedan desempeñar, de modo que no solo las formas tradicionales de asistencia militar estén sujetas a la regulación, sino también las actividades relacionadas indirectamente a las operaciones militares, como el apoyo logístico y médico. Asimismo, las disposiciones relativas a los sujetos que pueden prestar la asistencia militar extranjera y recibirla tienen un alcance muy amplio. La ley aborda la asistencia militar proporcionada a las fuerzas armadas regulares e irregulares, por todas las personas físicas que son nacionales o residentes permanentes del país, o que operan desde su territorio, así como todas las personas jurídicas domiciliadas o incorporadas en Sudáfrica. La ley, también, contiene las disposiciones en relación con la aplicación extraterritorial de sus normas.

Según la ley sudafricana, se establece el régimen de licencias de dos pasos. Inicialmente se requiere una licencia para ofrecer los servicios militares y de seguridad. Una vez que se obtenga esta licencia, se requiere una autorización para desempeñar las actividades determinadas antes de firmar el contrato con los clientes. El comité que se encarga de la examinación de las solicitudes puede imponer obligaciones adicionales a

³³¹ Schneiker, A., "National regulatory regimes for PMSCs and their activities: benefits and shortcomings", en Jager, T., Kummel, G. (Eds.), *Private military and security companies: chances, problems, and pitfalls*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, p. 411.

la compañía solicitante a la vez que conceder la licencia, así como revocar la licencia en cualquier momento. Se prevé que las decisiones de concesión de licencias se ajusten a los principios del derecho internacional, el respeto de los derechos humanos y de los intereses nacionales.

Pese al amplio alcance de las disposiciones de la ley, todavía quedan huecos legales. Así, la ley no cubre la proporción de asistencia militar fuera del contexto de conflicto armado y de intentos de derrocar a un gobierno o socavar el orden constitucional, la soberanía y la integridad territorial.³³² Como bien indica Y. Sandoz, no queda claro qué pasará en caso de agravación de disturbios internos hasta llegar a un conflicto armado.³³³ ¿Tendrá que solicitar la licencia la empresa que ya estaba operando en la zona del conflicto antes de que fuese producido?

Otra crítica está relacionada con los criterios de concesión de licencia “ambiguos y subjetivos”,³³⁴ de modo que la decisión queda a la discreción de las autoridades competentes. Además, la concesión de esta facultad al poder ejecutivo conlleva el riesgo de subvertir la posibilidad del control parlamentario.³³⁵ Por otro lado, el requerimiento de la aprobación de cada contrato individualmente prácticamente equivaldría a una autorización oficial, lo cual traslata hasta cierto punto la responsabilidad al gobierno sudafricano por las actuaciones de las EMSP que han recibido la licencia y, por tanto, les permite eludir el control establecido por la regulación internacional.³³⁶

La aplicación práctica de la Ley también ha sido controvertida, demostrando las dificultades de su ejecución. Así, varias compañías sudafricanas proporcionaban sus servicios de seguridad en Irak sin recibir la autorización.³³⁷ Al mismo tiempo, hubo pocos casos de persecución bajo los auspicios de esta ley. Parece que el gobierno no ha sido capaz de proporcionar la supervisión y ejecución de la regulación adecuada debido a la falta de recursos y/o voluntad.

³³² Art. 1(iii)(c) de la Ley de Asistencia Militar Extranjera.

³³³ Sandoz, Y., “Private security and international law”, en Peggy, M., Cilliers, J. (Eds.), *Peace, profit or plunder? The privatisation of security in war-torn african societies*, op. cit., p. 216.

³³⁴ Schreier, F., Caparini, M., *Privatising security: law, practice and governance of private military and security companies*, DCAF, Geneva, 2004, p. 107.

³³⁵ Singer, P.W., “War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, N 2(2004), p. 539.

³³⁶ Schreier, F., Caparini, M., *Privatising security: law, practice and governance of private military and security companies*, op.cit., p. 108.

³³⁷ *Ibíd.*

En un intento de superar las deficiencias de la ley de 1998, la nueva iniciativa legislativa fue tramitada en 2007 (*Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill*). La nueva acta introduce algunos cambios importantes designados a prohibir el mercenariado; regular el alistamiento de nacionales sudafricanos o residentes permanentes del país en las fuerzas armadas extranjeras; reglamentar la provisión de ayuda humanitaria en los territorios en conflicto armado; otorgar la jurisdicción extraterritorial a los tribunales de justicia con respecto a los delitos relacionados con las actividades mercenarias o prestación de servicios militares y de seguridad.³³⁸

La nueva acta amplía la lista de servicios sujetos a la regulación, la definición de conflicto armado y el alcance de la jurisdicción extraterritorial. Se requiere la autorización previa, incluso, de la provisión de asistencia humanitaria y la inscripción de las agencias sudafricanas de ayuda humanitaria en el registro oficial. Las disposiciones de la nueva legislación no están exentas de controversia.³³⁹ Las definiciones de conflicto armado y de mercenariado se amplían bastante en comparación con las definiciones de los instrumentos internacionales. Por otro lado, no se define el contenido de “ayuda humanitaria”, lo cual dificultaría la distinción entre las organizaciones que proporcionan este tipo de servicios y las agencias de otro tipo. Las actividades de las EMSP resultan tan restringidas que, incluso, las operaciones legítimas podrían estar comprendidas en la prohibición. La nueva ley ha sido aprobada por el Parlamento pero todavía no está operativa, lo cual manifiesta la existencia de importantes obstáculos para su implementación.

Otro país que cuenta con una amplia legislación respecto a las actividades de las EMSP es Estados Unidos, el mayor Estado contratante y de origen de las EMSP. La regulación de las actividades de las EMSP se realiza a través del sistema de control de

³³⁸ Ver Memorandum on the objects of the Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill, 2005. Publicado en *Government Gazette*, N 28163, de 24 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.cetim.ch/fr/documents/afriquedusud-loi42-ang.pdf> (Consulta: 201-3-2014).

³³⁹ Abrhams, D., “Brief legal commentary on PMSCs in South Africa”. Disponible en: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/africa/south_africa/south_africa_legal_commentary_by_david_abrhams_2008-english.pdf (Consulta: 21-3-2014).

exportación de armas. La ley primordial en este esquema es la Regulación del Tráfico de Armas Internacional de 1998³⁴⁰.

La ley regula la exportación de artículos de defensa, así como los servicios defensivos, entendidos como la provisión de asistencia a personas extranjeras en Estados Unidos o en el exterior del país en operaciones relacionadas a los artículos de defensa; la provisión de datos técnicos controlados a personas extranjeras; el asesoramiento y el entrenamiento militar de unidades y fuerzas compuestas por las personas extranjeras en Estados Unidos o en el exterior. De este modo, aunque la normativa regula solo los servicios proporcionados a los clientes extranjeros, alcanza tanto las actividades llevadas a cabo en el territorio del país, como en su exterior. Al mismo tiempo, los servicios contratados por el gobierno estadounidense no están bajo la regulación de la ley. Igual que en Sudáfrica, se establece un sistema de licencias de dos pasos – la inscripción en el registro para las personas físicas y jurídicas que tienen intención de ofrecer los servicios defensivos y la autorización previa al firmar un contrato. Cada solicitud está examinada por diferentes oficinas gubernamentales excepto dos casos. Los contratos con los miembros de la OTAN, normalmente, no requieren de autorización previa, mientras se deniegan los contratos con los Estados que se encuentren bajo el embargo de la ONU o de EE.UU.

Aunque las provisiones de la ley son bastante completas, éstas no están libres de algunas deficiencias. El proceso de concesión de licencias es complicado y opaco. Las oficinas del Departamento de Defensa cambian de un contrato a otro, de modo que ni las empresas ni los observadores independientes tienen claro como proceden con el trámite.³⁴¹ Las posibilidades de control parlamentario son limitadas, dado que el Departamento de Defensa tiene que informar al Congreso solo de los contratos que excedan los 50 millones de dólares. No obstante, la mayoría de los contratos no excede este importe, ya que los servicios contratados pueden repartirse entre varios contratos o pueden ser subcontratados.³⁴² Una vez que se conceda la licencia, no está previsto

³⁴⁰ International Traffic in Arms Regulations 22 CFR 120-130. Disponible en: http://www.pmdtc.state.gov/regulations_laws/itar.html (Consulta: 21-03-2014).

³⁴¹ Avant, D., "Privatizing military training", *Foreign Policy in Focus*, Vol. 7, N 6 (2002).

³⁴² Schneiker, A., "National regulatory regimes for PMSCs and their activities: benefits and shortcomings", *op. cit.*, p. 414.

ningún mecanismo de supervisión o presentación de informes sobre la observación de condiciones de autorización.³⁴³

Además, las EMSP pueden ofrecer sus servicios a través del Programa de Ventas Militares al Extranjero (*Foreign Military Sales*) que permite proporcionar los servicios defensivos y entrenamiento militar a los socios internacionales del gobierno estadounidense y a las organizaciones internacionales.³⁴⁴ En este caso no se requiere la autorización previa, ya que las EMSP no son contratadas directamente por clientes extranjeros.

Además de actos normativos en materia de contratación de las EMSP, existen varios instrumentos legales que permiten perseguir las actuaciones ilícitas de los contratistas privados, cuando éstos acompañan a las fuerzas militares estadounidenses, en situaciones de conflicto armado o en operaciones militares de gestión de crisis. Entre estos instrumentos cabe destacar El Acta de Reclamaciones por Agravios (*Alien Tort Claims Act*), el Acta de la Jurisdicción Extraterritorial Militar (*Military Extraterritorial Jurisdiction Act*) y el Código de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice*).

El primero de estos documentos permite a los tribunales estadounidenses ejercer su jurisdicción sobre personas extranjeras en caso de violaciones de leyes federales o acuerdos internacionales firmados por Estados Unidos. Por otro lado, esta ley permite a los nacionales de países distintos de Estados Unidos realizar demandas civiles en tribunales estadounidenses en caso de violación de normas internacionales. Este es, por ejemplo, el caso de *Al Quirashi et al. v. Nakhla et al.* planteado por los ciudadanos iraquíes en relación con las torturas en la cárcel de Abu-Ghraib en 2004 por los empleados de la compañía estadounidense, que ha sido admitido a trámite en el tribunal de Maryland.

El Acta de Jurisdicción Extraterritorial Militar permite enjuiciar a las personas civiles empleadas por las fuerzas armadas estadounidenses o que acompañan el ejército norteamericano al exterior del país, siempre y cuando la conducta ilícita tenga lugar bajo la jurisdicción marítima o territorial de Estados Unidos y pueda ser castigada por un más de un año de prisión.

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ Información disponible en: <http://www.acquisition.gov/far/current/pdf/FAR.pdf> (Consulta: 21-3-2014).

Por último, el Código de Justicia Militar permite encausar a los empleados civiles y el personal contratado por el Departamento de Defensa y otras personas que presten servicios o acompañen a las fuerzas militares estadounidenses en el exterior en tiempo de guerra o durante las operaciones de contingencia. Sin embargo, el ejercicio de jurisdicción militar sobre las personas que no sean miembros de las fuerzas armadas tiene un carácter más bien extraordinario. Como se aclara en la instrucción para la implementación del Código, es importante que el ejercicio de jurisdicción sobre personas civiles se base en la necesidad militar y que las circunstancias favorezcan los intereses de la justicia.³⁴⁵ Estas circunstancias incluyen aquellas situaciones donde la jurisdicción federal criminal de Estados Unidos no puede ser aplicada o la conducta indebida sea adversa al interés militar considerable.³⁴⁶

De este modo, los últimos dos documentos tienen un ámbito de aplicación limitado. Además, pese a la amplia gama de legislación aplicable a los empleados de las EMSP, en muy pocas ocasiones los cargos presentados contra los contratistas privados han acabado en condenas. Casi ninguno de éstos trataba de los crímenes de violencia contra la población local, pese a los numerosos informes del uso ilegítimo de la fuerza y la conducta violenta del personal de las EMSP contratadas por el gobierno estadounidense en el extranjero.³⁴⁷

Por esta razón los congresistas estadounidenses se han ocupado de una amplia reforma legislativa en relación con las actividades de las EMSP. Las nuevas propuestas prevén una regulación sobre la selección, entrenamiento y equipamiento del personal de las EMSP contratadas por el gobierno, la aclaración del concepto de “funciones inherentes al gobierno” que no están permitidas para la contratación externa, así como los mecanismos adicionales de supervisión y transparencia, y la ampliación de jurisdicción militar sobre los contratistas.

La práctica de la regulación de las EMSP a nivel nacional manifiesta que existen ciertos problemas fundamentales que obstaculizan su cumplimiento y aplicación efectiva. La legislación nacional está destinada principalmente a reglamentar la

³⁴⁵ Memorandum for secretaries of the military departments chairman of the joint chiefs of staff under secretaries of defense commanders of the combatant commands. Secretary of Defense, de 10 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/hrsp/docs/03-10-08dod-ucmj.pdf> (Consulta: 22-03-2014).

³⁴⁶ *Ibíd.*

³⁴⁷ Laningan, K., “Legal regulation of PMSCs in the United States: the gap between law and practice”, *Sicherheit und Frieden*, 2008, p.7.

contratación de las EMSP con los clientes extranjeros con muy poca atención a la contratación de las EMSP por el propio gobierno u organizaciones internacionales. Además, la regulación existente prácticamente no se refiere a la cuestión de obligaciones jurídicas de las EMSP o de su personal. Aunque los instrumentos jurídicos nacionales establezcan un régimen de licencias y mecanismos de supervisión, las EMSP pueden eludir los retos legales registrando su domicilio en otros países con una legislación más favorable o creando filiales en países terceros. Por otro lado, el desarrollo de actividades de las EMSP fuera del país de su domicilio requiere la creación de mecanismos de control extraterritorial efectivos y de instrumentos legales que permitan ejercer la jurisdicción extraterritorial en diferentes contextos. En este sentido, los contratos entre entidades gubernamentales y las EMSP podrían ser una herramienta regulatoria muy útil, con capacidad de promoción de valores públicos y del respeto de las normas internacionales.³⁴⁸ El alcance de las disposiciones contractuales va más allá de las fronteras de cualquier Estado y son aplicables dondequiera que los contratistas desempeñen sus actividades.³⁴⁹

L. Dickinson propone varias prácticas contractuales que pueden ser utilizadas en relación con las EMSP, entre las cuales están, la incorporación de estándares del derecho público en los términos contractuales; la exigencia de entrenamiento obligatorio de contratistas privadas; reforzamiento de la supervisión de observancia de condiciones contractuales tanto por las autoridades gubernamentales, como por terceras partes; la acreditación del personal de las EMSP por las organizaciones independientes; clara determinación de parámetros de desempeño de funciones; la autoevaluación obligatoria por parte de las EMSP; reforzamiento de cláusulas de rescisión de contratos; la participación de beneficiarios de contratos en la elaboración de sus provisiones; fortalecimiento de mecanismos de ejecución.³⁵⁰ De este modo, los Estados que contratan a las EMSP pueden utilizar los contratos para imponer la obligación a las entidades privadas de cumplir con las normas del derecho internacional humanitario y respetar los derechos humanos y otros estándares de conducta.³⁵¹ La aplicación de estas prácticas podría contribuir a reforzar el respeto de los derechos humanos y la

³⁴⁸ Dickinson, L.T., "Public law values in a privatized world", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 31 (2006), p. 401.

³⁴⁹ Richemond-Barak, D., "Regulating war: a taxonomy in global administrative law", *op.cit.*, p. 1048.

³⁵⁰ Dickinson, L.T. "Public law values in a privatized world", *op.cit.*, p. 402.

³⁵¹ Richemond-Barak, D., "Regulating war: a taxonomy in global administrative law", *op. cit.*, p. 1047.

observancia del derecho internacional humanitario, así como asegurar la transparencia y responsabilidad democrática.

Como puede verse, en los últimos años se han emprendido esfuerzos significativos para reforzar la regulación pertinente a las EMSP y su personal a todos los niveles – internacional, regional, nacional, sectorial y empresarial. No obstante, estos esfuerzos dieron lugar a un marco regulador caótico y descentralizado. Las iniciativas no vinculantes y los instrumentos de autorregulación manifiestan la conciencia de la comunidad internacional y de propias empresas sobre la importancia de la cuestión, el reconocimiento de la necesidad de asegurar la transparencia y supervisión de las actividades de las EMSP. Estos instrumentos pueden ser un primer paso en el camino de futuro desarrollo de regulación del sector que incentive a los Estados a tomar medidas pertinentes a nivel local. Sin embargo, en ausencia de un acuerdo internacional vinculante, la legislación nacional en la materia es escasa, varía considerablemente entre diferentes Estados y todavía no dispone de mecanismos efectivos de ejecución y supervisión extraterritorial. Aunque, como insisten los defensores del derecho administrativo global, este esquema de regulación fomenta la colaboración, el aprendizaje mutuo y armonización³⁵², el marco regulador actual ni proporciona la vinculación de las EMSP por las normas internacionales, ni asegura una rendición de cuentas efectiva.

2.4. Relevancia del Derecho Internacional Humanitario para el personal de las EMSP

Sin embargo, las EMSP no son sólo entidades abstractas, sino también presentan la suma de los individuos que las conforman.³⁵³ Por tanto, otro modo de imponer las obligaciones jurídicas, es su directa aplicación al personal de las EMSP. Hoy en día está universalmente reconocido que las obligaciones establecidas por las disposiciones del DIH vinculan a todos los individuos en las situaciones de conflicto armado, de modo

³⁵² Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R.B., Wiener, J.B., “Foreworld: global governance as administration – national and transnational approaches to global administrative law”, *op.cit.*, p. 4.

³⁵³ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, *op. cit.*, p. 350.

que todas las personas que cometan actos contrarios a estas normas están sujetas a la responsabilidad.³⁵⁴

Aunque los Estados son los destinatarios principales del DIH, su efecto vinculante para los individuos se fundamenta en dos factores: el principio de efectividad respaldado por la represión de las violaciones del DIH y la obligación de los Estados de difundir sus normas.³⁵⁵

La naturaleza del DIH, cuyo fin principal es el de humanizar los conflictos armados, “limitar sus efectos a lo estrictamente necesario”³⁵⁶ y “proteger la dignidad e integridad de las personas”³⁵⁷, implica el deber de respetar sus normas por todas las personas involucradas en los enfrentamientos armados. En caso contrario, el DIH sería un conjunto de normas declaratorias. En confirmación de esta afirmación, el Protocolo I estipula explícitamente que “todos los combatientes están obligados a observar las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados”³⁵⁸, mientras el Convenio de Ginebra I se refiere al deber de la población civil de respetar a los heridos y enfermos y abstenerse de todo acto de violencia contra ellos³⁵⁹. La represión de las violaciones del DIH manifiesta un carácter vinculante de estas normas para los individuos.³⁶⁰ El principio de la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra es una antigua norma del derecho internacional consuetudinario que se ha reflejado en los tratados de derecho internacional humanitario.³⁶¹ Los juicios celebrados en virtud de los estatutos de los tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokyo, así como del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se basan en este principio.³⁶²

Por otro lado, el deber de los Estados de difundir el contenido de las normas del DIH “lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra...y

³⁵⁴ O’Connell, M.E., “Binding effect of international law for the soldier” en Fleck, D. (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (3ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 135.

³⁵⁵ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, op. cit., p. 352.

³⁵⁶ Salmón, E., *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 23.

³⁵⁷ *Ibíd.*

³⁵⁸ Protocolo Adicional I. Art. 44(2).

³⁵⁹ Convenio de Ginebra (I). Art. 18.

³⁶⁰ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, op. cit., p. 354.

³⁶¹ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Vol. I: Normas. Trad. en castellano Serrano García, M., CICR, Buenos Aires, 2007, p. 623.

³⁶² *Ibíd.*

especialmente a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil”³⁶³ también indica el carácter vinculante del DIH para todos los individuos.³⁶⁴

De este modo, el DIH proporciona una regulación sustancial de las actividades de las EMSP en situaciones de conflicto armado. Sin embargo, su aplicación se complica por el modo en que operan las EMSP. Estas compañías desempeñan una amplia variedad de funciones y pueden ser contratadas tanto por los gobiernos, como por las organizaciones humanitarias y las entidades comerciales, lo cual complica la determinación de su papel en el contexto de conflicto armado. Mientras tanto, la aplicación del DIH depende del estatuto legal de una persona bajo sus normas. Al final, la posición jurídica determina el alcance de obligaciones y derechos individuales, así como la atribución de responsabilidad por las infracciones de las normas pertinentes al Estado y a los individuos. Por tanto, la determinación del estatuto jurídico del personal de las EMSP es crucial para la aplicación adecuada de normas del DIH.

CAPÍTULO 3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS BAJO LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

3.1. La definición de las empresas militares y de seguridad privadas

Los dos documentos mencionados, el Documento de Montreux y el Proyecto de la Convención sobre las EMSP, proporcionan una definición de las EMSP. Según el Documento de Montreux, las EMSP son “entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad”³⁶⁵, y los miembros del personal de estas empresas son “las personas empleadas directamente o a través de subcontratos, por una EMSP, incluidos sus empleados y su personal directivo”³⁶⁶. Además, se acentúa la irrelevancia

³⁶³ Convenio de Ginebra (I). Art. 47.

³⁶⁴ Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, op. cit., p. 364.

³⁶⁵ Documento de Montreux, Art. 9(A).

³⁶⁶ *Ibíd.* Art. 9(B).

de denominación o descripción de una empresa de sí misma para que se considere una EMSP, si en la práctica presta servicios que caen en dicha categoría. A su vez, el Proyecto la define como “la entidad empresarial que preste servicios militares y/o de seguridad remunerados por medios de personas físicas y/o jurídicas”³⁶⁷. De este modo, en la definición del Proyecto se precisa un elemento más – la remuneración recibida por los servicios prestados, una condición que aproxima las EMSP a los mercenarios. Parece que los elaboradores del Documento de Montreux omitieron la referencia a la remuneración con la intención de distanciarse del enfoque del Grupo del Trabajo de la ONU, que tiende a enfatizar la semejanza entre los mercenarios y las EMSP. De todas formas, ambas definiciones enfatizan que el objeto de las actividades de las EMSP es la prestación de servicios militares y/o de seguridad. Luego, los dos documentos adoptan un enfoque funcional para concretizar la definición general, proporcionando una lista de los posibles servicios que caen en las categorías de servicios militares y de seguridad.

El Documento de Montreux no hace ninguna distinción entre los servicios militares y los servicios de seguridad, ofreciendo simplemente una enumeración no exhaustiva de las funciones que pueden desempeñar las EMSP: “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”³⁶⁸.

Al contrario, el Proyecto separa los servicios militares (“los servicios especializados vinculados con actividades militares como planificación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento terrestre, marítimo o aéreo, vuelos de todo tipo, tripulados o no tripulados, vigilancia por satélite, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, apoyo material y técnico a las fuerzas armadas”³⁶⁹ y servicios de seguridad (“la guardia y protección armadas de edificios, instalaciones, propiedades y personas, cualquier tipo de transferencia de conocimientos en los ámbitos de la seguridad y la policía, el desarrollo y la aplicación de medidas de seguridad de la información”³⁷⁰). El Proyecto tampoco ofrece una enumeración exhaustiva de las posibles funciones de las EMSP señalando que los servicios indicados pueden incluir “otras actividades conexas”.

³⁶⁷ Proyecto de la Convención sobre las EMSP, Art. 2(A).

³⁶⁸ Documento de Montreux, Art. 9(A).

³⁶⁹ Proyecto de la Convención sobre las EMSP, Art. 2(B).

³⁷⁰ *Ibíd.*

Como se destaca de estas listas, algunas de las actividades indicadas implican la proximidad al combate y la realización de tareas estrechamente relacionadas al combate, la necesidad de llevar armas y disponer de alto nivel de entrenamiento militar. Algunas de estas actividades podrían caer en la categoría de la participación directa en las hostilidades y de funciones inherentemente gubernamentales. Sin embargo, ninguno de los documentos aclara el contenido de los conceptos debatidos como la “participación directa en las hostilidades” y tampoco aclara la deferencia entre los “servicios ofensivos” y “servicios defensivos”, conceptos clave para determinar el estatuto jurídico del personal de las EMSP en un conflicto armado.³⁷¹ Desafortunadamente, ambos documentos evitan la cuestión de la posición legal de los empleados de las EMSP refiriéndose, en general, a la obligación de las EMSP de “respetar el derecho internacional humanitario o las normas de derechos humanos que les impone el derecho nacional aplicable”³⁷². No obstante, es una cuestión esencial, porque, como bien indica L. Cameron, hasta que no se entienda y acepte el estatuto jurídico de las EMSP, no se podrán establecer regulaciones eficaces.³⁷³ Para empezar, será necesario referirse a las normas existentes del derecho internacional humanitario para intentar aclarar la posición legal del personal de las EMSP.

En primer lugar, es importante indicar que el derecho internacional humanitario no contiene ningunas referencias directas a las empresas militares y de seguridad privadas, lo que explica la existencia del debate y la variedad de opiniones sobre el tema. La primera analogía que surge en relación con las EMSP es la de los mercenarios, ya que los dos son actores militares que actúan principalmente por una motivación pecuniaria.

3.2. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como mercenarios

La figura de mercenario no es nada nueva en la historia de la guerra. La institución del mercenariado se remonta a la antigüedad y sigue existiendo hasta nuestros días. Aunque durante siglos “los soldados de fortuna” formaban parte de una

³⁷¹ Pozo Serrano, M.P., “El Derecho Internacional Humanitario ante las empresas militares y de seguridad privadas: aportaciones y límites del Documento de Montreux”, en Ramón Chornet, C. (Coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, op. cit., p. 87

³⁷² Documento de Montreux, Art. 22.

³⁷³ 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, N 863 (2006), p. 575

realidad ampliamente aceptada, podemos encontrar numerosos ejemplos históricos de una conducta de los mercenarios éticamente reprobable y descontrolada, que causaba aversión moral profunda y miedo hacia estos actores.³⁷⁴ La amenaza que presentaban los mercenarios para la capacidad de otros actores, sobre todo, los Estados soberanos, de controlar el uso de la fuerza, dio cierto impulso a la transición hacia el uso de los ejércitos de ciudadanos. En principio, esta transición se manifestó en un intento de someter el mercenariado a control. Pero ya desde el siglo XIX en Europa se fortalece la desaprobación de este fenómeno por razones morales. En la sociedad postrevolucionaria, con el desarrollo de las naciones soberanas, se transforman las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Existe la convicción cada vez más firme de que únicamente el Estado debe disponer del control del uso de la fuerza y sólo sus ciudadanos deben ejercer este poder como miembros de ejércitos nacionales. El uso de los combatientes extranjeros hubiese socavado las ideas de la identidad nacional y la voluntad de ciudadanos de luchar y morir por una “causa justa”, por la gloria de su patria.³⁷⁵ De este modo, los Estados Europeos optaron conscientemente por los ejércitos de ciudadanos.

Los mercenarios prácticamente desaparecen del ámbito internacional hasta los años 1960, cuando el fenómeno de mercenariado reaparece a gran escala en las guerras civiles en África, sobre todo en Congo. La participación de mercenarios en los conflictos africanos y su papel destructivo atraen inmediatamente la atención de la comunidad internacional y se convierte en un problema urgente a resolver.

Sin duda, la desaprobación moral de mercenariado, anclada en la consciencia pública, jugó su papel en la condenación consiguiente de la utilización de mercenarios por la comunidad internacional. Las Naciones Unidas demandan a los Estados que impidan el reclutamiento de mercenarios o que soliciten su retirada de los territorios en cuestión.³⁷⁶ Se emprenden los primeros intentos de regular la cuestión a nivel internacional.

La primera definición de mercenario a nivel del derecho internacional humanitario se encuentra en el Protocolo Adicional I. Cabe mencionar, que a pesar de la fuerte preocupación por los problemas causados por las actividades de los mercenarios,

³⁷⁴ Percy, S., *Mercenaries: The history of a norm in international relations*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 8.

³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 165.

³⁷⁶ Espaliú Berdud, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho Internacional*, Thomson, Madrid, 2007, p. 40.

el proyecto inicial del Protocolo, presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, no contenía ninguna referencia relativa a los mercenarios. Esto significa que los mercenarios se trataban según las condiciones previstas por el Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949 y el Protocolo adicional para el tratamiento de cualquier categoría de combatientes y de prisioneros de guerra en caso de cumplir los criterios establecidos.³⁷⁷ De tal forma, no se pretendía discriminar a los mercenarios de ningún modo en relación a la protección proporcionada por las normas del derecho internacional humanitario, ya que por la propia naturaleza de este sector de derecho internacional no cabe hacer distinciones en base a los motivos personales para la participación en un conflicto armado.³⁷⁸ Sin embargo, las delegaciones de los países que participaban en la Conferencia insistieron en la inclusión especial de las provisiones relativas a los mercenarios, considerando, sobre todo, la naturaleza vergonzosa de las actividades de éstos, aunque tal disposición fuese incompatible con el resto del Protocolo y socavara la idea de la aplicación universal del derecho internacional humanitario en todos los escenarios de la guerra.³⁷⁹

Aunque la mayoría de los Estados expresó su acuerdo con la necesidad de una referencia especial a los mercenarios en el derecho internacional humanitario, no hubo acuerdo acerca de las características principales que debían estar incluidas en la definición ni acerca de las actividades que debían estar prohibidas. El resultado de este debate fue una definición muy compleja y difícilmente aplicable en la práctica.

Según el Art. 47 del Protocolo Adicional I, se entiende por mercenario toda persona:

- a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;

³⁷⁷ Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 573.

³⁷⁸ *Ibíd.*

³⁷⁹ *Ibíd.*

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 el conflicto.

La propia definición es bastante problemática, ya que contiene varios agujeros legales, lo cual dio lugar a severas críticas de esta disposición. Además, los criterios establecidos en el artículo son de carácter cumulativo. Algunos autores, incluso, insisten en que ciertos requisitos de la definición son escapatorias dejadas intencionadamente, para que los Estados pudiesen asegurar la protección contra los ataques de los mercenarios y, al mismo tiempo, preservar la opción de contratar a éstos por sus propios intereses.³⁸⁰ Aunque sea una afirmación discutible, es verdad que algunos de los requisitos del art. 47 son difíciles de probar, mientras que otros son fáciles de evadir. Así, bastará con incorporar las fuerzas privadas en las fuerzas armadas regulares del Estado para que no sean calificados como mercenarios. Por otro lado, los requisitos de no ser enviado en misión oficial por un Estado que no es parte en el conflicto y de tomar parte directa en las hostilidades dejan abierta la posibilidad de utilizar las fuerzas privadas para el entrenamiento o el asesoramiento militar.

Otro requisito relativo a la motivación pecuniaria, que muchos consideran como el rasgo más indicativo y esencial de los mercenarios, es, al mismo tiempo, el criterio más polémico.³⁸¹ Como se señala en el informe de Diplock, presentado en respuesta a la investigación ante el parlamento sobre los mercenarios británicos en Angola, los motivos personales pueden variar significativamente desde el puro deseo de obtener el provecho material acompañado por la indiferencia absoluta a los motivos de la parte en conflicto hasta la convicción consciente en la causa justa de la parte a la que una persona presta sus servicios. En casi todos los casos los motivos que inducen a una persona a servir de mercenario estarían mezclados, y ni uno de ellos podrá ser definido como el motivo dominante hasta tal grado como para constituir una prueba decisiva.³⁸² Además, puede ser bastante difícil para un Estado demostrar que una persona recibe una

³⁸⁰ Cassese, A., "Mercenaries: lawful combatants or war criminals", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 40, N 1(1980), p. 11.

³⁸¹ Fallah, K., "Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict", *International review of the Red Cross*, Vol. 88, N 863 (2006), p. 605.

³⁸² Diplock Committee. Report of the Committee of Private Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries (Cmnd. 6569, 1976). párr. 6. Disponible en: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/europe/united_kingdom/united_kingdom_diplock_report_1976.pdf (Consulta: 11-11-2013).

remuneración por sus prestaciones militares si los pagos se realizan a través de una cuenta bancaria de un tercer país.³⁸³

S. Percy insiste en que, aunque el enfoque de la norma en la motivación la convierte en una norma inviable, tal requisito enfatiza la desaprobación de participación en un conflicto armado motivada por el ánimo de lucro y el hecho de que la motivación inapropiada es lo que caracteriza un mercenario en primer lugar.³⁸⁴

Aunque la definición de la EMSP propuesta en el Proyecto de la Convención sobre las EMSP estipula directamente el criterio de prestación de servicios militares y de seguridad a cambio de remuneración, sería prácticamente imposible reunir todas las condiciones de carácter cumulativo previstas por el art. 47 del Protocolo para que un contratista de una EMSP pueda ser calificado de mercenario. Las dificultades antedichas serían perfectamente aplicables en el caso de las EMSP.

En cuanto a otros criterios del Protocolo, el punto “a” de la definición requiere que una persona haya sido especialmente reclutada a fin de combatir en un conflicto armado. Entonces, si un contrato estipula directamente que una EMSP ha sido contratada por la parte en un conflicto para realizar tareas distintas de las meras funciones de combate, como, por ejemplo, la protección de personas o de instalaciones militares, su personal no podrá ser calificado de mercenarios aunque hayan sido contratados para un conflicto armado particular y se encuentren en la proximidad estrecha con el campo de batalla.

Incluso si un contrato incluye la condición de realización de funciones de combate, el miembro de una EMSP tiene que estar involucrado realmente en los enfrentamientos directos para cumplir con el criterio previsto en el punto “b” (participación directa en las hostilidades).

Como ya ha sido indicado, el criterio de motivación pecuniaria también es problemático. Además, según la disposición normativa, la retribución material debe ser considerablemente superior a la de los combatientes de grado y funciones similares de las fuerzas armadas regulares de la parte en conflicto. Considerando que las EMSP

³⁸³ Espaliú Berdud, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho Internacional*, op. cit., p. 48

³⁸⁴ Percy, S., *Mercenaries: The history of a norm in international relations*, op. cit., p. 179.

suelen posicionar sus servicios como altamente calificados y profesionales, tampoco sería fácil realizar la comparación de los costes.³⁸⁵

El criterio indicado en el punto “d”, no ser nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto, sería más probable en relación con el personal de las EMSP, ya que suelen contratar a sus miembros de diferentes países. Aun así, en muchos casos contratan, también, entre la población local.

De tal modo, serían únicos los casos donde los contratistas de las EMSP pudiesen ser calificados como mercenarios. Y, de todas formas, no se debe olvidar que el Protocolo I tiene un ámbito de aplicación limitado. Sus disposiciones están diseñadas exclusivamente para los conflictos armados. Además, debido al carácter especial del derecho internacional humanitario, el Protocolo adicional no se ocupa de la legalidad de las actividades de los mercenarios, ni establece la responsabilidad de los que participan en este tipo de actividades, sino que les priva de los privilegios de combatientes y, por consecuencia, de prisioneros de guerra. Mientras que los combatientes que forman parte de las fuerzas armadas regulares de la parte en un conflicto internacional gozan de una protección especial, si son capturados, los mercenarios, en cambio, no tendrán este derecho y pueden ser juzgados y condenados por todos los actos bélicos. En todo caso, todas las personas se benefician, como mínimo, de ciertas garantías fundamentales, como un trato humano y no discriminatorio.

Los documentos internacionales que sí que criminalizan el mercenariado por sí mismo son el Convenio de la Organización por la Unidad Africana del 1977 sobre la eliminación del mercenariado en África y el Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios, que entró en vigor en 2001.

La Convención de la OUA prohíbe el mercenariado y lo considera un delito contra la paz y la seguridad que puede ser cometido por una persona, grupo, asociación, Estado o representante de un Estado. En cuanto a la definición, esta Convención no aporta nada nuevo en comparación con el Protocolo Adicional I.

En cambio, el Convenio Internacional, que constituye un instrumento vinculante del derecho internacional, amplía la definición para abarcar situaciones distintas de los

³⁸⁵ Sceimer, 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”, *American University International Law Review*, Vol. 24, N 3 (2009), p. 627.

conflictos armados. Según la definición ampliada del art. 1(2) del Convenio, se entenderá también por “mercenario” toda persona:

- a) que haya sido especialmente reclutado, 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.

Además de participación directa en las actividades de los mercenarios, el Convenio penaliza también el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de personas que caen en la categoría de mercenarios tal y como están definidos en el mismo Convenio.

Como podemos ver, la segunda definición del Convenio cubre las situaciones distintas de un conflicto armado internacional y puede ser aplicada también a los conflictos civiles y a los conflictos armados internos. Además, esta definición baja el umbral en cuanto a la remuneración, ya que no requiere que la retribución material sea superior a la de los combatientes regulares de grado y funciones similares.

De este modo, la definición más amplia del Convenio Internacional podría ser aplicada a los miembros de las EMSP, que a menudo proporcionan sus servicios en los Estados atormentados por los conflictos internos agravados, pero siempre y cuando haya pruebas de su reclutamiento con el fin de derrocar a un gobierno, socavar el orden constitucional o socavar la integridad territorial de un Estado. Esta última condición junto con la dificultad que supone probar la motivación pecuniaria hace que la definición del Convenio, igual que la definición del Protocolo Adicional I, quede

aplicable a situaciones muy limitadas. Lo que es más, el Convenio no tuvo mucho éxito y muy pocos países lo han ratificado hasta el momento.

Puesto que las definiciones de los mercenarios contenidas en los documentos internacionales resultan prácticamente inaplicables, algunos pueden estimar que el debate sobre las EMSP como mercenarios tiene un carácter más bien académico que cualquier utilidad práctica. Sin embargo, tampoco se puede desestimar el impacto que tuvo la normativa relativa a los mercenarios sobre las actividades de las EMSP y la actitud pública hacia estos actores del escenario bélico contemporáneo. Hay que considerar que, aunque, al principio, el fenómeno de los mercenarios atrajo la atención de la comunidad internacional en el contexto de descolonización, de las repercusiones sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación, la igualdad soberana y la independencia política de los Estados, en el periodo posterior el debate ha tomado una dirección más general. El mismo Protocolo Adicional I intenta incluir en su definición todos los tipos de mercenarios, no solo aquellos, cuyas actividades amenazan a la libre determinación y la independencia. El mercenariado percibe, en general, como un fenómeno peligroso e indeseable porque existe una profunda preocupación por sus intereses egoístas y motivos económicos, y por la amenaza que presentan al control del Estado sobre el uso de la fuerza. Con esta consideración podemos establecer ciertas analogías con el caso de las EMSP. Se puede suponer que la desaprobación pública de estos actores reside en motivos parecidos. Sin duda, los informes sobre los incidentes en los que los miembros de las EMSP están involucrados, fortalecen la desconfianza hacia ellas, pero tampoco pueden constituir el origen de todas las críticas. Igualmente, los miembros de los ejércitos regulares cometen infracciones graves, pero nunca se han convertido en un objeto de debate tan polémico. Resulta que este rechazo de los servicios militares privados reside en la propia desconfianza hacia las personas que participan en un conflicto armado motivados por el deseo de provecho personal y que se encuentran fuera del control directo del Estado.³⁸⁶ Igual que en el caso de los mercenarios, existe fuerte acuerdo internacional que la cuestión requiere regulación, pero todavía los gobiernos no han podido conseguir un acuerdo sobre los métodos y el alcance de esta regulación.

De este modo, la aparición de nuevos actores privados como las EMSP no indica necesariamente que la comunidad internacional se haya vuelto receptiva al uso de las

³⁸⁶ Percy, S., *Mercenaries: The history of a norm in international relations*, op. cit., p. 203.

fuerzas militares y de seguridad privadas y no anula o deprecia de ningún modo el valor de las normas contra el uso de los mercenarios.³⁸⁷ Todo lo contrario, la evolución de la propia industria de las EMSP y los intentos de regulación de sus actividades emprendidos a nivel internacional, la elaboración de las leyes nacionales reguladoras de las EMSP permiten suponer la existente influencia de las normas antimercenarios sobre el debate acerca del uso de seguridad privada.³⁸⁸ El propio término “mercenario” ya no está limitado al ámbito del discurso jurídico, sino ha adquirido un matiz político y se utiliza a menudo más para expresar la desaprobación, que para referirse a un actor que cumpla los criterios de la definición legal.³⁸⁹ Esta atribución del significado peyorativo al término “mercenario” reafirma la percepción de todas las manifestaciones de la fuerza privada como inherente problemáticas e impulsa a las propias EMSP a renovar su imagen, enfatizando un carácter distinto de sus actividades a las de los mercenarios.

A diferencia de los mercenarios, las EMSP compiten en un mercado mundial libre a través de campañas de publicidad. Son entidades empresariales que ofrecen una amplia variedad de servicios, vinculados por las obligaciones contractuales con sus clientes. Peter Singer clasifica las EMSP según las funciones que ellas mismas desarrollan. Distingue los siguientes tipos de empresas:

- empresas militares proveedoras que centran sus actividades en el campo táctico y proporcionan apoyo ofensivo mediante la participación en combate o el mando y el control directo de las unidades militares en el campo de batalla;
- empresas militares consultoras que proveen servicios de asesoría y entrenamiento incluyendo el análisis estratégico, operacional y organizativo;
- empresas militares de apoyo que ejercen las tareas de apoyo logístico, técnico y de transportación.³⁹⁰

Así, las empresas de primer tipo, que tomen parte directa en hostilidades y desempeñen funciones ofensivas, como hacían, por ejemplo, las compañías militares Sandline y Executive Outcomes en Angola y Sierra Leona, actualmente ya no existen, al menos abiertamente. Las EMSP de hoy en día evitan explícitamente cualquiera participación directa en combate y hasta intentan minimizar la posibilidad del uso de la

³⁸⁷ *Ibíd.*, p. 207.

³⁸⁸ *Ibíd.*

³⁸⁹ Clapham, A. *Human Rights obligations of non-state actors*, op. cit., p. 299.

³⁹⁰ Singer, P., “Corporate Warriors: The Rise of the Private Military Industry and Its Ramifications for International Security”, *International Security*, Vol.26, N3, pp. 200-202.

fuerza, asegurándose de que el menor número posible de sus empleados lleve armas.³⁹¹ La gran mayoría de las empresas centra sus actividades en cuatro tipos de servicios básicos: apoyo logístico, apoyo táctico y operativo, asesoramiento militar y entrenamiento militar, y proporción de vigilancia policial y de seguridad de personas e instalaciones. En este sentido se puede distinguir entre las empresas militares privadas (EMP) y las empresas de seguridad privadas (ESP). Al mismo tiempo, como bien indica Kevin A. O'Brien, la línea divisoria entre las empresas militares y las empresas de seguridad puede ser borrosa, ya que muchas de las actividades de las ESP de carácter defensivo pueden transformarse en operaciones ofensivas en ciertas circunstancias.³⁹² Mientras ejercen sus actividades, el personal de las empresas privadas se encuentra en la cercana proximidad a los miembros de las fuerzas armadas y a las instalaciones militares, lo que les pone en peligro en caso de ataque. La disponibilidad de armamento facilitaría la participación en las actividades ofensivas, en que las ESP no están supuestas a tomar parte.

No obstante, la distinción entre las actividades de carácter defensivo y ofensivo puede ser esencial en la determinación del estatuto jurídico del personal de las EMSP ante el derecho internacional humanitario. Puesto que, los miembros de estas empresas no cumplen con los criterios para ser calificados como mercenarios, queda por establecer si pertenecen a la categoría de combatientes o si son civiles, según las normas del derecho internacional humanitario.

3.3. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como combatientes

La distinción entre civiles y combatientes es una distinción fundamental del derecho internacional de los conflictos armados que tiene como finalidad principal asegurar, por un lado, la protección más eficaz de la población civil y sus bienes contra los peligros procedentes de operaciones militares y, por otro lado, asegurar que sólo los sujetos previstos por las normas del derecho internacional humanitario y pertenecientes a las partes beligerantes tomen parte en las hostilidades y estén protegidos respectivamente en caso de ser capturados por el enemigo. Los sujetos combatientes son los únicos que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y no pueden

³⁹¹ Percy, S., *Mercenaries: The history of a norm in international relations*, op. cit., p. 225.

³⁹² O'Brien, K.A., "Private military companies: options for regulation", p. 9. Disponible en: http://www.ssrnetwork.net/uploaded_files/3541.pdf (Consulta: 3-11-2013).

ser castigados por los daños que ocasionan a personas o bienes. A su vez, tienen derecho a ser tratados como prisioneros de guerra si caen en poder de la parte adversa.

Por lo tanto, es importante establecer si el personal de las EMSP puede ser calificado de combatiente o de civil para responder a ciertas cuestiones fundamentales. ¿Pueden tomar parte en las hostilidades y ser objeto legítimo de ataques de las fuerzas enemigas? ¿Tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra y, por consiguiente, pueden ser juzgados por toda la violencia cometida durante la participación en un conflicto?

Los principales acuerdos internacionales relativos al tema incluyen el Convenio de Ginebra (III) y el Protocolo Adicional. Ha de tenerse en cuenta que, aunque el Protocolo modifique algunas de las posiciones de los Convenios de Ginebra, muchos países, entre los que están Afganistán, Estados Unidos, Irán, Irak, Israel y Pakistán, todavía no lo han ratificado. Por lo tanto, sería necesario analizar las disposiciones de ambos documentos.

La atribución del estatuto de combatiente está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos. En primer lugar se trata de los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas. El art. 43 del Protocolo Adicional I precisa 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 esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas del derecho internacional aplicables en los conflictos armados. De este modo, el Protocolo introduce el concepto unitario de las fuerzas armadas en vez de distinguir entre fuerzas armadas regulares, por un lado, y, por otro, fuerzas libres y movimientos de resistencia, como está previsto en los Convenios de Ginebra.

Teniendo en cuenta los cambios introducidos por el Protocolo I, para la atribución del estatuto de combatiente, es menester que una persona se incorpore en las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, sujetas a organización militar, mando responsable, disciplina interna y observancia de las normas del derecho aplicable en conflicto armado.

De este modo, en cualquier caso sólo el personal de las empresas contratadas por el gobierno podría calificarse como combatientes. Luego, cabe determinar, si este tipo de personal está incorporado en las fuerzas armadas. Las normas del derecho internacional humanitario no precisan la forma de incorporación de un sujeto en las fuerzas armadas, de modo que será necesario referirse a la legislación nacional. Aunque el reclutamiento de los miembros de las fuerzas armadas del Estado y la inscripción en el ejército sean un asunto del ordenamiento jurídico interno, L. Cameron sostiene que se requiere el uso de alguna forma de incorporación formal, de modo que sea comprensible para la Parte adversa quién forma parte de las fuerzas armadas.³⁹³ Esta afirmación tiene lógica si nos referimos al párrafo 3 del art. 43 del Protocolo I, que exige que una parte en conflicto debe notificar a las otras Partes en caso de incorporar a sus fuerzas armadas de un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público. Evidentemente, esta última condición es necesaria para que no se generen confusiones en cuanto a las personas que forman parte de las fuerzas armadas.³⁹⁴ Se puede concluir que el mero hecho de contratación de una EMSP para prestar los servicios de apoyo al ejército regular y la existencia de obligaciones contractuales, no serán suficientes por sí solos para considerar al personal de estas empresas como miembros de las fuerzas armadas.³⁹⁵ Los indicadores de la incorporación en las fuerzas armadas podrían incluir, por ejemplo, los siguientes hechos³⁹⁶:

- cumplimiento de un procedimiento de reclutamiento militar a ejército regular previsto por el ordenamiento jurídico nacional;
- existencia de relaciones laborales con el departamento de defensa del Estado;
- sometimiento al orden disciplinario militar y a la justicia militar;
- sometimiento a la cadena jerárquica de mando militar;
- disponibilidad de una tarjeta de identidad u otra forma de identificación formal que confirme la pertenencia a las fuerzas armadas;
- uso de uniforme militar.

No obstante, únicamente el primer indicador constituye una evidencia concluyente de formar parte de las fuerzas armadas. En otras circunstancias, si surgen dudas respecto

³⁹³ Cameron, L., "Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation", op. cit., p. 583.

³⁹⁴ Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., p. 517.

³⁹⁵ Gillard, E.-C., "Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N 863 (2006), p. 533.

³⁹⁶ *Ibíd.*

a la pertenencia de una persona a una de las categorías, hará falta realizar un análisis caso por caso. El Convenio prevé que un tribunal competente determinará el estatuto de una persona capturada en caso de cualquier duda.

Sin embargo, como indican muchos autores³⁹⁷, es improbable que el personal de las EMSP se incorpore formalmente en las fuerzas armadas, ya que tal incorporación entraría en contradicción con la propia lógica de tercerización y privatización de servicios tradicionalmente proporcionados por el personal de ejércitos nacionales, encaminadas, entre otras razones, a reducir el número de miembros de las fuerzas armadas y los costes respectivos.

Tampoco serviría la referencia del art. 4(A)(1) del CG (III) a “los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios” para atribuir el estatuto de combatiente a los contratistas de las EMSP, ya que, de todas formas, tendrán que estar incorporados de alguna forma a las fuerzas armadas. Tal conclusión se desprende del comentario oficial del art. 4 del CG (III). En el proceso de redacción del Convenio se había propuesto eliminar cualquier referencia a los cuerpos voluntarios o las milicias. Se suponía que estas categorías estuvieron cubiertas por el concepto general de las “fuerzas armadas”, de modo que una referencia especial no fuera necesaria. Pero, al final, tal referencia fue incluida en el texto del artículo, debido al hecho de que en ciertos países todavía existían cuerpos voluntarios o milicias que, aun formando parte de las fuerzas armadas, tenían una naturaleza muy distinta a la del ejército regular.³⁹⁸

De este modo, es muy improbable que los empleados de las EMSP, sea individualmente o en grupo, se califiquen como combatientes bajo el art. 4(A)(1) del CG (III) o a la luz del art. 43.1 del Protocolo I.

Mientras el art. 4(A)(1) del CG (III) aborda a los sujetos formalmente incorporados a las fuerzas armadas, que es prácticamente inaplicable a la posición de los miembros de las EMSP, el art. 4(A)(2), a su vez, se ocupa de “los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios.” Esas fuerzas son independientes de las fuerzas armadas regulares pero deben responder a la exigencia de combatir en nombre de la

³⁹⁷ Ver, por ejemplo, Schmitt, M.N. “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, N 2 (2005), pp. 524-525. Gillard, E.-C., “Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law”, *op. cit.*, p. 533. Cameron, L., “Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *op.cit.*, p. 583.

³⁹⁸ Pictet, J. S. (Ed.), *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of the prisoners of war*, ICRC, Geneva, 1960, p. 51.

Parte en conflicto.³⁹⁹ No se requiere la autorización explícita de la Parte en conflicto para combatir en su nombre, ni una declaración oficial por parte de las unidades autónomas, sino que bastaría con establecer la existencia de relaciones de facto entre los movimientos de resistencia y la parte en conflicto internacional.⁴⁰⁰ La naturaleza de esta relación está precisada en la sentencia del TPIY. Según la interpretación del Tribunal, para que estos beligerantes puedan ser considerados combatientes legales, será necesario que la Parte en conflicto asuma el control sobre ellos y que se establezca una relación de dependencia y de lealtad.⁴⁰¹ C. Hoppe considera que en ciertos casos el personal de las EMSP podría caer en la categoría de milicias, cuerpos voluntarios o unidades armadas.⁴⁰² Los contratistas que proporcionan los servicios de combate, interrogaciones o protección de objetos militares se inscriben voluntariamente al firmar un contrato con la empresa, en contraste con el reclutamiento forzado. Tales relaciones contractuales podrían equivaler a las relaciones de dependencia y lealtad, cuando una EMSP está contratada por la parte en conflicto. Luego, se trata de un grupo o de una unidad organizados, lo que supone la existencia de un equipo formado por un cierto número de personas que actúen de manera coordinada. Los contratistas de las EMSP pueden cumplir también con este requisito, ya que suelen ejercer sus funciones en equipos.

Además, el art. 4(A)(2) del CG (III) prevé los requisitos que se han de cumplir, siendo un grupo organizado, los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios. Entre estos requisitos se encuentran las siguientes condiciones (art. 4(A)(2)):

- estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
- tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
- llevar las armas a la vista;
- dirigir sus operaciones en conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

La condición que requiere la colocación de un grupo bajo la dirección de un mando responsable no está precisada en las normas legales. Este criterio supone la existencia de cierta subordinación basada en la obligación de una persona, que se encuentra bajo el mando, de informar de sus actividades y asumir la responsabilidad ante la persona que

³⁹⁹ *Ibíd.*, p. 57.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*

⁴⁰¹ *Prosecutor vs. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), TPIY. Sentencia de 15 de julio 1999. párr. 94.

⁴⁰² Hoppe, C., "Passing the back: State responsibility for private military companies", *European Journal of International Law*, N 19 (2008), p. 1008.

estuviera al mando. Se supone que los combatientes legales actúan dentro de un marco jerárquico, en base a un sistema disciplinario, y que están sujetos a la supervisión de las instancias superiores,⁴⁰³ aunque no sea estrictamente necesario que el mando se ejerza por el personal militar.⁴⁰⁴ Cualquier agencia civil o cualquier oficial designado podrían ejercer esta función. Efectivamente, los contratos actuales con las EMSP prevén la asignación de oficiales de gobierno para realizar las funciones de supervisión.⁴⁰⁵ De este modo, algunos de los contratistas privados podrían cumplir con este criterio, puesto que normalmente suelen estar sujetos a alguna forma de vigilancia o de control superior.

En cuanto a la exigencia de tener un signo distintivo fijo, que pueda indicar su pertenencia a los combatientes, los empleados de las EMSP no suelen llevar uniforme distintivo o cualquier otro signo. De hecho, los informes del Grupo del Trabajo de la ONU indican la dificultad de distinguir a los agentes de seguridad privada de los miembros de las tropas internacionales.⁴⁰⁶ J. Scahill indica que la población civil y los periodistas tomaban, a menudo, a los empleados de la empresa Blackwater en Irak por los agentes de la CIA o del Mosad israelí.⁴⁰⁷ Sin embargo, según las provisiones del Protocolo I, el uso del uniforme o de signo distintivo equivalente dejan de ser un requisito exigible para la legitimidad de combatiente, incluso en caso de pertenecer a las fuerzas armadas regulares de una parte en conflicto.⁴⁰⁸ Bastará tan sólo con cumplir la exigencia de llevar las armas abiertamente durante el enfrentamiento militar y durante el despliegue militar previo al ataque mientras que un combatiente sea visible para el enemigo (art. 44.3 del Protocolo).

Por último, sería necesario examinar la naturaleza de las funciones que realizan los empleados de las EMSP en nombre de la parte en conflicto y el tipo de zona de conflicto. Teniendo en cuenta que a las personas pertenecientes a las otras milicias y los otros cuerpos voluntarios se les otorga el estatuto de combatiente, que participa en las hostilidades, sólo el personal contratado para llevar a cabo las tareas en la proximidad inmediata al escenario de operaciones militares podría entrar en esta categoría. De modo

⁴⁰³ Dinstein, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 39.

⁴⁰⁴ Pictet, J. S. (Ed.), *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of the prisoners of war*, ICRC, op. cit., p. 59.

⁴⁰⁵ Hoppe, C., "Passing the back: State responsibility for private military companies", op. cit., p. 1009.

⁴⁰⁶ Ver, por ejemplo, UN Doc. A/HRC/15/25/Add.2. Informe sobre la misión en Afganistán de 14 de junio de 2010. párr. 53

⁴⁰⁷ Scahill, J., *Blackwater: the rise of the world's most powerful mercenary army*, op. cit., p. 64.

⁴⁰⁸ Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 157.

que los empleados de las EMSP podrían cumplir con los requisitos si ejercieran habitualmente tareas coercitivas más allá de la defensa propia.⁴⁰⁹ El ejemplo más claro sería la contratación del personal de una EMSP para participar directamente en combate. Pero, como ha sido indicado antes, las situaciones de contratación explícita de las EMSP para proporcionar el apoyo de carácter ofensivo son muy limitadas. Por lo tanto, tampoco es probable que el personal de las EMSP cumpla con todos los requisitos previstos para ser calificado como los miembros de las otras milicias o de los otros cuerpos voluntarios y, por consecuencia, de combatientes. Además, la propia idea de la aplicación de esta provisión del Convenio de Ginebra a los contratistas privados suscita dudas, puesto que históricamente este enunciado estaba pensado para extender la protección del estatuto de prisionero de guerra a los partisanos, considerando su papel en los movimientos de resistencia.⁴¹⁰ Aunque la interpretación no debe estar restringida necesariamente a su origen histórico, la aplicación de este artículo a los contratistas privados parece invertir la propia lógica y la finalidad de esta provisión.

Puesto que, por regla general, los empleados de las EMSP no se calificarían de combatientes, estos no podrán participar directamente en las hostilidades. Aun así, muchos de ellos desarrollan sus actividades al lado de las unidades militares involucradas en operaciones bélicas y, por tanto, se encuentran en peligro de convertirse en víctimas de ataques hostiles o de ser capturados por la parte adversa. Cabe preguntarse, si podrían gozar del estatuto de prisionero de guerra en estas situaciones.

3.4. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como personas que siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas

El CG (III) preserva el derecho al estatuto de prisionero de guerra para las personas que, aun no siendo parte integrante de las fuerzas armadas, desempeñan ciertas funciones a su lado. Entre esta categoría de personas se encuentran, según el art. 4(A)(4) del Convenio, “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”.

Al parecer, un número significativo de contratistas privados podría caer en esta categoría. La lista de las actividades enumeradas no es de carácter exhaustivo y podría

⁴⁰⁹ Hoppe, C., “Passing the back: State responsibility for private military companies”, *op. cit.*, p. 1010.

⁴¹⁰ Pictet, J. S., *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of the prisoners of war*, ICRC, *op. cit.*, p. 53.

incluir las actividades de otras categorías de personas de naturaleza similar⁴¹¹, a condición de cumplir con los requerimientos de recibir una autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan y de poseer una tarjeta de identidad que confirma su estatuto (art. 4(A)(4)).

En cuanto a la exigencia de poseer una tarjeta de identidad, este requisito no es de carácter absoluto, sino que es una condición suplementaria que sirve meramente de prueba de que una persona haya recibido la autorización competente, de modo que, en caso de su ausencia, tendrá que ser evaluada la actividad desarrollada por la persona en cuestión.⁴¹²

En cuanto a la autorización, ni los comentarios oficiales, ni los trabajos preparatorios del Convenio precisan qué tipo de autorización se requiere. Según la opinión de los elaboradores del Documento de Montreux, para ser calificados como personas que siguen a las fuerzas armadas será necesario establecer un nexo real entre una persona y las fuerzas armadas, de modo que los empleados contratados por las autoridades civiles del Estado o por las empresas privadas no entran en esta categoría.⁴¹³ Sin embargo, al parecer, la redacción del artículo 4(A)(4) no implica un vínculo formal y directo entre una persona y las fuerzas armadas⁴¹⁴, de modo que bastará con un contrato personal con una EMSP que, a su vez, esté vinculada por obligaciones contractuales con una parte en conflicto, siempre y cuando el personal contratado realice, de hecho, las funciones en beneficio de las fuerzas armadas. Los oficiales de estas fuerzas serán responsables por la atribución del estatuto a través de la concesión de la autorización de seguir a las fuerzas armadas y emisión de la tarjeta de identidad.⁴¹⁵ Así, según la normativa estadounidense, todo individuo, toda empresa, corporación, sociedad o cualquier otra entidad legal no federal, que esté vinculado por las obligaciones contractuales de proporcionar servicios, suministros o construcciones directamente con el Departamento de Defensa, se considerará como contratista de defensa.⁴¹⁶ Se prevé que el personal de las entidades contratadas puede ser utilizado en

⁴¹¹ *Ibíd.*, p. 64

⁴¹² *Ibíd.*

⁴¹³ The Montreux Document 2008. Explanatory comments on statement 24. p. 36. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0996.pdf (Consulta: 15-11-2013).

⁴¹⁴ Bartolini, G., "Private military and security contractors as "persons who accompany the armed forces", en Francioni, F., Ronzitti, N. (Eds.), *War by contract: Human Rights, Humanitarian Law and private contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 229.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

⁴¹⁶ US Department of Defense Instruction on Operational Contract Support 3020.41, 20-12-2011. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-10-31/html/2013-25731.htm> (Consulta: 15-11-2013).

operaciones de contingencia en el exterior para realizar funciones de no combatientes, a condición de que este personal haya sido designado como personas que siguen a las fuerzas armadas por las autoridades de estas unidades militares y que les hayan proporcionado la tarjeta de identificación apropiada.⁴¹⁷

No obstante, ninguna de las categorías mencionadas en el art. 4(A)(4) parece implicar de cualquier forma directa el uso de la fuerza. Según el art. 50(1) del Protocolo I, las personas que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas están excluidas de la categoría de combatientes. Por lo tanto, se puede afirmar que las personas que pertenecen a este grupo son personas civiles aunque se les otorgue el estatuto de prisionero de guerra en caso de ser capturadas por la parte adversa. Como personas civiles, no tendrán derecho a participar en las hostilidades directas y perderán su protección contra los ataques en caso de tal participación.

3.5. El personal de las empresas militares y de seguridad privadas como personas civiles

De este modo, los demás empleados de las EMSP, que no pertenezcan a ninguna de las categorías examinadas, en el contexto de conflictos armados, serán considerados personas civiles. Esta conclusión se desprende de las disposiciones del derecho internacional humanitario que define la categoría de personas civiles conforme con el principio de exclusión – todas las personas que no son combatientes, son civiles (Art. 50(1) del Protocolo I).

La atribución del estatuto de persona civil a la mayoría de los empleados de las EMSP coincide con la posición oficial del CICR⁴¹⁸ y se adopta, también, por el Documento de Montreux.⁴¹⁹ No obstante, esta conclusión no resuelve las dificultades legales que surgen en el proceso de la evaluación de sus actividades en el contexto de un conflicto armado. El personal de las EMSP que se califica de personas civiles se enfrenta al riesgo de estar privado de su protección contra los ataques una vez que participe en las hostilidades. No obstante, en muchos casos, sería difícil establecer con certeza si la actividad desarrollada por el personal de una EMSP es de naturaleza civil o militar. La protección de las instalaciones militares o del personal militar es un ejemplo

⁴¹⁷ *Ibíd.*

⁴¹⁸ Ver “Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law”, *International review of the Red Cross*, Vol. 90, N 872 (2008), p. 995.

⁴¹⁹ Documento de Montreux. Párr. 24-26.

más ilustrativo. Su defensa contra los crímenes o violencia no relacionada con las hostilidades se convierte en un acto de participación directa en las hostilidades en caso de ser atacado por el enemigo. A su vez, un objeto civil puede convertirse en un objeto militar en el transcurso de las operaciones militares. Además, el derecho internacional humanitario no hace distinciones entre actos defensivos y ofensivos (art. 49(1) del Protocolo). Cualquier acto de violencia contra el adversario se califica como ataque. En esta situación el concepto de participación en las hostilidades tiene una importancia fundamental, ya que la naturaleza de los actos y su calificación o no como “participación en las hostilidades” determina la protección contra ataques directos y la responsabilidad de la persona por sus actos. Como se ha mencionado antes, las personas que pertenezcan a la categoría de civiles pueden ser juzgadas y castigadas por cualquier acto que equivalga a la participación en las hostilidades. Sin embargo, la situación se complica por la ambigüedad extrema de este concepto.

3.6. La participación directa en las hostilidades como el concepto clave para establecer el estatuto jurídico del personal de las empresas militares y de seguridad privadas

Lo único que se desprende de los artículos 4(A)(4) y 5 del CG (III) es que las actividades de las personas que siguen a las fuerzas armadas, enumeradas en la disposición correspondiente, y las actividades habituales de los miembros de las tripulaciones, de los pilotos y de los grumetes de marina mercante, y de las tripulaciones de la aviación civil de las partes en conflicto, no se consideran como participación directa en las hostilidades, ya que este tipo de sujetos se califica como personas civiles y sus funciones no suponen la participación en las hostilidades.

En el propio comentario oficial al Protocolo I se reconoce que existe un margen de apreciación considerable con respecto a este concepto. La limitación de la definición a las funciones de combate y la participación activa en operaciones militares sería excesivamente restrictiva, mientras que la extensión hasta la contribución a esfuerzos bélicos en general sería demasiado amplia, ya que en el contexto de conflictos armados contemporáneos casi todas las personas apoyan el esfuerzo de la guerra de alguna manera.⁴²⁰

⁴²⁰ Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., p. 516.

Los autores del comentario mantienen que la noción de la participación directa en las hostilidades implica la existencia de un vínculo causal directo entre el acto cometido y el daño ocasionado a la parte adversa en el momento y en el lugar en que se comete tal acto.⁴²¹ Además, un acto que constituye la participación directa se caracteriza como el acto que por su naturaleza y su finalidad está encaminado a ocasionar daños reales al personal y al equipamiento de las fuerzas armadas.⁴²² A su vez, las hostilidades se definen como actos de guerra encaminados, por su naturaleza o finalidad, a afectar específicamente al personal y al equipamiento militar de las fuerzas armadas adversas.⁴²³ De este modo, el comentario establece un umbral bastante alto para que un acto equivalga a la participación directa en las hostilidades. No obstante, los criterios establecidos en el comentario se muestran insuficientes frente a los cambios en métodos y medios de guerras postmodernas. Las operaciones militares se llevan a cabo con la implicación de una gran cantidad de personas interdependientes y de recursos técnicos ubicados en lugares diferentes, y alcanzan un nivel de complejidad inédita. El uso de vehículos aéreos no tripulados o ataques a las redes informáticas suponen un cierto desafío a la hora de establecer las relaciones causales entre un acto de una persona determinada y unos daños ocasionados, los cuales pueden estar suspendidos en el tiempo y tener lugar en una ubicación completamente distinta a la de una persona responsable por este acto.

La complejidad de la noción de participación directa en las hostilidades y la necesidad de considerar varios aspectos de las operaciones militares, hacen que se requiera un análisis detenido caso por caso. La práctica militar de algunos países, así como la práctica jurisprudencial, confirman las ventajas de esta aproximación a la cuestión.⁴²⁴ Así, por ejemplo, el manual del derecho de operaciones navales estadounidense (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*) establece explícitamente que la evaluación de los actos debe hacerse caso por caso considerando la conducta personal, el lugar y la vestimenta, y otra información disponible en el momento.⁴²⁵ Luego, se aclara, a través de ejemplos, qué se entiende por

⁴²¹ *Ibíd.*

⁴²² *Ibíd.* p. 618.

⁴²³ *Ibíd.*, p. 516.

⁴²⁴ Schmitt, M.N.. "Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements" *International law and politics*, Vol. 42, N 697, p. 705.

⁴²⁵ *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*. U.S. Department of Homeland Security, Navy Warfare Publications, 2007, cap. 8.2.2. Disponible en: <https://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/> (Consulta: 17-11-2013).

participación directa en las hostilidades. Una posición similar se encuentra en el manual del derecho de conflictos armados del Reino Unido (*The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*), según el cual el hecho de que una persona civil participe en las hostilidades es una cuestión de hecho comprobable.⁴²⁶ En caso de cualquier duda ha de evaluarse la información de todas las fuentes disponibles en un momento dado.⁴²⁷ La perspectiva contextual se adopta también en las sentencias del TPIY.⁴²⁸ Según M. Schmitt, un análisis caso por caso, a menudo, permite mantener un mejor equilibrio entre las exigencias militares y las consideraciones humanitarias, que la aplicación mecánica de estándares fijos.⁴²⁹ Sin embargo, tal perspectiva tampoco es perfecta, ya que abre el camino a evaluaciones subjetivas y erróneas. El análisis caso por caso puede ser útil en situaciones más complicadas, pero está claro que se requieren, también, criterios de carácter general, aplicables a la mayoría de los casos en el contexto de conflictos armados contemporáneos.

El Comité Internacional de la Cruz Roja intentó aclarar la noción de la participación directa en las hostilidades en su guía interpretativa, al establecer los componentes básicos y los elementos constitutivos del concepto. Como se deduce del propio término, dos componentes básicos que constituyen la participación directa en las hostilidades son la “participación” y “las hostilidades”. Mientras el concepto de “hostilidades” se refiere al hecho de que las partes en conflicto recurren a los medios y métodos que dañan al enemigo, la “participación” se refiere a la implicación individual en estas hostilidades.⁴³⁰ Se trata de un acto específico, llevado a cabo por un individuo, como parte de las hostilidades entre las partes de un conflicto armado.⁴³¹

Según la guía del CICR, para que un acto se califique como una participación directa en las hostilidades, este acto ha de cumplir con los siguientes criterios cumulativos:

⁴²⁶ *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, Ed. 2004, cap. 5.3.3. Disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf (Consulta: 17-11-2013).

⁴²⁷ *Ibíd.* cap. 5.3.4.

⁴²⁸ Ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic* (IT-94-1-T), párr. 616, *Prosecutor vs. Strugar* (IT-01-42-A), de 17 de julio de 2008. párr. 176-179.

⁴²⁹ Schmitt, M.N., “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *op. cit.*, p. 534.

⁴³⁰ “Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law”, *op. cit.*, p. 1013.

⁴³¹ *Ibíd.*

- el acto debe poder afectar adversamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de la parte en conflicto o, alternativamente, ocasionar muerte, daño o destrucción a personas y objetos que se encuentran bajo la protección contra los ataques;
- ha de existir un nexo causal directo entre el acto y el daño que podría ser ocasionado por el acto o la operación militar coordinada, cuya parte integrante forma este acto;
- el acto ha de estar específicamente encaminado a causar directamente daños previstos por el primer criterio, a favor de la parte en conflicto y en perjuicio de la otra.⁴³²

De este modo, un determinado umbral de daños, la causalidad directa y el nexo beligerante constituyen elementos de la noción de participación directa en las hostilidades.

El primer criterio se atiene a la definición de los objetivos militares. El art. 52(2) del Protocolo los define como “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. De este modo la noción de la participación directa en las hostilidades está limitada a los perjuicios de naturaleza militar.⁴³³ Conforme con esta definición, los objetos civiles utilizados con fines militares podrán ser objeto de ataques, mientras los que son utilizados con fines no militares gozan de inmunidad contra los ataques, aunque puedan beneficiar de algún modo a la parte en conflicto. De este modo, la definición de un objetivo militar se muestra relativa, haciendo que no exista una línea divisoria fija entre los objetos militares y civiles.⁴³⁴ Esta condición puede presentar ciertas dificultades, ya que en muchos casos las EMSP están contratadas para proteger los edificios y las instalaciones civiles, que, como se desprende de la definición, pueden convertirse en objetivos militares. Además, teniendo en cuenta la ambigüedad de la definición del Protocolo I, en algunos casos sería complicado determinar la naturaleza de los elementos. Se trata, por ejemplo, de plantas industriales, yacimientos de petróleo, minas de carbón, redes eléctricas, aeropuertos y puertos marítimos civiles, estaciones de

⁴³² *Ibíd.*, p. 1016.

⁴³³ Dinstein, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, op. cit., p. 86.

⁴³⁴ *Ibíd.*

radio y televisión civiles.⁴³⁵ Este tipo de elementos puede estar sometido fácilmente a la utilidad militar.

Como se destaca de este criterio, no se requiere que el daño se materialice, bastará con la mera probabilidad objetiva de que un acto ocasione el daño. Tampoco importa la gravedad de los daños ocasionados. Cualquier perjuicio que afecte adversamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de la parte adversa cumplirá con el criterio, de modo que, incluso, las actividades no armadas que restringen o interrumpen las operaciones logísticas, de comunicación o de despliegue militar, pueden constituir participación en las hostilidades. Otros posibles ejemplos de actividades que no implican el uso de la fuerza, pero pueden equivaler a la participación en las hostilidades y que podrían desarrollarse por el personal de las EMSP, aun estando en una ubicación remota al centro de operaciones militares, incluyen interferencias electrónicas en la red electrónica militar, la interceptación de llamadas de alto mando militar o la transmisión de información táctica para realizar un ataque.⁴³⁶ En cuanto a los daños a personas y elementos sujetos a la protección contra los ataques, ha de considerarse, como ha sido mencionado antes, que los actos defensivos también se consideran ataques a efectos del derecho internacional humanitario.

Conforme al segundo criterio, se requiere una relación causal directa, de modo que la participación “indirecta” (la contribución a los esfuerzos bélicos a través de fabricación y envío de equipamiento militar, construcción o reparación de carreteras, puertos, puentes u otras instalaciones fuera del marco de operaciones militares o el apoyo político y económico) no conllevará a la privación de la inmunidad civil. Aunque este tipo de participación sea indispensable para el éxito de las operaciones militares, tales actividades no están designadas específicamente a causar daño en circunstancias particulares. Los expertos del CICR insisten en que el vínculo causal directo implica que el daño debe ser ocasionado en un sólo paso causal.⁴³⁷ Así, el reclutamiento y el entrenamiento de personal militar no estarán directamente relacionados con los daños probables que pueden ser ocasionados por este personal en el futuro, mientras que el reclutamiento y el entrenamiento de personal para llevar a cabo una operación militar

⁴³⁵ *Ibíd.*, pp. 95-98.

⁴³⁶ “Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law”, *op. cit.*, p. 1018.

⁴³⁷ *Ibíd.*, p. 1021.

predeterminada puede constituir parte integrante de tal operación y, por tanto, equivaler a la participación directa en las hostilidades.⁴³⁸

En los conflictos contemporáneos, el establecimiento de una relación causal puede presentar un desafío, ya que las operaciones pueden involucrar a muchas personas que llevan a cabo diferentes tareas simultáneas encaminadas a conseguir un resultado único. Según la guía, si un acto constituye una parte integrante de una determinada operación táctica coordinada, que ocasiona directamente daño, tal acto tendrá un nexo causal directo aunque por sí sólo no podrá resultar en el mismo daño.⁴³⁹

Por último, un acto debe ser llevado a cabo con la intención de beneficiar a una de las partes del conflicto armado y a perjudicar a la parte adversa, de modo que no todo tipo de violencia armada equivale a la participación en las hostilidades. En la práctica, muchas actuaciones en el marco de conflicto armado no cumplen con este último criterio. Así, el uso proporcional y necesario de la fuerza en defensa propia no podrá ser considerado como participación en las hostilidades, así como los actos de violencia entre las personas civiles fuera del contexto de conflicto armado. El último ejemplo presenta una dificultad particular, ya que podría ser complicado distinguir entre los actos realizados en beneficio o en detrimento de las partes en conflicto, y los actos de violencia, que aun siendo actos penalizados jurídicamente, no están relacionados directamente con el conflicto armado.

Cabe destacar que la noción de la participación en las hostilidades cubre tanto las actividades preparatorias para la ejecución de un acto específico, como el despliegue y el regreso del lugar de ejecución de un acto hostil. Además, según el art. 51(3) del Protocolo I, una persona civil que participa en las hostilidades pierde la protección sólo mientras dure tal participación, de modo que, aunque participe en las hostilidades repetidamente, nunca deja de pertenecer a la población civil, sino que se suspende su protección a efectos del derecho internacional humanitario. En caso de cualquier duda acerca del estatuto de una persona se presume su estatuto de persona civil, al menos hasta que se demuestre lo contrario.

Sin duda, la guía interpretativa del CICR ha contribuido considerablemente a aclarar varios aspectos de la noción de la participación directa en las hostilidades. No obstante, igual que en el comentario oficial al Protocolo I, se mantiene un umbral bastante alto para que un acto se califique como participación en las hostilidades. Puesto

⁴³⁸ *Ibíd.*, p. 1022.

⁴³⁹ *Ibíd.*, p. 1023.

que podría ser difícil reunir todos los criterios y probarlos con certeza, su aplicación rigurosa dejaría que muchas actividades, que potencialmente podrían ser desarrolladas por las EMSP, se encontrarán en una zona gris.

Así, como bien indica Schmitt, la distinción entre los daños y los beneficios parece algo artificial, puesto que la contribución a la capacidad de las fuerzas adversas puede tener tantos efectos perjudiciales como daños directos.⁴⁴⁰ No obstante, conforme a la interpretación del CICR, sólo se considerarán los efectos adversos y el daño será un requisito determinante, de modo que las actividades encaminadas, en primer lugar, a mejorar la capacidad militar de la parte en conflicto (construcción de instalaciones defensivas, reparación de instalaciones militares) podrán ser desarrolladas por el personal civil, aunque sean indispensables para llevar a cabo una operación militar determinada. Luego, el elemento causal se limita a las operaciones militares coordinadas y a la relación causal que se realiza en un sólo paso, de modo que las personas que realizan la planificación de la misión u ordenan su ejecución, probablemente, no cumplirían con este requisito.⁴⁴¹ El componente temporal del concepto, el llamado principio de la “puerta giratoria”, y la presunción del estatuto civil también están severamente criticados por muchos autores.⁴⁴² Se argumenta que la suspensión de la protección contra los ataques ha de extenderse hasta que una persona no realice un acto de retirada de la participación en las hostilidades afirmativa, por ejemplo, a través de la no participación extendida.⁴⁴³ Según M. Scmitt, la presunción del estatuto de persona civil puede generar el sentimiento de desprecio de la ley por los combatientes, que se encuentran en situación de peligro por sus actividades.⁴⁴⁴ Este autor insiste en que en casos difíciles sería razonable interpretar las actividades en cuestión a favor de encontrar el hecho de la participación en las hostilidades. Según él, tal aproximación incentivaría a los civiles a permanecer alejados de las zonas de conflicto, de modo que corrieran menos riesgo de ser objeto de ataque y estar involucrados en las hostilidades.⁴⁴⁵ Tal aproximación también es discutible, ya que

⁴⁴⁰ Schmitt, M.N., “Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements”, *op. cit.*, p. 719.

⁴⁴¹ *Ibíd.*, p. 730.

⁴⁴² Ver, por ejemplo, Kretzmer, D., “Civilian immunity in war: legal aspects” en Primoratz, I.(Ed.), *Civilian immunity in war*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 92.

⁴⁴³ *Ibíd.*, p. 94.

⁴⁴⁴ Schmitt, M. N., “Direct participation in hostilities” and 21st century armed conflict”, en Fischer, H.(Ed.), *Crisis management and humanitarian protection: Festschrift fur Dieter Fleck*, BWV, Berlin, 2004, p. 509.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*

podría menoscabar el principio que reside en el corazón del derecho internacional humanitario, el de la mayor protección posible de la población civil. Aun así, es cierto que la presunción de estatuto civil y la regla de suspensión temporal de protección facilitan la participación en las hostilidades o en las actividades que están al límite de tal participación para las EMSP.

De este modo, la interpretación realizada por el CICR deja muchas posibilidades para la contratación del personal de las EMSP para el desempeño de actividades que se encuentran al límite de la participación en las hostilidades o que se realizan en la proximidad a las zonas de operaciones militares. La ambigüedad del concepto y la existencia de varios agujeros legales hace que, incluso, la prohibición directa de la participación en las hostilidades dirigida al personal de las EMSP no resuelva el problema.

Aunque la calificación de los empleados de las EMSP como personas civiles esté condicionada por la finalidad del derecho internacional humanitario, encaminado a establecer una distinción clara entre las personas que participan en las hostilidades en nombre de la parte en conflicto y la población civil, que presuntamente no toma parte directa en hostilidades y debe estar protegida de cualquier peligro procedente de las operaciones militares, parece ser una conclusión algo artificial.

La misma idea de inmunidad civil puede percibirse como el resultado del proceso de civilización y humanización de la guerra, que asciende al pensamiento filosófico y religioso de la antigüedad. Esta idea ha sido desarrollada como el principio fundamental de la filosofía y la teología moral de la Edad Media y, más tarde, por los filósofos, politólogos y juristas de la modernidad hasta que ha sido reconocido como uno de los logros principales del desarrollo ético.⁴⁴⁶ La protección de la población civil ha sido aceptada como un principio básico de la práctica militar, que, a su vez, ha sido adoptado por el derecho internacional. Según la aproximación defensiva, que domina en la teoría contemporánea de la guerra justa⁴⁴⁷, las personas civiles están protegidas de la violencia letal mientras no estén involucradas al negocio de la guerra. La hostilidad constituye una relación personal y ha de ajustarse a su blanco.⁴⁴⁸ Las personas civiles no atacan a nadie, por lo tanto no es necesario ninguna defensa contra ellas, tienen derecho a no ser atacadas. Cualquier tipo de violencia contra la población civil constituiría la infracción

⁴⁴⁶ Primoratz, I., *Civilian immunity in war*, op. cit., p. 2.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁴⁸ Nagel, T., "War and Massacre", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, N 2 (1972), p. 138.

de este derecho y una injusticia grave.⁴⁴⁹ El derecho a no ser objeto de ataque es una característica de las relaciones humanas normales. Las personas civiles no han hecho nada para comprometer este derecho, y, por tanto, tienen que estar protegidas.⁴⁵⁰ H. Shue, incluso, considera que la inmunidad civil en la guerra sirve de reafirmación del fundamento ético del principio de “no hacer daño”. Uno no debe dañar a alguien que no daña a nadie. Según este autor, es un principio fundamental y tan directo y poco polémico como puede ser un principio ético.⁴⁵¹ Sin embargo, los conflictos armados contemporáneos se aproximan cada vez más a la población civil, propiciando cada vez más víctimas inocentes. A su vez, los civiles se involucran cada vez más en la guerra, de modo que casi cada persona contribuye de algún modo a los esfuerzos bélicos. En este sentido, no se puede hablar de personas inocentes en relación con la agresión. Más bien, la protección se extiende a las personas que no se involucran en actos de agresión.⁴⁵²

Ahora bien, en cuanto a las EMSP, hay que considerar que se trata de personas que tienen acceso a armas y que contribuyen sistemáticamente, desarrollando sus actividades, a los esfuerzos bélicos a cambio de una remuneración. Además, están contratadas específicamente para realizar tareas que contribuyan de algún modo al resultado militar. José L. Gómez del Prado sostiene que los empleados de las EMSP no pueden ser considerados ni civiles, ni combatientes legales, como, por un lado, a menudo realizan tareas militares esenciales y pueden cambiar fácilmente de papel pasivo/defensivo por activo/ofensivo, y, por otro lado, en general, no forman parte de las fuerzas armadas ni están sometidos a la cadena de mando.⁴⁵³ Está claro que los empleados de las EMSP, aunque no participen en combate, no se encuentren en la proximidad inmediata al campo de batalla y utilicen fuerza sólo en defensa propia, difícilmente pueden equivaler a la población civil entendida de la forma convencional. Como bien indica M. Schmitt, la presencia de civiles armados, aunque con fines defensivos, en las zonas de conflicto puede ser muy problemática, ya que dificultaría la tarea de distinción entre personas que pueden ser un blanco militar legítimo y personas

⁴⁴⁹ Primoratz, I., *Civilian immunity in war*, op. cit., p. 28.

⁴⁵⁰ Walzer, M., *Just and unjust wars: a moral argument with historical illustrations*, Basic Books, New York, 1977, p. 145.

⁴⁵¹ Shue, H., “War”, en LaFollette, H. (Ed.), *The Oxford Handbook of practical ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 742.

⁴⁵² Primoratz, I., *Civilian immunity in war*, op. cit., p. 30.

⁴⁵³ Gómez del Prado, J.L., “Private military and security companies and the UN working group on the use of mercenaries”, op. cit., p. 436.

protegidas contra los ataques directos.⁴⁵⁴ La aplicación práctica del principio de distinción puede ser obstaculizada por la presencia del personal de las EMSP en zonas de conflicto, de modo que la capacidad del derecho internacional humanitario de proteger la población civil puede ser gravemente comprometida.

CAPÍTULO 4. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE LAS EMSP POR LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

4.1. Las obligaciones del personal de las EMSP bajo el derecho internacional humanitario

Indudablemente, en caso de incorporación en el ejército regular, el personal de las EMSP debe respetar las normas del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. Como miembros de las fuerzas armadas, los contratistas privados se encuentran bajo la obligación de limitar los ataques estrictamente a los combatientes de la parte adversa y a los objetivos militares, respetando los principios de identificación de objeto de ataque y de proporcionalidad de este⁴⁵⁵; proteger y respetar a los heridos, enfermos y náufragos; tratar humanamente a los prisioneros de guerra y a todas las personas en su poder; abstenerse de represalias contra las personas y los bienes protegidos y de toma de rehenes; así como respetar las restricciones relativas a los métodos y medios de guerra. Igualmente, los miembros de los grupos armados organizados en conflictos armados no internacionales están vinculados por las normas del DIH⁴⁵⁶ y deben respetar la distinción entre la población civil y los combatientes, la prohibición de ataques indiscriminados y la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso y sus medios de transporte, tanto como la restricción de recurrir a métodos y medios de guerra prohibidos.

⁴⁵⁴ Schmitt, M. N., “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *op. cit.*, p. 539.

⁴⁵⁵ Green, L. C., *The contemporary law of armed conflict (3ª Ed.)*, Manchester University Press, Manchester, 2008, pp. 391 – 392.

⁴⁵⁶ Ver sobre la aplicabilidad del DIH a los grupos armados organizados Moir, L. *The law of internal armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. pp. 52 – 58, 96 – 99. Kleffner, J. K., “The applicability of international humanitarian law to organized armed groups”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93. N 882 (2011), pp. 443 – 461.

El alcance de las disposiciones del DIH respecto a las personas civiles puede considerarse, hasta cierto grado, una fuente de incertidumbre. El Tribunal Internacional Penal para Rwanda estableció que los deberes y las responsabilidades de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales normalmente se aplicarían a personas pertenecientes a las fuerzas armadas de las partes adversas que se encuentran bajo cadena de mando militar, o a los funcionarios, agentes u otras personas dotadas de autoridad pública o representantes del gobierno *de facto*, de quienes se espera, por el carácter de sus funciones oficiales, que apoyen los esfuerzos bélicos.⁴⁵⁷ Algunas actividades llevadas a cabo por los contratistas de las EMSP, como la interrogación de prisioneros de guerra o la protección de bases militares, suponen el ejercicio de autoridad pública y, por tanto, podrían responder a la interpretación realizada por el TIPR. Al mismo tiempo, un gran número del personal de las EMSP perteneciente a la categoría de personas civiles no estará sujeto a las obligaciones bajo las normas del DIH.

Sin embargo, el propio TIPR realizó una interpretación más amplia en sus sentencias posteriores, indicando que la fuerza del DIH estaría cuestionada y menoscabada si determinadas personas quedasen exoneradas de la responsabilidad penal individual so pretexto de no pertenecer a una categoría específica.⁴⁵⁸ De este modo, la exclusión de una persona del alcance de responsabilidad penal por crímenes de guerra por no pertenecer a una categoría determinada entraría en contradicción con el hecho de que el DIH está dirigido a todos los individuos que se encuentren en posición de violar sus normas.⁴⁵⁹

De este modo, la práctica jurisprudencial, así como las normas de legislación nacional y los manuales militares permiten afirmar que las violaciones del DIH pueden ser cometidas tanto por combatientes, como por personas civiles contra miembros de las fuerzas armadas, población civil o bienes protegidos de la parte adversa.⁴⁶⁰

En calidad de personas civiles, el personal de las EMSP, como mínimo, debe respetar la prohibición de participación directa en hostilidades, así como de respetar los principios de protección de los heridos y los enfermos y de trato humano a los

⁴⁵⁷ *Prosecutor v. J.-P. Akayesu* (ICTR-64-4-T), TIPR. Sentencia de 2 de septiembre de 1998. Párr. 631.

⁴⁵⁸ *Prosecutor v. J.-P. Akayesu* (IT-96-4-A), TIPR. Sentencia de 1 de junio de 2001. Párr. 443.

⁴⁵⁹ *Prosecutor v. Musema* (ICTR-96-13), TIPR. Sentencia de 27 de enero de 2000. Párr. 270.

⁴⁶⁰ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, op. cit., p. 648.

prisioneros de guerra. Por tanto, aunque la mayoría de los contratistas privados se califique como personas civiles, pueden ser sometidos a la responsabilidad individual penal por crímenes de guerra.

4.2. Responsabilidad individual por las “infracciones graves” y los crímenes de guerra

Los Convenios de Ginebra para la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en campaña y en el mar se refieren a las infracciones graves como “el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.”⁴⁶¹ Los mismos actos cometidos contra la población civil y los prisioneros de guerra se consideran también infracciones graves. Además, la lista se amplía por la prohibición de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente.⁴⁶² “El hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente”, así como la toma de rehenes, la deportación o el traslado ilegal y la detención ilegal de personas protegidas bajo el Convenio de Ginebra para la protección de las personas civiles en tiempo de guerra también se reconocen como infracciones graves.⁴⁶³

El Protocolo Adicional I añade ciertas prácticas médicas a la lista, de modo que constituirá infracción grave “toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende”⁴⁶⁴ cuando tal acción u omisión “no esté indicado por su estado de salud y no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no

⁴⁶¹ Convenio de Ginebra (I). Art. 50. Convenio de Ginebra (II). Art. 51.

⁴⁶² Convenio de Ginebra (III). Art. 130.

⁴⁶³ Convenio de Ginebra (IV). Art. 147.

⁴⁶⁴ Protocolo Adicional I. Art. 11. Párr. 3.

privados de libertad de la Parte que realiza el acto”⁴⁶⁵. Se prohíben explícitamente prácticas como las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos y las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes en relación a las personas en poder de la Parte adversa, incluso cuando las personas referidas hayan consentido someterse a dichas prácticas.⁴⁶⁶ Además, el Protocolo Adicional I proporciona una lista de actos que se considerarán como infracciones graves cuando “se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física y a la salud”⁴⁶⁷, así como una lista de actos que se considerarán como tales cuando “se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo”⁴⁶⁸.

Según el Protocolo Adicional I, todas las infracciones graves de sus disposiciones o de Convenios de Ginebra se considerarán como crímenes de guerra.⁴⁶⁹

Sin embargo, los crímenes de guerra no se agotan en las infracciones graves previstas por los Convenios y el Protocolo, sino que recogen, también, otras violaciones de las leyes o usos de la guerra.⁴⁷⁰ El Estatuto de la CPI define los crímenes de guerra como violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados.⁴⁷¹ Las violaciones se tratan como graves si ponen en peligro a personas o bienes protegidos o si vulneran valores importantes.⁴⁷² Además, cabe la posibilidad de que un Estado defina en su ordenamiento jurídico interno otras violaciones del DIH como crímenes de guerra, sólo que en este caso “las consecuencias quedan en el ámbito interno y no se produce una internacionalización de la obligación de castigar esos crímenes ni jurisdicción universal”.⁴⁷³

Los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I no prevén responsabilidad penal internacional por las infracciones graves, sino que dan pie a consecuencias legales en los ordenamientos jurídicos domésticos de los Estados partes. Es a los Estados a quienes les corresponde la obligación de tomar las medidas legislativas para la

⁴⁶⁵ *Ibíd.* Art. 11. Párr. 1.

⁴⁶⁶ *Ibíd.* Art. 11. Párr. 2.

⁴⁶⁷ *Ibíd.* Art. 85. Párr. 3.

⁴⁶⁸ *Ibíd.* Art. 85. Párr. 4.

⁴⁶⁹ *Ibíd.* Art. 85. Párr. 5.

⁴⁷⁰ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, op. cit., p. 647.

⁴⁷¹ *Ibíd.*

⁴⁷² *Ibíd.* pp. 644, 645.

⁴⁷³ *Ibíd.* p. 646.

determinación de sanciones penales por las infracciones graves, así como buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado a cometer, estas infracciones y hacerlas comparecer ante los tribunales propios o entregarlas a otro Estado interesado para que sean juzgadas.⁴⁷⁴

Este sistema requiere que los Estados amplíen su jurisdicción para incluir las infracciones graves de dichos instrumentos. Por otro lado, la práctica de los Estados establece como una norma de derecho internacional consuetudinario la posibilidad de conferir la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra a sus tribunales nacionales.⁴⁷⁵ De este modo, la determinación de jurisdicción competente se basa en el principio de universalidad sumado a otras bases para la competencia penal, como los principios de territorialidad (el lugar donde se produjo el crimen), de personalidad activa (la nacionalidad del autor), de personalidad pasiva (la nacionalidad de la víctima) y de protección (protección de los intereses o la seguridad nacionales).⁴⁷⁶

En cuanto a los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece los estándares mínimos pertinentes a la protección de las personas que no participen directamente en las hostilidades durante este tipo de conflictos. El Protocolo Adicional II desarrolla y completa esta disposición proporcionando las garantías fundamentales para la protección de los heridos, enfermos y náufragos y de la población civil y sus bienes. Sin embargo, ni el artículo 3 de los Convenios, ni el Protocolo Adicional II proporcionan un mecanismo de represión de violaciones equivalente a las disposiciones relativas a las infracciones graves. Teniendo en cuenta las normas del Protocolo Adicional II⁴⁷⁷, se supone que el enjuiciamiento y la sanción de las infracciones penales cometidas en situación de conflicto armado interno es un asunto exclusivamente de ordenamiento jurídico nacional. Durante mucho tiempo se ha considerado que las violaciones del DIH en los conflictos no internacionales no equivalen a crímenes de guerra en el sentido tradicional y, por consiguiente, no incumben la responsabilidad penal internacional.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Convenio de Ginebra (I). Art. 49. Convenio de Ginebra (II). Art. 50. Convenio de Ginebra (III). Art. 129. Convenio de Ginebra (IV). Art. 146. Protocolo Adicional I. Art. 85.

⁴⁷⁵ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, op. cit., p. 683.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*

⁴⁷⁷ El Protocolo Adicional II. Art. 6.

⁴⁷⁸ Schabas, W. A., "Punishment of non-state actors in non-international armed conflict", *Fordham International Law Journal*, Vol. 26. N 4 (2002), p. 917.

No obstante, en las últimas décadas se han producido importantes avances en esta materia.⁴⁷⁹ Los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona establecen la competencia para enjuiciar a las personas que cometen u ordenan a cometer violaciones graves de las normas del DIH relativas a los conflictos no internacionales.⁴⁸⁰

La mayoría de las actuaciones que equivalen a los crímenes de guerra, derivados tanto del derecho consuetudinario, como del derecho convencional, se encuentra codificada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.⁴⁸¹

En el Estatuto de la CPI se distinguen cuatro categorías de crímenes de guerra⁴⁸²:

- infracciones graves de los Convenios de Ginebra;
- otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales;
- violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional;
- otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales.

La categoría de otras violaciones graves comprende, en gran medida, restricciones derivadas del Convenio de la Haya,⁴⁸³ del Protocolo Adicional I, de la Declaración de la Haya (IV, 3)⁴⁸⁴ y el Protocolo de Ginebra de 1925⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶.

De este modo, el personal de las EMSP involucrado en la perpetración de crímenes de guerra puede ser enjuiciado tanto por los tribunales nacionales, como por la Corte Penal Internacional. Hasta el momento, todos los Estados se adhirieron a los

⁴⁷⁹ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, op. cit., p. 625.

⁴⁸⁰ Estatuto de la CPI, Art. 4. Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, de 16 de enero de 2002, Art. 4.

⁴⁸¹ Ver Estatuto de la CPI, Art. 8(2).

⁴⁸² *Ibíd.*

⁴⁸³ Ver Convenio de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907.

⁴⁸⁴ Ver Declaración por la que se prohíbe el empleo de las balas que se hinchán o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano (Conferencia Internacional de la Paz, La Haya, 1899).

⁴⁸⁵ Ver Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 17 de junio de 1925.

⁴⁸⁶ Dörmann, K., "War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the elements of crimes", en von Bogdandy, A., Wolfrum, R. (Eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, Koninklijke Brill N. V. Netherlands, 2003, p. 344.

Convenios de Ginebra.⁴⁸⁷ Aunque no todos los Estados han ratificado los Protocolos Adicionales, muchas de sus disposiciones están reconocidas como normas consuetudinarias. El Estatuto de la Corte Penal Internacional cuenta con 122 Estados.⁴⁸⁸

4.3. Elementos principales de crimen de guerra.

Sin embargo, no toda conducta delictiva se calificaría de crimen de guerra.

Como se deduce de la práctica de los tribunales penales internacionales, el requerimiento de un nexo suficiente entre las infracciones y el conflicto armado asegura una distinción clara entre crímenes de guerra y delitos comunes.⁴⁸⁹ De este modo, la existencia de un conflicto armado o de una ocupación militar y la aplicabilidad del DIH al territorio donde estos tienen lugar no dan lugar necesariamente a la jurisdicción internacional respecto a todas las violaciones graves en este territorio.⁴⁹⁰ Como se explica en la sentencia del TPIY, para que exista este nexo, habrá que establecer que la existencia de un conflicto armado, como mínimo, haya jugado un papel significativo en la capacidad del infractor de cometer un crimen, en su decisión de cometerlo, en el modo en que haya sido cometido o en la finalidad de este.⁴⁹¹ Para establecer que una conducta indebida sea vinculada suficientemente con un conflicto armado, pueden tomarse en cuenta unos criterios determinados: el hecho de que el infractor sea el combatiente; el hecho de que la víctima sea no combatiente; el hecho de que la víctima pertenezca a la parte adversa; el hecho de que un acto cometido pudiera ser considerado como un acto contributivo al objetivo final de la campaña militar; el hecho de que un crimen haya sido cometido como parte de las funciones oficiales del infractor o en su contexto.⁴⁹²

Entre otros elementos comunes para todos los crímenes de guerra es el conocimiento del autor del crimen de circunstancias de hecho que establecían la

⁴⁸⁷ Información sobre los Estados Partes disponible en: <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByDate.xsp> (Consulta: 01-05-2014).

⁴⁸⁸ Información sobre los Estados Partes disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en (Consulta: 01-05-2014).

⁴⁸⁹ Dörmann, K., “War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the elements of crimes”, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁹⁰ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Párr. 572.

⁴⁹¹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and others* (IT-96-23, IT-96-23/1-A), TPIY. Sentencia de 12 de junio de 2002. Párr. 58.

⁴⁹² *Ibíd.* Párr. 59.

existencia de un conflicto armado.⁴⁹³ Además, según los criterios adicionales para los crímenes de la primera categoría, se establece que la víctima de conducta es una persona protegida en virtud de los Convenios de Ginebra y que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esta protección.⁴⁹⁴

En cuanto al conocimiento de las circunstancias de hecho, no se exige que el autor haya hecho una evaluación legal acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o internacional⁴⁹⁵, basta con que sea consciente de la existencia de un nexo de su conducta con el conflicto armado.⁴⁹⁶

Asimismo, el elemento del conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la protección de una persona o personas no implica que el autor sepa a qué nacionalidad pertenecía la víctima, sino que pertenecía a la parte adversa en conflicto.⁴⁹⁷

Teniendo en cuenta estos criterios, sería posible establecer una conexión entre la conducta delictiva del personal de las EMSP y un conflicto armado, cuando la empresa está contratada por la parte en conflicto para llevar a cabo funciones relacionadas a su participación en este conflicto. En lo que atañe a las EMSP contratadas por entidades privadas u ONGs en zonas de conflicto armado, sería problemático establecer esta conexión, de modo que en la mayoría de los casos sus actos estarán sujetos a la jurisdicción penal doméstica.

4.4. Las formas de participación en la comisión de crímenes de guerra

Las personas físicas se considerarán responsables no únicamente como autores materiales directos del crimen, sino también en otras capacidades. Las tentativas de comisión de crímenes de guerra, así como la involucración con asistencia, facilitación, incitación, planificación, instigación o participación en la comisión de un crimen entrañan la responsabilidad penal individual. Así, el Estatuto de la CPI se refiere a tres supuestos de responsabilidad directa por la comisión de crímenes de guerra: la

⁴⁹³ Ver *Elementos de los Crímenes*, Comisión Preparatoria de La Corte Penal Internacional, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, de 2 de noviembre de 2002.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, Introducción al art. 8, Crímenes de guerra, párr. 3.

⁴⁹⁶ Dörmann, K, “War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the elements of crimes”, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁹⁷ *Elementos de los Crímenes*, Notas a pie de página, 33.

responsabilidad de la persona que comete un crimen por sí sola, la de la que lo comete conjuntamente con otros o por conducto de otro.⁴⁹⁸ En cambio, otros títulos de atribución de responsabilidad no se limitan a una asistencia física en la comisión de los crímenes, pero su participación es “de tal entidad que no puede obviarse su responsabilidad”.⁴⁹⁹ Las formas indirectas de participación en la comisión de crímenes son particularmente relevantes para las EMSP que desarrollan actividades en materia de asesoramiento y entrenamiento militar, de modo que su personal puede inducir o, incluso, ordenar la comisión de un crimen, cuando actúan en calidad de superiores.⁵⁰⁰

Es importante que los superiores no son responsables sólo de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes, sino también están sujetos a la responsabilidad indirecta basada en una omisión por su parte. Así, según el Protocolo Adicional I, los superiores pueden ser responsables por las actuaciones de sus subordinados si “sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esta infracción”.⁵⁰¹ Los elementos de este título de atribución de responsabilidad han sido recogidos también en el artículo 28 del Estatuto de la CPI.

Pueden destacarse tres requisitos fundamentales para la configuración de la responsabilidad: la existencia de una relación de subordinación entre el superior y la persona que cometió el crimen, la obligación de los superiores de conocer los hechos de sus subordinados y la obligación de actuar, es decir tomar medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar a éstos. Aunque la jurisprudencia y las normas del DIH crearon cierta confusión respecto a los estándares de este tipo de responsabilidad, se dejó claro que ésta alcanza no sólo a los comandantes militares, sino también a los superiores civiles. Por tanto, cabe examinar en qué medida la responsabilidad de los superiores por omisión puede ser relevante para el personal de las EMSP .

Las relaciones de subordinación suponen la existencia de una relación jerárquica que puede comprender tanto la autoridad *de iure* como *de facto*. Respecto a las

⁴⁹⁸ Estatuto de la CPI. Art. 25. Párr. 2(e).

⁴⁹⁹ Torrez Peres, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 254.

⁵⁰⁰ Lenhardt, C., “Individual liability of private military personnel under international criminal law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N 5 (2008), p. 1024.

⁵⁰¹ Protocolo Adicional I. Art. 86. Párr. 2.

entidades militares, sería fácil de comprobar esta relación de superioridad *de iure*, dado que se trata de estructuras jerarquizadas con la cadena de mando prescrita por los reglamentos militares. Asimismo, la jerarquía gubernamental establecida por los actos normativos permite identificar a los superiores civiles en el marco de las estructuras del poder público. Sin embargo, este criterio no es suficiente a la hora de determinar la responsabilidad, de modo que habrá que tener en cuenta el control efectivo que ejerce el superior sobre los autores de los crímenes. La prueba del control efectivo es aplicable tanto a los superiores militares, como a los civiles. Asimismo, no es necesario que este se establezca mediante una designación formal de la persona como superior, sino que puede derivarse de una autoridad meramente material, que permita el control efectivo de las acciones de los subordinados.⁵⁰² La capacidad de expedir órdenes, así como la capacidad material para prevenir o castigar crímenes sería una clara indicación de tal autoridad.⁵⁰³ El análisis de la distribución de las tareas dentro de una unidad también permite determinar la dimensión exacta de la autoridad.

El elemento subjetivo de la responsabilidad del superior permite dos opciones: el superior sabía que sus subordinados iban a cometer los crímenes o que ya los habían cometido y no tomó medidas adecuadas según su deber como superior; o el superior tenía razones para conocer de estos hechos.⁵⁰⁴ En primer caso se supone que el superior tenía el conocimiento efectivo, confirmado mediante pruebas directas o circunstanciales.⁵⁰⁵ A su vez, la segunda opción implica que el superior disponía de cierta información de carácter general de las circunstancias del momento que le hubiera permitido conocer de los crímenes de sus subordinados.⁵⁰⁶ Esta información puede incluir datos relativos a la situación táctica, al nivel de preparación y formación de subordinados, o a los rasgos de su carácter.⁵⁰⁷ Como bien se indica en el comentario al Protocolo Adicional I, la ignorancia no exonera necesariamente a los superiores de su responsabilidad.⁵⁰⁸ Las infracciones de los subordinados que han alcanzado una amplia

⁵⁰² Torrez Peres, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, op. cit. pp. 286 – 288.

⁵⁰³ Bantekas, I., “The contemporary law of superior responsibility”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, N 2 (1999), p. 582.

⁵⁰⁴ Ver *Prosecutor v. Milorad Krnojelac* (IT-97-25-D), TPIY. Sentencia de 15 de marzo de 2002. Párr. 94.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*

⁵⁰⁶ Ver *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*. Párr. 94. *Prosecutor v. Delalic y otros* (Čelebici case) IT-96-21-A, TPIY. Sentencia de 20 de febrero de 2001. Párr. 238.

⁵⁰⁷ Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., p. 1014.

⁵⁰⁸ *Ibíd.* p. 1015.

notoriedad pública por ser numerosas, tener lugar durante periodos de tiempo prolongado y ocurrir en diferentes ubicaciones, forman aspectos que han de tenerse en cuenta para poder presumir que los superiores responsables hayan tenido conocimiento de estas infracciones.⁵⁰⁹

Por último, se trata del deber del superior de tomar medidas factibles, razonables o necesarias para prevenir las infracciones o castigar a los subordinados. Al mismo tiempo, tales medidas deben encontrarse dentro del alcance del superior, comprendidas dentro de su capacidad material.⁵¹⁰

Cabe destacar que el Estatuto de la CPI distingue entre la responsabilidad de los comandantes militares y la de los superiores civiles. En el caso de los jefes militares, su responsabilidad se genera incluso por el simple deber de conocer, mientras que la responsabilidad de los superiores civiles se limita a las conductas que implican una ignorancia deliberada y la falta de control apropiado. De este modo, sería más difícil de sancionar penalmente a superiores civiles. Sin embargo, como indica M. Torres Pérez, esta restricción debe considerarse más bien como un límite procesal a la competencia de la CPI.⁵¹¹

El personal de las EMSP incorporado en las fuerzas armadas de la parte contratante se posiciona dentro de la cadena del mando militar. Asimismo, los contratistas calificados como personas civiles pueden encontrarse bajo la autoridad del superior civil. Habrá que dirigirse a las disposiciones contractuales para determinar el ámbito de sus actividades y sus responsables inmediatos. De este modo, la responsabilidad del superior sirve de cierta garantía de que se realice la supervisión y el control del desempeño de sus funciones por parte de los miembros de las EMSP y de que la contratación del personal externo no exonere la parte contratante de toda la responsabilidad. Por otro lado, los contratistas privados pueden encontrarse en posición de autoridad, puesto que no se exige una designación formal de una persona como superior o los mismos poderes disciplinarios que los otorgados a los comandantes militares para establecer la existencia del control efectivo. En este caso, la responsabilidad del superior requiere que el personal de las EMSP ejerza la diligencia

⁵⁰⁹ *Ibíd.* p. 1016.

⁵¹⁰ *Čelebici case*. Párr. 395.

⁵¹¹ Torres Peres, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, op. cit., p. 296.

necesaria en relación con sus subordinados, aunque sus contratos no estipulan directamente este tipo de obligaciones.

Otra cuestión relevante es si los directores y los administradores de las EMSP pueden ser considerados como superiores en relación con su personal. Como indica M. Schmitt, muchas EMSP se organizan de manera similar a las entidades militares y prevén una estructura jerarquizada, debido a la naturaleza de sus actividades.⁵¹² Por tanto, el personal de las EMSP normalmente estará sujeto a cualquier forma de supervisión directa similar al mando militar.⁵¹³ Los códigos de conducta y los reglamentos internos, así como los contratos individuales pueden prever medidas disciplinarias que pueden ser aplicadas a los contratistas, como el despido o la suspensión del cargo, seguidos por la iniciación de una investigación interna y la notificación de las autoridades competentes sobre la conducta indebida. Asimismo, las medidas preventivas pueden incluir la formación del personal en materia del DIH y de los derechos humanos, así como la monitorización de operaciones llevadas a cabo por estos y el establecimiento de un sistema regular de informes sobre los incidentes. De este modo, puede afirmarse que los jefes de las EMSP pueden equipararse a los superiores civiles, cuando tienen la capacidad material para emitir órdenes obligatorios para el cumplimiento por parte del personal, para tomar medidas preventivas y castigar de cualquier forma a los infractores.

4.5. Los problemas de enjuiciamiento del personal de las EMSP por las violaciones del derecho internacional humanitario

Sin embargo, en la práctica, el enjuiciamiento del personal de las EMSP por las violaciones del DIH se enfrenta a varios obstáculos.

Los Estados en situación de conflicto armado, donde operan las EMSP, a menudo carecen de recursos necesarios para llevar a cabo la persecución penal o de

⁵¹² Schmitt, M., "Direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees", *op. cit.*, p. 530.

⁵¹³ *Ibíd.* p. 529.

voluntad política, debido a la dependencia de la seguridad nacional de la presencia de estas empresas.⁵¹⁴

Además, los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas que rigen el estatuto jurídico de las tropas extranjeras en relación con un país anfitrión⁵¹⁵ u otros instrumentos jurídicos similares pueden proporcionar inmunidad de jurisdicción local para los contratistas privados, de modo que la capacidad del Estado territorial, donde las EMSP llevan a cabo sus actividades, para cumplir su obligación de reprimir e investigar las violaciones del DIH o de los derechos humanos puede verse gravemente socavada.⁵¹⁶ Los SOFAs pueden ser elaborados tanto para objetivos específicos o actividades determinadas, como para cooperación a largo plazo, proporcionando flexibilidad y aplicabilidad amplias.⁵¹⁷ Este tipo de acuerdos puede incluir varias disposiciones relativas a los derechos y privilegios del personal extranjero presente en el territorio del Estado anfitrión, pero el punto central lo constituye la cuestión del ejercicio de la jurisdicción penal.⁵¹⁸ Así, Estados Unidos actualmente participa en más de cien acuerdos de este tipo.⁵¹⁹ Según el SOFA con Afganistán, el personal militar y civil estadounidense goza de inmunidad penal respecto a las autoridades afganas, tanto como de inmunidad civil y administrativa, con excepción de los actos realizados fuera del desempeño de las funciones a su cargo.⁵²⁰ *Coalition Provisional Authority Order N 17* proporcionó en el 2004 la inmunidad de la jurisdicción penal iraquí para los empleados de un considerable número de las EMSP respecto de todas las actividades que se llevasen a cabo en el marco de sus contratos o subcontratos.⁵²¹

Por otro lado, la persecución penal en los Estados diferentes del lugar de donde se produjo la infracción, es obstaculizada por las dificultades prácticas que surgen en el curso de la investigación. La obtención de pruebas necesarias, sobre todo declaraciones

⁵¹⁴ Lenhardt, C., “Individual liability of private military personnel under international criminal law”, op. cit., p. 1011.

⁵¹⁵ En inglés, Status of Forces Agreement. En adelante, SOFAs, por su abreviación en inglés.

⁵¹⁶ Tonkin, H., *State control over private military and security companies in armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 166.

⁵¹⁷ Mason, C. R., “Status of Forces Agreement (SOFA): What is it, and how has it been utilized?” *CRS report for Congress*, de 15 de marzo de 2012. p. 1. Disponible en: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL34531.pdf> (Consulta: 8-4-2014).

⁵¹⁸ *Ibíd.*

⁵¹⁹ *Ibíd.*

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ *Coalition Provisional Authority Order N 17*. Doc. CPA/ORD/27, de 17 de junio de 2004. Sec. 4, párr. 3. Disponible en: http://www.usace.army.mil/Portals/2/docs/COALITION_PROVISIONAL.pdf (Consulta: 8-4-2014).

de testigos, en el territorio de un país extranjero es costosa y requiere de una cooperación de alto nivel entre los Estados. Asimismo, la propia detección de las infracciones y la identificación de sus responsables en las zonas de conflicto presentan un desafío.⁵²²

Por último, no todos los Estados han concedido a sus tribunales la jurisdicción universal sobre las violaciones del DIH que no sean infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I. Además, la práctica no es uniforme en cuanto a la condición de un vínculo entre el acusado y el Estado que enjuicia. La legislación y la jurisprudencia de muchos países requieren que exista esta relación, “en particular que el acusado esté presente en ese Estado o haya caído en su poder”.⁵²³

Cuando un sistema nacional de justicia falla, queda la posibilidad de recurrir a la Corte Penal Internacional para procesar a los autores de las violaciones del DIH. Sin embargo, la CPI también tiene importantes limitaciones competenciales y estructurales. Los límites de carácter territorial establecen que la Corte sólo podrá ejercer su jurisdicción cuando el crimen haya tenido lugar en el territorio de uno de los Estados Parte, incluidos buques o aeronaves con la matrícula de uno de estos Estados, o cuando el acusado sea nacional de uno de estos. Muchos países todavía no han ratificado el Estatuto, mientras Estados Unidos, Israel y Sudan han declarado explícitamente su intención de no formar parte del acuerdo. Estados Unidos, incluso, intentó firmar acuerdos de impunidad con otros países, usando el artículo 98 del Estatuto, que le permite a un Estado no entregar a un nacional de otro Estado a la CPI cuando existe un acuerdo entre ellos que prohíbe la extradición, aunque muchos de estos acuerdos, al final, no entraron en vigor. A su vez, los límites de carácter temporal no permiten procesar crímenes antes de su vigencia. En cuanto a la competencia respecto a los crímenes de guerra, se establece que la Corte tendrá esta competencia, en particular, cuando los crímenes se cometen como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala. Aunque estos criterios no sirven como requisitos jurisdiccionales previos para los crímenes de guerra, estos pueden tomarse en cuenta en

⁵²² Ryngaert, C., “Litigating abuses committed by private military companies”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N 5 (2008), p. 1046.

⁵²³ Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, op. cit., p. 685.

la decisión relativa a la admisibilidad del caso.⁵²⁴ Además, pese al hecho de que el Estatuto de la CPI comprende una lista prominente de crímenes de guerra, no todas las violaciones del DIH han sido incluidas en ella, sobre todo las violaciones relativas a los conflictos armados no internacionales.⁵²⁵ Por último, hay que recordar que el alcance de la jurisdicción de la CPI está limitado por la complementariedad de esta con respecto a la de los Estados. Por tanto, la eficacia de su funcionamiento depende, en gran medida, de la ratificación efectiva del Estatuto de la Corte y de la cooperación entre los Estados, que a menudo no están interesados en esta cooperación por razones políticas.

En resumen, puede afirmarse que la impunidad del personal de las EMSP a menudo esta ocasionado más bien por la falta de recursos necesarios y/o voluntad política para procesar a los autores de las violaciones graves, así como la falta de mecanismos eficaces de supervisión y control de contratistas privados, que por lagunas normativas. Esta conclusión permite suponer que los mayores esfuerzos a nivel nacional e internacional deben concentrarse, por un lado, en el fortalecimiento de los mecanismos de ejecución de las normas existentes y, por otro lado, en el desarrollo de las medidas encaminadas a la prevención de la conducta indebida por el personal de las EMSP y el establecimiento de control efectivo sobre sus actividades.

⁵²⁴ Dörmann, K., “War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the elements of crimes”, *op. cit.*, pp. 345-347.

⁵²⁵ *Ibíd.* pp. 349.

CONCLUSIÓN

La tercerización de los servicios militares y de seguridad presenta una tendencia que sigue creciendo sólidamente en todo el mundo. Los Estados y las organizaciones internacionales se han convertido en los clientes principales de la industria de la seguridad, recurriendo a una cada vez más amplia gama de servicios ofrecida por las empresas privadas. A su vez, las empresas militares y de seguridad privadas multinacionales han desarrollado las tecnologías de seguridad más avanzadas y disponen de recursos humanos y fondos financieros mayores que las agencias de seguridad estatales o los ejércitos nacionales. El espectacular crecimiento del sector de la seguridad privada ha impulsado la reestructuración del balance de la relación entre los sectores público y privado en el ámbito de la seguridad. Esta tendencia ha suscitado las preguntas sobre la preservación del control del Estado sobre el uso legítimo de la fuerza.

La experiencia del uso de las EMSP ha revelado la falta de una regulación adecuada, de un sistema de monitorización y supervisión eficaces y de transparencia, ha revelado, también, las deficiencias en los regímenes de contratación y de autorización de las EMSP. Estos fallos han resultado en los casos de violaciones graves cometidas por el personal de las EMSP, que en muchas ocasiones han quedado impunes.

Los Estados han facilitado las condiciones para el crecimiento del sector de la seguridad privada. Consecuentemente, lo que se requiere es que los Estados se adapten rápidamente a la nueva realidad, para que se pueda maximizar los beneficios y minimizar los riesgos procedentes de la disponibilidad de los servicios de seguridad en el mercado libre. Los Estados deben encargarse de los desafíos planteados por la globalización de este mercado de seguridad. Y, en primer lugar, es esencial establecer un marco regulatorio eficaz de las actividades de las EMSP.

Sin embargo, aunque no existe un instrumento específico que establezca las normas directamente aplicables a este sector, sería inapropiado decir que las EMSP operan en un vacío legal o que no están sujetas a ninguna obligación legal.

En primer lugar, las reglas de atribución de responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos aseguran que el Estado se hace responsable por el uso de la fuerza, aún si delega sus funciones inherentes a los actores privados.

En segundo lugar, las normas del derecho internacional humanitario se aplican al personal de las EMSP durante un conflicto armado igual que a cualquier otro actor de un escenario bélico, aunque sus disposiciones no contienen ninguna referencia explícita sobre este tipo de actores privados. La variedad de las funciones que desempeñan las EMSP y de los ámbitos en los que pueden estar involucrados dificulta la determinación de su posición jurídica de manera única. No obstante, un análisis detenido caso por caso de la relación entre el Estado y la EMSP y de las actividades desarrolladas por su personal permite establecer la posición jurídica de los empleados de las EMSP y sus obligaciones y responsabilidades en el marco del derecho internacional humanitario. Sin embargo, lo dicho no significa que sea una tarea sencilla o que no haya desafíos en la implementación de las obligaciones legales en la práctica. Para determinar el estatuto legal de los contratistas privados y sus obligaciones consecuentes, hace falta abordar una serie de cuestiones difíciles planteadas por el derecho internacional humanitario: quién forma parte de las fuerzas armadas, qué equivale a la participación directa en las hostilidades, qué funciones son las inherentes al Estado. Todavía no existe un acuerdo decisivo sobre la interpretación de estas nociones. Debido a su ambigüedad, la frontera entre lo permitido y lo prohibido puede estar borrosa. Teniendo en cuenta que la situación legal de los empleados de las EMSP depende en gran medida de las circunstancias, los gobiernos y las empresas mismas deben considerar cuidadosamente a qué categoría quieren que pertenezcan sus actividades. En tal consideración han de tenerse en cuenta los beneficios del estatuto de prisionero de guerra, los riesgos de convertirse en objeto de ataque, los riesgos de ser perseguido jurídicamente y castigado en caso de participación directa en las hostilidades.

La mejor solución sería la incorporación obligatoria en las fuerzas armadas regulares de los empleados de las EMSP que por el carácter de sus obligaciones contractuales podrían involucrarse en las actividades que equivalgan a la participación directa en las hostilidades. En este caso, se trata de actividades de carácter cuestionable, que pueden calificarse de participación directa en determinadas circunstancias. Uno de los ejemplos sería su contratación para la protección de instalaciones militares. Sin duda, al personal de las EMSP se le debe de prohibir explícitamente el desempeño de

cualquier tipo de funciones que implique el uso de la fuerza coercitiva, como la participación en combate o la interrogación de prisioneros. La incorporación en las fuerzas armadas aseguraría el sometimiento del personal de las EMSP al sistema de justicia militar y a los códigos de conducta militares. Por otro lado, para que el personal de las EMSP que no está previsto a participar en las hostilidades cumpla con la calificación de personas civiles, sería esencial esclarecer qué tipo de actividades están prohibidas a desarrollar para las personas que no forman parte de las fuerzas armadas y qué tipo de actividades están permitidas. Parece razonable hacer tal aclaración en forma de listas orientativas no exhaustivas. Aunque tal aproximación pueda parecer demasiado casuística, cualquier definición de carácter general conlleva el riesgo de contener lagunas. Las funciones permitidas podrían incluir ciertos tipos de actividad que no tengan un impacto inmediato o una influencia decisiva en el resultado de una operación militar predeterminada, como los trabajos de reconstrucción de objetos civiles, la proporción de entrenamiento y asesoramiento militar general, el mantenimiento programado de equipamiento militar o los servicios logísticos y de abastecimiento no inmediatos a las zonas de operaciones militares. Por otro lado, a las personas que no forman parte de las fuerzas armadas se le deben de prohibir explícitamente las actividades como el funcionamiento de sistemas de armas u otro tipo de equipamiento esencial para las hostilidades inminentes o en curso (ej. control de vehículos aéreos no tripulados), los servicios logísticos y de transporte inmediatos al campo de batalla, la protección de instalaciones militares y la planificación militar a nivel operacional. Los ataques informáticos y la recopilación y el análisis de información de inteligencia pueden equivaler a la participación directa en las hostilidades cuando forman parte integrante de una operación militar y, por tanto, en tales circunstancias deben estar prohibidas para el desempeño por los contratistas privados.

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, aunque su aplicación directa a las corporaciones transnacionales es una cuestión polémica, sus normas sirven para establecer los estándares de funcionamiento y desempeño de sus actividades por las EMSP a través de instrumentos de *soft law* y las iniciativas de autorregulación de propias empresas.

Sin embargo, dado que este sector empresarial todavía presenta un fenómeno reciente, existen varias zonas grises y huecos normativos en su regulación. Por tanto, resulta evidente que es necesario emprender un esfuerzo coordinado a todos los niveles

regulatorios, que debe estar dirigido no sólo al remedio de las consecuencias, sino también a la prevención efectiva de la conducta indebida por parte de los contratistas privados.

La adopción de un Convenio relativo a las actividades de las EMSP parece una opción conveniente. Un instrumento de carácter internacional crearía las obligaciones para los Estados en materia de regulación de las actividades de las EMSP, proporcionando los estándares comunes en cuanto a la autorización de estas, las funciones permitidas y prohibidas para la contratación con las EMSP, así como las condiciones de desempeño de sus actividades y las formas de monitorización y control. Además, un Convenio internacional podría incluir las disposiciones que aclaren la posición jurídica del personal de las EMSP.

Las iniciativas internacionales presentan grandes avances en el campo de la regulación de las actividades de las EMSP. Sin embargo, en ausencia de fuerza vinculante, de mecanismos de control y de supervisión efectivos, la aplicación de estos instrumentos dependerá de la voluntad política. Los estándares establecidos deben estar incorporados, en primer lugar, en los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que las medidas regulatorias tienen las máximas posibilidades de ejecución a nivel doméstico. Además, es necesario que esta regulación se realice de manera coherente por los Estados que contratan a las EMSP, así como por los Estados en cuyo territorio estas operan o tienen su domicilio.

A los Estados de origen les corresponde un papel importante con respecto al control antecedente de las actividades de las EMSP, así como la prevención de posibles violaciones por parte de estas. Este control puede realizarse a través de un régimen de licencias y establecimiento de criterios para la selección del personal de las EMSP, así como de un sistema de notificación sobre los contratos firmados por las empresas y un registro de estos. Un régimen de licencias proporciona más flexibilidad que cualquier prohibición directa de involucración en los conflictos armados en el extranjero o de reclutamiento para el desempeño de funciones militares y de seguridad en el exterior del país. Tal régimen proporciona al Estado un cierto grado de control sobre las actividades de las EMSP y permite aumentar el conocimiento y la comprensión del sector, necesarios para afrontar de manera adecuada a los problemas que surgen en relación con

este. Sin embargo, la eficacia de un tal régimen requiere el cumplimiento de una serie de condiciones.

En primer lugar, han de estar claramente determinadas las actividades sujetas a la licenciaci3n, a condici3n de su revisi3n constante, de modo que se tomen en cuenta los nuevos desarrollos en la materia. Segundo, es necesario que las autoridades competentes que se encargan de la concesi3n de las licencias dispongan de toda la informaci3n pertinente respecto a las circunstancias pol3ticas, estrat3gicas y econ3micas en los Estados donde operan las EMSP y tomen en cuenta esta informaci3n. Tercero, es imprescindible que los requisitos para la concesi3n de las licencias sean claros y que el procedimiento sea transparente. Por 3ltimo, para que las condiciones de las licencias sean respetadas, es necesario contar con alg3n mecanismo m3nimo de supervisi3n, como, por ejemplo, la inclusi3n de las condiciones de transparencia o un sistema de informes peri3dicos sobre las actividades de las empresa.

A los Estados contratantes les corresponde la mayor responsabilidad por las actividades de las EMSP, ya que son ellos los que deciden a recurrir a sus servicios y las autorizan a desempeñar ciertas funciones en su beneficio. Cabe recordar que la responsabilidad por las actuaciones de actores privados puede ser atribuida a los Estados contratantes cuando una persona o entidad est3 facultada por el derecho interno para ejercer atribuciones del poder p3blico y act3a en esa capacidad⁵²⁶, o cuando una persona o un grupo de personas act3a por instrucciones o bajo la direcci3n o el control del Estado⁵²⁷. Estos principios han sido recogidos tambi3n en el Documento de Montreux al afirmar que “si bien el hecho de establecer relaciones contractuales con las EMSP por s3 mismo no entraña la responsabilidad de los Estados contratantes, 3stos son responsables de las violaciones del DIH, las normas de derechos humanos u otras normas del derecho internacional cometidas por las EMSP o su personal cuando esas violaciones sean imputables al Estados contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”.⁵²⁸

Como se ha mencionado en los cap3tulos anteriores, los contratos p3blicos, igual que la legislaci3n, pueden servir de herramienta poderosa, que establece un tipo de un marco de “garant3a de la calidad” para los servicios prestados por las EMSP. Por tanto, es

⁵²⁶ Proyecto CDI. Art. 5.

⁵²⁷ Proyecto CDI. Art. 8.

⁵²⁸ Documento de Montreux. Art. 7.

importante que el Estado contratante desarrolle una normativa pertinente a la contratación pública adecuada. A través de los contratos pueden establecerse los requerimientos de formación y entrenamiento adecuado del personal de las EMSP, la prohibición de subcontratación sin la previa aprobación, la obligación de respetar las normas internacionales y la legislación doméstica, así como la obligación de proporcionar cualquier información solicitada y someter a las autoridades competentes a sus empleados supuestamente involucrados en las conductas indebidas. Asimismo, los contratos pueden ser utilizados para asegurar la reparación de daños de las víctimas de las actuaciones de las EMSP, a través de la inclusión de las personas afectadas por las actividades de estas como terceras partes beneficiarias⁵²⁹ (cuando las normas nacionales relativas a las relaciones contractuales lo permiten). No está demás decir que a los Estados contratantes les corresponde la tarea de evaluación meticulosa de toda la información disponible sobre una EMSP y su personal antes de entrar en relaciones contractuales con ésta. Tal información debe incluir los antecedentes tanto de la compañía, como de sus empleados, los datos relativos a los servicios proporcionados por la empresa en los años anteriores, a sus propietarios y situación financiera, la política de contratación y de subcontratación de la empresa, así como la disponibilidad de mecanismos de supervisión y de medidas disciplinarias internas. Indudablemente, el mayor desafío para los Estados contratantes surge en relación con las EMSP contratadas para llevar a cabo las actividades en el exterior del país. En estos casos tienen que estar previstos mecanismos de control extraterritorial, que puede realizarse, por ejemplo, a través de la colaboración con las autoridades del Estado territorial u organizaciones regionales, que puedan proporcionar información sobre las actuaciones de las EMSP, y/o a través de una entidad independiente que realice su monitorización.

Además, para el Estado contratante es imprescindible fortalecer la transparencia en su política de contratación externa y el control parlamentario sobre los contratos públicos con las EMSP.

Los Estados territoriales, en cuyo territorio operan las EMSP, son los que están más afectados por sus actividades. Pero al mismo tiempo son ellos los que tienen la mayor posibilidad de reaccionar ante las violaciones y adoptar todas las medidas pertinentes para poder identificar al posible infractor y traer a este ante la justicia.

⁵²⁹ Tiefer, C., "No more Nisour squares: legal control of private security contractors in Iraq and after", *Oregon Law Review*, Vol. 88 (2009), pp. 768-772.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y manuales

Brownlie, I., *International law and the use of force by states*, Clarendon Press, Oxford, 1963.

Cameron, L., Chetail, V., *Privatizing war: private military and security companies under public international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Clausewitz, C. von, *De la guerra*, Idea Books, Barcelona, 1999. Trad. en castellano: Diez, A.

Chesterman, S., *Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Clapham, A., *Human Rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

D'Amato, A., *International law: process and prospect*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, NY, 1987.

Díaz Barrado, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho Internacional*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989.

Dinstein, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Espaliú Berdud, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho Internacional*, Thomson, Madrid, 2007.

Gazzini, T., *The changing rules on the use of force in international law*, Juris Publishing, Manchester, 2005

Gray, C., *International law and the use of force* (3ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008.

Green, L. C., *The contemporary law of armed conflict* (3ª Ed.), Manchester University Press, Manchester, 2008.

Harris, D.J., *Cases and materials on International Law* (6ª Ed.), Sweet & Maxwell, London, 2004.

Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Vol. I: Normas. Trad. en castellano Serrano García, M., CICR, Buenos Aires, 2007.

Iglesias, M.L., *La privatización de seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013.

Ijalaye, D.A., *The extension of corporate personality in international law*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, NY, 1978.

- Jagers, N., *Corporate human rights obligations: in search of accountability*, Intersentia, Antwerpen, 2002.
- Kaldor, M., *New & Old Wars* (2 ed.), Stanford University Press, Stanford, 2007.
- Milanovic, M., *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Moir, L. *The law of internal armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Pictet, J. S. (Ed.), *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of the prisoners of war*, ICRC, Geneva, 1960.
- Primoratz, I., *Civilian immunity in war*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Percy, S., *Mercenaries: The history of a norm in international relations*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Salmón, E., *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (Eds.), *Commentary on the Additional Protocols: of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.
- Scahill, J., *Blackwater: the rise of the world's most powerful mercenary army*, Nation Books, New York, 2007.
- Schreier, F., Caparini, M., *Privatising security: law, practice and governance of private military and security companies*, DCAF, Geneva, 2004.
- Skogly, S. I., *Beyond national borders: State's human rights obligations in international cooperation*, Intersentia, Antwerpen, 2006.
- Singer, P. W., *Corporate warriors: the rise of private military industry*, Cornell University Press, New York, 2008.
- Stone, J., *Aggression and world order: a critique of United Nations theories of aggression*, University of California Press, Berkeley, 1958.
- Tesón, F. R., *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality* (3^a Ed.), Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2005.
- Tonkin, H., *State control over private military and security companies in armed conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Torrez Peres, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Walzer, M., *Just and unjust wars: a moral argument with historical illustrations*, Basic Books, New York, 1977.

Artículos y capítulos de libros

Avant, D., “Privatizing military training”, *Foreign Policy in Focus*, Vol. 5, N 17 (2000), pp. 1-3.

Bantekas, I., “The contemporary law of superior responsibility”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, N 2 (1999), pp. 573-595.

Bartolini, G., “Private military and security contractors as “persons who accompany the armed forces”, en Francioni, F., Ronzitti, N. (Eds.), *War by contract: Human Rights, Humanitarian Law and private contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011. pp. 219 – 234.

Bellamy, A. J., “International law and the war of Iraq”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, N 2 (2003), pp. 497-520.

Bismuth, R., “Mapping a responsibility of corporations for violations of international humanitarian law sailing between international and domestic legal orders”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 38, N 2 (2012), pp. 203-226.

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, N 863 (2006), pp. 573 – 598.

Cassese, A., “Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?” *European Journal of International Law*, Vol. 10, N 1 (1999), pp. 23-30.

Cassese, A., “Mercenaries: lawful combatants or war criminals”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 40, N 1(1980), pp. 1-30.

Cantú Rivera, H. F., “Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento de status quo?” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 313-354.

Charney, J.I., “Transnational corporations and developing public international law”, *Duke Law Journal*, Vol. 32, N 4 (1983), pp. 748-788.

Cleary, S., “Angola – a case study of private military involvement”, en Peggy, M., Cilliers, J. (Eds.) *Peace, profit or plunder? The privatisation of security in war-torn african societies*, Insitute for Security Studies, 1999, pp. 141-173.

Clemmons, B. Q., Brown, G. D., “Rethinking international self-defense: the United Nations’ emerging role”, *Naval Law Review*, Vol. 45 (1998), pp. 217-246.

Cockayne, J., “Regulating private military and security companies: the content, negotiation, weaknesses and promise of the Montreux Document”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13, N3 (2009), pp. 401-428.

Deva, S., “Acting extraterritorially to tame multinational corporations for human rights violations: who should “bell the cat”?” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5 (2004), pp. 37-65.

Dickinson, L.T., “Public law values in a privatized world”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 31 (2006), pp. 383-426.

Dörmann, K., “War crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the elements of crimes”, en von Bogdandy, A., Wolfrum, R. (Eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, Koninklijke Brill N. V. Netherlands, 2003, pp. 341-407.

Doswald-Beck, L., “The legal validity of military intervention by invitation of the government”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 56, N 1 (1985), pp. 189-252.

Duruigbo, E., “Corporate accountability and liability for international human rights abuses: recent changes and recurring challenges”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, N 2 (2008), pp. 222-261.

Etapá, J.S., “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí”, en Jordá, A.G. (Ed.), *El conflicto de Irak y el Derecho Internacional: el caso Couso*, Universitat de Lleida, 2013, pp. 347 – 369.

Esteban, M.A., Jiménez, J., Librán, Á., “Un nuevo modelo de negocio en España: servicios integrados de inteligencia, seguridad y logística para la acción internacional”, *Inteligencia y Seguridad*, N6 (2009), pp. 39-85.

Fallah, K., “Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict”, *International review of the Red Cross*, Vol. 88, N 863 (2006), pp. 599 – 611.

Fauchald, O.K., Stige, J., “Corporate responsibility before international institutions”, *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, N 4 (2009), pp. 1027-1100.

Franck, T. M., “Interpretation and change in the law of humanitarian intervention”, en Holzgrefe, J.L., Keohane, R.O. (Eds.), *Humanitarian intervention: ethical, legal and political dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 204-231.

Frye, E., “Private military firms in the new world order: how redefining “mercenary” can tame the “dogs of war””, *Fordham Law Review*, Vol. 73, N 6 (2005), pp. 2607 – 2664.

Gillard, E.-C., “Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N 863 (2006), pp. 525 – 572.

Gomez del Prado, J., “A United Nations instrument to regulate and monitor private military and security contractors”, *Notre Dame Journal of International, Comparative and Human Rights Law*, Vol. I, N 1(2011), pp. 1-79.

Gomez del Prado, J.L., “Impact on human rights of a new non-state actor: private military and security companies”, *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. XVIII, N1 (2011), pp. 151 – 169.

Gómez del Prado, J.L., “Private military and security companies and the UN working group on the use of mercenaries”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, N 3 (2009), pp. 429 – 450.

Gutiérrez Espada, C., “Algunas reflexiones en torno a la “legítima defensa”, en Jiménez Piernas, C. (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, pp. 289-309.

Gutiérrez Espada, C., “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S”, *Anales de derecho*, N 19, pp. 49-58.

Gutiérrez Espada, C., “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “guerra de Kosovo)””, en Blanc Altemir, A. (Coord.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 191-220.

Harding, J., “The mercenary business: “Executive Outcomes”, *Review of African Political Economy*, Vol.24, N 71 (1997), pp. 67 – 89.

Hannum, H., “Book review: Human Rights obligations of non-state actors (by Clapham, A. Oxford University Press. Oxford. 2006.)”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, N 2 (2007).

Henkin, L., “Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, N 3 (1999), pp. 824-828.

Henkin, L., “The Universal Declaration at 50 and the challenge of global market”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25, N (1999), pp. 17-25.

Hilpold, P., “Humanitarian Intervention: is there a need for a legal reappraisal?”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, N 3 (2001), pp. 437-468.

Hoppe, C., “Passing the back: State responsibility for private military companies”, *European Journal of International law*, N 19 (2008), pp. 989 – 1014.

Howe, B., “On the justifiability of military intervention”, en Moseley, A., Norman, R. (Eds.), *Human Rights and Military Intervention*, Ashgate, Aldershot, pp. 170-185.

Jiménez García, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de ciudad Juárez”, *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 63, N 2 (2011), pp. 11-50.

Kaldor, M., “New Wars and Human Security”, en Johnson, A. (Ed.), *Global Politics after 9/11: The Demokratiya Interviews*, Foreign Policy Center, London, 2008. pp. 274 – 300.

Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R.B., “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, N 15(2005), pp. 15-60.

Kinley, D., Tadaki, J., “From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, N 4 (2003-2004), pp. 931-1023.

Kleffner, J. K., “The applicability of international humanitarian law to organized armed groups”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93. N 882 (2011), pp. 443-461.

Lauterpacht, H., "The subjects of International Law", en Lauterpacht, H. (Ed.), *International Law: collected papers. Vol. 1. General works*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 279-308.

Lenhardt, C., "Individual liability of private military personnel under international criminal law", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, N 5 (2008), pp. 1015-1034.

Milanovic, M., "From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties", *Human Rights Law Review*, Vol. 8, N3 (2008), pp. 411-448.

Miretski, P.P., Bachmann, S.-D., "The UN "Norms on the responsibility of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights": a requiem", *Deakin Law Review*, Vol. 17, N 1 (2012), pp. 5-41.

Nagel, T., "War and Massacre", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, N 2 (1972), pp. 123 – 144.

O'Connell, M.E., "Binding effect of international law for the soldier" en Fleck, D. (Ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (3ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 137-151.

Paust, J.J., "Human rights responsibilities of private corporations", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, N 3 (2002), pp. 801-825.

Pech, K., "Executive Outcomes – a corporate conquest", en Cilliers, J., Fraser, D. (Eds.), *Peace, profit or plunder? The privatisation of security in war-torn African societies*, Institute for Security Studies, 1999. pp. 81 – 109.

Percy, S., "Morality and Regulation", en Chesterman, S., Lehnardt, C. (eds.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, 2007, pp. 11 – 28.

Pozo Serrano, M.P., "El Derecho Internacional Humanitario ante las empresas militares y de seguridad privadas: aportaciones y límites del Documento de Montreux", en Ramón Chornet, C. (Coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 79 – 104.

"Present problems of the use of force in International Law", Sub-group on intervention by invitation, *Yearbook of Institute of International Law*, Vol. 74 (2011).

Randelzhofer, A., "Article 2(4)", en Simma, B. (Ed.), *The Charter of the United Nations: the commentary* (2ª Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 112-131.

Ratner, S., "Corporations and human rights: a theory of legal responsibility", *Yale Law Journal*, Vol. 111, N 3 (2001), pp. 443-545.

Redmond, P., "Transnational enterprise and human rights: options for standard setting and compliance", *The International Lawyer*, Vol. 37, N 1 (2003), pp. 69-102.

Remiro Brotóns, A., "¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad", *Política Exterior*, Vol. 13, N 69 (1999), pp. 17-22.

Remiro Brotóns, A., “La tentación de la agresión”, *Política Exterior*, Vol. 17, N 92 (2003), 19-24.

Richemond-Barak, D., “Regulating war: a taxonomy in global administrative law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, N 4(2011), pp. 1027-1069.

Rodríguez Carrión, A. J., “El elemento objetivo de la responsabilidad internacional por la violación de la obligación de abstenerse de recurrir a la fuerza”, en Jiménez Piernas, C. (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, 1989*, pp. 253-288.

Röling, B. V. A., “The ban on the use of force and the U.N. Charter”, en Cassese, A. (Ed.), *The current legal regulation of the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.

Roscini, M., “Threats of armed force and contemporary international law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 54 (2007), pp. 229-277.

Ryngaert, C., “Litigating abuses committed by private military companies”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N 5 (2008), pp. 1035-1053.

Sandoz, Y., “Private security and international law”, en Peggy, M., Cilliers, J. (Eds.), *Peace, profit or plunder? The privatisation of security in war-torn african societies*, Insitute for Security Studies, 1999, pp. 201-226.

Schabas, W. A., “Punishment of non-state actors in non-international armed conflict”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 26. N 4 (2002), pp. 907-933.

Sceimer, 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”, *American University International Law Review*, Vol. 24, N 3 (2009), pp. 611 – 646.

Schmitt, M.N., “Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements”, *International law and politics*, Vol. 42, pp. 697 – 740.

Scmitt, M. N., “Direct participation in hostilities” and 21st century armed conflict”, en Fischer, H.(Ed.), *Crisis management and Humanitarian protection: Festschrift fur Dieter Fleck*, BWV, Berlin, 2004. pp. 505 – 529.

Schmitt, M.N., “Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, N 2 (2005), pp. 511 – 546.

Schneiker, A., “National regulatory regimes for PMSCs and their activities: benefits and shortcomings”, en Jager, T., Kummel, G. (Eds.), *Private military and security companies: chances, problems, and pitfalls*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, pp. 407-419.

Schooner, S.L., “Contractors and the Ultimate Sacrifice”, *Service Contractor*, Sept. 2010, pp. 16 – 18

de Schutter, O., Eide, A., Khalfan, A., Orellana, M., Salomon, M., Seiderman, I., “Commentary to the Maastricht principles on extraterritorial obligations of states in the area of economic, social and cultural right”, *Human Rights Quarterly*, N 34 (2012), pp. 1084-1169.

Shue, H., “War”, en LaFollette, H. (Ed.), *The Oxford Handbook of practical ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 734 – 763.

Simma, B., “NATO, the UN and the use of force: legal aspects”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N 1 (1999), pp. 1-22.

Singer, P., “Corporate Warriors: The Rise of the Private Military Industry and Its Ramifications for International Security”, *International Security*, Vol.26, N3, pp. 186 – 220.

Singer, P.W., “War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, N 2(2004), pp. 521-550.

Stanger, A., Williams, M.E., “Private military corporations: benefits and costs of outsourcing security”, *Yale Journal of International Affairs*, Vol. 2, N 1 (2006), pp. 4 – 19.

Tiefer, C., “No more Nisour squares: legal control of private security contractors in Iraq and after”, *Oregon Law Review*, Vol. 88 (2009), pp. 745-775.

Van den hole, L., “Anticipatory self-defence under International Law”, *American University International Law Review*, Vol. 19, N 1 (2003), pp. 69-106.

Vierucci, L., “Private military and security companies in non-international armed conflicts: *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*”, en Francioni, F., Ronzitti, N. (Eds.), *War by contract: Human Rights, Humanitarian Law and private contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 235-262.

Wippman, D., “Military intervention, regional organizations, and host-state consent”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7 (2006), pp. 209-239.

Yoo, J., “International Law and the war in Iraq”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 563-575.

Recursos electrónicos

Abrhams, D., “Brief legal commentary on PMSCs in South Africa”. Disponible en: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/africa/south_africa/south_africa_legal_commentary_by_david_abrhams_2008-english.pdf (Consulta: 21-3-2014).

Business and International Humanitarian Law: an introduction to the rights and obligations of business enterprises under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2006, p. 14. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0882.pdf (Consulta: 31-3-2014)

“Blackwater guards again charged by US over Iraqi civilian deaths”, *RT News*, 18-10-13. Disponible en <http://on.rt.com/8yfl1b> (Consulta: 12-11-13)

Ballesteros Moya, V., “Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N 25 (2013). Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num25/articulos/empresas-militares-seguridad-privadas-como-entidades-ejercen-prerrogativas-publicas-efectos-responsabilidad-internacional-estado> (Consulta: 11-5-2014).

Beyond voluntarism: human rights and the developing international legal obligations. International Council on Human Rights Policy, Versoix, 2002. Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf (Consulta: 5-2-2014)

Business and Human Rights in conflict zones: the role of home states. Summary report of consultation co-convened by SRSG and Global Witness, de 5 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.globalwitness.org/sites/default/files/pdfs/berlin_report_final_2008.pdf (Consulta: 12-3-2014)

Casajuna Artacho, E. M., “The extraterritorial dimension of the state duty to protect human rights in relation to business activities”, ponencia presentada en el Congreso internacional sobre la implementación de los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos en España. Disponible en: <http://business-humanrights.org/media/documents/extraterritorial-dimension-of-state-duty-protect-human-rights-e-casajuna.pdf> (Consulta: 12-3-2014).

Freedonia. World Security Services – Industry Study with Forecasts for 2016 and 2021. Study 2978. 01.2012. Disponible en www.freedoniagroup.com (Consulta: 17-11-2013)

Hammes, T.S., “Private contractors in conflict zones: the good, the bad and the strategic impact”, *INSS CSR Strategic Forum*, Vol. 260 (2010), p. 2. Disponible en: www.ndu.edu/inss (Consulta 1-11-2013).

Hinojoza Martínez, L. M., “Irak y Afganistán: una comparación desde el derecho internacional”, *ARI*, N 10 (2008). Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/ARI2008/ARI10-2008_Hinojosa_Irak_Afganistan_drecho_internacional.pdf (Consulta: 1-5-2014).

Isenberg, D., “Contractors in War zones: Not exactly “Contracting”, *Time*, 9 de octubre de 2012. Disponible en: <http://nation.time.com/2012/10/09/contractors-in-war-zones-not-exactly-contracting/> (Consulta: 1-11-13).

Kollewe, J., “G4S faces down investors and protesters at annual meeting”, *The Guardian*, de 7 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.theguardian.com/business/2012/jun/07/g4s-faces-down-investors-protesters-annual-meeting> (Consulta: 11-3-2014).

Krahmann, E., Friesendorf, C., *The Role of Private Security Companies (PSCs) in CSDP Missions and Operations*, Policy Department DG External Policies study, European Parliament, Brussels, 2011, p. 5. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/803_sedestudy/_803_sedestudy_en.pdf (Consulta: 1-11-2013).

Künne, R., “Doce razones para fortalecer las obligaciones extraterritoriales en derechos humanos”, FIAN Internacional, Heidelberg, 2013, p. 15. Disponible en: [http://www.etoconsortium.org/nc/en/library/documents/?tx_drblob_pi1\[downloadUid\]=87](http://www.etoconsortium.org/nc/en/library/documents/?tx_drblob_pi1[downloadUid]=87) (Consulta: 12-3-2014).

Moreno Fernández, A. G., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N 12 (2006). Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/atribucion-al-estado-responsabilidad-internacional-hechos-ilicitos-particulares-intentos-flexibilizacion> (Consulta: 11-5-2014).

Nieuwhof, A., “Outcry in Denmark over firm’s involvement in occupation”, *The Electronic Intifada*, 15-12-2010. Disponible en: <http://electronicintifada.net/content/outcry-denmark-over-firms-involvement-occupation/9142> (Consulta: 11-3-2014)

O’Brien, K.A. “Private military companies: options for regulation”. Disponible en: http://www.ssrmnetwork.net/uploaded_files/3541.pdf (Consulta: 3-11-2013).

Pillay, N., *Annual labour and social policy review. The corporate responsibility to respect: a human rights milestone*, p. 1. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Press/HC_contribution_on_Business_and_HR.pdf (Consulta: 10-3-2014).

Pingeot, L., *Dangerous Partnership: Private Military & Security Companies and the UN*, Rosa Luxemburg Foundation report, Global Policy Forum, New York, 2012, pp. 23-24. Disponible en: http://www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPF_Dangerous_Partnership_Full_report.pdf (Consulta: 1-11-2013).

Russell Lee, M., “UN Global Compact allowed in private military contractor G4S as “not illegal” – but is that true? And is it the right standard?”, *Inner City Press*. Disponible en: <http://www.innercitypress.com/ungc2g4s031911.html> (Consulta: 11-3-2014)

deWinter-Schmitt, R. (Ed.), “*Montreux five years on: an analysis of state efforts to implement Montreux Document legal obligations and good practices*”, 2013. Disponible en: <http://ihrib.org/wp-content/uploads/2013/12/MontreuxFv31.pdf> (Consulta: 15-3-2014).

Zerk, J. A., *Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas*, Corporate social responsibility initiative working paper N 59 (2010), Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Disponible en: http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf (Consulta: 12-3-2014).

Fuentes documentales

Documentos ONU (en orden cronológico)

Ago, R., "Third report on State responsibility", UN Doc. A/CN.4/246, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part I (1977)

3989ª sesión del Consejo de Seguridad, Doc. S/PV.3989, de 26 de marzo de 1999

Statement by the Secretary General, Press Release (1999) 040, de 23 de marzo de 1999. Publicado en Krieger, H. (Ed.), *The Kosovo conflict and International law: an analytical documentation 1974-1979*

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Observación general 14, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000

Elementos de los Crímenes, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, de 2 de noviembre de 2000

Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional, 9 de agosto de 2001, Anexo a la Resolución A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002, Asamblea General

Security Council 4644th meeting, UN Doc. S/PV.4644, de 8 de noviembre de 2002

El derecho al agua, Observación general 15, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/2002/11, de 20 de enero de 2003

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, Informe presentado por el Relator Especial, Ballesteros, E.B., Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2004/15, de 24 de diciembre de 2003

Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003

Follow-up to the outcome of the Millenium Summit, Asamblea General, UN Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004

Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, Observación general N 31 (80), de 29 de marzo de 2004, Comité de Derechos Humanos, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 6 de mayo de 2004

Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, Informe del Secretario General. UN Doc. A/59/205, de 21 de marzo de 2005

Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2006/97, de 22 de febrero de 2006

El derecho a la seguridad social, Observación general 19, Comité de derechos económicos, sociales y culturales, UN Doc. E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008

Aclaración de los conceptos de “esfera de influencia” y “complicidad”. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Doc. A/HRC/8/16, de 15 de mayo de 2008

Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the peoples to self-determination. UN Doc. A/HRC/15/25 de 5 de julio 2010

Addendum “Regional consultaion for Africa on the activities of mercenaries and private military and security companies: regulation and monitorig. 3-4 March 2010.” UN Doc. A/HRC/15/25/Add.5 de 2 de junio de 2010.

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. UN Doc. A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011

Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the peoples to self-determination. Addendum “Mission to Equatorial Guinea (16 – 20 August 2010)”. UN Doc. A/HRC/18/32/Add.2 de 4 de julio de 2011

Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the peoples to self-determination. Addendum “Mission to Somalia (8 to 14 December 2012)”. UN Doc. A/HRC/24/45/Add.2 de 1 de julio de 2013

Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the peoples to self-determination. UN Doc. A/68/339 de 20 de agosto de 2013

Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the peoples to self-determination. Addendum “Mission to Honduras (18 – 22 February 2013). UN Doc. A/HRC/24/45/Add.1 de 5 de agosto de 2013

Otros documentos

Diplock Committee, Report of the Committee of Private Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries, 1976. Disponible en: http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/europe/united_kingdom/united_kingdom_diplock_report_1976.pdf (Consulta: 1-11-13)

La Responsabilidad de Proteger, Informe de la ICISS, de diciembre de 2001.

Green Paper. Private Military Companies: Options for Regulation 2001-2002, London, Foreign and Commonwealth Office, 2002. Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmfaff/922/922.pdf> (Consulta: 1-11-13)

“United Kingdom guidelines on humanitarian intervention”. Discurso del Secretario de Estado de Relaciones Exteriores y de Asuntos de Commonwealth, de 19 de julio de

2002. Publicado en Harris, D.J., *Cases and materials on International Law* (6^a Ed.), Sweet & Maxwell, London, 2004, pp. 957 – 958.

The National security strategy of the USA, 2002. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (Consulta: 9-5-2014)

“Attorney-General’s Memorandum of advice to the Commonwealth government on the use of force against Iraq”, publicado en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, N 1 (2003)

Iraq: legal position concerning the use of force, Letter from the Foreign Secretary to the Chairman of the Committee. Supplementary memorandum from the Foreign and Commonwealth Office. Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmfaif/405/3030407.htm> (Consulta: 8-5-2014)

Investigation of the Abu Ghraib detention facility and 205th military intelligence brigade MG George R. Fay. Doc. AR 15-6. Disponible en: <https://www.thetorturedatabase.org/document/fay-report-investigation-205th-military-intelligence-brigades-activites-abu-ghraib> (Consulta: 13-11-13)

“Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation”, 02-2004. Disponible en: <http://cryptome.org/icrc-report.htm> (Consulta: 13-11-13)

The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, Ed. 2004. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JS_P3832004Edition.pdf (Consulta: 17-11-2013)

“Memorandum on the objects of the Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill”, 2005. Publicado en *Government Gazette*, N 28163, de 24 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.cetim.ch/fr/documents/afriqueusud-loi42-ang.pdf> (Consulta: 20-3-2014)

Additional information about Blackwater USA, Memorandum from Majority Staff to the members of the Committee on Oversight and Government Reform, 2-10-2007. Disponible en: <http://i.a.cnn.net/cnn/2007/images/10/01/blackwater.memo.pdf> (Consulta: 12-11-2013)

The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations, U.S. Department of Homeland Security, Navy Warfare Publications, 2007. Disponible en: <https://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/> (Consulta: 17-11-2013)

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, de 17 de septiembre de 2008.

Memorandum for secretaries of the military departments chairman of the joint chiefs of staff under secretaries of defense commanders of the combatant commands, Secretary of

Defense, de 10 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/hrsp/docs/03-10-08dod-ucmj.pdf> (Consulta: 22-03-2014)

Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law, ICRC. 26-02-2009.

Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada, de 9 de noviembre de 2010. Disponible en: http://www.icocpsp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_SPA.pdf (Consulta: 16-03-2014)

Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada. Disponible en: <http://www.icocpsp.org/ICoCSignatoryCompanies.html> (Consulta: 16-03-2014)

Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos. Disponible en : http://www.voluntaryprinciples.org/wpcontent/uploads/2013/03/principios_voluntarios_espanol.pdf (Consulta: 17-03-2014).

Código de conducta y ética para el sector de la seguridad privada. Disponible en: http://www.coess.eu/Uploads/dbsAttachedFiles/Code_of_Conduct_and_Ethics_ES.pdf (Consulta: 17-3-2014).

Código de conducta de Sarajevo para empresas de seguridad privadas. Disponible en: <http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=124863> (Consulta: 17-3-2014)

Mason, C. R., “Status of Forces Agreement (SOFA): What is it, and how has it been utilized?” *CRS report for Congress*, de 15 de marzo de 2012. p. 1. Disponible en: <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL34531.pdf> (Consulta: 08-04-2014)

Fuentes normativas (en orden cronológico)

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949

Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949

Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949

Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949

Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950

Resolución 2131 (XX). Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, de 21 de diciembre de 1965

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969

Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, Asamblea General

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional, de 8 de junio de 1977

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984

Resoluciones del Consejo de Seguridad (en orden cronológico)

S/RES/678, de 29 de noviembre de 1990; S/RES/687, de 3 de abril de 1991; S/RES/1160, de 31 de marzo de 1998; S/RES/1199, de 23 de septiembre de 1998; S/RES/1203, de 24 de octubre de 1998; S/RES/1244, de 10 de junio de 1999; S/RES/1368, de 12 de septiembre de 2001; S/RES/1373, de 28 de septiembre de 2001; S/RES/1441, de 8 de noviembre de 2002; S/RES/1970, de 26 de febrero de 2011; S/RES/1975, de 30 de marzo de 2011

Estatutos de los Tribunales Internacionales

Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg de 1945

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998

Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, de 16 de enero de 2002

Fuentes jurisprudenciales

Asunto *Velazquez Rodriguez c. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988.

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.

CIJ

Case Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations. Opinión consultiva de 11 de abril de 1949.

Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970). Opinión consultiva de 21 de junio de 1971.

Case concerning paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America). Sentencia de 27 de junio de 1986.

Caso relativo a la legalidad del uso de la fuerza (medidas provisionales). Providencia de 2 de junio de 1999.

TPIY

Prosecutor vs. Tadic (IT-94-1-T), de 7 de mayo de 1997

Prosecutor vs. Dusko Tadic (IT-94-1-A), de 15 de julio de 1999

Prosecutor v. Milorad Krnojelac (IT-97-25-D), de 15 de marzo de 2002

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and others (IT-96-23, IT-96-23/1-A), de 12 de junio de 2002

Prosecutor vs. Strugar (IT-01-42-A), de 17 de julio de 2008

TPIR

Prosecutor v. J.-P. Akayesu (ICTR-64-4-T), de 2 de septiembre de 1998

Prosecutor v. Musema (ICTR-96-13), de 27 de enero de 2000

Prosecutor v. J.-P. Akayesu (IT-96-4-A), de 1 de junio de 2001