



Asamblea General

Distr. general
9 de agosto de 2016
Español
Original: inglés

Septuagésimo primer período de sesiones

Tema 68 del programa provisional*

Derecho de los pueblos a la libre determinación

Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a los miembros de la Asamblea General, de conformidad con la resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos, el informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

* [A/71/150](#).



Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación

Resumen

En su anterior informe a la Asamblea General ([A/70/330](#)), el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación examinó las posibles conexiones entre los mercenarios y los combatientes extranjeros y su repercusión en los derechos humanos y el derecho de los pueblos a la libre determinación. En el presente informe el Grupo de Trabajo amplía el análisis desde una perspectiva histórica siguiendo la evolución del fenómeno del mercenarismo y los combatientes extranjeros, lo cual permite examinar con mayor detenimiento las semejanzas y diferencias en las motivaciones, el reclutamiento y la reglamentación de ambos tipos de agentes. También se evalúan y comparan las repercusiones de ello en los derechos humanos y las consecuencias a efectos de rendición de cuentas y reparación. De ese modo, el Grupo de Trabajo se propone subrayar los parecidos entre unos y otros agentes y formular nuevos planteamientos en materia de rendición de cuentas por violaciones de las que son responsables combatientes extranjeros, tomando como base la experiencia y la reglamentación en la esfera de los mercenarios y otras actividades relacionadas con ellos.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	4
II. Definiciones de mercenario y de combatiente extranjero	5
III. Estatuto de los mercenarios y los combatientes extranjeros en el derecho internacional	6
Los mercenarios y los combatientes extranjeros en el derecho internacional humanitario	8
IV. Reglamentación jurídica interna sobre combatientes extranjeros	9
A. Legislación del siglo XIX sobre alistamiento de extranjeros y neutralidad	9
B. Nueva legislación específica sobre combatientes extranjeros	10
C. Retirada de la ciudadanía	11
D. Confiscación de pasaportes	12
V. Evolución histórica de los mercenarios y los combatientes extranjeros	12
A. Antes del siglo XIX	13
B. Desde principios del siglo XIX hasta las guerras de descolonización	15
C. Desde las guerras de descolonización hasta la actualidad	16
VI. Enseñanzas históricas: reclutamiento, reglamentación y las consecuencias de la motivación	18
A. Reclutamiento	19
B. Control	20
C. Consecuencias para la reglamentación de las distintas motivaciones	22
VII. Rendición de cuentas y reparación a favor de las víctimas de violaciones de los derechos humanos	25
VIII. Repercusión en el derecho de los pueblos a la libre determinación	26
IX. Conclusiones y recomendaciones	26
Anexo	
Definiciones de mercenario	30

I. Introducción

1. El presente informe se ha preparado con arreglo a lo dispuesto en la resolución [30/6](#) del Consejo de Derechos Humanos y la resolución [70/142](#) de la Asamblea General. El informe va ligado al mandato del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consistente, entre otras cosas, en vigilar a los mercenarios y las actividades relacionadas con ellos en todas sus formas y manifestaciones y estudiar y determinar las fuentes y causas y las nuevas cuestiones, manifestaciones y tendencias en lo que respecta a los mercenarios o las actividades relacionadas con ellos y su repercusión en los derechos humanos, en particular en el derecho de los pueblos a la libre determinación.

2. En su anterior informe a la Asamblea General ([A/70/330](#)), el Grupo de Trabajo examinó las posibles conexiones entre los fenómenos del mercenarismo y de los combatientes extranjeros y sus repercusiones en los derechos humanos y en el derecho de los pueblos a la libre determinación. En el presente informe el Grupo de Trabajo amplía el análisis desde una perspectiva histórica siguiendo la evolución de los fenómenos del mercenarismo y de los combatientes extranjeros, lo cual permite examinar con mayor detenimiento las semejanzas y diferencias en las motivaciones, el reclutamiento y la reglamentación de ambos tipos de agentes. También se evalúan y comparan las repercusiones de ello en los derechos humanos y las consecuencias a efectos de rendición de cuentas y reparación. De ese modo, el Grupo de Trabajo se propone subrayar los parecidos entre unos y otros agentes y formular nuevos planteamientos en materia de rendición de cuentas por violaciones de las que son responsables combatientes extranjeros, tomando como base la experiencia y la reglamentación en la esfera de los mercenarios y las actividades relacionadas con ellos.

3. El presente informe abarca lo siguiente: a) definiciones de mercenario y combatiente extranjero; b) el estatuto de los mercenarios y los combatientes extranjeros en el derecho internacional; c) reglamentación jurídica interna sobre combatientes extranjeros; d) evolución histórica de los mercenarios y los combatientes extranjeros; e) enseñanzas históricas; f) posibles vías de rendición de cuentas y reparación a favor de las víctimas de violaciones de los derechos humanos; g) consecuencias para la libre determinación; y h) propuestas de conclusiones y recomendaciones sobre la manera de hacer frente al problema de los combatientes extranjeros.

4. El Grupo de Trabajo lleva desde 2014 estudiando a los combatientes extranjeros. Ha emprendido actividades como visitas a Túnez (véase [A/HRC/33/43/Add.1](#)), Bélgica (véase [A/HRC/33/43/Add.2](#)), Ucrania (véase [A/HRC/33/43/Add.3](#)) y la Unión Europea ([A/HRC/33/43/Add.4](#)), encuentros de expertos públicos, reuniones de expertos y el mencionado informe a la Asamblea General.

II. Definiciones de mercenario y combatiente extranjero

5. Es difícil definir a los mercenarios y los combatientes extranjeros. Es patente la dificultad de aplicar la definición jurídica de mercenario; el Grupo de Trabajo ha observado que su estrechez ya no abarca la diversidad de las actividades relacionadas con mercenarios que dominan la esfera contemporánea¹. Pueden consultarse definiciones jurídicas de “mercenario” en el artículo 47 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 y en la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989². Se trata de definiciones extensas y semejantes, pero no idénticas, que se articulan en torno a una serie de disposiciones que deben cumplirse en su totalidad, con lo cual la aplicabilidad resulta bastante reducida. Cabe resumirlas en la siguiente fórmula: un mercenario es un combatiente que no pertenece a las fuerzas armadas de un Estado parte en un conflicto y principalmente actúa para obtener un beneficio económico. La definición jurídica presenta considerables problemas prácticos que se examinan a continuación.

6. No existe una definición de combatiente extranjero aceptada internacionalmente, pero el Grupo de Trabajo antes propuso una definición de trabajo: “Por regla general, se entiende que el término combatiente extranjero hace referencia a las personas que abandonan su país de origen o de residencia habitual para intervenir en actividades violentas como parte de una insurgencia o de un grupo armado no estatal en un conflicto armado”³. El Consejo de Seguridad ha estudiado el fenómeno afín de los combatientes terroristas extranjeros, a los que define como “personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos... incluso en relación con conflictos armados”⁴.

7. A primera vista, el fenómeno de los mercenarios se asemeja al de los combatientes extranjeros. Unos y otros combaten en guerras que tienen lugar en Estados distintos de su Estado de origen y pueden prestar apoyo a grupos insurgentes. Conforme a las definiciones establecidas, la principal diferencia entre ellos tiene que ver con la motivación. Por lo general, se acepta ante la ley⁵ y en la práctica⁶ que los mercenarios actúan fundamentalmente por motivos de beneficio económico, mientras que los combatientes extranjeros tienen como motivo más habitual el deseo de luchar por una causa⁷. La diferenciación entre mercenarios y

¹ Véase A/70/330, párr. 9.

² En el anexo del presente informe pueden consultarse las definiciones enunciadas en esos instrumentos.

³ Véase A/70/330, párr.13.

⁴ Véase la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad.

⁵ Véanse la Convención y el artículo 47 del Protocolo adicional.

⁶ Las deliberaciones que sirvieron de base a la creación de la Convención y del artículo 47 del Protocolo adicional giraron en torno a la importancia de reconocer que la definición de mercenario generalmente aceptada se basaba en el concepto de beneficio económico. Véase Sarah V. Percy, “Mercenaries: strong norm, weak law”, *International Organization*, vol. 61, núm. 2 (2007).

⁷ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

combatientes extranjeros en función de su motivación es exacta, pero presenta dificultades prácticas. Los mercenarios pueden estar motivados por el dinero y por su afinidad a una causa, mientras que los combatientes extranjeros perciben una remuneración en algunas circunstancias⁸.

8. La definición de combatiente extranjero se complica aún más en función de la amplia gama de conflictos en los que pueden participar, las tácticas que emplean y la legitimidad de las organizaciones a las que se incorporan. En algunos casos se ha elogiado a los combatientes extranjeros por su apoyo a una causa de legitimidad ampliamente reconocida, como ocurrió en la Guerra Civil Española. Puede que, aunque ello no sea obligatorio, los combatientes extranjeros también participen en actividades terroristas, fenómeno observado con preocupación por el Consejo de Seguridad⁹.

III. Estatuto de los mercenarios y los combatientes extranjeros en el derecho internacional

Legislación aplicable a los mercenarios

9. Dos medidas jurídicas internacionales son aplicables en concreto a los mercenarios. En el artículo 47 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra se deniega a los mercenarios el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, pero el mercenarismo no se tipifica como delito. En cambio, en la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios se considera delito reclutar, utilizar, formar o financiar mercenarios. En total son 34 los Estados que han ratificado la Convención. Por su parte, el Protocolo adicional I cuenta con 174 Estados partes¹⁰; sus disposiciones en materia de mercenarios se consideran derecho internacional humanitario consuetudinario vinculante en situaciones de conflicto armado internacional¹¹.

10. El artículo 47 y la Convención presentan definiciones de mercenario articuladas en torno a una serie de rasgos. Tales definiciones se basan en los criterios diversos que debe reunir una persona para ser considerada mercenario. En ese sentido, para evitar las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación del estatuto de mercenario conforme a cada instrumento, basta con que la persona no cumpla uno de esos criterios. Tanto en el artículo 47 como en la Convención figuran dos criterios fáciles de evitar: los mercenarios deben percibir una remuneración

⁸ El problema de la cuantificación jurídica de la motivación fue un escollo para la creación de los instrumentos jurídicos relativos a los mercenarios. Véanse H. C. Burmester, "The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts", *American Journal of International Law*, vol. 72, núm. 1 (1978); y E. Kwakwa, "The current status of mercenaries in the law of armed conflict", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14 (1990).

⁹ Véase la resolución 2178 (2014).

¹⁰ Véase <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=D9E6B6264D7723C3C12563CD002D6CE4&action=openDocument>.

¹¹ El Comité Internacional de la Cruz Roja afirma que el artículo 47 constituye una norma del derecho internacional consuetudinario. Véase https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule108.

superior a la de los soldados regulares y no deben estar alistados en las fuerzas armadas regulares del Estado que los contrató. Como consecuencia de ello, los combatientes pueden evitar las consecuencias jurídicas de la etiqueta solo con alistarse a las fuerzas armadas o asegurándose de que, sobre el papel, su remuneración es igual o inferior a la que perciben los soldados regulares. Es más, según la definición todo mercenario debe “tomar parte activa en las hostilidades”, mientras que las empresas militares y de seguridad privadas han afirmado que han evitado el estatuto de mercenario sosteniendo que no es ese su caso, pues ellas más bien garantizan la seguridad de personas o instalaciones y solo recurren a la fuerza con fines defensivos. A raíz de esos resquicios legales, tanto el artículo 47 como la Convención han perdido toda aplicación práctica.

Legislación aplicable a los combatientes extranjeros

11. Por el contrario, los combatientes extranjeros no están sujetos a ningún tipo de legislación internacional específica. El Consejo de Seguridad ha aprobado dos resoluciones relativas a “combatientes terroristas extranjeros”¹², definidos como “personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados”¹³. En toda la resolución 2178 (2014) se emplea la expresión “combatiente terrorista extranjero”, y el Consejo exhorta a los Estados a que impidan la circulación transfronteriza de esos combatientes, compartan inteligencia y, conforme a sus obligaciones jurídicas internacionales, hagan frente a la amenaza derivada de los combatientes terroristas extranjeros previniendo la radicalización y el reclutamiento de esos combatientes, evitando que crucen sus fronteras y concibiendo estrategias de enjuiciamiento y rehabilitación aplicables a los que regresen.

12. En la resolución 2170 (2014), el Consejo de Seguridad exhorta a los Estados a que repriman la afluencia de combatientes terroristas extranjeros a las filas de grupos extremistas islamistas del Iraq y la República Árabe Siria, así como su financiación y el apoyo de otro tipo. Por lo demás, la resolución trata del carácter más amplio de la guerra en el Iraq y la República Árabe Siria, en particular por lo que se refiere al uso del terrorismo y los actos terroristas.

13. Así pues, en ambas resoluciones se establece una relación estrecha entre terrorismo y combatientes extranjeros, pero se guarda silencio por lo que se refiere al uso de esos combatientes fuera del contexto de Siria o a los combatientes extranjeros que toman parte en guerras pero no en actos terroristas. Con ello quedan fuera muchas situaciones en las que operan combatientes extranjeros, pero también se pasa por alto uno de los rasgos más destacados de un combatiente extranjero; como afirma Thomas Hegghammer, los combatientes extranjeros son “insurgentes en todos los sentidos menos en el pasaporte”¹⁴.

¹² Resoluciones 2170 (2014) y 2178 (2014).

¹³ Véase la resolución 2178 (2014).

¹⁴ Véase Thomas Hegghammer, “The rise of Muslim foreign fighters: Islam and the globalization of jihad,” *International Security*, vol. 35, núm. 3 (2010), pág. 55.

Los mercenarios y los combatientes extranjeros en el derecho internacional humanitario

14. Como observó el Grupo de Trabajo en su anterior informe, los mercenarios y los combatientes extranjeros, al igual que el resto de combatientes, están obligados a respetar el derecho internacional humanitario¹⁵. El Comité Internacional de la Cruz Roja explica que el “principio de igualdad de los beligerantes” supone que “las partes en un conflicto armado tienen los mismos derechos y obligaciones de conformidad con el derecho internacional humanitario” y que el derecho internacional humanitario “no tiene como objetivo determinar la licitud de la causa perseguida por los beligerantes”¹⁶. El derecho internacional humanitario guarda deliberadamente silencio sobre la cuestión de la motivación, pues se propone regular todos los conflictos armados y no solo determinadas categorías de enfrentamientos¹⁷. Aunque el terrorismo no constituye un delito concreto, los actos terroristas, a saber, los atentados contra civiles en el marco de un conflicto armado, constituyen violaciones del derecho internacional humanitario¹⁸. El estatuto de combatiente de los combatientes extranjeros es muy complejo y varía, entre otros factores, en función de si un conflicto es o no es internacional¹⁹.

15. Una de las funciones del derecho internacional humanitario consiste en explicar el estatuto de los distintos agentes enfrentados en guerra. Los combatientes y los no combatientes tienen distintos derechos y obligaciones en situaciones de guerra y han de respetar diversas normas de conducta. Los combatientes gozan de un “privilegio de beligerancia” que los exime de los efectos de la legislación nacional en la medida en que toman parte en hostilidades permitidas por el derecho aplicable a los conflictos armados. Sin embargo, los no combatientes no gozan de ese privilegio y pueden ser enjuiciados por esa conducta con arreglo a la legislación nacional. Asimismo, todos los combatientes tienen derecho a recibir un trato adecuado de prisionero de guerra. En consecuencia, es fundamental determinar el estatuto de combatiente.

16. Las personas que entran dentro de la definición jurídica internacional de mercenario se consideran automáticamente no combatientes, por lo que pierden los privilegios del combatiente y el derecho al estatuto de prisionero de guerra.

¹⁵ Puede encontrarse más información sobre las empresas militares y de seguridad privadas y el respeto del derecho internacional humanitario en <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/pmsc-faq-150908.htm>.

¹⁶ Véase <https://www.icrc.org/es/document/aplicabilidad-del-dih-al-terrorismo-y-el-antiterrorismo>.

¹⁷ Véase Sandra Kraehenmann, “Foreign fighters under international law”, en *Academy Briefing* núm. 7 (Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, 2014), pág. 23.

¹⁸ *Ibid.* pág. 24.

¹⁹ La cuestión se estudia detenidamente en Sandra Kraehenmann, “Foreign fighters under international law”, en *Academy Briefing* núm. 7 (Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, 2014).

IV. Reglamentación jurídica interna sobre combatientes extranjeros

17. Varios Estados han promulgado disposiciones internas relativas a los ciudadanos que cumplen servicio militar en el extranjero. Se aplican a los combatientes extranjeros cinco tipos de controles internos: legislación sobre alistamiento de extranjeros del siglo XIX; legislación creada recientemente para combatientes extranjeros; controles relacionados con la retirada de la ciudadanía; controles que limitan la circulación o permiten confiscar pasaportes; y otras disposiciones contra el terrorismo.

A. Legislación del siglo XIX sobre alistamiento de extranjeros y neutralidad

18. Varias leyes nacionales aprobadas a fines del siglo XIX y principios del XX se referían al alistamiento de extranjeros. Se promulgaron en el marco del concepto de neutralidad que fue tomando cuerpo en el sistema internacional. Los Estados deseosos de mantenerse neutrales ante guerras extranjeras temían que el alistamiento en el extranjero de un ciudadano o ciudadanos los arrastrara a un conflicto no buscado²⁰. Esas leyes, que normalmente se conocían con el nombre de leyes de alistamiento en el extranjero, impedían que los ciudadanos se alistaran a ejércitos extranjeros y, con frecuencia, que se reclutara en territorio nacional a soldados destinados a participar en guerras libradas en el extranjero. No se pensaron teniendo en cuenta el caso particular de los mercenarios; en los años treinta del siglo XX, 45 de los 66 Estados reconocidos en el sistema internacional habían promulgado leyes de ese tipo²¹. Queda registro de muchas de ellas.

19. Sin embargo, esas leyes se han venido caracterizando por su falta de aplicación desde principios del siglo XX²². La legislación en materia de alistamiento de extranjeros se vio superada por los acontecimientos. En primer lugar, el derecho de la neutralidad quedó alterado al poco tiempo, y cuando llegó el momento de codificar la neutralidad en el artículo 6 de la Quinta Convención de La Haya de 1907 se excluyó expresamente “el hecho de que algunos individuos pasen aisladamente la frontera con el objeto de ofrecer sus servicios a alguno de los beligerantes”²³. En segundo lugar, las leyes encontraron problemas derivados del

²⁰ Véase Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe* (Princeton University Press, 1994).

²¹ *Ibid.*

²² Los Estados Unidos no han hecho cumplir legislación en materia de neutralidad desde principios del siglo XX. Véanse Jules Lobel, “The rise and decline of the Neutrality Act: sovereignty and congressional war powers in United States foreign policy”, *Harvard International Law Journal*, vol. 24 (1983); y Juan Carlos Zarate, “The emergence of a new dog of war: private international security companies, international law and the new world disorder”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, invierno (1998), pág. 136. En el informe Diplock se examina el caso del Reino Unido: Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976).

²³ Véase Ian Brownlie, “Volunteers and the law of war and neutrality”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5, núm. 4 (1956), pág. 570. El texto de la Convención puede

alistamiento de voluntarios en las guerras que estallaron a principios del siglo XX. Durante la Primera Guerra Mundial, los Estados Unidos de América, a pesar de su postura oficial de neutralidad, se mostraron remisos a sancionar a sus ciudadanos que se alistaban a fuerzas militares británicas, en parte a causa de los cambios en el derecho de la neutralidad incorporados en las Convenciones de La Haya; el mero hecho de que un extranjero se alistara ya no suponía una violación de la neutralidad²⁴. Asimismo, aunque el Reino Unido procuró reforzar en 1937 su ley en la materia para dar cuenta de los voluntarios que marchaban a la Guerra Civil Española, la ley resultó “de cumplimiento bochornosamente imposible” como consecuencia de problemas relacionados con la reunión de pruebas y con su aplicabilidad al conflicto; no llegó a utilizarse²⁵. En el informe Diplock, encargado por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte después de la aprehensión, juicio y ejecución de mercenarios británicos en Angola en 1976, se declaraba que la ley era de cumplimiento imposible a causa de los considerables cambios experimentados por las guerras desde el siglo XIX, por lo que debía derogarse²⁶.

B. Nueva legislación específica sobre combatientes extranjeros

20. Entre los Estados decididos a controlar a los combatientes terroristas extranjeros o los combatientes que entran en el Iraq o la República Árabe Siria, Australia ha adoptado uno de los enfoques más específicos. Mientras que, en su mayor parte, los demás Estados confían en instrumentos antiterroristas para regular a los combatientes extranjeros, Australia ha aprobado legislación específica en la materia, tal vez gracias a la Ley de Delitos (Incursiones y Reclutamiento Extranjeros) de 1978, en un principio pensada para distinguir entre los combatientes extranjeros y los australianos provistos de doble nacionalidad que cumplían el servicio militar obligatorio en las fuerzas armadas del país de su otra nacionalidad²⁷. Este instrumento se sustituyó por la Ley de Enmienda de la Legislación Antiterrorista (Combatientes Extranjeros) de 2014, creada en particular para los

consultarse en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-conv-rights-powers-duties-neutrals-war-on-land-5tdm2k.htm>.

²⁴ Véanse David Riesman, “Legislative restrictions on foreign enlistment and travel,” *Columbia Law Review*, vol. 40, núm. 5 (1940); y H. C. Burmester, “The recruitment and use of mercenaries in armed conflicts,” *American Journal of International Law*, vol. 72, núm. 1 (1978).

²⁵ Véase S. P. Mackenzie, “The Foreign Enlistment Act and the Spanish Civil War, 1936–1939,” *Twentieth Century British History*, vol. 10, núm. 1 (1999), pág. 52. La aplicación de la Ley a la situación de España encontró una serie de dificultades. Según estaba redactada, la Ley parecía exigir que a) hubiera paz entre el Reino Unido y ambas partes y b) que cada contendiente fuera de facto un Estado extranjero; no estaba claro que tal fuera la situación de España. Además, las probabilidades de enjuiciamiento válido en caso de aplicación de la Ley se consideraban escasas, por esos motivos y por lo difícil que sería reunir pruebas de que se hubiera cometido el delito. *Ibid.*, págs. 55 y 60.

²⁶ Véase Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976), pág. 7.

²⁷ Véase <http://www.theage.com.au/comment/australian-law-helps-keep-assad-in-power-20130505-2j11y.html>.

australianos que viajan al Iraq o a la República Árabe Siria y regresan provistos de aptitudes militares avanzadas²⁸. En la Ley se establece el delito de presencia en “zonas declaradas”, con arreglo al cual se prohíbe entrar en una zona determinada en la que una organización terrorista incluida en una lista participe en actividades hostiles²⁹. Solo está permitido visitar una zona declarada por tres motivos: para prestar ayuda humanitaria, con fines de cobertura informativa profesional y para visitar genuinamente a familiares³⁰.

C. Retirada de la ciudadanía

21. Varios Estados se han planteado la posibilidad de retirar la ciudadanía como mecanismo de conseguir que resulte difícil a los combatientes terroristas extranjeros regresar a su Estado de origen. Esas medidas se han aplicado principalmente a personas provistas de doble nacionalidad a fin de evitar situaciones de apatridia.

22. Australia aprobó en 2015 el Proyecto de Ley de Modificación sobre Ciudadanía Australiana (Lealtad a Australia), en el que está previsto retirar la ciudadanía a los australianos provistos de doble nacionalidad por una serie de delitos de terrorismo, así como en caso de cumplir servicio militar en el extranjero (en las fuerzas armadas de un país en guerra con Australia o en una organización declarada terrorista).

23. En 2014 el Gobierno del Canadá aprobó legislación a efectos de retirar la ciudadanía a los ciudadanos provistos de doble nacionalidad y los ciudadanos naturalizados en diversas situaciones, entre ellas en caso de condena por delitos de terrorismo, tanto en el Canadá como en el extranjero³¹. En 2016 el Gobierno había emprendido el proceso de derogación de la legislación³².

24. Además, el Reino Unido se propuso incorporar en su Ley de Lucha contra el Terrorismo y Seguridad de 2015 medidas encaminadas a retirar la ciudadanía a los ciudadanos sospechosos de cometer delitos de terrorismo mientras combatían en el Iraq o la República Árabe Siria, pero los planes se detuvieron a raíz de

²⁸ Véase George Williams y Keiran Hardy, “National security (part two): national security reforms stage two: foreign fighters”, *Law Society of New South Wales Journal*, vol. 7 (2014). Véase también <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014A00116>.

²⁹ Uno de los mayores obstáculos a esta ley ha sido su aplicabilidad a los australianos que viajan a zonas declaradas para enfrentarse al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIL); algunos de ellos no han sido imputados. Véase <https://www.thesaturdaypaper.com.au/news/politics/2015/12/12/the-law-and-australian-anti-daesh-fighter-ashley-dyball/14498388002740>.

³⁰ Véase Keiran Hardy y George Williams, “Australian legal responses to foreign fighters”, *Criminal Law Journal* (de próxima aparición). Hardy y Williams señalan que tal vez existan otros motivos legítimos para visitar una zona declarada que la legislación sigue sin contemplar.

³¹ Proyecto de Ley C-24, Ley de Modificación de la Ley de Ciudadanía y de la Consiguiente Modificación de otras Leyes; véase <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=6684615>. Puede consultarse un análisis en <http://www.cbc.ca/news/politics/new-citizenship-act-allowing-revocation-of-canadian-citizenship-takes-effect-1.3093333>.

³² Véase <http://www.cbc.ca/news/politics/john-mccallum-citizenship-act-repeal-bill-1.3463471>.

preocupaciones por una posible apatridia³³. Sin embargo, la Ley de Inmigración de 2014 confirió al Secretario de Estado la facultad, susceptible de revisión, de retirar la ciudadanía británica a los ciudadanos que se comportaran de una manera “gravemente perjudicial para los intereses vitales del Reino Unido”, siempre que hubiera motivos razonables para suponer que podían obtener la ciudadanía en otro Estado³⁴.

D. Confiscación de pasaportes

25. Varios Estados han promulgado legislación que permite confiscar el pasaporte a quien haya sido declarado riesgo para la seguridad³⁵, algo aplicable a las actividades o el adiestramiento terroristas en el extranjero, así como a la participación en hostilidades en el extranjero. La Ley de Lucha contra el Terrorismo y Seguridad del Reino Unido de 2015 restringe los viajes a “lugares que faciliten contactos, adiestramiento y experiencias de carácter terrorista gracias a los cuales la persona puede regresar con una capacidad mejorada”³⁶. Lucia Zedner repasa disposiciones semejantes sobre retirada del pasaporte en Alemania, Bélgica, Dinamarca y los Países Bajos³⁷.

26. La práctica de los Estados ha consistido normalmente en hacer frente a los combatientes extranjeros velando por el cumplimiento de legislación antiterrorista. Diversos Estados y gobiernos regionales han promulgado legislación que limita las prestaciones gubernamentales de los sospechosos de participar en actividades terroristas, entre ellos quienes combaten en conflictos librados en el extranjero³⁸. Bélgica, el Canadá, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Francia y los Países Bajos pueden imputar a los combatientes extranjeros diversos delitos en el ámbito concreto del terrorismo, pero no tipifican como delito los viajes a una zona declarada ni regulan específicamente el acto de combatir en el extranjero³⁹.

V. Evolución histórica de los mercenarios y los combatientes extranjeros

27. El examen de la historia y la evolución conjuntas de los combatientes extranjeros y los mercenarios sirve de importante contexto para comparar y contrastar ambos fenómenos.

³³ Véase <http://www.theguardian.com/politics/2014/sep/01/anti-terror-policy-legal-political-opposition-jihadis-uk>.

³⁴ Véase David Anderson, “Citizenship removal resulting in statelessness”. Mientras se redactaba el presente informe el Secretario no había ejercido esta facultad.

³⁵ Véase Lucia Zedner, “Citizenship deprivation, security and human rights,” *European Journal of Migration and Law*, vol. 18, núm. 2 (2016), pág. 226.

³⁶ *Ibid.*, pág. 227.

³⁷ *Ibid.*, pág. 30.

³⁸ El presente informe recoge prácticas semejantes en Bélgica y los Países Bajos.

³⁹ Véase Lorenzo Vidino, “Foreign fighters: an overview of responses in 11 countries” (Zurich, Suiza, Centro de Estudios para la Seguridad, Instituto Federal Suizo de Tecnología, 2014).

A. Antes del siglo XIX

1. Mercenarios

28. Es especialmente dilatada la historia de los mercenarios, que se remonta al mundo clásico⁴⁰; su utilización en las guerras europeas fue algo habitual desde la época medieval hasta mediados del siglo XIX. Durante todo ese tiempo el mercenario se caracterizaba por la motivación económica, pues la nacionalidad no pasó a ser un rasgo distintivo hasta el siglo XVI⁴¹.

29. Los mercenarios de la Europa medieval combatían en bandas poco estructuradas que normalmente giraban en torno a alguien que las capitaneaba. Cuando no prestaban servicios a un señor, rey u otro agente que los contrataba, tenían fama de arrasar y saquear la campiña para sobrevivir⁴². Puede que los mercenarios más conocidos de esta época fueran los *condottieri* de las ciudades-estado italianas. Los *condottieri* exigían a las ciudades-estado el pago de dinero a cambio de no atacarlas; esa extorsión, combinada con lo desorbitado de las sumas, fue la causa del declive de Siena como fuerza preponderante en la península italiana⁴³.

30. Los Estados acabaron sometiendo a los mercenarios a su control. Ello fue resultado de una mezcla de capacidad (los Estados tenían que poder reclutar y administrar un ejército permanente), ética (hacía tiempo que la conducta de los mercenarios se consideraba poco ética en la medida en que combatían por dinero) y necesidad (los mercenarios eran fuente de abundantes problemas cuando no estaban empleados)⁴⁴. Los mercenarios no desaparecieron, pero el negocio derivó en un comercio interestatal en el marco del cual unos dirigentes negociaban con otros para contratar extranjeros para el combate.

31. A partir del siglo XVI pasó a contratarse mercenarios sobre la base de tratados o contratos entre Estados. Son ejemplos de este tipo de mercenarismo la Guardia Suiza, que presta servicios en el Vaticano, el uso de mercenarios suizos en Francia⁴⁵ y el reclutamiento a lo largo de los siglos XVIII y XIX por el Reino Unido de

⁴⁰ Véanse James Larry Taulbee, "Mercenaries and citizens: a comparison of the armies of Carthage and Rome", *Small Wars and Insurgencies*, vol. 9, núm. 3 (1998); y Guy Thompson Griffith, *The Mercenaries of the Hellenistic World* (Cambridge University Press, 2014).

⁴¹ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁴² Véase Kenneth A. Fowler, *Medieval Mercenaries, vol. 1: The Great Companies* (Oxford, Blackwell Publishers, 2001).

⁴³ Véanse William Caferro, "Mercenaries and military expenditure: the costs of undeclared warfare in XIVth-century Siena," *Journal of European Economic History*, vol. 23, núm. 2 (1994), y *Mercenary Companies and the Decline of Siena* (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998).

⁴⁴ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁴⁵ Véase John McCormack, *One Million Mercenaries: Swiss Soldiers in the Armies of the World* (Londres, Leo Cooper, 1993).

mercenarios alemanes, en particular para que combatieran frente a la revolución de las colonias norteamericanas⁴⁶.

2. Combatientes extranjeros

32. En comparación, los combatientes extranjeros constituyen un fenómeno más reciente. El concepto de combate voluntario por una causa extranjera solo adquiere sentido histórico en un momento en que los ejércitos se organizan conforme a criterios nacionales, con lo cual el uso de extranjeros en esos ejércitos pasa a llamar la atención. En ese contexto, los combatientes extranjeros aparecieron en los primeros movimientos revolucionarios en masa, empezando por las revoluciones francesa y de los Estados Unidos y siguiendo por las distintas rebeliones y revoluciones surgidas en Europa y el continente americano hasta fines del siglo XIX.

33. Durante este período los mercenarios y los combatientes extranjeros eran las dos caras de una misma moneda. El auge del concepto de nacionalidad fue fundamental en ambos casos. Mientras que los mercenarios siempre se habían distinguido por la motivación económica, su condición de extranjeros pasó a ser especialmente cuestionable en el contexto de una guerra librada por ciudadanos. Tanto los revolucionarios de América del Norte como los franceses manifestaron expresamente el desagrado y la incomodidad que les inspiraban los mercenarios⁴⁷.

34. La diferenciación entre las motivaciones de ambos tipos de combatientes es esencial para entender las diferencias en las modalidades de reclutamiento y en el carácter de los conflictos en que participaban.

35. Los mercenarios y los combatientes extranjeros intervinieron en distintos tipos de conflicto y, algo de importancia crucial, en distintos tipos de fuerzas armadas. Con la transformación del negocio del mercenarismo en un comercio interestatal, ultimada a fines del siglo XVI, los grupos insurgentes dejaron de hacer uso de mercenarios durante este período. Los mercenarios salían caros, y para reclutarlos se necesitaba el permiso del Estado de procedencia. Es comprensible la renuencia de los principados alemanes a autorizar la participación armada de mercenarios en rebeliones o revoluciones. Los mercenarios constituían un recurso caro empleado por las potencias establecidas para reforzar su posición e intervenir en guerras interestatales o suprimir rebeliones. Se trataba de soldados profesionales alistados a las fuerzas armadas regulares del Estado.

36. Por su parte, los combatientes extranjeros ofrecían voluntariamente sus servicios y eran reclutados en función de sus afinidades revolucionarias. Los revolucionarios triunfantes solían pasar de una revolución a otra. El general Tadeusz Kościuszko combatió en las rebeliones polacas contra Rusia y al lado de los norteamericanos durante la revolución. Los revolucionarios norteamericanos se esforzaban por reclutar combatientes. Los combatientes extranjeros podían tener o no experiencia y guerreaban en insurrecciones y rebeliones formando parte de ejércitos que a menudo estaban mal organizados.

⁴⁶ Véase Rodney Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980).

⁴⁷ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007), cap. 5.

37. En consecuencia, el reclutamiento de combatientes extranjeros y de mercenarios presentaba grandes diferencias. El comercio interestatal de mercenarios empleaba distintos sistemas, pero, por lo general, se basaba en acuerdos previos entre gobernantes, como los que facilitaron a la corona británica la contratación de mercenarios de Hesse y Hannover⁴⁸. A veces se concedía a los Estados permiso para reclutar mercenarios de un determinado principado. En cambio, se reclutaba a los combatientes extranjeros en función del entusiasmo que les inspiraba una causa y, a menudo, aprovechando vínculos interpersonales previos, como ideas compartidas o un mismo origen étnico⁴⁹.

B. Desde principios del siglo XX hasta las guerras de descolonización

38. La historia de los mercenarios y los combatientes extranjeros tomó otro rumbo a comienzos del siglo XX. Durante el período transcurrido entre aproximadamente 1900 y las primeras guerras ligadas a la descolonización de los años sesenta, la guerra pasó a ser una actividad estatal altamente dirigida que comportaba la movilización en masa de soldados nacionales obligados por su lealtad al Estado, a menudo expresada con altas dosis de patriotismo. En ese contexto, tanto mercenarios como combatientes extranjeros asistieron a una transformación de sus actividades.

39. La utilización de mercenarios perdió popularidad a mediados del siglo XIX cuando el Reino Unido encontró dificultades al tratar de contratarlos para que intervinieran en la guerra de Crimea⁵⁰. El ulterior desarrollo en toda Europa del servicio militar obligatorio efectivo, impulsado por el nacionalismo, supuso en gran medida el fin de la utilización de mercenarios: los Estados proveedores perdieron el deseo de enviar a sus ciudadanos a combatir en el extranjero, mientras que los Estados contratantes abandonaron la práctica⁵¹.

40. El auge del nacionalismo también afectó a los combatientes extranjeros, que durante este período se dividían en dos tipos. Los nacionales de los Estados afectados por las dos guerras mundiales a menudo formaron subcategorías de ejércitos nacionales, como la legión polaca o ucraniana en la Primera Guerra Mundial, que combatían por un Estado independiente en el seno del ejército austrohúngaro⁵², o los polacos o franceses libres en la Segunda Guerra Mundial,

⁴⁸ Véanse Rodney Atwood, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980), y Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁴⁹ Véase David Malet, "Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions", *Orbis*, vol. 54, núm. 1 (2010), pág. 101.

⁵⁰ Véanse Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007); y C.C. Bayley, *Mercenaries for the Crimea: The German, Swiss and Italian Legions in British Service, 1854-1856* (Londres, McGill-Queen's University Press).

⁵¹ Véanse Janice E. Thomson, "State practices, international norms and the decline of mercenarism", *International Studies Quarterly*, vol. 34; y Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁵² Véase Marcello Flores, "Foreign fighters involvement in national and international wars: a historical survey", en *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, eds. Andrea de Guttry, Francesca Capone y Christophe Paulussen (Springer, 2016).

utilizados en el marco de operaciones bélicas de mayor alcance, en particular para sustituir a las fuerzas militares que habían quedado inactivas tras la ocupación alemana.

41. La Guerra Civil Española supuso el caso más destacado de utilización de combatientes extranjeros durante este período. Cerca de 40.000 combatientes se alistaron a las denominadas Brigadas Internacionales para luchar contra el fascismo. Por entonces se veía con cierta suspicacia la afiliación a las Brigadas, especialmente cuando el combatiente regresaba. Se prohibió a brigadistas del Canadá y los Estados Unidos ocupar cargos públicos a causa de su vinculación con el comunismo. La facción nacionalista también reclutó a unos 1.000 voluntarios⁵³. La Guerra Civil Española se asemejó más a las insurgencias y rebeliones de la época anterior al siglo XIX que a la situación de apoyo cuasi estatal prestado a los combatientes extranjeros durante las dos guerras mundiales.

C. Desde las guerras de descolonización hasta la actualidad

42. En el período que va de los años sesenta al final de la Guerra Fría, la utilización de combatientes extranjeros apenas sufrió variaciones, pero el uso de mercenarios experimentó un resurgimiento bajo una forma distinta. Los combatientes extranjeros operaban principalmente al amparo de movimientos de resistencia, entre otros lugares en el Afganistán, donde se los reclutaba para resistir a las fuerzas soviéticas. Su número fue reducido hasta 1984, cuando se emprendió una iniciativa religiosa deliberada que tenía como fin reclutar musulmanes para resistir a un comunismo secularizante⁵⁴. La utilización de combatientes extranjeros en el Afganistán inauguró un período en el que la mayoría de ellos han sido musulmanes de motivación religiosa; el período se ha extendido desde el final de la Guerra Fría hasta la actualidad. En particular, han intervenido combatientes extranjeros islámicos en Kosovo⁵⁵, Bosnia y Herzegovina⁵⁶, Chechenia (Federación de Rusia)⁵⁷, el Afganistán⁵⁸ y el Iraq⁵⁹. Actualmente intervienen en la República Árabe Siria⁶⁰.

43. La utilización de mercenarios cambió notablemente durante la descolonización, cuando se reavivó la idea de contratar soldados, aunque bajo una forma que se asemejaba más al uso que se hacía de los mercenarios antes del siglo

⁵³ Véase David Malet, “Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions”, *Orbis*, vol. 54, núm. 1 (2010), pág. 104.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 105.

⁵⁵ Toda referencia a Kosovo, ya sea a su territorio, sus instituciones o su población, se entenderá en pleno cumplimiento de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y sin perjuicio del estatuto de Kosovo.

⁵⁶ Véase E/CN.4/1995/29.

⁵⁷ Véase Cerwyn Moore y Paul Tumelty, “Foreign fighters and the case of Chechnya: a critical assessment”, *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 31, núm. 5 (2008).

⁵⁸ Véanse E/CN.4/2004/15; y David Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts* (Oxford University Press, 2013), cap. 6.

⁵⁹ Véase Joseph Felter y Brian Fishman, “Al-Qaida’s foreign fighters in Iraq: a first look at the Sinjar records” (Centro de Información Técnica de Defensa, 2007).

⁶⁰ Véase A/70/330.

XVII. Se contrató a mercenarios para que combatieran en África en las guerras subsiguientes a la descolonización, tanto por parte de intereses coloniales decididos a conservar el poder, como ocurrió en el Congo en los años sesenta⁶¹, como por parte de grupos secesionistas, como en el caso del conflicto de Biafra (1967-1970)⁶², y en guerras civiles, entre ellas la de Angola⁶³, y para que ejecutaran golpes de estado, como ocurrió en Benin, las Comoras y Seychelles⁶⁴.

44. Durante la época de descolonización los mercenarios se asemejaban mucho a sus antecesores de antes del siglo XVII. Combatían en bandas poco estructuradas que a menudo giraban en torno a alguien de espíritu emprendedor y obedecían a un propósito puramente comercial. Los mercenarios no destacaban por su eficacia militar⁶⁵, pero empezaron a inquietar a la comunidad internacional a causa de la repercusión que tenían en los Estados recién descolonizados. A fines de los años ochenta, a medida que empezaban a remitir las guerras que rodeaban a la descolonización, la utilización de este tipo de mercenario había perdido vigencia.

45. Acabada la Guerra Fría, el mercenarismo pasó a ser preocupante en su nueva encarnación: la empresa de servicios militares. Estas empresas eran grupos de combatientes férreamente estructurados en torno a un modelo empresarial y afirmaban que solo prestaban servicios a Estados soberanos. Las más conocidas eran Executive Outcomes, que operaba en Angola y Sierra Leona, y Sandline International, que operaba en Papua Nueva Guinea y Sierra Leona. Su eficacia era considerablemente superior a la de sus predecesoras de los años sesenta y setenta, y fue notable la influencia que ejercieron en los conflictos donde intervinieron. Las empresas de este tipo suscitaron un gran rechazo internacional; a fines de los años noventa reconocieron que no podían seguir funcionando en el mercado de la misma forma⁶⁶.

46. La intervención militar de 2003 en el Iraq ofreció al sector privado dedicado a las intervenciones militares y de seguridad una oportunidad de adoptar una nueva forma menos controvertida. Gran parte de los agentes que en los años noventa habían formado parte del sector de empresas de servicios militares pasaron a constituir nuevas empresas privadas de seguridad para prestar apoyo a la intervención dirigida por los Estados Unidos. Los Estados eran los principales empleadores de estas nuevas empresas, que proclamaban abiertamente que evitaban el combate haciendo un uso de la fuerza nada más que defensivo; su relación con las fuerzas militares estatales y el argumento de que no entraban en combate activo les permitieron escapar a la definición jurídica de mercenario⁶⁷.

⁶¹ Véase Anthony Mockler, *The Mercenaries* (Londres, Macdonald).

⁶² Véanse John de St. Jorre, *The Nigerian Civil War* (Londres, Hodder and Stoughton); y Anthony Mockler, *The Mercenaries* (Londres, Macdonald).

⁶³ Véanse George H. Lockwood, "Report on the trial of mercenaries: Luanda, Angola, June 1976", *Manitoba Law Journal*, vol. 7; y Gerry Thomas, *Mercenary Troops in Modern Africa* (Boulder, Colorado, Westview Press).

⁶⁴ Véase Anthony Mockler, *The New Mercenaries: The History of the Hired Soldier from the Congo to the Seychelles* (Londres, Sidgwick and Jackson, 1985).

⁶⁵ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁶⁶ *Ibid.*, cap. 7.

⁶⁷ *Ibid.*

47. Tanto las empresas militares y de seguridad privadas del tipo empleado en los años noventa en el Iraq como las del tipo que se viene empleando desde entonces han limitado la prestación de servicios a Estados soberanos. De hecho, desde que remitió la intervención extranjera en el Afganistán y el Iraq el mercado en el que operan se ha contraído en gran medida y el sector ha sido objeto de considerables reestructuraciones en el marco de las cuales varias sociedades han tenido que cerrar⁶⁸. Estas empresas se distinguen claramente de los combatientes extranjeros, que han tomado parte en insurgencias no estatales y no proclaman su acatamiento del derecho internacional.

48. En anteriores informes del Grupo de Trabajo⁶⁹ se pasaba revista a la mayor parte de las actividades contemporáneas llevadas a cabo por combatientes extranjeros. Desde los años noventa, estos combatientes han participado, principalmente por motivos religiosos, en conflictos librados en Kosovo, Chechenia (Federación de Rusia), el Afganistán, el Iraq y la República Árabe Siria. La organización denominada Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIL) es conocida por haber reclutado en beneficio propio combatientes extranjeros. David Malet señala que a lo largo de la historia la movilización de comunidades de combatientes extranjeros se ha basado en la existencia de una comunidad transnacional con una identidad especialmente marcada y en la capacidad del grupo de comunicarse y viajar⁷⁰.

VI. Enseñanzas históricas: reclutamiento, reglamentación y las consecuencias de la motivación

49. De la historia paralela de mercenarios y combatientes extranjeros se desprende que los cambios en las maneras de guerrear han repercutido notablemente en unos y otros. A medida que la guerra evolucionaba y pasaba a ser una actividad de carácter más estatal, también evolucionaban las funciones que correspondían a los mercenarios y los combatientes extranjeros. No obstante, es a grandes rasgos cierto que los combatientes extranjeros han estado vinculados principalmente con rebeliones, revoluciones e insurrecciones, mientras que la contratación de mercenarios ha correspondido predominantemente a Estados. La evolución histórica de mercenarios y combatientes extranjeros invita a examinar con mayor detenimiento las semejanzas y las diferencias entre ambos tipos de agentes por lo que se refiere a la motivación, el reclutamiento y la reglamentación.

⁶⁸ Véase Sarah Percy, “Regulating the private security industry: a story of regulating the last war”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, núm. 887.

⁶⁹ [A/70/330](#) y [A/69/338](#).

⁷⁰ Véase David Malet, “Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions”, *Orbis*, vol. 54, núm. 1 (2010), pág. 107.

A. Reclutamiento

50. Los mercenarios y los combatientes extranjeros presentan una serie de semejanzas superficiales en lo que respecta a su reclutamiento. En la guerra de Angola de mediados de los años setenta se reclutó a mercenarios mediante anuncios aparecidos en periódicos del Reino Unido, táctica que no parece apartarse demasiado de la empleada actualmente para reclutar a combatientes extranjeros a través de los medios sociales. Sin embargo, el método de reclutamiento empleado en el caso de Angola constituye una notable excepción en la práctica general de reclutamiento de mercenarios. Históricamente, se valora a los mercenarios por las aptitudes especializadas y el adiestramiento con que vienen, especialmente a partir de los años sesenta. En ese sentido, el mecanismo predominante de reclutamiento de mercenarios, así como el de contratación de empresas militares y de seguridad privadas, ha consistido en contactos personales y redes de contacto, a menudo sobre la base de una experiencia anterior de prestación de servicios.

51. Antes del siglo XVII los jefes de grupos de mercenarios contrataban a quienes conocían tras haber combatido juntos; desde el siglo XX la situación es prácticamente idéntica. Durante el período de comercio interestatal de mercenarios, estos recibían un adiestramiento deliberado para que formaran parte de una fuerza que pudiera trabajar en el extranjero por contrata. A medida que el sector ha ganado en profesionalidad, la capacidad de reclutar a personal eficaz experimentado ha pasado a ser una ventaja competitiva. Incluso hoy es más probable que las empresas recluten a través de contactos personales que de ningún otro modo; la mayoría no mantiene un gran número de empleados a tiempo completo. Se trata de un negocio por contrata en el marco del cual se recluta a determinadas personas para que se ocupen de un trabajo determinado⁷¹. El valor de los mercenarios y los empleados de empresas militares y de seguridad privadas ha residido en su experiencia y especialización previas en la esfera militar. A menudo se los ha utilizado como lo que hoy se denominaría “multiplicadores de fuerza”, pues su alto nivel de aptitudes permitía que un número reducido de mercenarios tuviera una repercusión considerable.

52. Se ha reclutado a combatientes extranjeros gracias a redes personales y a un uso generalizado de los medios de difusión. David Malet sostiene que a lo largo de la historia ha sido uniforme el modelo de reclutamiento de combatientes extranjeros, que se divide en cuatro fases: en primer lugar, los insurgentes (por lo general, la facción más débil) buscan apoyo externo; en segundo lugar, se dirigen para obtenerlo a forasteros afines a su causa; en un tercer momento, los forasteros más susceptibles de reclutamiento son quienes se muestran muy activos en la comunidad en cuestión, aunque por otro lado se encuentran marginados en la comunidad en un sentido más amplio; y, en cuarto lugar, quienes se encargan del reclutamiento insisten en la amenaza existencial planteada por el grupo principal⁷².

53. El reclutamiento se ha servido en gran medida de los medios de difusión, así como de contactos personales. En épocas anteriores puede que al respecto fueran

⁷¹ Véase Sarah Percy, “The changing character of private force”, en *The Changing Character of War*, eds. Hew Strachan y Sibylle Scheipers (Oxford University Press, 2011).

⁷² Véase David Malet, “Why foreign fighters?: historical perspectives and solutions”, *Orbis*, vol. 54, núm. 1 (2010), pág. 100.

habituales los contactos con combatientes que regresaban o el uso de panfletos y cartas. En la época contemporánea el reclutamiento se ha servido muchas veces de medios sociales y contactos personales, ya sea en línea, ya en persona⁷³.

B. Control

54. A lo largo de su existencia, tanto los mercenarios como los combatientes extranjeros han sido objeto de numerosos intentos de reglamentación. En épocas anteriores el deseo de controlar a los mercenarios se articuló en dos oleadas. En primer lugar, a medida que ganaban poder los Estados consiguieron poner fin al sistema emprendedor de actividad mercenaria, algo necesario, en parte, por los notables problemas de seguridad planteados por los mercenarios desempleados. En segundo lugar, los Estados pusieron fin al comercio interestatal de mercenarios cuando su empleo pasó a ser incompatible con la evolución de la normativa. A fines del siglo XVIII y principios del XIX, con la aparición y conceptualización del servicio militar obligatorio ciudadano, resultó más difícil justificar la utilización de soldados extranjeros⁷⁴, mientras que en el marco del desarrollo del derecho de la neutralidad los Estados empezaron a preocuparse por la posibilidad de que los mercenarios los arrastraran a conflictos en los que esperaban mantenerse neutrales⁷⁵.

55. Las pautas de los intentos de controlar a los mercenarios, en el siglo XX, y a las empresas militares y de seguridad privadas, a principios del siglo XXI, han sido semejantes: el control estatal se ha visto espoleado por preocupaciones en el ámbito de la neutralidad, desafíos a la norma de libre determinación nacional y problemas de seguridad planteados por el uso de la fuerza por parte de agentes no estatales. Los problemas causados por mercenarios en las guerras de descolonización han dado pie a varios intentos de controlarlos. Tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad han condenado la utilización de mercenarios⁷⁶. Los Estados redactaron el artículo 47 y la Convención en respuesta a la cuestión de los mercenarios.

56. Distintos Estados han hecho frente por cuenta propia a la cuestión de los mercenarios. El Reino Unido ofrece uno de los ejemplos más útiles de reglamentación de los ciudadanos que han tomado parte en conflictos armados. El país se sintió obligado a actuar cuando en 1976 se aprehendió y juzgó en Angola a varios mercenarios reclutados mayormente en el Reino Unido. Finalmente se ejecutó a cuatro, entre ellos tres nacionales británicos. Como consecuencia de la preocupación por la posibilidad de que las acciones en el extranjero de ciudadanos del Reino Unido pusieran al Gobierno del país en situaciones no deseadas, se abrió

⁷³ Véase Jytte Klausen, “Tweeting the jihad: social media networks of Western foreign fighters in Syria and Iraq”, *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 38, núm. 1 (2015).

⁷⁴ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁷⁵ Véase Janice E. Thomson, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns: State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe* (Princeton University Press, 1994).

⁷⁶ Véase Sarah Percy, “The United Nations Security Council and the use of private force”, en *The United Nations Security Council and War*, eds. Vaughan Lowe y otros (Oxford University Press).

la investigación Diplock. En el informe resultante de esa investigación⁷⁷ se examinaban diversas cuestiones relacionadas con el servicio militar en el extranjero, en particular la idea de que en determinadas circunstancias (concretamente, en la Guerra Civil Española) era aceptable el servicio militar en el extranjero, pero no en otras⁷⁸.

57. En el informe Diplock también se examinaba la dimensión práctica de impedir a particulares la intervención armada en conflictos en el extranjero. Se llegaba a la conclusión de que la prevención efectiva del servicio militar en el extranjero planteaba muchas dificultades, algunas de las cuales podían ser insuperables. En el informe se indicaban varias esferas que presentaban especial dificultad: en primer lugar, la manera de impedir a alguien que abandonara el país; en segundo lugar, el hecho de que la Ley de Alistamiento en el Extranjero se hubiera quedado obsoleta; y, en tercer lugar, los problemas planteados por la motivación y el hecho de que, en ocasiones, la prestación de servicios en el extranjero pudiera ser aceptable. A continuación se examinan detenidamente los tres ámbitos indicados.

58. En el informe Diplock se observaba que impedir a los presuntos mercenarios abandonar el país presentaba dificultades concretas. Una medida preventiva podría consistir en retirar el pasaporte a los mercenarios, pero en el informe se indicaba que ello comportaría numerosas dificultades y se llegaba a la conclusión de que “ni la denegación del pasaporte ni su retirada ofrecen un medio administrativo eficaz de prevenir o retrasar la salida del país de un aspirante a mercenario”⁷⁹.

59. En el informe Diplock también se analizaba la eficacia de la Ley de Alistamiento en el Extranjero. La Ley se creó en 1870, en la misma época en que muchos Estados aplicaban legislación de ese tipo. En el informe se llegaba a la conclusión de que, probablemente, la Ley de Alistamiento en el Extranjero era imposible de hacer cumplir en vista de los cambios experimentados por las guerras desde el decenio de 1870; de que no era aplicable a los servicios prestados en fuerzas no estatales; y de que era difícil demostrar lo que había hecho efectivamente un combatiente acusado mientras se encontraba en el extranjero. Según los autores, esto último era la causa más probable de que, a la fecha en que se redactó el informe, la Ley nunca se hubiera utilizado⁸⁰.

⁷⁷ Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976).

⁷⁸ Véase Geraint Hughes, “Soldiers of misfortune: the Angolan civil war, the British mercenary intervention and United Kingdom policy towards southern Africa, 1975–6,” *The International History Review*, vol. 36, núm. 3.

⁷⁹ Véase Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976), pág. 6. En el informe se señalaba que los pasaportes presentaban otras dificultades diversas, si bien habían dejado de ser motivo de preocupación como consecuencia de los nuevos controles de inmigración y pasaportes, tecnológicamente avanzados.

⁸⁰ *Ibid.*, págs. 9 y 10. La Ley de Alistamiento en el Extranjero no se ha utilizado nunca hasta el momento actual.

60. En el informe Diplock también se estudiaba la posibilidad de elaborar nueva legislación más eficaz centrada exclusivamente en los mercenarios⁸¹ y se llegaba a la conclusión de que no convenía hacerlo, en vista de lo difícil que resultaba determinar los motivos de un mercenario en relación con una norma que permitiera un enjuiciamiento válido. Los autores no creían que cupiera “justificar por motivos de interés público la imposición a los ciudadanos del Reino Unido de una prohibición general a efectos de prestar servicios de uno u otro tipo (por ejemplo, de instructor o de técnico) en las fuerzas armadas de un Estado amigo en un momento en que esa fuerza no tomara parte en ningún tipo de hostilidades”⁸².

61. La legislación interna moderna que restringe la prestación de servicios en el extranjero resulta en cierto modo más viable a causa de las mejoras en la tecnología y el control de los pasaportes y de su carácter más específico. Por ejemplo, en Australia se aplica legislación de ese tipo a una “zona declarada”⁸³, mientras que en el Reino Unido se especifica la actividad aplicando sanciones a los sospechosos de participar o ser cómplices en actos de terrorismo⁸⁴.

C. Consecuencias para la reglamentación de las distintas motivaciones

62. Las diferencias de motivación suponen que los mercenarios y los combatientes extranjeros plantean problemas distintos en lo que hace al control. Al combatir principalmente para obtener un beneficio económico, los mercenarios pueden, en todo momento y en teoría, intervenir en un conflicto armado cualquiera en el que una de las partes esté dispuesta a contratarlos. Los combatientes extranjeros, que combaten por una causa concreta, eligen destinos mucho más específicos. A diferencia de lo que ocurre con los mercenarios, sus motivaciones específicas han facilitado en la práctica la reglamentación en la medida en que podía sospecharse de quienes se mostraban interesados en determinados destinos.

63. Las diferencias de motivación entre combatientes extranjeros y mercenarios han dado lugar a pautas de empleo diversas. Como los mercenarios trabajan a cambio de dinero, por lo general han sido instrumento de los acaudalados y, con ello, frecuentemente de los poderosos. Como se recluta a los combatientes extranjeros por motivos ideológicos o religiosos, lo normal es que hayan prestado servicios a los menos poderosos. Mayormente, la historia de los mercenarios demuestra que han trabajado principalmente para Estados y, con menos frecuencia, para grupos insurgentes.

64. Además, hacer frente a motivaciones económicas puede perfectamente resultar más fácil que hacer frente a motivaciones ideológicas o religiosas. Si no se

⁸¹ La limitación del examen a la cuestión de los mercenarios es interesante y demuestra la ausencia relativa de otros tipos de enfrentamientos en el extranjero que plantearan por entonces problemas de política en el Reino Unido.

⁸² Véase Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976), págs. 11 y 12.

⁸³ Más adelante se examina la Ley de Enmienda de la Legislación Antiterrorista (Combatientes Extranjeros) de 2014 (Australia).

⁸⁴ Véase la Ley de Lucha contra el Terrorismo y Seguridad de 2015.

remunera a los mercenarios, estos no combatirán; así pues, alterar la capacidad de remunerar sería una solución lógica en el ámbito de las políticas en caso de que la utilización de mercenarios volviera a ser un fenómeno generalizado y problemático. La medida no resultaría igual de eficaz en el caso de los combatientes extranjeros. De hecho, su motivación plantea un problema particular: las iniciativas orientadas a controlar a los combatientes extranjeros mediante legislación y políticas de alcance interno pueden resultar contraproducentes si cunde la sensación de que son draconianas y no se ajustan a la realidad de las comunidades locales⁸⁵.

65. Se tienen pruebas de que mercenarios y combatientes extranjeros pasan de un conflicto a otro, al igual que los revolucionarios que se desplazaban entre las colonias norteamericanas y Francia durante las revoluciones norteamericana y francesa y, posteriormente, durante las revoluciones de 1848; en el siglo XX combatientes muyahidines intervinieron en Kosovo, el Afganistán y el Iraq. Asimismo, los mercenarios se desplazan de un conflicto a otro. Muchos generales de antes y después de la era napoleónica tomaron parte en múltiples conflictos⁸⁶. Dos de los mercenarios de mayor renombre intervinieron en muchos conflictos africanos a lo largo de los años sesenta y setenta. Hoy en día los mercenarios se desplazan de un conflicto a otro de África occidental. La dimensión internacional de los desplazamientos de mercenarios y combatientes extranjeros plantea dificultades evidentes en lo que respecta al control; puede que limitar su circulación a una sola zona no resuelva el problema.

66. También preocupa la posibilidad de que los mercenarios y los combatientes extranjeros vuelvan a su lugar de procedencia con mayores conocimientos y aptitudes militares. Ello es especialmente inquietante en el caso de los combatientes extranjeros, muchos de los cuales en un principio tal vez no supieran usar armas o no tuvieran experiencia de planificación o coordinación de ataques. Se tienen indicios de que, aunque son muy pocos los combatientes extranjeros que vuelven a su lugar de procedencia para organizar ataques, es más probable que quienes lo hacen se salgan con la suya gracias a la experiencia y el adiestramiento adquiridos⁸⁷. Aunque los mercenarios normalmente tienen experiencia militar, puede también que vuelvan a su Estado de origen provistos de mayores conocimientos, sobre todo en situaciones en que las fuerzas militares del Estado en cuestión no estén especialmente cualificadas. La vuelta al lugar de procedencia con aptitudes

⁸⁵ Véase Hussein Tahiri y Michele Grossman, "Community and radicalization: an examination of perceptions, ideas, beliefs and solutions throughout Australia" (Victoria Police and Victoria University, 2013).

⁸⁶ Véase Sarah Percy, "The changing character of private force", en *The Changing Character of War*, eds. Hew Strachan y Sibylle Scheipers (Oxford University Press, 2011), pág. 266.

⁸⁷ Thomas Hegghammer calcula que uno de cada nueve combatientes extranjeros que regresan comete atentados en Occidente, pero es más probable que esos atentados tengan víctimas mortales frente a los no cometidos por combatientes extranjeros que regresan. Véase Thomas Hegghammer, "Should I stay or should I go? Explaining variation in Western jihadists' choice between domestic and foreign fighting", *American Political Science Review*, vol. 107, núm. 1 (2013), págs. 10 y 11. Vale la pena indicar que esa estadística es anterior a los atentados terroristas perpetrados en Bélgica en 2016 y en París a fines de 2015, en ambos casos con participación de antiguos combatientes extranjeros. Por lo que se refiere a Bélgica, véase <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/22/why-was-belgium-targeted-by-bombers>; en cuanto a París, véase <http://www.nato.int/docu/review/2015/ISIS/Paris-attacks-terrorism-intelligence-ISIS/EN/index.htm>.

considerablemente mejoradas puede resultar problemática en los Estados donde es deficiente la gobernanza.

67. Los cambios en el carácter de las guerras explican en cierto modo las amenazas planteadas por combatientes extranjeros y mercenarios. Antes del siglo XIX, cuando el uso de la violencia era habitual, la mayor parte de la población tenía experiencia en el uso de armas, cuyo carácter no era muy técnico; de entrada, los mercenarios y los combatientes disponibles estaban cualificados, y sus aventuras en el extranjero no elevaban enormemente el riesgo que representaban cuando volvían a su lugar de procedencia. Con la disminución del nivel de violencia, sobre todo en el mundo desarrollado, la mayor parte de la población ha pasado a carecer de experiencia directa en ese ámbito. Así pues, puede que los combatientes extranjeros que regresan hayan adquirido aptitudes inaccesibles para el público en general que un Estado ya no está actualmente en condiciones de controlar. Los mercenarios y los empleados de empresas militares y de seguridad privadas pueden circunscribirse en la misma categoría⁸⁸.

68. La diferenciación entre mercenarios y combatientes extranjeros en función de su motivación tiene sentido desde el punto de vista histórico. La legislación del siglo XIX en materia de alistamiento en el extranjero no se ocupaba de la motivación, sino de la prestación de servicios en el extranjero, pues se centraba en la neutralidad. La motivación personal importaba menos que la perspectiva de verse enredado en una guerra no deseada. Sin embargo, el concepto imperante de “mercenario” siempre ha dado por supuesta una motivación económica⁸⁹. Las labores jurídicas del siglo XX se centraron en gran medida en ese factor⁹⁰.

69. La clasificación de los agentes en función de sus motivaciones plantea notables dificultades prácticas, especialmente de orden jurídico. En primer lugar, las motivaciones pueden ser complejas. Los soldados de todo tipo perciben una remuneración; la motivación de muchos soldados nacionales puede ser financiera, mientras que, en determinadas circunstancias, los combatientes extranjeros perciben una remuneración a cambio de sus servicios. En segundo lugar, el establecimiento de la motivación como característica intrínseca plantea considerables problemas de orden probatorio. Es difícil demostrar, con el grado de certeza exigido en las disposiciones del derecho penal compatibles con los derechos individuales, que una persona actúa por una motivación determinada⁹¹.

70. No obstante las dificultades prácticas y lógicas derivadas de la cuestión de la motivación, un repaso histórico sirve para determinar que los distintos motivos por

⁸⁸ El problema de aprender a perpetrar violencia en el extranjero y volverse a casa con esos conocimientos no se limita forzosamente al caso de los combatientes extranjeros. Los asaltantes que tomaron parte en 2016 en tiroteos con la policía, tanto en Baton Rouge (Louisiana) como en Dallas (Texas), eran antiguo personal militar. Véase <https://theconversation.com/dallas-and-baton-rouge-shooters-a-reminder-of-the-troubled-history-of-black-veterans-in-america-62461>.

⁸⁹ Véase Sarah Percy, *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations* (Oxford University Press, 2007).

⁹⁰ Tanto en el artículo 47 como en la Convención se señala la motivación económica como característica esencial de un mercenario.

⁹¹ Véase Lord Diplock, Derek Walker-Smith y Geoffrey de Freitas, “Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the recruitment of mercenaries” (Londres, Stationery Office, 1976).

los que actúan los mercenarios y los combatientes extranjeros ejercen influencia en los siguientes tres ámbitos de diferenciación: las instancias por quienes combaten; los tipos de conflicto en los que suelen tomar parte; y la propagación del conflicto en las zonas donde pueden estar combatiendo.

VII. Rendición de cuentas y reparación a favor de las víctimas de violaciones de los derechos humanos

71. Todos los agentes que hacen uso de la violencia han de rendir cuentas de sus actos de conformidad con el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, independientemente de su estatuto. Sin embargo, en la medida en que los mercenarios y los combatientes extranjeros ejercen la fuerza al margen del control del Estado soberano, en particular al margen de los mecanismos relativamente sólidos de protección de los derechos humanos disponibles en las fuerzas militares nacionales, es más probable que violen los derechos humanos y que eludan el correspondiente castigo.

72. Aunque tanto los mercenarios como los combatientes extranjeros pueden perpetrar, y han perpetrado, violaciones de los derechos humanos, en el caso de los mercenarios y las empresas de servicios militares es posible ejercer presión sobre los empleadores para que impidan ese tipo de comportamiento. Se ha ejercido repetidas veces presión sobre el mercado ante las violaciones de los derechos humanos, en calidad de instrumento no jurídico orientado a controlar el uso de la fuerza por instancias privadas⁹². En el caso de las empresas militares y de seguridad privadas, se cuenta con mecanismos internacionales, como el proceso de Montreux⁹³ y el Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada⁹⁴, cuyo objeto es aplicar medidas adicionales que promuevan un comportamiento lícito.

73. Lamentablemente, el ejercicio de presión sobre los mercados y los mecanismos jurídicos adicionales no presentan la misma eficacia cuando se trata de reglamentar el comportamiento de los combatientes extranjeros, especialmente en el caso del EIIL, organización que ha hecho uso de flagrantes violaciones de los derechos humanos como instrumento de propaganda mediante la difusión de vídeos de una violencia atroz⁹⁵. En esos casos no son aplicables los costos para el mercado y la reputación derivados de los abusos contra los derechos humanos.

74. Ciertamente, puede que los combatientes extranjeros sean especialmente proclives a la comisión de violaciones de los derechos humanos al no formar parte de las comunidades en medio de las cuales combaten. Históricamente, pensadores como Rousseau y Voltaire temían el posible uso de mercenarios extranjeros para reprimir a las comunidades, pues era menos probable que la población local se

⁹² Véase Deborah Avant, "The emerging market and problems of regulation," en *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, eds. Simon Chesterman y Chia Lehnardt (Oxford University Press, 2007), págs. 187 a 194.

⁹³ Véase <http://www.mdforum.ch/>.

⁹⁴ Véase <http://icoca.ch/>.

⁹⁵ Véase <https://www.theguardian.com/world/2015/feb/08/isis-islamic-state-ideology-sharia-syria-iraq-jordan-pilot>.

encargara de ello⁹⁶. La situación de los combatientes extranjeros es paralela. No obstante, también es cierto que, al parecer, organizaciones como el EIIL no tienen dificultades para reclutar y radicalizar a la población local, al igual que hacen con los extranjeros.

VIII. Repercusión en el derecho de los pueblos a la libre determinación

75. Además de la repercusión general que tienen en los derechos humanos, tanto los mercenarios como los combatientes extranjeros pueden ejercer influencia concreta en la libre determinación nacional. Como su propio nombre indica, el Grupo de Trabajo ha observado la repercusión de los mercenarios en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, algo que también han hecho el Consejo de Seguridad y la Asamblea General⁹⁷. Durante la época de descolonización, la utilización de mercenarios correspondió principalmente a agentes que aspiraban a subvertir Estados recién descolonizados, y la vinculación con la libre determinación ha sido razonablemente clara.

76. Los combatientes extranjeros suelen intervenir en pro de la libre determinación nacional o de un determinado planteamiento político del Estado. Como se señalaba antes, pueden incorporarse en grupos insurgentes y revolucionarios. Los combatientes extranjeros pueden subvertir la libre determinación o respaldarla. Sin embargo, puede que, en sí, la cuestión de la libre determinación nacional sea menos importante que el hecho de que, en algunos casos, la comunidad internacional, o amplios sectores de ella, preste apoyo a la labor de combatientes extranjeros empeñados en derrocar Estados soberanos. En determinadas situaciones los combatientes extranjeros podrían contribuir de forma destacada al derrocamiento de regímenes tiránicos. De hecho, ese fue el motivo de que resultara tan difícil poner en práctica la legislación sobre neutralidad antes examinada.

IX. Conclusiones y recomendaciones

77. Existen notables semejanzas y diferencias entre mercenarios y combatientes extranjeros que pueden servir de base útil a la hora de plantearse su reglamentación. Son notables las diferencias en lo que respecta al reclutamiento, las motivaciones y las consecuencias en cuanto al tipo de conflicto en el que participan y la reglamentación. Partiendo del análisis de las coincidencias entre mercenarios y combatientes extranjeros en cuanto al reclutamiento y su repercusión en los derechos humanos y el derecho de los pueblos a la libre determinación, así como de la evolución de las circunstancias

⁹⁶ Véase Sarah Percy, "Morality and regulation", en *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, eds. Simon Chesterman y Chia Lehnardt (Oxford University Press, 2007), pág. 19.

⁹⁷ En su resolución 31/34 (1976), la Asamblea General reiteró que la práctica de utilizar mercenarios contra los movimientos de liberación nacional e independencia era un acto criminal.

que explican su utilización, el Grupo de Trabajo reitera su afirmación de que los combatientes extranjeros constituyen una posible forma contemporánea de mercenarismo o actividades relacionadas con mercenarios.

78. Tanto los mercenarios como los combatientes extranjeros son agentes que pueden ejercer una violencia considerable bajo control estatal o al margen de este. En consecuencia, sus actividades deben ser objeto de estrecho seguimiento. Sin embargo, la historia de sus operaciones y de los intentos de controlarlas presenta diferencias considerables.

79. La larga y accidentada historia del derecho internacional en el ámbito de la utilización de mercenarios demuestra lo difícil que es tipificar como delito o tratar de castigar las acciones de un determinado tipo de agente en todas las situaciones. Las definiciones exactas de mercenario que figuran en el artículo 47 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y en la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios delimitan con claridad los rasgos característicos de un mercenario, pero con ello tal vez generen demasiados resquicios legales para que la legislación resulte funcional.

80. Los intentos de controlar determinados tipos de actividad de mercenarios se examinan también en contraste con la reglamentación o la prohibición de los mercenarios en sí. Tal fue el enfoque propugnado por muchos Estados occidentales mientras se redactaba la Convención. Algunas de estas actividades, como planificar y ejecutar un golpe de estado, habrían sido ilegales de antemano. Ese enfoque habría exigido que los Estados y la comunidad internacional velaran porque el derecho internacional coincidiera con el derecho interno y porque ambos estuvieran armonizados.

81. Del examen de la legislación nacional en materia de combatientes extranjeros se desprende que no cabe discernir una tendencia clara a crear un régimen internacional específico para los combatientes extranjeros en sí y que son pocos los intentos nacionales al respecto. Sin embargo, son muchas más las iniciativas dirigidas a controlar a los combatientes extranjeros que prestan servicios en determinadas zonas o cometen delitos ligados al terrorismo. Sigue pendiente de demostración la eficacia del enfoque adoptado en relación con los combatientes extranjeros.

82. Otra posibilidad de control que se ha aplicado a las empresas militares y de seguridad privadas, aunque probablemente sería menos aplicable a los combatientes extranjeros, es la modalidad de “derecho indicativo” propuesta en el 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, que, en lugar de crear nuevo derecho vinculante, reitera las obligaciones del derecho internacional humanitario y pone de relieve las mejores prácticas, y en el Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada. En esos documentos se da por supuesto que los signatarios quieren ser regulados y que ha de recurrirse a presiones en el mercado y en la reputación a falta de sanciones internacionales más formales. Habida cuenta de la improbabilidad de que los combatientes extranjeros deseen

ser regulados y de su menor susceptibilidad a las presiones en el mercado y la reputación, este enfoque no pudo surtir efecto.

83. En consecuencia, la creación de reglamentación internacional en materia de combatientes extranjeros resultaría problemática. Además, en determinadas situaciones la utilización de combatientes extranjeros sería, si no conveniente, sí comprensible en cuanto respuesta a una tiranía. Así pues, parece improbable que complaciera a todos los Estados limitar el uso de combatientes extranjeros en todas las circunstancias.

84. Los combatientes extranjeros seguirán planteando graves amenazas a la seguridad en la medida en que pueden prolongar una guerra o incluso volver a su lugar de origen radicalizados y provistos de nuevos conocimientos militares. Sus actuales empleadores son instancias que no tienen interés alguno en la paz y la estabilidad internacionales y carecen de objetivos negociables, con lo cual resulta improbable encontrar soluciones pacíficas a los conflictos en que toman parte.

85. El contexto del conflicto armado en el que operan muchos combatientes extranjeros activa la aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos como marco de rendición de cuentas y reparación a favor de las víctimas. Más allá de ello, la experiencia en el ámbito de la estricta definición establecida en la Convención ofrece orientación para establecer un régimen jurídico nuevo o revisado que dé cuenta del carácter cambiante del fenómeno de personas que perciben una remuneración por ir al extranjero a combatir y cometer violaciones de los derechos humanos. Ese régimen deberá tener presentes los problemas planteados en el ámbito de los derechos humanos por la limitación de los viajes transfronterizos y aspirar a abordar las motivaciones y las causas últimas, al igual que deberá garantizar la rendición de cuentas y la reparación en casos de violación de los derechos humanos. A la vez, no debe ser tan laxo que pueda ser objeto de abusos en nombre de la lucha contra el terrorismo.

86. Así pues, el Grupo de Trabajo encomia los estudios exhaustivos propuestos por las Naciones Unidas y por entidades de la sociedad civil para evaluar a los Estados que han creado legislación en materia de combatientes extranjeros en respuesta a la resolución [2178 \(2014\)](#) del Consejo de Seguridad. Asimismo, recomienda que se realice un análisis comparado de todas las legislaciones internas en materia de combatientes extranjeros. Como medida inicial, es preciso determinar si los Estados están respondiendo a la resolución [2178 \(2014\)](#) y de qué manera lo hacen para que sea posible mejorar la coordinación internacional de las actividades internas en este ámbito. Con dicho fin, cabe recordar que la resolución [2178 \(2014\)](#) se refiere a los “combatientes terroristas extranjeros” y no a los combatientes extranjeros en sí.

87. El Grupo de Trabajo insta a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que velen por que su legislación interna en materia de combatientes extranjeros cumpla lo dispuesto en el derecho internacional de los derechos humanos. También propugna la cooperación internacional en forma de acuerdos de asistencia judicial recíproca y extradición que faciliten en mayor

medida las labores de reunión de pruebas y enjuiciamiento necesarias para garantizar mayor rendición de cuentas en las violaciones de los derechos humanos cometidas por combatientes extranjeros.

Anexo

Definiciones de mercenario

En el artículo 47 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977)

1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.
2. Se entiende por mercenario toda persona:
 - a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
 - b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
 - c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
 - d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
 - e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
 - f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.

En la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (1989)

3. Se entenderá por “mercenario” toda persona:
 - a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado;
 - b) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
 - c) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
 - d) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
 - e) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en conflicto.
4. Se entenderá también por “mercenario” toda persona en cualquier otra situación:

a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de:

i) derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado, o de

ii) socavar la integridad territorial de un Estado;

b) que tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material;

c) que no sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto;

d) que no haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y

e) que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto.
