

LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ADECUADA DE LA FIGURA DE LA EMPRESA MILITAR Y DE SEGURIDAD PRIVADA

Daniel Marín Mohino

Sumario

- I. Caracterización de la figura de la empresa militar y de seguridad privada.
- II. Razones del auge de estas empresas.
- III. Regulación actual y responsabilidad de estas empresas por sus acciones.
- IV. Propuestas para una adecuada regulación de las empresas militares y de seguridad privadas.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA EMPRESA MILITAR Y DE SEGURIDAD PRIVADA

El término «empresa militar y de seguridad privada» (EMSP) no es pacífico en la doctrina. No existe una noción legal de EMSP dada la ausencia de categoría específicamente descrita como tal en los instrumentos jurídicos vigentes¹. Lo cierto es que los tratados internacionales relativos a materias conexas con el Derecho de los conflictos armados, a la tipificación de

¹ El término «empresa militar y de seguridad privada» no existe en las normas internacionales actuales, salvo un proyecto de convención redactado por el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de los mercenarios, presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe

conductas internacionalmente punibles o a la limitación de armamentos no contemplan esta terminología ni abordan frontalmente su realidad. Precisamente esta falta de definición consensuada ha obstaculizado tanto el análisis de la ampliación del alcance de la privatización o externalización de la seguridad como el desarrollo de nuevas estructuras legales internacionales.

Este nuevo actor ha complicado notablemente la regulación legal del conflicto armado. Hay autores que afirman que la EMSP no es más que la clásica figura del mercenario con otra configuración, según otras opiniones estamos ante un fenómeno totalmente diferente². Aun considerándola una evolución de la figura del mercenario clásico, es, por otra parte, fundamentalmente distinta, constituyendo el factor analítico crítico su forma de corporación comercial moderna³. En ambas concepciones, junto con el análisis puramente jurídico, se entremezclan ideas preconcebidas, intereses nacionales y comerciales, improntas históricas, ideología... que marcan las diferentes posturas respecto a esta industria, haciendo trascender su enfoque más allá del Derecho y dificultando notablemente la adopción de una regulación adecuada. El resultado práctico es que, en su mayor parte, esta industria se autorregula o bien está sometida únicamente a las reglas del mercado.

El sector de las EMSP está compuesto por un amplio grupo de entidades heterogéneas diferentes entre sí y que no sirven a los mismos mercados. Se ha hecho clásica la división de las EMSP en tres tipos en función de los servicios que proveen y del lugar respecto de las hostilidades, diferenciándose así entre empresas proveedoras militares, que se sitúan en el área de operaciones, esto es, en el ámbito táctico; empresas consultoras militares que se sitúan en el teatro de guerra, y empresas militares de apoyo, que operan en el teatro general. A estos tres tipos se puede añadir un cuarto, formado por proveedores que proporcionan servicios altamente especializados con aplicación militar, pero que no son en sí mismos esencialmente militares o paramilitares en organización o métodos. A pesar de esta categorización, uno de los aspectos más difíciles al describir esta industria es

sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos.

² Vide SALZMAN, Z., «Private Military Contractors and the Taint of Mercenary Reputation», 874-891, 40 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 853, 2008, argumentando que los contratistas deberían ser vistos a menudo como mercenarios. Para la postura contraria, vide SINGER, P. W., «War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military firms and International Law», 42 *Colum. J. Transnat'l L.*, 2004, págs. 521, 525-6.

³ Vide SINGER, P. W., *Corporate Warriors: the Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca and London, Cornell University Press, 2003, pág. 8 y ss.

el hecho de que no hay definiciones universalmente aceptadas ni siquiera de los términos más extensamente usados.

Las EMSP no encajan en la definición de mercenario, aunque sí puedan llegar a serlo, en algunos casos excepcionales, sus empleados individualmente considerados, quedando indefinidas bajo el Derecho internacional, por lo que la responsabilidad primaria respecto de su regulación recae en el plano estatal. La definición legal de mercenario tiene su base en el artículo 47 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra⁴. Para ser considerado mercenario de acuerdo con el apartado segundo de este artículo, un sujeto debe satisfacer los seis criterios acumulativos enumerados en este, no teniendo derecho al estatuto de prisionero de guerra si es catalogado como tal. Los parámetros establecidos en este artículo producen una definición muy restrictiva, hasta el punto de ser prácticamente inaplicable. Por otra parte, solo es aplicable en los conflictos internacionales, incluyendo la ocupación. El Derecho internacional humanitario no se refiere al estatuto de los mercenarios en los conflictos de carácter no internacional. Es más, el estatuto de prisionero de guerra no existe en estos conflictos, por lo que no tendría sentido la afirmación de que alguien no tiene derecho al mismo.

El tema de los mercenarios es también tratado en dos convenciones internacionales (llamadas comúnmente «convenciones mercenarias»)⁵ que buscan su eliminación mediante la criminalización de las actividades mercenarias. La definición contenida en la Convención de la Unión Africana (antigua OUA) repite, tal cual, el artículo 47 del Protocolo Adicional I, salvo la exigencia de que la retribución sea considerablemente superior; por su parte, la Convención Internacional Contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989, deja fuera el apartado 2 b (que de hecho tome parte en las hostilidades), pero lo añade como un elemento del delito. Por ello, el concepto de mercenarismo no es de mucha ayuda para resolver el dilema de cómo regular las EMSP.

El grupo de trabajo sobre el tema de los mercenarios, aun reconociendo los problemas de definición e incluyendo tanto las empresas militares

⁴ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, 1977.

⁵ Convención internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1980.

Convención de la OAU para la eliminación del mercenarismo en África, Libreville, 03 de julio de 1977. <<http://www.icrc.org/>>.

como las de seguridad privadas, las define como «las empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, formación, provisión y consulta sobre temas de seguridad, es decir, servicios que van desde el apoyo logístico no armado hasta los guardias de seguridad armados, así como los servicios propios de las actividades defensivas u ofensivas de carácter militar y/o relacionadas con la seguridad, particularmente en zonas de conflicto armado y en situaciones posteriores a los conflictos⁶. También es destacable la definición aportada por el Documento de Montreux, según la cual «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»⁷.

⁶ Cf. Doc. A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3. Esta definición, mantenida en el Informe de 2009 (cf. Doc. A/HRC/10/14, de 20 de enero de 2009, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3), mejora sustancialmente la contenida en el Informe de 2007, en el que se definían estas empresas como «empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia, seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, incluido el apoyo logístico no armado, los guardas de seguridad armados y los que intervienen en actividades militares defensivas u ofensivas» (cf. Doc. A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, párr. 3). Por otra parte, en el «Proyecto de posible convención sobre las EMSP», art. 2, se propone por parte del grupo de trabajo definir una EMSP como «la entidad empresarial que presta servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o personas jurídicas». Los servicios militares referidos son servicios especializados vinculados con actividades militares, como planificación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento terrestre, marítimo o aéreo, vuelos de todo tipo, tripulados o no, vigilancia por satélite, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, apoyo material y técnico a las Fuerzas Armadas y otras actividades conexas, mientras que los servicios de seguridad son la guardia y protección armadas de edificios, instalaciones, propiedades y personas, cualquier tipo de transferencia de conocimientos con aplicaciones en los ámbitos de seguridad y la policía, el desarrollo y la aplicación de medidas de seguridad de la información y otras actividades conexas. *Vide Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010.

⁷ El Documento de Montreux es el resultado de la iniciativa suiza, a la cual se hace referencia más adelante, siendo el primer documento internacional que describe cómo debe ser aplicado el Derecho internacional a las actividades de las EMSP, siempre que estas estén presentes en el contexto de un conflicto armado.

Los aspectos comunes en el sector pueden situarse en el hecho de que todas las EMSP comparten una estructura comercial común de empresas que actúan por beneficio, que proveen servicios profesionales a sus clientes basados en relaciones contractuales y que, por definición, son privadas, esto es, propiedad de actores no estatales. No existe una definición común globalmente aceptada de esta industria. Aunque hay un debate sobre su caracterización, bien como civiles, o bien como combatientes, lo que es prácticamente innegable es que los parámetros legales relativos a los mercenarios no son aplicables al sector.

II. RAZONES DEL AUGUE DE ESTAS EMPRESAS

El fundamento de muchos intentos para controlar o eliminar las EMSP reside en la errónea creencia de que son una aberración que debería ser corregida. Pero el crecimiento de esta industria es parte de una tendencia mucho más general, como consecuencia de un amplio movimiento hacia la privatización y la reestructuración neoliberal de la actividad estatal. La privatización es vista por los gobiernos de todo el mundo como un paso adelante en la eficiencia económica, produciéndose un realineamiento económico entre lo público y lo privado. La globalización económica va acompañada de la expansión de esta industria en tres aspectos principales: la búsqueda de la maximización de la eficiencia, control estatal reducido y el deseo de las empresas multinacionales de afrontar ciertos riesgos en busca de beneficios. La apertura de mercados legítimos para las EMSP parece menos una transferencia de poder desde el sector público al privado, que una nueva regulación de la oferta de seguridad, un cambio en la forma de regulación desde el Derecho internacional humanitario o de los derechos humanos hacia el Derecho civil y contractual⁸. En definitiva, supone una quiebra del monopolio estatal sobre el ejercicio de la violencia o, al menos, una reconfiguración del mismo⁹. Quizás se está produciendo el tránsito desde el modelo tradicional en el que el Estado actúa como un proveedor de seguridad de forma monopolista a otro modelo en el que el Estado es

⁸ Vide WALKER, C., y WHYTE, D. «Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom», *54 Int'l & Comp. L. Q.* 651, 2005, pág. 689.

⁹ AVANT, D. *The Market for Force: The consequences of Privatizing Security*. Cambridge University Press, 2005, págs. 3-4. Dicho monopolio de la fuerza nunca ha sido absoluto. Vide ZÁRATE, J. C., «The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder», *34 Stanford. J. Int'l L.* 75, 1998, pág. 82.

únicamente el gestor del contexto legal en el que los distintos actores públicos y privados pueden utilizar legítimamente la fuerza armada¹⁰.

En la actualidad, las EMSP comparten con el Estado el monopolio del uso de la violencia¹¹ en un mundo en el que el concepto de seguridad es mucho más amplio, con nuevas amenazas de carácter multidimensional, disperso y difuso tanto en su configuración como en su ámbito¹², y la participación de una multiplicidad de actores que han complicado su gestión hasta el punto de dejar obsoletas las estructuras militares y de seguridad vigentes durante la Guerra Fría.

La aparición de las EMSP tiene sus raíces en los años setenta, aun con antecedentes anteriores, su número se incrementó tras el fin de la Guerra Fría y dicho incremento se aceleró tras los ataques del 11 de septiembre de 2001¹³. Entre los factores que han fomentado esta expansión exponencial se suelen citar la reducción de los ejércitos tras el fin de la Guerra Fría; la creciente dependencia tecnológica respecto de los contratistas para el mantenimiento de las armas modernas y la provisión de apoyo de los sistemas de armas; la «revolución de los asuntos militares» o «revolución tecnológica militar»¹⁴; la

¹⁰ KRAHMANN, E. *Private Security Companies and the State Monopoly on Violence: A Case of Norm Change?* Peace Research Institute Frankfurt (PRIF), PRIF Report, n.º 88, 2009. Disponible en <<http://www.humansecuritygateway.com/documents/>>.

<PRIF_Prvt_Security_and_The%20State_Monopoly_on_Violence.pdf>.

¹¹ Con la expansión de la privatización, el universo de las actividades gubernamentales, visto como irremediamente público, y, por tanto, indefectiblemente inapropiado para la privatización, ha disminuido drásticamente. La «revolución privatizadora» legitimó la externalización de las funciones militares y de seguridad que previamente habían sido áreas intocables del Estado. *Vide* SINGER, P. W., *Corporate Warriors: the Rise of the Privatized Military Industry*, *op. cit.*, págs. 66-70.

¹² JORDÁN ENAMORADO, J. «Una nueva era en la historia del conflicto», artículo publicado en la *Revista Aeronáutica y Astronáutica*, diciembre 2001, págs. 966 y ss.

¹³ El final de la Guerra Fría en los años noventa produjo grandes cambios en la función de las EMSP en la arena internacional, pero su génesis y utilidad se remonta a los tiempos de la guerra de Vietnam. Este conflicto marcó el inicio de un incremento significativo y de una tendencia de personal militar de alto rango pasándose al sector privado y proveyendo servicios a las Fuerzas Armadas.

¹⁴ Los ejércitos occidentales, al mismo tiempo que se producía la reducción en el número de efectivos, iniciaron una profunda transformación para adaptarse a los retos producidos por la «revolución de la información» y los cambios tecnológicos asociados a la misma. Durante la última década del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI, algunos estudiosos trataron de conceptualizar esta transformación de las Fuerzas Armadas y del modo de llevar a cabo la guerra a través de la denominada «revolución de los asuntos militares» (RMA en sus siglas en inglés), entendida como un cambio radical en el diseño de nuevas armas y equipos y en la orgánica y adiestramiento de sus ejércitos, así como en la forma en que los gobiernos se relacionan con el estamento militar. Con el término RMA se intentaba describir cómo las nuevas tecnologías de la información, aplicadas al mando y control de las unidades militares en operaciones, transformaban el modo de

tendencia hacia la externalización o privatización¹⁵ de funciones para la mejora de la eficiencia, liberando así fondos para el sostenimiento y modernización de los programas de armamento; el incremento de los tiempos operativos...

Pero, realmente, la privatización o externalización no se rigen solo o ni siquiera principalmente por el deseo de ahorro de dinero. Este presunto ahorro tiene que ser probado caso por caso, ya que estas empresas operan en un mercado disfuncional al ser muy irregular e imperfecto, pues adolece de falta de competencia, colusión, ineficiencia, falta de supervisión y transparencia, términos contractuales generosos y falta de uso o uso irregular de las sanciones del mercado. Tampoco por la presunta eficiencia operativa de estos actores privados, pues a sus ventajas operativas, como despliegue rápido, disminución de la reticencia pública al uso de la fuerza y actuación como contrapeso al Ejército local en un estado con instituciones políticas débiles, hay que contraponer el peligro de que su uso erosione capacidades y habilidades esenciales de las Fuerzas Armadas y genere problemas de operatividad, coordinación, confianza y seguridad entre los miembros de las mismas y los contratistas que operen a su lado pero no bajo su mando.

La razón de más peso para la expansión exponencial de su uso por los estados es más bien la conveniencia política, esto es, el deseo de evitar decisiones políticas controvertidas derivadas de las necesidades militares y las consecuencias humanas de los conflictos armados (privatización táctica)¹⁶. Ello permite a los estados poderosos llevar a cabo una política exterior por representación, beneficiándose de sus aspectos positivos, minimizando los negativos y, en muchos casos, de forma gratuita, directamente o a través de organizaciones internacionales. Por otra parte, estados débiles, sometidos a conflictos internos acuden a las EMSP debido al desenganche oficial de los Estados occidentales respecto de conflictos en los que sus intereses nacionales no estén clara y directamente afectados. Los otros dos ámbitos principales de uso de las EMSP, el efectuado por empresas privadas y por

entender la guerra. Sin embargo, en los últimos años, los expertos militares e intelectuales han superado en cierta medida el debate sobre la RMA, centrando las discusiones sobre la explotación de las nuevas tecnologías en beneficio de la implementación de aspectos prácticos en las Fuerzas Armadas y en la conducción de la guerra. *Vide* LATHAM, A., «The Transformation of War», incluido en SNYDER, C. A. (editor). *Contemporary Security and Strategy*, segunda edición, Palgrave Macmillan. Nueva York, 2008.

¹⁵ Para la diferenciación entre privatización y externalización, *vide* LAGUNA SANQUIRICO, F., «Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa», obra conjunta, *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*. Bosch Editor, 2009, págs. 44-46.

¹⁶ MICHAELS, J. D. «Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War», *82 Wash U. L. Q.* 1001, 2004, págs. 1037-38.

ONG, no constituyen más que otra muestra de su imbricación en el sistema de seguridad tanto a nivel nacional como internacional¹⁷.

III. REGULACIÓN ACTUAL Y RESPONSABILIDAD DE ESTAS EMPRESAS POR SUS ACCIONES

Hasta la fecha, los esfuerzos legales internacionales se han centrado casi exclusivamente en la eliminación de los mercenarios sobre la base de que sus actividades amenazan la autodeterminación y la descolonización. Con la legislación vigente, la comunidad internacional debe aceptar y tratar con la idea de que la existencia y contratación de empresas militares y de seguridad privadas es ilegal solo en unos pocos casos marginales, ya que no hay regla alguna de Derecho internacional que prohíba el despliegue de EMSP o la privatización de tareas y servicios militares, siempre y cuando el personal empleado no sean mercenarios.

El principal argumento para la debilidad de la legislación sobre las EMSP, cuando la hay, es que el Estado quiere asegurarse un margen de maniobrabilidad en la contratación y uso de las EMSP (léase «denegación plausible»¹⁸). Combinado con esto, otros estados que en la actualidad pueden no estar usando EMSP pueden buscar asegurar que la opción está disponible en el futuro. Debido a ello, hasta muy recientemente los niveles de voluntad política han sido más bien inexistentes. Esto es cierto, aunque un número limitado de países han llevado a cabo avances en su normativa interna para establecer modos de regulación. Un ejemplo claro lo vemos en la legislación nacional más extensa y asentada como es la de Estados Unidos¹⁹ que, aun así, adolece de multitud de defectos y vericuetos, como

¹⁷ Sobre el uso de servicios de seguridad privados por organizaciones humanitarias, *vide*, por ejemplo, COCKAYNE, J., *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*. International Peace Academy. Nueva York, marzo 2006.

¹⁸ YEOMAN, B. (2003). «Soldiers of Good Fortune: They Fly Helicopters, Guard Military Bases, and Provide Reconnaissance. They're Private Military Companies – and They're Replacing U.S. Soldiers in the War on Terrorism», *Mother Jones* 28 (3), pág. 39.

¹⁹ Arms Export Control Act, Title 22, United States Code, e International Traffic in Arms Regulation, Title 22, Code of Federal Regulations, Parts 120-120. Los servicios militares fueron incluidos en la Ley mediante una enmienda en los años ochenta al descubrirse por parte del Departamento de Estado que algunas compañías privadas estaban proporcionando entrenamiento a individuos de países con los que los Estados Unidos no tenían buenas relaciones.

Military Extraterritorial Act de 2000 (MEJA), Military Extraterritorial Jurisdiction, Capítulo 212. Public Law 106-523. 106th Congress EEUU, 22 de noviembre de 2000. Disponible en <www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf>.

pueden ser su focalización inicial en el control de bienes, no de servicios; la falta de mecanismos de supervisión una vez la licencia ha sido otorgada; la *political question doctrine*; la *Government Contractor Defense* o la *Garrity immunity*, por nombrar tan solo algunos de sus *caveats*, que proporcionan una inmunidad *de facto* a estas empresas. Otro ejemplo paradigmático, Sudáfrica²⁰, adolece de muchos de los mismos defectos. En lo que respecta a los países de operación de las EMSP (territoriales), solo dos tienen legislación específica sobre las mismas, Sierra Leona²¹ y Afganistán²², lo cual no deja de ser sorprendente.

Ciertamente, a pesar de esta privatización táctica, o tal vez por eso mismo, hay que tener en cuenta que mientras que la responsabilidad penal internacional solo existe en el plano internacional en relación con los crímenes de guerra y ciertas violaciones graves de derechos humanos, los estados pueden ser responsables por cualquier violación del Derecho internacional. En el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales²³ se exige, en todo caso, que se trate de la conducta de un órgano del Estado (art. 4); de personas o entidades que ejercen elementos de autoridad gubernamental pues han sido apoderadas para dicho ejercicio por la ley interna de ese estado (art. 5); o bien la conducta de personas llevada a cabo bajo las instrucciones del Estado o dirigida o controlada por dicho estado (art. 8). En sentido general, el Derecho internacional humanitario no impide que los estados contraten EMSP para llevar a cabo ciertas actividades. Sin embargo, cuando lo

Uniform Code of Military Justice (UCMJ), disponible en <www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm>.

²⁰ Foreign Military Assistance Act (FMAA). Republic of South Africa, *Government Gazette*, vol. 395. Ciudad del Cabo, 20 de mayo de 1998, n.º 18912; n.º 15 de 1998: Regulation of Foreign Military Assistance Act (1998).

South Africa's Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Act, n.º 27, *Government Gazette*, Republic of South Africa, 30477; 1083 Prohibition on mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Act.

²¹ Ley Nacional de Seguridad y de Inteligencia Fundamental (National Security and Central Intelligence Act), *Supplement to the Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXII, n.º 42, de 04 de julio de 2002. La aplicación de esta ley se coordina con la Ley de 1955 sobre Armas y Munición.

Sierra Rutile Act, Acuerdo ratificado por el Gobierno de Sierra Leona por el Rutile Agreement (Ratification) Act, 2002. *Supplement to the Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXIII, n.º 5, de 31 de enero de 2002. Derechos muy similares fueron concedidos por un decreto de 1995, el Koidu Kimberlite Project, a una empresa transnacional diamantífera.

²² *Procedures for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan*, febrero de 2008 (Dalw 1386). Ministerio del Interior, República Islámica de Afganistán.

²³ International Law Commission's Draft on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN GAOR 55th Sess. Supp., n.º 10, A/56/10.

hacen, siguen siendo responsables del cumplimiento de sus obligaciones legales. En el artículo común 1 de las Convenciones de Ginebra de 1949 los estados asumen la obligación de respetar y asegurar el respeto del Derecho internacional humanitario. Pero lo que se deriva de la praxis y de la actividad jurisprudencial es que, en muchos casos, los estados logran sus objetivos de política internacional sin responsabilidad alguna aun a pesar del principio de que siguen siendo responsables aunque externalicen en actores privados.

El Derecho internacional humanitario abarca las reglas que gobiernan la apropiada conducción de la guerra. Así mismo, limita el uso de ciertos métodos de guerra. No le concierne la legalidad de su iniciación, sino que se basa en la premisa de que el conflicto ya ha comenzado. Aunque este cuerpo legal contiene elementos del Derecho de los derechos humanos, está separado y es distinto de este cuerpo jurídico. Una vez el conflicto ha comenzado, el Derecho internacional humanitario provee las directrices que gobiernan lo que constituye una conducción aceptable del mismo y, muy importante, lo que no. Está compuesto principalmente por los Convenios de Ginebra de 1949 junto con los Protocolos Adicionales de 1977²⁴, y sigue siendo el instrumento jurídico que mejor garantiza asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados. El objetivo básico de este derecho es mitigar los inevitables males derivados del conflicto bélico. Ahora bien, para que sea efectivo y se mantenga vigente tiene que adaptarse y desarrollarse al mismo tiempo que se transforma la naturaleza de los conflictos armados. Las leyes internacionales, confeccionadas hace ya bastantes decenios para prohibir el mercenarismo, se muestran inadecuadas para tratar el fenómeno de las EMSP, y constituyen incluso un obstáculo para su regulación²⁵. Al calor de la denominada «revolución de los asuntos militares», han surgido nuevos actores

²⁴ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las FAS en campaña, de 12 de agosto de 1949.

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

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

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

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, 1977.

Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

²⁵ MORGAN, R. «Professional Military Firms under International Law», 9 *Chi. J. Int'l.* 213, 2008, pág. 237.

cuyas funciones han dejado, en parte, obsoleto a este cuerpo normativo, especialmente, a nuestros efectos, las empresas militares y de seguridad privada. Por una parte, no están contempladas por el Derecho internacional humanitario, por otra, tampoco están obligadas por los estándares del mismo.

En el Derecho internacional humanitario, como en general en todo el ámbito del Derecho internacional, se usan muchos términos que, bien por su laxitud, politización, ambigüedad o falta directa de definición, causan confusión. Así, como ejemplos, podemos citar: «participación directa en las hostilidades», «participación activa en las hostilidades», «combatir», «conflicto armado», «combatiente ilegal», «actividades esencialmente gubernamentales o estatales» o, como ya se ha señalado, el propio término EMSP y sus sinónimos o expresiones equivalentes. Los teóricos y los juristas pueden encontrar formas creativas de adaptar los mecanismos existentes de este cuerpo jurídico a estas nuevas realidades sociales. Sin embargo, esa agilidad teórica tal vez no pueda repetirse en las pesadas burocracias de las estructuras de mando militar, que suelen caracterizarse por su inercia conceptual.

De acuerdo con la lógica del Derecho internacional humanitario, toda persona es, bien un combatiente, o bien un civil, y si los empleados de las EMSP no pudieran ser catalogados como combatientes, entonces son civiles, pero los civiles no tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades. Este derecho reconoce solo estas dos categorías de personas con respecto al conflicto: combatientes y civiles, una dicotomía que debe soportar imperativos tanto humanitarios como de derechos humanos, manteniendo al mismo tiempo la legítima necesidad de seguridad y justicia en el panorama actual de insurgencia, terrorismo y conflicto.

El estatuto de combatiente es consustancial con la pertenencia a las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto, o la pertenencia a una milicia o fuerza voluntaria que pertenezca a una parte en el conflicto y que cumpla unos criterios específicos. Cuando se evalúa el estatuto de los empleados de las EMSP es, por tanto, esencial analizar su integración (bajo el artículo 4A (1) de la Tercera Convención de Ginebra o el artículo 43 del Protocolo Adicional I) en las Fuerzas Armadas, o su capacidad para cumplir los requisitos para calificarse como milicia en el sentido del artículo 4 A (2) de la Tercera Convención de Ginebra. Teniendo en cuenta que tanto las Convenciones de Ginebra como el Protocolo Adicional I y las convenciones mercenarias se dirigen a individuos y no a personas legales, el estatuto de estos empleados es ambiguo y, en el mejor de los casos, inadecuado.

El Reino Unido ha adoptado un enfoque creativo respecto a este tema. La Reserve Forces Act de 1996²⁶ requiere que una porción específica de los empleados de un contratista gubernamental sean miembros de un componente de la reserva militar. En función de este acuerdo, en tiempo de necesidad, el Gobierno británico «patrocina» a los empleados de las EMSP reservistas movilizándolos y desplegándolos como miembros uniformados de las Fuerzas Armadas, operando bajo mando y control militar. Como miembros de las Fuerzas Armadas, tienen derecho a tomar parte directa en las hostilidades y al estatuto de prisionero de guerra en caso de ser capturados.

Se ha sugerido que la preocupación en esta área probablemente se base menos en determinar si una persona reúne los criterios para corresponder a la categoría de mercenario y se concentre más en cuestiones de responsabilidad corporativa, derecho contractual y responsabilidad penal individual de conformidad con el Derecho de los conflictos armados. Así, cabe diferenciar diversos ámbitos posibles de responsabilidad:

A. Responsabilidad penal corporativa en el ámbito nacional

De acuerdo con el ampliamente aceptado principio *nulla poena sine lege*, el encausamiento y condena de las corporaciones por violaciones del Derecho internacional humanitario están sujetos a la existencia de dichos tipos penales en los sistemas legales nacionales, así como a su aplicabilidad a las personas jurídicas, aspecto este último bastante raro. En el ámbito del Derecho penal internacional no es posible perseguir corporaciones en la arena internacional. En este sentido, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia²⁷ y para Ruanda²⁸ proveían expresamente que tenían jurisdicción «sobre personas naturales». De igual modo, el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁹ establece idénticamente jurisdicción «sobre personas naturales», negando implícitamente, al menos para su propia jurisdicción, la posibilidad de castigo de corporaciones y otras entidades jurídicas, aunque los proyectos previos

²⁶ Reserve Forces Act, 1996, en <www.hmso.gov.uk/acts/acts1996>.

²⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (S/RES/827, 1993). Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/RES/955 (1994)).

²⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (S/RES/955 (1994)).

²⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, documento constitutivo de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y en vigor desde el 1 de julio de 2002.

a su aprobación muestran que algunos de los estados partícipes en la negociación consideraron la posibilidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B. Responsabilidad civil nacional corporativa

La responsabilidad civil tiene ventajas sobre la penal, como su aplicación sin restricción *ratione personae*; estándar de prueba más bajo que el penal; ofrece una fuente independiente de compensación económica a las víctimas a cargo de la EMSP infractora, y el hecho de que son las víctimas las que inician los procedimientos en lugar del fiscal. Pero también tiene importantes limitaciones, como su limitación *ratione temporis*; consideraciones jurisdiccionales más severas; no está gobernada por mecanismos de jurisdicción universal, y aunque la mayoría de los países aplican el principio de la *lex loci delicti* (aplicación del derecho del país donde se produjo el daño), los tribunales nacionales pueden aplicar estándares diferentes (la ley del país con una mayor relación con las partes, o la ley del país donde ha aparecido el daño), existiendo por ello cierta incertidumbre sobre las normas que regulan la disputa. Por último, la jurisdicción extraterritorial respecto a reclamaciones civiles es mucho más rara y limitada en ámbito que respecto a los delitos penales. Un ejemplo sería la *US' Alien Tort Claims Act o Alien Tort Statute* (ATCA o ATS). Esta ley confiere jurisdicción a los tribunales estadounidenses respecto a «cualquier acción civil por un extranjero solo por un daño cometido en violación de la ley de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos»³⁰.

C. Responsabilidad de los superiores

En el tema de la responsabilidad, un aspecto fundamental es la «responsabilidad de los superiores» por violaciones graves del Derecho internacional humanitario, expresamente reconocida en el artículo 86(2) del Protocolo Adicional I. El concepto de responsabilidad del superior también fue reconocido en el artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Inter-

³⁰ En Estados Unidos, las compañías pueden ser demandadas civilmente bajo la US Alien Tort Claims Act por graves violaciones del Derecho internacional humanitario. *Vide* TZEUTSCHLER, G. G. A., «Corporate violator: The alien tort liability of transnational corporations for Human Rights abuses abroad», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 30, 1999, págs. 411-12.

nacional para la Antigua Yugoslavia, en el artículo 6(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el artículo 28 del Estatuto de Roma, por el que se constituye la Corte Penal Internacional; y fue la base de varias causas ante los dos primeros tribunales *ad hoc*. La responsabilidad tanto disciplinaria como penal de los superiores por violaciones graves del Derecho internacional humanitario, expresamente reconocida en los citados cuerpos legales, no era nada nuevo, pues tras la Segunda Guerra Mundial se llevaron a cabo varios procesos basados en esta noción de «responsabilidad superior» bajo el Derecho nacional. En este ámbito, dado que las empresas actúan a través de sus empleados, la clave de la cuestión radica en la aplicación de dos principios clásicos de la «culpa» en Derecho civil. En primer lugar, la culpa *in eligendo*, por la que existe responsabilidad corporativa en la medida que las violaciones son cometidas por el personal de EMSP escasamente capacitado, con escaso control, y que realiza funciones militares sin entender claramente las líneas de control. En segundo lugar, la culpa *in vigilando*, según la cual, del mismo modo las EMSP son responsables de la falta de verificación y control de las actividades ilegales de sus empleados³¹. A todo ello hay que añadir la exigencia de responsabilidades directas por la violación de los derechos sociales de los trabajadores de estas compañías.

En definitiva, para poder reclamar uno y otro tipo de responsabilidad es necesario un buen sistema legislativo y de justicia a escala nacional, con el añadido de que, en este caso, no solo tiene que actuar el estado receptor de las fuerzas de seguridad privada, sino también el de origen.

IV. PROPUESTAS PARA UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

La compañía militar y de seguridad privada se ha convertido en un valioso instrumento del Estado y cualquier intento de regulación debe reflejar esta realidad. Una legislación internacional efectiva debe reflejar tanto el deseo de minimizar los peores elementos del conflicto armado como la tendencia a la privatización del sector público³².

A pesar de la creciente presencia de actores no estatales en la mayoría de los conflictos armados, el Derecho internacional humanitario sigue

³¹ Vide MACÍAS CASTILLO, A. «Culpa in eligendo y culpa in vigilando», *Actualidad Civil*, n.º 15, 2007, págs. 1830-1833.

³² RILEY, J., y GAMBONE, M. «Men with guns», *28 Wis. Int'l L. J.*, 39, 2010.

estando basado en el Estado, y los mecanismos de responsabilidad penal que han sido establecidos se centran principalmente en los individuos, no dejando espacio para el reconocimiento de violaciones de este derecho por las corporaciones en el nivel internacional. Más allá de esta falta estructural de responsabilidad penal, es necesario explorar canales alternativos de responsabilidad debido a la creciente preocupación de la comunidad internacional sobre las implicaciones del uso de EMSP.

Desde el punto de vista internacional, se han propuesto diferentes aproximaciones para la regulación de esta industria. Algunas han sugerido una prohibición general de ciertas actividades. Sin embargo, los críticos han señalado que estas empresas cumplen una función necesaria y los estados no parecen dispuestos a ilegalizar completamente el uso de ninguna clase de actividad de las mismas. Otra propuesta es la de crear un organismo internacional para regularlas, pero esto implicaría que los estados tendrían que ceder su tradicional monopolio sobre la elaboración de normas sobre las exportaciones de carácter militar, lo cual no parece realista.

También se ha sugerido una convención para especificar los estándares mínimos para la supervisión y control que incluiría un sistema de licencias con un listado preciso de los servicios prestados por estas empresas, notificación previa a la presentación de la oferta de prestación de servicios y registro de los individuos que trabajan para las mismas; los requerimientos mínimos para el otorgamiento de licencias en relación con la contratación de personal, la estructura corporativa de la empresa, su competencia y política respecto del Derecho de los conflictos armados y derechos humanos; supervisión parlamentaria y/o independiente de las actividades que desarrollan; los requerimientos mínimos de competitividad y transparencia en los procesos de obtención, oferta y contrato. Esta es la postura del grupo de trabajo sobre el tema de los mercenarios, cuyo proyecto de posible convención³³ tiene como objetivo primordial poner de relieve las obligaciones

³³ Informe A/HRC/15/25, de 05 de julio de 2010, en el que plantea un «proyecto de posible convención sobre las EMSP». Presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos. Fue debatido en septiembre de 2010. El grupo de trabajo también presentó otro informe en la Tercera Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre del mismo año, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios a la Asamblea General de Naciones Unidas*, A/65/325. El informe a la Asamblea General incluye en anexo los elementos que deberían formar el marco de una convención internacional sobre la regulación, vigilancia y supervisión de las EMSP.

que detentan los estados respecto a las EMSP y su personal, y se aplicaría a todas las situaciones y no solo a los conflictos armados³⁴.

Desgraciadamente, no hay una solución única omnicomprendensiva para tratar los aspectos multidimensionales planteados por la provisión transnacional de servicios de seguridad y militares privados en conflictos y en otras situaciones inestables, pero, básicamente, una legislación internacional adecuada debería abarcar y desarrollar los siguientes elementos:

- Registro internacional de EMSP: podría tomar los datos directamente de los registros nacionales o/y ser complementario a los mismos. El Registro de Armas Convencionales de la ONU de 1991³⁵ podría ser tomado como ejemplo para ello.
- Listado de actividades permitidas (legales y que no sean esencialmente gubernamentales o estatales).
- Sistema de licencia tanto de la propia empresa para poder operar legalmente como por cada uno de los contratos a los que pretenda licitar.
- Organismo supervisor y de control.
- Organismo de *rating*. Puede ser el mismo que el anterior o diferente.
- Mecanismos de rendición de cuentas.
- Mecanismos de sanción tanto administrativos como judiciales.

³⁴ El Consejo de Derechos Humanos examinó este proyecto de posible convención durante su decimoquinto período de sesiones, celebrado del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010, en Ginebra. Se adoptó el proyecto de resolución presentado por Nigeria, en nombre del grupo de África, por 32 votos a favor, 12 en contra y 3 abstenciones (Resolución 15/26, de 1 de octubre). Dicha resolución prevé la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, con el mandato de elaborar un instrumento legal vinculante. Más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución enmendada propuesta por la Tercera Comisión (Doc. A/C. 3/65/L.54/Rev.1, de 18 de noviembre de 2010), por 127 votos a favor, 52 en contra y 5 abstenciones, por la que se alienta a los gobiernos a que consideren la propuesta del grupo de trabajo de un posible instrumento jurídico internacional que regule las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas.

³⁵ En 1991, la Asamblea General aprobó la Resolución 46/36 L, en la que pidió al secretario general que estableciera y mantuviera un registro de armas convencionales universal y no discriminatorio que incluyera datos sobre las transferencias internacionales de armas. Este registro abarca siete categorías de las principales armas convencionales y ha estado en funcionamiento desde 1992. De todas formas, debe quedar claro que las EMSP no son «traficantes de armas», pues estas son solo parte de un «paquete» de servicios integrados que se ofrecen al cliente, pero no son el único servicio que se presta. Así, la diferencia estriba en el objeto central del contrato: para un vendedor de armas es el suministro de las mismas siendo el entrenamiento en el uso de las mismas algo periférico; por el contrario, el objeto principal de una EMSP es proporcionar servicios de seguridad, que pueden incluir o no la venta de armas, con lo que la venta de las mismas se convierte en algo secundario.

- Mecanismo de financiación de todo este sistema, en el cual se podrían incluir tasas a estas empresas a fin de que sufraguen parcialmente los gastos de gestión.

Por otra parte, esta regulación internacional podría y debería ser complementada con un sistema similar a nivel regional y/o nacional. La elaboración de dichos elementos fundamentales no es complicada, el problema reside en el control y supervisión en la práctica. Todo esto debería ser llevado a cabo sin olvidar la coordinación de las políticas nacionales; aunque no sea en términos operacionales, sí, al menos, en consistencia general de terminología y estándares. A esta coordinación podrían ayudar de forma decisiva las organizaciones regionales actuando como bisagra entre el ámbito nacional y el internacional, por una parte, coordinando las políticas nacionales de los estados miembros, y, por otra, adoptando una postura única en nombre de dichos estados, para la regulación internacional.

Una regulación adecuada en el plano nacional de las EMSP debería seguir el mismo esquema expuesto para el ámbito internacional, basándose en una licencia de operación o/y requerir autorización para cada contrato, o bien notificación, más el registro de todos los empleados. Se deben establecer las actividades que pueden ser llevadas a cabo por las EMSP. La provisión de seguridad para la protección de recursos (personas, información, equipamiento o suministros) en áreas hostiles es una función «inherentemente gubernamental» si involucra situaciones de alto riesgo impredecibles o incontroladas, en las que el éxito depende de cómo se lleven a cabo las operaciones y, por ello, debería reservarse al Estado. Es necesario destacar que la noción de «funciones inherentemente gubernamentales o estatales» no es un concepto claro e inequívoco, por lo que su uso no está exento de controversia. En lo que respecta al control del uso de la fuerza armada, la cuestión de si se trata de una obligación implícita en la soberanía del Estado (y no del Gobierno) pivota sobre si estamos ante un atributo de la «forma del estado» o de un calificativo propio del «Estado democrático de Derecho» («forma de gobierno»). Parece que el uso legítimo de la fuerza no corresponde a la forma de gobierno, sino a la forma de estado³⁶. Se debería establecer un registro de estas empresas, el

³⁶ GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*. Fundación privada Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2011, págs. 99-102. *Vide también*, APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ I SERRA-MALERA M. (coords.), *Manual de Derecho Constitucional*. Atelier. Barcelona, 2009, pág. 109.

cual nutria al registro centralizado internacional a la par que completara sus lagunas tomando datos del mismo.

Podría también establecerse un mecanismo para la supervisión de las actividades de las EMSP, así como sanciones por operar sin licencia o por su violación. Un mecanismo fundamental para su control es el contrato, mediante el cual se puede vincular a la empresa no solo al cumplimiento operativo, sino también al cumplimiento de las obligaciones relativas a derechos humanos y Derecho internacional humanitario.

La legislación nacional aplicable puede también imponer obligaciones a las EMSP bajo el Derecho internacional humanitario, en virtud de su incorporación dentro del Derecho nacional. La aproximación estatal no exige la cooperación de otros países y, en principio, resulta más sencilla de aplicar. Tiene la ventaja de que no depende de la negociación internacional, que frecuentemente se traduce en la aceptación de un común denominador mínimo y poco efectivo. Sin embargo, las regulaciones internas de los estados no son suficientes, ya que en muchas ocasiones la elección de la sede de estas empresas responde a una táctica de «escapismo legal», también conocida como *Charter Shopping*, buscando sedes de prestigio que les permitan vender el producto de la legitimidad, pero con legislaciones flexibles tanto respecto a la conducta del personal como al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción y capacidad de supervisión de las autoridades públicas sobre el escenario de prestación del servicio³⁷. Por otra parte, nos encontramos ante la necesidad de la extraterritorialidad de esta legislación para su aplicabilidad, sin olvidar su debilidad derivada en muchos casos de la propia debilidad del Derecho internacional, al cual se suelen remitir íntegramente.

Una opción complementaria para la adecuada regulación de esta industria serían los códigos voluntarios, tales como los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos (empresas del sector extractivo), Código de Conducta de Sarajevo para las Empresas de Seguridad Privadas, Códigos

Por su parte, la Federal Activities Inventory Reform Act (FAIR) de los Estados Unidos, de 1998, define como «funciones inherentemente gubernamentales» aquellas militares, diplomáticas y otras actividades que «significativamente afecten a la vida, libertad o propiedad de las personas privadas».

³⁷ GÜELL PERIS, S. «Contextualización de las empresas militares y de seguridad privadas en el marco del Derecho internacional humanitario», *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas*, op. colectiva. J. M. Bosch, 2009, pág. 222. *Vide* también la entrevista a Andrew Bearpark por Toni Pfanner (editor en jefe de la *International Review of the Red Cross*), *International Review of the Red Cross*, Londres, 17 de octubre de 2006, vol. 88, n.º 863, septiembre 2006.

go de Conducta de la International Stabilization Operations Association (ISOA)³⁸, Carta de la British Association of Private Security Companies (BAPSC)³⁹... Es de resaltar una nueva iniciativa liderada por la propia industria privada con el apoyo del Gobierno suizo, el Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) y la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos⁴⁰. Esta iniciativa trata de desarrollar un código de conducta internacional que, conforme al Derecho de los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, supere las debilidades identificadas. Por otra parte, tenemos las normas de *Soft Law*, como el «Proyecto de normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos», aprobado por la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de la ONU 2003⁴¹; las *Guidelines for*

³⁸ En lo que se refiere a la ISOA (anteriormente IPOA), fundada en abril de 2001, su código de conducta establece que busca asegurar las normas éticas de las compañías miembros de la Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA) que operan en conflictos y ambientes posconflicto de modo que puedan contribuir con sus valiosos servicios para beneficiar a la paz internacional y la seguridad humana. Además, les guían a los firmantes todas las reglas internacionales humanitarias pertinentes y las leyes de derechos humanos, incluidos los que se exponen:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Convenciones de Ginebra (1949).
- Convención Contra la Tortura (1975).
- Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra (1977).
- Convención para las Armas Químicas (1993).
- Principios Voluntarios sobre Seguridad y los Derechos Humanos (2000).
- Documento de Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada (2008).

³⁹ La Carta de la BAPSC establece que «sus miembros acuerdan seguir las reglas del Derecho humanitario y de los derechos humanos que sean aplicables, así como todos los convenios y protocolos relevantes, y además acuerdan suscribir y estar vinculados por los códigos éticos prácticos de la Asociación. *Vide* en <www.bapsc.org.uk>.

⁴⁰ Esta iniciativa de un conglomerado de EMSP, con el apoyo de la Confederación Helvética y la participación del Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, de elaboración de un «código global de autorregulación», con mecanismo de queja incluido. El «Grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», uno de los cuarenta procedimientos especiales de las Naciones Unidas que funcionan dentro del Consejo de Derechos Humanos, ha participado activamente en las consultas efectuadas, estimando que debería ir acompañado de un órgano fiscalizador independiente y autorizado. El texto del proyecto con fecha de 10 de enero de 2010 se puede consultar en: <https://www.dcaf.ch/privatisation-security/psc_pmc-coc_draft_11.01.2010.pdf>.

⁴¹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Normas sobre las responsabilidades de corporaciones transnacionales y otras empresas de negocios con respecto a los derechos humanos», UN Doc. (E/CN.4/

Multinational Enterprises 2000 and Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones 2006, de la OCDE⁴²; los Principios del Grupo Wolfsberg⁴³; los «Principios voluntarios sobre seguridad y derechos humanos para empresas extractivas»⁴⁴; el *Código de Conducta para la Exportación de Armas Convencionales 1998*, de la Unión Europea⁴⁵, sin olvidar el ya citado Documento de Montreux, fruto de la iniciativa del Departamento de Exteriores suizo junto con el Comité Internacional de la Cruz Roja y la participación de las principales asociaciones de EMSP y los principales países sede de estas empresas⁴⁶.

Sub.2/2003/12/Rev.2), 2003. Es de destacar lo dispuesto en los párrafos 3 y 4, según los cuales «3. Las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales no participarán y no se beneficiarán de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, desaparición forzosa, trabajos forzados, toma de rehenes, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, otras violaciones del Derecho humanitario y otros crímenes internacionales contra las personas tal como son definidos por el Derecho internacional, en particular derechos humanos y el Derecho humanitario. 4. Las medidas de seguridad para las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas de derechos humanos, así como las leyes y estándares profesionales del país o países en los que operan».

⁴² OECD, *Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* (09 de junio de 2006), disponible en <<http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf>>.

⁴³ El Grupo Wolfsberg de bancos, denominado así en honor a la ciudad suiza donde se formó, representa a un grupo de bancos privados internacionales que ha establecido un conjunto de principios aplicables a la banca. <www.wolfsberg-principles.com>.

⁴⁴ Estos principios voluntarios constituyen un marco de trabajo en el ámbito de la seguridad para compañías del sector extractivo que abarca a representantes de organizaciones de derechos humanos, sindicatos, compañías petroleras y de los Gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, Holanda y Noruega. En términos normativos, los Principios ayudan en el trazado de unos estándares internacionales que las EMSP han de cumplir, y las obligaciones respecto de los derechos humanos cuyo cumplimiento las compañías extractivas deberían asegurar cuando usen EMSP. *Vide* <www.voluntaryprinciples.org>.

⁴⁵ *Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas*, aprobado el 8 de junio de 1998 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea. Recoge una serie de criterios aplicables en la exportación de armas a terceros países. Se basa en los criterios comunes acordados por los quince en los consejos europeos de Luxemburgo y Lisboa de 1991 y 1992 respectivamente. El anuncio de la propuesta de un código sobre este tema se produjo en la reunión del grupo PESC del Consejo sobre Exportación de Armas Convencionales (COARM) de 12 de septiembre de 1997. El texto definitivo del Código fue aprobado por el Consejo de Asuntos Generales de 25 de mayo, entrando en vigor el 8 de junio. *Vide* en este tema MUÑOZ MARTÍNEZ, R., «El Código de conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas», en *Boletín Económico de ICE*, 21 al 27 de febrero de 2000, págs. 9 y ss.

⁴⁶ El Documento de Montreux sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privada, fue aprobado por el «Encuentro de alto nivel de consejeros legales de los gobiernos participantes», 17 de septiembre de 2008. UN Doc. A/63/467. Fue acordado por 17 países: Afganistán, Angola, Australia, Austria, Reino Unido, Canadá, China, Francia, Alemania, Irak, Polonia, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia,

V. CONCLUSIONES

Una conclusión general estaría marcada por el hecho de que el estatuto legal bajo el Derecho internacional humanitario depende de la relación contractual entre la EMSP y el cliente, el tipo de cliente y la clase de servicios provistos. Muchas de estas empresas operan en una zona gris, sin supervisión parlamentaria ni códigos de conducta oficiales. Están en muchos aspectos fuera de los sistemas reguladores del país de origen y de la comunidad internacional, y, a menudo, actúan en estados débiles donde la responsabilidad ante la ley es, en muchos casos, inexistente. En estos momentos, parece claro que para que una regulación internacional como la Convención sobre EMSP propuesta por el Grupo de Expertos en el tema de los mercenarios⁴⁷ tenga éxito, será necesario un amplio consenso entre los estados, algo que no parece, al menos en teoría, fácil a corto plazo, dados los precedentes de otras convenciones⁴⁸.

En la actualidad nos enfrentamos a una mercantilización de la mayoría de los bienes públicos, incluyendo la seguridad⁴⁹. Se dice que es la evolución lógica del capitalismo, pero más bien parece un neo mercantilismo en el que el conflicto armado y los negocios son interdependientes entre sí. La seguridad como negocio no afronta las causas de la violencia, sino que se vende como un producto o un servicio, no como el resultado de un consenso social. Estas empresas pueden incluso intensificar la violencia entre facciones, bien por el cortoplacismo en sus acciones, o bien por su propio interés comercial en su escalada.

Suiza, Ucrania y los Estados Unidos. Con posterioridad a la publicación del Documento, otros 17 países se fueron uniendo progresivamente a la iniciativa. Por orden de firma, son: Macedonia, Ecuador, Albania, Países Bajos, Bosnia y Herzegovina, Grecia, Portugal, Chile, Uruguay, Liechtenstein, Qatar, Jordania, España, Italia, Uganda, Chipre y Georgia. En lo que respecta a España, es signataria de este documento desde el 20 de mayo de 2009. *Vide* Departamento Federal de Asuntos Exteriores, Gobierno de Suiza. <<http://www.eda.admin.ch/psc>>.

⁴⁷ Presentado de conformidad con la Resolución 10/11, de 26 de marzo de 2009, en la que se pide al grupo de trabajo que informe sobre los avances logrados en la elaboración de un proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación por el Consejo de Derechos Humanos.

⁴⁸ La Unión Europea, el Reino Unido y Estados Unidos no apoyaron ni el proyecto de una posible convención ni la recomendación de establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁹ Incluso los últimos bastiones del sistema, las Fuerzas Armadas, no son inmunes a los procesos de mercantilización que han sido previamente aplicados a funciones esenciales como policía y prisiones.

Tras el análisis efectuado, es necesario proceder a la elaboración de una propuesta que pueda resultar adecuada para la regulación de estas corporaciones. Esta regulación se debe asentar sobre cuatro pilares básicos. En primer lugar, la responsabilidad fundamental de los estados en la implementación efectiva de los estándares de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Por otra parte, la necesidad de complementar –no suplantar– la regulación estatal. En tercer lugar, la necesidad de añadir valor para otros interesados incluyendo a la propia industria y la sociedad civil. Finalmente, la necesidad de usar incentivos adecuados para influir en la conducta de los accionistas de esa industria que incluyan pero a la vez vayan más allá de las fuerzas del mercado.

Si bien se puede considerar que las empresas militares y de seguridad privadas son una consecuencia y no las causantes de la debilidad estatal, su existencia no hace más que fortalecer esta tendencia. Sin embargo, todo parece indicar que no van a desaparecer a corto plazo, por lo que urge una regulación adecuada de las mismas, y aprovechar sus aspectos positivos limitando sus claros inconvenientes.