

Las compañías militares y de seguridad privadas: hacia una definición operativa para el derecho internacional humanitario*

Private military and security companies: towards an operational definition for international humanitarian law

Empresas privadas militares e de segurança: rumo a uma definição operacional para o direito humanitário internacional

Fecha de recepción: 2021/02/18 | Fecha de evaluación: 2021/11/16 | Fecha de aprobación: 2022/03/10

Mario Urueña-Sánchez

Doctor en Derecho
Profesor e Investigador
Universidad del Rosario
Bogotá D.C.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8040-6240>
mario.uruena@urosario.edu.co

Héctor Olasolo Alonso

Licenciado y Doctor en Derecho
Catedrático de Derecho Internacional
Universidad del Rosario
Bogotá D.C.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>
hector.olasolo@urosario.edu.co

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Urueña-Sánchez, M. & Olasolo, H. (2022). Las compañías militares y de seguridad privadas: hacia una definición operativa para el derecho internacional humanitario. *Revista Criminalidad*, 64(2), 47-61 <https://doi.org/10.47741/17943108.354>

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar los elementos cuya ponderación podría conducir a una definición operativa de las compañías militares y de seguridad privadas para el derecho internacional humanitario. La metodología empleada para dar alcance a este objetivo consiste en el análisis de fuentes documentales comprendido en la revisión de la normatividad

jurídica internacional, la doctrina y la literatura académica de otras ciencias sociales, lo que favorece un debate interdisciplinar para abordar al fenómeno de las compañías militares y de seguridad privadas con el ánimo de complementar la construcción de esta definición operativa a partir de la mayor cantidad posible de perspectivas.

Palabras clave

Servicio de seguridad privada, personal militar, relación hostilidad criminal, derecho internacional humanitario, responsabilidad del Estado (fuente: Tesoro del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia – UNICRI). Compañías militares (fuente: autor)

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the elements whose weighting could lead to an operational definition of private military and security companies for international humanitarian law. The methodology used to achieve this objective consists of the analysis of documentary sources including the review of international legal norms, doctrine

and academic literature from other social sciences, which favors an interdisciplinary debate to address the phenomenon of private military and security companies with the aim of complementing the construction of this operational definition from as many perspectives as possible.

Key words

Private security services, military personnel, hostility crime relationship, International human rights, state liability (source: Thesaurus of United Nations Interregional Crime and Justice research Institute – UNICRI). Private military Company (source: author).

Resumo

Este artigo visa analisar os elementos cuja ponderação poderia levar a uma definição operacional de empresas militares e de segurança privadas para o direito humanitário internacional. A metodologia utilizada para atingir este objetivo consiste na análise de fontes documentais, incluindo uma revisão das normas jurídicas internacionais,

doutrina e literatura acadêmica de outras ciências sociais, o que favorece um debate interdisciplinar para abordar o fenômeno das empresas privadas militares e de segurança com o objetivo de complementar a construção desta definição operacional a partir do maior número possível de perspectivas.

Palavras-chave

Serviços de segurança privada, pessoal militar, hostilidade crime relacionamento, direitos humanos internacionais, responsabilidade do estado (fonte: Thesaurus of United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute – UNICRI). Empresas privadas militares (fonte: autor)

Introducción

Una de las principales características del derecho internacional actual es su dinamismo, que va más allá de la discusión sobre la evolución de los diferentes regímenes jurídicos que han aparecido en años recientes, para involucrar también una constante revisión de: la diversificación de actores y sujetos del sistema internacional, y su diálogo con otras disciplinas.

En primer lugar, la pérdida de la centralidad estatal como referente del derecho internacional ha forzado a hablar de actores no estatales y supraestatales en la literatura académica reciente. Sin embargo, los actores paraestatales, incluso si tienen la potestad de socavar la propia esencia del Estado, han tenido un estudio considerablemente menos prolijo. De ahí el interés de investigar sobre un actor tan poco conocido, pero tan relevante en los tiempos que corren, como las compañías militares y de seguridad privadas (de ahora en adelante CMSP).

En segundo lugar, proponer una investigación de carácter interdisciplinar tiene un valor agregado para entender el fenómeno que se aborda. En el caso del derecho internacional, el diálogo que esta disciplina mantiene con la ciencia política y las Relaciones Internacionales permite al investigador diversificar las alternativas teórico/conceptuales, metodológicas y normativas para estudiar las diferentes dimensiones de este fenómeno y, de ser necesario, proponer opciones más comprensivas para su regulación.

Con base en lo anterior, se presentan en la actualidad dos debates principales sobre la naturaleza jurídica y la normativa regulatoria de las CMSP, que, si bien se enmarcan en el ámbito del derecho internacional, son abordados a la luz de los aportes de otras disciplinas. El primero aborda, entre otras cosas, la posibilidad de que las CMSP sean asemejadas a otras figuras jurídicas preexistentes en el derecho internacional convencional, como, por ejemplo, los mercenarios, que ya han sido objeto de definición en los ámbitos universal y regional africano. A este respecto, doctrinantes, líderes políticos, militares y

funcionarios de organizaciones internacionales y no gubernamentales presentan distintas opiniones sobre si estas compañías son una edición renovada del mercenarismo o si constituyen, por el contrario, una figura separada de este (Urueña-Sánchez, 2019).

El segundo debate versa sobre el alcance del marco normativo existente para regular a las CMSP. Esta discusión contrapone, por un lado, a quienes defienden la pertinencia y la efectividad de la autorregulación como el camino para evitar los excesos y garantizar el control en las filas de estas compañías; por otro lado, a quienes afirman la necesidad de establecer una normativa regulatoria de las CMSP que sea jurídicamente vinculante (Urueña-Sánchez, 2020).

A la luz de lo anterior, la pregunta de investigación en la que se centra el presente trabajo es la relativa a cuáles son los elementos cuya ponderación podría conducir a una definición operativa de las CMSP para el derecho internacional y, en particular, para el derecho internacional humanitario (DIH). Con el fin de articular la pregunta de investigación a los dos debates arriba mencionados, es necesario revisar la regulación jurídica internacional y la doctrina sobre las CMSP, con el fin de identificar los elementos constitutivos de las distintas definiciones que se puedan encontrar, y de esta manera proceder a su reevaluación y proponer, si fuera necesario, algunos elementos adicionales.

La hipótesis que guía este trabajo de investigación apunta a que los elementos preponderantes para conducir a una definición operativa para el derecho internacional humanitario de las CMSP son: el tipo de servicios militares ofrecidos, la posibilidad de participar directamente en las hostilidades, y sus tres externalidades. Esta hipótesis se construye a partir de los elementos que aparecen de manera reiterada en las diversas definiciones de las CMSP previstas en la regulación jurídico-internacional, a lo que hay que sumar otros aspectos provenientes de la doctrina, incluyendo aquellos aportes realizados por los propios autores de ese trabajo.

La metodología empleada es un análisis de fuentes documentales que recogen la regulación jurídico-internacional sobre las CMSP, así como la doctrina de otras ciencias sociales, favoreciendo con ello un debate interdisciplinar.

Finalmente, en cuanto a su estructura del artículo, este se divide en cuatro secciones. En la primera, se exploran las iniciativas tendientes a ofrecer definiciones de las CMSP que tratan de delimitar el universo de los servicios militares que las caracterizan.

En la segunda sección, se analizan dichas definiciones a partir de las directrices del DIH sobre la participación directa en hostilidades y sus implicaciones para acotar el ámbito de actuación de las CMSP. En la tercera sección, se estudia la literatura académica de las ciencias sociales no jurídicas sobre las CMSP para identificar otros posibles elementos (denominados externalidades) en su definición. Finalmente, se recopilan las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores para determinar cuáles son los elementos preponderantes que deberían incluirse en la definición de las CMSP.

Las compañías militares y de seguridad privadas y los servicios militares

El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Al abordar el tema de las CMSP en el derecho internacional, uno de los desafíos con los que se enfrentan los estudiosos de la materia es caracterizar a un actor en principio perteneciente a la esfera privada, cuyo campo de acción recae mayoritariamente en el ámbito de lo público. Esto se refleja en la relevancia que el ejercicio de las funciones del personal de las CMSP puede tener en las distintas ramas del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH) e incluso el Derecho internacional penal (DIP).

La facultad de utilizar armas letales en contextos frecuentemente marcados por la fragilidad institucional parece ser una amenaza al modelo westfaliano sobre el cual se ha erigido el derecho internacional moderno. De esta manera, pone en riesgo la aspiración del control de los medios masivos de coacción física por parte del Estado para salvaguardar la integridad de su territorio y su población.

Esta aspiración de control supone así mismo asumir responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos perpetrados en nombre de los Estados por quienes los representan. Así, en el capítulo segundo del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (proyecto de artículos) se especifican las conductas

atribuibles a los Estados. En particular, en su artículo cinco se hace referencia a la conducta de las personas o entidades que ejercen elementos de la autoridad gubernamental:

La conducta de una persona o entidad que no es un órgano del Estado en virtud del artículo 4, pero que están facultadas por la ley de ese Estado para ejercer elementos de la autoridad gubernamental debe ser considerado un acto del Estado en virtud del derecho internacional, siempre que la persona o entidad esté actuando en esa capacidad. (Naciones Unidas, 2001, p. 3)

Pese a no hacer una alusión explícita a las CMSP, el proyecto de artículos sienta los cimientos para afirmar la responsabilidad internacional del Estado por los hechos ilícitos cometidos por el personal de estas compañías. Sin embargo, estos hechos solo pueden ser atribuibles al Estado si son cometidos por personal de aquellas compañías “facultadas por la ley de ese Estado para ejercer elementos de la autoridad gubernamental” (Naciones Unidas, 2001, p. 3). En otras palabras, solo existe responsabilidad internacional en los casos en los que las CMSP actúen con beneplácito estatal, lo cual no siempre ocurre.

Un ejemplo de CMSP que actuó al margen de la oficialidad estatal se dio en Colombia entre 1987 y 1988. En ese lapso, el mercenario y coronel retirado del ejército israelí Yahir Gaal Klein realizó tres viajes a la nación sudamericana a través de la CMSP *Hal Cal*, para entrenar en tácticas contrainsurgentes a grupos paramilitares de la región del Magdalena Medio. Si bien la logística para las visitas de Klein la organizó el mayor del ejército Luis Meneses (posteriormente vinculado a grupos paramilitares bajo el alias *Ariel Otero*), la iniciativa del curso de entrenamiento recayó en el líder paramilitar Henry Pérez, y obtuvo financiación del Cartel de Medellín (Verdad Abierta, 2012; Urueña Sánchez, 2010). La participación de miembros activos en ese entonces de las fuerzas armadas institucionales colombianas dista de configurar la aprobación de este Estado (mucho menos mediante una ley) de los hechos ilícitos provocados por el agenciamiento de *Hal Cal*.

Tomando en cuenta que el proyecto de artículos tiene una capacidad prescriptiva limitada a aquellas CMSP cuyo accionar está autorizado por el Estado anfitrión, es necesario explorar otras normas internacionales que puedan dar cuenta de la complejidad del universo de estas compañías y facilitar elementos de definición más precisos para su definición.

El Documento de Montreux y el Código de Conducta

La llamada *iniciativa suiza* constituye un emprendimiento mancomunado entre el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el gobierno suizo, con el fin de ofrecer a los Estados y a las propias CMSP ciertos lineamientos para su regulación (Comité Internacional de la Cruz Roja & Confederación Suiza, 2013).

Con respecto a los Estados, dicha iniciativa logró sacar adelante el *Documento de Montreux* de 2008¹ con la concurrencia de 17 Estados y la asistencia de representantes de organizaciones no gubernamentales (ONG), CMSP y de expertos académicos (Hurst, 2010). Este documento debe entenderse como un acuerdo intergubernamental no vinculante dirigido directamente a los Estados, pero que afecta indirectamente a las CMSP.

En términos generales, el *Documento de Montreux* recuerda a los Estados² las buenas prácticas en la contratación de CMSP en conflictos armados. Además, les aconseja no contratar a este tipo de compañías para realizar actividades reservadas por el DIH a agentes o autoridades estatales, subrayando la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas del DIH y no colaborar en su infracción.

Con respecto a las CMSP, el *Documento de Montreux* les ofrece una guía de buenas prácticas relativas a: los servicios que pueden prestar o no en determinado un territorio; y la necesidad de registrarse por una autoridad central competente, de actuar con plena sujeción al derecho nacional aplicable, al DIHH y al DIH, y de fijar reglas claras sobre el recurso a la fuerza armada y el manejo de armas (CICR, 2011).

A diferencia del proyecto de artículos, el *Documento de Montreux* ofrece una definición de las CMSP, a las que denomina *empresas militares de seguridad privada* (EMSP):

1 Documento de Montreux trata las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados. Fue firmado el 17 de septiembre de 2008, y contó con el concurso de: Afganistán, Alemania, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Estados Unidos de América, Francia, Irak, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania. Este documento “es el fruto de un proceso internacional iniciado por el Gobierno suizo y el CICR. Es un documento intergubernamental destinado para promover el respeto del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos en todos los conflictos armados donde intervengan empresas militares y de seguridad privadas” (CICR, 2011).

2 Los Estados discriminados por el *Documento de Montreux* son: los contratistas, los territoriales y los anfitriones.

[las] entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales. (CICR, 2011, p. 6)

Además de definir a las CMSP, el *Documento de Montreux* hace lo propio con su personal, que comprende a “las personas empleadas, directamente o a través de subcontratos, por una EMSP, incluidos sus empleados y su personal directivo” (2011). Como se puede observar, tanto las CMSP como su personal son definidos en el marco de las funciones que desempeñan y de su naturaleza.

En 2010, la iniciativa suiza tuvo el apoyo de 58 CMSP para la expedición del Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (Confederación Suiza [ICOCA], 2010; Warner, 2012; Wallace, 2011). Este instrumento retomó el espíritu del *Documento de Montreux* sobre la necesidad de reglamentar prácticas de buen gobierno corporativo para las CMSP en dos dimensiones principales. Por una parte, en la sujeción a los DIHH y al DIH en aspectos como el uso de la fuerza dentro del marco de la ley nacional, la detención y aprehensión de personas, y la prohibición de la tortura u otros tratos crueles o inhumanos, la explotación sexual, la violencia de género, el tráfico humano, la esclavitud, y el trabajo infantil, entre otros. Por otra parte, el código fijó principios de administración y buen gobierno en lo concerniente a su incorporación en las políticas de las CMSP, y, en particular, en relación con la selección y veto de su personal, sus técnicas de entrenamiento, y el manejo y uso de las armas (Wallace, 2011).

Al igual que en el *Documento de Montreux*, el Código de Conducta ofrece también una definición de las CMSP y de su personal. Sin embargo, a diferencia del primero, el Código de Conducta se refiere a las CMSP como *compañías privadas de seguridad* (CPS), y las define como aquellas compañías cuyas actividades de negocios incluyen la provisión de servicios de seguridad (escorta y protección de personas y objetos, como convoyes, instalaciones, sitios designados, propiedades u otros lugares, o cualquier otra actividad para la cual se requiera al personal usar armas en el cumplimiento de su deber) a nombre propio o de otro, indistintamente de cómo

se describan a ellas mismas (ICOCA, 2010). Por su parte, según el Código de Conducta, el personal de las CMSP incluye a todas las personas que:

trabajan para las CPS, bien sea como empleados o bajo contrato, incluyendo sus operarios, gerentes y directores. Para evitar las dudas, las personas que son consideradas parte del personal de las CPS es porque están conectadas con ellas a través de contratos de trabajo o por prestación de servicios, o si son contratistas independientes o trabajadores temporales o pasantes, independiente de la designación específica que le dé la compañía. (ICOCA, 2010, p. 50)

Al comparar las definiciones del *Documento de Montreux* y del *Código de Conducta* llama la atención que ambos instrumentos definen a las compañías o empresas a partir del tipo de servicios que proveen, y a su personal por el tipo de vínculo que mantienen con las compañías.

Con posterioridad a la aprobación del Código de Conducta, se celebró en 2013 la Conferencia de Montreux +5, en la que participaron 49 Estados y tres organizaciones internacionales. La Conferencia, al igual que sucedió inicialmente con el Documento de 2008, tuvo como principal finalidad ayudar a clarificar las obligaciones que en materia de CMSP impone el derecho internacional, y promover que se produzca una transferencia normativa que cristalice en leyes o políticas públicas (DeWinter-Schmitt, 2013).

El borrador de la Convención Internacional sobre regulación, vigilancia y monitoreo de las compañías militares y de seguridad privadas

El grupo de trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios fue establecido por medio de la resolución 2005/2 de la entonces Comisión de Derechos Humanos, en la que se puso fin al mandato del relator especial, al tiempo que se creó el grupo de trabajo conformado por cinco expertos internacionales provenientes de las diferentes regiones del mundo. El mandato que se le encomendó en los tres años inicialmente contemplados incluyó:

vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado

internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación [...], [y] preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades. (Rothe & Ross, 2010, p. 612)

En 2008, se extendió el mandato del grupo de trabajo, y se le atribuyó la competencia para investigar el impacto producido por las CMSP.

Ese mismo año, el grupo de trabajo presentó una lista extensiva de potenciales estándares legales para las CMSP, tales como “el registro, la expedición de licencias, los mecanismos de responsabilidad, el veto, el entrenamiento en derechos humanos y la vigilancia” (Naciones Unidas, 2010, p. 8). Además, el grupo propuso que “la legislación nacional en la industria también debe incluir claramente los tipos de actividades prohibidas para registrar nacionalmente a las compañías militares y de seguridad privadas” (Naciones Unidas, 2010, p. 15).

En 2009, la activa participación del grupo de trabajo para promover mecanismos de regulación efectiva de las CMSP condujo a la redacción del borrador de la Convención Internacional sobre Regulación, Vigilancia y Monitoreo de las Compañías Militares y de Seguridad Privadas. A pesar de que su ratificación dista de ser una realidad próxima, dado su limitado apoyo estatal (Huskey, 2012), el borrador de la convención puede entenderse como una manifestación de principios que buscan: reafirmar y fortalecer el principio de responsabilidad estatal para el uso de la fuerza; identificar aquellas funciones que, de acuerdo con el derecho internacional, son inherentes de la competencia estatal y no pueden ser subcontratadas; y promover la cooperación entre Estados respecto a la expedición de licencias y la regulación de actividades de las CMSP (Naciones Unidas, 2009).

Aunque se inspiró en ciertos aspectos del *Documento de Montreux*, este documento parte por reconocer la insuficiencia de aquel para asegurar el cumplimiento del DIDH y el DIH por el personal de las CMSP. En consecuencia, mientras Montreux se caracteriza por ser un instrumento no vinculante que no busca establecer nuevas obligaciones jurídicas, el borrador de la convención intenta establecer un marco jurídico totalmente innovador sobre las obligaciones internacionales de las CMSP y su personal (Huskey, 2012).

Al tener una gama más amplia de destinatarios como los Estados, las organizaciones internacionales y los actores no estatales (incluyendo a las CMSP y a su personal), el borrador de la convención parte también por establecer una definición de *compañía militar* o de *seguridad privada* como “una entidad corporativa que provee, sobre la base de la compensación, servicios militares y/o de seguridad, incluidos servicios de investigación, por personas físicas y/o entidades legales” (Naciones Unidas, 2009). Partiendo de esta definición, el borrador de la convención establece que los servicios militares se:

refieren a servicios especializados relacionados con acciones militares que incluyen planeación estratégica, inteligencia, investigación, reconocimiento aéreo o marítimo, operaciones de vuelo o de cualquier tipo, tripuladas o no tripuladas, vigilancia satelital, entrenamiento y logística militar, y apoyo técnico y material a las fuerzas armadas y otras actividades relacionadas. (Naciones Unidas, 2009, p. 13)

Además, en este documento se indica que los servicios de seguridad “refieren a vigilancia armada o protección de edificios, instalaciones, propiedad o personas, entrenamiento policial, apoyo técnico y material a las fuerzas de policía, elaboración e implementación de medidas de información en seguridad y otras actividades relacionadas” (Naciones Unidas, 2009).

De esta manera, la definición de CMSP acuñada presentaba en principio una gran afinidad con lo dispuesto en el *Documento de Montreux*. Sin embargo, al optar los redactores del borrador por desarrollar autónomamente los servicios militares de los servicios de seguridad (sin limitarse meramente a enunciarlos como sucede en el *Documento de Montreux*), parece haberse producido una extensión significativa del ámbito de actividades al que es aplicable.

Así, mientras las referencias a los servicios de seguridad, la vigilancia armada y la protección de personal e infraestructura coinciden con las previstas en el *Documento de Montreux*, la cuestión es diferente cuando el borrador de la convención aborda el tema de los servicios militares, porque incluye específicamente cierto tipo de servicios (como planeación estratégica, inteligencia u operaciones aéreas) que puede utilizarse en operaciones ofensivas.

Como resultado de esta inclusión, mientras el *Documento de Montreux* limita el componente defensivo en la definición de las CMSP, y distingue con mayor claridad las funciones de estas compañías y las competencias exclusivas de los Estados, el borrador

de la convención, al extender las funciones de las CMSP a su componente ofensivo, pone de presente una superposición entre lo que es competencia el Estado y los servicios que pueden prestar las CMSP.

La justificación dada por los redactores del borrador para esta extensión responde a la necesidad de crear obligaciones para los Estados que subcontratan con las CMSP este tipo de servicios militares. De esta manera, los Estados “son responsables civil y penalmente por el uso de la fuerza dentro o fuera de su territorio” (Naciones Unidas, 2009, p. 31). Ello significa la responsabilidad de los Estados ante actividades militares y de seguridad adelantadas por entidades privadas en su territorio, y los conmina a imponerles el respeto del DIDH y el DIH. De esta manera, los Estados están obligados a prohibir a las CMSP “para participar directamente en conflictos armados, acciones militares o actos terroristas, a manipular cierto tipo de armas y traficar con ellas y a sancionar agresores y reparar a sus víctimas” (2009).

Con respecto a los otros destinatarios, el borrador de la convención también establece responsabilidades para las organizaciones internacionales y los otros actores no estatales. A las primeras les impone “la obligación en el monitoreo de la eventual convención” (2009), mientras que a los segundos les exige el cumplimiento del DIDH, el DIH, las directrices de responsabilidad corporativa contenidas en el derecho internacional y el derecho nacional del Estado anfitrión (2009).

Otra de las propuestas innovadoras del borrador de la convención, en contraste a lo acordado en el *Documento de Montreux*, es la propuesta de creación del Comité para la Regulación, la Vigilancia y el Monitoreo de las CMSP. El Comité estaría compuesto por 14 expertos nombrados por los Estados integrantes para proveer orientación en la interpretación del derecho internacional aplicable a las disposiciones relativas a los servicios prestados por las CMSP; además, haría investigaciones confidenciales acerca de incidentes, si estas son autorizadas. El Comité haría también las veces de amigable componedor en caso de quejas surgidas entre Estados parte (Elsea, 2011).

Finalmente, y con respecto a la pregunta de hasta qué punto las definiciones de CMSP y de servicios militares recogidas en el *Documento de Montreux* y en el borrador de la convención pueden, de alguna manera, considerarse como costumbre internacional, hay que señalar que las iniciativas del gobierno suizo y del CICR, por un lado, y del grupo de trabajo de la ONU, por otro, contaron con distintos respaldos en la sociedad internacional. Así, mientras Estados Unidos, el Reino Unido y otros Estados europeos

dentro de los cuales las CMSP tienen sus centros de operaciones han firmado el *Documento de Montreux* y han apoyado el Código de Conducta; Rusia, China y el G77 se han inclinado por dar su beneplácito al borrador de la Convención. No obstante, el apoyo otorgado por unos y otros a ambas propuestas parece ser poco menos que una mera formalidad, sin que en ningún caso se haya tenido la pretensión de que estos documentos, y las definiciones contenidas en ellos, puedan pasar a tener una naturaleza vinculante mediante su incorporación a la costumbre internacional (Matteo, 2015).

La participación directa en hostilidades

Al actuar las CMSP y su personal en el contexto de conflictos armados, surge la pregunta sobre su estatuto conforme al DIH, sobre todo teniendo en cuenta que –como se mencionó en la sección anterior– el uso de armas letales y la alta probabilidad de que estas sean utilizadas por los contratistas de las CMSP difuminan la distinción existente entre, por un lado, las personas protegidas (categoría que incluye principalmente a las personas civiles, al personal médico, sanitario y religioso, y a quienes se encuentran fuera de combate por ser náufragos, estar heridos y no poder defenderse, haberse rendido y entregado las armas o haber caído en poder del enemigo) y, por otro lado, los combatientes en los conflictos armados internacionales; y los miembros de las partes en conflicto en los conflictos armados no internacionales.

Para el CICR, el concepto *participación directa en las hostilidades* desempeña un papel central a la hora de responder a la pregunta arriba mencionada. Por esta razón, en la primera década del siglo XXI, esta entidad promovió una serie de encuentros internacionales con la participación de varios delegados de gobiernos y de ONG, con el fin de concretar el contenido de la definición del concepto *participación directa en las hostilidades*. Como resultado, el CICR publicó la denominada *Guía de interpretación*, en 2009, en la que este concepto abarca todos aquellos actos cometidos por personas en principio protegidas que cumplen con los siguientes criterios:

- el acto debe poder afectar adversamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de la parte en conflicto o, alternativamente, ocasionar muerte,

daño o destrucción a personas y objetos que se encuentran bajo la protección contra los ataques.

- ha de existir un nexo causal directo entre el acto y el daño que podría ser ocasionado por el acto o la operación militar coordinada, cuya parte integrante forma este acto.

- el acto ha de estar específicamente encaminado a causar directamente daños previstos por el primer criterio, a favor de la parte en conflicto y en perjuicio de la otra. (CICR, 2009, p. 20)

Al proponer una relación causal directa entre la actividad hostil desempeñada y el umbral de daño generado, la *Guía de interpretación* prescribe una alternativa más adecuada para analizar el accionar de los contratistas privados. De esta manera, estos tienen en un principio el estatuto de personas protegidas, pero lo pierden cuando participan directamente en las hostilidades, y durante el tiempo que dure su participación en estas (Schmitt, 2005; Kálmán, 2013).

También, el concepto *participación directa en las hostilidades* permite ubicar al personal de las CMSP más allá de la dicotomía persona protegida/combatiente (o miembro de una de las partes en conflicto), y se une a otras teorías que pretenden superar esta dualidad a la hora de calificar jurídicamente a las CMSP y a su personal. Además, ante las limitaciones que el derecho convencional y la jurisprudencia presentan en este sentido, es necesario recurrir a otras fuentes del derecho internacional como los principios generales del derecho y la doctrina.

Con respecto a los primeros, la Cláusula Martens del II Convenio de la Haya de 1899 equipara a personas protegidas y a los combatientes en caso de ausencia de normas convencionales, lo que garantiza su protección y somete su actuación a los principios del derecho de gentes emanado de los usos establecidos (Urbina, 2015). Por su parte, la doctrina ha elaborado para los conflictos armados internacionales tres figuras intermedias entre los conceptos *persona protegida* y *combatiente*, que conviene analizar con respecto a su posible aplicación a las CMSP: civiles que acompañan a las fuerzas armadas, no combatientes especiales, y combatientes ilegales.

Quienes proponen la figura de *civiles que acompañan a las fuerzas armadas*, ponen particular énfasis en una interpretación del artículo 4.A.4 del III Convenio de Ginebra que favorece la concesión del estatuto de prisionero de guerra a los siguientes individuos, a pesar de no ser integrantes de las fuerzas armadas de las partes en conflicto:

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. (CICR, 1949)

Sin embargo, inscribir al personal de las CMSP en esta figura resulta una alternativa polémica. En este sentido, ciertas directivas oficiales del Departamento de Defensa de los Estados Unidos subrayan que la aplicación a las CMSP de la figura de los civiles que acompañan a las fuerzas armadas permitiría al personal de estas compañías hacerse acreedores de ciertas protecciones asociadas a la condición de combatiente (como el estatuto de prisionero de guerra), mediante la mera expedición de una tarjeta de identidad y sin estar sometidos al control político de los Estados (Bosch, 2007; de Nevers, 2009; Cameron & Chetail, 2013). En consecuencia, la aplicación a las CMSP de esta figura se encontraría jurídicamente desequilibrada, porque ofrecería grandes ventajas a los contratistas privados, al garantizarles derechos y permitirles evadir ciertos deberes recogidos en el DIH.

En cuanto a la figura de los no combatientes especiales, es intermedia y trata de ser más precisa, al definir como individuos que “participan en la empresa de la guerra, pero no participan directamente en acciones que conlleven a causar daño en los conflictos armados” (Pattison, 2012, p. 150), los sujetos calificados *no combatientes especiales* se desligan de la idea de individuos parcialmente asimilados en ciertas categorías de combatientes. Lo anterior facilita la intención de mantener una diferenciación entre los distintos roles que asumen los combatientes y los no combatientes (Daniels, 2015). Empero, al aplicar esta diferenciación al personal de la CMSP, se halla el problema del carácter ofensivo que pueden asumir cuando el contrato de las CMSP a las que pertenecen así lo señala.

Finalmente, la figura de los combatientes ilegales busca privar de cualquier derecho a los individuos que participan directamente en las hostilidades sin poseer la condición de combatientes. En consecuencia, ni se les aplicaría el estatuto de prisionero de guerra cuando caigan en poder del enemigo, ni se les reconocerían derechos como personas protegidas

por su participación directa en las hostilidades, pudiendo ser en todo momento objeto de ataque (Cameron & Chetail, 2013). Al ser una categoría no convencional, el concepto *combatientes ilegales* es ciertamente controvertido, y no es respaldado ni por el CICR ni por la mayoría de los tratadistas. Parte de las razones que justifican este rechazo, así como su aplicación a las CMSP, es el carácter implacable de sus consecuencias jurídicas, lo que también aboga por su no aplicación a las CMSP (Milkeraityté, 2008).

De esta manera, si bien los principios generales del derecho y la doctrina han tratado de superar la disyuntiva entre personas protegidas y combatientes, ya sea visualizando escenarios de equivalencia (cláusula Martens), ya se promoviendo figuras intermedias, lo cierto es que todas las propuestas presentadas conducen a un callejón sin salida para construir una definición comprensiva de las CMSP y su personal. Esta situación es todavía más evidente en los conflictos armados no internacionales, en los que las CMSP centran su actuación, al tiempo que los instrumentos del DIH cuentan con menos herramientas para regularlas.

En este tipo de conflictos, el derecho convencional no recoge el concepto *combatiente*, por lo que tanto el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, como el Protocolo Adicional II, no brindan herramientas suficientes para ofrecer una gama de opciones similar a la que se ha descrito para los conflictos armados internacionales. Ante esta situación, la doctrina ha explorado otras posibilidades, con las que distingue entre: miembros de las partes en conflicto (a quienes se denomina también *luchadores* para evitar cualquier confusión con el término *combatientes*); civiles protegidos, que no toman parte directamente en las hostilidades; y civiles que temporalmente participan directamente en las hostilidades (Milkeraityté, 2008).

Por su parte, según la *Guía de interpretación* del CICR,

en los conflictos armados no internacionales, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal del conflicto y consisten solamente de individuos cuyas funciones continuas son las de tomar parte en las hostilidades (función de combate continua). (Cameron & Chetail, 2013, pp. 415)

En consecuencia, la cuestión relativa al estatuto del personal de las CMSP en los conflictos armados no internacionales se encuentra estrechamente vinculada

al concepto *participación directa en hostilidades*. Así, de acuerdo con las directrices provistas en la *Guía de interpretación* y, teniendo en cuenta que la existencia de una función continua de combate debe en todo caso valorarse a la luz de las funciones concretas que se desempeñen, las CMSP podrían en ciertos escenarios ser catalogadas como partes en el conflicto, y su personal como miembros de una de las partes en el mismo (Cameron & Chetail, 2013).

Definición de las CMSP desde otras disciplinas

El papel desempeñado por las CMSP en el escenario internacional de los últimos años y los efectos de su participación en múltiples zonas de conflicto han despertado el interés de académicos de diversas disciplinas y, en especial, la ciencia política, las Relaciones Internacionales y las ciencias militares. Varios exponentes de estas disciplinas comparten la preocupación de sus contrapartes del derecho internacional por contribuir con una definición operativa de las CMSP, la cual sirva para dar a entender este fenómeno y proponer medidas de solución a los problemas derivados de su actuar.

Uno de los autores más citados en la doctrina sobre CMSP es el politólogo estadounidense Peter W. Singer, estratega de la *New America Foundation*. Este analista se destaca por su tipología para el análisis de las compañías militares y de seguridad, que ha hecho carrera entre un amplio número de tratadistas (Pozo Serrano & Hernández Martín, 2007; Jackson, 2002; Schreier & Caparini, 2005; Hansen, 2012; Macías, 2012; Joachim & Schneiker, 2014; Ellington, 2011; Ettinger, 2014; Clark, 2008; Boone, 2011; Drutschmann, 2014; Coufal, 2007; Schaud Jr., 2010; Heineken, 2013; Laboire, 2012; Rothe & Ross, 2010). Singer (2006) conceptualiza a este tipo de compañías a partir de una tipología que él denomina *punta de lanza*, y que se basa en el análisis del portafolio de servicios prestados por las compañías, que van desde “pequeñas firmas consultoras dirigidas por generales retirados hasta corporaciones transnacionales capaces de poner en alquiler aviones de combate y batallones de comandos” (p. 106). Cuanto más inminente es la posibilidad de que el personal de la compañía se involucre en combate o en operaciones en el nivel táctico, más cerca estará de la punta de la lanza. En contraposición, la *asta de la lanza* representa actividades militares distantes de la acción en combate, que van desde el transporte de armamento y la

custodia de enemigos capturados hasta la preparación de alimentos (Ellington, 2011).

Desde esta perspectiva, Singer (2006) identifica tres tipos de compañías: firmas proveedoras militares, comúnmente conocidas como compañías militares y de seguridad privadas (CMSP) o firmas de seguridad privadas, las cuales ofrecen asistencia táctica militar directa, lo que incluye entrar en combate; firmas de consultoría militar, las cuales se apoyan en oficiales experimentados y no comisionados para ofrecer asesoría militar y entrenamiento, pero no para llevar a cabo operaciones; y firmas de apoyo militar, las cuales proveen servicios de logística, inteligencia y mantenimiento.

Esta tipología emplea dos variables para determinar la pertenencia de una compañía a una de las tres categorías mencionadas: el rango de servicios y el nivel de fuerza requerido (Ettinger, 2014). En esta tipología se puede observar que las CMSP forman parte de las compañías militares y de seguridad que se encuentra más cerca de la *punta de lanza*, por cuanto su portafolio de servicios contiene asistencia militar directa y participación en combate.

La masiva recepción de la tipología de Singer en la doctrina sobre compañías privadas de seguridad no la exime de críticas, entre las que destacan principalmente dos. Por un lado, la clasificación de Singer desde la óptica de la *punta de lanza* puede concebirse como algo anacrónico en el quehacer de la guerra contemporánea. Fenómenos como el terrorismo y la guerra insurgente en épocas recientes relativizan la idea de *campo de batalla*, en tanto que lugar distante de los centros urbanos y la población civil, haciendo que la noción de inminencia propia de la *punta de lanza* termine por convertirse en un supuesto irrelevante (Clark, 2008).

Por otro lado, una tipología tan nítidamente construida como la que propone Singer asume la existencia de un mercado de la seguridad privada unificado y coherente. Sin embargo, la variedad de servicios prestados por las compañías hace que se puedan encuadrar de una u otra manera en las tres categorías. Además, a esta dificultad operativa se le suma el hecho de que hay también servicios que no son recogidos adecuadamente en ninguna de las tres categorías, como aquellos relativos a las funciones de inteligencia (Clark, 2008; Boone, 2011; Drutschmann, 2014).

Con el objeto de abordar estas críticas, Deborah Avant (2005) toma en cuenta la capacidad que tienen las compañías para innovar y expandir sus servicios, y por ello sugiere realizar una primera distinción entre las que ofrecen servicios en seguridad interna

y externa. Así, en el ámbito interno, las compañías de seguridad se ocupan de la protección de instalaciones (por medios armados o no armados), la prevención del crimen y las labores de inteligencia; mientras que en el ámbito externo hay una gran concentración en actividades de soporte operativo, apoyo logístico y asesoría y entrenamiento militar. Según Avant (2005), las CMSP forman parte de las compañías cuyas actividades se desarrollan principalmente en relación con el ámbito externo.

Un aporte valioso de la tipología de Avant (2005) es haber priorizado los contratos como unidad de referencia para el análisis por encima de la idiosincrasia de las propias compañías. Esta aproximación permite analizar las especificidades de las acciones acordadas con quienes las contratan, en lugar de realizar generalizaciones sobre las compañías basadas en nociones obsoletas sobre los servicios prestados.

David Shearer (1988) propone una tercera tipología sustentada en el análisis de los servicios prestados por cada compañía, que pueden incluir: (i) acciones de combate (apoyo y participación en operaciones militares); (ii) asistencia (armamento de cobertura) y entrenamiento militar (en particular, a fuerzas especiales y grupos de elite sobre cuestiones tales como estructuras tácticas y de fuerza); (iii) logística (envío de equipamiento, protección humanitaria de las misiones de la ONU, restablecimiento de infraestructura y desminado); (iv) protección en seguridad comercial (vigilancia de bienes y personal); (v) análisis de riesgo (cálculo de inseguridad y de áreas inestables en relación con proyectos de inversión); (vi) investigación y acopio de inteligencia (lucha contra la extorsión y el fraude, y cálculo de la interferencia política en las actividades comerciales); y (vii) respuesta al secuestro (negociación y asesoría).

Esta tipología sustentada en los servicios ha servido a otros autores para diferenciar a las CMSP de otras compañías de seguridad privadas. Así, para Peter Bjovert (2008), las CMSP son compañías tácticamente superiores a otras firmas, porque manejan armamento pesado y cuentan con soldados altamente entrenados. En particular, las CMSP se diferencian de: las compañías militares privadas, que suplen necesidades de los ejércitos nacionales y asumen funciones que no constituyen participación directa en las hostilidades; las compañías privadas de seguridad de baja intensidad, encargadas de la seguridad de centros comerciales, oficinas corporativas y hogares; y las compañías privadas de seguridad, que se especializan en el uso de armamento ligero para el combate y labores de inteligencia.

Por su parte, Doug Brooks (2000) considera a las CMSP como entidades de vocación más ofensiva y más cercanas a la participación directa en las hostilidades, distinguiendo los servicios que prestan de aquellos ofrecidos por las compañías privadas de seguridad caracterizados por llevar a cabo de manera exclusiva actividades como el desminado y el apoyo logístico para operaciones militares; y prestar sus servicios a Estados inestables y a clientes privados (a diferencia de las CMSP, que hacen lo propio con clientes del sector público o internacionales).

La distinción entre lo público y lo privado para clasificar la naturaleza de una compañía de seguridad privada también es relevante para Christopher Kinsey (2006), quien propone una tipología de las CMSP basada en la distinción entre las variables relativas al “objeto que debe ser protegido” y las relativas a los “medios para proteger dicho objeto”. En lo que atañe al objeto, este puede tener un carácter público o privado; mientras que, del lado de los medios, estos pueden variar entre letales y no letales. De esta clasificación, se puede inferir un cuadrante en el que la combinación entre ambas variables determina la naturaleza de la fuerza militar utilizada. Es así como el uso de la fuerza letal está reservado para ejércitos nacionales (públicos) y para compañías proveedoras militares (privadas), mientras que la fuerza no letal está destinada para los cuerpos de policía (públicos) y las firmas consultoras o de apoyo (privadas).

La tipología de Kinsey enriquece el debate, porque añade la dualidad entre lo público y lo privado, y entre las formas letales y no letales de violencia, al momento de enmarcar el grado de sanción estatal al que pueden ser susceptibles las CMSP. Así mismo, supera las tipologías centradas únicamente en las propias compañías, los contratos y los servicios como unidades de análisis válidas (Clark, 2008). Además, la variable de “medios para asegurar dicho trabajo” abre la puerta a un parámetro de observación de orden táctico-estratégico para catalogar a las compañías privadas de seguridad.

La vocación ofensiva o defensiva que define el accionar de una compañía es un criterio adicional para distinguir entre las CMSP de las compañías privadas de seguridad. Así, mientras las CMSP poseen un talante más ofensivo, que incluye el uso de la fuerza letal, las compañías privadas de seguridad tienen una finalidad defensiva, lo que la aleja de situaciones en las que la vida humana está en riesgo inminente (Cano Linares, 2008; Pattinson, 2011). En el sentido opuesto, para algunos autores este criterio es ciertamente problemático, porque, debido a la pluralidad de servicios ofrecidos por las compañías, las acciones ofensivas y defensivas

se convierten en algo mutuamente intercambiable (Schreier & Caparini, 2005).

Otros autores subrayan la dificultad inherente a esta distinción, pero la reivindican en la medida en que las connotaciones éticas derivadas de esta validan la realización de un ejercicio en este sentido. La fórmula recomendada por estos académicos para discernir entre el comportamiento defensivo u ofensivo de una compañía es observar la motivación del contratante a la hora de contratar al contratista (Laboire, 2012).

Para finalizar este recorrido por las definiciones propuestas para las CMSP por parte de las disciplinas no jurídicas conviene revisar las definiciones de Carlos Ortiz, Simon Chesterman, Chia Lehnardt y Sarah Percy. En primer lugar, Carlos Ortiz (2010) señala que las CMSP son “compañías internacionales legalmente establecidas cuya oferta de servicios involucra el poder para ejercer la fuerza de manera sistemática por medios militares y paramilitares” (p. 48-49). Esta definición hace hincapié en que las CMSP, como otras firmas más convencionales, pagan impuestos, cotizan en ocasiones en las bolsas de valores y establecen vínculos contractuales con gobiernos, organizaciones internacionales y no gubernamentales y empresas transnacionales. De esta manera, los estragos cometidos por sus contratistas no deben confundirse con su estatus jurídico de empresas legalmente establecidas.

Para Ortiz (2010), las CMSP son compañías internacionales por el alcance de la oferta en sus servicios y su capacidad de hacer tratos con clientes nacionales y extranjeros. Además, sus servicios recaen en el área de seguridad y defensa, pero, a diferencia de los contratistas en seguridad, estos servicios son orientados (instrucción en el manejo de equipos y seguridad), en vez de ser intensivos en capital (manufactura de equipos o armas). Respecto al ejercicio de la fuerza, el enrolar a exmilitares o expolicías entre su personal deriva en que las CMSP cuenten con una mano de obra experimentada en el uso de la fuerza letal, capaz de proveer protección armada en lugares de alto riesgo (factor diferenciador en relación con los guardias de seguridad ordinarios).

En segundo lugar, Simon Chesterman y Chia Lehnardt (citados en Machairas, 2014) definen las CMSP como “compañías que proveen sus servicios fuera de sus Estados de origen con el potencial tanto para utilizar fuerza letal como para entrenar y asesorar militares a quienes se les afectan sustancialmente sus capacidades de combatir” (p. 50). Con esta definición, ambos autores intentan abarcar a aquellas compañías que han sido el centro de preocupación de los reguladores y entidades humanitarias, y toman

nota de la dificultad de distinguir con claridad entre operaciones ofensivas y defensivas en contextos de conflictos de baja intensidad. Además, utilizan el término *militar* como un recurso semántico para diferenciar cualitativamente entre: las compañías que prestan sus servicios en zonas de conflicto asumiendo labores militares (CMSP), y las que tratan de garantizar un entorno estable para el personal o los bienes protegidos (compañías privadas de seguridad).

En tercer lugar, Sarah Percy (2007) opina que las CMSP son “entidades corporativas especializadas en la provisión de capacidades militares para los gobiernos: entrenamiento, planeación, inteligencia, evaluación de riesgo, apoyo operativo y competencias técnicas” (para la autora, el *apoyo operativo* tiene que ver con la inminencia de hacer parte directamente de hostilidades armadas) (p. 60). El proveer capacidades militares para los gobiernos implica la rotación de la cual hacen gala para poder ser contratadas por uno u otro Estado.

Para Percy (2007), la *estructura corporativa* de las CMSP se corresponde con la de grupos organizados que trabajan para ciertos Estados, sin otra causa específica que la retribución económica que reciben de estos, sometiéndose para ello a la autoridad estatal durante el tiempo fijado en el contrato. Esto conlleva, en su opinión, asumir dos tipos de control estatal: el de los Estados donde las CMSP se han constituido, para que les permitan desplegarse en otro territorio; y el de los Estados contratantes, que controlan directamente sus movimientos.

Del análisis de las definiciones de las CMSP propuestas por la doctrina en ciencias sociales no jurídicas puede inferirse que, junto con la importancia para su definición de los servicios militares que proporcionan y su participación directa en las hostilidades, existen tres elementos adicionales, a los que denominamos en este trabajo *externalidades*, que deberían incluirse en la definición de las CMSP.

En primer lugar, las CMSP entablan una relación de externalidad geográfica con respecto al teatro de operaciones en el que actúan; así lo declaran explícitamente las definiciones de Ortiz (2010) y Chesterman y Lenhardt (citados en Machairas, 2014) e implícitamente la de Percy (2007). Las CMSP hacen parte de una pléyade de empresas privadas que, bajo la égida de la globalización comercial, han aprovechado la porosidad de las fronteras nacionales durante las últimas décadas, tanto para reclutar expertos militares de muchos países, como para aumentar el número de territorios donde han hecho presencia.

En segundo lugar, tanto el contrato (instrumento ponderado por Avant, 2005) del que se desprenden el conjunto de servicios desarrollados por las CMSP, como los elementos característicos de las tipologías de Schreier y Caparini (2005), Bjoveit (2008), Brooks (2000), Ortiz (2010) y Kinsey (2006), requieren una cierta relación entre las CMSP y la autoridad política (argumento que es reforzado por la definición de Percy). De esta manera, se vislumbra una suerte de externalidad política. Así, si bien en oposición a los ejércitos regulares, las CMSP son entidades independientes de los Estados, lo que no obsta para que por intermedio de un contrato se pueda generar una sujeción temporal y voluntaria de las CMSP a los Estados contratantes, e inclusive una determinación de responsabilidades por hechos ilícitos.

Finalmente, en tercer lugar, existe una última externalidad cuya importancia no se hace tan evidente en las definiciones hasta ahora revisadas, pero resulta de interés capital cuando los autores desglosan sus elementos: la externalidad ideológica. En contraste con las fuerzas armadas estatales o las milicias de voluntarios, las CMSP no se involucran en un conflicto armado o prestan sus servicios militares por motivaciones ideológicas. Su naturaleza como compañías privadas comprende al lucro como su motivación principal para su constitución y actuación. Las explicaciones de Percy (2007) sobre su definición de las CMSP son un claro ejemplo en este sentido.

De esta manera, la tercerización de la economía ha encontrado en el mercado de la violencia un estímulo para destinar ingentes recursos financieros por parte de Estados, organizaciones internacionales, ONG, empresas transnacionales e incluso grupos de la delincuencia organizada a la contratación de fuerzas armadas experimentadas. Esta es precisamente una de las razones que explica el ascenso y la consolidación de las CMSP en las últimas tres décadas (Urueña-Sánchez, 2020). Por lo tanto, la externalidad ideológica y la consecuente ponderación del *animus furandi* debe ser integrada como un elemento básico de la definición de las CMSP para efectos de su clasificación en el derecho internacional en general y en el DIH en particular.

Conclusión

La hipótesis de este artículo señala que los elementos preponderantes para conducir a una definición de las CMSP operativa para el DIH son: el tipo de servicios militares ofrecidos; la posibilidad de

participar directamente en las hostilidades; y sus tres externalidades. A través de las secciones precedentes, esta hipótesis de trabajo ha sido en gran medida corroborada. Con respecto a los dos primeros elementos, se ha analizado la preocupación del derecho internacional por vincular las definiciones de las CMSP a los servicios militares que ofrecen, y a la posibilidad de que participen directamente en las hostilidades. Además, las tres externalidades (geográfica, política e ideológica) permiten precisar aspectos propios de las CMSP en relación con el entorno en el que operan y su *leit motiv*.

Llama la atención cómo en casi todas las definiciones analizadas existe una variable transversal, que puede ser denominada *disposición táctica*, y que puede a su vez tener una naturaleza defensiva u ofensiva. De hecho, el grueso del debate sobre servicios militares y participación directa en las hostilidades tiene que ver con qué tan ofensiva o defensiva tiene que ser una compañía en su portafolio de servicios y en su accionar en zona para ser caracterizada como CMSP, así como para diferenciarla de otros tipos de compañías de seguridad.

Sobre el tipo de servicios militares y la participación directa en las hostilidades se asientan también las principales dificultades para elaborar una definición precisa de las CMSP. Así, por un lado, preparar un listado exhaustivo de servicios militares para definir a las CMSP constituye una empresa muy dispendiosa y con una alta probabilidad de quedarse obsoleta en el corto plazo frente a un fenómeno tan cambiante como las formas de violencia en los conflictos armados. Por otro lado, el concepto de participación directa en las hostilidades, a pesar de las explicaciones contenidas en la *Guía de interpretación* del CICR, presenta demasiadas zonas grises en su aplicación a las funciones para las cuales las CMSP son contratadas y las contingencias que se puedan presentar en su ejercicio.

Finalmente, con respecto a las tres externalidades, es importante subrayar que no es posible alcanzar conclusiones generales, sino que ha de tratarse a cada una de manera independiente. Aparentemente, la externalidad política parece ser la más factible de determinar, por cuanto las disposiciones del contrato firmado entre las partes, o la existencia de una ley que habilite la actuación de las CMSP, son medios adecuados de prueba a estos efectos.

Por su parte, la externalidad ideológica enfrenta el desafío de demostrar el ánimo de lucro de las CMSP para intervenir en una zona en conflicto armado. Este

requisito tiene el riesgo de que la protección dada por las CMSP a organizaciones internacionales y a ONG pueda terminar favoreciendo que las CMSP se apropien de un discurso altruista que legitime sus otras acciones y reste importancia al ánimo de lucro que impulsa su actuar.

Pero sin duda la más compleja de delimitar es la externalidad geográfica, debido a la encrucijada ontológica de entender el espacio como una realidad física o como una construcción social, dado que la distinción entre *nacional* y *extranjero* puede ser construida socialmente, sin que necesariamente se corresponda a realidades físicas inamovibles.

En suma, conviene subrayar que la cuestión relativa al estudio de la definición de las CMSP no solo es importante para caracterizar un fenómeno poco estudiado, pero muy presente en la sociedad internacional, sino también para proponer mecanismos efectivos para su regulación, que tengan en consideración las correlaciones de poder dentro de estas instituciones. Es sobre esta base que el presente trabajo pretende promover un debate democrático dirigido a desentramar la relación entre derecho y violencia, en general, y los elementos constitutivos de la definición de las CMSP, en particular.

Referencias

- Avant, D. (2005). *The market of force*. Cambridge University Press.
- Bjoveit, P. (2008). *Treath or asset?: how private security companies and private military companies affect the US monopoly on legitimate force* [Tesis de maestría, Universitetet I Oslo]. <https://bit.ly/3deAK8K>.
- Boone, M. D. (2011). *Private military companies and state sovereignty: an english school approach to regulations and its consequences* [Tesis de maestría, Dalhousie University] <https://bit.ly/3BB6j6o>.
- Bosch, S. (2007). Private security contractors and international humanitarian law —a skirmish for recognition in international armed conflicts—. *African Security*, 16(4), 34-52. <https://bit.ly/3d5rCTV>.
- Brooks, D. (2000). Messiahs or mercenaries? The future of international private military services. *International Peacekeeping*, 7(4), 129-144.
- Cameron, L., & Chetail, V. (2013). *Privatizing war: private military and security companies under public international law*. Cambridge University Press.

- Cano Linares, M. Á. (2008). El derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial ¿El fin de un monopolio? *Anuario Derecho*, 24, 47-77.
- Clark, M. K. (2008). *In the company of soldiers: private security companies' impact on military effectiveness and the democratic advantage* [Tesis doctoral, Cornell University] <https://bit.ly/3d5fSRA>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (1949). *Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. <https://bit.ly/3ODVWo2>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2009). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. <https://bit.ly/3db6xHR>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja & Confederación Suiza. (2008). *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*. <https://bit.ly/3BvoZUR>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja & Confederación Suiza. (2013). *Montreux +5 Conference*. <https://bit.ly/3qz6EQo>.
- Confederación Suiza "The International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICOCA)", (9 de noviembre de 2010), https://icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc_english3.pdf
- Coufal, L. (2007). *More than Mercenaries? Mercenaries, Sierra Leone, and the Rise of Private Military Companies*. [Tesis de maestría, University of British Columbia]. <https://bit.ly/3RY5bie>.
- Daniels, P. R. (2015). Just war and administrative personnel in the private military industry. *Journal of Military Ethics*, 14(2), 146-161.
- De Nevers, R. (2009). Private security companies and the laws of war. *Security Dialogue*, 40(2), 169-190.
- DeWinter-Schmitt, R. (Ed.). (2013). *Montreux five years on: an analysis of state efforts to implement Montreux document legal obligations and good practices*. Human Rights in Business; Center for Human Rights & Humanitarian Law; American University Washington College of Law. <https://bit.ly/3qxeytS>.
- Drutschmann, S. (2014). *Motivation, markets and client relations in the british private security industry*. [Tesis de doctorado, King's College London]. <https://bit.ly/3B7ZEyU>.
- Ellington, S. (2011). The rise of battlefield private contractors. *Public Integrity*, 13(2), 131-148.
- Elesa, J. K. (2011). Private security contractors in Iraq and Afghanistan: legal issues. *Russia, China and Eurasia-Social, Historical*, 27(1), 45-93.
- Ettinger, A. (2014). After the gold rush: corporate warriors and the market of force revisited. *International Journal*, 69(4), 559-569. <https://bit.ly/3L6KVsu>.
- Hansen, J. (2012). Rethinking the regulation of private military and security companies under international humanitarian law. *Fordham International Law Journal*, 35(3), 698-736. <https://bit.ly/3QAYqSG>.
- Heineken, L. (2013). Outsourcing public security: the unforeseen consequences for the military profession. *Armed Forces & Society*, 40(4), 625-646. <https://bit.ly/3eGit4H>.
- Hurst, S. (2010). "Trade in force": the need for effective regulation of private military and security companies. *Southern California Law Review*, 84(2), 447-486.
- Huskey, K. (2012). Accountability for private military and security contractors in the international legal regime. *Criminal Justice Ethics*, 31(3), 193-212. <https://bit.ly/3xgjd2g>.
- Jackson, P. (2002). 'War is much too serious a thing to be left to military men': private military companies, combat and regulation. *Civil Wars*, 5(4), 30-55. <https://bit.ly/3qCIMKg>.
- Joachim, J., & Schneiker, A. (2014). All for one and one in all: private military security companies as soldiers, business managers and humanitarians. *Cambridge Review of International Affairs*, 27(2), 246-267. <https://bit.ly/3L8LPVJ>.
- Kálmán, J. (2013). Mercenaries reloaded? Applicability of the notion of 'mercenaries' in relation to private military companies and their employees. *Acta Juridica Hungarica*, 54(4), 367-383. <https://bit.ly/3U7ayxt>.
- Kinsey, C. (2006). *Corporate soldiers and International Security*. Nueva York: Routledge.
- Laboire, M. (2012). *La privatización de la seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*. Secretaría Técnica General, Ministerio de Defensa. <https://bit.ly/3d5GyBF>.
- Macías, A. (2012). The impact of PMSC on the role of today's military. *Opera*, 12(12), 221-238. <https://bit.ly/3xgAlcG>.
- Machairas, D. (2014). The ethical implications of the use of private military force: regulatable or irreconcilable? *Journal of Military Ethics*, 13(1) 49-69. <https://bit.ly/3QC5YEw>.
- Matteo, D. (2015). *The use of private military and security companies in international society: contestation and legitimation of state practice* [Tesis de doctorado, University of Westminster] <https://bit.ly/3DjH1ee>.

- Milkeraityté, K. (2008). *Private military and security companies and their personnel in the context o international humanitarian law* [Tesis de maestría, Mykolas Romeris University] <https://bit.ly/3eHMqBo>.
- Naciones Unidas. (2001). *Responsibility of states for internationally wrongful acts*. <https://bit.ly/3d64B3c>.
- Naciones Unidas. (2009). *Draft international convention on the regulation, oversight and monitoring of private military and security companies*. <https://bit.ly/3QEa2UX>.
- Naciones Unidas. (2010). *Report of the working group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*. <https://bit.ly/3eCfIRP>.
- Ortiz, J. (2010). *Private armed forces and global security: a guide to the issues*. Praeger.
- Pattison, J. (2012). The legitimacy of the military, private military and security companies, and just war theory. *European Journal of Political Theory*, 11(2), 131-154. <https://bit.ly/3RU3suq>
- Percy, S. (2007). *Mercenaries: the history of a norm in international relations*. Oxford University Press.
- Pozo Serrano, P., & Hernández Martín, L. (2007). El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia en Irak. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 23, 315-351. <https://hdl.handle.net/10171/21448>
- Rothe, D., & Ross, J. (2010). Private military contractors, crime, and the terrain of unaccountability. *Justice Quaterly*, 27(4), 593-617. <https://bit.ly/3B89ctK>.
- Schaud Jr., G. (2010). Civilian combatants, military professionals? American officer judgements. *Defence Studies*, 10(3), 369-386. <https://bit.ly/3DjeGo3>.
- Schmitt, M. (2005). Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees. *Chicago Journal of International Law*, 5(2), 511-546. <https://bit.ly/3xdFtyo>.
- Schreier, F., & Caparini, M. (2005). *Privatising security: law, practice and governance private military and security companies*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.
- Shearer, D. (1998). The expansion of the private military sector. *The Adelphi Papers*, 38(316), 23-37. <https://bit.ly/3U0hnRw>.
- Singer, P. (2006). Humanitarian principles, private military agents: implications of the privatized military industry for the humanitarian community. *The Brown Journal of World Affairs*, 13(1), 105-121. <https://www.jstor.org/stable/24590647>
- Urbina, J. (2015). Actores no estatales y externalización de las funciones militares en los conflictos armados: los contratistas privados ante el derecho internacional humanitario. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 8, 41-85. <https://bit.ly/3U28yqk>.
- Urueña-Sánchez, M. (2020). *Mercenarios y compañías militares y de seguridad privadas: estructuración de sus redes normativas*. Tirant Lo Blanch.
- Urueña-Sánchez, M. I. (2019). Las compañías militares y de seguridad privadas ¿los nuevos mercenarios? *Revista Criminalidad*, 61(1), 97-110. <https://bit.ly/3RZXDMe>.
- Urueña Sánchez, M. I. (2010). Paramilitarismo en Colombia: entre partisanos y piratas. *Sophia*, 6, 92-100.
- Verdad Abierta. (2012). *Los viajes de Yahir Klein a Colombia*. <https://bit.ly/3RBqzdf>.
- Wallace, D. A. (2011). International code of conduct for private security service providers. *International Legal Materials*, 50(1), 89-104. <https://bit.ly/3L9Ud7b>.
- Warner, D. (2012). Establishing norms for private military and security companies. *Denver International Law & Politics*, 40(1), 106-117.

