

Blackwater: Los mercenarios y el derecho internacional

Joana Abrisketa
Profesora de Derecho Internacional,
Universidad de Deusto

El gobierno de Irak ha suspendido en septiembre de 2007 las actividades de la empresa privada de seguridad Blackwater después de que algunos de sus miembros dispararan contra civiles en Bagdad. El gobierno de Estados Unidos tiene contratados entre 25.000 y 50.000 mercenarios de varias empresas, pero la más grande es Blackwater. Estas compañías operan más allá de las reglas del Derecho Internacional, de la fuerza ocupante y del mismo gobierno iraquí. ¿Deben ser ilegalizadas o reguladas?

Poco después de que miembros de la empresa privada de seguridad Blackwater dispararan contra civiles en el barrio de Mansur, en Bagdad, el pasado 12 de septiembre el gobierno iraquí decidió suspender su licencia para actuar. Según el gobierno, desde principios de año, miembros del personal de Blackwater se vieron implicados en tiroteos que hirieron o mataron a casi 20 civiles en Irak. La suspensión, y posible revocación de las licencias para actuar a ésta y otras compañías que emplean a aproximadamente 50.000 efectivos en Irak, plantea dos serios problemas. El primero, para el gobierno de Estados Unidos, ya que cuenta con estas fuerzas para reducir el personal militar oficial. El segundo, para todos, porque Blackwater y otras empresas actúan en una zona jurídica gris que al final no las hace responsables ante nadie, pero tampoco pueden reclamar derechos o protección a ninguna instancia, aunque sean considerados como personal militar.

La existencia y actuación creciente de las empresas privadas de seguridad obligan a revisar la legislación internacional existente, y explorar cuáles son las opciones entre su ilegalización y la regulación.

El Derecho Internacional Humanitario, compuesto principalmente por los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales de 1977 y los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, sigue siendo el instrumento jurídico que mejor garantiza asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados. Asimismo, limita el uso de ciertos métodos de guerra. Ahora bien, para que el Derecho Internacional Humanitario sea efectivo y se mantenga vigente tiene que adaptarse y desarrollarse al mismo tiempo en que se transforma la naturaleza de los conflictos armados.

Esto no quiere decir que los avances realizados en el plano jurídico internacional a lo largo de los últimos cien años no sirvan en la actualidad. Precisamente, los Convenios de Ginebra de 1949 son plenamente aplicables en la gran mayoría de los conflictos armados contemporáneos. Sin embargo, han surgido nuevos actores cuyas funciones han dejado, en parte, obsoleto al Derecho Internacional Humanitario. Entre ellos, las compañías de seguridad privada. La demanda de

servicios privados de seguridad militar crece, es una de las industrias que más rápidamente se está expandiendo en el mundo; los soldados obtienen más beneficios económicos vendiendo su capacidad militar a gobiernos extranjeros que en su propio país. Su actividad - transnacional - viene dictada por criterios económicos, no por el Derecho internacional. La ausencia de regulación específica sobre la privatización de la seguridad tiene un impacto en la seguridad internacional y merece nuestra atención.

La tesis mayoritaria, sobre todo entre los grupos de derechos humanos, es que las compañías de seguridad privada son los mercenarios del siglo XXI que proveen rápidas soluciones a los problemas sociales y políticos en los conflictos armados contemporáneos.¹ Contrarios a la legalidad de las empresas de seguridad privada, estos grupos cuestionan que actores no estatales puedan utilizar la fuerza armada. El uso legítimo de la fuerza sólo corresponde a los Estados. Son los gobiernos quienes deben mantener su función como proveedores exclusivos de los servicios de seguridad militar. En beneficio del interés público, los Estados deben conservar el monopolio en el uso legítimo de la fuerza armada.

Ahora bien, con estos argumentos, que son ciertos, no conseguimos hacer desaparecer las empresas de seguridad privada. Sus clientes están ahí, son los propios Estados, los grupos rebeldes e incluso, en casos puntuales, las agencias humanitarias². Todos demandan sus servicios. Calificarlas de ilegales no es suficiente porque seguirán existiendo y posibilitando con su actividad la trasgresión de las normas de derechos humanos. “¿Prohibición o regulación?” se preguntaba en un folleto informativo la Organización de las Naciones Unidas³. Desde un punto de vista estrictamente legal, estas compañías se encuentran en una zona gris. Por una parte, no están contemplados por el Derecho Internacional Humanitario, por otra, tampoco están obligados por los estándares del Derecho Internacional Humanitario⁴. En este sentido, el Presidente del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación declaró que las empresas militares y de seguridad privada “gozan de una inmunidad que puede transformarse fácilmente en impunidad lo que podría implicar que algunos Estados estarían contratando a estas empresas para evitar una responsabilidad jurídica directa”.⁵

Mientras que el número de las agencias de seguridad privada que actúa globalmente crece, los argumentos jurídicos sobre su estatuto y funciones son escasos. Como resultado, las compañías de seguridad privada se ubican en una zona ambigua o poco clara en el Derecho⁶. En consecuencia, si no hay leyes o si las leyes no son claras, no se respetan. Preguntarnos si el Derecho internacional regula la actividad de las compañías de seguridad privada es desafiar al Derecho internacional, hacerle un “test” de efectividad y ver si el resultado es positivo o todo lo contrario. Éste es nuestro objetivo.

¹ Musah, A.F., y Fayemi, J. (eds.), “Mercenaries”, Pluto Press, Londres, 2000, p. 14.

² En el Suroeste de Kosovo la compañía de seguridad militar privada Armor Group (Estados Unidos) ejerce de agencia líder en la coordinación de actividades de desminado, considerada una operación humanitaria, en ArmorGroup, <http://www.armor-mine-action.com>

³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación”, Folleto informativo N° 28, Ginebra, 2002, pg. 12.

⁴ Rosemann, N., “The Privatization of Human Rights Violations – Business’ Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq”, en *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, N. 1, 2005, pp.77-100.

⁵ Cuarto período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 21 de marzo de 2007, Ginebra, pg. 3.

⁶ Kinsey, C., “Corporate Soldiers and International Security, The Rise of Private Military Companies”, Routledge, Londres, 2006, pp. 134 y ss.

Definiendo los mercenarios

El término “mercenario” ha sido utilizado para describir tanto individuos que matan para obtener un beneficio económico, como tropas contratadas por un país para trabajar en otro país, o como empresas de seguridad privada que proveen servicios militares a su propio país. Desde el punto de vista histórico y social, el que el término mercenario se haya aplicado a diferentes actividades no contribuye a clarificar las cosas. Lo malo es que el Derecho internacional tampoco resuelve el problema. Conviene analizar en el ordenamiento internacional para ver en qué sentido se puede avanzar.

Las primeras normas internacionales que regularon las situaciones de guerra fueron los Convenios de La Haya de principios del siglo XX. El Convenio de La Haya de 1907 sobre las Potencias Neutrales estableció ciertos estándares legales aplicables a los Estados y a las personas neutrales en caso de guerra. No obstante, no restringió la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros trabajaran para los Estados beligerantes. El nacional que fuera contratado por una potencia extranjera no cometería crimen internacional alguno y debería ser tratado como un soldado que sirve a una fuerza extranjera. La reticencia a controlar la actividad de los individuos en el campo militar se basaba en la distinción de principios del siglo XX: los gobiernos y los individuos eran considerados esferas mutuamente excluyentes. La actividad individual no afectaría a la actividad del Estado. Esta norma fue desapareciendo en forma gradual en las décadas posteriores, cuando se vio que las acciones privadas de los individuos podían influir en las relaciones entre los Estados⁷.

El paso siguiente en la regulación de los actores militares privados se dio en los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente en el III Convenio de Ginebra sobre la protección de los prisioneros de guerra. Esencialmente, el objetivo era establecer unos estándares relativos al trato de los prisioneros de guerra. No se dirigía a controlar ni a prohibir la actividad de las fuerzas militares privadas. El III Convenio de Ginebra de 1949 tan sólo distinguió dos categorías: miembros de las fuerzas armadas (combatientes) y población civil. En tanto que los mercenarios formaban parte de las fuerzas armadas legalmente definidas eran titulares de la protección debida a los prisioneros de guerra. El artículo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949 incluye dentro de la categoría de prisioneros de guerra a muy diferentes actores. No hace una distinción formal entre mercenarios y otros combatientes. Al ser muy extenso, recogemos la idea más relevante a los efectos de nuestro análisis:

1. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

a) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;

b) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

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

⁷ Singer, P.W., “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and international Law”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 42, 2004, pp. 521-549, p. 526.

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

2. Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra:

a) las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento.

En 1949 se optó por una definición inclusiva relativa a los prisioneros de guerra. El objetivo era dar protección al mayor número de combatientes y no se desproveyó a nadie que participara en un conflicto armado internacional de la condición de prisionero de guerra.

Después de la experiencia poscolonial, la percepción general sobre los mercenarios comenzó a tornarse negativa. Grupos de mercenarios desafiaron a varios recién nacidos Estados africanos e incluso a las Naciones Unidas durante la operación en el Congo (ONUC) de 1960 a 1964. Como respuesta a estos episodios, en el Derecho internacional se inició la tendencia a controlar la práctica de los mercenarios. Desde la década de 1960, la Organización de las Naciones Unidas vino condenando la utilización de los mercenarios contra los movimientos de liberación nacional. En la Declaración de la Asamblea General de 1970 sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados⁸ se afirmaba que los Estados tienen el deber de prevenir la organización de grupos armados cuyo objetivo fuera intervenir en Estados extranjeros. La Declaración de 1970 representó un cambio de perspectiva en el Derecho internacional, los mercenarios se convirtieron en actores fuera de la ley⁹.

Finalmente, en el plano del Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo I de 1977, en la sección titulada "Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra" se definen los mercenarios como categoría autónoma, distinta a los combatientes. Paradójicamente, en el párrafo anterior a la definición sobre los mercenarios, es decir, incluso antes de la definición, se les deniega el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra. El Protocolo I (artículo 47) dice:

"1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.

2. Se entiende por mercenario toda persona que:

a) Haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;

b) De hecho, tome parte directa en las hostilidades;

c) Tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho

⁸ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

⁹ Singer, P.W., "War, Profits...", op. cit., p. 527.

personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;

d) Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;

e) No sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y

f) No haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en el conflicto".¹⁰

La reacción inmediata al problema de las agencias de seguridad privada en el contexto de los conflictos armados contemporáneos es calificarlas como los modernos mercenarios y considerar que son ilegales. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario no se ocupa de la legalidad de las actividades de los mercenarios ni establece la responsabilidad por el hecho de ser mercenario. La definición jurídico internacional de mercenario opera en el Derecho Internacional con el fin de desproveerle del derecho al estatus de prisionero de guerra en el caso de ser capturado¹¹. Lo único que hace el Protocolo I de 1977 es darnos las características que debe reunir un individuo para ser considerado mercenario y desproveerle de cualquier garantía jurídica.

Como el Derecho Internacional Humanitario deniega a los mercenarios la condición de prisionero de guerra y de combatiente, éstos tienden a no observar los principios humanitarios en sus actividades bélicas¹². La condición de prisionero de guerra, que tampoco se aplicó a los presuntos miembros de Al Qaeda detenidos en Guantánamo¹³, es fundamental, puesto que garantiza la aplicación del III Convenio de Ginebra de 1949 sobre los prisioneros de guerra - la obligación de proteger a la persona capturada hasta que un tribunal competente determine su estatuto, entre otros derechos básicos.

Cuando una persona es calificada como prisionero de guerra el Estado que la detiene no puede actuar exclusivamente sobre la base de sus leyes nacionales. Debe aplicar el III Convenio de Ginebra de 1949 relativo a los prisioneros de guerra, haya ratificado o no dicho tratado internacional puesto que se considera Derecho consuetudinario, generalmente aceptado por la comunidad internacional. Si calificamos a las compañías de seguridad privada como mercenarios no obtendrán la protección otorgada a los prisioneros de guerra conforme al III Convenio de Ginebra en el caso de ser capturados.

La aplicación de la definición legal de mercenario a las compañías de seguridad privada de la actualidad, es confusa. La definición exige que se reúnan la totalidad de los requisitos contemplados en el artículo 47 del Protocolo I. En síntesis, requiere que los mercenarios trabajen para un gobierno extranjero, participen directamente en un conflicto armado, en el que su propio Estado no es parte y que actúen animados por obtener un provecho personal y una retribución material. Sin embargo, como apunta Gómez del Prado, presidente del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación, "existen vasos comunicantes entre mercenarios "tradicionales" y las empresas de seguridad privada".¹⁴

¹⁰ El artículo 47 (2) del Protocolo Adicional I fue adoptado por consenso.

¹¹ Clapham, A., "Human Rights Obligations of Non-State Actors", Oxford University Press, Academy of European Law European University Institute, 2006, pg. 299.

¹² E/CN.4/2000/NGO/148, Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones, 22 de marzo de 2000.

¹³ Military Commissions Act 2006.

¹⁴ Cuarto período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 21 de marzo de 2007, Ginebra, pg. 2.

La característica que principalmente induce a confundirnos proviene de la exigencia de que “tomen parte directa en las hostilidades”, recogida en el artículo 47 del Protocolo I de 1977. La definición de mercenario en los tratados internacionales parte de la premisa de que el mercenario está “específicamente” reclutado con el fin de participar en un conflicto armado. La pregunta es si las agencias militares privadas son reclutadas para participar directamente en un conflicto armado. Los servicios que ofrecen estas compañías son inherentemente militares. De ahí que hayan sido actores determinantes en conflictos como el de Angola, Croacia, Etiopía, Eritrea o Sierra Leona. La discusión en torno a qué comportamientos constituyen participación directa en las hostilidades y qué comportamientos no pueden ser considerados participación directa es inagotable. No hace falta más que explorar los diferentes seminarios, reuniones y propuestas para concluir que estamos ante una de las cuestiones más delicadas del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo. En la gran mayoría de los debates se discuten hipótesis concretas y se plantea más de una solución, muchas veces, contrapuestas¹⁵.

Durante la Conferencia Diplomática para la elaboración del Protocolo I algunos países se mostraron contrarios a la definición de mercenario que acabamos de recoger. Tal y como explican Henckaerts y Doswald-Beck, durante la Conferencia para la adopción de los Protocolos Adicionales de 1977 países como Afganistán, Camerún, Mauritania, Nigeria y Zaire - mayoritariamente Africanos - se mostraron contrarios a la definición del Protocolo I. Los Países Bajos no aceptaron la idea de la “motivación” y el conjunto de ideas que vienen después en dicho párrafo¹⁶.

No es casual que en el mismo año, en África, en el seno de la Organización para la Unidad Africana se adoptara el Convenio de la OUA para la Eliminación del mercenarismo en África de 3 de julio de 1977, en vigor desde el 22 de abril de 1985.¹⁷ El Convenio es el tratado internacional que con mayor vigor penaliza la actividad de los mercenarios porque tipifica estas acciones como crímenes contra la paz y la seguridad en África. Su artículo 1 dispone:

“1. Es mercenario toda persona que:

- a) Haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado;
- b) De hecho, participe directamente en las hostilidades;
- c) Participe en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material;
- d) No sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) No sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto; y
- f) No haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea parte en conflicto.

El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y el tratado africano difieren en algunos aspectos. En el primero la promesa de la retribución material debe ser “considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las

¹⁵ Quéguiner, J.F., “Direct participation in hostilities under International Humanitarian Law”, International Humanitarian Law Research Initiative, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, noviembre 2003.

¹⁶ Henckaerts, J.M., y Doswald-Beck, L., “Customary International Humanitarian Law”, vol. I, International Committee of the Red Cross y Cambridge University Press, 2005, pg. 392.

¹⁷ Convenio de la Organización para la Unidad Africana sobre la Eliminación del mercenarismo en África, Julio de 1977.

fuerzas armadas del Estado parte". El tratado africano, por el contrario, tan sólo se refiere a la promesa de una retribución material, independientemente de que sea superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado. Hay otra diferencia sustancial: el convenio africano, después de dar la definición de mercenario, en la misma disposición, penaliza la actividad. Cosa que no ocurre en el Protocolo I de 1977. De modo que en el marco de la Organización para la Unidad Africana tipifica específicamente el mercenarismo como delito. En la aplicación del Convenio los Estados parte deberán adoptar medidas legales para eliminar las actividades de los mercenarios.

El Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios de 1989

En 1989, después de nueve años de debate, la ONU aprobó el Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios. Hasta la fecha lo han ratificado treinta Estados: Azerbaijón, Barbados, Bielorrusia, Camerún, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chipre, Georgia, Guinea, Italia, Liberia, Libia, Maldivas, Malí, Mauritania, Moldavia, Nueva Zelanda, Perú, Qatar, Arabia Saudí, Senegal, Seychelles, Surinam, Togo, Turkmenistán, Ucrania, Uruguay y Uzbekistán. Entró en vigor el 20 de octubre de 2001, una década después de su aprobación. Los Estados que lo han ratificado no son precisamente las grandes potencias. Esto refleja las tensiones internacionales entre Occidente y los países en vías de desarrollo. Se pone de manifiesto el deseo de Occidente de tolerar la actividad de los mercenarios más allá de sus fronteras¹⁸.

Pocos años antes, en 1987, la Comisión de Derechos Humanos había nombrado un Relator Especial sobre los mercenarios para que examinase los efectos negativos de la actividad de los mercenarios, recabase información exacta de los gobiernos y organizaciones no gubernamentales y fomentase la ratificación de la Convención Internacional.

El Convenio define las acciones como ofensas y establece acuerdos de extradición para hacer frente a las violaciones del Convenio. Contiene una definición amplia sobre lo que es mercenario. Recoge el término del artículo 47 del Protocolo I y dispone que "Se entenderá también por "mercenario" toda persona en cualquier situación:

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

¹⁸Kinsey, C., "Corporate Soldiers and International Security, The Rise of Private Military Companies", Routledge, Londres, 2006, pp. 134 y ss.

Aunque la definición del Convenio elaborado por Naciones Unidas es extensa, las normas existentes no regulan de forma adecuada las variadas actividades de las empresas militares y de seguridad privada. La segunda forma de mercenarismo incluida en este Convenio se refiere específicamente a la participación en un acto concertado de violencia con el fin de derrocar a un gobierno o socavar la integridad territorial de un Estado¹⁹. Reunir las condiciones de este Convenio en la actualidad es tan complicado que paradójicamente ha facilitado la labor de las empresas de seguridad militar y privada, que han conseguido no ser objeto de persecución y quedar en una especie de limbo jurídico. Además, los tratados internacionales centran la definición en la idea de que el individuo haya sido especialmente reclutado para actuar en un determinado conflicto armado. Sin embargo, las compañías de seguridad privada reclutan empleados para largos periodos o basados en contratos no vinculados a un conflicto en especial²⁰.

La resistencia a controlar la condición de mercenario se refleja en el proceso de negociación para aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En los trabajos preparatorios a la aprobación del Estatuto de Roma no hubo apoyo suficiente para introducir como crimen de guerra el hecho de ser mercenario²¹. De modo que en la actualidad contamos con la definición de mercenario del Protocolo I de 1977 y la del Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios de 1989; ahí se agota su régimen jurídico. Ninguno de estos dos tratados internacionales es Derecho consuetudinario porque el número de Estados parte es reducido. No son normas generalmente admitidas por los Estados.

No obstante, varios Estados insisten en la necesidad de alcanzar un marco jurídico internacional relativo a los mercenarios y en este sentido, la Comisión de Derechos Humanos promueve relevantes reuniones de expertos²². A raíz de estas reuniones se ha venido sugiriendo que se debería ampliar la definición de mercenario. La respuesta a dicha sugerencia ha sido que deberían encontrarse modos de proteger la legitimidad de las agencias de seguridad privada cuando son contratadas por gobiernos, las Naciones Unidas o multinacionales. Es decir, superar la criminalización para pasar a nuevas formas de regulación y rendición de cuentas²³.

Definiendo las empresas de seguridad privada

En la comunidad internacional surgió el concepto de empresas de seguridad privada (Private Military Companies) cuando en Angola, en 1993, la compañía Executive Outcomes (EO) - originaria de Sudáfrica - fue contratada con el objetivo de que ocupara la región de Soyo, área con reservas de petróleo bajo control de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (UNITA). El objetivo era básicamente estratégico. Por esta razón decimos que estas empresas inciden en la seguridad y en el contexto político de los Estados débiles²⁴. En una expresión recurrente en la actualidad, actúan como "fuerzas multiplicadoras" respondiendo a una cadena de mando. A través de ellas se pretende alcanzar una ventaja militar. En palabras de Spicer "las empresas militares privadas son los militares oficiales transformados en el sector privado en forma de negocio".²⁵

¹⁹ Singer, P. W., "War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law", op. cit., p. 531.

²⁰ Un ejemplo de un contrato de este tipo (Papua Nueva Guinea- Sandline International) se encuentra en Singer, P., "Corporate Warriors, The Rise of the Privatized Military Industry", Cornell University Press, Ithaca, Londres, 2003, pp. 245-254.

²¹ Propuesta de Comoros y Madagascar, UN Doc. A/CONF. 183/C.1/L.46, 3 de julio de 1998.

²² El Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, fue establecido en julio de 2005 conforme a la Resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos. Sucedió en su mandato al Relator Especial sobre la utilización de mercenarios, vigente desde 1987 hasta 2005.

²³ Sobre los debates políticos en la Organización de las Naciones Unidas y la Organización para la Unidad Africana sobre los mercenarios y la adopción del artículo 47 del Protocolo I ver Cassese, A., "Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?", 40 ZaöRV, 1980, pp. 1-30.

²⁴ Shearer, D., "Private Armies and Military Intervention", en Adelphi Paper 316, 1998, pp. 25-26.

²⁵ Spicer, T., "An Unorthodox Soldier", Mainstream Publishing, Londres, 1999, p. 165. "PMCs are the official military transformed into the private sector in a business guise".

Hay un debate en torno a la constelación de este tipo de empresas y cómo identificarlas. Empresas militares privadas (Private Military Companies y su acrónimo PMC), empresas de seguridad privada (Private Security Companies y su acrónimo PSC). En términos generales, las primeras llevan a cabo funciones militares, mientras que las segundas ejercen funciones policiales. Sin embargo, es complicado mantener la distinción si observamos la variedad de servicios que prestan y la creciente nebulosa entre los papeles militares tradicionales y otras funciones relacionadas con la seguridad en los conflictos contemporáneos²⁶. No hay una línea clara de qué tipo de actividad se convierte en “militar”.

Los mercenarios en el plano nacional

En el plano internacional lo deseable es que la comunidad internacional se sometiera a las pautas marcadas por la ONU y el Grupo de Trabajo sobre la materia con el objetivo de firmar un acuerdo internacional específicamente destinado a regular la actividad de las agencias de seguridad privada. Puesto que por el momento no es factible y ya hemos analizado lo que nos ofrece el Derecho internacional al respecto, debemos explorar el plano del ordenamiento interno de los Estados.

El mercado de la seguridad privada también afecta al plano interno de los Estados, que deben controlar la violencia exportada desde su territorio. Los Estados, por naturaleza, necesitan vigilar la distribución de sus servicios en el exterior, también los servicios de seguridad privada. Precisamente este tipo de servicios, con más razón, puesto que se trata de información sobre la organización militar y operativa que podría afectar a su propio país.

Los ordenamientos jurídicos estatales no hacen referencia a las actividades de las compañías de seguridad privada, y si lo hacen, es de manera deficiente. Además, las legislaciones de los Estados no coinciden en la definición de mercenario. Algunos inciden en la idea de la participación en el conflicto y otros, por el contrario, no mencionan dicha condición. Los Manuales Militares de Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Países Bajos, Nueva Zelanda, España y Yugoslavia recogen la definición del Protocolo I, sin embargo, los de Camerún, Alemania, Kenya y el Reino Unido únicamente se refieren al deseo de obtener un lucro privado, sin requerir la promesa de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado o funciones similares a las fuerzas armadas. Asimismo, Estados de la Antigua Unión Soviética como Armenia, Azerbaijón, Bielorrusia, Georgia, Kazajistán, Hyrgyzstán, Moldavia, Rusia, Tajikistán, Ucrania y Uzbekistán, definen a los mercenarios exclusivamente por su deseo de obtener un lucro privado, sin más requisitos.

Nos referiremos específicamente a la regulación de Estados Unidos puesto que el mercado está dominado por este país. La Neutrality Act (1939) de Estados Unidos prohibía el reclutamiento de mercenarios dentro del país y no se ocupaba de la venta de los servicios militares. Esta Ley fue una respuesta a un conjunto de circunstancias sociales en las que no se tenían en cuenta las compañías de seguridad privadas puesto que no existían.

Se intentó cubrir el vacío con la llamada Military Extraterritorial Jurisdiction Act (2000), (Ley sobre la Jurisdicción Militar Extraterritorial) aplicable a los civiles que sirven al ejército de los Estados Unidos fuera del país. Las características de la Ley estadounidense son dos:

a) Se aplicará únicamente respecto a los crímenes cometidos en el extranjero que conlleven, como mínimo, un año de prisión. Si exploráramos la legislación penal de Estados Unidos, muy probablemente, muchos actos que hoy se cometen en Irak (asaltos, vejaciones, interrogatorios en centros de detención) no conlleven condenas superiores a un año de prisión.

²⁶ Avant, D., “The Market for Force. The Consequences of Privatizing Security”, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005, p. 1.

b) La Ley únicamente cubre a las empresas que trabajen directamente para el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. No contempla a las empresas que trabajen para otro Departamento del país ni a las empresas trabajando para un gobierno extranjero. Por tanto, si una empresa estadounidense comete una infracción en el extranjero, salvo que esté prestando sus servicios militares al Departamento de Defensa, puede quedar impune a los ojos de Estados Unidos porque esta situación no está contemplada en su legislación interna y menos aún en la legislación internacional, siendo la única alternativa que le procese el Estado en el que han ocurrido los hechos²⁷. Los contratos con la CIA, por ejemplo, quedan exentos de la aplicación de esta Ley.

En el año 2000 el Departamento de Defensa estadounidense defendió la necesidad de esta Ley alegando que la legislación debía adaptarse al nuevo escenario en Irak. Se habían desplegado dos mil empleados civiles en áreas de combate iraquíes y se requería una normativa adicional por la posible comisión de delitos. Siete años después, más de veinte mil empleados trabajan para las fuerzas de Estados Unidos en funciones de seguridad, interrogatorios, etc. La Ley de 2000 es escasa y no cubre todos los abusos - y abusadores. En los casos en los que no es aplicable la Military Extraterritorial Jurisdiction Act (2000), la responsabilidad penal es opaca.

Sudáfrica es el único país cuya legislación prohíbe expresamente a los nacionales vender su preparación militar a un país extranjero inmerso en un conflicto armado. En 1995 el gobierno aprobó una Ley que controlaría la prestación de asistencia militar no autorizada a cualquier país en conflicto. La Ley se adoptó debido al impacto internacional - negativo - de Executive Outcomes en Angola y Sierra Leona y de otras compañías sudafricanas que operaron en África. La Regulation of Foreign Military Assistance Act (1998) convirtió a Sudáfrica en uno de los pocos países que regula la asistencia militar extranjera e ilegaliza la actividad de los mercenarios²⁸.

Por el momento, las limitaciones de la comunidad internacional para regular la actividad de las compañías de seguridad privada trasladan el problema al plano intraestatal. La aproximación estatal no exige la cooperación de otros países y en un principio resulta más sencilla de aplicar. Tiene la ventaja de que no depende de la negociación internacional, que frecuentemente se traduce en la aceptación de un común denominador mínimo y poco efectivo. Sin embargo, en el intento de reforzar las regulaciones internas de los Estados surgen tres problemas fundamentales que vamos a exponer.

El primer problema deriva de la forma en la que se organizan las compañías militares de seguridad. Se trata de negocios que necesitan poca infraestructura y están orientados a prestar servicios a nivel global. Con el objetivo de evitar la legislación de un país determinado, las empresas de seguridad privada pueden transformarse o recolocarse.

El segundo problema en torno a las leyes nacionales relativas a las empresas de seguridad privada es que dichas leyes son exigibles fuera del territorio del Estado. Las autoridades locales en los Estados fallidos no tienen ni el poder ni los medios para exigir responsabilidad a estas empresas. No controlan su propio territorio; menos aún las acciones de una compañía extranjera operando en él. Incluso puede ser que no las quieran controlar porque operan en su favor. De modo que la exigencia de responsabilidad debe ser extraterritorial, que dimane del Estado de origen de la empresa.

En tercer lugar, la debilidad del Derecho interno de los Estados deriva de la propia debilidad del Derecho internacional. Los ordenamientos de gran número de Estados ignoran el fenómeno de las compañías privadas, remitiéndose al Derecho internacional, que como vemos, es endeble en esta materia.

²⁷ Singer, P., "War Profit and the Vacuum of Law: Private Military Firms and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law Association*, vol. 42, No. 2, p. 532.

²⁸ *Republic of South Africa Government Gazette*, No. 15, 1998: Regulation of Foreign Military Assistance Act (1998).

La responsabilidad, ¿es del Estado?

Si analizamos las funciones que llevan a cabo también podrían ser consideradas agentes del Estado²⁹. Singer les llama “actores cuasi-estatales” del escenario internacional³⁰. Entonces, serían aplicables las normas generales sobre la responsabilidad estatal. Precisamente, en el Derecho internacional es la responsabilidad pública del Estado la que legitima su poder coercitivo. La pregunta es hasta qué punto el Estado ejerce un control sobre ellos. ¿Puede ser considerada una conducta del Estado en el contexto del Derecho internacional de los Derechos Humanos?

Henckaerts y Doswald-Beck recogieron e identificaron las normas del Derecho Internacional Humanitario que hoy se pueden considerar consuetudinarias. Gracias a su ingente y clarificador trabajo de recopilación, hoy podemos consultar en su texto las reglas de los Convenios de Ginebra que son consuetudinarias. La Regla 149 dice:

“Un Estado es responsable por las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que le sean atribuibles, incluyendo:

- a) Las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas;
- b) las violaciones cometidas por las personas o entidades capacitadas por el Estado para ejercer la autoridad gubernamental;
- c) las violaciones cometidas por personas o grupos actuando bajo las instrucciones del Estado, o bajo su dirección o control; y
- d) las violaciones cometidas por personas privadas o grupos que reconoce y adopta como conducta propia del Estado³¹.

Se reconoce esta regla como norma de Derecho consuetudinario aplicable a las infracciones cometidas tanto en conflictos armados internacionales como internos. Como Derecho consuetudinario goza de una aplicabilidad general, independientemente de que los Estados se hayan sometido a la regla a través de un tratado internacional.

Sin embargo, en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Ilícitos Internacionales³² se exige, en todo caso, que se trate de la conducta de un órgano del Estado. Los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado establecen ciertos principios generales para determinar las conductas atribuibles al Estado a la luz del Derecho internacional. Contiene reglas específicas sobre la atribución de los hechos ilícitos siempre teniendo presente el ejercicio de la función pública. Probar el vínculo entre las empresas de seguridad militar y el Estado no sería fácil.

²⁹ Shearer, D., “Outsourcing War”, *Foreign Policy*, 1998, pp. 68-81.

³⁰ Singer, P., “Privatized Military Firms...”, *op.cit.*, p. 532.

³¹ Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L., “Customary International Humanitarian Law”, pag. 530.

³² Dumberry, P., “New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement”, en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 3, pp. 605-621.

Los principios generales de los derechos humanos y la privatización del uso de la fuerza

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece estándares y normas que deben ser puestos en práctica, en primer orden, a nivel nacional. La transposición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se traduce en normas de Derecho Constitucional y Penal que sancionan los abusos y las violaciones de los Derechos Humanos. En un principio, los Derechos Humanos vinieron a regular la relación entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción.

Ahora bien, además de la relación del individuo con su Estado, la internacionalización de los Derechos Humanos ha venido a diseñar las relaciones entre los Estados. Las violaciones de los derechos humanos pueden constituir una amenaza a la paz y esto otorga al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la competencia para responder bajo el Capítulo VII de la Carta. Junto al marco de la Carta de las Naciones Unidas, se han desarrollado mecanismos cuasi-judiciales en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto es, los tratados - el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio sobre la discriminación contra al mujer de 1979, el Convenio contra la Tortura de 1984 y el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 - instituyen los órganos llamados "Comités". Individuos y grupos pueden denunciar la violación de los Derechos Humanos ante estos Comités. Son los mecanismos convencionales o la protección convencional - porque nacen de las convenciones - para la protección de los derechos humanos.

Finalmente, lo más relevante de este resumen, a los efectos de nuestro análisis, es lo siguiente. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos también define las relaciones entre los individuos obligándoles a respetarse mutuamente. Si bien son los Estados los que firman y ratifican los tratados internacionales, no son ellos los únicos sujetos a las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Empezando por el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "todas las personas tienen deberes frente a la comunidad".

Esta responsabilidad aún no está formulada o traducida en mecanismos concretos, sin embargo, la han subrayado tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Comentarios Generales 12 (derecho al alimento), 14 (derecho a la salud) como el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General 31 (sobre la naturaleza de las obligaciones legales impuestas a los Estados parte)³³. Asimismo, los dos Protocolos Adicionales al Convenio sobre los Derechos del niño imponen obligaciones directas a los actores no estatales en relación a los niños soldados y a la pornografía infantil y explotación infantil³⁴. Detrás de esta idea subyace la obligación de los actores no estatales de respetar los derechos humanos. El principio de que cualquier obligación jurídica requiere el consentimiento de las partes implicadas se abandonó en el Derecho Internacional³⁵. El conjunto de normas que se recogen en los tratados las aceptan los Estados parte y son aplicables a todos los sujetos que allí se contemplan, no sólo Estados.

³³ General Comment No. 31, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant*, "However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant", CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párrafo 8.

³⁴ Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000) y Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil (2000). Ver Roseman, N., "The privatization of Human Rights Violations", op.cit., pp. 89-91.

³⁵ Tomuschat, C., "The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements", en Fischer, H., Froissart, U., Heintschel von Heinegg, W., y Raap, C., (eds), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz- Crisis management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2004, pp. 573-591, pg. 586.

Conclusiones: regular y rendir cuentas

La actividad de las empresas de seguridad militar es una forma de mercenarismo adaptada a los nuevos conflictos armados. Ahora es tiempo de que se adapte el Derecho Internacional. La práctica de los Estados e incluso de las organizaciones internacionales reconoce que las agencias de seguridad privada son actores que juegan un papel relevante en la seguridad internacional³⁶. Son considerados cuasi-agentes del Estado y deben estar sujetos a ciertos derechos y obligaciones que operan en más de cincuenta países.

Las empresas de seguridad privada viven en una especie de anarquía legal. Si el Derecho no les concede algún tipo de garantía, los mercenarios percibirán que están fuera de la ley, sin derechos, pero también sin obligaciones ni control. No existe un régimen claramente aplicable. Esto significa, tanto que su actividad puede quedar impune como que pueden ser calificados como criminales de guerra si son capturados. El traspaso de los deberes de seguridad de las autoridades públicas a las empresas privadas es un intento de evitar responsabilidad. Ahora bien, el poder coercitivo se considerará legítimamente utilizado si se observan unos estándares de legalidad y responsabilidad.

La comunidad internacional ha asumido que lo civil y lo militar deben cooperar; ya no se pregunta si se debe intervenir o no en el plano humanitario, sino cómo (de ahí la responsabilidad de proteger), siempre desde el plano Estado; sin embargo, está pendiente el debate en torno a la relación de la acción humanitaria con dichas empresas. Encontramos un ejemplo significativo en el Suroeste de Kosovo, en el que la compañía de seguridad militar privada Armor Group (Estados Unidos) ejerce de agencia líder en la coordinación de las actividades de desminado, que es considerada una operación humanitaria³⁷. Por otra parte, la seguridad como negocio no afronta las causas de la violencia. La seguridad se vende como un producto o un servicio, pero no como el resultado de un consenso social. Incluso estas empresas pueden intensificar la violencia entre facciones.

Proponemos avanzar en una dirección concreta, esto es, en la búsqueda de nuevas formas de regulación y rendición de cuentas de las agencias de seguridad privada³⁸. Fomentar la percepción de criminalidad respecto de las mismas es una dirección equivocada. Una opción es que las propias compañías se sometan a un código de conducta. La autorregulación a través de códigos de conducta es una alternativa, - de hecho, algunas compañías de seguridad privada han suscrito el código de conducta del Comité Internacional de la Cruz Roja - pero también es altamente controvertido en diferentes aspectos. Dicho código de conducta nunca sería legalmente vinculante, ni conseguiría sancionar a las compañías.

En el marco de las operaciones de paz, en las que actúan los miembros de las fuerzas armadas de los Estados y de manera creciente personal civil, la tendencia presente y futura será fijar con mayor claridad sus obligaciones, sus derechos e incluso las formas de depurar su responsabilidad. Los avances en este sentido son una reacción y una respuesta a las violaciones de los derechos humanos por parte de los cascos azules en la década de los noventa. Para prevenir que nos escandalicemos por la impunidad de las agencias de seguridad privada será mejor que la comunidad internacional, en un futuro cercano, se dote de un instrumento eficiente.

³⁶ Kinsey, C., "Corporate Soldiers and International Security, The Rise of Private Military Companies", Routledge, Londres, 2006.

³⁷ ArmorGroup, <http://www.armor-mine-action.com>

³⁸ Clapham, A., "Human Rights Obligations on Non-State Actors", op. cit., pg. 301.

Los comentarios de FRIDE ofrecen un análisis breve y conciso de cuestiones internacionales de actualidad en los ámbitos de la democracia, paz y seguridad, derechos humanos, y acción humanitaria y desarrollo. Todas las publicaciones de FRIDE están disponibles en www.fride.org

Las ideas expresadas por los autores en los documentos difundidos en la página web no reflejan necesariamente las opiniones de FRIDE. Si tiene algún comentario sobre el artículo o alguna sugerencia, puede ponerse en contacto con nosotros en comments@fride.org

Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior
C/ Goya, 5-7 pasaje 2ª – 28001 Madrid – Telf: 91 244 47 40 – Fax: 91 244 47 41 – E-mail : fride@fride.org
www.fride.org