

CAPÍTULO PRIMERO

EL PAPEL DE LAS ONG, ETN y EMSP EN LA RESOLUCIÓN DE CRISIS RELACIONADAS CON LA SEGURIDAD INTERNACIONAL. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

EL PAPEL DE LAS ONG, ETN Y EMSP EN LA RESOLUCIÓN DE CRISIS RELACIONADAS CON LA SEGURIDAD INTERNACIONAL. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

SONIA GÜELL PERIS

CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las principales consecuencias derivadas del profundo proceso de reestructuración, en el que se encuentra inmerso el orden internacional contemporáneo, consiste en la progresiva pérdida del monopolio decisorio que el Estado ha venido históricamente ostentando en el núcleo del sistema.

En un mundo *westfaliano*, el poder normativo que permite crear reglas jurídicamente vinculantes, al tiempo que medios para su aplicación y control de cumplimiento, corresponde en exclusiva al Estado y, en su caso, a las Organizaciones Internacionales que, con mayor o menor grado de sofisticación, no son más que sujetos que derivan dicha capacidad de la voluntad de aquellos (1). En este mismo orden de ideas, tradicionalmente se ha venido considerando que la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales corresponde en exclusiva al Estado y a las Organizaciones internacionales y por tal razón, también como sujetos exclusivamente considerados en la composición de la comunidad internacional (2).

Sin embargo, especialmente desde la segunda mitad del S. XX, la exclusiva presencia del Estado en la participación y gestión del sistema

(1) PEREZ – PRAT, L, «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional», en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional Público*. Bosch Editor, Barcelona 2008, p. 21.

(2) DE VISSCHER, C, *Teorías y realidades en derecho Internacional Público*. Bosch 1962, pp 22-23, 124-126

internacional ha ido poco a poco diluyéndose con la progresiva irrupción de nuevos implicados de naturaleza no estatal.

Se trata de actores no estatales porque su origen descansa en fundamentos jurídicos y fácticos ajenos a atributo de su soberanía y, por tanto carecen de vínculo de gestación, ni tan siquiera por derivación con él. No se trata de entidades de derecho público ni de derecho internacional; carecen por tanto de capacidad jurídica o política internacional a priori reconocida pero, pese a ello ostentan una posición en el orden internacional contemporáneo que no debe ser ignorada en la medida que han demostrado ser capaces de influir, e incluso minar, la capacidad decisoria del Estado en el sistema internacional llegando, también en algunos casos, a comprometerla.

El Secretario General de UN resume esta realidad en la introducción a la Memoria de 2006 relativa a la labor de la Organización:

Si hay un fenómeno que ha dominado el decenio que acaba de transcurrir, sin duda alguna es la globalización. ... para mi representa sobre todo una era en que las relaciones internacionales ya no son casi exclusivamente relaciones entre Estados-nación, sino también relaciones entre personas de distintas nacionalidades que interactúan de manera muy diversa como individuos o como miembros de grupos constituidos autónomamente a través de fronteras nacionales e incluso de continentes y océanos, frecuentemente sin necesidad de remitir en absoluto al Estado. Si bien las Naciones Unidas están constituidas por Estados Miembros, esos actores no estatales del escenario internacional constituyen nuevas bases mundiales con las que las Naciones Unidas deben interactuar cada vez más (3).

Algunos años antes a esta declaración el profesor Truyol y Serra ya advertía que,

El papel dominante del Estado en la sociedad internacional, su calidad de centro de referencia para el criterio de los que sea «internacional» y de sujeto primario del derecho internacional, no han de hacernos olvidar los demás grupos sociales que en aquella actúan de hecho, operando, estableciendo contactos, entendién-

(3) Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización de las Naciones Unidas. Nueva York 2006. Sexagésimo primer periodo de sesiones. Doc No.1 (A/61/1) parr 4.

dose o rivalizándose por encima de las fronteras estatales. Estos grupos y los individuos que los integran que constituyen el «pueblo internacional» son el «elemento democrático» de la sociedad internacional (4).

Más allá de ciertas imágenes mediáticas sobradamente conocidas como la visita en 2006 del Presidente Chino Hu Jin Tao al Director General de Microsoft Sr. Gates, dejando al mismísimo Presidente de EEUU en el segundo lugar de su agenda protocolaria, los indicios de incorporación de actores no estatales al devenir del sistema internacional se evidencian en realidades incontestables.

A título de ejemplo, baste destacar el papel que jugaron las Empresas Transnacionales (ETN) en la formulación y resultado de los acuerdos de la Ronda Uruguay, o en su influencia en el difícil desarrollo de la Ronda de Doha donde, como se ha señalado, la presión que ejercen sobre los gobiernos es una de las principales causas que dificulta el consenso y la asunción de nuevos compromisos por parte de los Estados miembros de la OMC (5). En el caso de las ONG, no es menos llamativa su contribución al final éxito de la convocatoria, elaboración y conclusión de tratados internacionales de gran calado como el Convenio de Ottawa para la supresión de las minas anti persona o del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en los que los Estados han asumido compromisos que suponen, en cierta medida, la ruptura con esquemas de soberanía tradicional, en otro tiempo inquebrantables, tal como el sacrosanto principio de jurisdicción territorial del Estado en materia penal.

Sin perjuicio que no es objeto de este estudio efectuar un análisis en profundidad de los muchos factores que explican la irrupción de estos nuevos implicados, no obstante a efectos de introducción, conviene señalar los siguientes: en primer lugar la interdependencia producida por el avance de la tecnología y los sistemas de comunicación, en segundo lugar los cambios en las estrategias de producción y comercialización del mercado, especialmente referidos a la deslocalización de las cadenas de producción y fragmentación de los sistemas de financiación y, en tercer lugar el reconocimiento de ciertos valores e intereses comunes entre comunidades humanas antaño prácticamente desconocidas entre sí. El

(4) TRUYOL Y SERRA A, *La sociedad internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 128

(5) MANRIQUE CARPIO, C. «Las Empresas Transnacionales en la Organización Mundial del Comercio» en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch Editor, Barcelona 2008, p. 189.

progresivo engarce de estas tres circunstancias, ha propiciado la irrupción de grupos, entidades y colectivos forjados en el seno de la sociedad civil, con consistencia y capacidad de liderazgo suficiente para sacudir los fundamentos de un modelo de relaciones internacionales basado en el omnímodo protagonismo del Estado y provocando que hoy ya no se sostenga como tal (6).

Sea como fuere, se trata de la penetración de nuevos actores en el sistema que trae a colación, con especial idoneidad, la reflexión que nos dejó el profesor De Vissher ya en 1962, llamando la atención acerca de que,

Un orden internacional cambiante no deja de ser una oportunidad para organizar las relaciones internacionales en un plano distinto y según otros principios que los que imperan en un orden de soberanías yuxtapuestas; es la oportunidad de crear nuevas estructuras políticas y económicas, en función de una diferente distribución del poder (7).

A lo largo de estas líneas se pretende analizar la posición que ocupan los actores no estatales en el Derecho internacional relativo a la resolución de crisis relacionadas con la seguridad.

De ahí que con carácter previo proceda delimitar el ámbito personal y material del estudio.

Por lo que respecta al ámbito *ratione personae* el análisis se va a centrar en tres actores no estatales concretos: las ONG (organizaciones no gubernamentales), las ETN (empresas transnacionales) y las EMSP (empresas militares y de seguridad privada). El motivo que justifica esta selección estriba en que se trata de entidades que, como ya se ha demostrado a lo largo de los trabajos que se integran en este *Cuaderno*, evidencian un grado de presencia en las situaciones de crisis internacionales y conflictos relacionados con la seguridad lo suficientemente relevante para considerar su influencia en el modo en como éstas se desarrollan y en su caso se resuelven.

(6) Sobre el concepto de sociedad civil vid. PEREZ-PRAT, L, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp 23-38. PONS FAFOLS, X. «Las Organizaciones no gubernamentales y el Derecho internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales» en *La incidencia de la mundialización en la formación*, op.,cit., pp 46-47.

(7) DE VISSCHER, C, *Teorías y realidades ...*, op.,cit., p. 124.

Por lo que respecta al ámbito *ratione materiae* el trabajo se ubica en el ámbito de Derecho internacional relativo a los conflictos armados y a la seguridad. En consecuencia la posición jurídica de los actores no estatales vendrá exclusivamente referida a dicho entorno normativo y que, a título enunciativo, comprende:

- Desde el punto de vista *sustantivo*:
 - el Derecho de los conflictos armados,
 - el Derecho internacional de los Derechos Humanos
 - el Derecho del desarme.
- Desde el punto de vista *instrumental*:
 - los procedimientos de aplicación del Derecho internacional y muy especialmente las medidas destinadas a reforzar la aplicación de los tratados internacionales y los medios de solución de controversias

En este punto conviene advertir que el presente estudio no tiene por objeto efectuar un análisis de campo relativo al papel material que estas entidades desempeñan en la resolución de conflictos, sino sobre la identificación del encaje jurídico que les corresponde en el marco del Derecho internacional relativo a la resolución de crisis y conflictos.

A tal efecto es necesario partir de la afirmación que ninguna de ellas posee capacidad decisoria formal en el transcurso de los procesos de creación y aplicación de las normas jurídicas internacionales a las que se ha aludido anteriormente. En otras palabras, no legislan, no ejecutan y no juzgan porque siguen siendo éstas esferas de competencia exclusiva del Estado y de algunas Organizaciones Internacionales. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que su presencia en el contexto internacional, aunque solo sea por el mero hecho de ejercer actividades transnacionales adscritas a ámbitos en los que confluyen intereses multidimensionales, hace que se encuentren en posición de captar la atención del Derecho internacional en forma de atribución de algunos derechos y/u obligaciones. En algunos casos será la atención de normas internacionales asociadas a las operaciones económicas, en otros atraerán normas relacionadas con los derechos humanos o incluso concernidas con la limitación de los medios y métodos de combate. De ahí que resulte pertinente afirmar que, desde la perspectiva del Derecho internacional, las tres entidades objeto de estudio constituyen actores formalmente extraños, en distinta medida influyentes y parcialmente vinculados a sus normas de tal modo que ocupan posiciones de diversa índole y naturaleza con trascendencia jurídico internacional.

En particular, en el caso de las ONG y las ETN, la doctrina contemporánea no duda en afirmar que influyen e inciden, cada vez con mayor intensidad, en los procesos de elaboración y aplicación del Derecho Internacional (8). Se trata de un papel dinamizador visible en variados ámbitos entre los que destaca la aportación de servicios de consultoría en diversos órganos principales de Naciones Unidas, su presencia y capacidad de presión en procesos negociadores de importantes tratados internacionales y por su contribución en ámbitos relacionados con la aplicación de las normas jurídicas e incluso en el marco de la solución de controversias internacionales (9).

No puede en cambio decirse lo mismo de las EMSP. En este caso es un actor cuya presencia en los conflictos armados y en el marco del uso de la fuerza ejercida más allá del Estado del cual es nacional, le ubica necesariamente en una posición de sujeto receptor de obligaciones y prohibiciones contenidas en ciertas normas de Derecho Internacional. Sin embargo carece de un papel de implicado dinámico en su desarrollo y aplicación semejante al referido en los dos casos anteriores. A mayor abundamiento las EMSP constituyen un fenómeno relativamente reciente que presenta algunos problemas jurídicos entre los que destaca la

(8) Sobre este punto destacan las monografías PEREZ-PRAT, L, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Tirant, Valencia, 2004; ABAD CASTELOS, M, *¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004; TEIJO, C *Organizaciones internacionales no gubernamentales y Derecho Internacional*, Madrid, 2005; GARCÍA RUIZ, C.R, *ONGs y Derecho Internacional: su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid 2007; y la obra colectiva dirigida por VICTORIA ABELLAN HONRUBIA y JORDI BONET PEREZ, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, JBosch, Barcelona 2008.

(9) En perspectiva de futuro, es previsible que esta dinámica se intensifique, no solo por la inercia natural de los hechos, sino también por acciones voluntariamente impulsadas por las propias Naciones Unidas. Hacia esta idea apunta el Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado del examen de las relaciones entre las Naciones Unidas con la sociedad civil «Nosotros los pueblos: la sociedad civil, las Naciones Unidas y la gobernanza global», (Doc. A/58/817), que propone incluir en la gestión de cada uno de los retos que afronta la seguridad de la humanidad (hambre, cambio climático, terrorismo ...) a la sociedad civil, al sector privado y al Estado mediante un sistema de alianzas. Vid el análisis que de este documento realiza ABAD CASTELOS, M «El pluralismo como puente hacia el multilateralismo: El Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre la Naciones Unidas la sociedad civil, de 2004». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, [http://www.reei.org/reei9/M.Abad\(reei9\).pdf](http://www.reei.org/reei9/M.Abad(reei9).pdf)

dificultad de determinar el estatuto específico que les corresponde como actor en los conflictos.

Todas estas reflexiones previas sugieren proponer un esquema de trabajo que permita respetar cada uno de estos matices y que en resumen consiste en abordar:

- En primer lugar la delimitación conceptual y el establecimiento de su naturaleza jurídica.
- En segundo lugar el papel de las ONG y ETN como actores que influyen o dinamizan los procesos de formación y aplicación del Derecho internacional relativo a la resolución de crisis relacionadas con la seguridad.
- En tercer lugar, la situación jurídica internacional de las EMSPs en tanto que actor de inciertos perfiles jurídicos e ignoto, por el momento, destino normativo.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ONG, ETN y EMPs EN DERECHO INTERNACIONAL

La Subjetividad Internacional como presupuesto para operar en el marco del derecho internacional

Tal y como advierte el profesor Pérez González, no debe confundirse la noción de *sujeto de las relaciones internacionales* con la de *sujeto de Derecho Internacional* (10). Efectivamente el amplio y polícromo escenario de las relaciones internacionales permite distinguir entre aquellos de sus protagonistas que únicamente operan en un marco estrictamente sociológico de aquellos que además operan en el marco jurídico del Derecho Internacional. Los primeros constituyen actores de una realidad material en la que se manejan, se gestionan y en ocasiones cooperan entre sí para la consecución de intereses de todo tipo mientras que, los segundos, además, ostentan en este mismo entorno un margen de maniobra y desenvolvimiento ordenado por las normas de Derecho Internacional a través de la atribución de de derechos y obligaciones, así

(10) PEREZ GONZALEZ, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. (Dir. Manuel Diez de Velasco), decimosexta edición, 2007, p. 269

Sobre los problemas que plantea y las principales corrientes que formulan la doctrina de la subjetividad internacional, vid CASANOVAS Y LA ROSA, O *Unidad y pluralismo en Derecho internacional público*. Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. Aranzadi Vol II 1998 pp 139-156.

como de la capacidad para hacerlos efectivos en los ámbitos de acción propios de este ordenamiento jurídico. De ello se infiere que todos los sujetos de derecho internacional son actores de las relaciones internacionales, pero no todos los actores de las relaciones internacionales son necesariamente sujetos de derecho internacional, porque su conformación jurídica puede originarse y desarrollarse en órdenes normativos distintos de aquel (11).

La trascendencia práctica de esta distinción se refleja, entre otras cosas, en el hecho de que solo los sujetos de Derecho internacional, gozan de capacidad para participar en el proceso decisorio que implica la creación, modificación o extinción de sus normas, o para acceder como legitimados activos o pasivos ante una jurisdicción internacional, o a reivindicar el estatuto de inmunidad frente a las jurisdicciones nacionales. En definitiva desde el punto de vista práctico, solo los sujetos de Derecho internacional pueden desenvolverse y deben acomodar su comportamiento a los límites y facultades exclusivamente determinados por dicho ordenamiento jurídico.

Tradicionalmente se ha venido considerando al Estado como único sujeto de Derecho Internacional (12); sin embargo en la actualidad tampoco se discute dicha subjetividad respecto de las Organizaciones In-

(11) Daniel García San José explica que este fenómeno en el actual contexto global como un conjunto de *fuerzas centrifugas y centripetas frente a la muralla de la subjetividad internacional* que hace que, por una parte se cuestione la tradicionalmente indiscutida subjetividad internacional del Estado y por otra se reivindique en favor de actores, a los que tradicionalmente se ha negado tal capacidad, la atribución de dicho estatuto en contraprestación al indiscutible papel que juegan en el plano sociológico del sistema. GARCIA SAN JOSÉ, D. *El Derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Tirant lo Blanc, Valencia 2008 pp 41-42.

(12) Pese a la ausencia de una definición convencionalmente acuñada relativa al concepto de Estado, es un clásico el recurso a las condiciones establecidas por la Convención sobre los derechos y deberes de los Estados adoptada por la séptima Conferencia Interamericana, Montevideo 26 diciembre 1933 en cuyo art 1 se establece que: *El Estado como persona de Derecho internacional debe reunir las condiciones siguientes: 1) población permanente; 2) territorio determinado; 3) gobierno; 4) capacidad para entrar en relaciones con otros Estados*. Vid también la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a propósito de la constatación de las referidas condiciones en supuestos de alto voltaje político, entre otros: Opinión Consultiva de 16 de octubre 1975 relativa al asunto del Sahara Occidental. *Recueil* 1975 pp 63. Por su parte al cierre de este trabajo se desconoce aun la esperada opinión consultiva de la CIJ en relación a la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo solicitada a instancias de la Asamblea General de Naciones Unidas en octubre de 2008.

ternacionales (13), y se plantean dudas en relación a otras entidades, sin duda destinatarias también de algunas normas internacionales. Entre estas entidades de subjetividad internacional discutida se encuentran los grupos beligerantes, el individuo o los movimientos de liberación nacional (14).

Por lo que respecta a los tres actores objeto de análisis, no hay duda de que en el caso de las ONG y las ETN se trata de sujetos de las relaciones internacionales porque es innegable su participación en el llamado *plano sociológico* del sistema. Por otra parte, como se verá a lo largo de este trabajo, los indicios de hecho sugieren que, cuando menos de forma tangencial y en distintas intensidades constituyen piedra de toque en el plano jurídico internacional. Más dudas en cambio se ciernen sobre las EMSP que, en mi opinión, carecen de papel relevante en las relaciones internacionales, pero en cambio su actividad provoca una evidente *vis atractiva* de alguna de las normas relativas a los conflictos armados.

(13) Ciertamente la corriente doctrinal actualmente más seguida sostiene que, a diferencia de la plenitud de subjetividad que se predica respecto de los Estados, en el caso de las OI se trata de una personalidad jurídica de alcance limitado a los objetivos definidos por sus respectivos tratados constitutivos. Vid entre otros, SEYERSTED, F «International personality of intergovernmental organisations». *The Indian JIL* 1964 n. 4, pp 233 – 268. LEWIN, A y ANJAK, F «Principes communs aux Organisations Internationales». *Juris-Classeurs de Droit international*, fasc 112, Paris 1989

Por su parte la jurisprudencia internacional se ha mantenido en esta misma línea de interpretación en diversos pronunciamientos entre los que destaca el Dictamen de la CIJ relativo a la reparación de los daños sufridos al servicio de UN de 11 de abril de 1949. *Recueil* 1949 pp 174 ss. Dictamen del TJCE 1/94 de 15 de noviembre de 1994 sobre la competencia de la Comunidad Europea para celebrar el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. *Recueil* p I-5267.

(14) En el caso de los beligerantes la controversia se plantea en relación a la aplicación del Derecho internacional humanitario. Vid ABI-SAAB, G: «Conflits rmés non internationaux» en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*. Pendone/Institut Henry Dunant/UNESCO, 1986 pp 251-277. En el caso del individuo, atañe especialmente a las consecuencias que la codificación y desarrollo del Derecho internacional de los Derechos Humanos ha generado sobre su estatuto jurídico en cuanto a receptor de normas y eventual actor en determinados mecanismos de aplicación. Vid entre la abundante bibliografía al respecto: CARRILLO SALCEDO JA: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid 1995 y MERON, T: *The Humanization of International Law*. The Hague Academy of International Law, 2006. En el caso de los movimientos de liberación nacional su eventual subjetividad ha sido objeto de discusión en el marco del principio de autodeterminación de los pueblos. Vid CAPORTORTI, F: *Estudio sobre los derechos de los pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, UN, Doc E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1

Por tal razón hay que preguntarse sobre el grado de subjetividad internacional de cada uno de estos sujetos o, lo que es lo mismo, sobre su capacidad para operar en el plano de las relaciones internacionales bajo la aplicación directa del Derecho internacional o, bien al contrario, quedando circunscritos los límites de su comportamiento a uno o varios derechos internos.

Definición y Examen de la subjetividad jurídica de las ONG, ETN y EMSP

Definición

Desde un punto de vista conceptual hay que partir de la base de que no es posible ofrecer una definición legal acuñada que permita dar una respuesta unívoca al significado de cada una de estas figuras. Por tal razón se efectuará una aproximación a cada una de ellas con carácter particular para terminar destacando los elementos que permitan establecer su respectiva naturaleza.

Por lo que respecta a las ONG, la ausencia de conceptualización legal se complica con la enorme riqueza de matices e intensidades que representan en la realidad material; riqueza acentuada sin duda por su significativa proliferación en los últimos años.

Desde el punto de vista terminológico, la expresión ONG ha suscitado no poca polémica, debido a que insinúa una connotación aparentemente contraria a lo gubernamental. En este sentido, la expresión «no gubernamental» ha sido vista por algunos como emisora de un mensaje de *segundo nivel* en el mejor de los casos o, *de enfrentamiento* a los gobiernos de los Estados en el peor. La profesora Montserrat Abad Castello analiza en profundidad esta cuestión señalando que a pesar de las numerosas iniciativas tendentes a un cambio terminológico, ninguna ha conseguido desplazar una expresión que, por otra parte goza de la virtud de mostrar la *no gubernamentalidad* también como una dimensión en la que es posible el ejercicio del poder público de modo autónomo y disociado del Estado (15).

En la búsqueda de una definición de ONG debe además tenerse en cuenta que, desde un punto de vista práctico, la gran variedad de vestiduras jurídicas en las que se estructuran, muestra un escenario de actores con características propias de una ONG pero designadas en virtud

(15) ABAD CASTELOS, M *¿una alternativa solidaria frente a la barbarie ...*, *op cit*, pp 35-42.

de términos distintos tales como asociaciones, organizaciones benéficas, fundaciones, corporaciones sin ánimo de lucro, sociedades e instituciones fiduciarias; incluso, como reconoció el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa, la denominación de una entidad particular como «pública» o «para-administrativa» no debería impedir que fuera tratada como una ONG si es un reflejo exacto de sus características esenciales (16).

Desde el punto de vista funcional el asunto es aún más complejo debido a la multitud de ámbitos en los que actúan: desde la presión e incidencia sobre las agendas políticas de los Estados hasta la propia actividad sobre el terreno prestando servicios sociales de toda naturaleza respondiendo a intereses públicos o también privados, el abanico es ciertamente amplio (17). Se trata por tanto de un fenómeno muy heterogéneo que solo parece coincidir en el hecho de su actividad transnacional y la ausencia de ánimo de lucro. De ahí que la doctrina haya optado por ofrecer nociones amplias y versátiles a través de la inclusión de sus elementos generalmente más característicos. En este sentido destaca por su amplio contenido y adaptabilidad a los más variados supuestos prácticos la definición aportada por el profesor Sobrino Heredia quien considera que las ONG son,

... aquellas asociaciones, fundaciones e instituciones privadas, fruto de la iniciativa privada o mixta con exclusión de todo acuerdo

(16) Recomendación CM/Rec(2007)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la condición jurídica de las organizaciones no gubernamentales en Europa (*Adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2007 en la 1006a reunión de los Delegados de los Ministros*).

(17) Para un desglose en profundidad de las funciones de las ONG en el ámbito internacional vid ABAD CASTELOS, M *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie ... op cit*, pp 51 a 169.

Desde la vertiente práctica, ilustra esta significativa variedad el nomenclator no oficial pero de uso habitual al que se recurre para la elaboración de las listas de ONG a las que se ha otorgado acreditación para estar presentes en conferencias diplomáticas: PINGOs (Public interest NGOs) para definir organizaciones dirigidas a la promoción de intereses públicos o asociados a áreas de interés general (Derechos Humanos, medio ambiente, desarrollo económico etc ...); las BINGOs (Business interest NGOs) en tanto que agrupaciones de empresas dirigidas a promover intereses comerciales comunes; las GONCOs (Government Organize NGOs) consistentes en agrupaciones privadas creadas por un gobierno al objeto de promover una determinada política relativa a un determinado sector, las RINGOs (Research intensive NGOs) en tanto que agrupaciones de personas o academias en el más laxo sentido de la palabra que buscan promocionar la investigación, bien sea en general, bien sea en relación da una determinada materia y por último las paradigmáticas UNCLASSIFIED que incluyen desde asociaciones de municipios hasta colegios profesionales.

intergubernamental, constituidas de manera duradera, espontánea y libre por personas privadas o públicas, físicas o jurídicas, de diferentes nacionalidades que, expresando una solidaridad transnacional, persiguen sin espíritu de lucro un objetivo de interés internacional y han sido creadas de conformidad con el derecho interno de un Estado (18).

Desde la vertiente legal la escasez conceptual es en realidad la consecuencia lógica de la ínfima atención directa que el Derecho internacional ha prestado a este fenómeno. Con carácter indirecto y discontinuo, no obstante es posible encontrar alguna norma alusiva, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no gubernamentales de 24 de abril de 1986 de conformidad con el cual las ONG son,

Las asociaciones, fundaciones y otras instituciones privadas que cumplan las condiciones siguientes: a) tener un fin no lucrativo de utilidad internacional; b) haber sido creadas por un acto relevante de Derecho interno; c) ejercer una actividad efectiva al menos en dos Estados; d) tener su sede estatutaria en el territorio de un Estado parte y su sede real sobre el territorio de ese o de otro estado parte».

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

- 1. A los efectos de esta Recomendación, Las ONG son entidades u organizaciones voluntarias autorreglamentadas, establecidas para lograr los objetivos esencialmente no lucrativos de sus miembros o fundadores. No incluyen partidos políticos.*
- 2. Las ONG abarcan entidades u organizaciones establecidas tanto por particulares (personas físicas o jurídicas) como por grupos de particulares. Pueden estar basadas o no basadas en la afiliación.*
- 3. Las ONG pueden ser entidades u organizaciones informales, o entidades u organizaciones con personalidad jurídica.*
- 4. Las ONG pueden ser nacionales o internacionales en su composición y ámbito de operación.*

(18) SOBRINO HEREDIA, JM «La determinación de la personalidad jurídica de las ONGs: contribución del Consejo de Europa» *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, Vol. 42, nº 1 p. 102. En línea similar a esta noción la Resolución de Bath del Insitut de Droit International 1950, *Annuaire del IDI* 1950

5. *Las ONG suelen gozar del derecho a la libertad de expresión y de todos los demás derechos y libertades garantizados en los planos regional y universal aplicables a las mismas.*
6. *Las ONG no deberían estar bajo la dirección de las autoridades públicas.*
7. *Las ONG con personalidad jurídica deberían tener las mismas capacidades que aquellas de las que gozan otras personas jurídicas, y deberían estar sujetas a las obligaciones y sanciones impuestas por el derecho administrativo, civil y penal aplicables generalmente a dichas personas jurídicas.*
8. *El marco jurídico y fiscal aplicable a las ONG debería alentar su establecimiento y dirección continua.*
9. *Las ONG no deberían distribuir ningún beneficio que pudiera provenir de las actividades de sus miembros o fundadores, pero pueden utilizarlos para la consecución de sus objetivos.*
10. *Los actos u omisiones de las autoridades públicas que afecten a una ONG deberían ser objeto de una revisión administrativa, y la ONG debería poder entablar acciones judiciales por dichos actos u omisiones ante un tribunal independiente e imparcial dotado de plena jurisdicción.*

En definitiva, de los textos vigentes y del análisis doctrinal se desprende que, pese a la multiplicidad práctica que impera en el mundo de las ONG, no obstante es posible extraer elementos que constituyen el común denominador a todas ellas y que en esencia se describen en la *ausencia de ánimo de lucro* tanto en relación a sus objetivos como en relación al ejercicio de sus actividades; la *transnacionalidad de su actividad* en el sentido de que se desarrolla en el territorio de más de un Estado; su *sujeción al derecho interno* del Estado que corresponda, bien sea el del Estado de constitución, bien sea el correspondiente a el o los Estados donde despliegan su actividad; la *naturaleza particular de sus miembros* en el sentido que están compuestas por personas físicas, jurídicas o grupos de personas (19); y su *no dependencia*, cuando menos formal, de la dirección de autoridad pública alguna (20).

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

(20) Ciertamente y al hilo de la circunstancia referenciada en la nota anterior se ha llamado la atención sobre el impacto que la *ayuda pública* ha supuesto sobre este rasgo de independencia de las autoridades públicas. ABAD CASTELOS, M *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie?... op cit*, p. 49

En cuanto a las Empresas Transnacionales, la idea de base consiste en reconocer que la organización, planificación y ejecución de la producción de bienes o servicios en que consiste una actividad empresarial puede ser realizada desde un planteamiento transfronterizo o estrictamente nacional. Sea la financiación, sea la producción del bien o servicio o sea su distribución y comercialización, todos son aspectos que pueden decidirse a partir de parámetros de realización estrictamente nacionales o, con mayor o menor amplitud, optar por una perspectiva transfronteriza de ejecución. Optar por la transfronterización implica apostar por ubicar alguna o algunas de estas dimensiones propias de la actividad empresarial más allá del territorio del Estado del cual es nacional la empresa en cuestión. De todo ello se infiere que la actividad empresarial transfronteriza presenta en la práctica un amplio abanico de supuestos y grados de complejidad, no todos directamente relacionados con el objeto de este estudio por cuanto no todos trascienden al marco de las crisis y conflictos relacionados con la seguridad. En este orden de ideas el interés del análisis debe centrarse en aquella actividad empresarial con un alcance suficientemente potente para situar a la entidad como potencial actor en las relaciones internacionales.

Desde el punto de vista terminológico hay que advertir de la ausencia de una expresión de uso exclusivo. En este sentido, así como la OIT tiende a la utilización del término empresa *multinacional*, la doctrina se inclina por seguir esa misma terminología (21) o bien recurrir al de *corporación transnacional* (22) o al de *Empresa Transnacional* (23) (de uso preferente también a lo largo de este trabajo).

Desde el punto de vista conceptual el problema es análogo al de las ONG dado que tampoco es posible recurrir a un concepto legalmente acuñado en el Derecho Internacional (24). Sobre este punto y siguiendo al profesor Jordi Bonet es posible considerar a la ETN como aquella,

(21) MUCHLINSKI, PT *Multinacional Enterprises*. Blackwell Publishers, Oxford, 1995.

(22) PÉREZ PRAT, L, *Sociedad civil ... op cit*, pp. 92 y ss.

(23) BONET, J, «Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las Empresas transnacionales» en *La mundialización... op cit*, p. 138.

(24) No parece que la tendencia sea hacia la futura codificación de un concepto jurídico internacional que las defina, sino todo lo contrario. Véase en este sentido la evolución seguida por la *Declaración tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la política social*, adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en sus ediciones de 1977, 1991 y 2001 para detectar que la propia OIT procede a una reduc-

...empresa mercantil con ánimo de lucro que constituye una estructura organizativa societaria presente en una pluralidad de Estados en torno a una sociedad matriz (25).

De ello se desprende su sometimiento a regímenes jurídicos nacionales, tanto en lo que respecta a las normas que rigen su constitución y funcionamiento como a las normas que rigen el desarrollo de su actividad transfronteriza. Del mismo modo, se encuentran sujetas a la jurisdicción nacional y al derecho aplicable que corresponda de conformidad con las normas de derecho internacional privado respecto a eventuales divergencias en las que pudieran verse inmersos por su propia actividad económica.

Ciertamente, se ha señalado que la propia evolución de las ETN ha dado paso a unas estructuras organizativas mucho más complejas que la tradicional jerarquización vertical del trabajo, para pasar a diseños mucho más flexibles en los impera la transversalidad y la horizontalidad modular del trabajo (26). Sea como fuere no obstante interesa aquí destacar el elemento mercantil, privado y su presencia en una pluralidad de Estados.

Capítulo aparte merecen las EMSP en tanto que posible subtipo de las ETN pero cuyas funciones y servicios ofertados hace que su estudio en el objeto de este trabajo sea especialmente sensible. Como ha ocurrido en los casos anteriores, tampoco en éste es posible recurrir a una noción legal específicamente descrita en los instrumentos internacionales vigentes. Por tal razón hay que advertir que el uso del término EMSP (*Private Military and Security Companies*) tampoco responde a una imposición derivada del Derecho vigente sino al término de uso más frecuente entre la doctrina y las instituciones internacionales que han prestado atención a esta realidad (27).

ción cada vez más simplificada del concepto de empresa multinacional advirtiendo siempre de lo *innecesario de una definición jurídica precisa*. Punto 6 edición 2001.

(25) BONET PÉREZ, J *La incidencia ... op cit*, p. 138.

(26) FARIA, JE. *El derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid 2001 p 108.

(27) En más de una ocasión he manifestado mi disconformidad con el uso del término *militar* para identificar una actividad privada marcada por el ánimo de lucro como prioridad que nada tiene que ver con la prioridad de servicio público al Estado que encierra aquella noción. Vid, «Contextualización de las EMP/ESP en el marco del DIH», en *Privatización del uso de la fuerza: política y derecho ante el fenómeno de las EMSPs* (Dir. Helena Torroja Mateu). Bosch Editores, 2009.

La ausencia de un concepto legal plantea de nuevo el problema de una acotación unívoca que permita describir este fenómeno. En un sentido amplio las EMSPs son, empresas privadas, legalmente constituidas en el marco de la legislación interna de un Estado que proveen servicios de asistencia, asesoría y seguridad armada, bien como alternativa o bien como complemento a las fuerzas armadas regulares del Estado que las contrata, en el escenario de una situación de conflicto armado.

En un sentido más específico y habida cuenta de la compleja y variada realidad funcional que presentan este tipo de empresas, se tiende a distinguir entre las Empresas de Seguridad Privada (ESP) y las Empresas Militares Privadas (EMP) para referirse: en el primer caso a aquellas cuya función se circunscribe a la protección de personas, edificios, instalaciones y obras de reconstrucción amenazados por el hecho de encontrarse en el área donde se desarrolla un conflicto armado; y en el segundo a aquellas cuya actividad consiste en ofrecer servicios directamente vinculados al uso de la fuerza en el marco de las hostilidades (28).

No obstante esta distinción funcional basada en el plano defensivo u ofensivo de la actividad, a los efectos de este estudio se va a considerar incluidos todos ellos dado que presentan ciertas características comunes que así lo aconsejan. En particular, por una parte y como entidades privadas que son, todas ellas se encuentran sometidas al derecho y a la jurisdicción interna del Estado y, por otra el hecho de su carácter armado y disposición a recurrir al uso de la fuerza en el entorno de un conflicto armado implica, en todos los casos, su vinculación también a ciertas normas de Derecho internacional.

Del examen conjunto de las tres entidades se desprenden ciertos elementos que constituyen común denominador que nos permitirán establecer la naturaleza jurídica que les corresponde desde la perspectiva del Derecho internacional:

- Origen y composición de naturaleza privada.
- Estabilidad y vocación de permanencia, lo que excluye a las agrupaciones temporales pensadas para acometer finalidades de ejecución a corto plazo.
- Constitución de conformidad con derecho interno de un Estado.

(28) Sobre las funciones y características materiales de las EMSPs vid el exhaustivo trabajo presentado por del Tcol Mario Laborie en este mismo *Cuaderno*. Así mismo, vid, PFANNER, T. Editorial de presentación de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 863, septiembre 2006.

- Actividad desarrollada más allá de las fronteras del Estado de cual son nacionales, o en el cual se han constituido, bien sea en expresión de una *solidaridad transnacional* (29), persiguiendo un interés lícito de carácter colectivo (30) o bien sea en interés de la obtención del máximo de beneficio posible (31).

Naturaleza jurídica

De los elementos descritos anteriormente parece no haber lugar a dudas que las tres entidades constituyen sujetos de Derecho interno, en particular de Derecho privado y que por tanto no es posible reconocer en su favor la capacidad para ser titular de derechos, obligaciones y responsabilidades internacionales que es propia de un sujeto de Derecho Internacional.

No obstante algunos indicios pueden suscitar dudas en torno a esta afirmación. Como se verá más adelante un buen número de ONG y ETN ostentan estatutos de observadores y consultores en organizaciones internacionales, y las EMSPs se encuentran sometidas a la obligación de respetar el principio de distinción entre bienes y personas civiles de los objetivos militares que es propia del Derecho internacional humanitario. Ciertamente, hay que reconocer que algunos campos del Derecho internacional se filtran en la esfera jurídica de estos actores no estatales, pero ello no quiere decir que su funcionamiento dependa del Derecho internacional; bien al contrario su estatuto jurídico se encontrará definido por el ordenamiento interno que resulte del vínculo nacionalidad con un Estado.

En el caso de las ONG, y hecha abstracción del caso específico del CICR, es mayoritaria la doctrina al considerar la ausencia de subjetividad internacional y por tanto su no sujeción al Derecho internacional (32). Ciertamente, como ya se ha apuntado, su estatuto jurídico viene

(29) *Ibidem*

(30) TEIJO GARCÍA C «ONG Internacionales, conflictos armados ... *op cit*, p. 44

(31) BONET, PÉREZ J *La incidencia de la mundialización...*, *op cit*, p. 139.

(32) En relación al CICR ciertamente no cabe incorporarla en el mismo orden de reflexión de las ONG pese a su naturaleza originariamente privada, ya que presenta unas peculiaridades que le hacen ostentar una posición *sui generis* en el plano jurídico internacional., entre las cuales destaca el ser sujeto de cometidos internacionales atribuidos por Tratados internacionales o una condición jurídica internacional reconocida en diversos acuerdos de naturaleza diplomática. Al respecto vid entre otros muchos GABOR, R. « El privilegio del CICR de no testificar: la confidencialidad en la acción». *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 845 / 2002. En línea <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5tdqmk>

determinado por el ordenamiento jurídico interno del Estado que corresponda. Dicho en otros términos, salvo puntuales alusiones legales como es el caso del citado Convenio del Consejo de Europa, el Derecho internacional ignora atribuir derechos u obligaciones directas a las ONG asumiendo que se trata de un ámbito que recae en los ordenamientos nacionales (33). No sin razón algún autor ha apuntado que de ello se desprende una importante disfunción entre las intensas funciones que desempeñan las ONG en el ámbito internacional, incluso en la propia esfera de desarrollo normativo del Derecho Internacional, y por contra la escasa atención normativa que reciben del sistema (34).

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que la subjetividad internacional no depende de quantum de derechos y obligaciones que recaen sobre la esfera jurídica del sujeto. Tampoco depende del mero hecho que se ostenten o no. Por ejemplo, es incuestionable la titularidad de un buen número de derechos fundamentales recogidos por el Derecho internacional que corresponden al individuo en particular, pero no por ello hay que considerarlo sujeto de derecho internacional. En este sentido, como indica el profesor Julio Barberís la subjetividad internacional impone el ser titular *de modo directo y efectivo de un derecho o una obligación del orden internacional*. Por tal razón, aun cuando sobre a esfera jurídica de las ONG y ETN pudiera discutirse la atribución de ciertas facultades y en el caso de las EMSP la imposición de ciertas obligaciones derivadas del Derecho internacional, no obstante, no se aprecia *efectividad* en el orden internacional ya que aquella dependerá de la jurisdicción interna del Estado con quien mantengan el vínculo jurídico correspondiente. Por otra parte, tampoco se aprecia *titularidad directa* dado que ésta deviene del hecho que aquel derecho u obligación es el resultado de procesos en los que no participaron, sino que fueron los Estados vía compromisos voluntarios o la propia dinámica de los hechos vía prác-

(33) Hay que advertir que el aludido Convenio del Consejo de Europa no establece ni mucho menos la personalidad internacional de las ONG sino que se limita a reconocer, en todos los Estados que sean parte en el mismo, la personalidad jurídica y las capacidades obtenidas por una ONG en otro Estado parte.

(34) PONS RAFOLS, X *La incidencia de la mundialización .. op cit*, p. 58. Por su parte. La profesora Abad Castelos aboga por un reconocimiento progresivo de la personalidad jurídica de las ONG fruto de *la necesidad de perseguir una mayor adecuación entre los hechos y el Derecho*. ABAD CASTELOS, M *¿una alternativa solidaria frente a la barbarie?... op cit*, p. 250.

ticas generalmente aceptadas como derecho los que generaron su nacimiento a la vida jurídica (35).

De todo ello se concluye que las ONG, ETN y EMSP son sujetos de derecho privado, sometidas al derecho y a la jurisdicción interna del Estado del cual son nacionales y en su caso al derecho y jurisdicción nacional llamada a ser aplicada en razón al lugar en el que desempeñen una determinada actividad. El reconocimiento por el Derecho internacional de ciertas facultades a los actores no estatales, incluso en algún caso la imposición de obligaciones y prohibiciones, no es suficiente para deducir su sujeción al ordenamiento jurídico internacional porque la capacidad para ejercerlas sigue dependiendo del Estado como garante de su eficacia.

EL PAPEL LAS ONG Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES COMO DINAMIZADORAS DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVO A LOS CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA SEGURIDAD

Ya hemos referido en diversas ocasiones el influjo que indudablemente ejercen estas entidades en el plano de las relaciones internacionales.

En el caso concreto de las ONG, la profesora Abad Castelos distingue cuatro categorías de funciones que las hacen especialmente visibles en la esfera material: en primer lugar señala las funciones de *asesoramiento, información y educación* especialmente encaminadas hacia la sensibilización difusión de cuestiones relacionadas con valores colectivos como es el caso de los Derechos Humanos, el medio ambiente o la paz. En segundo lugar, las *tareas de vigilancia* de los Estados u otros actores internacionales concernidos en relación al respeto del Derecho internacional relativo, especialmente, a las materias referidas anteriormente y, como correlativo alcanza también al ejercicio de funciones de *denuncia pública* respecto de situaciones de todo tipo afectas a la conculcación de derechos o violación de obligaciones relacionadas con dichas materias. En tercer lugar y como consecuencia de la conjunción de las anteriores funciones, las ONG ostentan una notable capacidad de *presión* sobre la actuación de los Estados en estos campos, hasta tal punto que éstos

(35) De ahí que, como sostiene el profesor Jordi Bonet, la titularidad de derechos y obligaciones conforme al Derecho internacional, aun cuando pueda constituir un indicador relevante no es *per se* suficiente para catalogarlas como sujetos de Derecho internacional. *La incidencia de la mundialización ... op cit*, p. 144.

a menudo miden su agenda política de acuerdo con la posición de aquellas entendiendo que, a la postre, se trata de un reflejo directo de un importante sector de la opinión pública y de la conciencia colectiva. En cuarto lugar no hay que olvidar por supuesto la propia *actuación sobre el terreno* que se verifica en un amplio abanico de actividades operacionales (36).

Salvando las distancias, especialmente en relación a los objetivos y áreas donde se encamina su acción, algo parecido ocurre con las ETN. Su influencia en el plano de las relaciones internacionales, aunque quizás con menor repercusión mediática, no obstante es también muy llamativa en relación a su capacidad de presión sobre las posiciones y decisiones que adoptan los Estados en el entorno de una economía mundial cada vez más interdependiente e integrada (37).

Sea como fuere lo cierto es que las dos entidades ostentan un papel en el proceso de creación de normas jurídicas internacionales por una parte, y en los mecanismos encaminados a reforzar su aplicación y, en su caso a garantizar su cumplimiento por otra. Este mismo esquema de análisis se seguirá a continuación, no sin antes recordar que la contribución de las ONG y las ETN en el Derecho internacional relativo a los conflictos relacionados con la seguridad es en todo caso de *partícipe indirecto* dado que, carecen de la subjetividad jurídica internacional necesaria para ello (38).

Contribución de las ONG y las ETN en la formación y desarrollo del derecho internacional

Como es bien sabido, la formación del Derecho internacional se estructura a partir de un conjunto de mecanismos, o fuentes formales, entre las que se encuentra el tratado internacional, la costumbre, los principios generales del derecho y los llamados actos normativos externos de las Organizaciones internacionales (39).

(36) ABAD CASTELOS, M: *¿una alternativa solidaria frente a la barbarie ... op cit*, pp 51 ss.

(37) BONET PEREZ, J *La incidencia de ... op cit*, p. 135.

(38) PÉREZ PRAT, L. *La incidencia de la mundialización .. op cit*, p 26.

(39) En relación a estos últimos, constituyen el reflejo de la denominada *competencia normativa externa de la Organización internacional* en virtud de la cual dicta normas con eficacia ad extra del propio ordenamiento jurídico de la Organización y cuyos destinatarios son principalmente los Estados miembros, aunque excepcionalmente pueden ser también terceros Estados e incluso particulares. Vid. DIEZ DE VELASCO,

En relación al tema que nos ocupa, la influencia de los actores no estatales es especialmente perceptible en el proceso de formación y conclusión de tratados internacionales y, aunque en menor medida, en la adopción de actos normativos externos de las Organizaciones Internacionales, relativos a materias afines al interés representado por la actividad que desempeña el actor en cuestión (40). Dicha influencia es particularmente visible en dos momentos concretos: en un primer momento, anterior al propio proceso de conclusión, asumiendo un cierto rol impulsor o promotor de la iniciativa dirigida a la final incorporación de ese *lege ferenda* como objetivo específico en las agendas exteriores de los Estados y, en un segundo momento coincidente con el mismo proceso de la gestación normativa, asumiendo un cierto rol dinamizador de contenidos susceptibles de verse finalmente incorporados en su resultado final (41).

En relación al *momento anterior al propio proceso de gestación, o preludio normativo* (42), dicho rol suele instrumentalizarse de modo distinto en función de si se trata de una ONG o una ETN. Efectivamente, la práctica demuestra que las ONG tienden canalizar a sus estrategias de promoción a través de campañas de sensibilización con el objetivo, no solo de llegar a los Estados concernidos, sino también a la opinión pública. De este modo las ONG desempeñan un doble papel; por una parte de presión hacia los Estados y por otra de labor pedagógica y de difusión hacia la opinión pública que busca, en última instancia, revertir en un incremento de la conciencia social sobre la necesidad de dar respuesta reglamentaria a una determinada materia, y que puede llegar a traducirse en la reivindicación final a los gobiernos para que actúen mediante la asunción de compromisos internacionales.

Sobre este efecto espiral, en el que se revela como factor esencial para el buen fin de la campaña obtener la complicidad de los medios de

M. *Instituciones de Derecho internacional público*. Tecnos decimosexta edición 2007. Capítulo VIII redactado por SOBRINO HEREDIA, JM, pp 232-235.

(40) En otro orden, para una aproximación a la contribución de los actores no estatales al proceso consuetudinario de creación normativa vid. ABAD CASTELO, M, *¿Una alternativa*, *op cit*, pp 274-276.

(41) La profesora Carmen García Ruiz define esta doble vertiente como impulsoras del establecimiento de una regulación sobre una determinada materia, por una parte y como participantes en el proceso de negociación, ejerciendo su influencia en el contenido final de las normas, por otra. Vid CARCÍA RUIZ, CR. *ONGs y Derecho Internacional*, *op cit*, pp 65 y ss.

(42) Como lo identifica la Profesora Abad Castelo ABAD CASTELO, M, *¿Una alternativa solidaria ...? op cit*, pp 270.

comunicación, Internet y de las redes sociales, destacan a efectos ilustrativos las campañas desarrolladas por la coalición de ONG International Campaign to Ban Landmines (ICBL) para la erradicación de las minas antipersonal; por Save de Children para la protección de los derechos de niño; de Amnistía Internacional (AI) en pro de la prohibición de la tortura o de la Coalition for the International Criminal Court (ICCNOW) para la constitución de una Corte Penal Internacional (43). En todos estos casos, las ONG mencionadas contribuyeron a destilar la esencia del problema de origen, haciéndolo comprensible para el público en general y haciéndolo visible para los gobiernos.

En este punto es necesario advertir que no todas las campañas de sensibilización se dirigen, como las mencionadas anteriormente, a un público global en aras a una respuesta global. En algunos casos, como el que ejemplifica la Comisión Internacional de Juristas, la difusión relativa a la promoción del Estado de Derecho, al respeto de los Derechos humanos y a la erradicación de la arbitrariedad por los Estados en la lucha contra el terrorismo, se canaliza por cauces técnico jurídicos de alto nivel a través de informes y análisis que, justamente por ello, son considerados como referencia y advertencia para los Estados y las Organizaciones Internacionales. Dichos informes son a menudo incorporados por autoridades públicas estatales e institucionales como parte de su guía de trabajo, incluido la eventual conclusión de acuerdos internacionales relativos a la lucha contra el terrorismo (44).

En el caso de las ETN en cambio, la preferencia parece decantarse hacia el diseño de estrategias de posicionamiento dirigidas a provocar el mayor acercamiento posible a los ámbitos decisorios del Estado. En este sentido entre las estrategias más comunes destacan la creación de *lobbies* y el apoyo a «Think Tanks» (45).

(43) Excede de este trabajo la descripción específica de cada una de estas campañas que, en su caso, puede revisarse en sus respectivos portales: <http://www.icbl.org/index.php/icbl/Campaigns>; <http://www.savethechildren.org/campaigns>; <http://www.amnesty.org/en/campaigns>; <http://www.iccnnow.org/?mod=issues&lang=en>

(44) Información exhaustiva sobre el trabajo que desempeña esta ONG desde 1952 puede encontrarse en www.icj.org, especialmente vid el Programa *Global Security & Rule of Law*.

(45) Aunque tampoco es raro que a título individual un empresario se ubique en el centro neurálgico de un futuro proceso de dinamización jurídica de alto calado. En este sentido llama la atención el nombramiento de Jeroen van der Veer, ex director general de la multinacional Royal Dutch Shell (parece que a instancias del mismo Secretario General de la OTAN) como vicepresidente del Grupo de Expertos encargado de

En relación al primer supuesto y siguiendo a la RAE en su definición, se trata de la existencia de grupos de personas influyentes organizados para presionar en favor de determinados intereses. En el caso específico de las ETN son muy habituales las agrupaciones empresariales dirigidas a promover y proteger intereses específicos frente al poder público.

En relación al segundo supuesto, ciertamente más sutil en cuanto a la visibilidad de las empresas partícipes, no es sin embargo difícil intuir su influencia más o menos intensa en algunos de estos laboratorios o *tanques* de ideas, especialmente en EEUU y progresivamente desde hace ya algunos años también en Europa. Como es bien sabido los «Think Tank» se originaron en EEUU en el entorno de instituciones académicas y empresas con el objetivo de elaborar análisis y proponer ideas con consistencia suficiente para poder influir en los gobiernos y en la opinión pública. Pese a que desde el punto de vista estatutario a menudo se declaran como entidades cuyo trabajo se desarrolla de forma independiente (aunque no neutral) de aquellos que los patrocinan, a nadie escapa que la ubicación de las ETN en el background de uno u otro Think Tank constituye una decisión estratégica esencial (46).

En relación al *mismo proceso de gestación*, en tanto que impulsora de contenidos normativos concretos, el papel de los actores no estatales se verifica a su vez en una doble dimensión; por una parte en la dimensión formal o relativa al modo en cómo se instrumentaliza su imbricación en la estructura institucional que va a dar lugar al proceso de creación normativa en cuestión y, por otra parte en la dimensión sustantiva o relativa al nivel de influencia real reflejado en el contenido dispositivo de la norma resultante de dicho proceso.

Respecto a la primera dimensión, con carácter previo hay que advertir que la presencia de ONG en las conferencias internacionales relativas

elaborar las bases que servirán de fundamento para la adopción por la OTAN de un nuevo concepto estratégico.

(46) Vid el análisis realizado por Marta Tello Beneitez sobre el origen, evolución e influencia y clasificación de los Thing Tanks. TELLO BENEITEZ, M *Guía de Think Tanks en España*. Fundación ciudadanía y valores. En línea en <http://www.funciva.org/publicaciones/think-tanks.pdf>. También CARPENTIER-TANGUY, XAVIER. «Influences et innovations politiques : les think tanks (perspective historique)», Revue en ligne d'Études Européennes, <http://www.cees-europe.fr/fr/etudes/revue9/r9a12.pdf> BO-SOER, FABIAN «La influencia de los Think Tanks en la ciberdemocracia» en línea en <http://spanish.safe-democracy.org/2008/02/04/la-influencia-de-los-think-tanks-en-la-ciberdemocracia/>

a la negociación de tratados multilaterales es sustancialmente superior a la del sector privado (47). Ciertamente la profusión de acreditaciones correspondientes a ONG, especialmente en relación al proceso de conclusión de tratados multilaterales relativos a las materias objeto de observación en este trabajo, es significativamente más llamativa que en el caso de las ETN. Esto se debe en gran medida al fenómeno de incremento del interés que, especialmente desde la década de los 90, grupos representativos de la sociedad civil han demostrado por implicarse y participar del modo más intenso posible en los procesos de asunción de compromisos internacionales por los Estados en materias de alto calado social.

Por lo que se refiere a la forma en la que se instrumentaliza dicha participación, lo más habitual es que responda a algún patrón de invitación expresamente cursada por la Organización Internacional que auspicia la convocatoria de la conferencia de que se trate. Sobre este punto, no existe un modelo ni un criterio único de invitación sino que, en la medida que las ONG no cuentan con un estatuto jurídico internacional específico su engarce en este proceso puede responder a modelos muy variados, siendo uno de los más reglamentados el que atañe a las conferencias internacionales relativas a la negociación de tratados auspiciados por Naciones Unidas en el seno del Consejo Económico y social, lo que se traduce en una potencialidad de participación de más de tres mil actores ONG con estatuto consultivo (48).

En cuanto a las formas que específicamente adopta esta participación, tampoco existe un modelo único pero dada la extensa práctica al respecto es posible, siguiendo a Charnovitz en el caso de las ONG, distinguir varios supuestos generales (49): un primer caso consiste en que miembros individuales de ONG sean incluidos en delegaciones gubernamentales con la función de asesorar al Estado sin libertad para participar en las negociaciones o en delegaciones nacionales representando a la ONG y por tanto con libertad para posicionarse en nombre de ésta; un segundo caso como delegados de las ONG que acuden a instancias de la invitación efectuada por la Organización internacional que convoca

(47) PÉREZ PRAT, L *La incidencia de*, *op cit*, p. 26.

(48) El fundamento jurídico para este modelo arranca del art. 71 de la Carta de Naciones Unidas que dispone que *el Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo (...)*. Vid Doc .E/1996/96 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Resolución 1996/33.

(49) Citado por la ABAD CASTELOS, M *¿Una alternativa solidaria ... op, cit* p. 277.

para que participen, y en tercer lugar como Delegados de las ONG en el Comité Preparatorio de una Conferencia Internacional (50). En otro orden destaca también la práctica de las coaliciones de ONG como mecanismo que permite paliar el riesgo de inoperancia derivado de la gran cantidad de participantes al que se ha hecho referencia anteriormente. En este punto conviene recordar de nuevo que en todo caso se trata de una *participación indirecta*, o como reitera el Consejo Económico y Social, la participación activa de las ONG, sea en una conferencia intergubernamental, sea en el proceso preparatorio de la misma, *no entrañará funciones de negociación* (51).

Respecto al nivel real de influencia que los actores no estatales objeto de estudio ejercen sobre el contenido final de la norma jurídica internacional, con carácter previo hay que advertir la dificultad de prueba que entraña evaluar esta cuestión (52). ¿Hasta qué punto es posible demostrar si una u otra disposición contenida en un tratado es fruto de la iniciativa y presión directa de una ONG o una ETN, cuando su terreno natural de *convencimiento* es justamente el cauce informal, las conversaciones *ad hoc* y *ad extra* al propio recinto institucional y de las que obviamente no es posible obtener soporte documental de prueba?

La aproximación a esta materia ha sido analizada por la doctrina principalmente a través de la observación, caso por caso, de los indicios reflejados en el proceso de gestación normativa. Por lo que se refiere al desarrollo de las normas cuyo ámbito material afecta al objeto de este estudio, es posible deducir que con carácter general existe una significativa correlación entre el nivel de participación de los actores no estatales acreditado en el proceso de negociación de la norma, con el nivel de influencia conseguida en su contenido sustantivo final. Por razones de espacio no es posible enumerar los muchos supuestos que ilustran esta realidad por lo que a título ejemplificativo se señalan los siguientes:

En primer lugar, destaca el papel que juega el CICR, una de cuyas funciones estriba en perfeccionar el Derecho internacional humanitario y de las que la propia Asamblea General de Naciones Unidas se hizo

(50) Véase en este caso el ingente trabajo desarrollado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en los trabajos preparatorios de la Conferencia diplomática de 1977 para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

(51) Vid Doc. E/1996/96 Consejo Económico y Social. Resolución 1996/31.

(52) La doctrina se ha hecho eco de esta dificultad en diversas ocasiones. PÉREZ PRAT, L: *Incidencia de la mundialización ...op cit*, p. 26

eco en 1990 para otorgar en su favor el estatuto de observadora (53). Sobre esta base el CICR se ha hecho cargo no solo de la organización y consultas previas, sino especialmente de las fases de preparación de borradores de las conferencias diplomáticas que han dado lugar a la conclusión de los tratados que hoy conforman este régimen internacional dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados. En particular, su labor en los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática para la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario celebrada en Ginebra entre 1974 y 1977 fue determinante para evitar el debilitamiento de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a la par que para dar contenido a sus Protocolos Adicionales de 1977 (54).

En segundo lugar y en el ámbito del Derecho Internacional del desarme, son muchos los ejemplos que cabría mencionar, pero de entre ellos destaca por haber provocado lo que algunos llaman una *nueva diplomacia multilateral*, el papel desempeñado por la coalición Internacional Campaign to Ban Landmines en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997, ya que, no sólo generó la conciencia necesaria para que los Estados se aviniesen a considerar la negociación de un futuro tratado relativo a las minas antipersonal en 1993, mediante las campañas referidas anteriormente, estimulando el proceso mediante el auspicio de las Conferencias Diplomáticas que culminaron con la conclusión del tratado, sino que además, promovieron una parte de su contenido sustantivo hacia la prohibición total de este tipo de arma (55).

(53) Dice la AG textualmente en su Resolución de 16 de octubre de 1990 «*Asimismo, el CICR y las Naciones Unidas han cooperado estrechamente en asuntos jurídicos, y el CICR contribuye a la labor de las Naciones Unidas en esa esfera. Esta relación también se refleja en resoluciones del Consejo de Seguridad, y de la Asamblea General y sus órganos subsidiarios, así como en informes del Secretario General*».

(54) Para una observación detallada sobre la influencia real del CICR en los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 vid, especialmente la Introducción General, del *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Plaza & Janes editores Colombia, enero 2001. PICTET, J (Presidente Comité de lectura).

(55) En este sentido consiguieron convencer a Estados inicialmente reacios a la prohibición total como el Reino Unido. Para un análisis más detallado de la contribución de las ONG en materia de desarme vid. ABAD CASTELOS, M *¿una alternativa solidaria ...*, *op cit.*, pp 284-296.

Por lo que se refiere a las ETN su influencia en el contenido final de Derecho internacional relativo a las materias que nos ocupa puede venir dada a través de una vía *indirecta* y otra *directa* (56).

La vía indirecta proviene de la práctica que las empresas con proyección transnacional vienen desarrollando desde hace años, de los llamados *códigos de conducta* consistentes en la adopción de compromisos dirigidos a respetar en el ejercicio de la conducta empresarial ciertos estándares en materia de Derechos Humanos, laborales, de medio ambiente y buena gobernanza. Se trata de compromisos que, pese a carecer de valor jurídico vinculante, no obstante están dotados de un potencial de incidencia indirecta en el incremento del cumplimiento de las obligaciones internacionales que corresponden a los Estados en dichas materias nada desdeñable. Ciertamente la dimensión transnacional en la que operan estas empresas, a menudo extendida en todo el planeta, hace que estos códigos de conducta puedan llegar a revertir en una mejora de los estándares mínimos de derechos humanos, laborales y medioambientales en Estados con estructuras institucionales de corte dictatorial o débiles, donde se localiza parte de la cadena de producción de la empresa (57).

Con carácter directo también es posible observar la presencia de ETN en procesos de gestación normativos, especialmente convencionales, derivados de su presencia en los escenarios donde se produce. Como señala el profesor Bonet se trata de una presencia de naturaleza consultiva, con diferente gradación de facultades en función de la voluntad determinada por los Estados o la Organización Internacional convocante, pero en cualquier caso, carente de capacidad decisoria alguna sobre la elaboración del instrumento (58). Al mismo tiempo se trata de

(56) Siguiendo en este punto al profesor Bonet. BONET PEREZ, J *La incidencia ...*, op cit, pp 149 y ss.

(57) Piénsese por ejemplo en el caso del trabajo infantil, la esclavitud o el vertido de residuos altamente contaminantes. GARCÍA SAN JOSE, D *El Derecho Internacional ...* p. 53.

Vid también la iniciativa del Secretario General de Naciones Unidas relativa al *Pacto Mundial*, uno de cuyos objetivos es conseguir el compromiso de las ETN en responsabilidad social por medio de la implantación de diez principios basados en Derechos Humanos, medioambientales, laborales y de lucha contra la corrupción. <http://www.pactomundial.org/>

(58) Esto es así excepto en el caso excepcional de la OIT donde patronal (empleadores) y trabajadores, actuando en calidad de delegados no gubernamentales de cada Estado miembro, gozan de derecho de voto directo e individual para la adopción de ciertos actos normativos. vid, art. 4.1 en concordancia con art. 3.1 de la Constitución de la OIT.

una presencia dotada de la lógica de la *representatividad* en la medida que como regla general su participación en el proceso se organiza a través de asociaciones profesionales o empresariales, mucho más operativas para defender los intereses corporativos de cada sector que si lo hicieran sus componentes a título individual (59). A título ilustrativo, destaca la presencia de las ETN en la OMC; ciertamente se trata de una presencia generalmente articulada a través de formulas colectivas tipo BINGO, cámara de comercio, federaciones de industrias etc., pero en cualquier caso de notable influencia en los acuerdos multilaterales auspiciados por esta organización, entre los que merece especial mención, en relación a la Ronda Uruguay, el Acuerdo de Propiedad Intelectual y el acuerdo sobre Comercio de Servicios, y en relación a la Ronda Doha el preciso hecho de la enorme dificultad para llevar a buen fin las negociaciones relativas a acuerdos en sectores clave para la seguridad, como son los servicios públicos, especialmente relacionados con el agua (60).

Contribución de las ONG y ETN en la aplicación del derecho internacional relativo a los conflictos relacionados con la seguridad

La aplicación del Derecho Internacional ha sido definida como aquella *operación consistente en dar efecto a una regla de derecho, a un tratado, a una disposición de aquél, a una decisión, sea de una forma general o sea en un determinado caso concreto* (61).

La aplicación del Derecho Internacional, por tanto comprende un amplio conjunto de mecanismos que, desde un punto de vista práctico y en lo que respecta a su gestión por los actores no estatales pueden identificarse en el entorno de tres posibles escenarios:

(59) BONET PEREZ, J. *La incidencia ...*, *op cit*, pp 153- 156. Señala este autor que, pese a las diversas variantes relativas a su imbricación institucional en el proceso normativo, las principales modalidades en que se materializa su acción son la iniciativa normativa, el suministro de información sobre la materia concernida en el proceso de gestación, la transmisión de opiniones, la realización de asesoría técnica, eventual intervención en el debate y de defensa de los propios intereses frente a los de otros sectores también presentes en el proceso.

(60) El fundamento jurídico para la participación de las ETN en los procesos normativos de la OMC se deriva de una interpretación extensiva del término ONG al que únicamente alude el art. V.2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Vid, MARIQUE CARPIO, C. *La incidencia...op cit*, p. 184.

(61) BASDEVANT, J (dir), *Dictionarie de la Terminologie du Droit International*. Paris. Sirey 1960, pp 47-48.

- Siguiendo a Anne Marie Slaughter, desde la *periferia del sistema*, en tanto que vigilantes externos y en su caso denunciantes públicos de eventuales infracciones de los Estados al Derecho internacional (62).
- Desde *dentro del sistema*, en tanto que ubicados de algún modo en la estructura jurídica encargada de potenciar la observancia, aplicación y vigilancia de las normas que correspondan. En este caso es el propio régimen jurídico que ordena dicha estructura quien llama a su colaboración en virtud de diversos grados de reconocimiento posible.
- Desde el ámbito específico de la solución jurisdiccional de controversias.

Desde la *periferia del sistema*, la acción de los actores no estatales se caracteriza esencialmente, porque busca optimizar al máximo las capacidades que se derivan de la posición que ocupan en el marco de las relaciones internacionales, como medio de presión a los Estados para garantizar la aplicación de la norma, o en su caso denunciar su incumplimiento. En este mismo orden, debe tenerse en cuenta que la estrategia seguida no responde a un modelo único sino que se acomoda a las características de cada actor específico, lo que no impide poder identificar ciertos ámbitos en los que resulta muy frecuente su acción y entre los que destaca: el ámbito pedagógico, dirigido a difundir y a hacer comprensible a la sociedad el marco jurídico en el que se desenvuelve su acción (63); el ámbito relativo al fomento y promoción del compromiso para aquellos Estados que aún no se han vinculado jurídicamente por sus normas (64); la denuncia pública de las infracciones (65) y el sopor-

(62) SLAUGHTER, A.M «Breaking out: The Proliferation of Actors in the International System» *Global legal prescriptions: the production and exportation of a new State Orthodoxy* Yves Dezalay and Bryant G.Garth, eds., 2002). The University of Michigan Press 2003. En línea en <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Breaking.pdf>

(63) Puede decirse que todas las ONG ejercen esta función pedagógica, especialmente a través de sus respectivos portales virtuales pero sin duda son referencia a los efectos que nos ocupa en el entorno de este trabajo: AI, CICR, Coalición CPI, Band Linemines.

(64) Ejemplo característico se encuentra en las conocidas campañas pro ratificación del Estatuto de Roma para aquellos países que aun no lo han hecho promovidas por la Coalición para una Corte Penal Internacional www.iccnw.org

(65) Aunque parezca ésta una parcela exclusiva de las ONG sorprende alguna ETN que, no sin reconocer su actuación en interés particular, sin embargo provoca una potente proyección global de denuncia sobre ciertas situaciones. Vid reciente acción llevada a cabo por la empresa Google en reacción a la violación de la libertad de información y expresión en la red, consistente en desviar su buscador a Hong Kong. Vid http://www.elpais.com/articulo/sociedad/China/acusa/Google/incumplir/compromiso/adquirido/entro/China/elpepusoc/20100323elpepusoc_1

te y consultoría a los Estados para facilitar la aplicación nacional de las obligaciones que les corresponden (66).

Desde *dentro del sistema*, ciertamente es posible detectar la vigencia de algunos tratados internacionales que aluden a actores no estatales encargados de desarrollar labores relativas a su aplicación. Se trata, de alusiones en general tímidas pero que implican ofrecer a la aplicación del Derecho internacional mayores oportunidades para mejorar su cumplimiento al engarzar en el sistema entidades que tradicionalmente los Estados consideraban desde la óptica más del enfrentamiento que no de la sinergia mutua (67).

La timidez a la que se ha hecho alusión en el párrafo anterior, sin duda no afecta al caso especial del CICR que, como es bien sabido, juega un papel muy intenso en la aplicación y control de cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, función que le otorgan, precisamente, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Su contribución consiste esencialmente en el ejercicio de la capacidad para actuar en sustitución de la Potencia Protectora, incluido el acceso a los prisioneros de guerra y asistencia a los civiles en tiempo de guerra (68), y el importantísimo derecho de iniciativa que le autoriza a ofrecer sus servicios a las Partes contendientes incluso en situación de conflicto armado interno (69).

Además del caso expuesto, si bien es cierto que desde un punto de vista práctico la atribución convencional de funciones relacionadas con la aplicación el Derecho internacional a actores no estatales constituye una realidad cada vez más frecuente, sin embargo se encuentra aún esencialmente circunscrita al régimen internacional de protección del medio ambiente (70). Por lo que se refiere a las materias que nos

(66) CICR, International Transitional Justice, Coalición para una CPI entre otras muchas.

(67) ABAD CASTELOS, M *¿una alternativa? op cit* p. 319.

(68) De conformidad con el art. 2 el Protocolo Adicional I e 1977, el mecanismo de la Potencia Protectora consiste en la designación por una parte en el conflicto de un Estado neutral o que no sea parte en el conflicto aceptada por la parte adversa, con el mandato de *concurrir y controlar* la aplicación del Derecho Humanitario lo que implica entre otras funciones los buenos oficios, la información sobre los heridos enfermos y fallecidos y, en general cualquier iniciativa destinada a verificar o en su caso mejorar la aplicación de los Convenios.

(69) Art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

(70) Para una enumeración exhaustiva de los supuestos concretos vid. ABAD CASTELOS *¿una alternativa ... op cit* p 319 y ss.

ocupa, los supuestos son menos frecuentes pero especialmente reseñables. Así, destaca el que atañe al Estatuto constitutivo de la Corte Penal Internacional, en cuyos artículos 15.2 y 44.4 contempla la posibilidad de que las ONG remitan información al Fiscal relativa a la comisión de crímenes sujetos a investigación de oficio, así como la posibilidad de que en circunstancias excepcionales la misma Corte pueda recurrir al personal proporcionado gratuitamente por una ONG para que colabore en la labor de cualquiera de sus órganos. En el ámbito de los Derechos Humanos destaca la Convención de los derechos del niño de 1989, y en casos que, si bien con carácter explícito el Convenio de referencia no menciona, sin embargo ha sido la misma práctica de los Comités llamados a su aplicación quienes sí lo han hecho como en el caso del Comité del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 o el Comité de la Convención internacional sobre de 1965 la eliminación de todas las formas de discriminación racial (71).

Por lo que se refiere a las ETN su papel en la aplicación normativa relativo a las materias que nos ocupa es aún más residual, lo que no quiere decir que en otros sectores, como es por ejemplo el ámbito de los derechos laborales no sea significativo (72). No obstante en este punto no debe dejar de mencionarse el eventual papel potenciador del cumplimiento del Derecho internacional que este tipo de entidad puede desarrollar a través de la adopción de los códigos de conducta a los que se ha aludido anteriormente. En este sentido, la adopción voluntaria de estándares de protección de los derechos humanos en la actividad empresarial transfronteriza, aunque quedando ciertamente circunscrito al ámbito del *soft law*, no deja sin embargo de constituir una fórmula indirecta de aplicabilidad del marco jurídico internacional que vincula a los Estados pero cuya irradiación a la realidad material corresponde en última instancia a los agentes económicos, ¿Cómo sino puede evitarse la esclavitud infantil, o la transferencia de armas a Estados sujetos a embargo decidido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas?

Desde el ámbito concreto de la *solución de controversias*, tal y como señala el profesor Pérez Prat, si bien es cierto que tradicionalmente los actores no estatales han carecido de opción a participar en procedimientos de solución de controversias relacionados con la aplicación del De-

(71) Vid PEREZ PRAT, L. *la incidencia ... op cit*, p. 36.

(72) Especialmente en lo que se refiere a los llamados *procedimientos constitucionales de reclamaciones* de la OIT. Vid, BONET PEREZ, J. *la incidencia ... op cit*, pp 161.

recho internacional, en los últimos años se detecta algún signo en pro de una cierta intervención (73). En concreto, y siguiendo al mismo autor, dos son las dimensiones donde se visualizaría este fenómeno: por una parte el que se refiere a la eventual legitimación activa como actor en el procedimiento y, por otra la posibilidad de ejercer el denominado *amicus curiae*.

Por lo que se refiere a la primera dimensión, y en relación al ámbito material que nos ocupa, las opciones son muy escasas e incluso, en caso de ser jurídicamente admisibles, se revelan como muy limitadas haciendo que su repercusión práctica sea mínima; por ejemplo en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la dificultad es enorme debido a los restrictivos requisitos que impone el Tratado de Funcionamiento de la UE al respecto (74). Esta circunstancia se reproduce también en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (75), siendo el caso de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos el que parece que puede dar más juego al reconocer a las organizaciones reconocidas por la OUA la capacidad para solicitar dictámenes consultivos de la Corte y, en el caso de que un Estado inculpa por violación de Derechos Humanos haya aceptado la competencia del Tribunal, las ONG con estatuto de observador podrían también presentar demanda ante la Comisión Africana de Derechos Humanos (76).

Más versatilidad en cambio ha dado la práctica del llamado *amicus curiae* en tanto que posibilidad para los actores no estatales de intervenir,

(73) PEREZ PRAT, L *La incidencia ... op cit*, pp 36 y ss. Vid también ABAD CASTELOS, M *¿una alternativa ... op cit*, pp 326 y ss.

(74) En concreto, para que los particulares puedan interponer recurso de anulación deben demostrar que el acto litigioso les afecta directa e individualmente, cosa que evidentemente en el caso de las ONG o las Asociaciones empresariales es muy difícil de hacer. Vid en este sentido ORTEGA GOMEZ, M «La legitimación asociativa en la jurisprudencia comunitaria reciente» *Revista electrónica de estudios interacionales* nº 16/2008 en www.reei.org.

(75) El art. 34 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que las personas físicas, ONG o grupos de particulares, podrán presentar demandas siempre y cuando acrediten que son víctimas de la violación de los derechos contemplados por el Convenio, excluyéndose por tanto las demandas relativas a violaciones cuyas víctimas no sea directamente la persona jurídica en cuestión.

(76) Opciones recogidas en el art. 4.1 y 34.6 respectivamente del Protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que establece la creación de la Corte. Vid TITINGA Frederic. «La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos» Ponencia presentada en *Encuentros de Madrid II. Los desafíos actuales en la protección de los Derechos Humanos*. Colegio de Abogados de Madrid 23-24 de octubre 2009. En línea en http://www.icam.es/docs/web3/doc/RI_CORTE_AFRICANA_DH_Y_PUEBLOS.pdf

bajo determinadas condiciones en beneficio del órgano jurisdiccional. No se trata de una comparecencia de parte en el litigio sino de un puntual asesoramiento que el actor no estatal presta al tribunal que así lo admita, en orden a proporcionar información suplementaria que contribuya a adoptar la decisión adecuada (77). Este mecanismo está contemplado explícita o implícitamente en diversos instrumentos permitiendo su juego en diversas jurisdicciones internacionales entre las que merecen especial mención, a nuestros efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (78), la Corte Internacional de Justicia (79), la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y Tribunal Internacional Penal para Ruanda (80) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (81).

LAS EMSP: EN BÚSQUEDA DE UNA POSICIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL AÚN NO DELIMITADA (82)

Aproximación al problema

Como es bien sabido, hasta los albores del S.XXI el orden internacional se sostuvo sobre la base de un sistema de principios, normas

(77) De conformidad con el estudio efectuado por Rosa Ana Alja Fernández, la jurisprudencia estadounidense determina que los rasgos característicos del *amicus curiae* son los siguientes: en primer lugar no se le puede considerar parte en el litigio, en segundo lugar interviene exclusivamente en beneficio del órgano jurisdiccional sin representar por tanto necesariamente los intereses de las partes sino el interés público general; en tercer lugar entre sus posibles funciones se encuentra el hacer sugerencias al órgano jurisdiccional, proporcionar ayuda suplementaria a los representantes de las partes cuando sus posiciones coinciden o asegurar una presentación completa de las cuestiones más complejas de forma que el órgano pueda adoptar una decisión adecuada y en último lugar queda a discrecionalidad del órgano jurisdiccional la admisibilidad, el alcance y la forma en la que va a participar el *amicus curiae*. Vid ALIJA FERNÁNDEZ. RA. «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Incidencia de la mundialización ...* op cit, pp 107.

(78) Con fundamento en el art. 36 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

(79) Solo en el ámbito del procedimiento consultivo. Art. 66 del Estatuto de la CIJ.

(80) Reglas 103 y 74 de las respectivas las Reglas de Procedimiento y Prueba.

(81) Pese a que con carácter explícito no se encuentra regulada sin embargo la práctica la ha consolidado como una figura plenamente admitida en esta jurisdicción.

(82) Este capítulo recoge las principales reflexiones del análisis que sobre esta cuestión publicó quien suscribe en el Capítulo 8 de la obra colectiva *Privatización del uso de la fuerza: política y derecho ante el fenómeno de las EMSPs* (Dir. Helena Torroja Mateu). Bosch Editor, 2009, pp 211-238.

instituciones concentradas en la *unidad Estado* como único actor capaz de asegurar su permanencia, así como único actor capaz de reaccionar frente a las amenazas que la pudieran acechar.

En la actualidad en cambio, muchos de dichos principios, normas e instituciones se encuentran en proceso de revisión en algunos casos o incluso de cuestionamiento en otros. Sin entrar en las causas que motivan estos cambios no obstante lo cierto es que las reglas de juego, esenciales para la supervivencia del orden internacional conocido, tales como la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el principio de soberanía territorial del Estado, el principio de no intervención en los asuntos internos de terceros Estados, la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o el mismo principio del monopolio estatal del uso de la fuerza, se encuentran comprometidas.

En este entorno general en cambio llama la atención el juego simultáneo de dos fuerzas de signo aparentemente contrario, por una parte, la realidad internacional contemporánea evidencia la existencia de fuerzas de integración que impulsan el desarrollo de fenómenos sinérgicos entre Estados en otro tiempo claramente distanciados cuando no violentamente enfrentados. Véase por ejemplo el caso de la Unión Europea como estructura de integración que ha hecho posible la cesión y consecuente fusión de significativas parcelas de soberanía estatal, tanto en materia económica como política, para crear estructuras decisorias y ejecutivas distintas e independientes a los miembros que la componen. También es palpable este fenómeno en la dimensión privada con los muchos casos de fusiones o absorciones empresariales que han tenido lugar en estos últimos años.

Pero en un sentido contrario, y en contraste a esta realidad en compactación, se opone otra realidad impulsada por fuerzas de fragmentación en la que estructuras tradicionalmente unívocas, en términos de formar parte de una misma unidad sistémica, se segmentan hasta crear un mapa de dispersión funcional. Se trata de un fenómeno especialmente evidente en el área económica y muy particularmente en relación a la reestructuración que empresas privadas y administraciones públicas vienen realizando de sus sistemas de producción al optar por la deslocalización de sus unidades de fabricación y por la externalización de sus servicios.

Y en este punto es donde se contextualiza el fenómeno de las EMSP ya que implican un caso de externalización de un servicio público, pero ciertamente singular porque produce un impacto directo en el llamado principio del monopolio estatal del uso de la fuerza que, entre otras cosas, constituye el núcleo duro de la soberanía del Estado no susceptible de delegación. Elke Krahmman advierte que las EMSP son en realidad parte de un fenómeno más amplio de «*fragmentación funcional de la seguridad mundial*» en el que se rompe la tradicional concepción del binomio esencial *Estado/seguridad* para situarnos en un modelo de seguridad en el irrumpen actores múltiples, públicos y privados, cuyo rol no siempre está claro y cuyos planos de actuación concreta tampoco.

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

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

Desde la perspectiva jurídica, es bien sabido que el principio del monopolio estatal del uso de la fuerza constituye un principio implícito de derecho internacional general y que se deriva entre otras fuentes del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, así como de numerosos precedentes jurisprudencia-

les, entre ellos, la Sentencia de la CIJ relativa al asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. EEUU)(83). En nuestro ordenamiento jurídico el marco de referencia se encuentra contenido en el art. 8 de la CE y del conjunto de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

Su naturaleza implícita por tanto hace extremadamente delicada la determinación de sus límites, o lo que es lo mismo, la determinación del exacto alcance y contenido de las facultades y capacidades que encierra este atributo soberano del Estado.

De ahí que resulte de capital importancia determinar las parcelas, si es que las hay, correspondientes a dicha titularidad que son susceptibles de ser delegadas en favor de terceros privados, así como las reglas relativas al control que el Estado va a ejercer sobre la gestión de dichas parcelas.

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

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

(83) *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional que deben regir las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*. Asamblea General 24 de octubre 1970 Cour internacional de Justice. Fond Arret de 27 juin 1986, Recueil 1986 p 14.

un periodo de formación que solo puede prestarse en un marco público, carente de cualquier connotación económica lucrativa en la que la visión y responsabilidad del Estado en el marco de la fuerza sea de máxima intensidad y control.

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

Cierto es que la capacidad de respuesta del Estado frente a situaciones de riesgo de sus conciudadanos no siempre debe pasar por la intervención de las FFAA. No podemos llegar al paroxismo de exigir que un soldado o un policía nacional custodien la entrada de un supermercado. Pero una cosa es la externalización de la seguridad en un entorno territorial, bajo la cobertura de una tupida red de normas de control y supervisión que en ningún caso permite el recurso a medios armados más allá de un determinado calibre; y otra cosa es la externalización de la seguridad y la defensa con proyección más allá de nuestras fronteras, a empresas privadas autorizadas a usar armas con un potencial de destrucción sustancialmente superior.

LAS EMSP Y EL DERECHO INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A SU VINCULACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DIH

Como personas jurídicas de derecho privado con actividad transnacional, las EMSP pueden ser potenciales receptores de ciertos derechos

y obligaciones derivados del Derecho internacional. En particular, habida cuenta del tipo de servicio y el entorno en el cual es prestado, son las normas relativas a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y a las del incipiente Derecho Internacional Penal, las que ostentan mayor vis atractiva (84).

En este punto merece especial referencia la posición de las EMSP en el marco del DIH, en tanto que, por definición, su actividad implica la posibilidad del recurso a la violencia armada en el entorno de los conflictos armados y por tanto un evidente factor de afectación al desarrollo del conflicto.

El DIH se funda en ciertos principios cardinales cuyo objetivo final se dirige a excluir de sus efectos dañinos a todas aquellas personas que no participen en las hostilidades bélicas. Por tal razón impone un conjunto de obligaciones a las partes contendientes en cuyo vértice se encuentran los principios de trato humano en toda circunstancia y de distinción entre objetivos militares y personas y bienes civiles (85). A este cuadro general vienen obligados a acomodar su conducta todos los combatientes en general, o lo que es lo mismo, todos y cada uno de aquellos que toman parte en el conflicto, sean fuerzas armadas regulares, irregulares, grupos, la población que circunstancialmente se alce en armas contra el ocupante extranjero e incluso empresas privadas (86).

Desde esta perspectiva por tanto, no hay duda que las EMSP ocupan una posición en el DIH, ahora bien, para poder determinar el exacto alcance y contenido de las obligaciones que incumben a las EMSP en DIH es necesario determinar con carácter previo el estatuto jurídico que corresponde a las personas que trabajan para ellas en el escenario bélico y muy particularmente, en relación a la legalidad o ilegalidad de su actuación en el conflicto. Solo a partir de esta precisión será posible evaluar las consecuencias jurídicas que se derivarán de la infracción de sus normas en materia de responsabilidad tanto penal como civil.

En términos generales un combatiente sería aquel sobre el que concurren los requisitos preceptivamente descritos por el DIH para ostentar

(84) SAURA ESTAPA, J «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los Derechos Humanos» en *La privatización del uso de la fuerza...*, *op cit*, pp 241-258.

(85) Art. 3 común Convenios de Ginebra 1949 y art. 48 Protocolo Adicional I 1977.

(86) A esta misma conclusión llegó el Tribunal de Nuremberg, en el asunto Krupp. Allied Control Council Law n° 10.

el derecho a participar en las hostilidades, ejercer la violencia bélica y quedar sujeto al estatuto especial de prisionero de guerra en caso de detención por la parte adversa (87). En este sentido, debe tratarse de grupos organizados que formen parte del conflicto sujetos a un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte; deben encontrarse sujetos a un régimen de disciplina interna que haga cumplir *inter alia* las normas de Derecho internacional aplicables a los conflictos armados y, en caso de imposibilidad visual de distinción con la población civil, deben llevar sus armas abiertamente tanto en el enfrentamiento como en el repliegue.

En consecuencia todo aquel que ejerza la violencia bélica sin cumplir con los requisitos descritos anteriormente carece de dicho estatuto y se encuentra sujeto a la jurisdicción ordinaria de la parte adversa en caso de detención. En este punto hay que advertir no obstante, que en ambos casos, el hecho de tomar parte en las hostilidades no permite su asimilación a la categoría de población civil, y por tanto implica ser legalmente susceptibles de constituir objeto de ataque armado (88).

¿Cuál es entonces el estatuto que corresponde a las EMSP cuyo personal ejerce la violencia bélica?. Sobre este punto no existe unanimidad y las opiniones varían radicalmente en función del que la emite.

Para los Estados que contratan los servicios de las EMSP, sus empleados son ante todo *contratados civiles* y por tanto pese a su carácter armado deberían ser considerados parte de la población civil y por ende beneficiados por el principio de distinción que impide a las partes en el conflicto considerarlos como potencial objeto de ataque. En este punto conviene resaltar que la tendencia por parte de estos Estados reconocer que, no obstante esta consideración civil, las EMSP deben respetar el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (89).

(87) Art. 43 – 44,3 Protocolo Adicional I 1977.

(88) Art. 75.3 Protocolo Adicional I 1977.

(89) O esto se desprende del Documento de Montreux adoptado el 17 de septiembre de 2008 por 17 Estados bajo los auspicios del CICR relativo a buenas prácticas relacionadas con operaciones en las que participen EMSP en conflictos armados. Sin desmerecer su importancia como referencia de un futuro marco normativo para las EMSP, sin embargo hay que decir que se trata de una declaración meramente recomendatoria sin valor jurídico vinculante y que en todo caso los Estados condiciona la oponibilidad de las obligaciones de DIH a las EMSP a que dichas obligaciones hayan sido objeto de recepción en sus respectivos derechos nacionales.

En un sentido substancialmente opuesto se posiciona el sector institucional. Para el que fue Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la cuestión de los mercenarios hasta 2004, no hay duda de que el perfil de dichos empleados encaja con esta figura. En una línea muy semejante se sitúa el actual Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Utilización de Mercenarios quien, aun reconociendo la dificultad de encajar todos los perfiles característicos de las EMSP a la tipología jurídica del mercenario, sin embargo de *lege ferenda* declara que sería deseable someter a revisión esta última para favorecer la inclusión de las EMSP más «agresivas», es decir, aquellas cuyos servicios se especializan en la intervención ofensiva en las hostilidades, en la categoría de los mercenarios.

Por su parte el CICR, entiende que, a menos que formen parte de las fuerzas armadas de un Estado o en su caso cumplan funciones de combate para un grupo armado organizado que sea parte en el conflicto, los empleados de las EMSP tienen la consideración de población civil. Ahora bien reconoce el CICR que, en caso de participar directamente en las hostilidades perderían la protección frente a los ataques y en caso de captura podrían quedar sometidos a la jurisdicción ordinaria, por el hecho de su mera participación en el conflicto (90).

Sin perjuicio de estas posiciones, lo cierto es que de conformidad con el DIH vigente, y en particular con el art. 43 y ss del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, no es posible catalogar a las EMSP como combatientes *strictu sensu*, entre otras cosas porque pese a su eventual participación no forman parte del conflicto ni se encuentran sujetos a una cadena de mando responsable de la conducta de sus subordinados frente a esa Parte.

Descartada pues esta categoría no queda más que examinar el posible encaje de este supuesto de la única categoría jurídica vigente sustantivamente asimilable a este supuesto: los mercenarios.

Las EMSP y la práctica mercenaria

Con carácter general y desde la perspectiva del *ius ad bellum*, la práctica mercenaria constituye una actividad prohibida por el Derecho Internacional consuetudinario tal como se desprende entre otros de las

(90) Vid enlace CICR www.cicr.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/pmsc-faq-150908

Resoluciones 2625 (XXV) y Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas:

«...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» (91).

Ahora bien, una cosa es que el mercenarismo esté prohibido y otra que las EMSP sean susceptibles de ser calificadas como sujetos mercenarios de acuerdo a la definición jurídica que el derecho positivo vigente hace de esta figura. Y sobre este punto, las opiniones de nuevo no son uniformes,

Unos, niegan radicalmente dicha equivalencia, principalmente los propios directivos de dichas empresas insisten en su legalidad y legitimidad y denuncian la utilización absolutamente inaceptable y excesivamente frecuente que se hace de este término para referirse a ellas; hasta tal punto que diversas ocasiones han recomendado encarecidamente a UN que *examine la pertinencia del término mercenario para referirse a ellas*.

Otros, sin afirmar abiertamente dicha calificación, sin embargo parecen insinuar una cierta equivalencia, cuando menos indiciaria, entre ambas realidades. En particular en esta posición tenue destacan algunas instituciones y un buen sector de la doctrina.

Desde la perspectiva institucional, en el ámbito de Naciones Unidas es posible detectar, sobre todo desde 2004, diversos documentos relativos al problema de los mercenarios que hacen especial mención al fenómeno de las EMSP, y lo hacen en términos de advertencia sobre la necesidad de estudiarlas de cerca y en este mismo contexto (92).

Desde la perspectiva doctrinal, basta con una ojeada a los más recientes trabajos publicados sobre la cuestión para advertir que la mayor parte de sus autores, aun pudiendo disentir en sus conclusiones, no obstante refieren las eventuales conexiones entre la figura del mercenario y las EMSP (93).

(91) A/RES/2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970. Párrafo 9 del punto 1.

(92) Vid entre otros. E/CN.4/2004/15, 24 diciembre 2003; Resolución 2005/2 de la Comisión de DDHH, parr 12.

(93) Por ejemplo el reciente monográfico dedicado a esta cuestión en la *European Journal of International Law*, Vol 19, n.5 en el que el propio editor lanza la pregunta «Are they

No obstante, sin perjuicio que estos posicionamientos son sin duda síntoma de que la distancia entre ambas nociones tiende a ser más cercana que lejana, hay que abordar la cuestión desde la perspectiva estrictamente conceptual a la luz del derecho vigente.

En este sentido, la definición y estatuto jurídico internacional del mercenario ha sido objeto de regulación en dos vías normativas paralelas:

- En una primera vía, como categoría integrada en el DIH, en particular por el art. 47.2 del Protocolo Adicional I 1977.
- En una segunda vía, en tanto que categoría convencional autónoma en virtud de dos tratados internacionales especialmente dedicados a la materia: la *Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la eliminación del mercenarismo en África de 1977* y la *Convención de Naciones Unidas contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989*.

La diferencia fundamental entre ambas vías normativas reside en su distinta concepción sobre la práctica mercenaria. En este sentido el DIH, de la mano del régimen dispuesto en el citado PA I, no concibe la práctica mercenaria como una conducta delictiva y punible per se, sino solo como una conducta que impide al que la realiza el derecho a reivindicar el estatuto de prisionero de guerra en caso de detención. En cambio, a la luz de los Convenios que conforman la segunda vía, se configura como práctica prohibida cuya comisión es considerada como un ilícito penal y por tanto por tanto susceptible de ser sancionada por el orden penal interno del Estado Parte.

En este sentido, de las disposiciones afectas a ambos se desprende que «mercenario» es toda aquella persona sobre la que concurren los siguientes elementos:

1. «*Toda persona especialmente reclutada a fin de combatir en un conflicto armado*» y «*que de hecho tome parte en las hostilidades*». Aparentemente, este requisito parece restringir la conducta mercenaria únicamente a aquellas contrataciones dirigidas a la realización de acciones ofensivas en el marco general de las hostilidades por cuenta de una de las Partes contendientes, pero no a aquellas contrataciones cuya ejecución implique la realización puntual de acciones violentas motivadas por la guarda, custodia o defensa de

to be considered mercenaries, and under what circumstances?», p. 961.

determinados bienes o personas. Sin embargo es necesario advertir que, la expresión *combatir en un conflicto armado* equivale a la realización de actos de violencia tanto de índole ofensiva como de índole defensiva.

2. En segundo lugar el mercenario *debe actuar animado por un provecho personal y bajo promesa por una parte en el 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 de las fuerzas armadas.* Según el estudio realizado al respecto por Linsey Cameron, se estima que el sueldo medio de los guardaespaldas privados que trabajan para las autoridades norteamericanas en Irak ronda los 2.000 \$ día (94).
3. En tercer lugar *el mercenario no debe ostentar la misma nacionalidad de una parte en el conflicto;* en este caso la dificultad de encaje es mayor, pero no imposible, sobre todo en los casos de subcontratación a los que nos hemos referido anteriormente..
4. *Que no sea miembro de las fuerzas armadas en conflicto.* Este requisito encaja perfectamente en el caso que nos ocupa.
5. *Que no haya sido enviado en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en el conflicto.* Ciertamente se trata de un elemento excluyente que no presenta dificultades específicas.

Como puede observarse, se trata de requisitos cuyo encaje simultáneo a situaciones concretas no es fácil de acreditar aunque no hay duda de que la concurrencia de uno u otro factor es relativamente frecuente. Da ahí que no quepa concluir en una calificación mercenaria atribuible a toda EMSP sino que habría que analizar caso por caso, sin descartar que en algún supuesto, quizás de las llamadas EMSP más agresivas o, sobre todo las que practican a la subcontratación de los servicios, la catalogación al estatuto de mercenario sea posible.

CONSIDERACIONES FINALES

Conforme al Derecho internacional vigente, los actores no estatales carecen de un estatuto específico que permita afirmar su integración en el orden jurídico como sujetos de derecho internacional.

(94) CAMERON, L: Private Military Companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation. RICR 863 pp 581.

No obstante la progresiva imbricación en el sistema de desarrollo y aplicación del Derecho internacional de alguno de ellos, especialmente las ONG y las ETN, hace que su contribución a la resolución de conflictos relacionados con la seguridad no pueda negarse.

Se trata de una contribución indirecta en la medida que carecen de capacidad decisoria para modular la gestión de crisis que, por el contrario continúa recayendo sobre la esfera estatal, sin embargo su influencia es incuestionable en muchas de las dimensiones jurídicas que afectan a las crisis internacionales.

En este sentido la práctica demuestra que, especialmente las ONG, han sido capaces de sacudir conciencias y provocar reacciones en la opinión pública y en los Estados y Organizaciones Internacionales llamados a promover el desarrollo de normas relativas a determinadas parcelas esenciales en el escenario de la seguridad internacional.

Es incuestionable también su papel dinamizador en procesos de desarrollo y conclusión de normas relativas a los Derechos humanos, al Derecho internacional humanitario, desarme y jurisdicción penal internacional.

Del mismo modo, y aunque alcanzado en menor medida, respecto al marco que nos ocupa es evidente su interés por incorporarse como elementos dinamizadores de la aplicación del Derecho internacional, sea como espectadores denunciando eventuales infracciones, sea como participantes contribuyendo a favorecer la aplicabilidad de sus normas.

Por último es indudable también su contribución y soporte a algunas jurisdicciones internacionales, especialmente en su papel de *amicus curiae* en beneficio del órgano jurisdiccional.

Paradójicamente esta contribución no se ve reflejada en el reconocimiento de un estatuto jurídico internacional por el Derecho internacional vigente. No obstante se ha apuntado que esta disfunción puede representar para los actores no estatales más una ventaja que un inconveniente al permitirles desenvolverse con mayor versatilidad en el sistema.

Por lo que respecta a las EMSP se trata de un fenómeno en expansión cuyos límites jurídicos plantean dudas al impactar en el principio del monopolio estatal del uso de la fuerza. No obstante dichas dudas, y desde la perspectiva del *ius in bello*, el hecho de su dotación y predisposición a recurrir al uso de la fuerza para cumplir sus servicios en el en-

torno de conflictos armados hace que sea indudable su vinculación a las obligaciones relativas a la limitación de métodos y medios de combate así como al principio de distinción entre objetivos militares y personas y bienes civiles. Ello sin embargo es independiente de la determinación de su estatuto jurídico en el conflicto que hoy por hoy sigue suscitando muchas dudas al no encajar en la figura de combatiente y presentar rasgos muy similares a la del mercenario.

RESUMEN

La realidad internacional contemporánea evidencia la penetración de nuevos actores capaces de incidir en ámbitos tradicionalmente acotados a la exclusiva esfera decisoria del Estado. Uno de estos ámbitos es el Derecho internacional y particularmente el relativo a los regímenes jurídicos y normas relacionadas con las situaciones de crisis.

A lo largo de este trabajo se analiza la posición que ocupan y el grado de influencia que ejercen las ONG, Empresas Transnacionales y las Empresas Militares y de Seguridad privada en el Derecho internacional afín a la resolución de crisis relacionadas con la seguridad.

Palabras clave: Derecho Internacional, ONG, Empresas Transnacionales, Empresas Militares y de Seguridad Privada, Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

Contemporary international actuality shows the way new actors are entering with enough ability to make an impact in scopes which were traditionally a prerogative of the state when it came to making decisions.

One of these scopes is the International Law, and more specifically related to those juridical regimes and norms, associated to crises situations.

Within this study an analysis will be made of which position, and to what degree NGOs, Transnational Companies and Private Military and Security Companies influence International Law, associated with the resolution of security crises.

Key Words: International Law, NGOs, Transnational Companies, Private Military and Security Companies, International Humanitarian Law.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD CASTELOS, M *¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, CIDEAL, Madrid, 2004. «El pluralismo como puente hacia el multilateralismo: El Informe del Grupo de Personas Eminentes encargado de examinar la relación entre la Naciones Unidas la sociedad civil de 2004», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, [http://www.reei.org/reei9/M.Abad\(reei9\).pdf](http://www.reei.org/reei9/M.Abad(reei9).pdf).
- ABI-SAAB, G: «Conflits rmés non internationaux» en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*. Pendone/Institut Henry Dunant/ UNESCO, 1986.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición, Tecnos, 2007.
- ALIJA FERNÁNDEZ. RA. «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional Público*.Dir, Victoria Abellan y Jordi Bonet, Bosch Editor, Barcelona 2008, pp 101-133.
- BONET PÉREZ, J «Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las Empresas transnacionales» *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional Público*.Dir, Victoria Abellan y Jordi Bonet, Bosch Editor, Barcelona 2008, pp 133-177.
- CAMERON, L: *Privet Military companies: their status under internacional humanitarian law and its impact on their regulation*. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 863.
- CARPENTIER-TANGUY, X. «Influences et innovations politiques : les think tanks (perspectiva histórica)», *Revue en line d'Etudes Européennes*, <http://www.cees-europe.fr/fr/etudes/revue9/r9a12.pdf> .
- CARRILLO SALCEDO JA: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid 1995.
- FARIA, JE. *El derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid 2001.

- GABOR, R. « El privilegio del CICR de no testificar: la confidencialidad de la acción» . *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 845 / 2002. En línea <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5tdqmk>
- GARCÍA RUIZ, C.R, *ONGs y Derecho Internacional;; su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, lustel, Madrid 2007.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D *El Derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*. Tirant lo Blanc, Valencia 2008 pp 41-42.
- MANRIQUE CARPIO, C «Las Empresas Transnacionales en la Organización Mundial del Comercio» en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch Editor, Barcelona 2008.
- MERON, T: *The Humanitation of International Law*. The Hague Academy of International Law, 2006.
- MUCHLINSKI, PT *Multinacional Enterprises*. Blackwell Publishers, Oxford, 1995.
- LEWIN,A y ANJAK, F «Principes communs aux Organisations Internationales». *Juris-Classeurs de Droit international*, fasc 112.
- ORTEGA GÓMEZ, M «La legitimación asociativa en la jurisprudencia comunitaria reciente» *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 16/2008 en www.reei.org
- PÉREZ-PRAT, L *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Tirant, Valencia, 2004 «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional», en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional Público*.Dir, Victoria Abellan y Jordi Bonet, Bosch Editor, Barcelona 2008.
- PICTET, J (Prte Comité lectura) *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Plaza & Janes editores Colombia, enero 2001.
- PONS RAFOLS, X «Las Organizaciones no gubernamentales y el Derecho internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales» en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional Público*. Bosch Editor, Barcelona 2008.

- SAURA ESTAPA, J «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los Derechos Humanos» en *La privatización del uso de la fuerza...*, *op cit*, pp 241-258.
- SLAUGHTER, A.M «Breaking out: The Proliferation of Actors in the International System» *Global legal prescriptions: the production and exportation of a new State Orthodoxy* Yves Dezalay and Bryant G. Garth, eds., 2002). The University of Michigan Press 2003. <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Breaking.pdf>
- SOBRINO HEREDIA, JM «La determinación de la personalidad jurídica de las organizaciones no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa» *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, Vol. 42, nº 1 pp 101-124.
- SEYERSTED, F «International personality of intergovernmental organizations». *The Indian JIL* 1964 n. 4.
- TEIJO GARCÍA, C., «ONG Internacionales, conflictos armados y normas humanitarias» *Tiempo de Paz, La política común de seguridad y defensa y la construcción de la paz*, Nº 56, Primavera 2000. *Organizaciones internacionales no gubernamentales y Derecho Internacional*, Diles, Madrid, 2005.
- TELLO BENEITEZ, M *Guía de Think Tanks en España*. Fundación ciudadanía y valores. En línea en <http://www.funciva.org/publicaciones/think-tanks.pdf>
- TITINGA F. «La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos» Ponencia presentada en *Encuentros de Madrid II. Los desafíos actuales en la protección de los Derechos Humanos*. Colegio de Abogados de Madrid 23-24 de octubre 2009 http://www.icam.es/docs/web3/doc/RI_CORTE_AFRICANA_DH_Y_PUEBLOS.pdf
- TORROJA MATEU, H (Dir.) *Privatización del uso de la fuerza: política y derecho ante el fenómeno de las EMSPs* (Dir. Helena Torroja Mateu). Bosch Editor, 2009.
- TRUYOL Y SERRA, A. *La sociedad internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- VISSCHER, C. DE *Teorías y realidades en derecho Internacional Público*. Bosch 1962.

Documentos

Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización de las Naciones Unidas. Nueva Cork 2006. Sexagésimo primer periodo de sesiones. Doc. No.1 (A/61/1).

Dictamen de la CIJ 16 de octubre 1975 relativa al asunto del Sahara Occidental. *Recueil* 1975.

Dictamen de la CIJ relativo a la reparación de los daños sufridos al servicio de Naciones Unidas de 11 de abril de 1949. *Recueil* 1949.

Sentencia de la CIJ relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Fond Arret de 27 juin 1986, *Recueil* 1986.

Dictamen del TJCE 1/94 de 15 de noviembre de 1994 sobre la competencia de la Comunidad Europea para celebrar el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. *Recueil* p I-5267.

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

Declaración tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la OIT. Edición 2001.