

Promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas

Benjamin Perrin

Benjamin Perrin es Fellow de la Fundación Max Stern y titular de la beca Wainwright en el Instituto de Derecho Comparativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill (Montreal)

Resumen

Las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) se han convertido en entidades omnipresentes en los conflictos armados modernos y en las situaciones posbélicas de reconstrucción. Entre sus diversos clientes se cuentan Gobiernos de países tanto desarrollados como en desarrollo, beligerantes no estatales, sociedades internacionales, organizaciones no gubernamentales, las Naciones Unidas y personas particulares. Las repercusiones que la proliferación de EMSP tiene para el derecho internacional humanitario (DIH) y los derechos humanos apenas comienzan a vislumbrarse, a medida que salen a la luz posibles violaciones y abusos cometidos por empleados suyos en Irak y en Afganistán. El autor somete a un examen crítico los riesgos teóricos que comporta la actividad de las EMSP por lo que respecta a las violaciones del DIH y de los derechos humanos, así como los factores que las incitan a cumplir esas normas. Se presentan asimismo pruebas empíricas que amplían este marco teórico. Aplicando un modus operandi multidisciplinario, el autor se sirve del derecho, de la teoría de las relaciones internacionales, la criminología, la economía, la estrategia empresarial y la economía política, así como de la psicología y la sociología, para analizar los “factores de riesgo” y los “estímulos al cumplimiento”, que compiten entre sí e interactúan en cada nivel de la actividad de las EMSP y que aumentan o reducen la probabilidad de que se produzcan violaciones del derecho. El autor utiliza

luego las conclusiones alcanzadas para evaluar las nuevas iniciativas que se han tomado fuera del ámbito jurídico, relacionadas con las EMSP, como son el programa elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y la creación de la Asociación Internacional de Operaciones de Paz.

.....

Introducción

Las empresas de seguridad privadas¹ y las empresas militares privadas² se han convertido en entidades omnipresentes en los conflictos armados modernos y en las situaciones posbélicas de reconstrucción³. Las repercusiones de esta proliferación de empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para el derecho internacional humanitario (DIH)⁴ apenas comienzan a vislumbrarse, a medida que salen a la luz las posibles violaciones y abusos cometidos por sus empleados⁵.

Pese a la abundante bibliografía jurídica y de las ciencias políticas sobre las EMSP, todavía no se ha realizado un análisis verdaderamente sistemático

- 1 Las empresas de seguridad privadas son compañías que proporcionan protección armada defensiva de instalaciones o personas, pueden defenderlas de los ataques de guerrilleros o prestar servicios de guardaespaldas. En cambio, los proveedores de servicios no letales (PSN) proporcionan apoyo logístico, como servicios de desminado, lavandería y gastronomía. Doug Brooks, "Protecting people: The PMC potential: Comments and suggestions for the UK Green Paper on regulating private military services", 25 de julio de 2002, pp. 2-3.
- 2 Las empresas militares privadas (EMP) comprenden tanto las "EMP activas, dispuestas a llevar armas en combate, como las EMP pasivas, que se ocupan de cuestiones organizativas y de adiestramiento". *Ibíd.*
- 3 Se prevé un crecimiento del sector de 55.600 millones de dólares EE.UU. en 1990, a 210.000 millones de dólares, en 2010. Paul Keilthy, "Private security firms in war zones worry NGOs", 11 de agosto de 2004, en AlertNet, <http://www.alertnet.org/>. (Consultado el 23 de octubre de 2006).
- 4 Los miembros del personal de las empresas militares y de seguridad privadas deben respetar el derecho internacional humanitario y pueden ser enjuiciados si cometen crímenes de guerra." V. "El CICR fortalece sus relaciones con empresas de servicios militares y de seguridad privadas", Comité Internacional de la Cruz Roja, 9 de septiembre de 2004, en línea en <http://www.cicr.org/> (consultado el 23 de octubre de 2006).
- 5 V.g., en Afganistán: *United States v. Passaro*, N.º 5:04-CR-211-1, 2004 WL 1431014 (E.D.N.C.) (contratista de la Agencia Central de Inteligencia acusado de dos cargos de agresión con arma peligrosa y con intención de causar lesiones corporales, y dos cargos de agresión con lesiones corporales graves contra un detenido); Shaista Shameem, "Informe de la Relatora Especial: Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación", Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/14, 8 de diciembre de 2004 (en septiembre de 2004, un tribunal afgano declaró a tres contratistas estadounidenses culpables de tortura, de dirigir una cárcel privada y de efectuar detenciones ilegales); en Irak: general de División Taguba, *Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade*, 2004, en línea en http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf (Informe Taguba, en el que se implica a interrogadores y traductores de compañías militares y de seguridad privadas en malos tratos a prisioneros irakíes cometidos en el centro de detención de Abu Ghraib) (consultado el 23 de octubre de 2006); pero, v. HC 577 Private Military Companies: Options for Regulation 2001-02, Foreign and Commonwealth Office (United Kingdom) (HC 577 Empresas Militares Privadas: Opciones de Reglamentación 2001-02, Ministerio de Asuntos Extranjeros y de la Commonwealth, Reino Unido), The Stationary Office, Londres, 12 de febrero de 2002, pp. 17, 19 (en adelante, Opciones de Reglamentación del RU) (a menudo, las compañías militares y de seguridad privadas respetan el derecho internacional humanitario y los derechos humanos mejor que los ejércitos nacionales o las fuerzas de mantenimiento de la paz).

que esclarezca los riesgos teóricos que conlleva la actividad de esas empresas por lo que respecta a las violaciones del DIH y los factores que las incitan a respetar esas normas. El resultado es un cuadro incompleto, que no da adecuadamente cuenta de la compleja relación que existe entre cada componente de la actividad de las EMSP y sus repercusiones en el cumplimiento del DIH. A esta laguna en la bibliografía, se suma el agravante del escaso uso que se ha hecho de las herramientas multidisciplinarias de análisis pertinentes y de pruebas empíricas.

Conscientes de estas preocupaciones, en el presente artículo nos proponemos identificar y examinar críticamente los “factores de riesgo” y los “alicientes para el cumplimiento” (o incentivos) que rivalizan entre sí e interactúan en cada nivel de las actividades de las EMSP, y que aumentan o reducen la probabilidad de que se produzcan violaciones del DIH. Los niveles de análisis pertinentes son: (i) Estados donde se constituyen las EMSP; (ii) Estados donde se recluta al personal de las EMSP; (iii) Estados donde las EMSP operan efectivamente; (iv) clientes de las EMSP; (v) la industria de las EMSP en su conjunto; (vi) EMSP individuales (con inclusión de sus oficiales y directores); y (vii) los empleados de las EMSP. En cada uno de esos niveles, se analizan los principales factores de riesgo y los estímulos para hacer cumplir las normas, desde las perspectivas multidisciplinarias pertinentes, como son el derecho, las relaciones internacionales, la criminología, la economía, la gestión y la economía política, así como la psicología y la sociología. Se ofrecen pruebas empíricas que ilustran los resultados teóricos. Esta investigación concluye con el establecimiento de una relación entre dichos resultados y los nuevos enfoques que están planteándose *fuera* del derecho formal con el fin de promover la observancia del DIH por las EMSP.

El marco de cumplimiento: factores de riesgo y estímulos para el cumplimiento

Elke Krahmman, experta en relaciones internacionales, describe la “fragmentación funcional” de la seguridad mundial, que se aleja del modelo centrado en el Estado, para adoptar otro modelo de “autoridades múltiples y separadas, con inclusión de actores públicos o privados”⁶. En ningún ámbito es más evidente este fenómeno que en la actividad de las EMSP, con sus numerosas fuentes potenciales de normatividad. Existe el riesgo de que cada actor contribuya a una violación del DIH *in situ*, pero paradójicamente esos actores cuentan, al mismo tiempo, con poderosos incentivos para promover la observancia de las normas. El resultado de esta pugna entre riesgos e incentivos será lo que determinará en gran medida si se respeta el DIH. El objeto del presente análisis es examinar los principales riesgos en juego y los incentivos que los contrarrestan.

6 Elke Krahmman, “The privatization of security governance: Developments, problems, solutions”, 1/2003, *Arbeitspapiere zur internationalen Politik*, p. 6, en línea en <http://www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf> (consultado el 23 de octubre de 2006).

Estados donde se constituyen las EMSP

Casi todas las EMSP se han constituido en Estados Unidos, en el Reino Unido y en Sudáfrica⁷. Los Estados en que se han constituido pueden contribuir al riesgo de que se cometan violaciones del DIH a causa del fenómeno del “charter shopping” (búsqueda de otra carta o escritura de constitución), la debilidad de los regímenes extraterritoriales y la preponderancia de los intereses de la política exterior por encima de las preocupaciones relacionadas con el DIH. A la inversa, promover el cumplimiento del DIH es, por lo general, tan beneficioso para la reputación de esos Estados como para sus intereses económicos.

La contribución de los Estados donde se constituyen las EMSP al riesgo de las violaciones

“Búsqueda de otra carta”. Cuando el “entorno jurídico” se torna demasiado restrictivo, las compañías pueden trasladarse a una jurisdicción más favorable, iniciando un fenómeno económico conocido como “charter shopping” o búsqueda de otra carta de constitución⁸. Cuando las EMSP realizan este tipo de operaciones, pueden contribuir al riesgo de que se produzca una violación del DIH si, en el nuevo Estado donde se constituyen, “la reglamentación es, en el mejor de los casos, laxa, y a menudo, inexistente”⁹. Hay pruebas curiosas de que hubo operaciones de “charter shopping” después de que en Sudáfrica se aprobaran, en 1998, leyes que las EMSP calificaron de “reglamentación excesiva” y “torpes”¹⁰. Las empresas amenazaron con “tornarse muy nómadas, a fin de evadir las leyes, de alcance nacional, que consideren inapropiadas o excesivas”¹¹. Sin embargo, este riesgo no debe sobreestimarse, porque “las compañías que optan por establecer su sede en otro país para eludir escrutinios... lo hacen al precio de ser percibidas como ilegítimas”¹².

La debilidad de los regímenes de jurisdicción extraterritorial. Con la notable excepción de Estados Unidos y Sudáfrica, la mayoría de los Estados son renuentes a ejercer jurisdicción extraterritorial sobre sus EMSP¹³. Incluso cuando las leyes

7 Carlos Ortiz, “Regulating private military companies: States and the expanding business of commercial security provision”, en Kees van der Pijl y otros (dirs.), *Global Regulation: Managing Crises after the Imperial Turn*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, p. 211.

8 V., en general, Jacob S. Ziegel y otros, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3ª ed., vol. I, Carswell, Toronto, 1994, pp. 248–51.

9 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 218.

10 Brooks, nota 1 *supra*, p. 5. Sudáfrica está considerando la posibilidad de promulgar una legislación más estricta, que podría agravar esas preocupaciones: v. Prohibition on Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in an Area of Armed Conflict Bill, 2005 (South Africa) (archivo en poder del autor).

11 “Private military companies: Independent or regulated”, Sandline International, 28 de marzo de 1998, p. 3, en línea en <http://www.sandline.com/white/regulation.doc> (consultado el 24 de octubre de 2006).

12 Henry Cummins, “Perception and profit: Understanding commercial military and security service provision”, documento de trabajo, Centro de Estudios de Seguridad y Diplomacia: Universidad de Birmingham, 14 de junio de 2002, p. 6; v. también Opciones de Reglamentación del RU, nota 5, p. 21.

13 V., en general, Ortiz, nota 7 *supra*, pp. 217–218.

autorizan la reglamentación extraterritorial de las empresas nacionales, resulta muy difícil supervisarlas¹⁴. Dado que, por lo general, los Estados donde se constituyen las EMSP no quieren o no pueden supervisar la observancia del DIH por parte de sus EMSP (a menos que ellos sean asimismo clientes de esas compañías), se agrava el riesgo de que las violaciones no se detecten ni castiguen, lo que promueve una sensación de impunidad que puede aumentar las probabilidades de que se reiteren las violaciones del DIH.

Privilegiar los intereses de la política exterior. Las EMSP pueden constituir una extensión importante de la política exterior de los países donde han sido constituidas. Por ejemplo, la Lista de Municiones y el Reglamento sobre el Tráfico Internacional de Armas de Estados Unidos, que también rigen los contratos del servicio militar, se “actualizan y modifican con el fin de reflejar los cambios en los objetivos de la política exterior”¹⁵. En el decenio de 1990 a 2000, esos reglamentos prohibían a las EMSP domiciliadas en Estados Unidos trabajar para ciertas partes de ex Yugoslavia, y, en 2002, no se les permitía trabajar para el Gobierno de Zimbabue¹⁶. El Reino Unido ha declarado que “se reservaría la facultad de impedir que (las EMSP) suscribieran contratos que fuera en contra de los intereses o la política del RU”¹⁷. Incluso sin que existan reglamentaciones al respecto, algunas EMSP británicas aplican la “política manifiesta... de consultar al Gobierno antes de celebrar un contrato con un cliente extranjero”¹⁸.

Aunque tanto Estados Unidos como el Reino Unido han reconocido detallados compromisos en materia de derechos humanos y de DIH que rigen la actividad de las EMSP en códigos de conducta voluntarios, como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas sobre los “Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos”¹⁹, esas obligaciones brillan por su ausencia en la legislación nacional. Esto es un claro indicio de que la reglamentación nacional que rige la industria de las EMSP tiene muy poco que ver con la promoción del cumplimiento del DIH, sino que está orientada principalmente a proteger los intereses de política exterior y de seguridad nacional de los Estados en que se constituyen las EMSP.

Los incentivos de los Estados donde se constituyen las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Preocupaciones relacionadas con la reputación y las repercusiones diplomáticas. La bibliografía jurídica internacional sobre la observancia de las normas

14 Ellen L. Frye, “Private military firms in the new world order: How redefining “mercenary” can tame the “dogs of war”, *Fordham Law Review*, vol. 73 (2005), p. 2647.

15 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 213.

16 *Ibíd.*

17 Options for Regulation, RU, nota 5 *supra*, p. 25.

18 “We don’t operate in the shadows”, *Telegraph* (Reino Unido), edición 1632, 3 de diciembre de 1999, en línea en <http://www.telegraph.co.uk/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

19 V. Pacto Mundial de las Naciones Unidas, Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, publicado el 24 de junio de 1992, en línea en <http://www.unglobalcompact.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

postula, entre otras cosas, que los Estados “obedecen las leyes internacionales cuando ello conviene a sus intereses a corto o largo plazo”²⁰. En el caso que nos ocupa, los Estados donde se constituyen las EMSP “garantizarán el respeto”²¹ del DIH cuando ello convenga a su reputación. Hay pruebas evidentes de que la actividad reguladora nacional se pone en marcha cuando hay acusaciones de conductas impropiedades de las EMSP en el extranjero.

Sudáfrica fue objeto de presiones internacionales para que controlase a notorias empresas con sede en ese país —en especial, Executive Outcomes— lo que dio lugar a la aprobación de la Ley de Reglamentación de la Asistencia Militar Extranjera de 1998²². En el Reino Unido, el examen por el Parlamento de la reglamentación sobre las EMSP lo incitó el asunto de las “armas para África”, en el que participaba Tim Spicer, un ex coronel británico que trabajaba para la compañía Sandline International, con oficinas en Londres (ahora cerradas)²³. En Estados Unidos, hubo gran actividad legislativa tras el escándalo de los malos tratos de prisioneros en Abu Ghraib, en el que estaban implicados contratistas estadounidenses²⁴.

Interés económico en la legitimidad de las EMSP nacionales. Henry Cummins aduce que los Estados en que se constituyen las EMSP tienen interés económico en fomentar la percepción de que sus EMSP son lícitas²⁵. Si bien es verdad que muchos Estados donde se constituyen EMSP pueden beneficiarse de los ingresos fiscales y de la contribución de dichas compañías al producto interior bruto, no hay que sobreestimar la fuerza de este incentivo. También se basa en la presunción de que las EMSP “malas” no son lucrativas, concepto que se impugna más adelante en este artículo.

Estados de origen del personal de las EMSP

El personal de las EMSP proviene de un grupo de Estados cada vez más diversificado. Aunque tradicionalmente, la mayor parte del personal estaba formada por ex miembros de las fuerzas armadas de países desarrollados, la tendencia actual es a contratar a ex combatientes de países en desarrollo, como Colombia, Guatemala,

20 Harold Hongju Koh, “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, vol. 75 (1996), p. 199; pero, v. Markus Burgstaller, *Theories of Compliance with International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 157–65.

21 V. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio de Ginebra), en línea en <http://www.cicr.org> (consultado el 24 de octubre de 2006).

22 Ortiz, nota 7 *supra*, p. 215; Regulation of Foreign Military Assistance Act (South Africa), N.º 15, 1998.

23 Options for Regulation, RU, nota 5 *supra*, p. 6.

24 V., v.g., Ley sobre la responsabilidad de los contratistas, de 2004 (Estados Unidos), HR 4387, 18 de mayo de 2004; Ley de aclaración MEJA, de 2004 (Estados Unidos), 108º Congreso, 2º período de sesiones, HR 4390, 19 de mayo de 2004; Ley sobre la gestión civil de la estabilización y la reconstrucción, de 2005 (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, S 209, 31 de enero de 2005; Ley de fortalecimiento de la seguridad interna, de 2005 (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, HR 1361, 17 de marzo de 2005; Ley sobre la transparencia y la responsabilidad en la contratación de seguridad (Estados Unidos), 109º Congreso, 1º período de sesiones, 26 de abril de 2005; Ley Ronald W. Reagan sobre la autorización de la defensa nacional para el año fiscal 2005, S 2400, 1 864, 865, 1021.

25 V. Cummins, nota 12 *supra*, p. 9.

El Salvador, Nicaragua y Chile²⁶. En Irak, crece el reclutamiento de nacionales, con el efecto de que la relación entre el personal expatriado y el personal local es de 1:10. Esto ha causado problemas a compañías como Aegis Defense Systems, recientemente reprobada tras una auditoría del Gobierno de Estados Unidos, que determinó que la investigación de los antecedentes de sus empleados iraquíes no era suficientemente estricta²⁷.

La contribución de los Estados de origen del personal al riesgo de que se produzcan infracciones

Problemas de supervisión y débiles medidas para velar por el cumplimiento extraterritorial de las normas. Como ya se ha dicho con referencia a los Estados donde se constituyen las EMSP, los Estados de procedencia del personal tienen aún menos probabilidades de controlar las infracciones del DIH cometidas por sus ciudadanos en lugares geográficamente distantes. En la práctica, las alegaciones extraterritoriales de jurisdicción basadas exclusivamente en la nacionalidad del infractor son relativamente escasas.

Incentivos de los Estados de origen del personal para promover el cumplimiento de las normas

Repercusiones diplomáticas. A lo largo de la historia y hasta el presente, muchos Estados han optado por prohibir a sus ciudadanos que se embarquen en actividades militares en el extranjero sin la aprobación del soberano o del Estado. Esta actitud refleja preocupaciones relacionadas con la política exterior, incluidas las repercusiones diplomáticas causadas por la percepción de que esos Estados participan indirectamente en una guerra²⁸. En un caso reciente, Sudáfrica tenía la preocupación de que se pensara que apoyaba en forma indirecta la guerra liderada por Estados Unidos en Irak, así como un complot para dar un golpe de Estado en Guinea Ecuatorial, porque en esos países, había numerosos sudafricanos que trabajaban para las EMSP²⁹.

26 Sonni Efron, "Troops for hire", *Edmonton Journal*, 2 de agosto de 2005, p. E11 (Proquest); v. también Richard Norton-Taylor, "Army fears loss of top troops to private firms", *Guardian* (Reino Unido), 8 de agosto de 2005, en línea en Corpwatch, <http://www.corpwatch.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

27 Tony Capaccio, "U.S. military tightens rules for contractors in combat zones", *Bloomberg*, 27 de octubre de 2005, en línea en IPOA, <http://www.ipoaonline.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

28 V.,v.g., *A Proclamation Prohibiting His Majesties Subjects to Enter into the Service of Foreign Princes and Lands, Sovereign*, 1685-1688: James II, England and Wales, reproducida en *Early English Books Online: 1641-1700*, UMI, Ann Arbor, Mich., 1999-2005, p. 962:5; Penal Code (Sweden) (Código Penal de Suecia), 1999:36, c. 18: s. 4, en línea en Buffalo Criminal Law Center, <http://wings.buffalo.edu/law/bcl/sweden.pdf> (consultado el 24 de octubre de 2006); Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act 1978 (Australia), Ley N.º 13 de 1978, con sus modificaciones conforme a Ley N.º 104 de 2004, s. 6(1); Foreign Enlistment Act (Canada), R.S.C. 1985, c. F-28; Shameem, nota 5, p. 7 (Ley de Namibia).

29 Claude Voillat, "Private military companies: A word of caution", en línea en Humanitarian Practice Network, <http://www.odihpn.org/report.asp?ID52675> (consultado el 24 de octubre de 2006); v. también "Memorandum on the object of the Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in an Area of Armed Conflict Bill, 2005" (South Africa) (documento en poder del autor).

Sin embargo, es probable que los incentivos diplomáticos de los Estados de origen del personal sean más débiles que los alicientes similares de los Estados donde se constituyen las EMSP. Ello se debe al secretismo que reina en este sector industrial, lo que significa que las identidades del personal de las EMSP se mantienen normalmente en estricto secreto³⁰.

Estados donde operan las EMSP

Las EMSP tienen una importante presencia operacional en más de cincuenta Estados en todo el mundo³¹. Los incidentes más notorios en la actividad de las EMSP desde el final de la Guerra Fría han tenido lugar en ex Yugoslavia, Sierra Leona, Angola, Papúa Nueva Guinea, Afganistán e Irak. Algunos Estados, como Angola, incluso exigían a las empresas extranjeras que “velaran por su propia seguridad contratando empresas de seguridad privadas”³². Los Estados donde operan las EMSP disponen de incentivos relativamente fuertes para limitar las infracciones del DIH cometidas por esas compañías cuando actúan para clientes no estatales. Ahora bien, estos incentivos funcionan a condición de que el Estado donde opera la EMSP ejerza un control completo sobre su territorio, lo cual, durante un conflicto armado, suele ser dudoso.

La contribución de los Estados donde operan las EMSP al riesgo de infracciones de las normas

Pérdida del control completo sobre el territorio nacional; recursos insuficientes para la supervisión. El riesgo de que las EMSP violen las normas del DIH en los Estados donde operan se debe principalmente a consideraciones prácticas que se relacionan con la propia existencia del conflicto armado. Los Estados en que operan las EMSP suelen perder parte del control efectivo sobre su territorio nacional durante un conflicto armado y carecen de recursos suficientes para vigilar a las EMSP. Por ejemplo, como potencia ocupante, y, por ende, por desempeñar de hecho el papel del Estado donde operan las EMSP, las fuerzas armadas de Estados Unidos casi nunca han intervenido para ocuparse de acusaciones relacionadas con comportamientos incorrectos de las EMSP. De hecho, cuando los *marines* estadounidenses detuvieron a miembros del personal de Zapata Engineering en Faluya por disparar, supuestamente, de manera indiscriminada contra personas civiles, sólo lo hicieron cuando sus soldados fueron testigos presenciales directos de la supuesta infracción³³. Del mismo modo, en Afganistán, el Estado en el que

30 V.,v.g., CACI, “Employees in Iraq”, 4 de noviembre de 2004, en línea en http://www.caci.com/iraq_faqs.shtml (consultado el 24 de octubre de 2006).

31 Shameem, nota 5 supra, p. 12.

32 *Private Military Firms: Working Group on Private Military Companies*, Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF), Ginebra, 2004, p. 12.

33 “Army Chief notes “problematic” potential of armed contractors on the battlefield”, *Defense Daily International*, vol. 6, ed. 35, 9 de septiembre de 2005, p. 1 (Proquest).

operan las EMSP, es decir, Estados Unidos, comenzó a investigar y enjuiciar a los empleados de las EMSP por presuntas infracciones sólo tras haber recuperado casi por completo el control sobre su territorio³⁴.

Además, es probable que las EMSP contratadas por partes adversarias en el conflicto sean simplemente tratadas como “el enemigo”, y se haga por ello caso omiso de ellas como actor independiente con el cual dialogar acerca del cumplimiento del DIH.

Incentivos de los Estados en los que operan las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Proteger la base de apoyo político contra las infracciones. En la teoría de la economía política, se señala que los funcionarios gubernamentales reaccionan a situaciones que podrían afectar a sus intereses personales como políticos, como puede ser que su base política se debilite o se vuelva contra ellos³⁵. Por ejemplo, ciertos estudios empíricos han puesto de manifiesto una correlación directa entre los aumentos de los gastos de defensa y los ciclos electorales en Estados implicados en un conflicto armado³⁶. En consecuencia, los Estados donde operan las EMSP disponen de un incentivo para reglamentar la actividad de tales empresas que trabajan en su territorio, lo que está en consonancia con sus obligaciones según el DIH, “a fin de garantizar el respeto del DIH y ejercer lo que se conoce como ‘diligencia debida’, haciendo lo necesario para prevenir y castigar las infracciones cometidas por personas o entidades que operan en su territorio o desde él”³⁷.

En Papúa Nueva Guinea, las actividades de Sandline International se convirtieron en un importante tema electoral, tanto que “cada miembro del Parlamento que ocupaba un escaño tuvo que afrontar esa crítica, formara o no parte del Gobierno”³⁸. En Irak, la Autoridad Provisional de la Coalición respondió a la proliferación de las EMSP promulgando el Memorando N.º 17 de la Autoridad Provisional de la Coalición, por el que se exige, entre otras cosas, que todas las EMSP, sus oficiales y su personal se sometan a una investigación de antecedentes para “garantizar la identificación de elementos criminales u hostiles”³⁹. Las EMSP corren el riesgo de que se les incaute una fianza de 25.000 dólares EE.UU. y que se les suspenda o revoque la licencia de trabajo si existen motivos razonables para

34 En septiembre de 2004, tres miembros del personal de una empresa militar privada fueron condenados a 10 años de prisión por un tribunal afgano, que los declaró culpables de torturas, de dirigir una cárcel privada y de efectuar detenciones ilegales: Shameem, nota 5 *supra*, p. 14.

35 V., v.g., “Administrative & civil service reform”, World Bank Group, en línea en <http://www1.worldbank.org/prem/acr/mainpage.html> (consultado el 24 de octubre de 2006).

36 Alex Mintz y Michael D. Ward, “Electoral cycles and defence spending in Israel: An analysis of quarterly data”, in Andrew L. Ross (ed.), *The Political Economy of Defence: Issues and Perspectives*, Greenwood Press, Nueva York, 1991, pp. 135–7, 150–1.

37 CICR, nota 4 *supra*.

38 *Aita Ivarato v. Peti Lafanama and Electoral Commission of Papua New Guinea* [1998] PGSC 27 (28 de agosto de 1998) (Corte Suprema de Papúa Nueva Guinea) (PacLII).

39 “Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17: Registration Requirements for Private Security Companies (PSC)” (Irak), CPA/MEM/26 June 2004/17, 26 de junio de 2004, s. 2(5).

creer que han violado las leyes aplicables⁴⁰. Se les permite proseguir las operaciones si despiden de inmediato al personal que presuntamente violó las normas y si cooperan con los funcionarios encargados de aplicar la ley⁴¹.

Clientes

Los clientes de las EMSP son muy diversos y entre ellos hay Estados, grupos armados no estatales, empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y personas particulares⁴². Tim Spicer, el fundador de Sandline International, admitió, en forma ominosa, que “nuestros clientes quizás no sean elegidos democráticamente, tal y como entendemos ese concepto en Occidente, pero están apoyados”⁴³. A pesar de la diversidad de los clientes, hay cierto grado de similitud en los riesgos e incentivos relacionados con las EMSP que contratan.

Contribución de los clientes al riesgo de infracciones

“*Tercerización*” de los transgresores. Puede suceder que los clientes contraten a las EMSP para que realicen ciertas tareas a fin de poder distanciarse ellos, política o incluso jurídicamente, de actividades inapropiadas o impopulares, que llevan a cabo las empresas contratadas⁴⁴. Los criminólogos Ruth Jamieson y Kieran McEvoy argumentan que los Estados intentan “enmascarar su responsabilidad en crímenes del Estado a través de la “tercerización” tanto de los autores como de las víctimas”⁴⁵, incluso mediante “la utilización de mercenarios y firmas militares del sector privado para tercerizar las acciones ilícitas del Estado”⁴⁶. El politólogo Peter Singer está de acuerdo en que un riesgo clave de las EMSP es que “permiten a los Gobiernos realizar acciones que de otro modo no serían posibles, como las que no recibirían la aprobación legislativa o pública”⁴⁷. Los crímenes del Estado pueden limitarse gracias a su divulgación en los medios informativos, pero los criminólogos advierten que el poder de este control es variable, ya que depende de la alineación ideológica de

40 Ibid., ss. 3(3), 4(2)(b).

41 Ibid., s. 4(2)(b).

42 Hasta el CICR admite que contrata este tipo de empresas, pero “sólo en casos excepcionales y exclusivamente para la protección de instalaciones”. CICR, nota 4 supra.

43 Andrew Gilligan, “Inside Lt. Col. Spicer’s new model army”, *Telegraph* (Reino Unido), ed. 1276, 22 de noviembre de 1998, en línea en <http://www.telegraph.co.uk/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

44 Para un ejemplo de distanciamiento político general, v. Kevin A. O’Brien, “Leash the dogs of war”, *Financial Times*, 20 de febrero de 2002, en línea en *Global Policy Forum*, <http://www.globalpolicy.org> (la contratación por Estados Unidos de DynCorp para dirigir la fuerza de supervisión en Kosovo) (consultado el 24 de octubre de 2006).

45 Ruth Jamieson y Kieran McEvoy, “State crime by proxy and juridical othering”, *British Journal of Criminology*, vol. 45 (2005), p. 504.

46 Ibid.

47 P. W. Singer, “Outsourcing war”, *Foreign Affairs*, vol. 84, ed. 2 (2005), p. 119 (Proquest).

cada medio y de su acceso a las infracciones o de su habilidad para descubrirlas⁴⁸. Esta combinación de la dependencia de las EMSP para que hagan el “trabajo sucio” y la eliminación de la supervisión democrática es una perspectiva preocupante, que incrementa los riesgos de infracción del DIH.

También se ha señalado que “las grandes recompensas que se ofrecen por la captura de miembros de Al Qaeda en Afganistán han contribuido a la expansión de la actividad de las empresas de seguridad privadas en el país”⁴⁹. La perspectiva de la “recompensa” distancia aún más a Estados Unidos de las acusaciones de presuntos actos ilícitos, dado que no hay una relación directa entre esas activas EMSP y el Gobierno estadounidense.

Demanda en el mercado de servicios “agresivos” o “de mala fama”. Según la teoría económica, si el mercado demanda un servicio en particular, aparecerá un proveedor dispuesto a ofrecer sus servicios, siempre que le resulte lucrativo hacerlo. Incluso las propias EMSP han admitido que “la recompensa comercial que ofrece un posible cliente particular puede ser sencillamente demasiado grande para que la compañía no haga caso, o tal vez la compañía es inconformista y le interesa más trabajar para grupos rebeldes no reconocidos que para Gobiernos legítimos”⁵⁰.

En las contrataciones de EMSP por Estados Unidos, Deborah Avant ha observado una tendencia cada vez más fuerte a la selección de compañías “cowboy”, así denominadas por ser las que adoptan posturas más agresivas sobre el terreno. La consecuencia es que “cuanto más Estados Unidos elige a empresas “cowboy”, tanto mayor es la probabilidad de que esto induzca un cambio de las normas que rigen a las empresas privadas de seguridad”⁵¹. En un ejemplo más matizado, “los empleados de MPRI [una empresa de seguridad privada estadounidense] admitieron que, a veces, era difícil mantenerse en la línea de conducta de recomendar, por un lado, una adhesión estricta y clara a las leyes de la guerra y, por otro, forjar un entendimiento mutuo con el personal que estábamos formando, a fin de influir mejor en sus decisiones y comportamientos en el futuro”⁵². Más adelante, se examinarán en detalle otros efectos de este fenómeno a nivel de las EMSP individuales.

Deficiencias en la administración de contratos. Ciertos estudios de gestión han demostrado que la deficiente gestión y administración de los contratos es un problema sistemático, dado que se trata de un “proceso manual, que consume mucho tiempo” y los datos contractuales son una mezcla de elementos cualitativos y cuantitativos que no resulta fácil amalgamar con fines de seguimiento y de

48 Jeffrey Ian Ross, “The future of controlling state crime: Where do we go from here?”, en Jeffrey Ian Ross (dir.), *Controlling State Crime*, 2ª ed., Transaction Publishers, Londres, 2000, p. 423; v. también “Media complicity in a “fine little war””, en Christina Jacqueline Johns y P. Ward Johnson (dirs.), *State Crime, the Media, and the Invasion of Panama*, Praeger, Westport, Connecticut, 1994, p. 63.

49 Shameem, nota 5 *supra*, p. 14.

50 Sandline, nota 11 *supra*, p. 2.

51 Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 228.

52 *Ibid.*, p. 224.

síntesis⁵³. Éste es un problema particularmente grave, ya que se ha comprendido que la “capacidad de vigilancia y de sanción de los consumidores” es un aspecto importante del establecimiento de un control por parte del cliente de las actividades de las EMSP⁵⁴, pero, en la práctica, esa gestión y supervisión casi nunca se ejercen⁵⁵. Los estudios de gestión también han demostrado que la mayor parte de los fallos en los servicios se deben a malentendidos del cliente acerca de cómo se desarrolla el proceso de prestación de servicios⁵⁶. Esto se ve claramente en el Informe Fay sobre los malos tratos infligidos a los prisioneros en Abu Ghraib, en el que se dictaminó que los soldados estadounidenses “nunca recibieron parámetros ni directrices sobre la forma de utilizar al personal de CACI [una empresa militar privada estadounidense]”, y “nunca fueron informados de que el Gobierno podía rechazar a empleados de CACI cuyo comportamiento no fuera satisfactorio”⁵⁷.

Dificultades para establecer la responsabilidad penal de los clientes. En muchas jurisdicciones nacionales, existen obstáculos jurídicos que impiden atribuir responsabilidad penal a las empresas clientes por el comportamiento de las EMSP que contratan⁵⁸. Lo que puede agravar el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH. Significativamente, una disposición de nivel internacional que hubiera permitido a la Corte Penal Internacional ejercer jurisdicción sobre las personas jurídicas fue rechazada durante las negociaciones⁵⁹.

Incentivos de los clientes para promover el cumplimiento de las normas

Responsabilidad del Estado por los clientes estatales. El derecho internacional relativo a la responsabilidad de los Estados brinda un contrapeso limitado al riesgo de la “tercerización” antes descrito. Conforme al Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, un Estado cliente puede incurrir en responsabilidad internacional por infracciones contra el DIH cometidas por sus EMSP, si la empresa en cuestión: (a) estaba facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones gubernativas; (b) actuaba según las instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado; o (c) ejercía

53 Ashif Mawji, “Compliant or competitive: How about both?”, *Contract Management*, vol. 45, ed. 8 (2005), p. 38, cifra 1 (Proquest). Con respecto a las mejores prácticas en materia de administración de contratos, v. Gregory A. Garrett y otros, “Managing contracts in turbulent times: The contract management maturity model”, *Contract Management*, vol. 45, ed. 9 (2005), p. 48 (Proquest).

54 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

55 Singer, nota 47 *supra*.

56 Anders Gustafsson y Michael D. Johnson, *Competing in a Service Economy: How to Create a Competitive Advantage through Service Development and Innovation*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003, p. 50.

57 General de División George R. Fay, AR 15–6 *Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade* (Informe Fay), agosto de 2004, p. 50, en línea en United States Department of Defense, <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040825fay.pdf> (CACI era la compañía contratada para proveer interrogadores en Abu Ghraib) (consultado el 24 de octubre de 2006).

58 CICR, nota 4 *supra*.

59 Rebecca Bratspies, “‘Organs of society’: A plea for human rights accountability for transnational enterprises and other business entities”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 13 (2005), pp. 25–7.

de hecho atribuciones gubernativas en ausencia o a falta de autoridades oficiales⁶⁰. Sin embargo, la responsabilidad del Estado sigue siendo en gran medida algo teórico, y raras veces ha sido invocada en la práctica. También es significativo que el Departamento de Defensa de Estados Unidos haya aprobado recientemente una reglamentación sobre los contratistas de EMSP que podría tener el efecto de limitar algunos aspectos de la responsabilidad estatal atribuible a Estados Unidos por infracciones del DIH cometidas por sus contratistas. En esas instrucciones se especifica que el sector privado queda excluido de ejercer funciones y deberes que sean *de índole inherentemente gubernamental*⁶¹.

Demanda de servicios “de buena fama” en el mercado. Debe hacerse una distinción fundamental entre clientes que contratan a EMSP con la expectativa (como finalidad o contingencia) de que esas empresas no respeten plenamente el DIH, y los que exigen la estricta adhesión a las normas del DIH. Algunas EMSP reconocen que muchos clientes están interesados en contratar empresas que sean “internacionalmente aceptables” y, por esa razón, están a favor de un régimen de certificación⁶². Los clientes que solicitan los servicios de EMSP de “buena fama” pueden reforzar el cumplimiento del DIH en forma más generalizada y en todo el mercado. Los clientes denominados de “primera clase”, como las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), tienen incentivos extremadamente fuertes para contratar únicamente a EMSP cuyos antecedentes en materia de observancia del DIH sean inmaculados. Sin embargo, la cuota de mercado de esas organizaciones internacionales no es, en modo alguno, predominante. Las consecuencias de una división del mercado entre la demanda de consumidores que exigen servicios de EMSP “de mala fama” y “de buena fama” pueden ser importantes:

Los que pagan son tanto actores estatales como no estatales. ¿En qué medida esos diferentes tipos de consumidores se pondrán de acuerdo sobre lo que constituye un comportamiento lícito o una autorización legítima? Si no lo hacen, *la competencia entre las normas debilitará la influencia de éstas sobre la conducta*⁶³.

Interés del cliente en la correcta prestación de los servicios y en las protecciones contractuales. Los clientes tienen un interés económico y jurídico general en obtener

60 Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en el 53º período de sesiones, noviembre de 2001, arts. 5, 8, 9, en línea en ILC, <http://www.un.org/law/ilc/> (consultado el 24 de octubre de 2006). V. también CICR, nota 4 *supra*; y v. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, Informes de la CIJ, 1986 (con respecto a la prueba de “control eficaz”).

61 Departamento de Defensa de EE.UU., *Instruction No. 3020.41: Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces*, 3 de octubre de 2005, s. 6.1.5 (el subrayado es nuestro).

62 Sandline International, nota 11 *supra*, p. 3.

63 Deborah Avant, “Market allocation of force and the prospects for global security professionals”, Conference “Beyond Terror: A New Security Agenda”, 3 y 4 de junio de 2005, en línea en Watson Institute for International Studies, <http://www.watsoninstitute.org/gs/beyondterror/avant.htm> (el subrayado es nuestro).

lo que han contratado, ni más, ni menos. Por lo tanto, tienen un incentivo para garantizar la correcta prestación de los servicios de las EMSP, en cuyo transcurso las infracciones del DIH (cuando eran imprevisibles) constituyen una violación de las condiciones de servicio. Si aplicasen un enfoque activista, los clientes “de buena fama” exigirían mecanismos contractuales destinados a vigilar y castigar las infracciones del DIH cometidas por las EMSP que contratan. Según la Asociación Internacional de Operaciones de Paz (IPOA), una asociación industrial de EMSP sita en Estados Unidos, “las obligaciones contractuales pueden ser mucho más específicas e intervencionistas que las directrices y reglamentos generales. Pueden incluir la presencia de observadores militares, el incremento de la transparencia y sanciones financieras y jurídicas pormenorizadas en caso de incumplimiento”⁶⁴.

Por ejemplo, el contrato entre el Departamento de Defensa de Estados Unidos y Titan Inc., por el que ésta debía proporcionar lingüistas para los interrogatorios en Abu Ghraib, contenía una cláusula “que permite al Oficial Contratante ordenar al contratista que retire a los lingüistas del lugar donde están trabajando. Esta cláusula se ha invocado ocasionalmente, en casos de mal comportamiento”⁶⁵. Pero, como ya se ha dicho, es necesario tener en cuenta la limitada capacidad de los clientes para gestionar correctamente los contratos. También se ha aducido que “en general, los mecanismos del mercado son herramientas toscas y los mercados brindan menos cauces para que los consumidores expliquen sus opciones que los que las jerarquías ofrecen a sus superiores”⁶⁶.

Responsabilidad civil de los clientes. Los expertos en derecho internacional han señalado que puede atribuirse a las compañías responsabilidad civil en el marco de la Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros de Estados Unidos⁶⁷, en caso de infracciones graves del DIH⁶⁸. Algunos han afirmado que la jurisprudencia existente brinda el fundamento que justificaría que los clientes empresariales asuman su responsabilidad por las infracciones del DIH, si existe “un grado sustancial de cooperación” entre ellos y las EMSP que contratan⁶⁹. Sin embargo hasta ahora, nunca se ha atribuido responsabilidad civil a una compañía, en virtud de la Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros, a causa de infracciones cometidas por una EMSP contratada por esa compañía; se trata de una disposición cuyo alcance se ha restringido en la jurisprudencia reciente, que en muchos casos sigue tropezando con obstáculos jurisdiccionales importantes, y que no ha sido imitada en otras jurisdicciones⁷⁰. Así pues, la limitada posibilidad

64 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

65 Fay Report, nota 57 *supra*, p. 48.

66 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

67 Ley de Demandas por Daños y Perjuicios contra Extranjeros (Estados Unidos), 28 USC 11350.

68 Gregory G. A. Tzeuschler, “Corporate violator: The alien tort liability of transnational corporations for human rights abuses abroad”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 30 (1999), pp. 411–12.

69 Tina Garmon, “Domesticating international corporate responsibility: Holding private military firms accountable under the Alien Tort Claims Act”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (2003), p. 353.

70 V. *Business and International Crimes: Assessing the Liability of Business Entities for Grave Violations of International Law*, *International Peace Academy y Fafo, Allkopi Sarpsborg*, Noruega, 2002, pp. 14–15.

de que los clientes corporativos asuman la responsabilidad civil de las infracciones cometidas en el extranjero por las EMSP sigue siendo, por ahora, un incentivo relativamente débil para hacer cumplir las normas.

La industria de las EMSP

Desde la perspectiva de la estrategia empresarial, el sector industrial de las EMSP consideraría a las fuerzas armadas públicas nacionales como su principal rival en ejercicio. Este conocimiento conlleva tanto riesgos como incentivos para el cumplimiento del DIH.

La contribución de la industria de las EMSP al riesgo de violaciones

Ciertos intereses no favorecen la observancia del DIH. Una de las principales “ventajas competitivas” de las EMSP en comparación con las fuerzas armadas nacionales es su capacidad de desplegarse y emplear la fuerza con rapidez. Claude Voillat, del CICR, ha advertido que la “presión por obtener ganancias no favorece una sólida integración del DIH en las prácticas comerciales”⁷¹. Estas preocupaciones son coherentes con el riesgo detectado en la bibliografía sociológica de que “el éxito económico, la competencia por recursos que escasean y la erosión de las normas”⁷² pueden suscitar conductas ilícitas en las organizaciones de manera *sistemática*.

Negar, de manera generalizada, la existencia de infracciones del DIH. El interés de las EMSP en ser percibidas como legítimas puede incrementar el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH si ese interés las induce a negar, en forma generalizada, la existencia de infracciones. Por su parte, IPOA niega que las violaciones de los derechos humanos o del DIH sean generalizadas, argumentando que “la mayoría de los temores expresados por los críticos sólo existen como teorías retóricas”⁷³. Durante su existencia, Sandline International atribuía las acusaciones relativas a sus presuntas infracciones a la propaganda de los oponentes militares de sus clientes⁷⁴. Del mismo modo, a pesar de existir informes en los que se implica a su personal en posibles violaciones del DIH en Abu Ghraib, CACI sigue negando la existencia de actos incorrectos⁷⁵.

La incapacidad del sector de las EMSP de reconocer el problema de las infracciones es, en sí misma, motivo de graves preocupaciones. Negar que estén ocurriendo infracciones es una cosa, y publicar los hallazgos de las investigaciones y enjuiciar a los infractores conocidos, es otra.

71 Voillat, nota 29 *supra*.

72 Diane Vaughan, *Controlling Unlawful Organizational Behavior: Social Structure and Corporate Misconduct*, University of Chicago Press, Chicago, 1983, p. 62.

73 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

74 Sandline International, nota 11 *supra*, p. 3.

75 CACI, nota 30 *supra*.

Incentivos para que el sector de las EMSP promueva el cumplimiento de las normas

Aceptar la legitimidad del sector. Las EMSP “anhelan presentarse como entidades respetables que ocupan un lugar natural en el frecuentemente complicado orden mundial posterior a la Guerra Fría”⁷⁶. Si se desea que el sector de las EMSP se convierta en un competidor sostenible de las fuerzas armadas nacionales, la estrategia empresarial aconseja que ese sector mejore en lo que atañe a la aceptación y la legitimidad por su respeto del DIH. Henry Cummins describe la legitimidad, en este contexto, como la “ventaja moral” basada en “la reputación, la transparencia, el historial y la conducta ética”⁷⁷. Por lo tanto, el sector tiene un incentivo poderoso para identificar y poner en la “lista negra” a las empresas que infrinjan el DIH.

Aunque ese incentivo todavía no se ha puesto plenamente de manifiesto en la práctica, es una posibilidad objetiva. Muchas de las principales EMSP, sobre todo las estadounidenses, son miembros de IPOA, que en 2005 adoptó un código de conducta redactado mayormente por ONG⁷⁸, por el cual los miembros de IPOA acordaban respetar el DIH:

En todas sus operaciones, los Firmantes respetarán la dignidad de todos los seres humanos y observarán estrictamente todas las leyes y protocolos internacionales relativos a los derechos humanos. Adoptarán todas las medidas factibles para reducir a un mínimo la pérdida de vidas y la destrucción de bienes. Los Firmantes acuerdan respetar todas las normas del DIH y del derecho de los derechos humanos que sean aplicables, así como todos los protocolos y convenciones internacionales, entre otros:

- la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),
- los Convenios de Ginebra (1949),
- los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra (1977),
- el Protocolo sobre el Uso de Armas Tóxicas y Químicas (1979),
- y los Principios Voluntarios sobre la Seguridad y los Derechos Humanos (2000)

En tanto que las infracciones menores han de abordarlas de manera proactiva las propias empresas, los Firmantes se comprometen a cooperar plenamente con las investigaciones oficiales, en la medida de lo posible y a reserva de las limitaciones contractuales y jurídicas, en los casos de denuncias de violaciones contractuales e infracciones del DIH y del derecho de los derechos humanos⁷⁹.

76 Gilligan, nota 43 *supra*.

77 Cummins, nota 12 *supra*, p. 5.

78 Brooks, nota 1 *supra*, p. 4.

79 Código de conducta de IPOA, IPOA (Asociación Internacional de Operaciones de Paz), 31 de marzo de 2005, en línea en <http://www.ipoaonline.org/en/standards/code.htm> (consultado el 24 de octubre de 2006).

Aunque IPOA no ha dado a conocer denuncias formales, la inobservancia del código de conducta puede acarrear sanciones e incluso la expulsión de la asociación. IPOA también ha creado un comité de normas encargado de revisar y hacer cumplir el citado código⁸⁰. La viabilidad de este nuevo modelo se analiza en mayor detalle en la Conclusión del presente artículo.

Las empresas establecidas tienen mayor interés en la buena reputación del sector. Las EMSP más antiguas o establecidas tienen mayor interés en preservar la reputación del sector en su conjunto que las advenedizas⁸¹, porque han invertido más en el derecho de amparo de su marca. Por ejemplo, ArmorGroup, una empresa fundada hace 24 años y sita en el Reino Unido, ha declarado lo siguiente: “También es preocupante que algunas compañías reclamen inmunidad (de enjuiciamiento) en Irak. Nosotros no queremos inmunidad, ni la necesitamos. Siempre hemos trabajado respetando las leyes de los países donde actuamos”⁸². Esto evidencia que hablar de un “sector de las EMSP” homogéneo puede ser una simplificación, dadas las diferencias entre las sociedades que lo componen. A continuación, se examinará esa diversidad al nivel de las diversas empresas.

Las EMSP individuales

Jeff Herbst “predijo que surgiría una distinción entre las compañías de nivel superior, (que atraen a las Naciones Unidas, a las ONGI y a otros miembros prominentes de la comunidad internacional a causa de su voluntad de respetar el derecho internacional), y las empresas de nivel inferior (que atraen a elementos ilícitos)”⁸³. La teoría económica y la estrategia empresarial, así como la práctica, ponen de manifiesto que el sector de las EMSP está madurando y que la segmentación del mercado anunciada por Herbst comienza a materializarse en el plano de las empresas individuales. La segmentación del mercado se caracteriza por el hecho de que las empresas adaptan u ofrecen sus productos o servicios a determinados grupos de consumidores específicos. Una empresa puede mejorar su rentabilidad ajustando mejor sus productos a las preferencias de determinados tipos de clientes, lo que hace que una marca o una reputación en el mercado queden asociadas a la compañía en sí o a las personas que la dirigen⁸⁴. Con respecto a las EMSP individuales, esta situación trae consigo tanto incentivos para el cumplimiento como riesgos de incumplimiento del DIH.

80 IPOA, “Committees”, en línea en <http://www.ipoaonline.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

81 Voillat, nota 29 *supra*.

82 Keilthy, nota 3 *supra*.

83 Avant, nota 51 *supra*, p. 221, donde se hace referencia a Jeffrey Herbst, “The regulation of private security firms”, en Greg Mills y John Stremmler (dirs.), *The Privatization of Security in Africa*, SAIIA Press, Johannesburg, 1999, pp. 122–5.

84 V. Malcolm McDonald e Ian Dunbar, *Market Segmentation*, Macmillan Business, Londres, 1995, pp. 15–16.

Contribución de las EMSP individuales a los riesgos de infracción

Segmentación del mercado: empresas “agresivas” o “malas”. Uno de los riesgos más importantes para el DIH son las EMSP que lucran con su “mala” reputación en un mercado segmentado. Ciertos clientes buscan compañías que estén dispuestas a ser más “agresivas” en su interpretación del DIH o incluso a infringirlo, a cambio de un precio⁸⁵. Algunos miembros del sector de las EMSP han reconocido que ciertas empresas son en buena parte atrayentes precisamente porque se encuentran al margen de las fuerzas armadas estatales formales, y están “mucho menos entrenadas, su nivel de responsabilidad es muy inferior y su reputación desprende ya el tufillo de las malas pasadas”⁸⁶.

Al contratar a estas empresas “malas”, es posible que los clientes perciban el beneficio de indicar que su postura es más agresiva en un conflicto armado determinado, o en el contexto posterior a un conflicto, como lo ha hecho Estados Unidos en la contratación de EMSP en Irak, urgido por la creciente insurgencia. Este fenómeno se refleja en la decisión de contratar a Aegis Defence Services, fundada por Tim Spicer (socio fundador de Sandline International, una empresa que ya no existe) llevar a cabo una guerra de movimientos (mobile vehicle warfare) y las operaciones contra los francotiradores. Los comentaristas suponen que, “por su currículum y sus antecedentes de aceptar tareas temerarias, es posible que Spicer haya resultado más atrayente que las compañías que *respetan más las normas*”⁸⁷. En efecto, en vista de la posibilidad de que las EMSP cambien de nombre o se reorganicen, parece ser que la diferenciación entre marcas y la segmentación del mercado en este sector se basa principalmente en la identidad de los funcionarios o directores de estas compañías (como el coronel Spicer).

La competencia, la decreciente calidad del personal y los costos de investigar los antecedentes del personal. La mayor demanda de servicios de las EMSP a resultas de los conflictos armados en Afganistán e Irak ha dado lugar a una “intensa competencia que ha hecho disminuir los precios de los servicios de seguridad. La incertidumbre política y el auge de la violencia han obstaculizado la reconstrucción, demorado los contratos y aumentado los costos”⁸⁸. Esta situación ha llevado a algunas empresas a ahorrar costos en sus procedimientos de investigación de antecedentes. Por ejemplo, los investigadores estadounidenses del escándalo de los malos tratos a los prisioneros en Abu Ghraib descubrieron que “aproximadamente el 35 por ciento de los interrogadores contratados carecía de capacitación militar formal en técnicas de interrogación”. En otros casos, las investigaciones de los contratistas que

85 Ésta sería una forma negativa de la “segmentación de los beneficios”, por la cual los consumidores seleccionan un servicio o producto determinado en función de los beneficios que, según su percepción, ese servicio o producto les proporciona. V. J. Paul Peter y Jerry C. Olson, *Consumer Behavior and Marketing Strategy*, 7ª ed., McGraw-Hill Irwin, Boston, 2005, pp. 383–4.

86 Avant, nota 51 *supra*, p. 227.

87 *Ibid.*, pp. 226–7 (el subrayado es nuestro).

88 James Boxell, “Competition hits security groups in Iraq”, *Financial Times* (Reino Unido), 5 de noviembre de 2005, p. 16.

prestaban servicios en Irak revelaron la contratación de un ex soldado del ejército británico que había sido encarcelado por colaborar con terroristas irlandeses, y de un ex soldado sudafricano que admitió haber lanzado bombas incendiarias contra las viviendas de más de 60 activistas políticos durante la época del *apartheid*⁸⁹.

Sin embargo, otros comentaristas afirman que, “a medida que se intensifica la competencia, crece la importancia de las ventajas que aporta la marca y comienza una verdadera batalla por conseguir participaciones sólidas en el mercado”⁹⁰.

Incentivos para que compañías individuales promuevan el cumplimiento de las normas

Segmentación del mercado. Empresas “buenas”. La bibliografía sobre la gestión empresarial evidencia que la reputación de una empresa está basada en la percepción, no en los hechos, y la buena reputación de una empresa puede ofrecerle una ventaja competitiva por su “credibilidad social”⁹¹. El lado positivo de la segmentación del mercado, desde el punto de vista del DIH, es que ciertas compañías procuran construir su modelo empresarial en torno a una excelente reputación en materia de respeto del DIH⁹². Esas empresas deben preservar su reputación; de lo contrario, se arriesgan a perder contratos y oportunidades de negocios⁹³. Por ejemplo, “la venta de Titan a Lockheed Martin, prevista desde hacía mucho tiempo, fracasó debido, al menos en parte, a su presunta participación en el escándalo de la prisión iraquí [Abu Ghraib]”⁹⁴. Sin embargo, uno de los problemas que se plantean al vincular las violaciones del DIH con determinadas EMSP es que los empleados de éstas son temporeros que trabajan a veces para varias empresas, lo que “complica el desarrollo de la reputación empresarial como un vínculo con la responsabilidad o el control, por la opacidad de la información disponible”⁹⁵. Una intensificación del flujo de la información podría mejorar, en buena medida, las condiciones de contratación de los clientes⁹⁶.

Reducir la incertidumbre jurídica. Las EMSP funcionan en entornos donde las condiciones de seguridad son muy inestables y donde, a menudo, hay un considerable grado de incertidumbre jurídica acerca del estatuto de su personal

89 Singer, nota 47 *supra*.

90 Cummins, nota 12 *supra*, p. 8.

91 Arlo Kristjan O. Brady, *The Sustainability Effect: Rethinking Corporate Reputation in the 21st Century*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005, pp. 64–5.

92 V., v.g., Avant, nota 51 *supra*, p. 221.

93 V. Kevin T. Jackson, *Building Reputational Capital: Strategies for Integrity and Fair Play that Improve the Bottom Line*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 178–80; Joe Marconi, *Reputation Marketing: Building and Sustaining Your Organization’s Greatest Asset*, McGraw-Hill, Chicago, 2002, pp. 13–19.

94 “Still, Titan does not seem to have been cut out of the U.S. DoD procurement loop”. David Isenberg, “A Fistful of Contractors: The Case for a Pragmatic Assessment of Private Military Companies in Iraq”, British American Security Information Council, Research Report 2004.4, septiembre de 2004, p. 52, en línea en <http://www.basicint.org/pubs/Research/2004PMC.pdf> (consultado el 24 de octubre de 2006).

95 Avant, nota 51 *supra*, p. 222.

96 *Ibid.*, p. 221.

y la legitimidad de sus actividades. Sería provechoso para las EMSP aclarar los reglamentos y las normas vigentes que regulan su actividad⁹⁷. Por ejemplo, incidentes como la detención en Zimbabue, el 7 de marzo de 2004, de miembros del personal de Logo Logistics Ltd., con sede en el Reino Unido, por sospechas de actividad mercenaria, podría haber significado un importante tropiezo comercial, si damos crédito a las declaraciones de los funcionarios de Logo de que su equipo no se estaba desplegando para participar en un golpe de Estado, sino que se dirigía a la República Democrática del Congo para prestar servicios de seguridad a una empresa minera⁹⁸.

La posibilidad de la responsabilización civil y penal. La responsabilización de las EMSP, como personas jurídicas, por violaciones del DIH, constituye un incentivo teórico para que respeten esas normas. Sin embargo, la fuerza de este incentivo es sumamente variable, según la jurisdicción o jurisdicciones de que se trate. Según el CICR, la responsabilidad civil de las EMSP es “generalmente aceptada” si dichas empresas infringen el DIH, aunque su responsabilidad penal “es [muy] limitada en la mayoría de los países”⁹⁹. De todos modos, puede resultar difícil encontrar un fuero viable. En una zona de conflicto, o en un período posbélico, los tribunales difícilmente funcionen a pleno rendimiento, y son pocos los Estados en los que se constituyen las EMSP que están dispuestos a emprender medidas extraterritoriales para reglamentar la conducta de sus EMSP en el extranjero¹⁰⁰. En la práctica, fuera de unos pocos casos conocidos, ha sido difícil determinar y afirmar la responsabilidad de las empresas por violaciones graves del DIH¹⁰¹. Por lo tanto, no sorprende que, en términos generales, “el régimen de protección, malamente construido con estas herramientas tan limitadas, sea completamente inadecuado”¹⁰².

Los empleados de las EMSP

Como ya se ha dicho en la sección “Estados de origen del personal de las EMSP”, los empleados de las EMSP provienen de una creciente variedad de países. Al extrapolar ciertos estudios sociológicos y psicológicos, como el proyecto *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*¹⁰³, realizado por el CICR, queda demostrado que el personal de las EMSP representa, para el DIH, un mayor riesgo inherente que los miembros de las fuerzas armadas nacionales.

97 Capaccio, nota 27 *supra*.

98 Frye, nota 14 *supra*, p. 2607.

99 CICR, nota 4 *supra*.

100 *Ibid.*

101 V. Fafo, nota 70 *supra*, pp. 13–15. En efecto, *Al Rawi v. Titan Corporation*, una acción de clase en el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de California, parece ser la primera demanda civil por violaciones del derecho internacional humanitario por parte de una empresa militar y de seguridad privada, en este caso en relación con el escándalo de Abu Ghraib. *Al Rawi et al. v. Titan Corporation et al.*, escrito de demanda, 9 de junio de 2004 (Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de California) (Findlaw).

102 Bratspies, nota 59 *supra*, p. 28; pero v. Garmon, nota 69 *supra*.

103 *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*, CICR, Ginebra, 2004.

La contribución de los empleados de las EMSP al riesgo de que se cometan infracciones

La no pertenencia a jerarquías militares permanentes y sentimiento de impunidad. Una de las principales conclusiones del estudio *El origen del comportamiento en la guerra* es que el comportamiento de los combatientes viene determinado en parte por su papel dentro de un grupo que exige adhesión a las normas y por su lugar en una estructura jerárquica que puede imponer sanciones si se infringen esas normas¹⁰⁴. Ted Itani, Asesor en Cuestiones Humanitarias de la Cruz Roja Canadiense, explicó, además, que el “sentimiento de impunidad con respecto a la responsabilidad o al enjuiciamiento” y la “ausencia de disciplina” son dos factores que explican las infracciones del DIH cometidas por individuos en un conflicto armado¹⁰⁵. Es inquietante que ninguno de los empleados de las EMSP implicados en las infracciones cometidas en Abu Ghraib todavía no haya tenido que someterse a un juicio penal, pese a que, mientras tanto, se ha responsabilizado a algunos soldados estadounidenses¹⁰⁶. Esa situación contribuye a un sentimiento de impunidad que aumenta el riesgo de que se produzcan infracciones del DIH. Ese riesgo se acrecienta a raíz del secretismo que impera en el sector de las EMSP y la movilidad internacional de sus empleados.

Nivel variable de la formación en DIH. La insuficiente integración del DIH en todos los aspectos de las operaciones militares incrementa el riesgo de que se produzcan infracciones¹⁰⁷. Claude Voillat, del CICR, reconoció que “otro factor que causa preocupación es la deficiente formación en derecho internacional humanitario que reciben algunos de estos actores privados, si es que reciben alguna”¹⁰⁸. Llama la atención que, recientemente, el Departamento de Defensa de Estados Unidos haya dado a conocer nuevos requisitos, parcialmente basados en las recomendaciones formuladas tras los sucesos de Abu Ghraib, para una subcategoría de EMSP contratistas, denominadas “Contratistas que se despliegan con la Fuerza”. Se efectúa una investigación más detallada de los antecedentes de estas personas, y antes de trasladarse al terreno deben “validar o completar la formación requerida” (por ejemplo, los Convenios de Ginebra, el derecho de los conflictos armados, etc.)¹⁰⁹.

Incentivos que tienen los empleados de las EMSP para promover el cumplimiento de las normas

Mercado laboral internacional. La teoría económica enseña que, en los mercados laborales caracterizados por reiteradas interacciones entre los empleadores y los empleados (se acrecienta debido al secretismo que impera en el sector de las

104 *Ibid.*, p. 15.

105 Observaciones de Ted Itani, Conferencia de la Cruz Roja Canadiense sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Universidad McGill, Montreal, 1º de octubre de 2005.

106 Capaccio, nota 27 *supra*; v. Taguba Report, nota 5 *supra*, y CACI, nota 30 *supra*.

107 CICR, nota 103 *supra*, pp. 15–16.

108 Voillat, nota 29 *supra*.

109 Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 61 *supra*, s. 6.2.7.1.

EMSP, donde, como ya se ha dicho, se ha observado que los empleados trabajan para varias firmas), el “comportamiento basado en las normas” tiene un papel importante incluso en mercados competitivos¹¹⁰. Según Deborah Avant, el mercado puede “castigar” a los empleados de las EMSP que violen las normas del DIH:

En algunas partes de mundo, las tendencias a hacer carrera y a crear las redes entre profesionales inducen a pensar que éste puede ser un mecanismo de control más robusto que la reputación de las empresas. Muchas personas que trabajan para empresas de seguridad privadas comenzaron su carrera al servicio de las fuerzas armadas, pero desde entonces, van y vienen, prestando servicios a la ONU, a las empresas de seguridad privadas y a las organizaciones no gubernamentales internacionales... *su futuro empleo depende de su reputación como profesionales, y es probable que respeten las normas profesionales*¹¹¹.

Enjuiciamiento penal por infracciones. El enjuiciamiento penal de empleados de EMSP por infracciones del DIH es posible en teoría pero de hecho, la probabilidad de que esos enjuiciamientos se concreten es mínima. En la práctica, es infrecuente que se invoque contra esas personas la jurisdicción universal por infracciones de esa índole. El derecho estadounidense, que adopta un enfoque agresivo respecto de la jurisdicción extraterritorial en relación con los empleados de las EMSP, presenta importantes lagunas en la práctica. En el asunto *United States c. Passaro*, el acusado, un contratista de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), no podía ser acusado en el marco de la Ley sobre Jurisdicción Militar Extraterritorial porque ésta sólo confiere jurisdicción a los contratistas del Departamento de Defensa¹¹². En cambio, fue acusado basándose en el Código de Estados Unidos, título 18, sección 7(9)(A), que era aplicable sólo porque los incidentes de maltrato tuvieron supuestamente lugar en una base militar estadounidense¹¹³. Las infracciones del DIH tampoco generan forzosamente responsabilidad penal individual según el derecho internacional; por lo general, sólo pueden enjuiciarse las violaciones que son “de peso” o que constituyen “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra de 1949 o de los Protocolos adicionales de 1977.

110 Simon Gächter y Armin Falk, “Reputation and reciprocity: Consequence for labour relations”, *Scandinavian Journal of Economics*, vol. 104, ed. 1 (2002), pp. 1, 15.

111 Avant, nota 51 *supra*, p. 223 (el subrayado es nuestro); la aplicabilidad de este argumento tanto al personal nacional como al expatriado todavía está por verse.

112 *Passaro*, nota 5 *supra*; Ley sobre jurisdicción militar extraterritorial, de 2000 (Estados Unidos), 106° Congreso, Ley Pública 106-523, 22 de noviembre de 2000; v. también Ley aclaratoria sobre la Jurisdicción Militar Extraterritorial, de 2004 (Estados Unidos), 108° Congreso, 2° período de sesiones, HR 4390, 19 de mayo de 2004.

113 Human Rights Watch, “QandA: Private military contractors and the law: States have an obligation to prosecute perpetrators of war crimes in their courts”, 21 de octubre de 2004, en línea en Global Policy Forum, <http://www.globalpolicy.org/> (consultado el 24 de octubre de 2006). En especial, con referencia a Irak: “Muchos de los contratistas que trabajaban en Irak, lo hacían para compañías que tenían contratos no con el Departamento de Defensa, sino con el Departamento del Interior” (ibíd.).

Conclusión

La precedente investigación multidisciplinaria de cada nivel de la actividad de las EMSP ha permitido realizar varios hallazgos importantes. Lo primero y principal es que ha sido posible llegar a una comprensión más profunda y detallada de este fenómeno moderno. Esto contrasta marcadamente con las amplias generalizaciones frecuentemente formuladas por los grupos de interés especial en el debate sobre las EMSP, que contribuyen poco a evaluar los riesgos y los incentivos teóricos para el cumplimiento de las normas que esas compañías representan desde la perspectiva del DIH.

En segundo lugar, esos resultados pueden servir para elaborar un programa de reformas proactivas, destinado a mejorar el cumplimiento del DIH por las EMSP mediante la optimización de los incentivos y la reducción de los riesgos identificados más arriba. Ese programa debe basarse en el hecho de que se ha demostrado que muchos de los riesgos e incentivos más poderosos relacionados con el cumplimiento de las normas se basan en comportamientos y reglas que se encuentran *fuera* del ámbito del derecho formal. Si realmente estamos interesados en promover el cumplimiento del DIH por parte de estas ubicuas entidades no estatales en los conflictos armados actuales, sería aconsejable examinar los nuevos planteamientos que también se aplican fuera del derecho formal, sobre todo a la luz de las discrepancias que reinan en la comunidad internacional acerca de la forma de regular la actividad de las EMSP. En tal sentido, hay dos iniciativas que merecen un mayor apoyo y desarrollo: los mecanismos de cumplimiento de las normas contenidos en el Código de Conducta de IPOA, de 2005¹¹⁴, y la iniciativa que el CICR puso en marcha a finales de 2004¹¹⁵.

El Código de Conducta de IPOA, que hemos examinado en detalle, se basa en el fuerte incentivo que representa para las EMSP ser percibidas como legítimas, poner en la “lista negra” a las compañías que violan el DIH y marginar a aquellas que procuran lucrar con su “mala” reputación. Si bien es cierto que los códigos de conducta “pueden ser importantes para determinar las expectativas y las normas en cuyo marco funciona el mercado”¹¹⁶, todavía no está claro si IPOA considera que el hecho de aplicar medidas disciplinarias a los miembros infractores beneficia al sector que representa. Ciertamente, existe el problema de que, ante la decisión de expulsar a un miembro, la asociación debería hacer frente a un conflicto de intereses. En primer lugar, aunque la expulsión de un miembro infractor beneficie al sector, la asociación puede considerar que la sanción tal vez disuada a otras compañías de ingresar en la asociación por temor a sufrir el mismo castigo. En segundo lugar, existe el riesgo de que el órgano directivo de la asociación, integrado exclusivamente por ejecutivos de las EMSP, sea más riguroso al juzgar a los competidores que a sus propias compañías.

114 Código de conducta de IPOA, nota 79 *supra*.

115 CICR, nota 4 *supra*.

116 Avant, nota 51 *supra*, p. 220.

Estos problemas que aparecen en el mecanismo de cumplimiento de las normas del sector podrían mitigarse a fin de reforzar la fuerza normativa potencial del Código de Conducta de IPOA. Primeramente, habría que incorporar en el órgano rector a directores externos, a fin de que solucionen los posibles conflictos de interés mencionados. Esta medida también fortalecería la buena gestión empresarial en general. En segundo lugar, y lo que es más importante, la IPOA debería anunciar una escala graduada de medidas correctivas destinada a promover el cumplimiento del DIH por las EMSP cuando se produzca una presunta infracción. Entre las medidas que podría adoptar la asociación cabe mencionar las siguientes: ordenar al miembro cuestionado que coopere con las autoridades públicas en las investigaciones y adopte medidas disciplinarias internas apropiadas; imponer una sanción confidencial escrita al miembro; imponer una sanción pública escrita al miembro; ordenar al miembro cuestionado que ofrezca una disculpa pública o privada; exigir al miembro que pague una multa a la asociación o haga una donación a alguna organización humanitaria internacional; supervisar el pago de reparaciones a las víctimas identificables del comportamiento ilícito del miembro; exigir al miembro que establezca políticas y procedimientos internos más eficaces; ordenar que se intensifique la formación en DIH impartida a los empleados, funcionarios y directores del miembro cuestionado; exigirle que vigile el cumplimiento del DIH en sus operaciones y que presente informes periódicos a la asociación sobre esa cuestión; en caso de infracciones reiteradas o muy graves, aplicar al miembro una suspensión temporal; y, en casos extremos, expulsarlo de la asociación¹¹⁷. La IPOA y la recientemente constituida Asociación Británica de Empresas de Seguridad Privadas, fundada en enero de 2006¹¹⁸, podrían adoptar estas recomendaciones con el fin de reforzar el fuerte incentivo que significa para el sector ser percibido como legítimo a través del cumplimiento y reducir el grave riesgo de que determinadas compañías se beneficien de su “mala” reputación o de su fama de empresas “agresivas”.

Otra iniciativa digna de atención se puso en marcha en agosto de 2004, cuando el CICR anunció que se proponía elaborar un programa sistemático para entablar un diálogo con las EMSP, con miras a promover el cumplimiento del DIH¹¹⁹. Esta nueva iniciativa persigue dos objetivos:

- (i) informar a las EMSP de sus obligaciones en el marco del DIH;
- (ii) garantizar “la existencia de procesos de responsabilización transparentes, destinados a prevenir y sancionar las violaciones de esas disposiciones”¹²⁰;

117 Muchas de estas medidas existen en el derecho penal nacional para los casos de actos ilícitos cometidos por empresas en Canadá. V., p.ej., Código Penal (Canadá), R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732.1 (3.1).

118 Peter Almond, “UK: War’s fertile grounds for soldiers of fortune”, *Sunday Times* (Reino Unido), 30 de octubre de 2005, en línea en Corpwatch, <http://www.corpwatch.org/article.php?id512711> (consultado el 24 de octubre de 2006); “Andy Bearpark”, *Intelligence Online* N.º 511, 9 de noviembre de 2005, en línea en <http://www.intelligenceonline.com/> (consultado el 24 de octubre de 2006).

119 Hasta ahora, los contactos entre el CICR y las compañías militares y de seguridad privadas han sido de índole “informal”. CICR, nota 4 *supra*.

120 Voillat, nota 29 *supra*.

- (iii) alentar a las EMSP a que incorporen el DIH en el adiestramiento y asesoramiento militar que ofrecen a los clientes, y
- (iv) garantizar que las EMSP no impidan el acceso del CICR a las víctimas de los conflictos armados¹²¹.

Teniendo en cuenta la envergadura del sector, el programa del CICR se centra en las EMSP que actúan en “situaciones de conflicto” o que se encargan de adiestrar y asesorar a fuerzas armadas, al Estado donde se han constituido y a sus clientes¹²², conformando así una “estrategia triangular”¹²³. Antes de este replanteamiento, “el contacto entre las EMSP y los otros actores era escaso, si no inexistente”¹²⁴.

La iniciativa del CICR es un esfuerzo admirable, dirigida por lo menos a tres de los actores principales en la actividad de las EMSP. Tiene el potencial de agrupar varios incentivos importantes que promueven el cumplimiento del DIH, con inclusión de las motivaciones que inducen a compañías individuales a beneficiarse de una “buena” reputación por su respeto del DIH, los intereses de los Estados en que se constituyen esas empresas en materia de reputación y economía, y el interés de los clientes en recibir un servicio adecuado. Sin embargo, el programa del CICR debería beneficiarse de una participación más explícita y directa de las asociaciones industriales, teniendo en cuenta el papel que pueden desempeñar como potenciales “fuentes de normatividad” en todo el sector. Además, las asociaciones industriales operan en todos los niveles de los conflictos armados, lo que ofrece la ventaja de garantizar el logro de progresos sostenibles en la tarea de hacer respetar el DIH en el sector de las EMSP. El CICR debe asimismo procurar no caer en la misma trampa que el Pacto Mundial, cuyos autores se mostraron muy renuentes a incluir a las EMSP en los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos¹²⁵, “temiendo que usaran los Principios Voluntarios como una forma de procurarse nuevos negocios”¹²⁶. Como ya se ha dicho, uno de los incentivos más poderosos para que tales compañías respeten el DIH es la consecuente mejora de su reputación. El deseo de tener buena fama propicia la aceptación gradual de las normas, como también lo hacen las reuniones con el CICR. Aunque este contacto cause preocupación a algunos, es coherente con el enfoque pragmático del CICR por lo que respecta al cumplimiento del DIH; además, ofrece una perspectiva de éxito más realista que la actual actitud hacia las EMSP, que oscila entre no prestarles atención y censurarlas de plano.

121 CICR, nota 4 *supra*.

122 *Ibid.*

123 Isenberg, nota 94 *supra*, p. 66.

124 Cummins, nota 12 *supra*, p. 2.

125 *Principios Voluntarios*, nota 19 *supra*.

126 Karen Ballentine, “Consolidation of the GC policy dialogue on the role of the private sector in zones of conflict: Identifying public policy options to promote conflict-sensitive business practices”, 7 y 8 de octubre de 2004, p. 8, en línea en Naciones Unidas, <http://www.unglobalcompact.org> (consultado el 24 de octubre de 2006).

Como en el caso de otros análisis multidisciplinarios, las críticas constructivas y los análisis más detallados de los riesgos y los incentivos identificados en el presente artículo que elaboren los respectivos especialistas serán recibidos con interés. La cooperación en la evaluación de la compleja actividad de las EMSP mejorará nuestra comprensión del papel que desempeñan las empresas de ese tipo en los conflictos armados actuales y proporcionará valiosas enseñanzas que podrán aprovecharse en la elaboración de iniciativas destinadas a promover el cumplimiento del derecho internacional humanitario por dichas entidades no estatales.