

EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

JAUME SAURA ESTAPÀ
MARTA BITORSOLI CIROCCO

INFORMES 10/2013

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

JAUME SAURA ESTAPÀ
MARTA BITORSOLI CIROCCO

INFORMES 10/2013

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

© Jaume Saura Estapà y Marta Bitorsoli Cirocco

© 2013 Institut Català Internacional per la Pau
Gran Via de les Corts Catalanes, 658, baixos 08010 Barcelona
T. +34 93 554 42 70 | F. +34 93 554 42 80
icip@gencat.cat | www.icip.cat

Maquetación

ICIP

DL: B. 8444-2013

ISSN: 2013-9446 (edición en línea)



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons de Reconocimiento – No Comercial – Compartir bajo la misma licencia 2.5 España. Para leer una copia completa de esta licencia visitar el siguiente enlace:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>

Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar este documento siempre que no se realice un uso comercial del mismo y se respete la autoría original.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	6
2. EL FENÓMENO DEL MERCENARISMO Y SU TRATAMIENTO HISTÓRICO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL	9
2.1 ANTECEDENTES	9
2.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCENARISMO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	12
2.3 LOS MERCENARIOS EN DERECHO INTERNACIONAL GENERAL	14
2.3.1 CONVENCIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA PARA LA ELIMINACIÓN DEL MERCENARISMO EN ÁFRICA	14
2.3.2 CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL RECLUTAMIENTO, LA UTILIZACIÓN, LA FINANCIACIÓN Y EL ENTRENAMIENTO DE MERCENARIOS	16
3. CARACTERIZACIÓN DEL FENÓMENO DE LAS EMSP Y EL ESTATUTO JURÍDICO DE SUS CONTRATISTAS	20
3.1 EL FENÓMENO CONTEMPORÁNEO DE LAS EMSP	20
3.1.1 BREVE PANORÁMICA HISTÓRICA	23
3.1.2 FACTORES QUE CONTRIBUYEN AL DESARROLLO DE LAS EMSP	24
3.2 FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN DE LAS EMSP	25
3.3 MERCENARIOS VERSUS CONTRATISTAS	28
3.4 IMPLICACIONES DEL FENÓMENOS EMSP: SU ESTATUTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	30
3.4.1 ASIMILACIÓN A LAS FUERZAS ARMADAS	31
3.4.2 ASIMILACIÓN A LOS CUERPOS VOLUNTARIOS U OTRAS MILICIAS PERTENECIENTE A UNA DE LAS PARTES EN CONFLICTO	33
3.4.3 ASIMILACIÓN A LAS PERSONAS QUE ACOMPAÑAN LAS FUERZAS ARMADAS	34
3.4.4 ASIMILACIÓN A CIVILES	34
3.5 PROPUESTAS DE REGULACIÓN INTERNACIONALES	36

3.5.1 LA INICIATIVA SUIZA	36
3.5.2 PROYECTO DE UNA POSIBLE CONVENCION SOBRE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS (EMSP)	39
4. PRINCIPIOS Y NORMAS DE DIH QUE SE VEN AFECTADAS POR LA PRESENCIA Y PARTICIPACION DE EMSP EN CONFLICTOS ARMADOS	43
4.1 PRESENTACION	43
4.2 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OBLIGACION DE RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	45
4.3 METODOS DE COMBATE: EL PRINCIPIO DE DISTINCION	49
4.3.1 EL PRINCIPIO DE DISTINCION	50
4.3.2 OTRAS REGLAS RELATIVAS A LA CONDUCCION DE LAS HOSTILIDADES	54
4.4 MEDIOS DE COMBATE: ARMAS Y ARMAMENTO PROHIBIDOS	55
4.5 LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS	62
4.5.1 GARANTIAS FUNDAMENTALES	63
4.5.2 ENFERMOS, HERIDOS (Y NAUFRAGOS) EN COMBATE	70
4.5.3 PRISIONEROS DE GUERRA	73
4.5.4 REGIMEN DE LA OCUPACION: EL TRATO A LA POBLACION CIVIL	77
4.6 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO	83
5. CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFIA	91

Una de las consecuencias más notables de la agresión de Estados Unidos y el Reino Unido sobre el Irak en 2003 fue la emergencia en la escena internacional de un fenómeno que, si bien no era en absoluto nuevo, nunca había tenido la visibilidad que le dio aquel conflicto: nos referimos a la proliferación de empresas privadas encargadas de ejercer sobre terreno funciones militares y de seguridad, a cuenta a menudo de los propios gobiernos ocupantes o, de manera más mediata, de otras empresas privadas, normalmente con sede en países occidentales. Pronto, los medios de comunicación se hicieron eco de los abusos cometidos por estos actores armados, que parecían tener “licencia para matar” y actuaban con total impunidad jurídica. Quizás el caso más emblemático tuvo lugar el 16 de septiembre de 2007, cuando fuerzas de seguridad privada de la compañía *Blackwater*¹ que custodiaban un convoy norteamericano en Irak mataron a 17 civiles, incluyendo varias mujeres y niños, en circunstancias que no justificaban el uso de la fuerza, pues no se había producido ni agresión ni amenazas previas.² No era más que la punta del iceberg de un negocio floreciente, opaco y escasamente tratado por la academia hasta aquel momento. Un fenómeno cuyos inicios se remontaban a la caída del imperio soviético y las guerras balcánicas y que se hallaba presente en otros muchos conflictos, aparte del iraquí, muy claramente en el de Afganistán.

Estas empresas militares y de seguridad privadas (en adelante, EMSP) resuenan en el imaginario colectivo a los antiguos, pero nunca desaparecidos, mercenarios. Pero son algo nuevo y desconocido en las normas jurídicas que han regido los conflictos armados desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Las normas de Derecho internacional

¹ A raíz del escándalo, *Blackwater Worldwide* fue refundada bajo el nombre de *Xe Services*. Vid. *The New York Times* de 14 de febrero de 2009, en <http://www.nytimes.com/2009/02/14/us/14blackwater.html> (consultado en septiembre de 2009). Sin embargo, su principal accionista y dirigente sigue siendo Eric Prince, su sede sigue en Carolina del Norte y la compañía sigue acaparando contratos con el Departamento de Estado norteamericano.

² UN Press Release: *Working Group on the Use of Mercenaries expresses concern over the killing of Iraqi civilians involving employees of private security company*, 25 de septiembre de 2007

humanitario tienen vocación de régimen autosuficiente y están dotadas de la capacidad de adaptarse a las nuevas realidades fácticas que trae consigo cada conflicto armado: nuevos métodos y medios de combate, nuevos actores públicos (belligerentes, movimientos de liberación nacional), nuevas atrocidades...no quedan fuera del derecho en vigor, ni cabe aplicarles aquel viejo adagio jurídico según el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Lo mismo cabe predicar de estos nuevos actores, en este caso no estatales, que están como mínimo “presentes” y a menudo “participan” en conflictos armados internacionales y no internacionales: el Derecho internacional humanitario les es exigible, aunque hay que examinar con qué alcance y en qué medida. Ciertamente, numerosas voces han reivindicado la necesidad de una nueva regulación internacional de este fenómeno (por todos: Gómez del Prado y Torroja 2011, 15-16), lo que hasta el momento no ha sido posible. Como veremos en las próximas páginas, por un lado el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas que trabaja esta cuestión ha propuesto un proyecto de posible convención al Consejo de Derechos Humanos, que ha sido recibido con notable frialdad por parte de los estados miembros. De otro lado, a iniciativa del Gobierno suizo y con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja, se han elaborado unos documentos de *soft law*, dirigidos a la autorregulación de estas empresas y a los estados que se relacionan con ellas; documentos que ni tienen pretensión de juridicidad, ni suplen la ausencia de un código vinculante. En fin, a falta de esas nuevas reglas del juego que den acomodo y pongan los necesarios límites a las EMSP, solo nos queda aplicar a estas empresas y a sus empleados, *mutatis mutandis*, las normas vigentes de Derecho internacional humanitario.

Este es el objeto de la presente investigación: analizar de qué manera y hasta qué punto el fenómeno EMSP queda cubierto y le son aplicables las normas de Derecho internacional humanitario. Para ello, dividimos el trabajo en tres grandes partes. La primera, de carácter introductorio, hace un repaso sobre el fenómeno clásico del mercenarismo y cómo la respuesta que le ha dado el Derecho internacional no solo ha sido tardía, sino que no resulta de excesiva utilidad para los modernos contratistas privados. En la segunda parte abordamos el origen, proliferación y funciones de las empresas militares y de seguridad privadas, así como las diferencias que las caracterizan en comparación con el mercenarismo clásico. Asimismo, tratamos de dilucidar cuál debería ser el estatuto jurídico de estas personas en el contexto de su participación en conflictos armados, cuestión que no tiene una respuesta clara y que seguramente se encuentra entre los más claros argumentos a favor de una regulación *ad hoc* del fenómeno. Finalmente, el segundo capítulo se cierra con un breve análisis de

las distintas iniciativas de regulación a las que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. La tercera parte del estudio analiza de forma pormenorizada los principios y normas de Derecho internacional humanitario que se ven afectadas por la presencia y participación de EMSP en conflictos armados. Tomando como base normativa el Derecho humanitario consuetudinario que ha sido identificado por el CICR (Henckaerts y Doswald Beck 2007), y teniendo en cuenta tanto la práctica conocida como las propuestas regulatorias mencionadas, este capítulo identifica los grados de exigibilidad de las principales normas de Derecho humanitario a las EMSP. Terminamos con las pertinentes conclusiones, de las que se va a desprender un deber genérico de respeto del Derecho internacional humanitario tanto por la empresa como por sus empleados; un principio que solo se exceptúa en aquellas normas de Derecho humanitario que solo corresponde aplicar al estado soberano en tanto que tal y que cabe matizar en algunas otras. Observaremos sin embargo que la inmensa mayoría de los principios y normas de Derecho internacional humanitario son perfectamente aplicables y deberían ser exigibles a las EMSP y sus empleados.

Los autores de este informe nos hacemos responsables conjuntamente de todo su contenido. Sin embargo, conviene dejar constancia de que la Sra. Marta Bitorsoli es la responsable principal de los capítulos 2 y 3, mientras que al Dr. Jaume Saura le ha correspondido la redacción del capítulo 4 y las conclusiones, así como la supervisión del conjunto.

Barcelona, 31 de diciembre de 2012

2. EL FENÓMENO DEL MERCENARISMO Y SU TRATAMIENTO HISTÓRICO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

2.1 ANTECEDENTES

La palabra mercenario encuentra sus orígenes en el latín *merces* (-edis), sueldo, y de hecho califica aquel que trabaja bajo la dirección de un tercero a cambio de dinero. Traspasado al ámbito militar, es el profesional de la guerra que presta sus servicios a sueldo de un tercer estado o de un grupo armado.

Hasta el mediados del siglo pasado combatir a sueldo del mejor postor no repugnaba la conciencia o la moral pública; por el contrario, el fenómeno del mercenarismo ha existido desde época inmemorial y los ejércitos de ciudadanos solo son un logro de los siglos XVII y XVIII, consecuencia de la construcción del estado nación y de la revolución francesa. La práctica de reclutar combatientes a sueldo ha sido la normal hasta hace relativamente poco tiempo: ya en los textos de Jenofonte y Tucídides encontramos combatientes que ahora sería calificables como mercenarios y los mismos tuvieron formidable éxito en los conflictos de la península italiana del siglo XIV y XV. En aquella época los señores involucrados en los numerosos conflictos territoriales contrataban combatientes organizados en verdaderas compañías, generalmente al mando de un italiano (*condottiero*) pero con “combatientes profesionales” sobre todo extranjeros. Las monarquías de los siglos XV y XVI se beneficiaron de sus prestaciones para consolidar las fronteras de sus estados.³

A principios del siglo XX el mercenarismo aún no era percibido como incompatible con los intereses estatales, menos aún internacionales, como se desprende del Reglamento sobre la guerra terrestre (Convención de La Haya de 1907), donde solo se prevé que a

³ El sistema no estaba exento de críticas, entre ellas las de Maquiavelo, tanto en *El arte de la guerra* como en *El Príncipe*.

un mercenario proveniente de un estado neutral no se le permitirá invocar, en caso de ser capturado, el estatuto de neutralidad en las hostilidades de su país de origen. En aquel tiempo, la esfera estatal se percibía como nítidamente distinta de la individual, con lo cual todo lo que se refiere a individuos quedaba al margen de la regulación destinada a los estados. En cierto modo, se podría afirmar que los mercenarios empiezan ser vistos como un potencial problema cuando, con el nacimiento del derecho de la neutralidad, el estado que no deseaba verse implicado en conflictos entre terceros se veía obligado a disuadir a sus ciudadanos de tomar parte en las hostilidades.

Así pues, será necesario esperar hasta la segunda mitad del siglo XX para ver la primera condena explícita del fenómeno del mercenarismo, tras su utilización para impedir el libre ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos bajo dominación colonial y de gobiernos de estados de reciente independencia. Es en este contexto que sus actuaciones empiezan a ser vistas con creciente repugnancia por parte de la comunidad internacional. En concreto, la obstaculización de la ingente misión de Naciones Unidas en Congo, entre 1960 y 1964, marcó un punto de inflexión en la criminalización de las bandas mercenarias. En efecto, en 1960 el Consejo de Seguridad había establecido una de las más importantes y complejas misiones de paz de su historia con el fin de respaldar al gobierno congoleño en el mantenimiento de su integridad territorial e independencia, lograda poco antes tras un siglo de dominación belga. Entre los fines de la misión estaba la protección del recién nacido gobierno de la interferencia de fuerzas externas, entre ellas mercenarios, así como preservar la integridad territorial del Congo ante las pretensiones secesionistas de Katanga. En este contexto, la Res. 161 (1961) de 21 de febrero, “2. *Insta* a que se tomen medidas para el inmediato retiro y evacuación del Congo de todo el personal militar y paramilitar y de los asesores políticos belgas o de otras nacionalidades (...) así como de los mercenarios”. Pocos meses más tarde, la Res. 169 (1961), de 24 de noviembre, del Consejo de Seguridad, iba un poco más allá:

4. “Autoriza al Secretario General a emprender una acción vigorosa, con inclusión en su caso del uso de la fuerza en la medida necesaria, para la inmediata aprehensión, detención en espera de su procesamiento o expulsión de todo el personal militar y paramilitar y los asesores políticos extranjeros no dependientes del Mando de las Naciones Unidas, así como de los mercenarios...”

Este y otros casos en los que se vieron involucrados mercenarios, su participación en la guerra civil en Nigeria por ejemplo, llevaron la Asamblea General a condenar el uso de mercenarios para violar la integridad territorial de terceros estados. En su “Declaración sobre los principios de Derecho internacional relativos a las relaciones amistosas y la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” [Resolución 2625 (XXV) de 1970], la Asamblea establece la obligación para los estados de prohibir la formación de grupos armados organizados al fin de la intervención en otros países dentro de sus fronteras:

“Todo estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro estado”.

Fijémonos, sin embargo, que la referencia al mercenarismo es instrumental: lo que se condena sustantivamente es la agresión, los mercenarios son solo un medio entre otros a tal fin. Con todo, la ola de descrédito del mercenarismo dio impulso a, por un lado, la redacción del artículo 47 en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (1977), que como veremos excluye a los mercenarios de la categoría de combatientes y, por tanto, del derecho a detentar la condición de prisionero de guerra si son capturados. Y, por otro, a la puesta en marcha de las negociaciones de la futura Convención de las Naciones Unidas, que vio la luz solamente en 1989. Una Convención nacida básicamente inoperante, como luego tendremos ocasión de señalar, en tanto que en el momento de su adopción el mercenarismo ya había procurado adaptarse a la nueva realidad económica y empezaba la sistemática organización de los servicios militares en forma de empresa, en la mayoría de los casos según el modelo japonés *just in time*: aumento de la productividad a través de la reducción de costos de gestión (Romani 2008).

Así pues, en el conjunto del ordenamiento jurídico internacional encontramos definiciones y regímenes del mercenarismo tanto en la rama del Derecho internacional humanitario como en la del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta doble consideración proporcionaría una cobertura completa de las manifestaciones concretas del fenómeno, es decir, tanto en tiempo de paz como de guerra, si realmente fueran eficaces. De hecho, las normas en cuestión resultan ser obsoletas e inservibles, pues ya no existen prácticamente combatientes que cumplan con los requisitos necesarios para

ser considerado mercenarios (requisitos que básicamente se repiten en los dos sistemas de normas).

Las consecuencias jurídicas y la esfera de aplicación de los dos tipos de instrumentos son distintas: las convenciones internacionales pertenecientes al Derecho internacional de los derechos humanos consideran el mercenarismo un crimen y se aplican en tiempo de paz, mientras que el Protocolo adicional I se limita a excluir estos profesionales de la esfera de los combatientes legítimos y se aplica a los conflictos de carácter internacional. En cambio, no hay substanciales diferencias por lo que se refiere a la definición y a los requisitos necesarios para ser considerado mercenario, como veremos inmediatamente.

2.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCENARISMO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Tal como ya hemos puesto de manifiesto, en sus orígenes el Derecho internacional humanitario no cuestiona el mercenarismo ni lo sitúa fuera o dentro de la Ley. Así, el *Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, contenido en el IV Convenio de la Haya de 1907 se limitaba a establecer que un sujeto que tomase parte en las hostilidades bajo el mando de un estado distinto del de su nacionalidad, sería tratado como un soldado del estado para el que prestare servicio y en caso de captura no podría beneficiarse de la neutralidad del estado de proveniencia.⁴

La misma indiferencia respecto a los mercenarios se desprende todavía en 1949, de la formulación del III Convenio de Ginebra, que admitía al goce del estatuto de prisioneros de guerra cualquier individuo que se integre en un grupo armado organizado que, sin ser las fuerzas armadas del estado, reúna los requisitos de su art. 4.

Las cosas cambian, como hemos visto, a partir de los sesenta cuando ejércitos de mercenarios utilizados en contra de movimientos de liberación nacional y de estados de reciente independencia atraen la atención de la comunidad internacional, cuyo descrédito dará lugar a los artículos 46 y 47 del Protocolo adicional I, que valen a excluir de la esfera de los combatientes legítimos a mercenarios y espías. Pero a diferencia del espía (que no se define oficialmente) en el ámbito del Derecho

⁴ En cambio, el mismo Convenio dedica hasta tres artículos a los “espías” que es otra de las categorías estigmatizadas en el derecho internacional humanitario clásico.

internacional humanitario, el art. 47.2 del Protocolo I requiere para ser considerado mercenario el cumplimiento simultáneo de las siguientes condiciones:

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

Como ya hemos destacado, la única consecuencia que el Protocolo prevé en caso de que un sujeto cumpla (de manera simultánea y cumulativa) con todos los requisitos para ser considerado mercenario, es la de quedar fuera de la noción de combatiente legítimo, con lo cual: a) no podrá beneficiarse de la aplicación del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura; y b) no tendrá la cobertura prevista para los actos lícitos de guerra. Esta última consecuencia no es baladí, si se considera que entonces el mercenario podría ser juzgado por tribunales penales ordinarios o militares por sus actos ilícitos. Al menos en teoría, porque en la práctica las dificultades de aplicación, sobre todo el establecimiento de la jurisdicción competente y la voluntad de juzgar estos sujetos, nacionales a menudo de muy influyentes potencias mundiales, rinden sustancialmente vana esta posibilidad.

Cabe señalar que no se hace mención de los mercenarios en el Protocolo II, dedicado a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. Ello tiene sentido teniendo en cuenta que el Protocolo II no contempla la figura del prisionero de guerra: si esa figura no existe, no parece necesario excluirla en el caso de los mercenarios. En cualquier caso, el Protocolo II, cuando es aplicable, es exigible a todos los actores armados involucrados en un conflicto armado no internacional, con independencia de su naturaleza gubernamental o no.

Por otro lado, el artículo 47 del Protocolo I ha sido recogido en el estudio de Derecho internacional humanitario de la Cruz Roja,⁵ que lo considera una norma consuetudinaria, a pesar de que algunos estados involucrados en el manejo de mercenarios (modernos) se hayan abstenido de ratificar el Protocolo.⁶

2.3 LOS MERCENARIOS EN DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Los mercenarios no han sido solo objeto de atención en los textos de *ius in bello* dedicado a los conflictos internacionales, sino también de tratados de Derecho internacional de los derechos humanos (relativos a la represión de prácticas contrarias a esos derechos), tanto universal como regional. En este marco encontramos sendos tratados de las Naciones Unidas (1989) y de la Organización para la Unidad Africana (1977) que tipifican el mercenarismo como un crimen, a diferencia de lo que hace el Protocolo I. Esta criminalización refleja el descrédito hacia los mercenarios del tiempo en que vieron la luz esos tratados, si bien con un tenor mucho más parcial de lo que podría parecer: la condena al mercenarismo no es tan absoluta sino condicionada a una cierta utilización finalista de los mercenarios, en tanto que las tropas privadas obstaculicen un movimiento de liberación nacional.

2.3.1 CONVENCIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA PARA LA ELIMINACIÓN DEL MERCENARISMO EN ÁFRICA

La Convención, que vio luz en Libreville en 1977, entró en vigor en 1985 y cuenta hoy con treinta estados partes (entre ellos Libia pero no Costa de Marfil, dos países donde los mercenarios han sido recientemente utilizados). Cabe recordar que es un instrumento creado por una organización regional, con lo cual solo vincula a los estados de la región africana que han finalizado el proceso de ratificación. Constituye el instrumento jurídico más agresivo hacia los mercenarios y el mercenarismo, que define como un crimen contra la seguridad y la paz en África.

Es interesante subrayar que esta convención prevé que el crimen sea susceptible de ser cometido por parte de individuos, grupos organizados, representantes estatales y

⁵ Norma 108. Los mercenarios, tal y como están definidos en el Protocolo adicional I, no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo.

⁶ Los Estados Unidos han declarado que no consideran que las disposiciones del art. 47 PA I sean consuetudinarias, como se lee en los comentarios a la norma 108 del Estudio de Derecho Consuetudinario en cuestión (Henckaert y Doswald-Beck 2007, 445-449).

estados mismos. Sin embargo deja claro desde su primer artículo cuál es el fin que hará el hecho criminal (el intento de contrarrestar con la violencia armada un movimiento de autodeterminación o la integridad territorial de otro estado), así que el alcance de la criminalización varía en función de la cualificación que sea dada al grupo contra el que se utilicen los mercenarios y queda prácticamente circunscrito a formas de violencia que provengan del exterior (“agresión”). En cambio, la violencia doméstica, contra o a favor de un grupo rebelde o insurreccional, en la medida que no atente al principio de autodeterminación ni a la integridad territorial del estado, no excluiría la utilización de mercenarios, por lo menos según establece la Convención.

Respecto de la definición de mercenario, no hallamos excesivas diferencias entre este texto y el del Protocolo I, adoptado aquel mismo año. De conformidad con el artículo 1, se entiende por mercenario toda persona que:

- a) Haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado;
- b) De hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c) 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;
- d) No sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) No sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f) No haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un estado que no sea parte en conflicto.

Como cabe observar, la diferencia más sustantiva estriba en que no hace falta aquí que la compensación material (aunque debe existir: letra c) sea “considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grados y funciones similares”. De hecho, esta disposición del art. 47 del Protocolo I había sido infructuosamente obstaculizada por numerosos estados africanos en sede de sus trabajos preparatorios. En este sentido, pues, la definición de mercenario aquí propuesta es más amplia que la del Protocolo I y, en parte también, la del Convenio de 1989.

Junto con la definición de “mercenario”, el artículo 1 del tratado acota el “crimen de mercenarismo” a la realización de una serie de comportamientos con el objetivo de oponerse por la fuerza armada a un proceso de autodeterminación, estabilidad o integridad territorial de otro estado, cometido por un individuo, grupo o asociación, pero también por un estado o sus representantes. Dichos comportamientos son

(a) Shelters, organizes, finances, assists, equips, trains, promotes, supports or in any manner employs bands of mercenaries;

(b) Enlists, enrolls or tries to enroll in the said bands;

(c) Allows the activities mentioned in paragraph (a) to be carried out in any territory under its jurisdiction or in any place under its control or affords facilities for transit, transport or other operations of the above-mentioned forces.

Finalmente, el Convenio establece obligaciones positivas para los estados partes tanto en términos de prevención del mercenarismo (por ejemplo, impedir que sus nacionales o residentes se embarquen en actividades mercenarias o prevenir la entrada y tránsito de personas o bienes dedicados al mercenarismo) como para que adopten medidas penales y jurisdiccionales internas para dar concreta actuación a lo establecido en la convención (tipificación, establecimiento de jurisdicción, extradición, etc.). Pero siempre, dada la definición de mercenario a la que ya hemos aludido, solamente cuando exista un componente extranjero en el uso de la fuerza.

2.3.2 CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL RECLUTAMIENTO, LA UTILIZACIÓN, LA FINANCIACIÓN Y EL ENTRENAMIENTO DE MERCENARIOS

Este tratado fue adoptado en el seno de las Naciones Unidas en 1989 tras nueve años de debates y trabajos preparatorios. El asunto había sido examinado por primera vez en la Asamblea General en 1979, gracias a la iniciativa de Nigeria y tras la aprobación de los tratados que acabamos de examinar. Como ya hemos visto, el impulso hacía la redacción de este tratado fue el empleo de mercenarios en las guerras de liberación nacional y en la desestabilización de los gobiernos en los estados de reciente

independencia, sobre todo en África, y ello resulta evidente desde el preámbulo, donde se lee que los estados partes:

“Conscientes de que se utilizan, reclutan, financian y entrenan mercenarios para actividades que quebrantan principios de derecho internacional tales como los de la igualdad soberana, la independencia política, la integridad territorial de los estados y la libre determinación de los pueblos”.

Además de obligar a los estados partes a no reclutar, utilizar, financiar o entrenar mercenarios y de prohibir tales actividades, la Convención los obliga a extraditar o a procesar a los mercenarios que se encuentren en su territorio, independientemente de que el delito se haya cometido allí o en otra parte. Su mayor peculiaridad es la de haber combinado dos enfoques complementarios: por un lado tipificar los delitos cometidos por parte de los mercenarios; y, por otro, criminalizar la conducta ilícita de quienes promueven u organicen tales actividades. En realidad, el tratado sigue el esquema de las convenciones de Naciones Unidas de lucha y represión contra las violaciones más graves de derechos humanos (discriminación racial, tortura, desaparición forzosa) y codifica el principio *aut daedere aut judicare*, típico de los crímenes internacionales.

Los requisitos previstos en el primer artículo para ser considerado mercenario son los mismos que en el Protocolo I. Es decir, se mantiene aquí, a pesar de las críticas en sede de trabajos preparatorios, el requisito de la remuneración considerablemente superior a la de los de rango similar.

El segundo párrafo del artículo 1 tiene por objeto ofrecer una noción alternativa de mercenario (dice “se entenderá *también* por mercenario toda persona *en cualquier otra situación*”) a quien:

a) haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de:

- i) Derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un estado, o de,
- ii) Socavar la integridad territorial de un estado;

b) 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) no sea nacional o residente del estado contra el que se perpetre ese acto;

Seguramente porque ya se detectaba la dificultad de cumplir todos los requisitos cumulativos exigidos hasta entonces, se trata de un concepto en parte simplificado respecto de lo que hemos visto hasta ahora. Pero también, finalista: solo vale si la acción mercenaria va dirigida a derrocar un gobierno o socavar su orden constitucional o integridad territorial.

No solo es criminal el mercenarismo como tal, sino también el reclutamiento, financiación, empleo y entrenamiento de mercenarios (artículo 2). Por tanto, no es imprescindible el requisito de la participación directa en actos de guerra para la criminalización del mercenarismo, sino que también los que promueven estas actividades y quienes permanecen en la retaguardia son susceptibles de incriminación.

Finalmente, el Convenio de la ONU también prevé obligaciones positivas y preventivas para los estados, que deberán dar actuación a nivel interno modificando de concierto las propias legislaciones penales.

A pesar de estas virtudes, tampoco esta Convención sirve para el fenómeno de las EMSP, pues prevé el mismo sistema de requisitos de integración progresiva, muy poco susceptibles de ser cumplidos por parte de los contratistas y, como la Convención africana, el fin específico de oponerse a la autodeterminación.

Además, la Convención solo pudo entrar en vigor el 20 de octubre de 2001, tras la ratificación de 22º estado parte y en la actualidad cuenta con el respaldo únicamente de 32 estados, para los que constituye un instrumento vinculante de Derecho internacional. Una cifra francamente decepcionante.

* * *

Los instrumentos jurídicos existentes no se prestan a regular el fenómeno de la prestación de servicios militares en forma de empresa. Podrían tener cierta virtualidad en los pocos casos que aún se dan de mercenarismo tradicional, pero la escasa

participación de los estados, sobre todo en el segundo instrumento, sus límites técnicos y el no menos importante olvido institucional que padecen, los convierten en instrumentos inoperantes en la práctica. Como veremos más adelante, la falta de operatividad es debida sobre todo a la distancia que hay entre el mercenario clásico y el nuevo fenómeno de los contratistas.

En las siguientes páginas veremos en qué concretamente se diferencian los mercenarios clásicos de los modernos contratistas, cuyo empleo parece ser siempre más común y difuso, por parte de gobiernos, de compañías privadas de carácter transnacional y distintas naturalezas y hasta de organizaciones internacionales, incluso ONGs.

Las mismas agencias de Naciones Unidas y de la Cruz Roja internacional no han desdeñado el recurso a este tipo de fuerzas para la protección de sus instalaciones y personal y/o para facilitarle el acceso a lugares controlados por grupos armados. Incluso para mejorar la calidad de las misiones de paz bajo el mando del Consejo de Seguridad ha sido propuesto el empleo de militares profesionales privados: el mismo Secretario General Kofi Annan llegó a admitir que había evaluado esta posibilidad en el caso ruandés, aunque luego lo descartó alegando que el mundo no estaba listo para “privatizar la paz”.⁷

En suma, el creciente empleo de contratistas para desempeñar funciones de muy amplio alcance parece ser la traducción en términos militares de la ola de privatización que se ha difundido en cada sector desde los años noventa, adaptándose además a la nueva realidad global del mercado. En este contexto urge aclarar cuál es el estatuto jurídico de los contratistas, cuáles sus obligaciones bajo el Derecho internacional humanitario, cuándo se aplican y sobre todo cómo hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento y sobre quién recae la competencia jurídica.

⁷ Citado en *Private military Companies: options for regulations*, Informe de la Cámara de los Comunes, de 12 de febrero de 2002.

3. CARACTERIZACIÓN DEL FENÓMENO DE LAS EMSP Y EL ESTATUTO JURÍDICO DE SUS CONTRATISTAS

Una vez analizado el fenómeno clásico, y solo parcialmente superado, del mercenarismo, en este apartado vamos a examinar tres cuestiones conexas vinculadas a la caracterización de las nuevas empresas privadas que se dedican a proveer servicios de seguridad, incluyendo a menudo componentes militares, con carácter transnacional: sus orígenes, concepto y funciones; el estatuto que ellas y sus trabajadores deban tener conforme al Derecho internacional humanitario; y las propuestas que empiezan a proliferar para su regulación.

3.1 EL FENÓMENO CONTEMPORÁNEO DE LAS EMSP

La locución *Empresas Militares y de Seguridad Privadas* (EMSP) que utilizamos en este informe no es pacífica ni uniforme. Con ella se hace referencia al amplio fenómeno de los contratistas modernos, sobre el cual no se ha logrado todavía un incondicionado consenso, sobre todo por lo que respecta a la utilización del término *militar*. Lejos de ser meramente un problema terminológico, definir jurídicamente un fenómeno implica dibujar las líneas de las responsabilidades, de los deberes y de las obligaciones, en suma el estatuto jurídico.

Así que, desde el principio del debate sobre el fenómeno en cuestión, una de las mayores dificultades ha sido la de encontrar una terminología pacíficamente aceptada; obstáculo que es directa consecuencia de la heterogeneidad de los intereses involucrados, tanto por parte de los estados, cuya postura varía notablemente según sean emisores o receptores de estas empresas, como de las compañías mismas.

Como corroboración basta con ver las diferencias entre las definiciones propuestas en los textos pseudonormativos a que nos referiremos al final de este apartado. Por ejemplo, al art. 2 del Proyecto de convención del Grupo de trabajo de Naciones Unidas define las EMSP como:

“entidad empresarial que preste servicios militares y/o de seguridad remunerados por medios de personas físicas y/o jurídicas”.

De esta no se aleja mucho la proporcionada por el Documento de Montreux, con el añadido de la descripción de los servicios que estas empresas pueden prestar:

“Las ‘EMSP’, como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales”.

Sin embargo, en el subsiguiente Código de Conducta, elaborado en el mismo marco del Documento –la Iniciativa Suiza-, desaparece cualquier referencia al carácter militar y se nos propone una definición en la que caben desde Xe Services hasta Prosegur:

“Compañías de Seguridad Privada y Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (de forma conjunta llamados en adelante "CSP") - toda empresa, según lo establecido en el presente Código, *cuya actividad empresarial consiste en la prestación de servicios de seguridad ya sea en nombre propio o en nombre de terceros, independientemente de cómo esa empresa se define a sí misma*”.

Fuera de estos textos semioficiales, una definición capaz de reflejar la fenomenología de las EMSP podría ser la de “empresas privadas legalmente constituidas que ofrecen servicios de asistencia, consulta, respaldo y seguridad armados, bien sea en vía alternativa bien como complemento a las fuerzas armadas del estado que las contrata, en el escenario de una situación de conflicto armado” (Güell Peris 2009, 217-218). Nos parece interesante de esta definición la amplitud de funciones que reconoce a las

EMSP, la concreción del contexto militar y la contribución al esfuerzo bélico que proporcionan estas empresas. Sin embargo, creemos que es innecesariamente restrictiva la referencia al “estado” como único agente contratante posible de estas empresas.

Las empresas militares y de seguridad privadas destacan por su naturaleza híbrida, resultado de la conjugación entre el carácter militar de las funciones que pueden ejercer, tradicionalmente perteneciente al núcleo duro de las funciones estatales (seguridad y defensa), y el comercial de la contratación y prestación de servicios. No hay que olvidar que el objeto de estudio de este informe se circunscribe a los casos en los que intervengan directamente en el combate, desempeñen funciones de carácter militar al lado de los ejércitos regulares o misiones de seguridad fácilmente susceptibles de convertirse de pasivas-defensivas en activas, con relativo recurso a la fuerza armada.

De lo que se trata es, pues, de la organización en forma de empresa de servicios militares, de seguridad o asimilados. Dicho sea lo anterior a grandes rasgos, puesto que luego cada manifestación concreta será el resultado de la combinación de una serie de variables, en particular las funciones ejercidas, el contexto de operación, el cliente contratante, etc. Entre otras cosas esto conlleva que haya una importante diferencia de fines entre empresas privadas y cuerpos estatales, discrepancia no desdeñable cuando hay que respetar los principios reguladores de la conducción de las hostilidades: las fuerzas armadas estatales tienen como fin obtener victorias militares y están obligadas a elegir la medida que posiblemente suscite el menor daño posible, en términos de sufrimiento de las personas y de impacto en el territorio. Para las compañías privadas, su principal objetivo es la obtención del mayor beneficio posible, naturalmente para alcanzar las metas de la parte que las ha contratado. No es casualidad que a menudo no hayan dudado en contratar personal “barato”, procedente de países menos desarrollados, dejando de lado su profesionalidad en materia de seguridad o su formación en materia humanitaria (Bondia 2009, 155).

Esto nos lleva directamente a la relevancia que asume en este trabajo el prisma de lectura proporcionado por el Derecho internacional humanitario, cuyos mismos pilares se ven puestos en peligro por la presencia de profesionales militares, provistos de armas y a menudo sin evidentes signos de distinción, en escenarios de alta tensión o de conflicto mismo.

Dicho esto, una puntualización resulta necesaria antes de seguir. Dada la extrema diversidad interna del fenómeno de la industria militar privada (y la acepción militar ya contribuye a delimitar el sistema), parecería conveniente diversificar aún en función del concreto grado de participación o implicación en las operaciones bélicas, de la amplitud de los servicios prestados; en suma, del concepto de “participación directa en las hostilidades”. Estas variables funcionarían como parámetro para establecer diferentes *species* dentro del *genus* EMSP, que no deberían ser pasadas por alto a la hora de establecer el tratamiento jurídico.

3.1.1 BREVE PANORÁMICA HISTÓRICA

Si quisiéramos establecer el tránsito del mercenarismo clásico a la nueva industria militar como una línea, a fines didácticos, habría por lo menos tres hitos fundamentales. El primero debería ser fijado en los mismos años en que arrecian las críticas contra el mercenarismo, el decenio de los sesenta. De hecho, ya en esta primera etapa, empieza a ser evidente la rentabilidad de los profesionales de la guerra y ven la luz los primeros casos de organización en forma de empresa. Por ejemplo, en 1967, David Sterling, un ex comando de la aviación británica, funda *Watchguard*, una compañía privada de provisión de mercenarios, entre cuyo historial figura la dirección de las tropas omaníes en la represión de la guerrilla marxista del Dhofar en los años 1965 -1970 (Rene Naba 2007).

Será en los años ochenta cuando, agotada la ola de descrédito que circundaba los mercenarios por sus intervenciones en las guerras de liberación nacional, el mercenarismo pasará por un fundamental proceso de reconversión, con el fin de obtener cobertura legal a través de la colocación de los servicios militares y de seguridad en el sector terciario avanzado. En estos años asistimos al salto de calidad que les abre la vía a la organización en forma de empresa y a su colocación en el mercado de los servicios.

Empieza entonces a adquirir carácter estructural el reclutamiento de compañías privadas por parte países en vía de desarrollo o con escasez de recursos para la formación de sus propias fuerzas armadas, así como para el mantenimiento del orden público. Hasta llegar a la primera participación explícita y directa en hostilidades, y aquí aparece el segundo momento crítico, en el caso de la compañía surafricana

Executive Outcomes en el marco del conflicto de Angola. En 1992, la recién creada⁸ empresa surafricana fue contratada por parte del gobierno de Angola para combatir contra la UNITA (Unión Nacional para la Independencia Total de Angola) y retomar la región del Soyo, rica en recursos naturales y entonces bajo el control del grupo.

Aunque no se haya luego repetido casos de contratación de EMSP para la participación directa y explícita en los combates⁹, hecho que hizo hablar de la desaparición de la clase *combat ready* de las compañías, su empleo no ha hecho más que multiplicarse con el pasar de los años, a un nivel, esto sí, más subterráneo.

Finalmente, las EMSP alcanzan la cúspide en las guerras (y sobre todo las postguerras) de Irak y Afganistán, cuando de repente la atención de la comunidad internacional y de la opinión pública se fijó en los contratistas y su empleo, aunque aquello no era más que la punta del iceberg de un fenómeno ya ampliamente desarrollado. Los incidentes en que se han visto implicadas estas empresas y sus contratistas, junto con el ingente despliegue¹⁰ de fuerzas privadas en las llamadas *guerras contra el terrorismo* no podían pasar ya más desapercibidas.

3.1.2 FACTORES QUE CONTRIBUYEN AL DESARROLLO DE LAS EMSP

A la evolución que acabamos de examinar han contribuido una serie de circunstancias que han favorecido el desarrollo de estas empresas, bajo distintas perspectivas. Podríamos enumerar estos factores que, en término diacrónico, han contribuido al crecimiento de las EMSP (Saura 2010, 3-4).

En primer lugar, el desmantelamiento de la antigua URSS y el fin de la guerra fría, con la consiguiente reducción de los ejércitos, dejaron disponibles en el “mercado” una relevante cantidad de soldados profesionales y armas. Ese surplus de personal y armamentos se alinea, históricamente, con la ola de privatización neoliberal de los

⁸ *Executive Outcomes* fue creada en 1989 por Eeben Barlow, exoficial del “Civil Cooperation Bureau”, una unidad del ejército surafricano que llevaba a cabo operaciones encubiertas e incluso asesinatos. Barlow se benefició del ingente número de personal calificado a disposición en el mercado tras el redimensionamiento del South African Defence Force, consiguiente al fin de las guerras con Namibia y Angola y a la caída del régimen de apartheid.

⁹ *Executive Outcomes* y *Sandline International* han sido las compañías más activas de la década de los noventa, tomando parte directamente en unos conflictos. Sandline fue creada por a principio de los noventa y ha estado involucrada en los conflictos de Papúa nueva Guinea, 1997, Sierra Leona, 1998, y Liberia, 2003.

¹⁰ Se calculaba que en 2009, las varias agencias del Departamento de Defensa estadounidense habían contratado en Irak más de 182.000 contratistas, entre ellos uno 118.000 iraquíes, 21.000 norteamericanos y unos 40.000 provenientes de países terceros (Pozo Serrano 2009, 375).

noventa, que desembocará también en el sector de la seguridad y constituye otro factor fundamental para el crecimiento de la industria militar privada.

Otro elemento fue, y continúa desempeñando un papel fundamental, la nueva naturaleza de los conflictos y de los medios de combate. En efecto, el sector de las tecnologías armamentísticas está protagonizado por numerosas EMSP, que se ocupan de desarrollo, manejo y mantenimiento de nuevas armas, haciendo de sus servicios algo casi imprescindible para los ejércitos más modernos y potentes.

A esto se suma el cambio que ha ido tomando forma en la conducción de las hostilidades: ya no hay, sino solo esporádicamente, guerras de carácter internacional, sino más bien conflictos internos o situaciones de alta tensión dentro de las fronteras de un solo estado. Ahora bien, aunque los enfrentamientos no sobrepasen las fronteras, los intereses implicados proceden de diferentes países o aéreas de influencia; no en vano, los conflictos tienen lugar en países particularmente ricos de recursos naturales o que suscitan el interés de las potencias mundiales por su importancia geoestratégica.

En estos escenarios, recurrir a fuerzas privadas permite la presencia y el control de un área sin que sea necesario desplegar un contingente “oficial”, enmascarando así la real dimensión de una intervención y de los relativos gastos bélicos ayuda. Lo cual permite controlar un área o favorecer la parte más cercana a los propios intereses, sin deteriorar el grado de aceptación pública de un gobierno o quebrantar débiles equilibrios internacionales.

3.2 FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN DE LAS EMSP

Uno de los primeros expertos de la industria militar privada, Peter Singer (Singer 2007, 191), identificaba tres clases de compañías en función de las misiones que desempeñaban. Muy sintéticamente, se trataba de *military provider firms*, en el caso de que proporcionasen servicios militares propiamente dichos; *military consulting firms*, si se ocupaban sobre todo de asistencia y consulta al combate; y finalmente *military support firms*, con respecto a las que favorecían respaldo logístico.

Tras los escándalos de Irak y Afganistán y la supuesta disminución de empleo de EMSP se ha hablado del fin de las empresas de la primera categoría, aunque en realidad de

manera precipitada, tal como denuncian los continuos llamamientos a la necesidad de regulación de las compañías por parte del grupo de trabajo de las Naciones Unidas que se ocupa del tema.¹¹ Lo cierto es que no vienen contratadas explícitamente para desempeñar servicios estrictamente militares, pero su verdadero papel a menudo desborda lo establecido en los contratos.

La realidad misma pone de manifiesto que no es así, en tanto que las condiciones que han llevado a las dimensiones actuales del fenómeno persisten todavía; y a aquellas han ido sumándose otras que conforman un terreno muy fértil para el crecimiento de las compañías. Por ejemplo, la necesidad de control de áreas geopolítica y económicamente estratégicas a través de la formación de las fuerzas militares *in loco*¹²; las revoluciones de la llamada “primavera árabe”, donde el respaldo no oficial a una u otra parte puede ser garantizado recorriendo a fuerzas privadas (en Libia ha sido ingente el empleo de contratistas por ambas partes del conflicto, incluso después del conflicto, tanto que el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas ha expresado varias veces su preocupación)¹³; el cambio en la percepción de la “seguridad”, que de bien público pasa a ser mercancía de comercio, lo que justifica en cada país la proliferación de fuerzas privadas (basta con observar alrededor de un aeropuerto o hasta en un simple centro comercial); la siempre más frecuente contratación de EMSP aún por parte de organizaciones internacionales y ONG por sus misiones humanitarias; finalmente, el mercado de la seguridad y protección de buques en las rutas marítimas más arriesgadas por la presencia de piratas.¹⁴

Puntualizado lo anterior, por lo que se refiere a la clasificación, pues, hay que destacar que siguen existiendo empresas estrictamente militares y no solo de seguridad y que clasificarlas en distintas tipologías puede resultar de utilidad en tanto que las misiones

¹¹ “Mercenaries still pose a serious threat to human rights, warns UN expert body”, April 2011, <http://www.unog.ch> (consultado en septiembre de 2012). Se trata del Grupo de Trabajo sobre el Uso de Mercenarios como Medio para Violar los Derechos Humanos e Impedir el Ejercicio del Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación. En adelante, el “Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas”. Su contacto es: wgmercenaries@ohchr.org.

¹² El Departamento de Estado estadounidense ha creado, recientemente, el *US Army African Regional Command* que está desempeñando un importante papel de consulta y asistencia en las reformas de los ejércitos africanos en el marco del Security Sector Reform (McFate, 2008, 646).

¹³ Para más informaciones consultar la web de las declaraciones del Grupo: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/NewsSearch.aspx?SID=Mercenaries> (consultado en septiembre de 2012)

¹⁴ Sobre este último particular, vid. el reciente informe *Piratería en Somalia: ¿excusa u oportunidad geopolítica?*, Centre Delàs, Octubre 2012.

que pueden desempeñar son también un factor de definición del estatuto jurídico de los empleados y de la eventual responsabilidad de la misma compañía, con particular atención a las que presten servicios de respaldo al combate.

Sin embargo, cualquier clasificación deberá ser leída a la luz de su función pedagógica y no como un compartimento estanco, puesto que en el terreno los acontecimientos concretos no siempre corresponden a los planteados. La clasificación de las EMSP comúnmente aceptada hoy en día distingue entre empresas militares y de seguridad, aunque internamente las asociaciones que agrupan las empresas rechazan cualquier clasificación de militar, quizás porque ello las acercaría al concepto de mercenarios, del que quieren mantenerse al margen para no quebrantar su legitimidad. Además, calificarlas como empresas militares implica el reconocimiento de la necesidad de una regulación más estricta, que sobreentiende la insuficiencia de mera autorregulación.

En consecuencia de esta partición, las funciones propias de la *seguridad* serían, a grandes rasgos:

- Protección y seguridad tanto de personas como de lugares
- Vigilancia y transporte
- Asistencia y consulta logística
- Gestión del riesgo
- Asistencia a organizaciones humanitarias en zonas de conflicto, post conflicto o de alta tensión

Mientras que pertenecerían a las más propiamente *militares* las siguientes funciones:

- Manejo y mantenimiento armas de altas tecnología y/o sistemas informáticos
- Entrenamiento de fuerzas militares
- Funciones militares auxiliares
- Espionaje

- Protección de empresas privadas de distinta naturaleza o de misiones oficiales en zonas de conflicto armado, sea éste internacional o no

En realidad, esta última, el desempeño de funciones de protección en zonas de alto riesgo, se sitúa en un limbo entre las dos categorías (seguridad y militar) debido a la probabilidad de recurso a la fuerza armada para cumplir con los fines asignados.¹⁵

Este es solo un ejemplo de la variedad de funciones para las que pueden ser contratadas las EMSP y sirve aún para tener una idea de lo amplio que es el sector de los servicios de seguridad y militares.

En situaciones de conflicto o alta tensión, pues, estos grupos se sitúan en una zona gris entre combatientes, actores no estatales y civiles. No es clara la línea de atribución de responsabilidad por eventuales actos ilícitos y si su presencia quebranta el respeto del principio básico de distinción.

Aunque admitiendo, pues, que la privatización de la seguridad (incluyendo la seguridad militar) es un fenómeno que ya no puede ser eliminado, es urgente hacer efectivo el llamamiento para el pleno respeto del Derecho internacional humanitario y del de los derechos humanos por parte de estos actores, estableciendo claros paradigmas de responsabilidad en caso de violación.

3.3 MERCENARIOS VERSUS CONTRATISTAS

Resulta muy remota, aunque no se puede descartar, la posibilidad que un contratista de una EMSP encaje con lo previsto en la definición de mercenario que hemos examinado más arriba y que básicamente cubre aquellos casos de contratación por parte de uno de los beligerantes de un individuo singular para que preste sus servicios militares en el conflicto.

En primer lugar el principal móvil que la norma toma en consideración para el reclutamiento de mercenarios es el de la retribución económica, que además deberá ser “considerablemente superior” de la de un soldado de par nivel (salvo en la Convención

¹⁵ Por ejemplo las que se ocupan de la reconstrucción del Irak post-Saddam o de la explotación de recursos naturales. En algunos casos este último fenómeno logra una dimensión estatal reconocida: en Angola la ley prevé que solo puedan trabajar empresas de extracción o explotación de recursos que tenga su propia fuerza armada de protección.

africana). Ello obvia tomar en consideración el hecho de que existen aún combatientes no legítimos cuya motivación reside en pulsiones ideológicas o que el sueldo reservado a muchos contratistas provenientes de países en vías de desarrollo no queda muy distante de sus colegas regulares. En cualquier caso no cabe duda que tanto a las EMSP como a sus contratistas les mueve, ante todo, el ánimo de lucro; y que algunos de ellos, una minoría, están muy bien pagados.

Un segundo obstáculo a la utilización de aquella definición es el carácter finalista que se apunta a la condena del mercenarismo: solo si va vinculado a agresiones extranjeras de algún tipo cabe activar los convenios de 1977 y 1989. Lo cual cabe perfectamente en los casos de Irak y Afganistán, por ejemplo, e incluso en algún supuesto de golpe de estado promovido desde el exterior con participación de contratistas (Guinea Ecuatorial); pero excluye otras situaciones pura o esencialmente domésticas.

También es restrictivo el requisito de la directa participación en las hostilidades, concepto que al no ser claramente establecido en el sistema de Derecho internacional humanitario, resulta extremadamente difícil de definir en los escenarios de las modernas técnicas bélicas¹⁶. Supone excluir de la esfera del mercenario todo aquel que preste servicio al lado de las fuerzas armadas desempeñando funciones secundarias, no estrictamente militares, pero sí altamente estratégicas. Además, también habría que excluir a todos los que lleven a cabo funciones eminentemente de protección y defensa, aunque en ciertos contextos sean fácilmente susceptibles de desembocar en el uso de la violencia armada.

Finalmente, cabe notar que formalmente al mercenario lo contrata directamente la parte beligerante, mientras que los contratistas privados contemporáneos son empleados de la EMSP. Ciertamente, el Protocolo I dice también que puede haber sido contratados “en nombre de ella [la parte en conflicto]” lo que podría cubrir los casos en que la EMSP ha sido contratada por un estado, pero que en cambio seguiría sin servirnos para aquellos supuestos, en absoluto desconocidos, en que el contratante es otra empresa privada, por ejemplo una industria extractiva, que opera en el contexto de un conflicto armado. O, eventualmente, que el contratante sea una parte beligerante no estatal.

¹⁶ La vaguedad de la noción de participación directa hace necesario un análisis caso a caso de los hechos, es decir, una reconstrucción en vía interpretativa en cada supuesto de hecho. Significativamente, el art. 49 del Protocolo I se limita a establecer que la mera participación en el esfuerzo bélico *no* se considera participación directa.

En suma, buena parte de las situaciones que protagonizan en la actualidad las EMSP y sus contratistas no encajan en la definición clásica de mercenario, aunque tampoco se puede considerar completamente inútil aquella definición para incluir algunos supuestos contemporáneos.

Ahora bien, una vez dejado claro que los contratistas actuales no pueden ser asimilados a los mercenarios tradicionales cabe decir que sí pueden ser vistos como su evolución, mejor dicho, su adaptación mercado global-transnacional.

Para acabar, hay que subrayar también que la asignación de funciones tan delicadas a compañías privadas es susceptible de contaminar el monopolio estatal del uso de la fuerza y aún el de tomar decisiones en función solo y exclusivamente de los intereses públicos. Además, detrás de la falta de regulación del fenómeno puede esconderse lo que Singer llama “relevancia política del vacío legislativo”, o sea un retorno utilitario de tal falta, de la que muchos gobiernos se han beneficiado (Singer 2004). Por poner un ejemplo, es precisamente esta vaguedad que permite al gobierno estadounidense seguir contratando una compañía como *DynCorp*, con un historial más que dudoso desde las guerras de los Balcanes, para numerosos proyectos de reconstrucción y protección en el Irak post Saddam o en Afganistán; o que se permita a la compañía *Blackwater* de seguir prestando servicios tras haber cambiado de denominación.

3.4 IMPLICACIONES DEL FENÓMENO EMSP: SU ESTATUTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El principio de distinción, piedra angular de todo el conjunto de normas del Derecho internacional humanitario, se halla en serio riesgo ante la falta de claridad sobre el estatuto jurídico de los contratistas militares privados; tanto por el hecho de que fuerzas armadas privadas desarrollan funciones en contextos de conflicto o alta tensión, como porque éstas a menudo trabajan en zonas densamente pobladas de civiles.

La formulación actual del Derecho humanitario no admite *tertium genus* entre lo que es civil y lo que es combatiente, como pone de manifiesto el artículo 50 del PA I, que, operando *de residuo*, califica de civil todo aquel que no cumpla con los requisitos del combatiente. En función de la pertenencia a una u otra categoría se determinará, pues, el trato al que poder ser sometido en caso de captura, el régimen de protección así como el de responsabilidad.

Cualquier otra categoría no está contemplada y su eventual establecimiento no tiene cobertura jurídica, como la de “combatiente ilegal”, pensada para los prisioneros de Guantánamo con el fin exclusivo de situarlos fuera del goce del estatuto de prisionero de guerra, sin disfrutar por el contrario de los derechos y garantías que se prevén para los civiles que cometen actos ilícitos en un contexto bélico.

A la luz del *ius in bello* se considera combatiente todo aquel que sea autorizado a tomar parte directa a las hostilidades, con lo cual quedará inmune a los actos lícitos de guerra, a no ser que constituyan violación grave del Derecho internacional humanitario u otro tipo de crimen internacional. Además, los combatientes son objetivos militares y en caso de captura serán considerados prisioneros de guerra. Mercenarios y espías, en virtud de los artículos 46 y 47 del PA I, quedan fuera del área de los combatientes legítimos, con lo cual la ecuación contratista–mercenario, confinaría los empleados de las EMSP dentro de las fronteras de lo que se estima civil.

Es este el terreno, entonces, que ha sido la base del debate sobre el estatuto jurídico de los contratistas militares privados, que ha visto enfrentarse distintas posturas, todas construidas por asimilación: a los combatientes, por un lado; a los mercenarios clásicos por otro, con lo cual su paradigma de responsabilidad equivaldría al de los civiles que hayan tomado parte en las hostilidades; y finalmente a los civiles, de pleno. Podemos ver a grandes rasgos cuáles son las tesis que fundamentan cada una de las opciones propuestas, que no son excluyentes entre sí, sino que pueden responder a situaciones de hecho distintas sobre el terreno.

3.4.1 ASIMILACIÓN A LAS FUERZAS ARMADAS

Según el Documento de Montreux, al que nos referiremos inmediatamente: “los empleados de las compañías estarán protegidos como civiles *a menos que se hayan incorporado a las fuerzas armadas regulares de un estado*”. Así que la única posibilidad de que puedan ser considerados combatientes, y sometidos a las normas de Derecho internacional humanitario, sería que estas personas fuesen contratadas directamente por un estado, que con un acto formal los incorpore a sus fuerzas armadas.

Para poder llegar a esta solución haría falta interpretar de manera extensiva los artículos 4 a, 1) y 2)¹⁷ del III Convenio de Ginebra (prisioneros de guerra) y los 43 y 44 del Primer Protocolo Adicional (dedicados respectivamente a Fuerzas armadas y combatientes y prisioneros de guerra). Se considerarían combatientes las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, incluidos los organismos paramilitares o los servicios armados encargados de velar por el orden público, que se encuentren jerárquicamente bajo la autoridad de un comandante responsable frente una de las partes en conflicto, que sean sujetos a un régimen de disciplina interna y *cuya incorporación a las fuerzas armadas haya sido acreditado por parte del estado, con relativa notificación al adversario*. El régimen disciplinario sería pues el de las respectivas fuerzas regulares.

Del acto oficial de incorporación debería poderse desprender la voluntad de los contratistas de someterse al régimen disciplinario del ejército y a las reglas de coordinación técnica entre fuerzas regulares y privadas en el campo.

Así las cosas, la eventualidad de que los contratistas se hallen sometidos al Derecho internacional humanitario por esta vía, en el escenario muy optimista de que el gobierno contratante los asimile a sus fuerzas armadas, tan solo cubriría una escasa parte del fenómeno de las EMSP. Según el asesor jurídico de la Cruz Roja, Gillard, apenas el 20% de estas compañías son contratadas por parte de estados, por lo menos las británicas a la luz de los datos proporcionado por el director de la IPOA (Gillard 2006, 532)¹⁸. Nos atrevemos a afirmar que el porcentaje de casos en que, además, se ha cumplido el requisito formal de la “incorporación” y de la “notificación” es muy inferior, por no decir irrisorio.

De hecho, los gobiernos que recurren a las fuerzas armadas privadas para que presten servicios al lado de sus ejércitos, además en contextos no pacíficamente calificables como conflicto armado internacional, siempre lo hacen por operaciones de mero

¹⁷ “Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.”

¹⁸ Siempre según nos dice Gillard, sin embargo, el porcentaje aumenta en el caso del gobierno estadounidense y de sus agencias (Gillard 2006, 532.).

respaldo, dejando, por lo menos en teoría, reservado al personal militar oficial el servicio armado.

En fin, a través de esa operación la responsabilidad por los actos de los empleados, recaería en última instancia sobre el estado contratante, lo cual tropieza con la razón de ser misma de la externalización de funciones a las compañías. Si es verdad que con la incorporación a las fuerzas armadas se extendería el deber de respetar el Derecho humanitario por parte de los empleados, no parece desprenderse de los gobiernos una actitud que haga esperar tal intención.

3.4.2 ASIMILACIÓN A LOS CUERPOS VOLUNTARIOS U OTRAS MILICIAS PERTENECIENTES A UNA DE LAS PARTES EN CONFLICTO

El artículo objeto de interpretación extensiva aquí es el 4.a) 2 del III Convenio de Ginebra, que se refiere al personal armado no oficialmente integrado en las fuerzas armadas y que requiere la satisfacción de cuatro requisitos: hacer parte de una organización que esté bajo el mando de un responsable; que haya un régimen de disciplina interno; llevar signos distintivos evidentes para ser distinguibles de la población civil en cada momento, perceptibles a distancia; y llevar armas abiertamente. Prerrequisito será que el grupo pertenezca a una de las partes en conflicto. La *ratio* histórica de esta previsión era la posibilidad de otorgar el goce del estatuto de prisionero de guerra a los partisanos, que podían así encajar en el sector de los combatientes.

El lazo entre la milicia voluntaria (que en este caso sería la EMSP) y el estado debería ser explícito y sobre su naturaleza se ha pronunciado el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, estableciendo que el estado parte en un conflicto armado debería ejercer control sobre ellos y que debería ser demostrada una relación de dependencia entre estado y milicia.¹⁹

En cualquier caso de asimilación al ejército regular de un estado, estas fuerzas privadas tendrían la consideración de combatientes y sería aquél el responsable en última

¹⁹ ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1), Judgment of 15 July 1999, paras. 93–94. El Tribunal así suaviza el grado de control requerido para poder hablar de control por parte de un estado sobre un grupo armado; de hecho el caso anterior fue el de los Contras en Nicaragua y la Corte Internacional de Justicia estableció que debía tratarse de “control efectivo” (ICJ, *Nicaragua v. U.S.*, 1986).

instancia para los actos de los empleados, de acuerdo con el artículo 91 PA I, y quedarían exentas las compañías militares privadas.

En la mayoría de los casos de hoy en día las agencias gubernamentales a la hora de contratar servicios militares privados procuran establecer explícitamente en los contratos que las funciones que irán a desempeñar las fuerzas privadas son de carácter civil, con lo cual queda excluida la asimilación a las fuerzas armadas propiamente dichas. Por ejemplo el contrato entre el Departamento de estado estadounidense y Blackwater, en 2003, para la protección de altos diplomáticos norteamericanos en Irak, incluyendo a Paul Bremer a la sazón al mando de las fuerzas de ocupación.

3.4.3 ASIMILACIÓN A LAS PERSONAS QUE ACOMPAÑAN LAS FUERZAS ARMADAS

Otra opción propuesta es la de incorporar los contratistas a la categoría establecida en el art. 4 A, 4 del III Convenio de Ginebra²⁰ y en este caso no perderían la posibilidad de beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura, en tanto que el personal civil que acompaña las fuerzas armadas aunque no desempeñe servicios que supongan la participación directa en las hostilidades, asumen, sin embargo, los riesgos derivados de ese acompañamiento. En el caso de que participen en los actos bélicos perderían la protección reservadas a los civiles mientras que la misma participación dure. En este caso entonces podrían ser juzgados por actos lícitos de guerra, constituir objetivo militar y podrían ser sometidos a internamiento en caso de ser considerado una amenaza para el estado. En cualquier caso, no parece que la descripción que hace este artículo encaje de ninguna manera con la figura de los contratistas armados; sólo cabría en caso de externalización de funciones logísticas o auxiliares a una EMSP.

3.4.4 ASIMILACIÓN A CIVILES

La calificación de los empleados como civiles puede ser el resultado de dos operaciones interpretativas: una que los encaja directamente en la categoría de civiles, otra que llega

²⁰ “Las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto”.

a la misma conclusión pero pasando por la calificación de los empleados como mercenarios clásicos, que serán tratados como civiles en tanto que no son combatientes legítimos. Respecto de esta segunda alternativa, cabe recordar que ya es poco probable que el perfil del contratista encaje con el de mercenario; y además la norma está pensada solo en clave privativa, o sea que el fin no es la proposición positiva de un estatuto jurídico, sino la mera exclusión del beneficio del estatuto de prisionero de guerra.

La primera opción, como hemos dicho, es considerar a los contratistas como civiles por el mero expediente de que no encajan en ninguna de las acepciones de “combatiente”. Como ya hemos tenido ocasión de ver, eso los haría susceptibles de ser juzgados por tribunales no militares por actos que, si hubieran sido cometidos por combatientes, serían lícitos. Pero esta solución conlleva algo inquietante al dejar muy sutil, muy poco clara la línea de demarcación entre civil y combatiente, prerequisite esencial para el respeto del principio de distinción. En efecto, la distinción entre civil y militar debería ser lo menos discrecional posible, mientras que como consecuencia de la aplicación de esta teoría se aceptaría como natural la presencia de numerosos civiles armados en áreas de alta tensión o conflicto.

La participación de civiles en el combate está pensada y prevista como un hecho más bien patológico, puntual, no se presta mucho a regular un fenómeno de semejante tamaño, a pesar del hecho que proporcionaría la posibilidad de juzgar los crímenes sin poder gozar de la inmunidad para los actos lícitos de guerra. Sin embargo la escasa probabilidad de que esto pase ha hecho que las asociaciones de EMSP hayan abrazado esta última postura, rechazando así cualquier calificación de militar; por ejemplo han calificado sus funciones en las hostilidades de mero apoyo al combate. Ya lo hemos visto en la definición del Documento de Montreux, que parte de la presunción del carácter “civil” de los contratistas privados. Y basta con ver por ejemplo la pagina web de la ISOA, International Stability Operation Association, la mayor asociación de

categoría de las EMSP en los Estados Unidos, donde definen las empresas miembros como líderes en el sector de las operaciones de estabilización de la paz²¹.

Modificar las definiciones de los hechos es un expediente abusado para eludir la punibilidad prevista en las normas: el gobierno estadounidense, por ejemplo, ha llegado a prohibir la externalización de funciones a EMSP, pero solo en caso de “operaciones superiores de combate”; al parecer ni la de Irak, ni la de Afganistán lo son.

En fin, para que los contratistas puedan responder de las violaciones de Derecho humanitario que cometen y sean llamados al pleno respeto de las dichas normas cuando operen en contextos bélicos, no haría necesariamente falta establecer un sistema legal *ex novo* -las normas bien podrían ser las existentes por las fuerzas armadas- pero sí suprimir las incertidumbres sobre el estatuto de los contratistas que obliga a hacer un examen caso por caso de las infracciones y de sus autores. Las fases de definición de un nuevo código legal bien podrían ser: definición unívoca de las compañías; de los servicios que pueden prestar, dónde y para quién; y establecer un sistema de responsabilidad individual y corporativa directo, no en vía meramente complementaria a la del estado.

3.5. PROPUESTAS DE REGULACIÓN INTERNACIONALES

Destacamos en este apartado las propuestas de regulación internacional más relevantes que se han planteado hasta el momento. En primer lugar, la llamada “iniciativa suiza”, que da lugar sucesivamente al Documento de Montreux y al subsiguiente Código de conducta. Ambos textos cuentan con el respaldo de numerosos estados proveedores de EMSP, así como de las principales asociaciones de tales empresas. En segundo lugar, nos referiremos al Proyecto de posible Convención sobre las EMSP, que ha sido elaborado por parte del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

²¹ Portal de “International Stability Operations Association”: <http://www.stability-operations.org> (consultado en noviembre de 2012).

3.5.1 LA INICIATIVA SUIZA

El Documento de Montreux²² es el fruto de un proceso internacional iniciado por el Gobierno suizo y el Comité Internacional de la Cruz Roja en 2006, con el fin de promover el respeto del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos en todos los conflictos armados donde intervengan empresas militares y de seguridad privadas. Fue aprobado en 17 de septiembre de 2008 con el consenso de 17 estados y en noviembre de 2012 contaba con el respaldo de 44 estados (entre ellos los que cubren el 70% de los estados de proveniencia de las empresas). También cuenta con el apoyo de la Unión Europea.²³ En su proceso de gestación hubo también consultas con EMSP y otros actores de la sociedad civil. En cambio, como señala el propio prefacio del documento “Ni las ONG ni las empresas pueden sumarse oficialmente al Documento de Montreux (ya que es el resultado de una iniciativa dirigida principalmente a recordar a los Estados su responsabilidad), pero las animamos a que lo utilicen como referencia en sus relaciones con las EMSP”. En definitiva, el único destinatario del Documento son los estados que de alguna manera se relacionan con las EMSP, no estas empresas, al menos directamente.

La visión general del Documento es que no existe ningún vacío legal que afecte a la participación de empresas privadas en los conflictos armados, por lo que se limita a recopilar las normas que se consideran aplicables a las EMSP y a recomendar que sean utilizadas como guía a la hora de redactar los códigos de conducta y autorregulación internos. En efecto, aún reconociendo que el Documento como tal no tiene carácter vinculante, sus autores se han basado, entre otras, en las siguientes consideraciones

1. Que existen algunas normas bien establecidas de Derecho internacional que se aplican a los Estados en sus relaciones con las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) y a sus operaciones durante los conflictos armados, en particular las dimanantes del Derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos;
2. Que en el presente documento se recuerdan las obligaciones jurídicas vigentes de los Estados y de las EMSP y su personal (Primera parte), y se

²² *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas 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*

²³ Vid. texto del Documento e información complementaria sobre el proceso en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/montreux-document-170908.htm> (consultado en noviembre de 2012). España se adhirió al documento el 20 de mayo de 2009.

pone a disposición de los Estados un conjunto de buenas prácticas destinado a promover el respeto del Derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos durante los conflictos armados (Segunda parte);²⁴

Como anticipa esta última consideración, el Documento se compone de dos grandes partes. En la primera (“Obligaciones jurídicas internacionales pertinentes relativas a las empresas militares y de seguridad privadas”) se recuerdan algunas obligaciones jurídicas internacionales vigentes que incumben a los estados en relación con las empresas militares y de seguridad privadas. Las obligaciones destacadas proceden de diversos acuerdos internacionales de Derecho internacional humanitario, derechos humanos y del Derecho internacional consuetudinario. Haremos referencia a algunas de ellas en el siguiente capítulo de este informe.

La segunda parte (“Buenas prácticas relativas a las empresas militares y de seguridad privadas”) tiene el fin de orientar a los estados en el objetivo último de hacer respetar el Derecho internacional humanitario y los derechos humanos por parte de las EMSP, así como promover conductas responsables en sus relaciones con las compañías mismas. Sin embargo el Documento subraya que tales buenas prácticas no son legalmente obligatorias ni exhaustivas. Y reconoce que “al aplicarlas, las buenas prácticas tendrán que adaptarse a la situación específica y al sistema jurídico y la capacidad del Estado”. Asimismo, “es posible que tengan que tener en cuenta los acuerdos bilaterales entre Estados contratantes y Estados territoriales”.²⁵

Tanto en el apartado de “obligaciones” como de “buenas prácticas”, el Documento distingue en función de la naturaleza del estado destinatario, a saber, “estado contratante” (aquél que contrata los servicios de una EMSP), “estado territorial” (aquél donde opera una EMSP) y “estado de origen” (aquél en el que tiene su sede la EMSP). Obviamente, un mismo estado puede reunir dos de estos roles –incluso los tres, teóricamente–.

El Documento ha sido posteriormente (2010) completado con un “Código de Conducta Internacional para los Proveedores de Servicios de Seguridad Privada” elaborado por las EMSP con el apoyo del Gobierno suizo y que desde el principio ha contado con el

²⁴ Vid. prefacio del Documento, 9.

²⁵ Documento de Montreux, 18.

respaldo de numerosas compañías signatarias (58).²⁶ Integran el Código 70 artículos divididos en preámbulo, definiciones, implementación, disposiciones generales, compromisos generales, principios específicos relativos a la conducta del personal, compromisos específicos en materia de gestión y gobernanza, y revisión.

En el preámbulo del Código, las empresas firmantes “adhieren a los principios del Documento de Montreux”, así como al marco de "Respeto, Protección, Remedio" elaborado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Negocios y los Derechos Humanos”. De este modo, las empresas firmantes se comprometen a “la prestación responsable de servicios de seguridad a fin de fomentar el Estado de Derecho, respetar los derechos humanos de todas las personas y proteger los intereses de sus clientes” (párrafos 2 y 3 del preámbulo).

El Código establece principios y estándares de conducta para las EMSP, si bien una de las primeras cosas que sorprende es que en ninguna parte se califique de militar a las compañías; en realidad, la terminología utilizada en el precedente Documento de Montreux se suaviza notablemente en este segundo instrumento. En efecto, se califica como proveedores de seguridad privada a las entidades que provean uno o más de los siguientes servicios:

“Vigilancia y protección de personas y objetos, como los convoyes, las instalaciones, lugares designados, las propiedades u otros lugares (ya sea con armas o sin armas), o cualquier otra actividad en la que el personal de las empresas esté obligado a transportar o a accionar un arma en el ejercicio de sus funciones.”

En tanto que “código de conducta”, tampoco derivan directamente del Código ni obligaciones ni responsabilidades legales y su relevancia se basa más bien en el compromiso público que las empresas asumen con su adhesión al mismo. En suma, estamos otra vez frente un texto cuyo contenido sería teóricamente aceptable, si tomamos en cuenta el abanico de normas de conducta, pero cuya implementación está totalmente remitida a la voluntad de las empresas y que carece de cualquier mecanismo efectivo de rendición de cuentas. A título de ejemplo cabe citar los párrafos 66 a 68 del Código, que establecen el deber de las empresas de crear distintos procedimientos de

²⁶ Significativamente, en este documento ya no aparece el emblema del CICR. Vid. texto en http://www.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_SPA.pdf (consultado en noviembre de 2012).

reclamación para resolver las denuncias o reivindicaciones interpuestas por el personal o por terceros respecto del incumplimiento por parte de la empresa o de sus empleados de los principios contenidos en el Código; preceptos bien intencionados cuya verdadera eficacia dependerá de la efectiva disposición de la empresa a establecer estos mecanismos.

3.5.2 PROYECTO DE UNA POSIBLE CONVENCIÓN SOBRE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS (EMSP)

El Grupo de Trabajo de la ONU fue instituido en 2005 con la resolución 2005/2 de la entonces Comisión de Derechos Humanos, en sustitución del Relator Especial sobre el tema de mercenarios. La elección de crear un grupo de cinco expertos aseguraba una mayor garantía de pluralidad y ponía de manifiesto la importancia que la comunidad internacional atribuía al tema.

El mandato del Grupo, según lo establecido en la resolución, era: buscar y tomar en cuenta a este fin la opinión de estados, compañías privadas de seguridad y Organizaciones Internacionales; vigilar las actividades de las EMSP en sus distintas formas y manifestaciones; analizar el impacto de estas últimas en el goce de los Derechos Humanos. Y, sobre todo:

Elaborar y presentar propuestas concretas sobre posibles nuevas normas, directrices generales o principios básicos que promuevan el aumento de la protección de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, cuando hacen frente a las amenazas actuales y nuevas que suponen los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos (pár. 12, letra a).

En cumplimiento de este último mandato, el Grupo de Trabajo ha elaborado un *Proyecto de una posible Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por parte del Consejo de Derechos Humanos*,²⁷ que fue presentado al Consejo de Derechos Humanos en mayo de 2010. El proyecto está compuesto por 49 artículos, divididos en seis partes y adelantados por un amplio preámbulo. En octubre 2012, a través de la resolución 15/26

²⁷ Vid. anexo al Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, Doc. A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010.

del Consejo de Derechos Humanos, se ha creado un ulterior Grupo de Trabajo con el fin de dar pasos para la concreta adopción de la Convención.²⁸

En la primera parte del Proyecto (disposiciones generales), el primer artículo destaca los cinco propósitos del proyecto de Convención, de los que cabe desprender la visión global del Grupo sobre el tema de las EMSP, una herramienta muy útil a la hora de interpretar lo establecido en el resto del *corpus* normativo. En concreto, se trata de: reafirmar la responsabilidad estatal con respecto al uso de la fuerza, reiterando que es su exclusivo monopolio; determinar las funciones “inherentes al estado” que no pueden ser objeto de contratación externa; regular las actividades de las EMSP y, a ese fin, primar la cooperación interestatal sobre la expedición de licencias; y, finalmente, establecer un mecanismo de seguimiento de las actividades de las EMSP.

El núcleo duro del Proyecto radica en la determinación de las funciones que al ser exclusivas del estado no pueden ser delegadas a operadores privados. El artículo 9 propuesto ordena a los estados que prohíban “la contratación externa con las EMSP de funciones definidas como funciones inherentes a los estados”, entre las que propone la siguiente lista no exhaustiva:

“la participación directa en las hostilidades, las operaciones bélicas y/o de combate, la captura de prisioneros, la legislación, las tareas de espionaje, inteligencia y transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, de seguridad y policiales, el uso de armas de destrucción en masa y el ejercicio de funciones de policía y otras actividades conexas, especialmente las facultades de arresto o detención, incluida la de interrogar a los detenidos y otras funciones que un Estado parte considere funciones inherentes al Estado”

Otra cuestión de fundamental alcance que el Proyecto encomienda a los eventuales estados parte es la de la regulación de las EMSP; o sea que deberán ser las autoridades estatales quienes adopten concretas medidas legislativas, administrativas y judiciales para que sus empresas no realicen actividades ilícitas.

La elección de dirigir el proyecto hacia los estados (y no hacia las empresas) fue casi obligada por la necesidad de no lastimar el ya muy escaso entusiasmo mostrado hacía el

²⁸ Para un exhaustivo análisis del Proyecto véase: Gómez del Prado y Torroja Mateu, 2011.

Proyecto por parte de muchos estados. De hecho, al principio el Grupo propuso extender a las EMSP las normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales elaboradas por el entonces Relator Especial sobre el tema de empresas y derechos humanos, Ballesteros²⁹. Y a pesar de este cambio de orientación, somos de la opinión que los principios del Relator Especial John Ruggie³⁰ serían perfectamente aplicables a estas empresas como, recordemos, admite en cierta manera el Código de conducta antes citado.

En suma, el Proyecto supone un paso importante en las negociaciones internacionales tendientes a la regulación de las EMSP, pero su capacidad de incidencia real es dudosa. De un lado, las legislaciones estatales (a las que demanda la concreta aplicación) ya han demostrado ser muy fácilmente eludibles por parte de compañías que operan en el mercado transnacional. De otro, el llamamiento a la cooperación interestatal quizás no sea un expediente lo suficientemente estricto como para evitar ese obstáculo. Finalmente, la recepción que ha tenido el Proyecto entre los propios estados no ha sido precisamente entusiasta.

El poder disuasorio de las normas es eficaz en tanto que la sanción prevista por su incumplimiento constituya una amenaza real para el sujeto potencialmente infractor, en nuestro caso las EMSP. Como, por ejemplo, la posibilidad de enjuiciar penalmente los individuos que cometan crímenes de derechos humanos o de Derecho humanitario o bien imponer multas económicamente relevantes a las empresas responsables. Ninguna de tres las propuestas avanza en esta dirección.

²⁹ Vid. doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

³⁰ Vid. “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, Doc. A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011.

4. PRINCIPIOS Y NORMAS DE DIH QUE SE VEN AFECTADAS POR LA PRESENCIA Y PARTICIPACIÓN DE EMSP EN CONFLICTOS ARMADOS

4.1 PRESENTACIÓN

Como hemos tenido ocasión de señalar, las EMSP son empresas complejas tanto en su *estructura* y composición como en las *funciones* que desempeñan. Y aún dentro de las funciones que pueda asumir tal o cual compañía a cuenta de un determinado gobierno, empresa privada o cualquier otro tipo de actor, en un contexto de conflicto armado o no, las *tareas específicas* encargadas a las personas empleadas sobre el terreno pueden ser de lo más variadas: desde la logística y la intendencia hasta la participación operativa en acciones que impliquen uso de la fuerza, pasando por el diseño y la planificación de estas operaciones, tareas burocráticas, traducción e interpretación, asistencia médica y sanitaria, etc. En suma, resulta altamente problemático dar una respuesta unívoca y homogénea a la pregunta que se deriva del enunciado del presente capítulo: ¿Qué principios y normas de Derecho internacional humanitario son de aplicación a las empresas militares y de seguridad privadas y a sus contratistas? La respuesta deberá ser matizada no solamente teniendo en cuenta el estatuto jurídico de estas compañías e individuos, al que nos hemos referido en páginas anteriores, sino de las funciones y tareas específicas de unos y otros en cada caso concreto.

La anterior reflexión nos lleva a efectuar, en el presente capítulo, una doble asunción previa. En primer lugar, no vamos a evaluar *todas* las actividades que potencialmente pueden desempeñar las EMSP sobre el terreno o en sus oficinas centrales, sino solamente aquellas que se producen *en el contexto de un conflicto armado*.

Entendiendo por tal los supuestos de hecho que se deducen del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra (conflictos internacionales) y del artículo 3 común de dichos Convenios junto con el artículo 1 del Protocolo adicional II (conflictos armados no internacionales). Con eso pretendemos excluir la actividad de las EMSP “en tiempo de paz”; un tiempo en que dicha actividad no tiene por qué ser inexistente o irrelevante desde el punto de vista internacional y del Derecho humanitario. Piénsese, por ejemplo, en violaciones de tratados y estándares internacionales de derechos humanos en que puedan participar estas empresas (en situaciones por ejemplo de “tensiones y disturbios interiores, que no son conflicto armado”). O, centrándonos en los convenios de Ginebra, la obligación que tienen los estados parte de instruir a las tropas y oficiales, y promover programas de formación a la población en general, en materia de Derecho internacional humanitario.³¹ ¿Cabría extender esta obligación a las empresas militares y de seguridad privada y a sus responsables? Sin duda, creemos que sí, pero insistimos que, al centrarnos en la situación de “conflicto armado”, vamos a excluir con carácter general este tipo de consideraciones de nuestro estudio.

En segundo lugar, dentro de la situación de conflicto armado, nuestro estudio se va a centrar en aquellas actividades operativas de las EMSP que impliquen directa o indirectamente, activa o potencialmente, el *uso de la fuerza armada*. Salvo que alguna circunstancia conexas al conflicto armado lo requiera de manera expresa (custodia de detenidos, traslado de personas), nuestro estudio se va a focalizar en aquellos elementos de las EMSP que disponen de armamento o que están en la cadena de mando de los individuos que portan armas. Gestores, logistas, auxiliares administrativos, cocineros, etc. son personal que queda, en principio, excluido de las páginas que ahora iniciamos, por mucho que su papel en la labor de estas compañías no sea menor y que quepa preguntarse tanto sobre su estatuto jurídico como su responsabilidad respecto del Derecho internacional humanitario. En aras a la concreción y la claridad expositiva, excluirémos también estas situaciones.

Hechas las anteriores acotaciones, el capítulo se dividirá de la siguiente forma. En primer lugar, examinaremos el deber genérico que tienen las EMSP de respetar el Derecho internacional humanitario. Fundamentaremos esa obligación tanto en la naturaleza *erga omnes* de las normas de Derecho humanitario como en la propia asunción de este compromiso por parte de los representantes de las EMSP expresado

³¹ Entre las obligaciones que entran en vigor “ya en tiempo de paz” (artículo 2 común a los cuatro Convenios) puede citarse la de dar “difusión” a estos textos: art. 47 (I Convenio), 48 (II Convenio), 127 (III Convenio) y 144 (IV Convenio).

en el Documento de Montreux y en el Código de Conducta. A continuación, nuestro estudio va a ir desgranando las principales obligaciones jurídicas dimanantes del Derecho internacional humanitario para examinar a continuación su relevancia y/o aplicabilidad respecto de las EMSP y sus contratistas. Nos referiremos a los “métodos y medios de combate”, en concreto, trataremos primero un principio fundamental del derecho de La Haya, aplicable tanto a conflictos internacionales como no internacionales, como es el de distinción entre personas y objetos civiles y militares; y, segundo, la cuestión de los límites al uso de ciertas armas y armamentos en los conflictos armados, también con independencia de su naturaleza internacional o no. A continuación, examinaremos el Derecho de Ginebra por lo que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados (heridos, enfermos y náufragos; prisioneros de guerra; población civil), para apuntar al final algunas consideraciones sobre el más reciente Derecho penal internacional. No pretendemos examinar de manera exhaustiva todas y cada una de las reglas de Derecho internacional humanitario vigentes, lo que excedería de las dimensiones razonables de este estudio, sino que nos limitaremos a aquellas que tienen un carácter más nuclear en el contexto de esta rama del ordenamiento internacional.

Por lo que se refiere a las fuentes de conocimiento, tomaremos como referencia normativa los tratados vigentes y, sobre todo, el estudio del CICR sobre el Derecho internacional humanitario de carácter consuetudinario (Henckaerts y Doswald-Beck 2007). Estas fuentes jurídicas no hacen referencia explícita al moderno fenómeno de las EMSP, sino que van dirigidos en esencia a los estados soberanos y a sus ejércitos, por lo que uno de los retos de este estudio es analizar hasta qué punto son exigibles, directa o mediatamente, a esas empresas. En contraste con el canon normativo universal, examinaremos los proyectos específicos dirigidos a regular a las EMSP (códigos de conducta y proyecto de convención referenciados en el anterior apartado), así como otros textos (análisis académicos e informes de expertos) que nos permitirán aventurar el grado de compromiso que las EMSP deberían tener con el Derecho internacional humanitario. Entre estos documentos haremos mención, cuando sea oportuno, del Boletín del Secretario General de la ONU sobre la aplicabilidad del Derecho humanitario a las operaciones de paz. Con todas las diferencias que existen entre EMSP y cascos azules, el hecho de que ambos sean cuerpos armados, presentes en un conflicto, pero distintos a las partes en él, hacen de aquel texto un precedente interesante a la hora de valorar el grado de aplicabilidad del Derecho humanitario a las

EMSP. Finalmente, siempre que sea posible, nos referiremos a la práctica de las EMSP sobre el terreno en relación con los distintos grupos de normas analizados.

4.2 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OBLIGACIÓN DE RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las Empresas Militares y de Seguridad Privada, en tanto que carecen de la condición de sujetos de Derecho internacional, no son directamente destinatarias de los principios y normas de Derecho internacional, incluyendo el Derecho internacional humanitario. Sin embargo, esta aproximación formalista respecto del rol de actores no estatales en la sociedad internacional contemporánea está siendo superada desde como mínimo una triple perspectiva.

Por un lado, desde los procedimientos especiales de derechos humanos de la ONU se viene trabajando desde hace años en la definición de las obligaciones exigibles a las empresas privadas en materia de derechos humanos. Estos principios rectores, codificados en el último informe del *Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie,³² son plenamente aplicables a las empresas que proveen servicios militares y de seguridad. Pese a que se centran en primer lugar en las obligaciones regulatorias y de control de los estados respecto de estas empresas (principios 1 a 10), incluyen afirmaciones como que “las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos” (principio 11), “internacionalmente reconocidos” (principio 12), tanto por activa como por pasiva (principio 13) y con independencia de su “tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura”, si bien dicho tamaño o sector no es irrelevante y su “responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos” (principio 14).³³ En los comentarios al principio 12, sobre las fuentes de Derecho internacional de los derechos humanos exigibles a las empresas, el Representante Especial aclara que “en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del Derecho internacional humanitario.”³⁴ El propio *Código de conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada* se adhiere en su preámbulo al marco de “Respeto, Protección, Remedio”

³² Vid. “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, cit. *supra*.

³³ En nuestro caso, resulta indudable la *capacidad* que poseen las EMSP para generar consecuencias negativas graves sobre los derechos humanos como resultado de sus actividades.

³⁴ Vid. “Principios rectores...”, cit, pág. 16.

propuesto por el Relator Especial y bienvenido por el Consejo de Derechos Humanos (párrafos 2 y 3).³⁵

En segundo lugar, el carácter universal de los Convenios de Ginebra y del Derecho internacional humanitario lo convierte en una especie de derecho uniforme común a los ordenamientos jurídicos de todas las Naciones de la Tierra, lo que hace que ningún actor privado pueda escapar a ellos en su actividad operativa en ningún rincón del planeta. Según el estudio del CICR, “las normas de Derecho internacional consuetudinario, a las que a veces se denomina Derecho internacional “vinculante”, son obligatorias para todos los estados y, cuando procede, para todas las partes en conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial” (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, XII). Más adelante, afirma: “el CICR reconoce con satisfacción que este estudio ha servido para poner de relieve la universalidad del Derecho humanitario. Todas las tradiciones y civilizaciones han contribuido al desarrollo de este derecho, que es hoy parte del patrimonio común de la humanidad” (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, XIII). Si a ese carácter universal le añadimos el deber que tienen los estados de incorporar el Derecho internacional humanitario a su propio ordenamiento jurídico interno,³⁶ podremos afirmar que no hay sujeto de derecho que quede al margen de estas normas, en la medida que les sea de aplicación. Por tanto, si a las EMSP no les fuera directamente exigible el Derecho internacional humanitario, sí lo sería indirectamente, vía derecho nacional, tanto en la sede de la empresa como en el terreno.

Finalmente, el reconocimiento del principio de responsabilidad penal internacional del individuo por crímenes de guerra refuerza la idea de obligación universal, en términos subjetivos, de respeto del Derecho internacional humanitario. En efecto, el Estatuto de Roma describe los crímenes de guerra con completa independencia de la eventual adscripción del autor a las fuerzas armadas de un estado o a cualquier otra organización.³⁷ Aunque en ninguna instancia se hace referencia explícita a eventuales crímenes de guerra de contratistas privados armados, tampoco se descarta esa eventualidad.

³⁵ Aunque el último informe del Relator Ruggie (2011) es posterior en el tiempo al Código de Conducta (2010), sus principios venían siendo trabajados y presentados al Consejo de Derechos Humanos desde 2005, por lo que entendemos que la adhesión del Código al “marco de respeto, protección y remedio” debe poderse referenciar a la versión final del Relator.

³⁶ Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra; y artículos 49, 50, 129 y 146 de cada uno de ellos, entre otros.

³⁷ Vid. artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998. Sobre la responsabilidad penal internacional de los contratistas de compañías privadas militares, vid. el apartado 4.6 de este trabajo, *infra*.

En esta línea, no es de extrañar que el Documento de Montreux, elaborado como hemos explicado anteriormente como elenco de principios y buenas prácticas por un amplio grupo de estados con fuertes vínculos con las principales EMSP, afirme que:

22. *Las EMSP tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario* o las normas de derechos humanos que les impone el derecho nacional aplicable, así como de respetar las demás disposiciones aplicables del derecho nacional, como el derecho penal, el derecho fiscal, el derecho relativo a la inmigración, el derecho laboral y las normas específicas sobre los servicios militares o de seguridad privados.

Obligación que, más allá de la propia empresa, se extiende a sus empleados:

26. Los miembros del personal de las EMSP: a) Tienen la obligación, independientemente de su estatuto, de respetar el derecho internacional humanitario *aplicable*.

A lo cual deben contribuir también los estados que contratan estas compañías, si bien en términos más bien tibios:

3. Los estados contratantes están obligados, *en la medida en que esté en su poder*, a hacer que las EMSP a las que contraten respeten el derecho internacional humanitario

En efecto, la ambigua salvaguarda a “la medida que esté en su poder” parece esencialmente destinada a evitar la responsabilidad del estado contratante, que podría excusarse en que la empresa ha actuado fuera de su control o sin seguir sus instrucciones, por lo que resulta francamente desacertada y susceptible de crítica. Desde nuestro punto de vista, tal cláusula solo es aceptable si se interpreta en el sentido de que existe la presunción de que el estado tiene una *obligación de resultado* en relación con el comportamiento de las EMSP que trabajan para él (la obligación de que el Derecho humanitario sea respetado); con la única excepción de que concurra alguna de las causas generales de exclusión de la ilicitud que se hallan en proceso de codificación en el proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional

del estado (peligro inminente, fuerza mayor...).³⁸ Por otro lado, también podría interpretarse como un intento de exclusión de la responsabilidad del estado la referencia a la obligación de los contratistas de respetar el Derecho internacional humanitario “aplicable”. Claro: si no es aplicable, no les es exigible. La cuestión es cómo determinar qué normas son aplicables en cada caso y de ahí la importancia de detallar estas exigencias en las páginas que siguen.

Algo más sucinto, pero mucho más claro, es el *Código de conducta*, que en su párrafo 21 afirma:

Las empresas firmantes *cumplirán y exigirán a su personal que cumpla* las leyes aplicables, incluidos el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos que les sean impuestas por la legislación aplicable pertinente, así como cualquier otra legislación nacional e internacional aplicable.³⁹

También es diáfano el texto del *Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas para su examen y la elaboración de medidas por el Consejo de Derechos Humanos* elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Mercenarios de las Naciones Unidas en 2010.⁴⁰ En su artículo 18 podemos leer que

... 6. En el caso de las EMSP y sus empleados que presten servicios militares y de seguridad acordados como *parte de las fuerzas armadas o unidades militares del estado parte*, el empleo de la fuerza estará regulado por las normas del ejército del estado y otra legislación respectiva y por las normas

³⁸ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

³⁹ Bien es cierto que un poco más adelante parece diluirse la eficacia práctica de este compromiso: “25. Las empresas firmante adoptarán *medidas razonables* para velar porque los bienes y servicios que ofrecen no sean utilizados para infringir las normas de derechos humanos o el derecho humanitario internacional, así como que dichos bienes y servicios no se deriven de tales infracciones”.

⁴⁰ Vid. en el informe del Grupo de trabajo al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/15/25, de 10 de julio de 2010, cit. *supra*.

internacionales pertinentes de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.⁴¹

Previamente, el proyecto de posible convención insta a los estados a asegurarse que los empleados de las EMSP estén “capacitados profesionalmente” en materia de derechos humanos y Derecho internacional humanitario (art. 17.2), a tomar todas las medidas necesarias para que tanto empresas como empleados “sean responsables (...) y respeten y protejan las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario” (art. 7.1) y a que “velen” porque unas y otros “cumplan estrictamente las normas internacionales pertinentes de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluso mediante la pronta investigación de [sus] violaciones” (art. 17.4). Ciertamente, un tono marcadamente exigente (“estrictamente”) frente a la laxitud de los anteriores documentos.

En suma, podemos afirmar un principio general de obligación de las empresas que operan en el contexto de los conflictos armados, y de sus empleados, de respetar plenamente el Derecho internacional humanitario. Esta afirmación general debe ahora concretarse en obligaciones específicas relativas a algunos principios y normas de Derecho humanitario particularmente relevantes. Más allá de la consideración de las EMSP como actores del conflicto y sujetos de las normas dimanantes del DIH, interesa considerar si las *características intrínsecas* de estas compañías privadas permiten que les sean exigibles algunas normas fundamentales de Derecho humanitario.

4.3 MÉTODOS DE COMBATE: EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Uno de los principios fundamentales de Derecho internacional humanitario, codificado en el artículo 35.1 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, es aquel según el cual:

En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

En un sentido prácticamente idéntico se pronuncia el Boletín del Secretario General sobre la *Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*, a partir del principio general según el cual “El derecho de la fuerza de

⁴¹ Es importante la salvedad que hace el proyecto de convenio a que las fuerzas privadas formen parte de las fuerzas armadas o unidades militares del estado parte porque el proyecto no contempla otra posibilidad de uso legal de la fuerza por parte de las EMSP

las Naciones Unidas a elegir medios y métodos de combate no es ilimitado” (sección 6.1).⁴²

Dada la abstracción de esta norma fundamental, el *ius in bello* tradicional establece algunas restricciones específicas tanto al derecho de los beligerantes a utilizar métodos de combate (conducción de las hostilidades), a lo que dedicaremos el presente apartado, así como a los medios de combate (armas), que ocuparan el siguiente (4.4).

4.3.1 EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

En relación con la regulación de los métodos de combate, y sin menoscabo de la importancia de reglas como la prohibición de la perfidia o de no dar cuartel, destaca por encima de cualquier otra el principio de distinción. El primer volumen de la obra del CICR sobre *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 3-87) dedica sus primeras seis “normas” al principio de distinción entre civiles y combatientes; y las cuatro siguientes a la distinción entre objetivos de carácter militar y bienes de carácter civil. En total, las primeras 24 normas del compendio se dedican a distintas facetas del principio de distinción. Destacan entre ellas, respecto del principio de distinción entre personas civiles y combatientes, las dos primeras normas:

Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados.

Norma 2. Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

Y respecto de la distinción entre objetivos militares legítimos y objetos de carácter civil, la norma número 7:

Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

⁴² Boletín del Secretario General, doc. ST/SGB/1999/13, de 6 de agosto de 1999.

Todas estas normas son aplicables indistintamente a conflictos armados internacionales y no internacionales, como Derecho internacional consuetudinario, aunque la distinción entre objetos civiles y militares no aparece explicitado en el Protocolo adicional II, pues “se abandonó en el último momento en el marco de una iniciativa tendente a aprobar un texto simplificado” (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 31).

Por otra parte, en su Boletín sobre la *Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*, el Secretario General de la ONU afirma:

Sección 5. 1. La fuerza de las Naciones Unidas establecerá en todo momento una clara distinción entre civiles y combatientes y entre objetos civiles y objetivos militares. Las operaciones militares se dirigirán únicamente contra combatientes y objetivos militares. Se prohíben los ataques contra civiles u objetos civiles.

De nuevo, no se establece ningún tipo de referencia respecto del carácter internacional o no del conflicto armado en el que se hallen involucradas las fuerzas armadas de la ONU, aunque podría entenderse que tal aclaración es innecesaria pues la propia presencia de dichas fuerzas internacionalizaría en todo caso cualquier conflicto armado inicialmente de carácter no internacional. Teniendo en cuenta el carácter “no beligerante” que tienen en principio las fuerzas de la ONU (el documento se refiere a “cascos azules”, no a intervenciones amparadas por el Capítulo VII de la Carta) el precedente resulta muy pertinente para nuestras EMSP. En efecto, ya hemos visto en los capítulos anteriores que estas empresas rehúyen el adjetivo “militar” y, con o sin razón, a menudo se niegan a considerarse a sí mismas como “parte” en el conflicto. Pues bien, lo mismo puede predicarse de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y ello no es impedimento para que, si llegan a usar la fuerza armada, deban hacerlo de conformidad con el principio de distinción.

Los documentos elaborados para una eventual reglamentación del fenómeno de las EMSP no hacen una referencia específica al principio de distinción. En realidad, prácticamente no hay mención alguna a ningún precepto concreto de los Convenios de La Haya, Ginebra y sus Protocolos. El Código de conducta (párrs. 30-32) afirma que hay que evitar el uso de la fuerza, pero si se recurre a ella debe ser “de conformidad con

la ley aplicable”, de manera “proporcional” y en la medida que sea “estrictamente necesario”, solo en “defensa propia” o de “terceros” frente a una amenaza de muerte u otra amenaza grave y cumpliendo “con todas las obligaciones nacionales e internacionales que sean aplicables a los miembros del cuerpo de seguridad de ese estado”. Aunque la redacción de estos párrafos tiene unas connotaciones más policiales que militares, podría entenderse que contiene suficientes elementos para hacer innecesaria la mención explícita del principio de distinción. Las referencias genéricas a la obligación de respeto del DIH por parte de estas compañías se consideran suficientes en estos instrumentos y, aunque esa carencia nos parece injustificable, podemos considerarlas provisionalmente suficientes para afirmar el deber fundamental que tienen las EMSP, en cualquier ocasión en que hagan uso de la fuerza, de respetar el principio de distinción.

Lamentablemente, no siempre se verifica este tipo de comportamiento. La tristemente célebre Blackwater, actualmente Xe Services, protagonizó un alto número de incidentes con uso de la fuerza contra civiles desarmados durante sus años en Irak. Entre ellos, son especialmente célebres los hechos, mencionados en la introducción, de la plaza Nissour de Bagdad, el 16 de septiembre de 2007, cuando un grupo de contratistas abrió fuego y terminó con la vida de 17 civiles iraquíes, mientras otros 20 eran heridos de distinta consideración (Saura 2010, 6). No fue un caso aislado para esta compañía. Ni lo ha sido para otras en Irak. Entre las empresas acusadas de disparar directamente a civiles, además de Blackwater, cabe citar a las norteamericanas Crescent Security Group (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 129)⁴³, Custer Battles (pág. 134),⁴⁴ Dyncorp Inc. (pág. 137), Triple Canopy (pág. 175), US Investigative Services (pág. 178) y Zapata Inc. (pág. 198),⁴⁵ las británicas Aegis (pág. 202), ArmorGroup (pág. 205) y Global Strategies Group (pág. 219), así como las compañías Erinys (pág. 231) y United

⁴³ Todas las páginas que se citan a continuación corresponden a los anexos del extenso informe elaborado por Palou-Loverdos y Armendáriz (2011).

⁴⁴ Vale la pena reseñar la información que el informe proporciona sobre uno de los incidentes protagonizado por esta compañía: “On a mission on 8 November 2004 a PMSC convoy with heavily armed contractors and poorly trained young Kurds shot indiscriminately, smashed into and shot at civilian cars; a subcontracted Kurd guard shot a civilian passenger in a traffic jam; later, the convoy focused on came upon two teenagers by the road and one was gunned down. In another traffic jam, the contractor’s pickup truck smashed into, rolled up and over the back of a Sedan full of Iraqis. “...four former security contractors told NBC News that they watched as innocent Iraqi civilians were fired upon, and one crushed by a truck. The contractors worked for an American company paid by U.S. taxpayers. The four men are all retired military veterans: Capt. Bill Craun, Army Rangers; Sgt. Jim Errante, military police; Cpl. Ernest Colling, U.S. Army; and Will Hough, U.S. Marines. All went to Iraq months ago as private security contractors. They worked for an American company named Custer Battles, hired by the Pentagon to conduct dangerous missions guarding supply convoys. They were so upset by what they saw, three quit after only one or two missions...” (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 134).

⁴⁵ En este caso, sus contratistas dispararon contra civiles y contra fuerzas armadas... amigas (marines de los Estados Unidos) en el infame asalto a la ciudad de Fallujah.

Resources Group (pág. 237), con sede en los Emiratos Árabes Unidos. Con independencia de que en algunos supuestos el ataque a civiles tuviera lugar en el contexto de una operación militar concreta (Fallujah, Kirkuk) o no, poca duda puede caber de la plena aplicabilidad a la ocupación de Irak del Derecho internacional humanitario, por lo que entendemos que cualquier supuesto en que se produzca un ataque directo por parte de empleados de EMSP a población civil, o un ataque indiscriminado, constituye una violación del Derecho humanitario, seguramente calificable como crimen de guerra.

Naturalmente este tipo de incidentes viene facilitado cuando las propias reglas de concesión del contrato de seguridad por parte del estado contratante son laxas respecto del alcance del uso de la fuerza por parte de las compañías privadas de seguridad. Así, Palou-Loverdos y Armendáriz denuncian que, en relación con el conflicto y la ocupación de Irak por parte de Estados Unidos:

Initially, according to (...) the Defense Federal Acquisition Regulations Supplement (DFARS), private security contractors were not authorized to use deadly force against enemy armed forces other than in self-defense. In June 2006, however, a rule amendment to the DFARS set out an important exception according to which the U.S. *private contractors were permitted to use deadly force against enemy armed forces in self-defense or “when necessary to execute their security mission to protect assets/persons, consistent with the mission statement contained in their contract”*. A similar amendment to the FAR was approved in March 2008 for activities of contractor personnel working outside the U.S. for the Department of State and agencies other than the DoD (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 199).

La ampliación del uso de la fuerza a supuestos distintos de su propia autodefensa no implica necesariamente que las EMSP deban vulnerar el principio de distinción. Nada impide, al menos en teoría, que se las autorice al primer uso de armas de fuego, siempre y cuando su violencia se dirija única y exclusivamente a personal y objetivos militares. Sin embargo, cuando una fuerza armada privada solo puede usar la fuerza como respuesta a un ataque previo – y únicamente para detener y rechazar dicho ataque – parece más fácil de asegurar que dicha fuerza será conforme con el principio de distinción. En caso contrario, como se ha demostrado con demasiada frecuencia

durante la ocupación de Irak, es demasiado fácil que los contratistas confundan a civiles con actores armados. En este sentido, resulta acertado, aunque terriblemente complicado y seguramente idealista, que el proyecto de posible Convención del Grupo de Trabajo de la ONU incluya “la participación directa en las hostilidades” y “las operaciones bélicas y/o de combate” entre las funciones “inherentes al estado” que éste, por tanto, no puede subcontratar en una EMSP (art.9). También es alentador el caso explicado por Perrin, según el cual en 2005 los *marines* estadounidenses detuvieron a miembros del personal de Zapata Engineering en Faluya por disparar, supuestamente de manera indiscriminada, contra personas Civiles (Perrin 2006, 314).

4.3.2 OTRAS REGLAS RELATIVAS A LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

Junto con el principio de distinción, el estudio del CICR identifica otras normas fundamentales relativas a la conducción de las hostilidades, como por ejemplo

Norma 46. Queda prohibido ordenar que no se dé cuartel, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión.⁴⁶

...

Norma 52. Queda prohibido el pillaje.

Norma 53. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil.

Norma 54. Queda prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.

...

Norma 136. Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños.

Norma 137. No se permitirá que los niños participen en las hostilidades.

Los dos primeros grupos de normas están sólidamente ancladas en el Derecho internacional humanitario desde los mismos Convenios de La Haya de 1907. La prohibición de reclutar niños soldados, y de que estos participen efectivamente en las hostilidades, es mucho más reciente, pero no por ello menos generalmente aceptada

⁴⁶ Vid. también art. 6.5 del Boletín del Secretario General: “Se prohíbe ordenar que no haya supervivientes”.

por parte de la comunidad internacional. Todas ellas son claramente aplicables a las empresas militares privadas y a su personal. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional califica como crimen de guerra “declarar que no se dará cuartel” (art. 8.2.b.xii –conflictos internacionales- y 8.2.e.x – conflictos no internacionales-) y lo hace con independencia de la calificación del individuo como miembro o no de las fuerzas armadas regulares. Por otro lado, resulta significativo que la primera sentencia dictada por la Corte Penal Internacional, de 14 de marzo de 2012, haya condenado a un “señor de la guerra”, Thomas Lubanga, por reclutar y utilizar niños soldados en el marco del conflicto de la República Democrática de Congo.⁴⁷ También prohíbe el reclutamiento forzoso de menores de edad el *Código de Conducta* de 2010 (pár. 41), en el marco de una serie de medidas tendentes a la protección de los niños y niñas contra las “peores formas de trabajo infantil”. La prohibición del pillaje, de utilizar el hambre como arma de guerra y de destruir bienes indispensables para la supervivencia de la población civil se considera imperativa incluso en conflictos de carácter no internacional y, por tanto, respecto de combatientes distintos de las fuerzas armadas regulares. A pesar que tanto el *Documento de Montreux* como el subsiguiente *Código de Conducta* omiten estas referencias, hay que considerarlas plenamente vigentes y exigibles para actores armados como son las EMSP.

4.4 MEDIOS DE COMBATE: ARMAS Y ARMAMENTO PROHIBIDOS

Otro de los ámbitos del Derecho internacional humanitario en el que no existen diferencias significativas entre conflictos armados de carácter interno o internacional es en el de los medios de combate y, concretamente, en la determinación de las armas y armamento prohibido o restringido. Se trata de una materia que el “derecho de Ginebra” no trata y que el “derecho de La Haya” ha tendido a regular de manera casuística, mediante la identificación de armas “inhumanas” que era conveniente regular o incluso prohibir, utilizando para ello la técnica del tratado internacional.⁴⁸ Tan es así que solo en el art. 35.2 del Protocolo adicional I, en el marco de los conflictos armados de carácter internacional, hallamos una formulación abstracta y genérica sobre el alcance del derecho de las partes beligerantes a elegir sus medios de combate.

⁴⁷ Vid. texto íntegro de la sentencia en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf> (consultado en octubre de 2012).

⁴⁸ Sí hay una regulación indirecta del fenómeno de los medios de combate en la medida que el carácter “indiscriminado” de un ataque puede venir determinado por la naturaleza intrínseca del armamento utilizado.

Queda prohibido el empleo de *armas, proyectiles, materias* y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen *males superfluos o sufrimientos innecesarios*.⁴⁹

Dejando de lado las dificultades hermenéuticas que plantea la terminología utilizada, el CICR es de la opinión que una formulación muy similar de esta misma norma⁵⁰ es igualmente aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional pues “la prohibición de emplear medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios se incluyó por consenso en el proyecto de Protocolo adicional II, pero se abandonó en el último momento en el marco de una iniciativa tendente a aprobar un texto simplificado” (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 267). Con todo, no deja de ser cierto que, mientras no entre en vigor la reforma operada en la Conferencia de revisión de Kampala (2010), el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional omite cualquier referencia a armas prohibidas en el contexto de los conflictos armados de carácter no internacional.⁵¹

La concreción de la norma fundamental se efectúa a través de tratados internacionales específicos, arma a arma. El derecho convencional relativo a la prohibición o restricción de los medios de combate tiene los siguientes hitos: Protocolo para la prohibición de gases asfixiantes o venenosos (1925);⁵² Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas (1972);⁵³ Convención sobre la prohibición o la restricción de ciertas armas convencionales (1980)⁵⁴ con sus distintos protocolos (1980, 1995, 1996, 2001, 2003);⁵⁵ Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y sobre su destrucción (1993);⁵⁶ Convención sobre la prohibición del uso, producción,

⁴⁹ Sería injusto sin embargo considerar que se ha tratado de una cuestión olvidada hasta fecha reciente, pues ya la Declaración de San Petersburgo de 1868 y algunas Declaraciones de La Haya de 1899 hacían referencia a armas prohibidas.

⁵⁰ “Norma 70. Queda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que *causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*”

⁵¹ A instancias de Bélgica, la Conferencia aprobó que se incluyeran tres nuevos incisos *xiii, xiv y xv* en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma sobre el empleo en conflictos armados no internacionales de ciertas armas envenenadas y balas que se expanden, gases asfixiantes o tóxicos o cualquier líquido, material o dispositivo análogos.

⁵² 137 estados parte. Los datos que siguen a continuación han sido obtenidos del sitio web del Comité internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org/ihl> (consultado el 31 de diciembre de 2012).

⁵³ 165 estados parte.

⁵⁴ 115 estados parte.

⁵⁵ Entre 75 y 111 estados parte. El Convenio y sus protocolos hacen referencia a las siguientes armas convencionales: fragmentos no detectables; minas y armas trampa; armas incendiarias (1980); armas láser cegadoras (1995); minas antipersonal (1996); y restos explosivos (2003).

⁵⁶ 188 estados parte.

almacenamiento de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997);⁵⁷ y Convención sobre municiones de racimo (2008).⁵⁸ La mayoría de estas prohibiciones o restricciones de medios de combate pueden considerarse vinculante con carácter general y se dirigen a cualquier actor de un conflicto armado con independencia de la naturaleza gubernamental o no de dicho actor, y del carácter internacional o no del conflicto. Así, respecto de las fuerzas armadas de la ONU, el Boletín del Secretario General de 1999 afirma:

Sección 6.2. La fuerza de las Naciones Unidas respetará las normas que prohíben o restringen el uso de ciertas armas (...) Se incluye, en particular la prohibición del uso de gases asfixiantes, venenosos y los métodos de guerra biológica; las balas que explotan, se expanden o se aplastan fácilmente en el cuerpo y ciertos proyectiles explosivos. Se prohíbe el uso de ciertas armas convencionales, como las minas antipersonal de fragmentos indetectables, las trampas explosivas y las armas incendiarias.

En la misma línea, la recopilación y estudio de las normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario actualmente vigentes realizada por el CICR apoya el carácter consuetudinario de todas estas prohibiciones⁵⁹ con dos importantes salvedades: las minas antipersonal y las armas incendiarias. En particular, respecto de las primeras, teniendo en cuenta la masiva ratificación de la Convención de Ottawa y la práctica subsiguiente de estados y otros actores armados,⁶⁰ resulta poco justificable la tímida redacción de las normas 81 y 82:

Norma 81. Cuando se empleen minas terrestres, se pondrá especial cuidado en reducir a un mínimo sus efectos indiscriminados.

⁵⁷ 160 estados parte.

⁵⁸ 77 estados parte.

⁵⁹ Las normas 72 a 86 se refieren a la cuestión de las armas. Las armas consideradas prohibidas con carácter absoluto serían: veneno y armas venenosas; armas biológicas; armas químicas; balas expansivas; balas explosivas; armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables; armas trampa; y armas laser que causan ceguera.

⁶⁰ Ciertamente, algunos grupos armados irregulares (como las FARC en Colombia) continúan utilizando minas antipersonal de fabricación casera; y por descontado es cierto que los estados parte no se hallan plenamente al día de sus obligaciones de destrucción de las minas plantadas por el mundo. Sin embargo, es innegable que desde la entrada en vigor de la Convención de Ottawa es irrisorio (en comparación con decenios anteriores) la utilización de minas antipersonal nuevas en los conflictos armados. Vid. *Land Mine Monitor 2011*, en <http://www.the-monitor.org/index.php/publications/display?url=lm/2011> (consultado en octubre de 2012).

Norma 82. Las partes en conflicto que empleen minas terrestres deberán registrar, en la medida de lo posible, su ubicación.⁶¹

No es baladí esta presunción de legalidad en el uso de minas antipersonal en el marco de nuestro estudio, puesto que se trata de un tipo de arma barata y manejable que podrían ser fácilmente utilizadas por las EMSP, aunque por el momento no hay constancia de que ello haya llegado a ocurrir (aunque sí se ha acusado a los mercenarios de Gadafi de utilizar este tipo de armamento prohibido en el contexto de las revueltas que acabaron con ese régimen en 2011).⁶² En cambio, no parece por ahora que debamos preocuparnos del uso por estas compañías del otro tipo de arma que el CICR prefiere no tratar, para atenerse estrictamente a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1996: las armas nucleares (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 285-286).⁶³ Finalmente, resulta interesante la prohibición del empleo de sustancias antidisturbios como método de guerra (norma 75), tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, pero exceptuando el control de los disturbios internos

Con las salvedades relativas a minas antipersonal y armas incendiarias (a las que se podría añadir las bombas de dispersión, de prohibición aún reciente), el derecho convencional y consuetudinario respecto de los medios de combate es tan diáfano que resulta chocante el tratamiento que del tema hace el Documento de Montreux. Para empezar, porque no incluye ninguna referencia a armas prohibidas en su primera parte (“Obligaciones jurídicas de los estados”), sino que solo lo hace en la segunda (“Buenas prácticas relativas a las empresas militares y de seguridad privadas”). Y lo hace en términos vagos y escasamente asertivos. Entre las *recomendaciones* relevantes para los estados contratantes de EMSP respecto del uso de armas por sus contratistas hallamos, en el apartado de “selección de la EMSP”, las siguientes buenas prácticas

⁶¹ Algo parecido puede decirse de las normas 84 y 85 respecto de las armas incendiarias, que como las anteriores estarían restringidas en su uso, pero no prohibidas: “Norma 84. Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos. Norma 85. Queda prohibido el empleo antipersonal de armas incendiarias, a menos que no sea factible emplear un arma menos dañina para poner al adversario fuera de combate.” En cambio, es comprensible que el compendio del CICR no haga alusión a la reciente prohibición convencional de las bombas de dispersión: la adopción del Convenio es posterior a la publicación del compendio y en cualquier caso aún es pronto para hablar de derecho consuetudinario.

⁶² Vid. portal web del Centro de Investigación Periodística (CIPER) de Chile: <http://ciperchile.cl/radar/%C2%BFcual-es-la-diferencia-entre-los-civiles-de-libia-y-los-de-costa-de-marfil/>, de 1 de abril de 2011 (consultado en octubre de 2012).

⁶³ El texto de una “posible Convención” del Grupo de Trabajo sobre mercenarios incluye “el uso de armas de destrucción en masa” entre las prohibiciones de delegación o contratación externa de funciones inherentes del estado (art. 9).

9. *Tener en cuenta* si la EMSP mantiene un *registro exacto y actualizado* de los miembros de su personal y de sus bienes, *en particular por lo que respecta a las armas y municiones*, que pueda ser inspeccionado por el estado contratante y otras autoridades competentes si así lo solicitan.

(...)

11. *Tener en cuenta* si la EMSP:

a) *Adquiere su equipo, en particular sus armas, por medios lícitos;*

b) *Utiliza equipo, en particular armas, que no está prohibido por el derecho internacional;*

Resulta como mínimo insuficiente, en relación con este último punto, que se recomiende a los estados contratantes de EMSP sencillamente “tener en cuenta” que dichas compañías no trafican ilegalmente con armas ni utilizan armas prohibidas en Derecho internacional. Ambas obligaciones, particularmente la segunda a efectos de nuestro estudio, deberían ser prohibiciones absolutas a la hora de contratar una empresa de estas características. En la misma línea, un poco más adelante, en el apartado relativo a las “condiciones contractuales” de las EMSP, se recomienda:

14. Incluir cláusulas contractuales y requisitos de desempeño que aseguren el respeto por la EMSP contratada del derecho nacional aplicable, del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos. Esas cláusulas (...) *pueden incluir*: f) La adquisición y la utilización lícitas del equipo, en particular de las armas

Un poco más estricto, aunque no lo suficiente, parece mostrarse el *Documento de Montreux* cuando sus recomendaciones se dirigen a los estados territoriales, que a efectos de concesión de autorizaciones, deberían

34. *Tener en cuenta* si la EMSP mantiene un registro exacto y actualizado de los miembros de su personal y de sus bienes, en particular por lo que respecta a las armas y municiones, que pueda ser inspeccionado por el estado territorial y otras autoridades si así lo solicitan.

36. *No conceder* autorizaciones a EMSP que hayan adquirido sus armas ilícitamente o que utilicen armas prohibidas por el derecho internacional.⁶⁴

Y respecto de las normas relativas a la prestación de servicios por parte de las EMSP y su personal, deberían

44. Establecer normas pertinentes sobre la tenencia de armas por las EMSP y los miembros de su personal,

Finalmente, a los estados de origen de las EMSP solo se les recomienda que tengan en cuenta, a efectos de concesión de autorizaciones, si han adquirido su equipo, “en particular sus armas, por medios lícitos y si su uso no está prohibido por el derecho internacional” (pár. 64).

Toda esta reglamentación nos merece una opinión extremadamente negativa. Si el *Documento de Montreux* ya resulta poco válido como instrumento de autorregulación, sus tibias disposiciones relativas a la posesión y empleo de medios de combate que estén prohibidos por el Derecho internacional vigente resulta indignante. Aunque formalmente sus recomendaciones van dirigidas únicamente a los estados que tratan con EMSP, qué duda cabe que su tenor podría amparar la posesión de armamento ilegal por parte de estas compañías.

Algo más interesante resulta el *Código de conducta* de 2010, que contiene tres párrafos sobre “control de armas”, uno de los cuales afirma:

57. Las empresas firmantes *no poseerán ni utilizarán*, y se requerirá de su personal que se abstenga de poseer o utilizar, *armas o municiones que sean ilegales con arreglo a cualquier legislación aplicable*. Las empresas firmantes no participarán, y se requerirá de su personal que no participe, en las *transferencias* de armas ilegales...

⁶⁴ No se entiende ni parece coherente este mayor rigor, que nos parece el correcto, para los estados del “territorio” donde actúan las empresas (pár. 36), que el exigido para el estado “contratante” en el párrafo 11 antes citado.

Aunque no hace referencia a armas prohibidas concretas ni asume todas las obligaciones de los convenios de prohibición de armas (omite la prohibición de almacenamiento y la obligación de destrucción), como mínimo sí afirma sin ambigüedades un principio de prohibición de posesión, uso y transferencia de armas ilegales. Un principio que se desdobra hacia empresa y empleados, de modo que estos no puedan estar en posesión de armamento ilegal ni siquiera a título particular.⁶⁵ Por su parte, el proyecto de posible convención del GT de la ONU es más preciso y contundente al proponer (art. 10.1):

Cada estado parte, sin perjuicio de sus obligaciones convencionales respectivas, tiene el deber de respetar los principios del derecho internacional humanitario, *como las "normas fundamentales" que prohíben el empleo de los métodos o medios de hacer la guerra* descritos en el artículo 35 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, a saber armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, o de las que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

A continuación, se hace referencia a la prohibición de cualquier utilización de armas de destrucción en masa (nuclear, química y biológica) (art. 10.3) y, si bien se omite cualquier referencia a otras armas prohibidas concretas, entendemos que la remisión al Derecho internacional general en esta materia es suficientemente clara para permitir incorporar a la prohibición tanto las armas que ya están prohibidas o restringidas como aquellas que puedan estarlo en el futuro.

En suma, las armas prohibidas lo están para todos los actores armados en todo tipo de conflictos. Las violaciones por parte de EMSP de la prohibición de posesión y empleo de armas ilegales no son frecuentes, pero tampoco inexistentes.⁶⁶ El Grupo de Trabajo de la ONU menciona haber recibido información sobre casos de empleados de las EMSP que habrían utilizado armas prohibidas o munición experimental prohibida por el Derecho internacional: Un antiguo militar empleado como "guardia de seguridad" en el Irak por una EMSP habría informado sobre la utilización de munición prohibida y

⁶⁵ Resulta pertinente recordar aquí que algunos efectivos de la Policía de Catalunya fueron sorprendidos en su día utilizando armas de defensa personal no reglamentarias, como por ejemplo el kubotán.

⁶⁶ No nos referimos aquí a la posesión de armas por parte de EMSP cuando su contrato con el Gobierno de turno excluye dicha posibilidad. Vid. por ejemplo, *Military Times*: "Contractors say Xe provided forbidden weapons", en http://militarytimes.com/news/2009/05/ap_blackwater_xe_weapons_052109/ (consultado en noviembre de 2012)

también existirían informes sobre la utilización de munición de perforación de blindaje y penetración limitada (APLP por sus iniciales en inglés), que son balas de aleaciones que perforan el acero y el blindaje de los chalecos antibalas y que no atraviesan el cuerpo sino que revientan y producen lesiones de curación imposible. Asimismo, en marzo de 2007 los militares de los Estados Unidos prohibieron la intervención de la empresa Crescent Security Company en las bases del Irak al descubrir que tenía armas prohibidas para las empresas de seguridad privadas.⁶⁷ Más recientemente (octubre de 2012), se ha tenido noticias del uso de armas químicas por parte de fuerzas armadas regulares reforzadas por mercenarios en la Libia post-Gaddafi.⁶⁸

Puede citarse también el caso de las fumigaciones aéreas con herbicidas sobre los cultivos de coca en la frontera de Colombia y Ecuador a cargo de la EMSP DynCorp. Según Gómez del Prado y Torroja, existen informes que relacionan dichas fumigaciones con daños genéticos en mujeres, así como el incremento de casos de cáncer, mutaciones y alteraciones embrionarias importantes (Gómez del Prado y Torroja 2011, 32-33). Aunque es discutible hasta qué punto se trata de la utilización de “armamento” en el marco de un “conflicto armado no internacional”, el caso ilustra la capacidad de las EMSP de utilizar medios de combate que se pueden calificar como “armas venenosas”, si no es que “causan graves afectaciones en el medio ambiente” y que por consiguiente, en el contexto de un conflicto armado, serían ilegales.

4.5 LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

En este apartado vamos a examinar las normas fundamentales de Derecho internacional humanitario relativas a la protección de las víctimas del conflicto armado. Por víctimas del conflicto se suele entender aquellas personas que, o bien nunca han participado en él (civiles) o bien han dejado de hacerlo porque se hallan fuera de combate (heridos, enfermos, naufragos y, particularmente, prisioneros de guerra). En esencia, se ocupan de estas materias los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y, en la

⁶⁷ Vid. doc. A/HRC/7/7, 9 de enero de 2008, que a su vez cita el artículo en prensa de Steve Fainaru, "Cutting costs, Bending Rules, And a Trail to Broken Lives", *Washington Post*, 29 de julio de 2007.

⁶⁸ Vid sitio web *Actualidad RT*: “La ciudad libia sitiada de Bani Walid permanece sumida en el caos. El antiguo bastión del régimen de Muammar Gaddafi está siendo atacado por milicias reforzadas con mercenarios extranjeros, y el uso de armas prohibidas como el fósforo blanco” (<http://actualidad.rt.com/actualidad/view/57179-libia-combatientes-extranjeros-bombas-fosforo-gas-nervioso-fuentes-rt>, 27 de octubre de 2012). También: “Heavy armed foreign mercenaries used banned chemical weapons to take Bani Walid!” http://www.firstpost.com/topic/organization/united-nations-heavy-armed-foreign-mercenaries-used-banned-chemical-weapons-video-to1Mprg_yWI-55-1.html (consultado en noviembre de 2012).

medida que los actualizan, sus dos protocolos adicionales. Las disposiciones más importantes de unos y otros tienen naturaleza consuetudinaria y obligan a todas las partes beligerantes en cualquier tipo de conflicto armado.

Iniciaremos el epígrafe con una referencia a las garantías fundamentales que se aplican a *todas* las víctimas con carácter general, para luego fijarnos monográficamente en los diversos colectivos mencionados.

4.5.1 GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Todas las personas civiles que se encuentran en poder de una de las partes en conflicto y que no participan directamente en las hostilidades, así como todas aquellas personas que se encuentran fuera de combate, gozan de una serie de “garantías fundamentales” (Henkaerts y Doswald-Beck 2007, 341). Dichas garantías tienen un primer fundamento en el Derecho internacional humanitario, tanto convencional como consuetudinario, que como hemos dicho es aplicable indistintamente a todas las partes en un conflicto. Asimismo, se fundamentan también en el Derecho internacional de los derechos humanos, cuyo núcleo central es aplicable en todo tiempo y lugar, es decir, incluso en caso de “guerra” o “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”,⁶⁹ porque ni siquiera en esos casos puede ser derogado. Este doble fundamento hace que sea completamente indiscutible la vigencia de dichas garantías en conflictos armados de carácter no internacional y no solo en conflictos internacionales.

Las Normas 87 a 105 del compendio de Derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR (Henkaerts y Doswald-Beck 2007, 341-435) sintetizan esas garantías fundamentales en los siguientes términos:

Norma 87. Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad.

Norma 88. En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o

⁶⁹ Los Convenios regionales europeo y americano utilizan la expresión “guerra”. No lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien esas “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación” pueden incluir perfectamente los conflictos armados internos o internacionales.

de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo.

Norma 89. Queda prohibido el homicidio.

Norma 90. Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes.

Norma 91. Quedan prohibidos los castigos corporales.

Norma 92. Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas.

Norma 93. Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual.

Norma 94. Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas.

Norma 95. Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo.

Norma 96. Queda prohibido tomar rehenes.

Norma 97. Queda prohibida la utilización de escudos humanos.

Norma 98. Quedan prohibidas las desapariciones forzadas.

Norma 99. Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad.

Norma 100. Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales.

Norma 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el Derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.

Norma 102. Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual.

Norma 103. Quedan prohibidos los castigos colectivos.

Norma 104. Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate.

Norma 105. En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar.

Es evidente que algunas de estas garantías fundamentales no son ni pueden ser exigibles a las empresas militares y de seguridad privadas ni a sus contratistas. Es el caso, por ejemplo, de aquellas que tienen que ver con la garantía de un juicio justo (normas 100 a 102) las cuales, por su propia naturaleza, sólo puede proveer (y solo son exigibles frente a) la autoridad estatal. En este sentido, los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” del Relator Ruggie exigen a los estados que adopten las medidas apropiadas para *prevenir, investigar, castigar y reparar* eventuales abusos de derechos humanos cometidos por empresas, “mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia” (principio 1). Nada de eso les pide a las empresas, que solo deben “respetar” los derechos humanos.

Otras garantías, como la prohibición de realizar experimentaciones médicas o el deber de respetar la vida familiar, aunque son teóricamente exigibles, no parece que deban tener demasiada incidencia en la práctica de las EMSP. Sin embargo, la mayor parte de las normas citadas no sólo son perfectamente exigibles a actores armados no estatales, sino que son especialmente pertinentes por lo que respecta a la acción y la práctica de las EMSP.

Prueba de la relevancia de estas garantías fundamentales respecto de actores atípicos de un conflicto armado es el Boletín del Secretario General sobre la *Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*. Su Sección 7 (“Tratamiento de civiles y personas fuera de combate”) se refiere explícitamente al principio de trato humano sin discriminación (7.1) y enumera una serie de prácticas prohibidas que coinciden en buena medida con las normas consuetudinarias identificadas por el CICR: la violencia contra la vida y el homicidio; las torturas y mutilaciones; los castigos colectivos y las represalias; la toma de rehenes; la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de agresión sexual; la esclavitud (7.2).

En cambio, el *Documento de Montreux* apenas se refiere en términos de prohibición a dos prácticas aberrantes (tortura y toma de rehenes), mientras que el *Código de conducta* omite la segunda y añade referencias más o menos extensas al principio de trato humano y no discriminatorio; la prohibición de las detenciones ilegales; la lucha contra la explotación sexual, la trata y la prohibición de la esclavitud; y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

Nos fijaremos a continuación en algunas de estas prácticas, a título ilustrativo.

A) HOMICIDIO INTENCIONADO

El uso excesivo de la fuerza ha sido una acusación recurrentemente formulada a diversas compañías de seguridad privadas en el contexto del conflicto iraquí; y a ellas hemos aludido anteriormente bajo la rúbrica del principio de distinción. En realidad, según las circunstancias del caso, esos incidentes podrían también considerarse “homicidio intencionado”. En efecto, la calificación de incidentes como el de la plaza Nissour de Bagdad como un “ataque indiscriminado” implica la existencia en aquel instante de un contexto de “conflicto armado” u “ocupación”, en que los agentes privados hicieron uso de la fuerza sin distinguir entre agresores y viandantes. Si esta calificación de la situación de contexto se pusiera en tela de juicio (la guerra terminó, Estados Unidos devolvió el poder a las autoridades iraquíes, etc.) resultaría mucho más acertado hablar de “ejecución extrajudicial” (Gómez del Prado y Torroja 2011, 28). También merece esta calificación “el tiroteo que causó la muerte del profesor australiano de 72 años, Kays Juma, cuando se aproximaba a una intersección bloqueada por un convoy que la [United Resources Group] estaba protegiendo” (Gómez del Prado y Torroja 2011, 29).

No son supuestos aislados. En agosto de 2009 Daniel Fitzsimons, un antiguo paracaidista británico que trabajaba para la compañía British Armor Group, disparó y mató en acto de servicio a dos civiles (Paul McGuigan y Darren Hoare) e hirió a un tercero (Arkan Mahdi Saleh). La buena noticia es que gracias al levantamiento de la inmunidad de jurisdicción de los contratistas extranjeros (y seguramente al hecho de que las víctimas mortales no eran ciudadanos iraquíes) Fitzsimons fue condenado a 20 años de cárcel por un tribunal penal iraquí en una sentencia fallada el 28 de febrero de 2011 (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 93-94). Por otro lado, entre los casos más sorprendentes de la práctica de las EMSP en los últimos años se halla la contratación en 2004 de empleados de *Blackwater* por parte de la CIA para perseguir y asesinar a dirigentes de Al Qaeda (Saura 2010, 9), lo que, de haberse producido, encajaría como un guante en la definición de homicidio intencionado.⁷⁰

⁷⁰ Información difundida por el *New York Times* (19 de agosto de 2009) y recogida por Charlier (Charlier 2010, 15). Es notorio que la iniciativa no tuvo éxito y que el homicidio de Osama bin-Laden se produjo mucho más tarde por parte de cuerpos de élite de Estados Unidos (los Navy Seals).

B) TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES

Conviene recordar aquí que la prohibición de la tortura tiene carácter absoluto en Derecho internacional y que, si bien el Convenio de 1984 solo es aplicable cuando quien cometa estos hechos sea un agente del estado,⁷¹ no sucede lo mismo con la Declaración Universal o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíben la tortura con independencia de quién sea el agente que la comete.⁷²

Los documentos elaborados por el Gobierno suizo en colaboración con las empresas del sector son poco completos respecto de las garantías fundamentales que las EMSP deben respetar en su relación con las víctimas del conflicto. Pero como mínimo hay unanimidad en el rechazo a la tortura y otros malos tratos. El *Documento de Montreux* establece una clara prohibición de la tortura, así como de la toma de rehenes, sin carácter excluyente de otros delitos de Derecho internacional:

6. Los estados contratantes tienen asimismo la obligación de investigar y, como lo exige el derecho internacional o de otra forma, según proceda, enjuiciar, extraditar o entregar a las personas sospechosas de haber cometido otros *delitos contemplados en el derecho internacional, como la tortura o la toma de rehenes*, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Esos juicios deben desarrollarse de conformidad con las normas del derecho internacional relativas al derecho a un juicio imparcial, velando por que las sanciones guarden proporción con la gravedad del delito.

En la prohibición de la tortura y otros malos tratos, *Montreux* coincide con el *Código de conducta* de 2010: “35. Las empresas firmantes no participarán, y se requerirá de su personal que no participe, en actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, ni siquiera sobre la base de un principio de “obediencia debida” o como consecuencia de “circunstancias excepcionales” (pár. 36). Además, las EMSP “denunciarán, y se requerirá de sus empleados que denuncien, todo acto de tortura (...)”

⁷¹ Por tanto, el Convenio contra la Tortura solo sería aplicable a un contratista privado cuando *de jure* o *de facto* actuara como agente del estado o bajo la supervisión o aquiescencia de un agente del estado.

⁷² Vid. Observación General n. 20 (1992) del Comité de Derechos Humanos, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument) (consultado en diciembre de 2012).

que estuvieran en su conocimiento, o de cuya existencia tuvieran una sospecha razonable.” (pár. 37). Sobre el papel, se trata de obligaciones amplias y omnicomprendidas, que seguramente reaccionan frente a algunos de los casos que han puesto más en el punto de mira de la opinión pública internacional a las EMSP.

En los últimos años, el supuesto más emblemático de tortura en el contexto de un conflicto armado, en concreto en un caso de “ocupación” de territorios, nos lleva de nuevo a Irak y a la cárcel de Abu Ghraib. Como denunció en su día el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los mercenarios, militares norteamericanos de distinta (aunque baja) graduación fueron condenados por aquellos sucesos. Sin embargo, existe constancia de la participación como mínimo de dos contratistas privados en esos hechos; individuos que no han sufrido ningún tipo de sanción como consecuencia de sus actos.⁷³ Se trata de dos “traductores” de la empresa Titan (John Israel y Adel Nakhla) acusados por sus víctimas de hasta 20 delitos: tortura; tratamiento cruel, inhumano o degradante; agresión y lesiones físicas y psíquicas, etc. (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 171-172). No es la única empresa implicada en Abu Graib y otros centros de detención. Sytex Corporation también proporcionó interrogadores y traductores en sitios como Camp Cropper y Camp Whitehorse, que fueron acusados por los internos de torturas (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 169). Aún en Irak, el mismo Grupo de Trabajo se hace eco de la denuncia de “72 ciudadanos iraquíes” contra la empresa L-3 Services Inc. Esta empresa “contratista militar que había proporcionado traductores civiles para las fuerzas estadounidenses en el Irak” habría detenido a esos ciudadanos y, bajo su custodia, los habría torturado y abusado física y psicológicamente de ellos. El Grupo de Trabajo se felicita en todo caso de la “decisión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de que la División de Greenbelt del distrito de Maryland procediera con el caso contra L-3 Services”.⁷⁴

Finalmente, resulta como mínimo chocante el caso de tortura por parte de miembros del Ejército de Estados Unidos contra informantes del FBI que trabajaban para una

⁷³ Vid. “Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, en docs. A/61/341, párs. 69 y 71; y A/HRC/4/42, pár. 35. La responsabilidad individual de estas personas no excluye la de Estados Unidos conforme al Convenio de 1984 pues, pese a su carácter particular, actuaban *de facto*, sino *de jure* bajo control del Ejército norteamericano.

⁷⁴ Vid. Informe del Grupo de Trabajo, en doc. A/65/325, de 25 de agosto de 2010, pár. 25.

EMSP iraquí, Shield Groups Security (SGS).⁷⁵ Donald Vance y Nathan Ertel, trabajadores de la compañía, sospechaban que ésta podía estar infringiendo las normas sobre el comercio de armas e informaron de ello al FBI. Ambos fueron detenidos por soldados del Ejército de los Estados Unidos, interrogados como traficantes de armas y torturados. Ertel fue liberado al cabo de un mes; Vance, al cabo de tres meses, aunque desde la tercera semana el FBI había confirmado que Vance trabajaba para ellos (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 263).

C) DETENCIÓN ILEGAL

El *Documento de Montreux* no alude en ningún momento a que las EMSP y sus empleados puedan tener encomendada la función de practicar “detenciones” o “arrestos”, aunque sí menciona en un par de ocasiones la posibilidad de que se encarguen de la vigilancia de “centros de detención”. De la misma manera, el *Código de conducta* solo permitiría a las empresas firmantes “escortar, transportar o interrogar a detenidos” en circunstancias muy precisas (y siempre respetando el principio de trato humano y la prohibición de la tortura) (pár. 33). Sin embargo, este segundo instrumento reconoce que en algunas ocasiones los contratistas privados pueden tener que “tomar” o “retener” a alguna persona, en cuyo caso deberán entregar a “tales personas detenidas a la *autoridad competente*” (que podrá ser civil o militar según el caso) “a la mayor brevedad posible” (pár. 34). De no hacerlo, incurrirían en detención ilegal e incluso en esa “toma de rehenes” que explícitamente condena el *Código de Conducta*.

Pese a estas prevenciones normativas, empleados de EMSP podrían haber estado implicados en los infaustos “vuelos de la CIA” desde la toma de rehenes en centros de entrega como Tuzla, Islamabad o Skopie, hasta su traslado y entrega a centros de internamiento secretos en El Cairo, Rabat, Bucarest, Amman o Guantánamo (Gómez del Prado y Torroja 2011, 31). DynCorp sería una de las compañías de seguridad más involucradas en dichos vuelos y está acusada también de cometer actos de tortura sobre los detenidos. Paradójicamente, el caso alcanzó cierta luz pública a raíz de la denuncia de la compañía frente al impago de algunas cuantiosas facturas presentadas al gobierno de Estados Unidos (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 138-139).

⁷⁵ Desde 2006, la empresa se llama National Shield Security (NSS).

También se ha afirmado que guardias de seguridad privados podrían mantener detenidos sin autorización a iraquíes en el contexto del conflicto en ese país (caso de la empresa L3 Services, antes citado).⁷⁶

Por su parte, en su informe de 2011 a la Asamblea General, el Grupo de Trabajo de la ONU se refiere a la situación creada en Costa de Marfil después del proceso electoral de finales del año anterior y apunta a “la participación de mercenarios liberianos en graves violaciones de los derechos humanos, como ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, violaciones, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenciones y arrestos arbitrarios, incendios intencionales y saqueos”⁷⁷

* * *

Los casos anteriores ilustran la importancia de afirmar la exigibilidad del respeto de las garantías fundamentales del Derecho humanitario por parte de las EMSP. Una vez examinadas algunas de las garantías exigibles a todos los actores de un conflicto, incluidas estas empresas, pasamos ahora a detallar las normas específicas aplicables a cada uno de los tipos de víctimas que contempla el Derecho internacional humanitario.

4.5.2 ENFERMOS, HERIDOS (Y NÁUFRAGOS) EN COMBATE

Los dos primeros Convenios de Ginebra versan sobre las obligaciones de los estados respecto de los heridos y enfermos en campaña (I) y heridos, enfermos y náufragos en el mar (II). Además de las garantías fundamentales que son aplicables a estas personas fuera de combate, el compendio de Derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR identifica tres normas básicas (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 451-460).

Norma 109. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los heridos, los enfermos y los náufragos sin distinción desfavorable alguna.

Norma 110. Los heridos, los enfermos y los náufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado.

⁷⁶ Vid. Informe del Grupo de Trabajo, doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008.

⁷⁷ Vid. Informe del Grupo de Trabajo, doc. A/66/317, de 22 de agosto de 2011, pág. 8

No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos.

Norma 111. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos y el pillaje de sus pertenencias.

Especialmente relevante para las EMSP resulta la primera de estas disposiciones. Las compañías privadas de seguridad que se enzarzan en un intercambio de fuego real no pueden quedar al margen de la obligación, una vez ha terminado el combate, de preocuparse por la suerte de los enfermos y heridos del otro bando; y, en la medida de lo posible, asegurar su evacuación a un centro hospitalario. Por otro lado, en la medida que estas empresas proveen servicios que no se limitan a la seguridad, es posible que cuenten con servicios médicos propios, por lo que también la Norma 110 les sería directamente exigible. El paralelismo con las fuerzas armadas es evidente: aunque los servicios sanitarios del Ejército están pensados inicialmente para atender a sus propios efectivos, el Derecho internacional humanitario les impone la obligación de tratar adecuadamente y sin discriminación a los soldados enemigos que caigan en su poder. Lo mismo es exigible a los servicios sanitarios de que puedan disponer las EMSP, siempre, como dice el CICR, “en la medida de sus posibilidades”. La Sección 9 (“Protección de los heridos, los enfermos y el personal médico y de socorro”) del Boletín del Secretario General confirma estas normas en los siguientes términos:

1. Los miembros de las fuerzas armadas y otras personas bajo custodia de la fuerza de las Naciones Unidas que estén heridas o enfermas serán objeto de respeto y protección en todas las circunstancias. Serán tratados con humanidad y recibirán el cuidado médico y la atención que requiera su condición, sin ningún tipo de distinción desfavorable. Sólo en caso de necesidad de atención médica urgente se autorizará el establecimiento de prioridades para el tratamiento.⁷⁸

En caso de que dichos servicios no existieran o fueran insuficientes, las EMSP deberían asegurarse que el CICR u otros organismos humanitarios independientes tuvieran un

⁷⁸ El párrafo segundo de la misma sección añade un deber para las fuerzas armadas que el CICR no ha considerado que se eleve a la condición de derecho consuetudinario: “Cuando las circunstancias lo permitan, se acordará una suspensión del fuego, o cualquier otro tipo de arreglo local, para permitir la búsqueda e identificación de las personas heridas, enfermas o dejadas por muertas en el campo de batalla y hacer posible su reunión, remoción, intercambio y transporte”.

acceso rápido y expedito a enfermos y heridos. Tampoco existe ningún impedimento técnico para que los empleados de las EMSP que tienen capacidad para hacer uso de la fuerza tomen medidas razonables para evitar que heridos o enfermos que se encuentren bajo su custodia o responsabilidad sean objeto de actos de malos tratos o pillaje por parte de terceros. Ello se deriva de la obligación jurídica que tienen los civiles de respetar a heridos, enfermos y náufragos (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 460).

En este contexto, el conflicto iraquí nos proporciona algunos ejemplos de contratistas que han descuidado su obligación de recoger y asistir a los heridos que ellos mismos han provocado:

“a number of incidents are identified (...) where PMSC contractors drove away from the scene and failed to report it, often leaving wounded civilians behind. Cases of this kind include the 2007 opening of fire on a truck that was following the PMSC Crescent Group’s convoy, leaving wounded Iraqis in the desert; the 2007 opening of fire on a taxi by PMSC Eryns’ employees, driving off without checking for survivors; and the case of a U.S. Colonel who committed suicide after denouncing human rights abuses by PMSC USIS, including “an incident in which a USIS contractor had apparently witnessed the killing of an innocent Iraqi and had not reported it to anybody higher up the chain” (Palou-Loverdos y Armendáriz 2011, 50 y 129).

Otra dimensión importante de los dos primeros convenios de Ginebra (y del cuarto) vinculado con el trato de heridos y enfermos es el *estatuto del personal y las unidades sanitarias y sus medios de transporte*. En resumen,

Norma 25. El *personal sanitario* exclusivamente destinado a tareas médicas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo.

(...)

Norma 28. Las *unidades sanitarias* exclusivamente destinadas a tareas sanitarias serán respetadas y protegidas en todas las circunstancias.

Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo.

Norma 29. Los *medios de transporte sanitarios* exclusivamente destinados al transporte sanitario serán respetados y protegidos en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo.

Norma 30. Quedan *prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios* y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.⁷⁹

Se trata de normas bien establecidas en Derecho consuetudinario, que ya se consagraban en el Convenio de Ginebra de 1864 o en el IV Convenio de La Haya de 1907, entre otros tratados clásicos de Derecho humanitario. Su aplicabilidad a los conflictos armados no internacionales vendría implícita por la referencia del artículo 3 común a “recoger y asistir” a heridos y enfermos. Estas normas también están perfectamente compendiadas a partir del párrafo tercero de la Sección 9 del Boletín del Secretario General. En cambio, tanto este segundo grupo de normas como el primero que hemos analizado brillan por su ausencia en los tres instrumentos que estamos examinando específicamente dirigidos a las EMSP: *Documento de Montreux*, *Código de conducta* y *Proyecto de una posible convención*. Sin embargo, parece difícilmente discutible que cualquier actor armado que participe en un conflicto armado, sea o no internacional, tiene como mínimo el deber de “respetar” al personal sanitario y a los bienes y medios de transporte asociados a la función médica, así como le está vedado realizar “ataques directos” contra unos y otros.

El único margen que puede darse a las EMSP se referiría al término “proteger”, pues si no han sido encargadas específicamente de esta función es dudoso que se les pueda exigir medidas *activas* para impedir el ataque a estas unidades y medios de transporte por parte de terceros. En este sentido, pueden citarse por analogía los principios propuestos por el Relator Especial John Ruggie, que no exige de las empresas privadas que “protejan” ni “promuevan” los derechos humanos. Basta con que los “respeten”, es decir que “Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas

⁷⁹ Las Normas 31 y 32 amplían el deber de respeto y protección a personal y bienes de “socorro humanitario” (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 89-124).

consecuencias cuando se produzcan; y que traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.”⁸⁰

4.5.3 PRISIONEROS DE GUERRA

El debate sobre prisioneros de guerra y contratistas privados se ha planteado tradicionalmente desde la perspectiva de la condición de los segundos cuando caen en poder del “enemigo”, sea éste las fuerzas armadas de un estado distinto de aquél para el que trabaja la EMSP o bien cualquier otro actor armado, aunque siempre en el contexto de los conflictos armados internacionales. Mucho menos se ha trabajado la posibilidad que las EMSP tengan una responsabilidad directa sobre la custodia de prisioneros de guerra y las implicaciones que ello acarrearía, cosa que quizás ayude a entender que la confusión sobre este particular en los documentos autoregulatorios examinados en este trabajo sea absoluta. Veámoslo.

En tanto que “función” de las EMSP, parece que el *Documento de Montreux* la descarta de manera rotunda. En efecto, en su segundo párrafo *normativo*, el Documento afirma:

Los estados contratantes están *obligados a no contratar a EMSP* para llevar a cabo actividades que el Derecho humanitario internacional asigna explícitamente a agentes o autoridades estatales, como ejercer, de conformidad con los Convenios de Ginebra, *el poder del oficial responsable de los campamentos de prisioneros de guerra o los centros de internamiento de civiles*

En su parte “aclaratoria”, el Documento explica las razones de esta obligación: la libertad de los estados “para delegar actividades en las EMSP no es ilimitada. Hay una serie de actividades que el Derecho internacional humanitario encomienda únicamente a las autoridades estatales, por lo que sería ilícito subcontratarlas. La vigilancia de los campamentos de prisioneros de guerra y los centros civiles de detención es sólo un ejemplo.” A lo que añade inmediatamente: “*Aunque algunas tareas administrativas se pueden delegar en terceros*, la responsabilidad general recae en las autoridades estatales.”

⁸⁰ Vid. doc. A/HRC/17/31, cit., principio n. 13.

En este punto, *Montreux* coincide al menos en parte con la filosofía de la propuesta del Grupo de Trabajo sobre Mercenarios de la ONU, que propone un artículo 9 a su proyecto de posible Convención, ya citado, en el sentido de prohibir la delegación en EMSP de ciertas competencias inherentes al estado (aunque su tenor es mucho más amplio que el del *Documento de Montreux*):

Art. 9. Cada estado parte definirá y limitará el alcance de las actividades de las EMSP y prohibirá específicamente la contratación externa con las EMSP de funciones definidas como funciones inherentes a los estados, incluidas la participación directa en las hostilidades, las operaciones bélicas y/o de combate, *la captura de prisioneros*, la legislación, las tareas de espionaje, inteligencia y transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, de seguridad y policiales, el uso de armas de destrucción en masa y el ejercicio de funciones de policía y otras actividades conexas, especialmente las *facultades de arresto o detención, incluida la de interrogar a los detenidos* y otras funciones que un estado parte considere funciones inherentes al estado.

Sin embargo, la coincidencia es más aparente que real. Los matices que introduce el *Documento de Montreux* y que explota el *Código de conducta* pueden dejar bajo mínimos la autolimitación que el propio Documento se había impuesto. En efecto, la “custodia de prisioneros” (sin aclarar su carácter civil o “de guerra”) se halla descrita en la misma *definición* de empresa militar y de seguridad privada que formula el *Documento de Montreux*:

Las “EMSP”, como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; *la custodia de prisioneros*; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales;

Por su parte, ya hemos mencionado que el Código de conducta permite la “detención” de personas en ciertas circunstancias:

33. Las empresas firmantes sólo *podrán*, y exigirán a su personal que actúe en el mismo sentido, *escortar, transportar o interrogar a detenidos*, en el caso de que: (a) la empresa haya sido específicamente contratada para ello por un estado, y (b) su personal haya recibido la formación y capacitación necesarias en materia del Derecho nacional e internacional aplicable.

Y en el contexto de la defensa propia o de terceros, o de la comisión de un delito flagrante, el Código prevé la posibilidad de “arresto” o “retención” de personas (sin precisar de nuevo que sean civiles o combatientes) antes de su entrega a las autoridades competentes (pár. 34).

Intentemos clarificar las cosas. De acuerdo con el planteamiento del *Código de conducta*, es necesario distinguir dos situaciones en la que pueden verse implicados los empleados de empresas militares y de seguridad privadas: el arresto o detención inicial y la custodia de prisioneros de guerra. La primera situación es la más imprevisible, ya que puede ser consecuencia de cualquier lid del conflicto armado. En este punto es imprescindible recordar el artículo 12 del III Convenio de Ginebra, según el cual los prisioneros de guerra están en poder de la “potencia enemiga” y no de “los individuos o cuerpos de tropa que los hayan capturado”; y lo son y se les aplica el Convenio “a partir del momento en que caigan en poder del enemigo” (art. 5). Con estos términos, se pretende garantizar que con independencia de la unidad o autoridad de las fuerzas armadas que efectuaran la detención, el combatiente es prisionero de guerra desde el primerísimo momento y que su situación es responsabilidad de la potencia beligerante que lo detenta. Lo cual parece perfectamente aplicable a fuerzas armadas privadas, siempre y cuando actúen por cuenta de un estado. En el supuesto de que practiquen la detención de un combatiente enemigo, no sólo deben entregarlo inmediatamente a las autoridades del Ejército regular para el que trabajan, como establece el *Código de conducta*, sino que deberán tratarlo desde el inicio como prisionero de guerra. Ahora bien, según el tenor del Tercer Convenio de Ginebra, la responsabilidad de que esto suceda corresponde en todo caso al estado contratante, no a la EMSP. El problema se plantea cuando la empresa no trabaja directamente para un gobierno, sino para otra empresa privada, aunque no por ello deja la EMSP de estar obligada a entregar al detenido a “la autoridad competente”, so pena de incurrir en detención ilegal o toma de rehenes como apuntábamos más arriba, en tal supuesto sería más difícil determinar la responsabilidad de un estado por estos hechos.

La segunda cuestión tiene que ver con las funciones de custodia de prisioneros de guerra por parte de EMSP. El *Documento de Montreux* parece suficientemente claro respecto de la imposibilidad legal de tal función, pero solamente si los contratistas (o sus mandatarios) pretendieran ejercerla de manera exclusiva o como principales responsables. En cambio, deja abierta la puerta a que las EMSP desarrollen labores administrativas o auxiliares alrededor de la custodia de prisioneros de guerra o de detenidos civiles y aún es más ambiguo el *Código de conducta*, según acabamos de ver. En cualquier caso, como decíamos, ni un texto ni el otro descartan labores de apoyo a la custodia de prisioneros de guerra y ya hemos visto que en ocasiones, empleados de EMSP contratados como “traductores” han participado en la comisión de actos de tortura sobre personas detenidas civiles, lo cual nos hace temer que, una vez estos contratistas penetren en el organigrama de un campo de prisioneros de guerra, aún con funciones aparentemente auxiliares, puedan de facto desempeñar otras tareas más centrales que les lleven a dispensar un trato inapropiado a sus internos. Así lo ha denunciado Pereira por ejemplo respecto de ciertos psiquiatras contratados por la CIA y que habrían cometido torturas sobre personas detenidas en Guantánamo (y por tanto seguramente merecedores del estatuto de prisionero de guerra, que como es palmario nunca ha sido reconocido) (Pereira 2007, 270). En cualquier caso, dicho trato sería ilegal por un doble motivo. Primero, porque la tortura y los malos tratos lo son en cualquier circunstancia. Y segundo, porque de acuerdo con el Derecho internacional humanitario y tal como reconocen los documentos de autorregulación producidos por las EMSP, es ilegal que las EMSP y sus empleados tengan un tipo de trato con prisioneros de guerra (custodia, traslado, etc.) de los que pueden llegar a generar esos malos tratos, los generen realmente o no.

4.5.4 RÉGIMEN DE LA OCUPACIÓN: EL TRATO A LA POBLACIÓN CIVIL

El régimen de la ocupación militar de territorios y, en particular, el trato que la potencia ocupante dispensa a la población en ese contexto, es el objeto específico del IV Convenio de Ginebra de 1949, pero ocupa también parte del Reglamento de La Haya de 1907, así como los Protocolos adicionales I y II. En buena medida, la protección dispensada a la población civil se halla incorporada en los límites a los métodos de combate y en el establecimiento de garantías fundamentales que hemos examinado más arriba. En esta sección haremos referencia a algunas normas específicas, alrededor de los siguientes temas: confiscación de bienes civiles; protección de colectivos vulnerables; civiles privados de libertad; y desplazamiento de la población civil. En

cualquier caso, la exigibilidad de estas normas humanitarias a las EMSP y a su personal dependerá del rol que unas y otras jueguen en el contexto de la “ocupación” de territorios, que el art. 7 del Reglamento de La Haya define como una situación *de facto*:

“Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo”.

Desde el punto de vista de nuestras EMSP cabe pensar, *a priori*, en tres situaciones distintas: a) Parece claro que una o varias empresas privadas, por muchas funciones militares que desarrollen, no está en condiciones jurídicas de considerarse “potencia ocupante” de un territorio. No les cabe ejercer este rol de manera autónoma; b) En cambio, sí pueden tener un papel auxiliar al de un Ejército regular que esté ocupando aquel territorio, en cuyo caso se le exigirían las mismas obligaciones que a éste; c) Más compleja es la cuestión, en tercer lugar, del papel que pueda atribuirse a EMSP que operan en el marco de un territorio ocupado, sin estar directamente vinculadas a esa situación, v.g. porque no están directamente contratadas por el gobierno de un estado ocupante o sus FFAA, sino por una empresa privada extranjera presente en el territorio. La respuesta al grado de exigibilidad de las normas humanitarias debe hacerse, por tanto, caso a caso, teniendo en cuenta con matices los distintos grados de intensidad en que se vincule la EMSP al esfuerzo común de la ocupación.

A) LA CONFISCACIÓN DE BIENES CIVILES

El compendio de Derecho internacional humanitario del CICR identifica algunas normas fundamentales relativas a los bienes civiles del adversario (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 196-202):

Norma 50. Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa.

Norma 51. En los territorios ocupados:

- a) podrán confiscarse los bienes públicos muebles que puedan usarse para operaciones militares,
- b) los bienes públicos inmuebles deben administrarse de conformidad con la norma del usufructo, y

c) los bienes privados deben respetarse y no pueden confiscarse, a no ser que una necesidad militar imperiosa exija la destrucción o confiscación de esos bienes.

Estas normas plantean la cuestión de su aplicabilidad y exigibilidad a las EMSP como cuestión de principio, pero también la posibilidad de que éstas se acojan a los supuestos excepcionales que prevé el propio Derecho humanitario. En efecto, la Norma 50 se plantea como una prohibición, pero con excepciones; mientras que la Norma 51 contiene tres disposiciones permisivas, si bien con limitaciones. Una de las claves de los distintos enunciados es el carácter “militar” de las acciones (“necesidad militar imperiosa”, “operaciones militares”). Desde esta óptica, solo las EMSP que actúen como mandatarias del ejército de ocupación (supuesto *b* antes enunciado) podrían ampararse en esa excepción a la prohibición de “destruir o confiscar los bienes del adversario”. En cambio, las EMSP que protegen a otras empresas no pueden confiscar ni destruir bienes públicos o privados de ningún tipo y bajo ninguna circunstancia: es decir, les es exigible con carácter absoluto y sin excepciones la prohibición de confiscación de bienes civiles.

Más controvertida se presenta el deber de “administrar” los “bienes públicos inmuebles” de “conformidad con la norma del usufructo”, que se basa en el artículo 55 del Reglamento de La Haya. Éste se refiere a “edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al estado enemigo y se encuentren en el país ocupado”. Nada dice, por ejemplo, de explotaciones petrolíferas y, si bien cabría interpretar que el art. 55 puede aplicarse *mutatis mutandis* a este tipo de “bienes públicos”, lo cierto es que a diferencia de “bosques y explotaciones agrícolas”, este tipo de bien no es renovable y su aprehensión tiene más de “confiscación” que no de “administración”. En este sentido, las EMSP que protegen a industrias extractivas con contratos otorgados por potencias ocupantes (por ejemplo, en Irak, entre 2003 y 2004) podrían considerarse cómplices de la vulneración del Derecho de La Haya.⁸¹

⁸¹ Conviene recordar que en este caso, la resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU creaba un “Fondo de Desarrollo para Irak”, a cargo del Banco Central iraquí y bajo la supervisión de una junta internacional, aunque en la práctica estaba bajo la gestión y control de las potencias ocupantes. El Fondo se alimentaba sobre todo de la venta del petróleo iraquí y su propósito era satisfacer las necesidades humanitarias de la población, llevar a cabo la reconstrucción del país, continuar su desarme y hacer frente a los gastos de la administración civil (no militar) de Irak. En definitiva, la resolución daba el control prácticamente absoluto de la economía iraquí a las potencias ocupantes, a cambio de cierta supervisión internacional que en la práctica fue muy superficial.

B) LA AYUDA HUMANITARIA

Vinculada a la prohibición de utilizar el hambre como arma de guerra, el Derecho internacional humanitario obliga a las partes en conflicto a permitir el acceso de ayuda humanitaria a la población civil.

Norma 55. Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna.

Son numerosas las ocasiones en que la ONU, a través del Consejo de Seguridad, ha exigido el respeto a esta norma a todo tipo de combatientes tanto en el marco de conflictos internacionales como, sobre todo, de carácter no internacional. El estudio del CICR cita los conflictos “Afganistán, Angola, Armenia y Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Georgia, Kosovo, Liberia, la Republica Democrática del Congo, Somalia y Yemen” (Henkaerts y Doswald-Beck 2007, 218). Vale decir que en este contexto el papel de las EMSP no es el de una *parte* en conflicto que deba o no autorizar el libre tránsito de la ayuda humanitaria,⁸² pero sí la de un actor que, como cuestión de hecho, puede poner trabas o facilitar la labor de las agencias humanitarias. Es únicamente en este sentido que puede exigirse a las EMSP que no obstaculicen la labor de estos organismos.

C) PERSONAS CIVILES PRIVADAS DE LIBERTAD

Hemos de recordar en este punto que el Documento de Montreux obliga a los estados contratantes de EMSP a no encargarles actividades que el Derecho humanitario internacional asigna explícitamente a agentes o autoridades estatales, como ejercer *el poder del oficial responsable de “centros de internamiento de civiles”*, pero que no excluye que puedan desarrollar funciones auxiliares de tipo administrativo.⁸³ También hemos señalado más arriba que entre las funciones inherentes al estado que no

⁸² El consentimiento corresponde prestarlo al actor estatal u otro que tenga control efectivo sobre el territorio en el que deba prestarse la ayuda. Según el CICR, “Ese consentimiento no puede negarse por razones arbitrarias. Si se ha establecido que una población civil corre el riesgo de padecer hambre y una organización humanitaria que presta socorro de forma imparcial y no discriminatoria puede evitar esa situación, la parte en conflicto tiene la obligación de dar su consentimiento” (Henkaerts y Doswald-Beck 2007, 219).

⁸³ Vid. *supra*, apartado 4.4.3.

deberían contratarse externamente, el Grupo de Trabajo de la ONU ha señalado “la captura de prisioneros (...) y las atribuciones policiales, especialmente las facultades de arresto o detención, incluida la de interrogar a los detenidos”.⁸⁴ Según Palou-Loverdos y Armendáriz, “a number of the activities performed by PMSCs in Iraq, as described above, may fall within the scope of ‘inherently State functions’, particularly those military-related activities such as detention of persons [and] interrogation of detainees” (Palou-Loverdos y Armendáriz, 2011, 47).

En este sentido, existen obligaciones de Derecho internacional humanitario que no deberían ser exigibles a EMSP por la sencilla razón de que nunca les debería corresponder tomar ese tipo de decisiones. Sería el caso de normas consuetudinarias identificadas por el CICR como por ejemplo la obligación de recluir a las personas privadas de libertad en “locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables” (Norma 121); facilitar al CICR, en conflictos armados internacionales, acceso regular “a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.” (Norma 124-A). Y, cómo no, la obligación de liberar a los internados civiles “tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas” (Norma 128). Cuando esta última norma afirma que “Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad” parece claro que no se trata de un tipo de decisión que pueda corresponder bajo ningún concepto a empresas privadas de seguridad.

En cambio, no es inverosímil que, en el marco de la presencia de hecho de contratistas de EMSP en un centro de privación de libertad de personas civiles, aún sin el encargo de la custodia directa de esas personas, se den circunstancias que obliguen a dichos empleados a respetar ciertas normas de Derecho internacional humanitario, que en lo esencial coinciden con las disposiciones de la Sección 7 del Boletín del Secretario General (Henckaerts y Doswald-Beck 2007, 485-510):

Norma 118. Se proporcionará a las personas privadas de libertad, alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes.

⁸⁴ Vid. doc. A/HRC/15/25, pár. 51.

Norma 119. Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres.

Norma 120. Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar.

Norma 122. Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad.

Norma 126. Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos.

Norma 127. Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad.

Más allá de los casos de tortura y malos tratos y otras violaciones de las “garantías fundamentales” que hemos apuntado más arriba, no se conocen demasiados casos de violación de estas normas concretas de Derecho humanitario. Con todo, Perrin cita el caso de tres miembros del personal de una empresa militar privada, que fueron condenados a 10 años de prisión por un tribunal afgano en septiembre de 2004 por, entre otras cosas, “dirigir una cárcel privada y efectuar detenciones ilegales” (Perrin, 2006, 315).

D) TRASLADOS FORZOSOS DE LA POBLACIÓN CIVIL

El desplazamiento forzoso de la población civil está prohibido tanto en conflictos internacionales como no internacionales, “salvo que lo exija la seguridad de la propia población civil o razones militares imperiosas”. En tal caso, tiene carácter absoluto la prohibición de deportar dicha población a un territorio ocupado por la potencia que fuerza el traslado, así como el deber de “tomar todas las medidas posibles para que las personas afectadas sean acogidas en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación, y para que no se separen los miembros de una misma familia”, así como de respetar las necesidades específicas de mujeres, niños y

ancianos y personas con discapacidad, amén del derecho de propiedad y de retorno voluntario cuando cesen las circunstancias que motivaron el traslado (Normas 129 a 138; Henckaert y Doswald-Beck, 2007, 546-552).

Parece difícil que la dirección de una EMSP tome autónomamente la decisión de deportar o trasladar una población civil y, si lo hiciera, incurriría en una evidente extralimitación de sus funciones dado que, en tanto que no es una parte en un conflicto, ni puede tomar la decisión, ni puede valorar la existencia de “imperiosas necesidades militares”. Ahora bien, si colaborara en la ejecución de una decisión de este tipo tomada por una parte beligerante (a quien correspondería la responsabilidad de la decisión en sí misma), sí estaría jurídicamente obligada a asegurar las medidas humanitarias y de especial protección que acabamos de apuntar. Lamentablemente, nada de esto mencionan ni el *Documento de Montreux* ni el *Código de conducta*.

La situación no es hipotética. Según Gómez del Prado y Torroja, “se utilizan cada vez más EMSP en la deportación de las personas migrantes que se encuentran en situaciones de irregularidad” y citan el caso de un migrante angoleño fallecido por asfixia durante el traslado en avión a cargo de tres empleados de la empresa de seguridad G4S (Gómez del Prado-Torroja, 2011, 30). También mencionan un caso en que una EMSP, Triple Canopy, estuvo implicada en el tráfico de migrantes en situación irregular en Honduras (Gómez del Prado-Torroja, 2011, 34-35). Aunque ninguno de estos supuestos tuvo lugar en el contexto de conflicto armado, en el que pudiera ser de aplicación el Derecho internacional humanitario, sí permiten intuir la capacidad de algunas EMSP en relación con el traslado de personas civiles y la consiguiente responsabilidad que les atañe respecto del trato que les dispensen.

4.6 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO

Desde sus inicios, la responsabilidad penal internacional del individuo se ha construido de manera autónoma a la responsabilidad del estado, en el sentido de que el mismo hecho delictivo puede, simultáneamente, comprometer una y otra. Dependerá de la medida en que el individuo sea “órgano del estado” y que actúe en el ejercicio de sus funciones (Gramajo 2003, 72). En nuestro caso, la atribución de hechos realizados por EMSP y sus contratistas a un estado determinado puede ser más o menos compleja en función de distintos criterios: territorio donde tienen lugar los hechos; control efectivo

de la actividad de la EMSP por parte de un determinado estado, etc.⁸⁵ Ahora bien, con independencia de esa eventual atribución, el individuo es directamente responsable de los crímenes internacionales que pueda cometer.

En relación con la responsabilidad penal individual, tanto la del contratista desplegado sobre el terreno como la de gestores de las sociedades privadas de seguridad, la primera jurisdicción donde debería poder reclamarse es la del estado del territorio donde tuvieron lugar los hechos o, subsidiariamente, la de la nacionalidad del autor. De acuerdo con el mandato de los Convenios de Ginebra:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas 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 contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente⁸⁶

Aunque pudiera parecer innecesario, conviene subrayar el carácter criminal, conforme a cualquier legislación penal de cualquier país del planeta, de la mayoría de graves violaciones de derechos humanos y Derecho humanitario que hemos descrito en las páginas anteriores. El problema, en realidad, no reside en la tipificación, sino en la impunidad. En el caso de Irak, por ejemplo, uno de los primeros Decretos del procónsul Bremer establecía que los empleados no iraquíes de las EMSP norteamericanas “quedan sometidos a la *Military Extraterritorial Jurisdiction Act*” del año 2000 “o al Código Uniforme de Justicia Militar” reformado en 2006, lo cual a efectos prácticos los eximía de cualquier responsabilidad. En este sentido, Pastor Palomar (con datos de 2008) reconoce que sólo en una ocasión se ha aplicado el Código y aunque la Ley de Jurisdicción Militar Extraterritorial lo ha sido en 58 ocasiones, sólo en 13 casos ha llegado a abrirse un proceso ante un tribunal norteamericano (Pastor Palomar 2008, 445-446). En este sentido, constituye una excelente noticia la demanda presentada por las víctimas iraquíes de torturas perpetradas en Abu Ghraib por contratistas privados

⁸⁵ En este sentido, vale la pena recordar que la Comisión de Derecho Internacional considera hecho del estado según el Derecho internacional “el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o grupo de personas actúa de hecho por *instrucciones* o bajo la *dirección* o el *control* de ese estado al observar ese comportamiento”. Vid. art. 8 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, documento A/56/10, suplemento nº 10.

⁸⁶ Primer párrafo de los artículos 49/50/129/146 de los cuatro Convenios de Ginebra.

en Estados Unidos⁸⁷ y que en el mismo país se haya celebrado un juicio por homicidio contra seis agentes de la compañía *Blackwater* por los hechos de la plaza Nissour descritos más arriba. Y aunque en un principio los cargos fueron desestimados por un juez federal al considerar que se habían vulnerado los derechos de los acusados,⁸⁸ posteriormente el tribunal federal de apelación ha reabierto el caso contra cuatro de ellos.⁸⁹ En el mismo Irak, solo a raíz de la masacre de la plaza Nissour procedió el gobierno a anular el Decreto Bremer que hacía inimputables a los contratistas extranjeros ante la jurisdicción iraquí.

Si pretendemos acceder a una jurisdicción más elevada, sea internacional o universal, vamos a chocar con algunos problemas prácticos. Ya hemos señalado que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no excluye de la autoría de los crímenes de su competencia a personas que carezcan la condición formal de “combatiente”. Nada impide, en otras palabras, que un “contratista” o un “directivo” sea considerado un criminal de guerra. El mayor inconveniente reside en que el Estatuto solo recoge los crímenes internacionales más graves: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Los dos primeros contienen unos elementos “masividad” y “sistematicidad” en el tipo que difícilmente van a concurrir en supuestos prácticos protagonizados por contratistas individuales, aunque tal vez sí por las *políticas* de los gestores de algunas de estas empresas. Los crímenes de guerra, en cambio, son más concretos: lo serían por ejemplo las torturas y vejaciones a prisioneros de guerra o internados civiles, aún con carácter individual y puntual.⁹⁰ Pero también la mayor parte de crímenes que hemos descrito en las páginas anteriores: ataques indiscriminados o contra la población civil; homicidio intencional; uso de armas prohibidas; pillaje; confiscación de bienes civiles; deportación en masa, etc. Por otro lado, la CPI únicamente tiene jurisdicción respecto de individuos cuyos estados de nacionalidad o del territorio en el que se han cometido los crímenes sean parte en su Estatuto. Ello deja fuera de juego, por ejemplo, a los contratistas nacionales de Estados Unidos que hayan cometido actos criminales de esta naturaleza en países como Irak. Distinto es el caso de Afganistán, que sí ha consentido en el Estatuto y en el que también operan las EMSP (Pastor Palomar 2008, 443) o el

⁸⁷ Vid. Agencia de noticias AFP, 30 de junio de 2008: <http://afp.google.com/article/ALeqM5gROPg2e2CXQULZxrFLEK1Gz7DstQ> (consultado en octubre de 2012).

⁸⁸ “Desestimados los cargos contra los acusados de Blackwater”, *El País*, 1 de enero de 2010.

⁸⁹ Vid. “Ex-Blackwater Guards Face Renewed Charges”, *The New York Times*, 22 de abril de 2011.

⁹⁰ Con todo, el Estatuto de Roma anima a perseguir únicamente aquellos crímenes de guerra que se cometan “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Vid. artículo 8.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

caso de ciudadanos británicos, estado que también ha ratificado el Estatuto, allí donde se encuentren.

5. CONCLUSIONES

1. El monopolio y centralización del uso legítimo de la fuerza es uno de los hitos del estado moderno, westfaliano, que se traduce a partir de la revolución francesa en la creación de ejércitos de leva, formados por ciudadanos al servicio temporal de la Nación. Con todo, el soldado de fortuna nunca desaparece, ni tiene una connotación especialmente negativa hasta los años sesenta del siglo pasado, en el contexto de su participación del lado de la metrópoli en guerras de liberación nacional o vinculada a golpes de estado en países de reciente independencia. La respuesta jurídica a este descrédito es tardía, insuficiente y fracasada. Tardía porque no cristaliza hasta 1977 (simultáneamente en el Protocolo I a los Convenios de Ginebra y en el Convenio africano) y 1989 (en la Convención de las Naciones Unidas). Insuficiente porque se limita a la no consideración de los mercenarios como combatientes y, por tanto, eventuales prisioneros de guerra (Protocolo I) y porque, cuando quiere “criminalizar” el mercenarismo, introduce limitaciones conceptuales y finalistas que reducen su eficacia (Convenios africano y universal). Y finalmente fracasada en tanto que la convención más ambiciosa y universal apenas ha obtenido 32 ratificaciones y prácticamente no es tenida en cuenta ni siquiera cuando podría ser perfectamente aplicable (uso reciente de mercenarios en Libia, por ejemplo).

2. El mercenarismo tradicional ha demostrado una amplia capacidad de adaptación mediante su conversión a la forma empresarial, aprovechando los procesos de privatización rampante del sector público que se inician ya en los años ochenta. Estas nuevas formas de organización, mucho más complejas, hacen difícil sino imposible que les sean de aplicación las normas tradicionales relativas a los mercenarios. Y dado que el fenómeno está aquí para quedarse es imprescindible conocer cuál sea el marco normativo a aplicar a estas empresas y sus empleados.

3. No existe en la actualidad un marco normativo específico y efectivo de las EMSP. La iniciativa suiza ha dado lugar a dos textos (Documento de Montreux y Código de conducta) con más sombras que luces, sobre todo el segundo, y que en cualquier caso tampoco pretenden poseer las características de un código vinculante. Más bien parece que lo que pretenden es que, a través de la autorregulación, las EMSP puedan evitar la promulgación de normas nuevas específicas y más eficaces que las actuales. Sin embargo, la escasa eficacia que suelen tener estos códigos voluntarios desaconseja la pasividad codificadora de la comunidad internacional. En este contexto debe considerarse muy positivo el proyecto regulador que actualmente tiene entre manos el Consejo de Derechos Humanos, si bien el hecho de que se dirija únicamente a los estados limita su futura efectividad; una efectividad que por otro lado está entredicho por la propia resistencia de los estados de origen de las EMSP a acometer la regulación del fenómeno. Todo hace pensar que el proyecto de posible convención no llegará a puerto o lo hará de manera extremadamente diluida. Con tal pronóstico, se hace imprescindible conocer el grado de aplicabilidad actual de las normas de Derecho internacional humanitario al fenómeno EMSP.

4. Existe un principio general que obliga a las empresas que operan en el contexto de los conflictos armados, y de sus empleados, a respetar el Derecho internacional humanitario tan plenamente como sus capacidades jurídicas y materiales les permitan. Esta afirmación general debe concretarse en obligaciones específicas relativas a los principios y normas de Derecho humanitario particularmente relevantes. En efecto, más allá de la consideración de las EMSP como actores del conflicto y sujetos de las normas dimanantes del DIH, interesa considerar si las *características intrínsecas* de estas compañías privadas permiten que les sean exigibles algunas normas fundamentales de Derecho humanitario.

5. En cualquier uso de la fuerza armada, defensivo o agresivo, los empleados de las EMSP deben respetar plenamente el principio de distinción entre objetivos y personal militar, por un lado, y personas y bienes civiles por otro. El cabal respeto a este principio hace recomendable que en sus contratos, estas fuerzas privadas tengan terminantemente prohibido el uso de la fuerza armada salvo en su propia defensa o en defensa de aquellos que los han contratado. Es de lamentar la frecuencia en la práctica de violaciones flagrantes de esta obligación fundamental. Asimismo, son de plena aplicación a las EMSP las normas de Derecho humanitario que prohíben el cuartel, el pillaje, hacer padecer hambre a la población civil o reclutar niños soldados, entre otras.

6. Determinar las restricciones y prohibiciones en materia de armamento que deban aplicarse a las EMSP parte de la dificultad que plantea la técnica jurídica casuística utilizada en este sector del ordenamiento internacional: arma a arma, tratado a tratado. Así pues, habría que ver en cada caso concreto qué tratados han sido ratificados por cada estado pertinente (el de la sede, el contratante y/o el del territorio) para determinar qué restricciones o prohibiciones se aplican a las EMSP. Con una doble salvedad. Primero, que basta con que uno de esos estados haya ratificado el tratado de turno para que le sea aplicable a la empresa. Segundo, que existen armas consideradas prohibidas con carácter absoluto, en cualquier territorio y con independencia de la naturaleza internacional o no del conflicto. Esas armas serían como mínimo: veneno y armas venenosas; armas biológicas; armas químicas; balas expansivas; balas explosivas; armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables; armas trampa; armas laser que causan ceguera; y minas antipersonal.

7. Es fundamental que dichas compañías no trafiquen ilegalmente con armas ni utilicen armas prohibidas en Derecho internacional. Ambas obligaciones, particularmente la segunda a efectos de nuestro estudio, deberían ser prohibiciones absolutas a la hora de contratar una empresa de estas características. Este es uno de los puntos en que los intentos de autorregulación del sector merecen una valoración más negativa. En particular, las tibias disposiciones del *Documento de Montreux* relativas a la posesión y empleo de medios de combate que estén prohibidos por el Derecho internacional vigente resultan indignantes.

8. La protección de las víctimas del conflicto es, con carácter general, extensible a las EMSP en cualquier tipo de conflicto armado e incluso en situaciones de disturbios o violencia que no alcanzan la gravedad de los conflictos armados. En particular, la prohibición del homicidio, de la tortura y otros malos tratos y de las detenciones ilegales les son exigibles en todo tiempo y lugar. Sin embargo, también es cierto que algunas garantías fundamentales no son ni pueden ser exigibles a las empresas militares y de seguridad privadas ni a sus contratistas. Es el caso, por ejemplo, de aquellas que tienen que ver con la garantía de un juicio justo, las cuales, por su propia naturaleza, sólo puede proveer (y solo son exigibles frente a) la autoridad estatal. Lo que sí puede exigirse a las EMSP es que no obstaculicen el ejercicio de estos derechos por parte de los particulares, por ejemplo restringiendo el acceso a los servicios de Justicia o destruyendo u ocultando pruebas en el proceso.

9. Respecto de prisioneros de guerra y detenidos civiles, destaca de nuevo negativamente la ambigüedad que ofrecen los instrumentos autorregulatorios examinados en el informe sobre el rol de las EMSP en el marco de la custodia de personas detenidas. En nuestra opinión, las EMSP nunca deberían hacerse cargo de la custodia, *de jure* o *de facto*, de ninguna persona privada de libertad en el contexto de un conflicto armado. En el supuesto en que la empresa o sus empleados tengan algún tipo de contacto con estas personas, deberán respetar plenamente las normas humanitarias relativas a los derechos de aquellas. Todo ello sin menoscabo de la responsabilidad que ameritan los estados, que en el marco de un conflicto armado son siempre responsables de la suerte de los prisioneros de guerra.

10. Las compañías privadas de seguridad que se enzarzan en un intercambio de fuego real no pueden quedar al margen de la obligación, una vez ha terminado el combate, de preocuparse por la suerte de los enfermos y heridos del otro bando; y, en la medida de lo posible, asegurar su evacuación a un centro hospitalario. En caso de que dichos servicios no existieran o fueran insuficientes, las EMSP deberían asegurarse que el CICR u otros organismos humanitarios independientes tuvieran un acceso rápido y expedito a enfermos y heridos. Finalmente, parece difícilmente discutible que cualquier actor armado que participe en un conflicto armado, sea o no internacional, tiene como mínimo el deber de “respetar” al personal sanitario y a los bienes y medios de transporte asociados a la función médica, así como le está vedado realizar “ataques directos” contra unos y otros. Lamentablemente, todas estas normas brillan por su ausencia en los tres instrumentos que estamos examinando específicamente dirigidos a las EMSP: *Documento de Montreux*, *Código de conducta* y *Proyecto de una posible convención*.

11. Las EMSP no pueden ser “potencias ocupantes” de un territorio, pero pueden colaborar, con mayor o menor intensidad, en el esfuerzo que supone la ocupación de territorios por parte de potencias extranjeras. La medida de dicha colaboración establecerá el grado de exigibilidad de las normas humanitarias relativas a la situación de ocupación. En cualquier caso, en nuestra opinión les es exigible con carácter absoluto, y sin las excepciones que prevé el DIH para los estados, la prohibición de confiscación de bienes civiles. En cambio, no les debería ser exigibles las obligaciones relativas al internamiento de civiles y al trato dispensado a estos pues, como ya hemos señalado, nunca les debería corresponder ejercer esas funciones ni tomar decisiones relativas a la ubicación de los centros de detención o a las comunicaciones entre esas

personas y sus familiares. En relación con la labor de los organismos humanitarios, solo se puede pedir a las EMSP que no la obstaculicen.

12. Los crímenes de guerra susceptibles de ser cometidos por los contratistas privados son delito según todas las legislaciones penales y, si no se hicieran esfuerzos ingentes por salvaguardar su impunidad, deberían poder ser juzgados en el estado donde fueron cometidos o, alternativamente, en el de la nacionalidad del contratista o de la empresa. La impunidad no es un accidente debido a pretendidas lagunas jurídicas; es el fruto de complejas ingenierías jurídicas tendentes a tal finalidad. También existe la posibilidad de enjuiciamiento internacional, por cuanto los crímenes de guerra no precisan de la sistematicidad ni el carácter masivo de otros crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, si bien no parece que actualmente el comportamiento de las EMSP y sus empleados esté en el ojo de mira de la Fiscalía de la CPI.

BIBLIOGRAFÍA

Marta Bitorsoli, *La regolarizzazione giuridica delle Private Military and Security Companies. Profili e prospettive per un regime di responsabilità ad hoc* (Perugia: Tesi di Laurea, Università di Perugia, 2011)

David Bondia Garcia, “Un actor escasamente visualizado en Colombia: los mercenarios”, Helena Torroja – Sonia Güell, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas*, (Barcelona: editorial Bosch, 2009), p. 127-163

Marie-Dominique Charlier, “Mercenarios de Estado en Afganistán”, *Le Monde Diplomatique en español*, marzo de 2010, p. 15.

Dominick Donald, “After the Bubble: British Private Security Companies after Iraq”, *The Royal United Services Institute* (Whitehall Paper 66, 2006).

Francesco Francioni and Natalino Ronzitti, *War by Contract. Human Rights, Humanitarian law, and Private Contractors*, (Oxford: Oxford University Press, 2011)

E.C. Gillard, “Business goes to war: Private Military/Security companies and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol.88, num.863/2006

José Luis Gómez del Prado y Helena Torroja Mateu, *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas* (Barcelona: Marcial Pons, 2011)

Juan Manuel Gramajo, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional* (Ábaco, Buenos Aires: 2003)

Sonia Güell Peris, “Contextualización de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas en el marco del derecho internacional humanitario”, en Helena Torroja – Sonia Güell, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas*, (Barcelona: editorial Bosch, 2009), p. 211-240

Jean Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen 1. Normas* (Buenos Aires: CICR, 2007)

Elke Krahmman, "Regulating Private Military Companies: what role for the EU?", *Contemporary Security Policy* (vol.26, no.1, pp.1-23, 2005).

Sean McFate, "Outsourcing the making of militaries: DynCorp International as sovereign agent", *Review of African Political Economy* 35 (118) (2008)

René Naba, "Iraq, le plus important champ de mercenariat du monde", <http://www.mondialisation.ca/>, 27 mayo 2007.

Jordi Palou-Loverdos (dir.) and Leticia Armendáriz, *The Privatisation of Warfare, Violence and Private Military and Security Companies* (Barcelona: NOVA, 2011).

Antonio Pastor Palomar, "Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. LX, 2008-2, pp. 427 y ss).

Daniel Pereira, *Mercenarios, guerreros del imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*, (Barcelona: El Viejo Topo, 2007)

Benjamin Perrin, "Promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja* (Septiembre de 2006, N.º 863)

Pilar Pozo Serrano, "Las compañías de seguridad privadas como nuevo actor en el ámbito de la paz y seguridad internacionales: actividades y marco jurídico", Antonio Blanc Altemir (ed.) *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, (Madrid: Tecnos, 2009, pp. 373- 395).

Mauro Romani, "La privatizzazione della guerra nel Diritto Internazionale e Comunitario", en www.diritto.it, publicado el 27/11/2008

Jaume Saura Estapà, “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí”, 19 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2010), p. 1-22, www.reei.org

Michael N. Schmitt, “Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees” 5 *Chicago Journal of International Law* (Winter 2004, n. 2)

Peter Singer, “War, profits and vacuum of law: privatized military firms and International Law”, en *Columbian Journal of Transnational Law* (vol.42, num.2, 2004)

Peter Singer, “Corporate warriors: the rise of the privatized military industry”, *Cornell Studies in Security Affairs* (2007).

ALTRES TÍTOLS:

INFORMES ICIP

8/2013

Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario
Magdalena M. Martín y Isabel Lirola

7/2013

República Democrática del Congo: Un estat de la qüestió
Josep Maria Royo

6/2012

La responsabilidad penal del personal de Naciones Unidas
Xavier Pons (Dir.) y Elisenda Calvet (Coord.)

5/2012

Prevenió de Conflictes, Foment de la Pau i Cooperació per al Desenvolupament
Nadja Gmelch

4/2011

La Unión Europea y la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional
Claudia Jiménez, Montserrat Pi y Esther Zapater

3/2011

Justicia en épocas de transición. Conceptos, Modelos, Debates, Experiencias
Farid Samir Benavides

2/2010

Reflexiones sobre la categoría de víctima de violencia política con mirada de género
María Truñó

1/2010

Un Servei Civil Noviolent: Viabilitat i Característiques
Rubén Campos

DOCUMENTS ICIP

10/2013

Les institucions medievals de pau a Catalunya
OCTUBRE 2012

9/2012

El futuro de la Corte Penal Internacional
GENER 2012

8/2012

Companies in Conflict situations: Advancing the research agenda
OCTOBER 2011

7/2011

Polarización y Conflictos en América Latina
MAYO 2011

6/2011

La Paz en Movimiento
OCTUBRE 2010

5/2011

Pau, Conflicte i Seguretat a l'Àfrica
NOVEMBRE 2010

4/2010

Conditions pour la consolidation de la paix en Côte d'Ivoire
SEPTEMBRE 2010

3/2010

Midiendo la paz. Iniciativas, limitaciones y propuestas
MARZO 2010

2/2010

The Barcelona Forum on Decentralized Governance and Conflict Prevention
6-8 JULY 2009

1/2010

Jornades del Moviment per la Pau
13 i 14 DE NOVEMBRE DE 2009

RESULTATS DE RECERCA

04/2012

La política de exportaciones de armamento de los países de la Unión Europea a África (2002-2010)

Eduardo Melero

03/2012

Lecciones aprendidas de la participación española en guerras asimétricas (2000-2012)

Rafael Martínez (Dir.)

02/2012

Justicia de Transición: El caso de España

Santiago Ripol i Carlos Villán (Dir.)

01/2012

Las Operaciones Militares de España en el Exterior

Eduardo Melero Alonso

Todos los números disponibles en / All numbers available at / Tots els números disponibles a:

www.gencat.cat/icip/

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

GRAN VIA, 658 BAIX. 08010 BARCELONA
T. 93 554 42 70 | F. 93 554 42 80
ICIP@GENCAT.CAT | WWW.ICIP.CAT