



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

TÍTULO

**EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA Y LA
ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL
ESTADO**

**PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES AND THE
ATTRIBUTION OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY TO THE
STATE**

MACARENA MARTÍN RODRÍGUEZ

TUTOR: JOSE ANTONIO VALLES CAVIA

RESUMEN

La responsabilidad del Estado es uno de los temas más importantes en el Derecho Internacional. En este trabajo se realizará un estudio de los criterios de atribución aportados por la Comisión Internacional de Derecho en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Abordaremos, además, las situaciones en materia de responsabilidad del Estado surgidas con la aparición de las Empresas Militares y de Seguridad Privada. Estos entes privados han irrumpido en el panorama internacional como instrumento utilizado por los Estados para llevar a cabo funciones de carácter público. En primer lugar abordaremos el estudio de este tema desde la distinción de las EMSP y los mercenarios. Asimismo nos ocuparemos de desarrollar los textos normativos que pueden encontrarse en el Derecho Internacional y que podrían servir de referencia para el estudio de la actuación de estos entes que son, esencialmente el Documento de Montreux y el Proyecto de Convenio sobre las empresas militares y de seguridad privada del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas. En estos documentos se distingue entre las obligaciones dirigidas a los Estados contratantes, los Estados origen y los Estados territoriales.

Por último, en base a estos documentos y el Proyecto de Artículos de la CDI describiremos los mecanismos de atribución de responsabilidad del Estado por las acciones realizadas por las EMSP. Para ello, distinguiremos entre los denominados Estados débiles, frágiles o fallidos y los denominados Estados eficientes. Haremos, asimismo, una breve mención a la posible atribución como empleados. Para cada una de las situaciones seleccionamos una provisión que podría ser de aplicación.

ABSTRACT

The Responsibility of the State is one of the most important topics in International Law. In this paper, I will make an analysis of the criterion of attribution provided by the International Commission of Law in its Project of Articles about Responsibility of the State in internally illegal incidents.

In addition, we will deal with the situations in the field of responsibility of the State that emerged with the apparition of Military and Private Security Companies. In the first place, we will address the study of this matter from the distinction between Military and Private Security Companies and mercenaries. Similarly, we will further develop the normative texts that can be found in International Law and that could be used as a reference to the study of the performance of those bodies which are, basically, the Document of Montreux and the Project of Convention about Military and Private Security Companies of the Work Group of the UN. In these documents there is a distinction between the duties addressed at contracting States, origin States and territorial States.

Lastly, according to these documents and the Draft of Articles of the International Law Commission, we will describe the mechanisms of attribution of responsibility of the State for the actions carried out by the Military and Private Security Companies. To do so, we will distinguish between the so-called weak, fragile or failed States and the so-called efficient States. In addition, we will make a brief reference to the possible attribution as employees. For each of the situations, we select a provision which could be applicable.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES	--- 6
2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	-- 7
2.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	-- 7
2.2 HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL.....	--- 8
3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	--- 9
3.1 VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO.....	--- 9
3.2 ATRIBUCIÓN DE LOS HECHOS AL ESTADO.....	-- 11
3.2.1 Comportamiento de Órganos.....	-- 12
A) Requisito formal.....	--- 14
B) Requisito Material.....	--- 15
3.2.2 Órganos puestos a disposición del Estado.....	--- 16
3.2.3 Órganos bajo la dirección y control del Estado.....	--- 16
3.2.4 Responsabilidad en caso de ausencia de órgano o defecto de las autoridades oficiales.....	--- 18
3.2.5 Actos <i>ultra vires</i>	--- 18
4. EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS Y SU CRECIENTE ACTIVIDAD INTERNACIONAL	--- 20
4.1 ALGUNAS CUESTIONES INICIALES PARTICULARMENTE PROBLEMÁTICAS.....	-- 22
4.2 DINTINCIÓN CONCEPTUAL.....	--- 24
4.3 LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS.....	--- 29
5. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA ACCIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA	--- 33
5.1 LA SITUACIÓN APLICABLE A LOS ESTADOS DÉBILES, FRÁGILES O FALLIDOS.....	34
5.2 SITUACIÓN APLICABLE A LOS ESTADOS EFICIENTES.....	--- 37
5.3 OTRAS CONSIDERACIONES CON RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN. LA ATRIBUCIÓN COMO EMPRADOS.....	--- 41
6. CONCLUSIONES	--- 42
7. BIBLIOGRAFÍA	--- 44

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La responsabilidad del Estado es uno de los temas esenciales que han de ser abordados por la Comunidad Internacional. El principal texto que existe en la actualidad en el ámbito internacional es el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado¹ por hechos internacionalmente ilícito redactado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI). En el mismo se detallan, junto con las condiciones de existencia de la Responsabilidad, los criterios de atribución que deben seguirse para poder hacer responsable al Estado por los actos considerados como ilícitos.

Aunque su existencia no es reciente, en los últimos años, han irrumpido además en el panorama internacional unas nuevas entidades de base privada que sirven como instrumento por los Estados para llevar a cabo funciones de carácter público. El primer dilema que suscitan las mismas es su distinción respecto de los mercenarios puesto que la utilización de los mismos por el Estado se encuentra prohibida de modo absoluto a través de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. La distinción conceptual pasa por unos elementos básicos que la diferencian de estos organismos hasta ahora utilizados por los Estados. Así, siendo una nueva entidad jurídica, deberá ser analizado un nuevo marco jurídico. En la actualidad los textos que pueden servir de referencia son el ya mencionado Proyecto de Artículos de la CDI, el Documento de Montreux², el proyecto de Convenio³ del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas. Tomando de base los mencionados documentos puede llevarse a cabo el análisis de las posibles soluciones jurídicas a los problemas de atribución suscitados en el plano internacional con relación a la responsabilidad de los Estados, pero también de las empresas que actúan vinculadas a estos, y los empleados de estas entidades privadas. Entendemos que existen otras vías como puede ser el derecho humanitario⁴ pero introducirnos en ese campo supondría un estudio más profundo y específico de la materia que excede, con mucho, los límites de este trabajo. .

El trabajo pretende realizar un análisis de los diferentes criterios de atribución de la Responsabilidad internacional del estado aplicables a las Empresas Militares y de Seguridad Privada (en adelante, EMSP). Para ello nos serviremos esencialmente de los artículos 5 y 9 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado diferenciando entre las situaciones aplicables a los Estados denominados fallidos y aquellos considerados eficientes. Revisaremos también la posible aplicación del artículo 8 del mismo Proyecto sobre el control por parte del Estado aunque entendemos que su prueba supone mayor dificultad. Por último se realiza una breve mención a la atribución directa de la responsabilidad a los individuos que trabajan para las empresas privadas de seguridad en cuyo caso, tanto empresas como Estado quedarían, en su generalidad, en un estado de inmunidad que se pretende evitar con las nuevas regulaciones que surgen en la materia.

¹ “Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones” Doc.,(A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

² Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas 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 Doc. A/63/467-S/2008/636) Comité Internacional de la Cruz Roja y Gobierno Suizo.

³ Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos elaborado por el Grupo de Trabajo de las UN en su periodo 15 de sesiones y adjuntado como anexo al informe anual A/HRC/15/25 de 5 de julio de 2010.

⁴ Las normas de Derecho Internacional Humanitario derivan principalmente del Convenio de la Haya y de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales y se basan esencialmente en “respetar y hacer respetar” este Derecho.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En la responsabilidad del Estado dos términos son esenciales y por ello es necesario dar una adecuada definición a cada uno de ellos. Estos dos términos son responsabilidad y Estado. Ambos conceptos son clave en el desarrollo de la consideración del hecho internacionalmente ilícito del que surge la responsabilidad y la atribución de esos hechos a la persona jurídica constituida por el Estado.

El Estado es aquel sujeto jurídico con personalidad jurídica propia que es capaz de actuar por sí mismo y de cuyas acciones surgen unas consecuencias jurídicas. En este punto no entraremos a valorar los hechos realizados por esta persona jurídica o por otro agente externo que debido a ciertos elementos o caracteres son atribuibles al Estado en sí. Este tema será tratado más adelante debido a sus peculiaridades que hacen de él un asunto complicado de analizar. Debe partirse ahora del hecho de qué es la personalidad jurídica la que hace al agente poseedor de derechos y deberes conforme a los cuales se dirigirá su actuar. Por tanto la personalidad legal es crucial en este aspecto. Tal y como afirma Shaw, debido a la globalización e internacionalización de las relaciones, el Estado se ha convertido en uno de los principales y más importantes agentes con personalidad en el derecho internacional⁵.

El Estado visto de un modo general es el conjunto de tres elementos básicos: población, territorio y soberanía⁶. Se precisa para la constitución de un Estado como persona jurídica un territorio el cual puede ser adquirido a través de distintas formas y sobre el que se extiende una población habitante. A lo largo de este territorio y sobre dicha población se ejerce un poder soberano. Este poder es supremo dentro de la jerarquía interna e independiente con relación a otros poderes exteriores. El derecho es el encargado de organizar y regular estos tres elementos.

Sin embargo además de estos tres elementos básicos, todo Estado que aspire a constituirse como ente con personalidad jurídica precisa de un reconocimiento como tal para poder establecer relaciones internacionales. Es decir, es necesario que la comunidad internacional en su conjunto reconozca y consienta al ente como Estado con personalidad jurídica propia. Dicho reconocimiento es declarativo y no constitutivo por lo que existe plenamente Estado cuando concurren los tres elementos mencionados con anterioridad pero el reconocimiento en el ámbito supranacional le permite establecer relaciones internacionales. En ciertas ocasiones surgen problemas en esta fase puesto que otros Estados de la comunidad internacional se niegan a reconocer al sujeto como Estado⁷.

El segundo concepto básico a analizar es la responsabilidad. Este término podría definirse como las consecuencias que debe soportar un ente por la realización u omisión de actos que se consideran obligados por el derecho internacional. El origen de esta responsabilidad se encuentra en una norma⁸ que asienta una conducta a realizar u omitir, cuyo

⁵ Vid. SHAW M. N. *International Law*. Sixth edition. Cambridge University Press. United Kingdom, 2008. "States remain by far the most important legal persons and despite the rise of globalisation and all that this entails, states retain their attraction as the primary focus for the social activity of humankind and thus for international law."

⁶ Vid. PICHARDO PAGAÑA, I. *Introducción a la nueva Administración Pública de México. Volumen I*. Instituto Nacional de la Administración Pública. México, 2002, p. 16

⁷ Vid. SHAW M. N. *International Law*. 6ª ed. Cambridge University Press. Cambridge 2008. Sobre el reconocimiento de los Estados y las teorías básicas.

⁸ Norma no refiere tan solo al derecho escrito que comumente se conoce como ley. Las normas aquí, abarcan todo tipo de fuente del derecho, no sólo la legislación, sino también los principios generales del

incumplimiento está sancionado. Se trata de un reproche por parte de la Comunidad en su conjunto con respecto a cierta conducta. El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional sustenta en su artículo 1 la responsabilidad internacional en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito⁹. En Derecho Internacional, por tanto, la responsabilidad del Estado presupone la violación de una obligación internacional atribuible a aquél. Esto significa que no es relevante si en la acción existió dolo o culpa o un daño material como resultado de la infracción. La responsabilidad del Estado surgirá, así, con independencia de la naturaleza del sistema legal internacional y de las doctrinas sobre la soberanía e igualdad de los Estados

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) será el principal punto de apoyo para las próximas afirmaciones realizadas a lo largo de este trabajo, y es por ello que dicho organismo merece una pequeña reseña con respecto a la labor que realiza en la codificación del derecho internacional. Dicha comisión¹⁰ surge de la Asamblea General de las Naciones Unidas y se encarga de redactar proyectos de artículos sobre cuestiones de derecho internacional los cuáles o bien surgen de la misma Asamblea General o son elegidos por la Comisión. Uno de los temas que mayor interés despierta es la responsabilidad del Estado puesto que, como Gutiérrez Espada refleja, se trata de un tema delicado e importante¹¹. Esta Comisión se ha encargado de la redacción y elaboración de un Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por actos no prohibidos y otro de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales¹².

La primera sesión sobre este tema tuvo lugar en 1949 y desde entonces se han sucedido un total de cinco Relatores Especiales, el último de los cuales, J. Crawford, consiguió culminar un proyecto que fue aprobado en segunda lectura en 2001. La Asamblea General pospuso para 2007 la decisión¹³ de aprobación instando al Secretario General a que invite a los Gobiernos a que presenten sus opiniones sobre dicho tema así como a la recolección de las decisiones de organismos internacionales con respecto a esta misma cuestión. Por lo tanto aunque el texto de dicha Comisión no es en sí vinculante puesto que carece de la confirmación de los Estados, sí es una prueba y puede alegarse en cuanto el mismo se basa en derecho consuetudinario que en sí mismo sí vincula a los Estados. Por ello puede tomarse como referencia del pensar de la Comunidad Internacional en su conjunto en relación con la responsabilidad del Estado.

2.2 HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL

En el Proyecto de Artículos de la CDI se hace referencia exclusivamente a la responsabilidad derivada de los hechos ilícitos. Es decir, surge la consecuencia jurídica cuando se haya presente la realización de un comportamiento que supone un hecho considerado ilícito a nivel internacional.

derecho, las normas consuetudinarias y las normas de *ius cogens* así como la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones existentes.

⁹ *Vid. Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

¹⁰ La información sobre los documentos elaborados por la CDI puede ser consultada en (http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.htm).

¹¹ *Vid. GUTIERREZ ESPADA, C. El hecho ilícito internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, S.L. Madrid, 2005.

¹² En relación con ambos proyectos pueden consultarse las siguientes direcciones: <http://webcache.googleusercontent.com/> para el Proyecto de Responsabilidad de los Estados por actos no prohibidos y http://legal.un.org/ilc/summaries/9_11.htm para el Proyecto sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales.

¹³ La Asamblea General el 16 de septiembre de 2013 pospuso nuevamente la decisión a 2016 mediante la Resolución A/RES/68/104

Se entiende pues por este término todo aquel comportamiento que incumple una acción u omisión impuesta por una norma en vigor. El artículo 2 del Proyecto continúa completando el concepto de hecho internacionalmente ilícito conformándolo en base a dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Ambos requisitos se han hecho constar de manera continuada por la jurisprudencia internacional. Así, en el caso entre España y Marruecos, la Corte Permanente de Justicia Universal dijo “la responsabilidad es necesariamente el corolario de un derecho. Todos los derechos con carácter internacional conllevan responsabilidad internacional. Dicha responsabilidad resulta del deber de reparación si la obligación en cuestión no es satisfecha¹⁴”.

Como hemos dicho el primero de los elementos es el denominado *subjetivo*. Esto es, el hecho de un modo subjetivo debe ser atribuido a un Estado “según el derecho internacional”. La atribución de los hechos a los Estados es materia de continuas discusiones doctrinales. Como veremos más adelante, el Proyecto marca una serie de directrices que delimitan los criterios que pueden ser consideradas atribuibles a un Estado.

Como segundo elemento, el Proyecto establece que el comportamiento del Estado se considerará un hecho ilícito cuando “constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Este componente es objeto de descripción en el capítulo III de dicho Proyecto en el que se dan las características especiales del mismo. Sin embargo ya desde el artículo 3 se adelanta que la calificación como ilícito es independiente de aquella dada en el ámbito doméstico de acuerdo al derecho interno del Estado involucrado. Se recalca pues la importancia de la concepción internacional, y no nacional del hecho puesto que estamos en un ámbito superior en el que los involucrados son dos sujetos distintos con proyección internacional y por lo tanto es la Comunidad internacional la que se ve afectada directa, o indirectamente. Un acto puede ser contrario a una regla internacional incluso si es perfectamente consecuente con el derecho doméstico o incluso, si es requerido por dicho derecho. Por tanto un Estado no puede aplicar como justificante la no calificación de tal hecho como ilícito en sus ordenamientos, es decir, no puede invocarse el derecho interno como justificación de un incumplimiento.

Adquieren especial importancia en este ámbito las Constituciones en cuanto son las normas supremas de cada Nación y por tanto no puede el Estado actuar en contra de las mismas. Sin embargo la jurisprudencia internacional ya se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones afirmando que los Estados no pueden aducir como forma de evadir sus responsabilidades la contradicción con la propia Constitución. Los Estados en los casos en que los tratados en los que son parte contienen estipulaciones contrarias a su Constitución, deberán llevar a cabo, por los medios establecidos por su propia legislación, las medidas necesarias para corregir dicha contradicción.

3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

3.1 VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO

El Proyecto señala que “hay violación de una obligación internacional por un Estado, cuando un hecho de ese Estado no está de conformidad con lo que de él exige esa obligación” El artículo en cuestión habla sobre la violación de un deber impuesto por una obligación internacional.

¹⁴ Reclamaciones británicas en la Zona Española de Marruecos (España contra Gran Bretaña). Informe del Árbitro Max Huber de 1 de Mayo de 1925. RIIA , vol. 2 1925. p. 615 tomado de SANCHEZ, V.M., *Derecho Internacional Público*. Huygens Editorial, Segunda edición. Barcelona, 2010.

La esencia del hecho ilícito es la no conformidad del comportamiento de un Estado con la conducta que habría sido adoptada para cumplir con la particular obligación internacional. Con respecto a esta inconformidad se suscitan dudas en relación con la idea de culpa. La CDI Derecho no hace referencia a la intención o culpa optando por una concepción objetiva y eliminando así un análisis subjetivo sobre cuándo ha habido o no una violación intencionada¹⁵. En términos prácticos, la decisión tomada por la Comisión es eficiente y pragmática en cuanto elimina un elemento que añade dificultad a la determinación de la existencia de responsabilidad por parte del Estado. Por tanto sólo es necesario que se realice un acto con consecuencias externas sin importar si en el ámbito interno del sujeto hubo intención de realizarlo o no, o de querer o no las consecuencias provocadas. Por tanto la responsabilidad del Estado es una responsabilidad estricta en cuanto no es necesario el elemento volitivo del sujeto, la intencionalidad culposa sino que la base de la responsabilidad internacional es puramente objetiva.

La violación y por tanto la responsabilidad surge con el quebrantamiento de una obligación y la consecuente atribución, sin importar la fuente de la misma. Así pues podemos encontrar responsabilidad derivada de un tratado, de la costumbre o del incumplimiento de una decisión judicial. Las normas que pueden hacer derivar esta responsabilidad son objeto de dudas y así lo hace constar el profesor Crawford en sus comentarios al Proyecto en 1999 cuando afirma que las normas primarias establecen diferentes estándares que hacen surgir la responsabilidad en caso de incumplimiento sin que exista una regla, principio o presunción general en cuanto depende de la interpretación de la regla¹⁶. Los Artículos del Proyecto se asientan en las normas secundarias que definen los contornos del concepto de incumplimiento de la obligación. Crawford, sin embargo entiende que cualquier incumplimiento debe ser analizado en términos de violación de norma primaria aunque reconoce que la responsabilidad derivada de los mismos fue excluida explícitamente del trabajo de la Comisión¹⁷.

El propio Proyecto de Artículo¹⁸ dedica el capítulo III de su segunda parte (artículos 40 y siguientes) a identificar las consecuencias que surgirán ante violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general. Las consecuencias de la primera se encuentran en relación con el carácter de las mismas. Traemos de nuevo a colación el artículo 53 de la Convención de Viena según el cual estas normas son reconocidas de modo general sin que puedan derogarse o modificarse en modo alguno. Un ejemplo de estas normas es la prohibición del uso de la fuerza.

Para determinar si el comportamiento de un Estado constituye una violación de la obligación internacional habrá que analizar la norma primaria teniendo en cuenta no sólo los términos estrictos utilizados si no interpretarlo de acuerdo a los objetivos de la misma así como los hechos, circunstancias y contexto que envuelven la relación o la situación de la que surge la responsabilidad. Esta surge con independencia de la naturaleza de la obligación. En este sentido, no deja lugar a duda la redacción del artículo 12 del Proyecto cuando afirma que hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación. Por tanto, puede decirse que no importa el origen del que surge la responsabilidad y por ello no hay diferenciación en las consecuencias de la violación en relación

¹⁵ Véase Párrafo 10 del Comentario al artículo 2 del Proyecto de artículos *Doc. A/56/10*

¹⁶ *Vid* CRAWFORD, J. "Revising the Drafts Articles on State Responsibility". *EJIL* 1999. Texto original: "For me the essential point is that, different primary rules of international law impose different standards, ranging from 'due diligence' to strict liability, and that all of those standards are capable of giving rise to responsibility in the event of a breach. I do not think that there is any general rule, principle or presumption [...] since it depends on the interpretation of the rule in the light of its object or purpose"

¹⁷ *Vid*. CRAWFORD, J. PELLET, A. OLLESON, S. *The Law of International Responsibility*. Oxford Commentaries On International Law. Oxford University Press. New York, 2010.

¹⁸ Comentarios al Proyecto de Artículos por la Comisión Internacional de Derecho. Informe oficial de la Asamblea General. 56 edición. Suplemento N10. A/56/10) Comentario al artículo 40.

con las diferentes fuentes. Tampoco existe diferencia en cuanto al contenido de la norma, es decir, no es relevante si la obligación es de medios o de resultado aunque esto sí adquirirá importancia a la hora de determinar el momento de comisión de la violación en cuestión¹⁹.

De forma similar se ha originado un debate sobre la causación de daño. Algunos autores son de la opinión de la necesidad de haber causado un daño o perjuicio actual antes de comprometer la responsabilidad. Sin embargo, la Comisión, una vez más, deja la resolución de este asunto a la interpretación de la norma primaria. No hay una regla general sobre el daño o perjuicio. Por tanto habrá que recurrir al análisis de la obligación en cuestión para determinar si es necesario que la actuación u omisión conlleve un resultado, un daño, o si la mera actividad hace surgir en sí misma la responsabilidad del Estado.

Puede decirse, en resumen, que todas los diferentes tipos de obligación y las distintas formas de violación hacen surgir una única consecuencia denominada responsabilidad. La misma, en palabras de P. ALLOT²⁰ tiene dos características principales: tiene un contenido sustantivo en sí misma y de ella derivan consecuencias adicionales en términos de responsabilidad en sentido estricto.

3.2 ATRIBUCIÓN DE LOS HECHOS AL ESTADO

Como hemos adelantado en la definición del concepto de responsabilidad del Estado establecido en el Proyecto de Artículos de la Comisión, el tema de la atribución al Estado de los hechos que hacen surgir dicha responsabilidad es materia de continuas discusiones por la doctrina. Para imponer a un Estado las consecuencias debidas a la violación de una obligación de carácter internacional es necesario atribuir dichos actos al Estado. Es decir deben entrar los comportamientos dentro del alcance del Estado. Debe ser por tanto una acción atribuible al Estado y no de un individuo privado actuando por sí mismo. Sólo las acciones u omisiones realizadas por órganos o individuos atribuibles al Estado harán surgir la responsabilidad internacional de éste.

Es indudable que, en todo caso, el Estado precisa de órganos o agentes a través de los cuales actuar. Y aunque serán los órganos ejecutivos quienes, en la mayor parte de los casos, desarrollen los comportamientos susceptibles de desencadenar la relación de responsabilidad internacional, las actuaciones de los demás poderes del Estado también pueden hacer surgir tal relación.

El Derecho Internacional sin embargo, puede ayudarse del ordenamiento nacional para determinar la atribución, por ejemplo, a la hora de delimitar el estatus de los individuos u órganos y cuáles de manera oficial asumen el cargo vinculado al Estado e instituyéndose de esta manera en parte de la organización del mismo. Sin embargo, la decisión final pertenece al sistema internacional. Es el Capítulo II del Proyecto el que trata acerca de la atribución de las acciones y del hecho ilícito al Estado. Puede sustraerse, de manera resumida, que serán las acciones de los órganos del Estado los creadores de responsabilidad y, excepcionalmente ciertas acciones de los individuos. Trataremos de determinar y analizar cada uno de los comportamientos que pueden ser asumidos dentro de la esfera de responsabilidad internacional del Estado. La cuestión que se plantea es, ¿todos los actos realizados por alguno de los órganos del Estado pueden ser atribuidos per se a este, o es necesario analizar las circunstancias que reúnen cada uno y las limitaciones sobre la esfera de control? También surgen dudas con respecto al supuesto un miembro del órgano que toma una decisión la cual implica el surgimiento de la responsabilidad del Estado, cuando dicho individuo ha actuado por decisión

¹⁹ Vid. CRAWFORD, J. PELLET, A. OLLESON, S. *The Law of International...cit*

²⁰ Vid. P. ALLOT. *State responsibility and the Unmaking of International Law*” 29 Harvard International Law Journal 1 (1988)

propia sin someter la cuestión a colegio o a decisión mancomunada, ¿es también atribuible dicho comportamiento al Estado en cuanto se encuentra dentro de la organización del mismo. Y más aún, ¿y si dicha decisión ha sido tomada en contradicción con las directrices de un órgano superior o de los objetivos planeados por el Estado?

Comencemos desarrollando los artículos del proyecto de la Comisión acerca de la atribución. Dentro del Capítulo III la Comisión distingue entre actos de los órganos, de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público, de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado, comportamiento bajo la dirección o control del Estado, en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales, de un movimiento insurreccional o de otra índole y comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio. Podemos hacer una distinción entre los comportamientos llevados a cabo por órganos pertenecientes a la organización del Estado y acciones realizadas por individuos o grupos vinculadas de manera especial con el Estado en cuestión.

3.2.1 Comportamiento de Órganos

La atribución de la responsabilidad al Estado por acciones llevadas a cabo por sus órganos no es sino el corolario del principio de unidad. La idea de órgano ya es concebida de tal modo desde los inicios de la codificación de la responsabilidad. En cuando los Estados sólo pueden actuar por medio de sus órganos, estos se consolidan como los entes representativos de aquellos y por tanto, los individuos que los componen ejercen funciones y acciones que encarnan los proyectos del Estado. En este punto es necesaria una breve distinción entre lo considerado como órgano y entidad. Un órgano no es sino una persona o conjunto de personas. El Proyecto de Artículos se refiere a órgano como “toda persona o entidad que tenga esa obligación según el derecho interno del Estado²¹”. Por tanto expresa una distinción entre el órgano propiamente dicho compuesto por una o varias personas y las entidades. Estas últimas refieren aquellos entes con personalidad jurídica diferenciada a los cuales se les ha otorgado cierta función que es una extensión de los poderes del Estado. Es decir, no se trata de un órgano interno de la organización del Estado sino que es un agente externo a la misma que asume responsabilidades Estatales concedidas para el ejercicio de elementos propios de la autoridad gubernamental. Es establecida entonces una división entre entes *de iure* y entidades *de facto*²².

En cuanto el Estado es libre de autoregularse y autoorganizarse como así lo crea pertinente, el Proyecto de Artículos alude al ordenamiento interno de cada Estado como medio de conocimiento de lo que cada uno entiende por órgano perteneciente a la estructura estatal. Son los denominados órganos legales. Sin embargo el Tribunal de Justicia ha dejado aclarado que no son los únicos órganos que pueden considerarse responsables²³. Entran en juego en este momento los órganos *de facto*, aquellos que aunque no son reconocidos por medio de la legalidad actúan como tales llevando a cabo las responsabilidades del Estado. Se trata de un

²¹ Contenido del párrafo segundo del artículo 4 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado. Doc. A/56/10

²² Vid. CRAWFORD, J. PELLET, A. OLLESON, S. *The Law of ...* Cit, el relator Crawford hace una distinción entre ambos entes entendiendo que aquellos denominados “*de jure*” son los que pertenecen de forma regular y bajo toda circunstancia a la organización del Estado. Dentro de estos también se incluyen los órganos que pertenecen a la estructura del Estado así como a las comunidades territoriales a las cuáles se le ha otorgado una personalidad diferenciada pero subordinada según el derecho interno.

²³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgement 26 de Febrero de 2007. El Tribunal tiene que determinar la responsabilidad del Estado de Serbia y Montenegro por el genocidio en Srebrenica de acuerdo a la consideración de los actores como órgano de dicho Estado. Ninguno de los entes puede ser considerado un órgano *de jure* del Estado en cuanto no poseían estatus como tal en el ordenamiento interno. Sin embargo, el Tribunal, acorde con su jurisprudencia establece que, de acuerdo a los propósitos del derecho internacional se equipara a órgano los entes que *de facto* actúan en completa dependencia del Estado, para los cuáles son esencialmente un mero medio de actuación.

modo de impedir que los Estados a través de la no legalización de sus propios órganos puedan realizar acciones que escapen a la acción de las normas sobre responsabilidad aludiendo que los órganos no son reconocidos como tales por el ordenamiento interno. Por tanto no sólo habrá que buscar en los órganos legales sino también en aquellos que *de facto* actúan como tales.

Así mismo no es relevante si la condición del órgano en cuestión es nacional o internacional. Existen entes que por su propia constitución, las acciones que realizan tienen una proyección internacional en cuanto están presentes no sólo en el Estado en el que son constituidas, sino en otros en los cuáles ejercen de representantes. Sin embargo se ha reconocido que también los órganos cuya característica principal es su territorialidad, constituidos para ejercer dentro de las fronteras y para asuntos internos, pueden en cambio, hacer surgir la responsabilidad internacional con sus acciones. Las obligaciones bajo las cuales se encuentra un Estado afectan al conjunto del mismo, a todos sus órganos. El Estado en cuanto persona jurídica debe respetar sus deberes y no podría excusarse en que aquel órgano que no sigue las mismas tiene una proyección interna puesto que debe cumplir sus obligaciones no sólo a nivel internacional sino también dentro de sus propias fronteras. Por ese mismo motivo la distinción entre los poderes del Estado no es relevante. Especialmente con el poder judicial en cuanto puede encontrar como excusa el principio de independencia que emana de este órgano. Algunos juristas como el italiano ANZILOTTI han dejado plasmado el pensamiento doctrinal que considera que “es un error negar que el Estado pueda ser considerado responsable por las decisiones de sus tribunales bajo el argumento de la independencia judicial la cual no permite al ejecutivo interferir en la Administración de la Justicia”²⁴.

Como ya hemos dicho, el Estado actúa a través de órganos. Pero dentro de ellos debemos distinguir entre los distintos niveles de jerarquía pues no es lo mismo que el acto en cuestión sea decidido o llevado a cabo por una persona u órgano que se encuentra en la cúspide que por aquél que está posicionado en niveles inferiores. Es obvio que esto viene determinado por la importancia del estatus puesto que las decisiones tomadas tienen mayor alcance y relevancia a medida que vamos ascendiendo en la escala de jerarquía de los órganos. Así se hace constar en los comentarios al artículo 4 en donde se especifica que “tampoco se hace distinción entre los hechos de funcionarios “superiores” y los hechos de funcionarios “subordinados”²⁵ Sin embargo no implica que los rangos menores queden excluidos de la consideración de responsabilidad del Estado. Asimismo se extiende por analogía la consideración igualitaria a los órganos pertenecientes a la administración central del Estado y a aquellos incluidos en la administración regional o local²⁶.

El elemento que se exige de acuerdo a los órganos es que haya un mínimo de implicación por parte del Estado. Este será responsable de manera general por la conducta de sus propios órganos u oficiales cuando estén actuando como tales. Los actos puramente privados no conllevan la responsabilidad del Estado aunque, en ciertas circunstancias puede ser responsable en relación a la incapacidad para repeler o impedir esos actos o castigarlos. En este sentido el artículo 5 del Proyecto amplía la responsabilidad del Estado aquellos entes que *per se* no son órganos del mismo pero que ejerce atribuciones del poder público. Expresamente dicho artículo alude a la persona o entidad que sin ser órgano tal y como establece el artículo 4 “*esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público*” Refiere al caso en que una persona de forma eventual u ocasional se subsume dentro de la organización del Estado para realizar cierta función de consideración pública. Es decir el Estado amplía su estructura, otorgando a ciertos mecanismos la capacidad para ejercer funciones del poder

²⁴ Vid. ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*. Panthéon Assas, Paris 1999

²⁵ Párrafo 7 del Comentario al artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad Internacional del Estado Doc, A/56/10

²⁶ Párrafo 8 del comentario al artículo 4 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Doc, A/56/10

público²⁷. Es el caso de la contratación de cierta empresa de índole privada para realizar tareas características del poder público. Se trata de los organismos que pueden agruparse en el denominado sector público en el cuál no solo tienen cabida organismos puramente públicos, pertenecientes al Estado sino aquellos órganos “*asimilados*” que, debido a cierto elemento característicos pertenecen de algún modo a la estructura del Estado. Para poder considerarlos como tales han de cumplirse dos condiciones. La primera refiere al modo y forma de otorgar la autorización, y la segunda alude al contenido propio de la misma²⁸.

A) *Requisito formal*

Este requisito alude a la formalización de la relación que las empresas acordarán con el Estado. Debe llevarse a cabo un procedimiento establecido por el derecho interno. En el Proyecto de artículos se hace referencia de modo general a la facultad otorgado “por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público”. Con ello no se establece un modo determinado de llevar a cabo tal autorización. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que al tratarse de una atribución tal relevante como en la realización de actividades pertenecientes al sector público y que, además, puedan suponer la responsabilidad del Estado, el procedimiento no puede ser llevado a cabo por cualquier órgano. Más aún consideramos que tal proceso debe ser asumido por entes que representen de manera directa la voluntad del Estado. En principio como poderes públicos, tanto el legislativo como el judicial o el ejecutivo estarían habilitados para realizar tareas de contratación de entes ajenos a la organización interna del Estado. No existen unas reglas específicas en el Derecho Internacional acerca de la capacidad de cada uno de estos entes sobre esta cuestión. Sin embargo si hacemos un análisis más profundo podemos fácilmente llegar a concluir que el poder más activo será también, en este ámbito, el ejecutivo. Por tanto de acuerdo a las actividades ejecutivas precisará de la contratación externa en cuanto no sea posible realizarla a través de los órganos que la constituyen. Como ya hemos mencionado no existe un acuerdo Internacional en relación a esta materia con lo que, en principio, todos los poderes públicos podrían hacer uso de esta capacidad para asimilar entes ajenos a los propios. Así podemos encontrar que España abarca todas las administraciones públicas como sujetos con capacidad para contratar²⁹. Así, la Ley de Contratos del sector público habilita a las mismas para que puedan generar y concluir los contratos que precisen para el desarrollo de sus labores imponiendo, en su caso, los requisitos que han de cumplirse para aquellos que son revestidos de una especial consideración³⁰.

No habiendo una regla general podríamos concluir que la habilitación de cada uno de los poderes públicos para llevar a cabo este tipo de acciones dependerá de cada Estado. Sin embargo la primera habilitación deberá llevarse a cabo por una norma³¹ emanada del órgano de

²⁷ Este supuesto será abordado de manera más detallada en epígrafes posteriores.

²⁸ Vid. Vid. GUTIERREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, S.L. Madrid, 2005. En similares términos se expresa el profesor Guriérrez Espada al establecer como elementos exigibles “*Uno: las competencias ejercidas deben haber sido específicamente autorizadas por el Derecho interno del Estado. Dos, esas competencias deben corresponder a ‘atribuciones [propias] del poder público’*”

²⁹ Similar situación representa la República de Paraguay en donde la contratación de servicios es competencia de “los organismos de la Administración Central del Estado, integrada por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial” Ley 2051/03, ley N. 2051 de Contrataciones Públicas de la República de Paraguay.

³⁰ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre en la que se establece como ámbito subjetivo a la “*La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*” Acudiendo a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su artículo ocho recoge que “*la Administración General del Estado se organiza en Ministerios*” refiriéndose así a la Administración como parte del poder ejecutivo.

³¹ GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo y obres selectas*. Tomo 1, parte general. FDA 10ª ed., Buenos Aires, 2009

representación de la ciudadanía de dicho Estado en donde se refleje la voluntad del pueblo en este aspecto. Recordemos que desde la base esta cuestión es de total relevancia en cuando se trata de asimilar un órgano externo a los propios de la organización del Estado siendo sus acciones igual de importantes a la hora de hacer surgir la responsabilidad internacional del Estado. Poniendo un ejemplo muy claro podríamos decir que la actuación de la empresa de autobuses contratada por un municipio para llevar a cabo las tareas de transporte público de la localidad, puede hacer surgir la responsabilidad del mismo modo que podría hacerlo el ministerio de asuntos exteriores. En el sistema de fuentes de los Estados la Ley ocupa un lugar jerárquico relevante (inferior a la Constitución en aquellos que poseen esta norma suprema) por lo que requiere de un especial procedimiento que asegure que en ella queda reflejada, en teoría, la voluntad del pueblo en cuanto es producido por el legislativo o, en su caso el ejecutivo, pero aprobada en todo caso por las cámaras que representan a la población, elegidas por los ciudadanos. Por tanto será una Ley, o aquella norma de rango similar al que otorgue la capacidad de contratación puesto que al ser irrelevante la jerarquía del órgano para la responsabilidad Internacional, será esta la norma que mejor asegure la contratación por cauces legales y excluya o al menos minimice aquella contratación de *libre albedrío*.

Las principales características de estas entidades son las siguientes. En primer lugar poseen una personalidad jurídica separada de la propia del Estado. En ellas dicho Estado tiene cierta participación, bien mediante acciones en su capital o en relación al control de la empresa. Hemos de tener en cuenta que aunque dichas empresas en un principio pertenecieran al ámbito privado, en cuanto adquieren un elemento público como es la participación de la autoridad en ellas, se introducen en el terreno del sector público. Estas características pueden ser entendidas como indicios del vínculo entre empresa y Estado pero no son, en sí mismos, decisivos. La solución más práctica es el nombramiento directo del ente en cuestión y su otorgamiento para ejercer funciones de carácter público estableciendo el límite de su capacidad y el contenido mismo.

B) Requisito Material

El Proyecto en el artículo 4 continúa diciendo “siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad” Con ello se establece como elemento esencial que tal órgano no sólo haya sido debidamente autorizado para realizar las funciones pertenecientes al poder público sino que las acciones que lleva a cabo y que hacen surgir la responsabilidad del Estado se encuentran dentro del ámbito de actuación de dicho órgano. Es decir, que debe haber procedido dentro de su esfera de competencia. Esto es debido a que tales órganos no pueden extender su capacidad más allá de la otorgada por el Estado. A través de la norma correspondiente se determinan los límites y potestades concedidos al ente en cuestión y en base a los cuáles podrá ejercer las funciones que le fueron atribuidas. No puede responsabilizarse al Estado si la entidad, amparándose en el ejercicio de poderes de carácter público, realiza acciones que extralimitan sus competencias. Ha de entenderse que tienen una consideración especial en cuanto actúan como órganos del Estado cuando no se encuentran reconocidos como tales dentro de la organización del mismo. Pero eso no les habilita en ningún caso para llevar a cabo tareas que sobrepasan los límites fijados en su norma de regulación acerca de su competencia. Es decir, podríamos concluir que el Estado es responsable pero hasta cierto punto. Los límites de su responsabilidad en relación a estos entes se ven determinados de acuerdo a los límites de capacidad fijados para las entidades.³² Más allá de la capacidad otorgada, el Estado no será responsable. En tales casos, la entidad como ente jurídico con responsabilidad autónoma e independiente responderá por los daños causados o las infracciones cometidas. Dada su complejidad, los actos *ultra vires* serán analizados posteriormente de un modo autónomo.

³² El párrafo 13º del Comentario al Artículo 4 se ocupa de este requisito y hace referencia a particulares supuestos que pueden generar problemas con respecto al mismo. Doc. A/56/10

3.2.2 Órganos puestos a disposición del Estado

El artículo 6 del Proyecto de artículos asienta que la conducta de órganos puestos a disposición de otro Estado deberán ser considerados como un acto propio del Estado que es beneficiado con dicha puesta a disposición si el órgano actúa en el ejercicio de poderes para los que ha sido autorizado incluso si excede tal capacidad o contraviene instrucciones. Este supuesto hace referencia, por ejemplo, a cesiones de un cuerpo sanitario que coopere en operaciones de lucha contra epidemias o desastres naturales³³. Podrían incluirse también algunos supuestos en el ámbito judicial³⁴ aunque estas relaciones se llevan a cabo mediante acuerdos entre los Estados y es una actuación más compleja y diferenciada de la puesta a disposición.

Con el fin de hacer surgir la responsabilidad del Estado siendo posible la atribución de los actos de los órganos que, recordemos son ajenos en cuanto no son de su estructura legal ni *de facto*, pero que han sido puestos a su disposición por otro Estado al cuál, sí pertenecen dichos órganos, es necesario el cumplimiento de dos requisitos esenciales. En primer lugar debe haber un nexo funcional. El concepto “puesto a disposición” es en este contexto esencial. Se trata de un órgano ajeno a la estructura del Estado receptor pero que actúa dentro de su ámbito junto con el resto de órganos pertenecientes a la estructura interna y bajo el control, dirección y supervisión del Estado receptor³⁵. De esta forma se excluyen aquellas entidades que hayan sido enviadas para cumplir un objetivo específico del Estado emisor. Una vez el órgano ha sido enviado pasa a formar parte del Estado receptor y sólo seguirá las directrices de éste sin que el emisor pueda manejarlo o controlarlo para cumplir sus propios intereses. De esta misma definición se extrae un requisito más acerca de su contenido. El órgano en cuestión debe pertenecer de manera formal a la estructura del órgano emisor eliminándose de este modo las meras entidades sin relación a la estructura del Estado que se ponen a disposición de otro Estado. Además las funciones y acciones que lleve dentro de la esfera del Estado receptor deben pertenecer a las competencias del poder público de este. En relación a los órganos puestos a disposición por una Organización Internacional³⁶ se podría plantear los casos por analogía sin embargo han sido excluidos del proyecto³⁷ y son tratados de forma específica en el Proyecto sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales.

3.2.3 Órganos bajo la dirección y control del Estado

En ocasiones, el Estado deviene responsable por la actuación de sujetos o entidades privadas que, aún ajenas a su estructura formal, realizan actos en su nombre o sobre los que existe un control efectivo. Debemos partir de la regla general que dice que los actos de los particulares, en principio, no son atribuibles al Estado. Sin embargo con la existencia de cierto nexo entre el acto y la vinculación con el Estado, pueden ser atribuibles a este último. El

³³ Vid. Párrafo 3º del Comentario al artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado. Doc. A/56/10

³⁴ La CDI expone como ejemplo en el ámbito judicial la puesta a disposición de jueces que han sido nombrados para llevar a cabo las actuaciones necesarias en casos particulares.

³⁵ La Comisión se expresa en similares términos en sus comentarios al artículo estableciendo que puesto a disposición “Implica que el órgano actúa con el consentimiento, bajo la autoridad y para los fines del Estado receptor” Vid. “Informe de la Comisión Internacional de Derecho sobre Responsabilidad Internacional del Estado.” Comisión Internacional de Derecho. Periodo de sesiones 53. Doc. A/56/10

³⁶ El artículo 7 del Proyecto sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales afirma que los actos realizados por los órganos o agentes puestos a disposición de la Organización serán considerados un hecho de ésta. El comentario a este artículo se refiere también al el requisito de control efectivo que debe realizarse por parte de la Organización en relación con dichos órganos o agentes que son puestos a su disposición. Informe de la Comisión Derecho Internacional en su 56º período de sesiones (Doc. A/59/10)

³⁷ Párrafo 9 del Comentario al artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Doc, A/56/10.

artículo 8 del Proyecto asienta la responsabilidad sobre los entes que actúan de esta forma siendo controlados o dirigidos por el Estado y habiendo sido autorizados antes de la producción del hecho. Se trata de una atribución adicional cuando “la persona o grupo de personas [...] actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”. Pueden diferenciarse dos tipos de actuación por parte del Estado. En primer lugar la dirección del individuo o grupo al que se le ha encomendado una tarea. La segunda posibilidad alcanzaría aquellos comportamientos en los que, aún sin existir un mandato expreso para el comportamiento, el Estado, de hecho, ejerce un control sobre la actuación del individuo. En el comentario a dicho artículo se hace mención a los tres términos (instruir, dirigir y controlar) estableciéndolos como disyuntivos con lo que sólo sería necesaria la existencia de uno de ellos para hacer surgir la responsabilidad.

En relación a estas situaciones se derivaron dos líneas jurisprudenciales en el análisis del control necesario para poder atribuir los hechos al Estado. Así, por un lado encontramos a la Corte Internacional de Justicia con el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*³⁸. Por su parte, el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia mantuvo una aproximación relativamente distinta con ocasión del *Asunto Tadic*³⁹. La diferencia entre ambos es la intensidad del control ejercido por el Estado, mientras que el primero opta por el control efectivo, el segundo elige el control general. La Corte Internacional de Justicia exigió en su sentencia en relación a las actuaciones de los grupos militares en Nicaragua, que Estados Unidos tuviera un control efectivo en las actividades específicas, no pudiendo exigirle ningún tipo de responsabilidad por todas las acciones de los grupos sin que se haya probado que se ejerció dicho control sobre todas y cada una de estas actividades. Mientras que los actos de los UCLA se debieron a directrices individuales y concretas no siendo difícil su atribución al Estado, los *contras*, a pesar de las fuertes alianzas que existían entre ambos, no siguen la misma facilidad de atribución puesto que el Tribunal aplica la doctrina del control efectivo.

Todas las formas de participación de Estados Unidos e incluso el control general del Estado demandado sobre unas fuerzas con un alto grado de dependencia sobre el mismo, no pueden por sí mismos significar, sin más prueba, que los Estados Unidos dirigieron o forzaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegado por el estado demandante. Dichos actos pudieron ser cometidos por miembros de los *contras* sin el control de Estados Unidos. Para que esta conducta pueda hacer surgir la responsabilidad legal de los Estados Unidos, en principio tendría que ser probado que dicho Estado tenía control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales las alegadas violaciones fueron cometidas⁴⁰.

La CDI reconoce tal posición cuando, en el comentario al artículo 8, afirma: Así, pues, aunque se consideró responsable a los Estados Unidos de América por su apoyo a los *contras*, sólo en algunos casos particulares se les atribuyeron los propios actos de los *contras* sobre la base de la participación efectiva y de las instrucciones dadas por ese Estado. La Corte confirmó que una situación general de dependencia y apoyo no bastaría para justificar la atribución del comportamiento al Estado.

³⁸ En similares términos y siguiendo la jurisprudencia anterior del mismo tribunal, la Corte Internacional de Justicia se pronunció en el Asunto sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de genocidio en Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro.

³⁹ Sentencia *IT-94-I-Tbis-R117* de 11 de noviembre de 1999 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia cuya sentencia de apelación fue adoptada en 27 de febrero de 2001 *IT-94-I-A-AR77*

⁴⁰ *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Nicaragua v. Estados Unidos de América.* Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1986, párrafo 108.

Por su parte, como ya hemos señalado, Tribunal para la Antigua Yugoslavia apuesta por una posición diferente. A su juicio, no era necesario un control efectivo sobre todos los actos de los individuos siendo necesario tan sólo que “el Estado ejerza control general sobre el grupo, no sólo con el equipamiento y financiación, sino también con la coordinación y ayuda en la planificación general de la actividad general”. El Tribunal continúa exponiendo que “en Derecho Internacional, la condición para que se atribuya al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre los particulares. El *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por qué en derecho internacional se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias⁴¹” Con todo, a la vista de los diferentes argumentos, la CDI parece decantarse por favorecer los argumentos expuestos por la CIJ al afirmar: “Pero las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua. El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto del que se trata no concernía a la responsabilidad sino a las normas aplicables de derecho internacional humanitario. Sea como fuere, hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste.

3.2.4 Responsabilidad en caso de ausencia de órgano o defecto de las autoridades oficiales

Este supuesto se recoge en el artículo 9 del Proyecto en el cuál se establece que será atribuible el comportamiento de una persona o grupo cuando ejerce “de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas funciones”. Es evidente que la situación que genera estos comportamientos es excepcional y extraordinaria en la que los individuos se ven forzados a actuar en nombre del Estado debido a que los mecanismos oficiales de este o bien no existen o bien no están capacitados para actuar. Por tanto los requisitos que han de darse son el ejercicio de atribuciones de poder público, una situación de caos o emergencia en la cual los organismos oficiales o funcionan o han dejado de existir, y un nexo causal entre dicha situación y la necesidad de actuación que funciones como justificante⁴². No pueden subsumirse en este supuesto el caso de los gobiernos *de facto* puesto que son órganos del Estado que sustituyen al anterior y que por tanto están capacitados para ejercer funciones del poder público. Sobre esta situación tuvo que pronunciarse el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el *Asunto Yeager* al examinar el comportamiento de los “guardianes de la revolución” los cuales realizaron ciertas labores de control en el aeropuerto tras el estallido de la revolución islámica⁴³.

3.2.5 Actos *ultra vires*

Los actos *ultra vires* son aquellos que exceden las competencias o autorización de los órganos en cuestión. Es decir, los entes actúan más allá de los límites que se han establecido de acuerdo a su competencia. La Comisión ha recalado la importancia de diferencias entre un acto de un oficial y los actos enmarcados dentro de las funciones del oficial. Mientras que el primero

⁴¹ Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), I.L.M., vol. 38, pág. 1518, en la pág. 1541, párr. 117 (en cursivas en el original).

⁴² Párrafo 3 de los Comentarios al Artículo 9 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Doc, A/56/10

⁴³ *Asunto Yeager Estados Unidos c. República Islámica del Irán* Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987.

abarca el segundo, la reciprocidad en este caso no se da. Por lo tanto es obvio que los actos de oficiales no siempre se circunscriben a la esfera funcional de dicho oficial⁴⁴.

El artículo 7 extiende de la atribución de responsabilidad al Estado receptor en relación con los actos de los órganos que van más allá de las actuaciones propias que le corresponden y para las que han sido autorizados. Recordemos que estos órganos están realizando labores que pertenecen al sector del poder público pero dentro de este, sus funciones se ven limitadas a las capacidades que les hayan sido otorgadas puesto que el Estado no podría hacerse cargo de todas las actuaciones deliberadamente erróneas que realicen estos actos. En cambio, el artículo 7 del Proyecto extiende la responsabilidad de estos individuos aun cuando “se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones” Para modular esta afirmación y no hacer responsable al Estado de descabelladas actuaciones, matiza lo anteriormente dicho. Esta situación es conocida como actos *ultra vires*.

La doctrina se ha pronunciado a este respecto entendiendo en su mayoría que este tipo de actos tiene fuerza tal para hacer surgir la responsabilidad del Estado, en su caso. CRAWFORD⁴⁵ en sus comentarios declara que los agentes u órganos del Estado que actúan *ultra vires* no excluye la responsabilidad del Estado. Asimismo VERZIIL hace referencia a esta problemática y advierte que “un acto ilícito puede ser imputado al Estado incluso cuando excede de la capacidad del oficial involucrado”⁴⁶. El proyecto de artículos es claro a este respecto y establece en su artículo 7 que las conductas de los órganos harán surgir su responsabilidad “incluso si excede su autoridad o contraviene las instrucciones”. Este principio ha sido claramente asentado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y asumido dentro del orden internacional.

Teniendo esto en cuenta podríamos considerar que la afirmación anterior acerca de la irresponsabilidad del Estado por actos que escapan de las capacidades otorgadas a los entes que ejercen poderes públicos, podría en este momento verse como contradictoria. Sin embargo, es esencial tomar en cuenta un requisito básico. Como sigue diciendo VERZIIL, este individuo o ente debe haber actuado “al menos con toda la apariencia de oficial competente u órgano o haber utilizado poderes o métodos apropiados para su capacidad oficial” Por tanto es necesario que sin conocer específicamente las capacidades del órgano podamos determinar que actúa como tal y no como un ente privado a título personal. Esa es la diferencia clave en este tipo de materia. Los únicos actos excluidos serán por tanto los derivados de comportamientos puramente personales sin conexión con las funciones públicas aunque sean cometidas por individuos investidos con capacidades de autoridad pública o pertenezcan a la organización interna del Estado⁴⁷. Aunque en el caso específico determinar cuándo debe entenderse como acto *ultra vires* o acto privado puede ser una tarea compleja. Sin embargo, aunque los actos puramente privados no pueden ser atribuidos al Estados, debemos dejar constancia de que existe la posibilidad de considerar la responsabilidad en cuanto no se han ejercidos acciones de control en relación con la actuación de estos individuos. Este tema será revisado en epígrafes posteriores cuando se profundice acerca de la responsabilidad por acciones de particulares.

⁴⁴ *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*. By Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur A/CN.4/631 International Law Commission Sixty-second session Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2010

⁴⁵ CRAWFORD, J. *Draft to...* *Cit.*

⁴⁶ VERZIIL. Caso Caire. Laudo de 7 de junio de 1929. En este caso durante la revolución de México, fuerzas militares, en concreto un capitán y un fuerza mayor exigieron cierto importe al Señor Caire bajo amenaza de muerte. Debido a la incapacidad del sujeto para acceder a tal petición, fue arrestado y torturado hasta que, finalmente, los individuos acaban con la vida de su víctima. Debe analizarse entonces la responsabilidad del Estado de México en relación con la actuación de individuos pertenecientes a su constitución interna cuando las mismas han sobrepasado los límites de competencia y capacidad de los órganos en cuestión.

⁴⁷ *Vid.* CRAWFORD, J. PELLET, A. OLLESON, S. *The Law of Internationa...Cit.*. En similares terminus se expresan los autores en relación con la cuestión de atribución respecto de los actos *ultra vires*.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha asentado este principio de derecho internacional puesto que ha sido una materia que ha surgido de forma continua en el ámbito internacional. Así, en el *caso Mossé* el Tribunal asienta que el Estado debería ser considerado responsable por los actos cometidos por oficiales dentro de los límites aparentes de sus deberes en cuanto la conducta no era completamente contraria a las instrucciones recibidas⁴⁸. Otro ejemplo de esta práctica asentada la encontramos en el Caso *Differend Societe Verdol*⁴⁹ donde la Comisión de conciliación consideró que, en cuanto las acciones llevadas a cabo fueron realizadas dentro del marco legal de la legislación Italiana, el Estado debía ser considerado responsable⁵⁰.

De acuerdo a lo anterior, el demandante no sólo deberá probar que existió un apoderamiento por parte del Estado y que dicho órgano pertenecía a la organización del Estado, sino que además, deberá probar que las actuaciones se enmarcaban dentro de las capacidades de tal órgano, o al menor podrían considerarse dentro desde una perspectiva aparente. En ciertos casos, sin embargo la carga de la prueba se invierte al tener que ser el demandado quien pruebe que esas acciones, ni siquiera de manera aparente pueden ser tomadas dentro de la esfera de capacidad del órgano en cuestión y por tanto, que deben ser consideradas como puramente privadas. Es el caso por ejemplo de la reiteración de ciertos actos que extralimitan las capacidades del órgano pero no son reprimidos por el estado en cuestión. En esta situación podría decirse que aunque tal órgano no tiene una declaración expresa de esa capacidad, al permitirse de forma reiterada el Estado está afirmando la ampliación de capacidades de dicho órgano permitiendo actuar más allá de la esfera limitada de forma expresa⁵¹. Por tanto habrá que atenerse a las circunstancias del caso y los elementos que lo envuelven para determinar si el órgano en cuestión actuaba dentro de lo que razonablemente podría entenderse como sus funciones o si, por el contrario, su actuar escapaba totalmente de su esfera pasando a considerarse puramente privado y excluyendo entonces la responsabilidad del Estado.

4. EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS Y SU CRECIENTE ACTIVIDAD INTERNACIONAL

Es necesario, en primer lugar dar una definición al concepto de Empresas Militares y de Seguridad Privadas (en adelante EMSP). Como podrá advertirse del análisis posterior, las EMSP han realizado, en numerosas ocasiones, acciones susceptibles de ser catalogadas de “públicas” y cuyo ejercicio pone su actuación en estrecha relación con la responsabilidad internacional del Estado. Desde los inicios de la civilización, la seguridad privada era utilizada ya por los primeros imperios (romano, persa) buscando el aumento de potencia militar para el desarrollo de sus aspiraciones territoriales y políticas. La utilización de fuerzas armadas

⁴⁸ *Caso Différend Dame Mossé*. 1944 Texto original : “*State should be held responsible for acts committed by officials within the apparent limits of their duties, according to a line of conduct which was not completely contrary to the instructions they had received*” En este caso la propiedad del demandante fue sustraído por error a manos de los oficiales italianos de un iglesia en 1944 dentro de una situación antijudeísta. A pesar de ello el Estado Italiano fue considerado responsable en cuanto los oficiales actuaron dentro de los límites aparentes de sus deberes.

⁴⁹ *Caso Different Societe Verdol*. 1949. Se trata de un caso sobre la propiedad de una empresa francesa Italia argumentó que los actos no se cometieron en el cumplimiento de los deberes del oficial sino en una actuación personal tomada por su parte. La comisión, sin embargo, rechazó esta consideración en cuanto el negocio de la demandante por medio de un decreto ministerial había sido puesta en el sindicato y se había ordenado igualmente su liquidación. Todo ello dentro del marco legal italiano.

⁵⁰ Información extraída de Informe sobre los fallos de Arbitraje Internacional. *Reports of the International Arbitration Awards. Différend Société Verdol*. Décisions nos 20 et 34 5 April and 16 November 1949 VOLUME XIII pp. 94-97.

⁵¹ En similares términos se expresa el profesor GUTIERREZ ESPADA en *El hecho ilícito internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, S.L. Madrid, 2005.

externas es tan antigua como la guerra. Seguridad privada como concepto puede decirse pues que ha existido durante gran parte de la historia aunque su regulación y establecimiento en un marco legal no llega hasta el siglo XVII. Así, por ejemplo encontramos una orden Ministerial de Isabel II en relación a los guardas jurados durante la segunda guerra carlista. Pero ya antes de estos se establecía la Guardia Civil en 1944 existiendo previamente organizaciones y entidades dependientes del Estado como el Somaten, los Fusileros Guarda Bosques Reales o la Santa Hermandad⁵². Sin embargo, el origen de su reciente crecimiento puede establecerse en la Guerra Fría tras la cual la evolución de este tipo de empresas ha sufrido un incremento considerable. Como parte de una política pacificadora, los ejércitos se vieron reducidos, quedando sin ocupación parte de la población que comenzó a buscar medios alternativos. Las EMSP se vieron entonces como un mecanismo apropiado para la continuación de los trabajos relacionados con la seguridad. Lo mismo ocurrió tras el fin del apartheid en Sudáfrica. Esto se vio intensificado por el avance de planteamientos neoliberales de los Estados que comenzaron a dejar en manos privadas labores que hasta entonces habían pertenecido al sector público. Hoy en día no sólo los Estados hacen uso de sus servicios, sino que también se han sumado numerosas organizaciones internacionales como la ONU e incluso ONGs.

Algunos conflictos como los sucedidos en la Ex Yugoslavia, Angola, Sierra Leona o Colombia han colaborado en la expansión de estas entidades pero han sido los conflictos de Irak o Afganistán los que han proporcionado una mayor visibilidad a estas empresas. La creciente inseguridad hace que los individuos y así mismo los Estados busquen nuevas fuentes que les proporcionen seguridad siendo así como surgen nuevas y numerosas empresas que ofrecen este tipo de servicios.⁵³ Su crecimiento ha sido tal que hoy es un elemento importante dentro de la economía de los países.⁵⁴ Así mismo han llegado a especializarse debido a la importante demanda de distintos productos por parte de los clientes. Tomando en consideración las distintas definiciones dadas por diferentes autores, podemos establecer una definición que aúna los elementos característicos considerados por la doctrina. Asumimos las palabras de LABORIE cuando dice que “Las EMSP son entidades mercantiles, con ánimo de lucro y legalmente establecidas; proporcionan, de forma abierta y mediante contrato, servicios ligados, directa o indirectamente, al uso de la fuerza armada a un número amplio de clientes, tanto de carácter público como privado; operan en áreas de conflicto armado o inestables en las cuales la acción del Gobierno responsable no está garantizado o es inexistente⁵⁵.”

En relación con la definición de este tipo de entidades debemos tener en cuenta el contenido, las funciones a las que están destinadas. Con independencia de la definición que se otorguen a sí mismas, las empresas de seguridad privadas son aquellas entidades que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y de seguridad privados incluyen, en particular, la provisión de guardias armados y la protección de personas y bienes, como

⁵² Vid. “Historia de la Seguridad privada y del Guarda Jurado” *Historia de la Seguridad Privada*. Marzo, 2009. <http://historiadela seguridadprivada.blogspot.com.es/> Consulta 2 de Mayo de 2014

⁵³ ROMANELLI, A. “La relevancia estratégica de la regulación internacional de los proveedores de seguridad privada” *Revista estrategia*. Centro de Altos Estudios Nacionales República Oriental del Uruguay. Romanelli destaca como principales factores que originaron el crecimiento de estas empresas: cambios en el mercado de seguridad, transformaciones en las formas de guerra, cambios en sistemas normativos, cambios hacia la privatización de la Seguridad, tendencias más amplias de incorporación de nuevas formas de Seguridad, degradación y mal funcionamiento de varias funciones estatales en ciertos países, nuevas demandas de seguridad, incapacidad de las Naciones Unidas para resolver ciertos conflictos y la reducción de costos políticos.

⁵⁴ En Montreux, Didier Burkhalter indicó que los servicios de esas empresas representaban cerca de 139 mil millones de dólares en 2007 y podrían llegar a los 244 mil millones en 2016, es decir, un aumento del 76%. Información extraída de PAUCHARD, O. *Nueva Ley sobre Mercenarios. Empresas de seguridad privada: Suiza mantiene atractivo.*, swissinfo.ch 07 de enero de 2014 - 11:00

⁵⁵ LABORIE IGLESIAS, M. *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. España, 2013.

convoyes, edificios y otras instalaciones; mantenimiento y funcionamiento de sistemas de armas; detención de prisioneros; y asesoramiento y capacitación para las fuerzas locales y el personal de seguridad⁵⁶. Se trata de todos los servicios implicados en el mantenimiento de la seguridad dentro de lo cual se incluye vigilantes y guardias (armados y no armados), patrullas, escoltas, servicios de vehículos blindados, transporte de valores y mercancías, servicios de inteligencia, perros entrenados, vigilancia electrónica, investigaciones, protección de los activos físicos, blindaje de edificios, protección de obras e infraestructura, protección anti-secuestro, capacitación en seguridad y autoprotección, ventas de armas y capacitación, así como la intermediación de estos servicios⁵⁷. Esta lista no es exhaustiva y concede ilimitadas posibilidades acerca de las acciones que pueden desarrollar dichas empresas siempre que el objetivo esté en relación con la Seguridad a proporcionar al cliente. Según SINGER⁵⁸, estas empresas se caracterizan por ofrecer servicios a sus clientes que van más allá del combate directo incluyendo entre sus funciones tareas de inteligencia, logística o adiestramiento. Es evidente que con el desarrollo continuo de la tecnología y la creación de nuevos medios de defensa y ataque, estas empresas varían su contenido en función del estado de la ciencia con lo que irán evolucionando a medida que son desarrollados los nuevos métodos. Es por ello que no se puede proporcionar una lista exacta, limitada y determinada del contenido exclusivo de estas entidades para poder considerarlas como EMSP. Sin embargo se ha venido realizando una distinción entre dos tipos de empresas, las de seguridad privada y las empresas militares. Esta clasificación deriva de los objetivos y medios utilizados por las entidades considerándose de un tipo u otro dependiendo de si su actuación es ofensiva o defensiva respectivamente. Sin embargo en la actualidad las empresas llevan a cabo actuaciones pertenecientes a ambas categorías por lo que resulta difícil su clasificación. Es por ello que en adelante nos referiremos tanto a las Empresas militares privadas y las Empresas privadas de seguridad como el mismo acrónimo EMSP (Empresas Militares y de Seguridad Privadas)

4.1 ALGUNAS CUESTIONES INICIALES PARTICULARMENTE PROBLEMÁTICAS

El punto de partida de estas empresas es la seguridad, el derecho que tiene cada Estado para salvaguardar los intereses que se encuentran dentro de sus competencias y con especial referencia ha de incluirse la salvaguarda de la integridad territorial, el cual es uno de los pilares básicos de todo Estado. En palabras de Thomas Hobbes “El Estado ha sido creado contractualmente para proteger al Hombre de los demás Hombres⁵⁹” Autores como Max Weber desde principios del siglo XX defendían el planteamiento de que el Estado es el único actor capaz de usar legítimamente la fuerza o sus medios coercitivos para poder mantener la seguridad de la población⁶⁰. Este poder es ejercido en régimen de monopolio por el Estado ya que es el único legitimado para el uso de la fuerza. En la sociedad democrática la seguridad es un bien y un derecho que corresponde a todo ciudadano ante riesgos deliberados ya sean físicos o de otro tipo⁶¹. Para ello, el Estado no sólo debe organizar los medios de seguridad pública de los que dispone sino que, llegado el caso, deberá acceder a la seguridad privada necesaria para

⁵⁶ Vid. *El derecho internacional humanitario y las empresas militares y de seguridad privada*. CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja. Artículo de 10.12.13 PMF

⁵⁷ Vid. *Control y Regulación de las Empresas de Seguridad Privada en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo*. Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNLIREC) Naciones Unidas, 2011

⁵⁸ SINGER, P.W. “Militares privados: beneficios vs política pública.” *Política Exterior* núm. 125. Septiembre / Octubre 2008.

⁵⁹ HOBBS, T. *El Leviatán*. Biblioteca del Político. INEP AC

⁶⁰ WEBER, M. *El político y el científico* Documento preparado por el Programa de Redes Informáticas y Productivas de la Universidad Nacional de General San Martín (UNSAM)

⁶¹ Piénsese en los riesgos vinculados con desarrollos electrónicos o informáticos que pueden suponer un peligro cierto para las personas.

alcanzar el objetivo de protección de sus bienes e intereses dentro de los cuales se encuentra su ciudadanía⁶². En cuanto el Estado ha de recurrir a esta fuente privada, es necesario que el poder monopólico del uso de la fuerza se extienda a estos entes para que puedan realizar su función. Es por eso que hacen surgir la responsabilidad del Estado. Si bien hemos dicho que el Estado debe recurrir a esta fuente ajena, no debemos olvidar que, en todo caso, la seguridad privada se encuentra subordinada a la actuación en el marco de la seguridad pública.

Las mayores críticas que se suscitan en la actualidad van dirigidas a la excesiva dejación por parte del poder público de las funciones pertenecientes a su ámbito de actuación a favor de las Empresas de Seguridad Privada. Así por ejemplo, en el Informe anual de 2006 de Amnistía Internacional, el Director de la sección de los Estados Unidos afirmó que la privatización de los negocios puede estimular la eficacia pero la privatización de la guerra no hace sino facilitar la impunidad. Esto es debido a que algunos países como Estados Unidos utilizan estas entidades creando una zona libre de reglas pudiendo quedar impunes por las acciones que cometan dichas empresas. Algunos autores también han emitido críticas con respecto a la concepción básica del Estado democrático. MILLER⁶³ escribió, “El Gobierno democrático es un Gobierno responsable, lo que significa un Gobierno al que se le pueden pedir cuentas, y el problema esencial de la contratación externa es que responsabilidad y rendición de cuentas están muy reducidas”⁶⁴.

En la relación Estado – EMSP se extiende la preocupación internacional con respecto al control que los Estados ponen sobre estos entes. Recordemos que se trata de entidades privadas con lo que la actuación y el modo de hacerlo dependen del beneficio que esperen obtener. Así, por ejemplo, una empresa contratada puede decidir suspender cierta actuación en cuanto supone un peligro para sus bienes o el interés depositado en dicha acción. El control efectivo que realiza el Estado sobre la planificación de las actuaciones empresariales es motivo de inquietud pues es sabido que algunos Estados contratan con estas empresas marcando un objetivo sin que sean precisados los medios y mecanismos que deben llevarse a cabo para la consecución del mismo. La dependencia que algunos Estados están llegando a tener con respecto a la utilización de seguridad privada empieza a preocupar a la comunidad internacional⁶⁵. Los Estados comienzan a dedicar más esfuerzos en la contratación de empresas que les suplan de seguridad que en la preparación y creación de un ejército propio que sea capaz de cubrir las necesidades de seguridad de los Estados. No podemos desconocer que en numerosas ocasiones, los Estados recurren a estas empresas porque no cuentan con la autorización o aprobación por el Parlamento o el órgano legislativo en cuestión o simplemente pretenden que su actuación no sea enjuiciada por la opinión pública.

⁶² Espaliú justifica que “el capital busca incesantemente nuevos mercados, encontrándolos a veces en la realización de funciones que anteriormente correspondían al Estado” ESPALIÚ BERDUD, C. *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho internacional*, Thomson-Aranzadi, 2007.

⁶³ MILLER, A.S Texto original: “democratic government is responsible government-which means accountable government-and the essential problem in contracting out is that responsibility and accountability are greatly diminished” citado en RULE, J.L *Future war Paper: Private Security Companies and Their Impact on the Commander’s Battlespace*. School of Advanced Warfighting Marine Corps University. Virginia, 2005.

⁶⁴ En relación a esta cuestión, el Consejo de Europa envió una recomendación a los Estados Miembros ante la alarma que suponía la cesión de excesivas funciones a favor de las Empresas de Seguridad sobrepasando los límites del contenido que hasta ahora venía siendo exclusivo de las fuerzas de seguridad estatales. *Recomendación 1858* (2009) adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 29 de enero de 2009.

⁶⁵ Uno de estos ejemplos es Estados Unidos en el territorio Iraquí. El gobierno iraquí después de ciertos incidentes producidos por la empresa de seguridad Blackwater el último de los cuales acabó con la vida de 17 militares, decidió suspender la licencia de operaciones de dicha empresa. El Gobierno Estadounidense comenzó entonces negociaciones con Irak para que permitiesen la reanudación de las funciones de Blackwater en cuanto no podían mantener la seguridad diplomática si esta entidad.

La plantilla de las EMSP es también motivo de intranquilidad para la Comunidad internacional y especialmente para ciertas organizaciones humanitarias. No existe una normativa como tal dirigida a la regulación de los empleados de estas empresas. Es por ello que la contratación, reclutamiento, y entrenamiento sigue la normativa interna de la empresa. Esto ha suscitado muchos problemas y es que no hay un límite ni unos requisitos por lo que en ocasiones se lleva a cabo la contratación de personas con dudosos antecedentes. Sin rozar la discriminación, consideramos que siento el terreno en el que actúan tan sensible, pues no olvidemos que su mayor actuación se realiza en conflictos armados, creemos que es necesaria una detallada selección del personal, eligiendo aquellos que sean capaces de respetar el límite de los derechos humanos y no los que trabajan y actúan sin la atención a escrúpulo alguno. Incluso, a veces, por esta pésima selección del personal sobre la que, ha de decirse, no tienen por lo general control alguno los Estados, llegan a producirse contradicciones⁶⁶. Se han dado situaciones en las que la empresa que ofrecía los servicios a cierto Estado contrató a personas que eran abiertamente opuestas al mismo. En cuanto no pueden ser considerados militares puesto que no pertenecen al ejército del Estado, no es de aplicación normativa alguna que regule este sector. Se crea entonces un vacío legal en este aspecto pudiendo actuar los agentes con total libertad. De hecho, tal y como afirma Gómez del Prado, su participación en crímenes o violaciones de derechos humanos, los agentes de estas empresas no son llevados ante la justicia y ni siquiera sancionados por los medios internos de la empresa o del Estado contratante⁶⁷.

Aunque hasta hace unos años, las empresas de seguridad no atraían demasiado la atención hacia la comunidad internacional, debido a su actuación globalizada, crecimiento y relevancia hoy en día, hace que dicha comunidad haya tenido que profundizar en este tema. Más aún cuando se han visto involucradas en conflictos bélicos donde estaba presente la protección de los derechos humanos y el derecho humanitario. Es entonces cuando comienza el debate sobre la consideración de dichas empresas como unas entidades distintas a lo que hasta ahora se venía considerando mercenarios o si son una especie derivada de los mismos. Precisamente a partir de tal disyuntiva, nos debemos plantear si resulta de aplicación la normativa existente para estos o se hace necesaria la creación de un nuevo *status* legal.

4.2 DINTINCIÓN CONCEPTUAL

En el derecho internacional desde principios del siglo XX se viene prestando especial atención a las situaciones de conflicto armado y las personas que se encuentran dentro de esta situación viene de forma activa o siendo sujetos pasivos que sufren de especial manera las consecuencias de estas situaciones. Las primeras normas internacionales son el Convenio de la Haya y sus protocolos adicionales donde se muestra la preocupación por la regulación de este tema. El concepto de mercenarios como personas contratadas por los Estados para procurar servicio en situaciones bélicas ha existido a lo largo de la historia. En especial, a partir del siglo XII cuando se hacen más patentes y existe un régimen especial para ellos. Estas personas eran

⁶⁶ En Este sentido podemos citar el Reglamento de Seguridad Privada que recoge las exigencias requeridas a las personas que podrían participar en labores de seguridad en los buques de pesca españoles. Con ella se intentó dar respuesta a los problemas surgidos en aguas Somalíes cuando los barcos españoles eran apresados. Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre por el que se aprueba el reglamento de seguridad privada (*BOE* núm. 8, de 10 de enero de 1995. Corrección de erratas en *BOE* núm. 20, de 24 de enero de 1995) y en octubre de 2009 se aprobó un RD (real decreto 1628/2009, de 30 de octubre (*BOE* núm 263, de 31 de octubre) para modificar los arts. 81 y ss y “permitir que los buques españoles que se encuentren fuera de las aguas territoriales puedan llevar seguridad privada autorizada a emplear armamento con el fin de cumplir eficazmente con los cometidos de protección y de prevención. Igualmente la seguridad privada en España viene regulada en la por la *Ley 23/1992* de 30 de julio de Seguridad Privada y su Reglamento (*Real Decreto 2364/1994*, recientemente modificado por el *Real Decreto 1628/2009*)

⁶⁷ GÓMEZ DEL PRADO, J.L. *Mercenaries, Private Military and Security Companies and International Law*. http://www.law.wisc.edu/gls/documents/gomez_del_prado_paper.doc.

contratadas como soldados que servían al rey, dictador o gobernante que pagaba sus actuaciones. Su principal característica es que no eran leales a patria o nacionalidad alguna sino que sus intereses variaban según el señor que pagara sus servicios. El uso de mercenarios ha existido desde prácticamente el nacimiento de la guerra. De hecho, en la historia de su evolución se puede destacar el periodo en el que su contratación se vio reducida. Este periodo tuvo lugar tras la Paz de Westfalia y el desarrollo de los mecanismos estatales. Los Estados volvieron a reunir entre sus poderes aquellas labores que durante gran parte de la Historia habían ido relegando en manos privadas. El proceso descolonizador tuvo también un papel importante puesto que con él surgieron nuevos estados pero que por ello mismo poseían una estructura organizativa débil, debiendo recurrir a fuentes externas para salvaguardar y proteger sus intereses. Comienza de nuevo el resurgimiento del reclutamiento de mercenarios.

En el artículo 47 del Protocolo adicional I⁶⁸ identifica un abanico muy limitado de sujetos que pueden considerarse mercenarios. En dicho artículo ya se establece como requisito esencial el elemento económico que mueve el interés por la participación en estas situaciones de los mercenarios. Una de las principales consecuencias es, por tanto, que se les desprovee de la condición de prisionero de guerra y de combatiente con lo que no son sujetos a los que se les pueda aplicar el Derecho Humanitario.

El año 1989 marca un punto de inflexión en el tratamiento de la cuestión a partir de que la Asamblea General de la ONU adoptara, el 4 de diciembre de ese año, su Resolución 44/34 en la que se contiene el *Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios*. Desde este momento algunos vieron las empresas de seguridad como una nueva forma que sólo pretendía eludir las obligaciones impuestas a los mercenarios. Entienden, por tanto, si bien Mercenarios y EMSP pueden tener la misma base, estas últimas surgen como medio para escapar de las prohibiciones mercenarias. En esta posición se encuentra el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas⁶⁹ que desde 2005 analiza la utilización de los organismos de seguridad privada y cuyo resultado saldrá a la luz, previsiblemente, en la Asamblea General de 2014. En el otro extremo surgen opiniones que diferencian claramente los mercenarios de las empresas de seguridad privada. Básicamente, lo que define a los mercenarios es que trabajen para un gobierno extranjero participando directamente en la hostilidad en un conflicto en el que su Estado no es parte animados por una remuneración por sus servicios. Para poder ser considerado como tal es necesario que se cumplan

⁶⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Dicho artículo define mercenario como la persona que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado; de hecho, tome parte directa en las hostilidades; 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 a las fuerzas armadas de esa Parte; que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en el conflicto”

⁶⁹ Nos referimos al *Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* que fue creado en 2005 a través de la resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos. Este Grupo de Trabajo trata de clarificar y unificar las regulaciones aplicables a los mercenarios y las Empresas de Seguridad así como las buenas prácticas exigibles a estas últimas. Así mismo, considera que una regulación vinculante internacional sería el mejor instrumento para asegurar la protección de los Derechos Humanos en estos ámbitos y alienta la participación de los Estados en este tipo de proyectos. Desde 2013 el Grupo de Trabajo se encuentra bajo la dirección del Relator Anton Katz siendo el último de sus informes anuales el surgido de la 68ª sesión de la Asamblea General. Doc. A/68/339 disponible en la página del Grupo de Trabajo de <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx>

todos los requisitos. De hecho, algunos autores como SCHEIMER⁷⁰ reconocen que el simple hecho de que la definición de mercenario es cumulativa hace imposible la consideración de las EMSP como tales puesto que no cumplen siempre todos los requisitos.

Aunque las empresas pueden llegar a cumplir todos los requisitos hay uno en especial que produce confusión. Es obvio que estas empresas funcionan en base a un ánimo de lucro en cuanto se trata de corporaciones de ámbito privado cuyo principal objetivo es la obtención de beneficio. Así podemos comprobarlo en la definición dada por el Centro de Control Democrático de las Fuerzas Armadas en la cual se resalta que las Empresas Privadas de Seguridad ofrecen sus servicios por beneficio más que por un motivo político⁷¹. En el mismo sentido se pronuncia SINGER⁷² al afirmar que el ánimo de lucro es uno de los elementos característicos de las EMSP añadiendo que, además, utilizan los sistemas financieros modernos de gestión.

Partimos del hecho de que no existe definición legal exacta sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada pero puede recurrirse a las descripciones dadas por parte de la Doctrina. De entre las definiciones dadas al concepto de Empresas de Seguridad podemos citar la aportada por SPICE⁷³ quien afirma que “una EMSP es una estructura permanente con un gran número de personal en su base de datos. Tiene una presencia permanente, oficinas, utiliza modos de promoción, tiene un sistema de evaluación de actividades, y posee doctrina y capacidad de adiestramiento tanto interno como externo. Proporciona el apoyo normal que se puede esperar de un negocio; es lo militar original transformado en un negocio del sector privado”. En parecido sentido también se pronuncia LABORIE⁷⁴ cuando afirma que “las EMSP son entidades mercantiles, con ánimo de lucro y legalmente establecidas; proporcionan, de forma abierta y mediante contrato, servicios ligados, directa o indirectamente, al uso de la fuerza armada a un número amplio de clientes, tanto de carácter público como privado; operan en áreas de conflicto armado o inestables en las cuales la acción del Gobierno responsable no está garantizada o es inexistente.”. Por último, cabe destacar la definición propuesta por BROWN⁷⁵ que considera que “las EMSP son entidades de lucro empresariales dedicadas a la prestación de servicios que incluyen, apoyo, consulta y suministro directo de las capacidades profesionales relacionadas con la seguridad y defensa” añadiendo que “comparten una estructura de organización empresarial común al resto de empresas en cuanto son compañías con ánimo de lucro las cuales proveen un servicio profesional a sus clientes en base a una relación contractual y, por definición, son privadas, lo que significa que son propiedad de actores no estatales”.

Como ya hemos dicho, no existe en la actualidad una definición legal homogénea que pueda ser aplicada por lo que intentaremos dar un descripción de lo que debe considerarse como

⁷⁰ SCHEIMER, M. Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support the Reflects Customary International Law. American University International Law Review. Volumen 24, Issue 3. Article 6. 2009.

⁷¹ *Private Military Companies*. Backgrounders 2006. DCAF. El texto original: “PMCs provide their services, primarily for profit rather than for political reasons.”

⁷² SINGER, P.W. *Militares privados: beneficios vs política pública*. Política Exterior núm. 125. Septiembre / Octubre 2008

⁷³ SPICER, T. *An unorthodox soldier Peace and War and the Sandline Affair : an Autobiography* Mainstream Publishing Company, Limited, 2000 tomado de LABORIE IGLESIAS, M. *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*.

⁷⁴ LABORIE IGLESIAS, M. *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. España, 2013.

⁷⁵ BROWN, S. *Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies*. International Law and International Relations, La Fundación José Ortega y Gasset. MSc, European Politics and Governance, The London School of Economics. 2009.

EMSP comparando estas entidades con su similar más próximo, los mercenarios con los que suscitan dudas conceptuales. Partiendo de la configuración de mercenarios como personas que con carácter individual y temporal prestan un servicio mayoritariamente clandestino sin poseer una estructura orgánica permanente, motivados por una compensación económica⁷⁶, podemos distinguirlos de las EMSP en función de los siguientes criterios⁷⁷:

- Individualidad: En primer lugar la individualidad de los mercenarios no se aplica a las Empresas o más específicamente a los empleados de las mismas que son los que finalmente llevan a cabo las actividades. Estas personas no son contratadas de forma individual sino que existe un contrato previo laboral entre ellos y las empresas de seguridad. Una vez las EMSP llegan a un acuerdo con los Estados sobre su participación en un conflicto, los empleados de las mismas pasan a trabajar indirectamente para dicho Estado sin que sea necesaria su contratación individual.
- Temporalidad: En segundo lugar, los mercenarios son reclutados específicamente para un conflicto determinado. Una de las características esenciales de los mismos es su carácter temporal e individual del servicio prestado. Sin embargo, lo que ocurre con las empresas de Seguridad Privada es que sus empleados no son reclutados temporalmente, para un conflicto específico sino que son empleados internos de la misma los cuales son vinculados a uno u otro territorio en función de la organización y planificación estratégica de la Empresa.
- Estructura: Debido al elemento anterior los mercenarios no poseen una estructura organizativa permanente ya que varían en función de la misión que se les haya planteado. Las EMSP por su lado, poseen una constitución corporativa permanente y singular. Es por ello y por la no contratación individual de sus empleados por lo que estas entidades pueden llevar a cabo distintas misiones. Los mercenarios solo pueden estar contratados para un único fin pues es evidente que una misma persona no puede estar presente en dos conflictos. Y si se encuentra en un único conflicto habiendo sido contratado por dos clientes distintos nos encontraríamos ante una situación de fraude que es cosa bien distinta.
- Clandestinidad: Mientras que los mercenarios actúan en la mayoría de los casos en la clandestinidad por cuanto sus acciones son ilícitas y son contratados secretamente por sus clientes, las EMSP actúan abiertamente en el mercado de la Seguridad. Los Estados contratan, licitan y planifican actuaciones con estas empresas de una forma abierta en cuanto son entidades con personalidad jurídica propia y legal que actúan como tales en el Mercado. Es por ello que, como ya se ha señalado anteriormente, utilizan libremente los sistemas financieros existentes mientras que los mercenarios suelen actuar y recibir sus remuneraciones a través de transacciones ilegales actuando mayoritariamente en el mercado negro.

Así pues, se ha venido demandando una regulación de estas nuevas entidades que licite su ejercicio pasando de la total prohibición a la actuación reglada puesto que es un hecho actual que dichas entidades ejercen una importante labor en los conflictos contemporáneos. Se trata de un tema de gran relevancia puesto que el objeto de estudio sería un instrumento plenamente utilizado por los Estados y cuya aceptación en el plano legal supondría la consideración del mismo desde un nuevo ángulo. En términos de seguridad jurídica la plena regulación del mismo se antoja la solución más idónea puesto que, al trasladar la situación real al plano jurídico se dotaría al instrumento de una base legal que sustentaría el actuar de estas empresas de una forma más estable y permanente. Así, la regulación incidiría sobre el control de la actuación de las

⁷⁶ Como es de sobra conocido mercenario proviene del término latín *merces* que significa pago.

⁷⁷ Criterios extraídos sobre la base de la información aportada por BALLESTEROS MOYA, V. *Las empresas militares...cit* y LABORIE IGLESIAS, M. *La privatización ...cit*

Empresas, los límites competenciales, y el respeto a determinados principios y normas como los Derechos Humanos e imponiendo, en su caso las responsabilidades que sean precisas tanto para los Estados que las contratan como para los que las permiten operar en su territorio o en los cuales están inscritas⁷⁸. Todo ello impediría en gran medida la impunidad que actualmente se suscita en este campo.

Cabe hacer mención a la distinción entre las Empresas Militares y de Seguridad Privada y aquellas empresas dedicadas igualmente a la seguridad pero que operan dentro del territorio del Estado sin vinculación con conflicto interno alguno. Estas empresas se dedican más específicamente a labores que se asimilan a las realizadas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Las funciones que realizan las mismas aunque son similares distan en cuanto a relevancia puesto que sus acciones tienen una repercusión más local que internacional y los intereses protegidos son igualmente más leves. Estas compañías actúan alejadas de la polémica que envuelve a las EMSP y se sujetan a la legislación interna del Estado en el que operan. Aunque en este sector existen también multinacionales por lo general se trata de entidades que ofrecen servicio a menor escala pero que dado al aumento de la demanda de este tipo de servicios han proliferado enormemente en las últimas décadas estimándose su valor en el mercado actual en 72 millones USD. En España, el Ministerio del Interior ha registrado más de 1.400 empresas de este tipo. El problema en la diferenciación con este tipo de empresas viene dado por el surgimiento de algún levantamiento o conflicto interno en el Estado en el que desarrollan su labor por cuanto las funciones que venían hasta ahora realizando pueden cambiar de carácter y parecerse más a las realizadas por las EMSP.

Uno de los casos que más recientemente han hecho surgir con mayor fuerza las discusiones sobre este tema es el caso de la empresa Blackwater Worldwide. Esta empresa estadounidense realizaba labores militares en Bagdad. En septiembre de 2007 personal de dicha empresa disparó contra población civil mientras llevaba a cabo la escolta de un convoy con miembros de la autoridad oficial estadounidense. Los acusados alegaron haber sido provocados aunque las investigaciones posteriores revelaron que habían disparado injustificada e indiscriminadamente. Sin embargo el caso fue desestimado argumentando el juez una vulneración de derechos con respecto a la utilización de las pruebas testificales de los acusados. Aún así el caso levantó gran polémica y reabrió el debate sobre la consideración de las empresas de seguridad privada.⁷⁹ El último caso llamativo de contratación de seguridad privada viene de la mano del conflicto surgido en Ucrania con la aparición en el territorio de fuerzas paramilitares⁸⁰. La empresa contratada parece ser una filial de Blackwater y, aunque en numerosos informativos se ha tratado como mercenarios, se trata sin embargo de una empresa militar privada⁸¹. La justificación para tal medida argumentada por el Gobierno de Kiev es la necesidad de garantizar la seguridad a sus ciudadanos debido al clima de tensión que existe en estos momentos en el territorio ucraniano.

⁷⁸ Consideramos que la responsabilidad de cada uno de estas tres situaciones difiere del resto en cuanto no pueden ser exigibles las mismas obligaciones a los Estados que las contratan como a aquellos Estados en los que simplemente operan.

⁷⁹ Información extraída de distintos artículos del New York Times entre ellos GLANZ, J y TABERNISE, S. *Blackwater Shooting Scene Was Chaotic*. NYT Publicado el 28 de Septiembre de 2007. (<http://www.nytimes.com/2007/09/28/world/middleeast/28blackwater.html?ref=todayspaper&r=0>) Véase en este aspecto SAURA ESTAPÀ, J. “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí.” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Universitat de Barcelona, 2010.

⁸⁰ Aunque algunas voces claman que dichas fuerzas son militares rusas, sin embargo, no hay prueba que acredite tal información puesto que los miembros que las componen carecen de insignia que los identifique. Así mismo, Rusia no ha declarado la pertenencia de las mismas a su estructura organizativa militar.

⁸¹ Información elaborada por BATS R. para REUTERS “¿Hay mercenarios de Blackwater en Ucrania?” *RT Actualidad* Publicado el 11 de Mayo de 2014. <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/127737-ucrania-mercenarios-blackwater>. Consulta 26 de mayo de 2014

4.3 LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS

Existen un cierto número de instrumentos que permiten identificar el marco de actuación de estas empresas. Además de las distintas normas que cada Estado pueda adoptar en relación con estas entidades⁸², podemos encontrar otras normas adoptadas con la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales y crear un marco con principios comunes a los que se acojan cada uno de los Estados. Así, por ejemplo Sudáfrica o Estados Unidos ya cuentan con una legislación interna, algo que, desgraciadamente, no sucede todavía en Europa. La creación de normativa nacional no aporta hecho relevante alguno puesto que siendo este en el que vivimos un mundo globalizado la limitación o prohibición por un Estado de creación de este tipo de empresas no impide que las mismas trasladen su residencia legal a otro Estado donde puedan ser establecidas libremente. Por ello se hace necesario alcanzar una legislación a nivel internacional que aúne el consenso de la comunidad internacional en general. En tanto en cuanto estas empresas ejercen un poder que corresponde de forma exclusiva al Estado es necesario que exista tal regulación⁸³.

El primero de los textos que regulan a estas empresas es el *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas 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*, a partir de ahora Documento de Montreux⁸⁴. Se trata de un proyecto iniciado a instancias del Gobierno Suizo junto con el Comité Internacional de la Cruz Roja al cuál se han unido un total de 50 países aumentando de forma regular el número de Estados participantes. En cuanto no existe Convenio o acuerdo internacional alguno que mencione de manera expresa a las EMSP, el Documento de Montreux representa una suerte de instrumento armonizados de las distintas legislaciones que afectan a las operaciones de estas entidades. Sin embargo no puede decirse que dichas entidades actúen dentro de un vacío legal puesto que las situaciones de conflicto armado en la que actúan se encuentran reguladas específicamente por el Derecho Internacional de forma consolidada.

Partimos de la idea que este texto no es vinculante y que tan solo trata de “recordar algunas obligaciones jurídicas internacionales vigentes que incumben a los Estados en relación

⁸² Como ya dijimos anteriormente, la seguridad privada en España viene regulada en la por la *Ley 23/1992* de 30 de julio de Seguridad Privada y su Reglamento (*Real Decreto 2364/1994*, recientemente modificado por el *Real Decreto 1628/2009*)

⁸³ En relación a España, la competencia de seguridad corresponde al Estado en exclusiva en base al artículo 149.1.29 de la Constitución. Más aún, el artículo 104 del propio texto fundamental, establece la competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Es por ello que estos cuerpos estarán en estrecha conexión con el ejercicio de dichas funciones por parte de los entes privados pues en tales términos se expresa la ya mencionada Ley de Seguridad en su exposición de motivos debiendo “estar permanentemente presentes en el desarrollo de las actividades privadas de seguridad conociendo la información trascendente para la seguridad pública que en las mismas se genera y actuando con protagonismo indiscutible, siempre que tales actividades detectan el acaecimiento de hechos delictivos graves, perseguibles de oficio.”

⁸⁴ Tal y como se recoge en la carta de fecha 2 de octubre de 2008 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas (*Doc. A/63/467-S/2008/636*), el 17 de septiembre de 2008, 17 Estados adoptaron el “Documento de Montreux”, en el que se contienen normas y buenas prácticas relacionadas con las empresas militares y de seguridad privadas que operan en situaciones de conflicto armado. Como se continúa afirmando en la carta, el Documento de Montreux es el resultado de un proceso internacional puesto en marcha en 2006 por el Gobierno de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja, tiene por objeto promover el respeto del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos. La información sobre el Documento de Montreux puede consultarse en <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse.html>”.

con las Empresas Militares y de Seguridad Privada⁸⁵”. Aunque no se trata de un documento vinculante marca las pautas de actuación de los Estados en relación a las Empresas de Seguridad Privada. Así mismo establece las buenas prácticas en lo que respecta a la actuación de dichos entes. Como el propio texto indica, pretende promover el respeto por los derechos humanos y las normas de derecho humanitario en aquellos conflictos armados en los que están presentes las EMSP. Este documento distingue diferentes obligaciones que serán de aplicación a los denominados “Estados contratantes”, “Estados territoriales” y “Estados de origen”⁸⁶. A cada uno de ellos le son exigibles unas buenas prácticas determinadas y harán surgir ciertas responsabilidades específicas. A pesar de esta distinción existen unas obligaciones que son comunes a todos los Estados, la difusión de textos internacionales sobre derecho internacional humanitario; no alentar la comisión de violaciones ni cooperar en las mismas; tomar medidas para detener estas violaciones, tomar medidas para prevenir los casos de conducta inapropiada por parte de las EMSP, promulgar los instrumentos necesarios para imponer sanciones, y por último investigar, enjuiciar, extraditar o entregar a las personas sospechosas de haber cometido delito por el derecho internacional.

En relación con los Estados contratantes exige además una responsabilidad especial y marca los medios de atribución de los comportamientos de las Empresas que suponen violaciones del Derecho internacional que ya son recogidos por el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados de la CDI. Así las cosas, parecería que el artículo 7 del Documento de Montreux recoge e incorpora los contenidos de los artículo 4, 5 y 7 del Proyecto de la CDI. Por tanto aplicar el Documento de Montreux en este punto sería aplicar de manera indirecta el Proyecto de la Comisión de Derecho. Así mismo adjunta obligaciones adicionales a los Estados contratantes como son las obligaciones de vigilancia de las Empresas que son contratadas por él, la prohibición de delegar funciones que pertenecen de forma inherente a las competencias del Estado y controlar que se produce de manera efectiva un respeto por el derecho nacional e internacional requiriendo la supervisión de la formación de los empleados de los entes privados con respecto al derecho humanitario y los derechos humanos. El mismo texto reserva un apartado para la consideración del Personal de las EMSP derivando del mismo una serie de obligaciones que se centran principalmente en el respeto al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos.

Es el capítulo I de dicho Documento el que recoge las obligaciones específicas que se derivan de las actuaciones de las Empresas en lo que respecta a los Estados. Al igual que el Proyecto de Convención se hace una distinción entre los Estados contratantes, los territoriales (o de operaciones) y los de origen. En relación con los Estados contratantes sería de aplicación el artículo 7 de dicho Documento en el que se establece que la simple contratación de estas entidades privadas no conlleva por sí penalización jurídica internacional pero sí las actuaciones de las mismas que sean imputables al Estado y que supongan un violación del Derecho Internacional. Como afirmamos anteriormente, dicho artículo se ocupa básicamente de repetir las formas de atribución recogidas en el Proyecto de artículos de la Comisión.

- a) *Han sido incorporadas por el Estado a sus fuerzas armadas regulares, de conformidad con su legislación nacional.* Con esta disposición se hace referencia a los entes que

⁸⁵ Esta afirmación se encuentra recogida en la Introducción de la Primera parte del Documento de Montreux titulada “Obligaciones jurídicas internacionales pertinentes relativas a las empresas militares y de seguridad privadas”

⁸⁶ Según el Documento de Montreux los “Estados contratantes” son los Estados que contratan directamente los servicios de una EMSP, incluso, si procede, cuando esa empresa subcontrata sus servicios con otra EMSP; los “Estados territoriales” son los Estados en cuyo territorio operan las EMSP; y Los “Estados de origen” son los Estados cuya nacionalidad ostentan las EMSP, es decir, los Estados en los que están registradas las empresas; si el Estado en el que está registrada una EMSP no es en el que están ubicadas sus principales oficinas directivas, el “Estado de origen” será el Estado en el que se encuentren esas oficinas. Punto 9 del Prefacio del Documento de Motreux.

pasan a formar parte de la organización del Estado pasando a ser considerados como propio del mismo al igual que el artículo 4 del Proyecto de artículos.

- b) *Son miembros de fuerzas, unidades o grupos armados organizados bajo un mando que es responsable ante el Estado.* Los organismos que forman parte de un órgano del estado se subsumen en la estructura del Estado en su conjunto por lo que en una escala subordinada declara de nuevo el artículo 4 del Proyecto de Artículos.
- c) *Están habilitadas para ejercer prerrogativas de la autoridad pública si actúan en calidad de tal (es decir, si están autorizadas oficialmente por ley o por alguna otra norma a desempeñar funciones que normalmente están a cargo de los órganos del Estado).* Es evidente que este artículo expresa el contenido del ya mencionado y explicado artículo 5 del Proyecto de Artículos. En esta ocasión se expresa de forma más detallada la necesidad de una vinculación jurídica entre Empresa y Estado para poder ser atribuible el comportamiento que hace surgir la responsabilidad.
- d) *Actúan de hecho siguiendo instrucciones del Estado (es decir, si el Estado ha dado instrucciones específicas respecto de la conducta del agente privado) o siguiendo sus directrices o bajo su control (es decir, si el Estado ejerce realmente un control efectivo sobre la conducta del agente privado).* En esta ocasión se desarrolla el artículo 8 del Proyecto acerca del control por parte del Estado de la entidad en cuestión. Es necesario un control efectivo por lo que no excluyen los actos *ultra vires*.

El segundo de los textos es el Código Internacional de Conducta para los proveedores de Servicios de Seguridad Privada (ICoC)⁸⁷. Es un Documento promovido por el Gobierno Suizo y la fundación DCAF⁸⁸. Se trata de una iniciativa multilateral para la promoción de los principios básicos que deben regir las relaciones de estas empresas. No se trata de obligaciones legales en cuanto, este texto no es vinculante. Sin embargo recoge aquellas que ya existen a nivel supranacional en el derecho internacional y que ya crean obligaciones para la comunidad internacional. Su importancia reside en el reconocimiento por parte de los miembros signatarios de los principios que deben regir este tipo de entes y su actuación en el marco de las relaciones internacionales. De esta manera, las empresas firmantes⁸⁹ realizan un compromiso de actuación responsable. Este texto se encuentra dividido en dos partes siendo la primera la que recoge estas buenas prácticas mientras que la segunda queda reservada para la regulación de un mecanismo internacional encargado de velar y proteger el seguimiento de las mismas.

El último de los documentos esenciales en este punto es, qué duda cabe, el Proyecto de Convenio general elaborado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en relación a las Empresas Militares y de Seguridad Privada⁹⁰. Como su propio nombre indica se trata de un Proyecto encaminado a la regulación completa del actuar de las Empresas de Seguridad Privada y la atribución de sus consecuencias jurídicas a los Estados. Al igual que el Documento de

⁸⁷ La información sobre este Código puede consultarse en <http://www.icoc-pp.org/>

⁸⁸ Se trata del Centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, creado en octubre de 2000 por iniciativa conjunta del Departamento Federal de Defensa, Protección Civil y Deportes y del Departamento Federal de Relaciones Exteriores del Gobierno Suizo, y cuyas principales actividades se sitúan en la reforma y gobernanza del sector de la seguridad. Toda la información puede obtenerse en www.DCAF.ch

⁸⁹ A 1 de mayo de 2013, última fecha en la que hay datos consolidados, eran 630 las empresas firmantes del Código. Véase “The International Code of Conduct for Private Security Service Providers Signatory Companies”, http://www.icoc-pp.org/uploads/Signatory_Companies_-_May_2013_Composite_List_SHORT_VERSION.pdf. Fecha de consulta, 4 de junio de 2014.

⁹⁰ *Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos* elaborado por el Grupo de Trabajo de las UN en su periodo 15 de sesiones y adjuntado como anexo al informe anual A/HRC/15/25 de 5 de julio de 2010. A partir de ahora será el denominado Proyecto de convenio.

Montreux, el Proyecto de Convenio distingue entre los Estados contratantes, los Estados territoriales o de operaciones y los Estados de origen. El primer elemento de relevancia que surge con este documento es que trata de establecer una primera delimitación de las funciones inherentes al Estado y que por tanto no pueden ser delegadas en entes privados las cuales establece con base en el uso de la fuerza. Así mismo se hace una distinción conceptual entre estado contratante que será aquel que contrate las empresas incluso será contratante de las empresas subempleadas por la empresa principal. El Estado de origen refiere aquel en el que las Empresas están registradas y el Estado territorial será aquel en el que se realizan las actuaciones. Acerca de la atribución que hace este texto con relación a los Estados se hablará en epígrafes posteriores pero basta ahora mencionar que se centra con especial atención en la surgida por los Estados Contratantes mientras que el resto puede incurrir en violación de obligaciones de control esencialmente. Puede decirse que este documento es un compendio de las obligaciones exigibles a los Estados sin que queden determinados los modos de atribución de un comportamiento al Estado tal y como hace el Proyecto de Artículos.

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas presentó en su 15º periodo de sesiones un Proyecto de Convenio sobre las empresas militares y de Seguridad Privada que, en estos momentos, se encuentra a la espera de su examen por el Consejo de Derechos Humanos⁹¹. Se trata pues de un texto sin vinculación jurídica por el momento pero recoge de forma general las obligaciones de los Estados con respecto a estos entes privados. Este texto recoge una serie de mandatos para los Estados que deben cumplirse a través de medidas activas. En primer lugar debemos aclarar que dicho documento tal y como establece en su artículo 3.3 es de aplicación para situaciones tanto de conflicto armado como para aquellas que no se definan como tal. Por tanto las obligaciones derivadas de este Proyecto están vinculadas con situaciones derivadas o que pueden darse como consecuencia de un conflicto armado pero también aquellas que surgen sin vinculación alguna con algún conflicto de este tipo. Otra de las características esenciales de este documento es que se centra en las responsabilidades que pueden atribuirse al Estado, sin mencionar a las Empresas o a los empleados de las mismas. Así, se hace sujetos responsables tanto a los Estados origen, de operación y contratantes en los que están registradas, operan y los que contratan a las empresas respectivamente. Sin embargo de un modo indirecto provoca la responsabilidad de los entes privados en cuanto impone a los Estados obligaciones legislativas, administrativas o de otro tipo que aseguren la atribución de responsabilidades a las empresas y sus empleados por *“las violaciones de las normas aplicables del derecho nacional o internacional”*.

Las obligaciones que identifica el Proyecto de Convenio son, entre otras, las siguientes:

- Los procedimientos de contratación de EMSP, otras entidades jurídicas y personas físicas, y de subcontratación. Artículo 4.4.a
- Los procedimientos de expedición de licencias para la exportación e importación de personal y servicios militares y de seguridad; Artículo 4.4.b
- Controles eficaces de aduana y de otro tipo en relación con la exportación/importación y reexportación/reimportación de las armas de fuego usadas por las EMSP; Artículo 4.4.c
- Control de conformidad con el derecho internacional y de la legislación tanto de los Estados contratantes, como los de origen, de operación y de terceros que puedan quedar involucrados. Artículo 4.4.d
- Respeto de las normas internacional de los derechos humanos y de Derecho Internacional humanitario. Artículo 7
- Prohibición del uso de la fuerza. Artículo 8.
- Prohibición de la delegación y/o contratación externa de funciones inherentes al Estado. Artículo 9.
- Prohibición de la contratación del uso de ciertas armas. Artículo 10
- Prohibición de la adquisición, la posesión y el tráfico ilícito de armas. Artículo 11

Dadas las anteriores obligaciones podría considerarse que la esfera de protección de este documento es más amplia abarcando un mayor sector de acciones que derivan en responsabilidad por parte del Estado. De aprobarse, este documento sería la expresión de la responsabilidad total del Estado por las acciones que lleven a cabo las Empresas Privadas no sólo contratadas por él sino también aquellas que están registradas u operan en su territorio. La consideración de alguna de estas tres responsabilidades no precluye a la atribución de las otras por lo que pueden ser entendidas como responsabilidades concurrentes llegado el caso. Consideramos sin embargo, que la amplitud de este documento en cuanto implica tres tipos de empresas puede llevar a la situación de total utopía. Hemos mencionado con anterioridad que el crecimiento y extensión de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas es continuo y puede que llegue un momento en el que sea materialmente imposible que el Estado pueda controlar no sólo las empresas que contrata sino las que han sido registradas en su territorio o llevan a cabo sus operaciones en el mismo. Entendemos que el mayor responsable y por tanto el que mayor control debe ejercer es el Estado contratante mientras que los Estados de origen y de operaciones deberían ser responsables de forma complementaria cuando las acciones realizadas por la empresa sean de tal relevancia que el Estado debería haber ejercido actuaciones de control. Es decir, el Estado contratante debe ser responsable por todos los actos acarreados por las empresas que se encuentran bajo su autorización mientras que el Estado de origen tan sólo debería constatar que las empresas son fundadas y registradas de acuerdo a las normas internacionales y nacionales y la realización de formación de sus miembros en distintas materias (en partículas en los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario). Asimismo el Estado de operaciones debería supervisar que las acciones de tales empresas se encuentran dentro de los límites de la legislación nacional y el derecho internacional centrándose en especial en aquellas empresas destinadas a funciones de especial relevancia o cuyas consecuencias pudieran implicar una violación del derecho internacional. Consideramos que el Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas puede quedar reducido a nada si pretende abarca más de lo que, en realidad, puede gestionarse puesto que entonces la intensidad de las actuaciones en todas las materias sería menos que si redujera la cantidad e incidiera más en la especificaciones de los comportamientos y responsabilidades concretos. Sin embargo en los comentarios de los Estados al mismo, la mayoría se declaran conformes con el texto e incluso solicitan que se especifique en ciertos campos como la definición de las materias que deben ser inherentes al Estado o del concepto de víctima de las actuaciones de las EMSP que deban ser compensadas con el Fondo de Compensación. Sólo unos pocos consideran que existe en la actualidad un marco efectivo sobre la responsabilidad como puede ser el Documento de Montreux. Por el momento no ha habido una aplicación práctica de las normas recogidas en este Proyecto y es necesario aún algún tiempo para comprobar si en efecto dicho documento llega a ser vinculante y tiene efectos prácticos en la consideración de la responsabilidad del Estado.

5. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA ACCIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA

Con relación a la atribución de responsabilidad a los Estados con motivo de la actuación ilícita o con consecuencias ilícitas realizadas por la Empresas de Seguridad Privada existen en la actualidad tres corrientes doctrinales. Como acertadamente indica BALLESTEROS MOYA⁹² puede realizarse una prohibición total de la contratación o delegación de funciones en estas empresas, atribuir en su totalidad la responsabilidad del Estado o el opuesto, entender que no es

⁹² BALLESTEROS MOYA, V. “Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”. *Revista electrónica de Estudios internacionales*. 2013

posible la atribución al Estado de los actos cometidos por tales entes. Hemos acordado que no es posible la equiparación con los mercenarios, con lo que la prohibición del uso de estas entidades no tiene cabida en nuestro análisis. Por tanto, pasaremos a desarrollar tanto la segunda como la tercera de las posibilidades. Pivotaremos para ellos sobre los artículos 5, 7, 8 y 9 del Proyecto del Artículos sobre Responsabilidad de los Estado elaborado por la CDI. Así, sería atribuible la responsabilidad en la medida en que se considere a las empresas órganos del Estado, o, en su caso, individuos (los empleados) o entidades que actúan en ausencia de organismos públicos. Por ello creemos que es conveniente la diferenciación entre dos finalidades para la contratación. Los Estados pueden contratar este tipo de empresas bien para sustituir sus instituciones inexistentes o insatisfactorias por lo que no son capaces de dar respuesta a las necesidades de seguridad de sus ciudadanos. En el otro extremo se encuentran los Estados que sí disponen de instrumentos capaces de proveer seguridad pero que acuden a las Empresas Privadas en busca de una mayor eficiencia.

5.1 LA SITUACIÓN APLICABLE A LOS ESTADOS DÉBILES, FRÁGILES O FALLIDOS

Para poder dar una definición de estos tipos de Estados partiremos de la concepción de Estado dada por SCHNECKENER⁹³ quien considera que todo Estado debe cumplir las tres funciones básicas: seguridad, legitimidad y bienestar. Según esta consideración⁹⁴ podremos definir los Estados débiles como aquellos que pueden proporcionar seguridad pero carecen de alguna de las otras dos; los Estados frágiles por el contrario no pueden ofrecer protección pero poseen alguno de los otros dos elementos; y, por último los Estados fallidos son aquellos que carecen de los tres elementos básicos⁹⁵.

Los Estados débiles o fallidos tienen su principal origen en la descolonización⁹⁶. Refiere a los nuevos Estados de reciente creación o aquellos que vieron sus territorios desocupados de fuerzas de seguridad externas que complementaban su protección y las situaban en una posición de seguridad continuada. Tanto unos como otros se ven necesitados de nuevas fuentes de seguridad que les ofrezcan la protección que por sí mismos no son capaces de proporcionarse. Esto es debido a una insuficiencia de poder de las instituciones gubernamentales o, en el peor de los casos, a una inexistencia de las mismas. Las Empresas de Seguridad vieron en esta situación una oportunidad de mercado y comenzaron a ofrecer sus servicios en estos territorios necesitados de protección. Alguno de los Estados fallidos que podemos mencionar y que han tenido gran repercusión en el surgimiento y polémica de las EMSP son Irak, Afganistán o República Centroafricana. De hecho, África es un gran campo de negocio para estas empresas puesto que son numerosos los Estados fallidos o que se encuentran en desarrollo por lo que precisan de una protección extraordinaria que, a pesar del elevado coste de las Empresas de Seguridad, sigue siendo más rentable que crear y organizar un ejército propio. O, en el caso de ya disponer un cuerpo armado en el país, las empresas de seguridad son utilizadas como complemento a las acciones del ejército aunque en numerosas ocasiones llegan a llevar a cabo

⁹³ SCHNECKENER, U., "Fragile Statehood, Armed Non-State Actors and Security Governance" p. 23-40 en Bryden A., Caparini, M. (Edit.) *Private Actors and Security Governance*. DCAF, 2006.

⁹⁴ Distinción formulada sobre la base de la definición de los elementos del Estado dada por Schneckener tal y como fue construida por TORO, MP., Macía, A. "Las compañías militares y de seguridad privada en Estados fallidos: ¿una solución a la incapacidad estatal?" *Revista Opera*, núm. 12, 2012, pp. 205-219

⁹⁵ En lo que resta de documento nos referiremos a cualquiera de los tres tipos de Estado por igual aunque sólo nombremos uno o dos. En cualquier caso, siempre estaremos implícitamente aludiendo a todos por igual puesto que en su relación con las empresas de seguridad no hay diferencia esencial alguno. Cuando sea preciso se especificará que la afirmación dada sólo es posible en relación con el determinado tipo de Estado.

⁹⁶ MONTENEGRO M.C. ¿Hacia estados fallidos?: haití, bolivia, ecuador, casos testigos de una crisis generalizada en América Latina. <http://www.harrymagazine.com/200505/fallidos.htm>

las actuaciones principales; y como medio de entrenamiento de los miembros del cuerpo militar propio del Estado.

A lo anterior se une la pérdida de interés por parte de los Estados más desarrollados que operan en los débiles en cuanto no ven implicados intereses directos. Los Estados Occidentales en ocasiones deciden implicarse en la participación de conflictos internos ofreciendo protección a los Gobiernos en quiebra cuando intereses del Estado en cuestión se ven envueltos. Sin embargo existe una política de “fallecimientos cero” que siguen los Estados en relación con las causas que no implican un interés propio. Es por ello -y por la falta de aprobación pública- por lo que son reacios a destinar unidades militares al servicio de Estados débiles. Cuando en estos Estados denominados débiles existe una carencia de instituciones o gobierno capaz de mantener un control sobre la ciudadanía y los grupos surge también la preocupación de las Organizaciones internacionales, especialmente aquellas dedicadas a labores humanitarias que inician una participación directa con el objetivo de proteger a la población de ataques humanitarios. En tanto en cuanto dichas Organizaciones no suelen, por lo general, disponer de un órgano propio que proporcione tal protección, recurren al igual que los Estados a estas Empresas de Seguridad. Esta situación tiene lugar especialmente con el surgimiento durante las crisis gubernamentales de los Estados de grupos armados, insurrectos y terroristas que aprovechan el posible caos en el territorio para imponer su fuerza.

Uno de los problemas que plantea la utilización de las EMSP en este tipo de Estados es que pueden llegar a incrementar la inestabilidad del Estado. Sin embargo suponen una posibilidad muy ventajosa en términos de costes puesto que es mucho más beneficioso contratar el servicio sólo cuando es necesario que mantener un organismo permanente aún en tiempo de paz. La repercusión que tiene la contratación de estas empresas en la opinión pública sobre las instituciones es también relevante puesto que la población empieza a desconfiar de los organismos en cuanto no son capaces de asegurar una cierta protección a su ciudadanía. Sin embargo, el mayor problema que surge con relación a las empresas en estos Estados es el control que tienen sobre las mismas. Se trata de territorios en los que el poder del Estado no está plenamente integrado y legitimado por lo que la rendición de cuentas por parte de los actores públicos es prácticamente inexistente. No debemos olvidar que en las empresas privadas de seguridad, hay una búsqueda de beneficio que habitualmente va más allá de la preservación de la seguridad del ciudadano. Esto puede dar lugar a la realización de acciones que no tienen en cuenta la protección de la población sino el logro de cierto lucro.

Centrándonos en la atribución de responsabilidad del Estado podemos ver claramente que este supuesto encajaría perfectamente con la situación abordada por el artículo 9 del Proyecto el cuál abarca la responsabilidad del Estado por la actuación de entidades en ausencia o defecto de los mecanismos públicos que debieran actuar en tal caso. En cuanto hemos determinado que en los Estados fallidos o bien no existen mecanismos o no son capaces de actuar, las empresas suplen esta inexistencia o ineficacia con su propia labor cuyas consecuencias serán de aplicación al Estado en cuestión. Partimos de la base que el artículo nueve se concibe como dirigido a la actuación de particulares en este tipo de situaciones. Así, en los Comentarios a este artículo se configura como el derecho de los individuos a protegerse en ausencia de fuerzas regulares. Como se recoge en el comentario al artículo, estamos ante supuestos excepcionales que surgen, por ejemplo, en “de revolución, conflicto armado u ocupación por fuerzas extranjeras, cuando la autoridad legítima se disuelve, se desagrega, ha sido aniquilada o es por el momento inoperante. Teniendo en cuenta esta concepción, no tendrían cabida las EMSP puesto que no se trataría de una intervención por iniciativa propia,

sino por contratación⁹⁷. Analicemos detalladamente las tres condiciones necesarias que se han de dar para la aplicación de este artículo⁹⁸.

- *Comportamiento relacionado con el ejercicio de atribuciones propias del poder público.* Como ya hemos señalado las empresas de seguridad privada frecuentemente llevan a cabo labores pertenecientes a la competencia de los poderes públicos. De hecho, el debate, como se ha explicado surge especialmente en este ámbito. Por tanto este requisito quedaría cubierto. GUTIÉRREZ ESPADA incide en la posibilidad de que estas entidades no posean autorización de la autoridad competente⁹⁹. En modo negativo, debemos considerar que la autorización por parte del Estado a estas entidades es posible con lo que la contratación de las EMSP podría estar dentro de este artículo situándose en los supuestos en los que de manera positiva existe una autorización por parte del Gobierno.
- *Ausencia o defecto de autoridades.* Algunos autores como Gutiérrez Espada hacen referencia al mismo como “situación de caos y desorden”. En los Estados fallidos existe este tipo de situaciones en cuanto no hay una organización efectiva y eficiente dentro del Estado. Uno de los supuesto que la doctrina entiende como situación de caos es aquella consecuencia de la desocupación por fuerzas extranjeras que, como ya hemos señalado es una de las causas de origen de este tipo de Estados. No exige que las autoridades no existan o haya huido sino que es suficiente con que no sean capaces de actuar. Dentro de los Estados fallidos existen aquellos que carecen de un cuerpo militar y aquellos otros que aun teniéndolo no poseen la capacidad suficiente para funcionar por sí solos. Tanto en una como en otra situación nos encontraríamos ante un supuesto de caos dentro del Estado donde las autoridades oficiales, en el caso de que existan no pueden mantener el orden. Entran entonces en juego las EMSP como medio de sustitución de esta ineficacia.
- *Circunstancias justificantes.* Se exige que entre la situación reinante en el Estado y la consecuente actuación de dichas entidades exista un nexo causal. La situación de caos es el justificante para el actuar de estas entidades. Las EMSP son contratadas con el fin de instaurar el orden en el Estado.

Dicho lo anterior, podemos entender que los requisitos exigidos por el artículo son cumplidos en el caso de los Estado fallidos. Precisamos ahora de justificar la inclusión de las Empresas como sujetos activos de este artículo. Como ya hemos dicho en el mismo se hace referencia a “una persona” o “grupo de personas” que actúan en ausencia de los órganos del Estado. Existen dos posibles justificaciones que podrían sustentar la inclusión de las EMSP en este artículo. En primer lugar, podría interpretarse que hace referencia tanto a la persona como ente físico como aquella constituida legalmente. Con ello las EMSP en cuando entes legales con personalidad jurídica quedarían involucrados en esta referencia. Debemos considerar que el Profesor Crawford en sus comentarios al Proyecto de Artículos en 1999 aludía a las personas

⁹⁷ Párrafos 4 y 6 de los Comentarios al Artículo 9 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado. *Doc. A/56/10*

⁹⁸ Condiciones proporcionadas por el párrafo 3 del Comentario al Artículo 9 del Proyecto de Artículos según el cual “el artículo 9 se establecen tres condiciones para que el comportamiento sea atribuible al Estado: en primer lugar, el comportamiento debe estar relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público; en segundo lugar, el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales; y en tercer lugar, las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones.”

⁹⁹ *Vid.* GUTIERREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, S.L. Madrid, 2005.

como “*entidades*” las cuáles abarcan tanto personas físicas como jurídicas¹⁰⁰. La misma Comisión reconoce que este artículo es una excepción a la exclusión de responsabilidad del Estado por el actuar de entidades privadas. Nuevamente la terminología utilizada para la descripción de este artículo lleva a la consideración de la posible inclusión de estas entidades en el mismo puesto que no queda limitada a la persona física.

La segunda de las menciones del artículo alude a un grupo de personas. Entendemos por ello la asociación de distintos individuos para la consecución de un objetivo común como puede ser la instauración de orden. Sobre esta situación se pronunció el Tribunal en el Asunto *Yeager*¹⁰¹ en relación con el grupo “los guardianes de la revolución” que se hicieron cargo de las labores de control en el aeropuerto de Teherán tras la irrupción de la revolución islámica. En este caso el Tribunal consideró que las acciones eran imputables al Estado aun no habiendo sido el grupo autorizado para las mismas. En este caso se trataba de un grupo no perteneciente a la estructura interna del Estado y, aunque el mismo puede ser abordado esencialmente en el marco del artículo 8 y no del 9 podemos ver que no se excluye la responsabilidad del Estado por el actuar de grupos que asumen competencias del poder público en estas circunstancias especiales. Las EMSP como conjunto de personas podría llegar a equipararse a el grupo de personas aludido por el artículo nueve que ejercen funciones de poder público en circunstancias ciertas que lo justifican que, en este caso son autorizadas por el ente gubernamental del momento.

Por tanto, bien como entidades legales, personas con entidad legal diferenciada, o consideradas como un grupo de personas, las EMSP podrían en situaciones en las que llevan a cabo funciones del poder público en las cuales las circunstancias de caos son justificativas de su actuar podrían subsumirse en los supuestos del artículo 9 del Proyecto surgiendo la responsabilidad del Estado por los hechos que las mismas cometan en relación a estos supuestos.

5.2 SITUACIÓN APLICABLE A LOS ESTADOS EFICIENTES

Con esta denominación nos referimos a los Estados que sí cuentan con un organismo militar propio capaz de prestar servicios de seguridad al Estado. La razón de que estos Estados recurran a empresas de seguridad la encontramos tras el fin de la Guerra Fría cuando los Estados entre otras medidas, llegan al acuerdo de la reducción de los ejércitos como medio para la representación de la lucha por la Paz. Así los efectivos militares fueron decreciendo con el paso de los años. Tomando como base los informes del Stockholm International Peace Research Institute¹⁰² podemos ver las siguientes líneas de gasto de acuerdo al porcentaje otorgado con respecto al Producto Interior Bruto. Como primer ejemplo a nivel internacional podemos ver que Estados Unidos pasaba de un 5.7 en 1988 a 3.0 (2000) y 4.4 (2012)¹⁰³. En el caso de Italia en los mismos años el gasto ha sido de 1.9, 2 y 1.7.; Alemania, 1.7, 1.5 y 1.4; España 1.5, 1.2 y 0.8.; como ejemplo último Francia dedicaba en esos mismos periodos 3.3, 2.5 y 2.3 por ciento del Producto Interior Bruto. Como es apreciable se realiza una reducción considerable del gasto en lo militar. De hecho algunos Estados continúan en esa senda; así Estados Unidos ha anunciado su deseo de continuar con la reducción del ejército llegando a niveles de antes de la

¹⁰⁰ CRAWFORD, J. *Revising the Draft...Cit.*. El texto original en referencia al antiguo artículo 8 es “*It deals with the special case of entities performing governmental functions on the territory of a state in circumstances of governmental collapse or vacuum.*”

¹⁰¹ *Asunto Yeager* Estados Unidos c. República Islámica del Irán. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.

¹⁰² *SIPRI Military Expenditure Database*. Stockholm International Peace Research Institute. De acuerdo a los términos y condiciones de este instituto no se ha utilizado en el presente documento más de un 10% de la información proporcionada siendo en todo momento debidamente citada. http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_database

¹⁰³ El aumento a partir de 2000 se debe en gran medida a la Guerra con Irak que supuso un aumento del gasto en este tipo de servicios.

Segunda Guerra Mundial justificado en el gasto que supone, las presiones de la opinión pública y el reclamo de las familias de los militares¹⁰⁴. Según el presidente Barack Obama hoy en día se apuesta por la diplomacia como medio de resolución de las disputas y es por ello que problemas actuales como la adquisición de parte del territorio Ucraniano por parte de Rusia se encauzan por medios que no suponen el uso de la violencia¹⁰⁵. Podríamos pensar entonces que los Estados cumplen sus obligaciones de Paz pero si tenemos en cuenta que por otro lado son más activos a la hora de contratar personal de seguridad de empresas privadas podríamos llegar a la conclusión de que, aunque encubiertamente, los Estados se aprovisionan de igual manera de seguridad aunque no sea vinculada a la estructura administrativa del Estado.

Existe una segunda causa que contribuye a la necesidad de contratación de las empresas de Seguridad. Como bien es sabido uno de los principales objetivos de la ONU es el mantenimiento de la paz¹⁰⁶. Para ello se llevan a cabo las distintas operaciones de paz. El artículo 17 de la Carta de las Naciones Unidas dispone la obligación de los Estados miembro de contribuir con su parte legal en la financiación de estas operaciones. Con el fin de contribuir con estas misiones los Estados ponen al servicio de esta organización cierto número de efectivos derivados de las empresas de seguridad puesto que no les supone la apertura de un debate público sobre el uso de los militares en acciones que no incumben el interés directo del Estado. Debe tenerse en cuenta que existen dos intereses en estas situaciones, por un lado la del Estado que puede no estar involucrado en el caso en cuestión pero que debe participar puesto que al estar envuelto el interés de la organización de la que es miembro se ve inevitablemente implicado debido a su obligación para con la entidad internacional. En relación a la opinión pública y su relevancia hablaremos a continuación.

Los poderes estatales prefieren acudir en ocasiones a estas empresas principalmente por dos razones. En primer lugar para ciertas operaciones los Estados no cuentan con la aprobación parlamentaria o de la opinión pública. Es sabido que, prácticamente en todas las ocasiones, los intereses del Estado se ven mediatizados por la opinión pública. Existen medidas que no son del todo apoyadas por los ciudadanos o sobre las que se ha abierto un debate público que pone en tela de juicio la participación estatal. Es entonces cuando los Estados deciden actuar por medio de la contratación de Empresas que lleven a cabo estas labores puesto que, de este modo, aunque la acción proviene indirectamente del estado, se lleva a cabo de una forma “encubierta” que elimina en buena medida la polémica y sigue posibilitando su contribución.

Como segundo justificante se encuentra el ahorro¹⁰⁷. La sustitución de las fuerzas militares estatales por EMSP supone un ahorro evidente para los Estados. En primer lugar en

¹⁰⁴ Informaciones recientes señalan que el Pentágono ha confirmado que el número de soldados del Ejército va a pasar de los 520.000 actuales a 450.000-440.000, aunque Hagel –el Secretario de Defensa norteamericano- ha anunciado este lunes que “ese nivel será aún más bajo y podría reducirse adicionalmente hasta los 420.000 militares si se vuelven a ejecutar recortes presupuestarios en 2016 para contener el déficit” (*El País*, 24 de febrero de 2014. Como se recoge en esa misma fuente, el pico más alto del Ejército se alcanzó en 2010 con 566.000 efectivos.

¹⁰⁵ Declaraciones realizadas por el Presidente Barack Obama en el acto de graduación celebrado en la Academia Militar West Point. Información extraída de la “Diplomacia y Cooperación, nueva política exterior de Barack Obama” *Abc Internacional*. Publicado 28 de Mayo de 2014. <http://www.abc.es/videos-internacional/20140528/diplomacia-cooperacion-nueva-politica-3593298596001.html> Última consulta 16 de Junio de 2014.

¹⁰⁶ La relación entre las Naciones Unidas y las EMSP es abordada por MARTIN, S. *Las naciones unidas y las compañías de seguridad privadas: su responsabilidad en los conflictos*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto. <http://www.rebellion.org/>

¹⁰⁷ En similares términos se expresa Laborie Iglesias LABORIE IGLESIAS, M. “La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual.” *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Ministerio de Defensa. España, 2013. Así mismo se puede extraer información sobre las ventajas que aportan las Empresas de Seguridad Privada a través de “EMSP. Empresas Militares y de Seguridad privada” Portal de Seguridad privada disponible en el siguiente enlace: <http://www.sspp.es/emsp-empresas-militares-y-de-seguridad-privada/>

relación con las prestaciones médicas y sociales que dejan de soportar¹⁰⁸. Esto ya supone un coste adicional que no se considera en la empresa privado puesto que es cliente no el responsable de las fatalidades que sufran los empleados de la empresa sino que es ésta, en base a su propio estatuto y a la legislación que rija su domicilio legal, la que, en su caso, asuma estos gastos adicionales. Además debe tenerse en cuenta el coste que supone la adquisición de material y equipamiento. Más aún, debido a la competitividad del sector privado, los Estados pueden acceder a un equipo más actualizado y moderno que el que serían capaces de adquirir por sí mismos. Por último no debemos olvidar que la contratación de las empresas privadas se otorga por un tiempo limitado mientras que el ejército militar tiene una consideración permanente y aún en tiempo de paz cuando no es de excesiva utilidad es necesario seguir manteniéndolo lo que supone un continuo gasto para el Estado en cuestión.

Mención especial requiere la globalización y la internacionalización del comercio¹⁰⁹. En la creación de un mercado global libre los Estados han visto en la privatización un medio propicio para alcanzar los objetivos globales. Las entidades de base privada en cuanto buscan un mayor beneficio son más eficientes que las públicas por lo que los Estados han dejado en manos de aquellas las funciones y sectores que pertenecían a estas con el objetivo de buscar una mayor competitividad y eficiencia en el mercado global¹¹⁰. El incremento en el desarrollo de las tecnologías, su aplicación y la creación de nuevos sistemas de combate, aumenta la necesidad de estas sociedades civiles evitando así el gasto que las investigaciones de este tipo suponen¹¹¹. Sin embargo esta delegación en manos privadas de los asuntos del Estado no puede impedir la atribución de responsabilidades al Estado contratista. No debemos olvidar en ningún momento que dicha delegación en la mayoría de los casos refiere a funciones eminentemente estatales que derivan en consecuencias internacional vinculadas en estrecha relación con manifestaciones del poder del Estado en cuestión y que, por tanto debe seguir el nexo entre empresa y Estado para poder hacer responsable a este último.

Con respecto a estos Estados denominados eficientes, debe considerarse de aplicación el artículo 5 del Proyecto de artículo en el que se extiende la responsabilidad del Estado a los órganos que no siendo propios de su estructura organizativa se consideran “asimilados” Es posible la consideración asimismo del artículo 8 para los supuesto de dirección y control de los órganos por parte del Estado. Sin embargo con este supuesto podrían encontrarse graves dificultades de prueba pudiendo el Estado ampararse en el ausencia de control en la táctica o acción específica. Como es sabido, las EMSP son contratadas con un objetivo dejando en la mayoría de las ocasiones la organización y formación de los medios y mecanismos a seguir para lograr ese objetivo en manos de los entes privados. El Estado se encarga tan sólo de regular las relaciones entre ambos dejando libertad de actuación a la empresa. Es por ello que consideramos más apropiada la selección del artículo 5 en el que se hace referencia a los

¹⁰⁸ Pensemos simplemente en las condecoraciones, remuneraciones y compensación a los militares que se ven afectados por las consecuencias que acarrea participar en conflictos armados. Pensemos por ejemplo en las indemnizaciones que reciben las viudas/os o huérfanos cuando el cónyuge o el progenitor fallece como consecuencia de una acción militar organizada por el Estado.

¹⁰⁹ En relación con la Globalización como causa del auge de estas empresas, se pronuncia también Laborie en LABORIE IGLESIAS, M. “La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares privadas.” *Boletín de información* N. 306,2008

¹¹⁰ La globalización como causa del crecimiento de las Empresas de Seguridad Privada y la supuesta eficiencia que de ella deriva no puede ser considerada a nuestro entender como justificante absoluto para la utilización de este tipo de entidades privadas.

¹¹¹ Como manifestara el Secretario de Defensa Hagel, “la modernización del Ejército norteamericano pasa necesariamente por destinar más recursos al desarrollo de ‘drones’ –los aviones no tripulados-, a la ciberdefensa y a nuevas tecnologías que permitan mantener la hegemonía en el campo militar frente a países como China y su emergente militarismo... Las recomendaciones del plan presupuestario para 2015 y los años siguientes “respaldan unas fuerzas armadas más pequeñas y mejor preparadas -dando prioridad a plataformas rápidamente desplegables e independientes que pueden derrotar a adversarios más avanzados tecnológicamente” (*El País*, 24 de febrero de 2014).

supuestos de actuación en base a prerrogativas públicas. Dicho artículo¹¹² aborda la situación en la que un ente que no es considerado como órgano del Estado ejerce funciones derivadas de prerrogativas públicas. La mayoría de la doctrina se decanta por esta opción incluyendo en la misma la situación de los Estados fallidos. En efecto también es posible que el comportamiento de las Empresas privadas pueda ser subsumible en el mencionado artículo tanto para el caso de los Estados fallidos como para los eficientes. Los requisitos exigidos en este artículo son esencialmente dos:

- *Facultada para ejercer funciones.* La empresa en cuestión ha debido de ser facultada por el Estado y capacitada para el desempeño de las funciones que le han sido atribuidas. No es vinculante si la el Estado tiene participación directa en la empresa, o si la atribución de funciones ha sido formal o no. Lo relevante es que se dé, de hecho, esta atribución aunque sea de manera tácita. La duración o el contexto de actuación de estas entidades carece igualmente de relevancia. El Relator CRAWFORD en sus comentarios al artículo explicó que este artículo se diferenciaba del artículo 8 en cuanto se exige un vínculo de *iure*. Es decir, la autorización de la empresa por el Estado debe realizarse *conforme a Derecho del Estado*. Siguiendo esta línea BALLESTEROS MOYA desarrolla que existiendo esta autorización ya sea con intervención del legislativo o sin ella, por la cual se encomienda una función de carácter público, no sería preciso acudir al artículo 8 del Proyecto¹¹³. No olvidemos que, en ocasiones, el actuar de estas empresas es organizado de una manera sutil en especial cuando llevaran a cabo tareas de riesgo social por lo que los Estados evitan la contratación por cauces que puedan resultar demasiado llamativos para la generalidad de la población. Es por ello que si tan sólo circunscribimos este artículo a las relaciones que se llevan a cabo de una manera formal, legal y por algún medio que sea tangible, estaríamos reduciendo el mismo a sus mínimos siendo muy complicado poder establecer la responsabilidad del Estado.
- *Atribuciones de carácter público.* Las funciones para las que se destina la empresa deben estar revestidas de un especial carácter público. El ejercicio de estas actuaciones es propio del Estado y sus mecanismos pero se produce una suerte de delegación a favor de las empresas privadas. La CDI reconoce que la extensión y contenido de este sector de funciones consideradas propias del Estado será definido por cada nación y sociedad en la que se desarrolle¹¹⁴. Debería, sin embargo, existir un mínimo elemental reservado con exclusividad al Estado que no pudiera delegarse y en la que la intervención del sector privado no tuviera cabida. En los últimos años estamos viendo una continúa delegación de funciones que hasta ahora se consideraban exclusivamente pública. Los entes privados participan cada vez más y de manera más intensa en sectores que son esencialmente públicos. De ahí que se haya generado un debate doctrinal acerca de la definición y delimitación de lo que debe considerarse estrictamente público reservado a los poderes públicos. De cualquier forma, debería entenderse que existe una presunción *iuris tantum* acerca de la calificación de las funciones delegadas por el Estado como atribuciones de carácter público. El Proyecto de artículos no soporta de forma explícita esta presunción pero si cabe el razonamiento lógico que en cuanto el Estado es un ente público encargado de llevar a cabo funciones de carácter público, las delegaciones que realice sobre las mismas serán así mismo atribuciones de carácter público. Será en Estado en su caso, el que llegue a probar que las actuaciones no deben subsumirse en dichas atribuciones.

¹¹² Artículo 5 del Proyecto de Artículos de la CDI Doc. A/56/10

¹¹³ BALLESTEROS MOYA, V. *Las empresas militares...cit.*

¹¹⁴ Párrafo 6 del Comentario al artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado. Doc. A/56/10

A diferencia del artículo 8 no es necesaria la prueba de la existencia de un control efectivo sobre las actuaciones de la Empresa en cuestión. El mero vínculo entre ambos entes, privado y gubernamental hace surgir la responsabilidad del Estado por las consecuencias jurídicas que puedan acarrear las actuaciones de la empresa. Sin embargo como la CDI reconoce en sus comentarios al artículo, se trata de una categoría restringida en cuanto la atribución de las funciones no puede otorgarse de una manera general, sino que se ha de especificar y concertar de un modo más detallado la relación de funciones a desempeñar por la empresa.

Sin embargo, el mismo artículo añade un requisito más que no debe ser pasado por alto. El artículo 5 establece que la consideración de estas entidades como órganos asimilados que ejercen funciones de carácter público hará derivar la responsabilidad del Estado cuando “*la persona o entidad actúe en esa capacidad*”. Este matiz refiere al resto de actividades que la empresa como ente privado puede ejercer sin que tengan relación con aquellas expresamente contratadas por el Estado. Como GUTIÉRREZ ESPADA afirma en su texto, “sólo los comportamientos de una que se correspondan con la función pública prevista son imputables al Estado, esto es, sólo los hechos que la misma lleve a cabo “en su calidad de tal” y no comportamientos privados o comerciales¹¹⁵” Este matiz no debe confundirse con la extralimitación por parte de la empresa. El artículo 7 del mismo Proyecto se encarga de delimitar esta diferencia. Así, establece que “el comportamiento de [...] una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su comportamiento o contravenga sus instrucciones”. Son los denominados actos *ultra vires* que son también atribuibles al Estado dentro de esta categoría. Por tanto, la responsabilidad del Estado en relación con las empresas privadas en base al artículo 5 del Proyecto no queda limitada aquellas acciones específicas para las que es contratada la empresa en cuestión sino que podría extenderse a aquellas actuaciones que la misma realiza en calidad de entidad facultada aun cuando no se encuentra dentro del sector de materias para las que fue designada e, incluso, cuando contraviene las delimitaciones impuestas por el estado en su actuar.

Teniendo en cuenta estas provisiones, el Estado podría llevar a cabo un mayor y más efectivo control de las empresas que actúan bajo su responsabilidad en cuanto esto puede generarle consecuencias jurídicas a nivel internacional. Por tanto, puede verse como un efectivo medio de promoción de las actividades de control por parte de los Gobiernos con respecto a estos entes.

5.3 OTRAS CONSIDERACIONES CON RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN. LA ATRIBUCIÓN COMO EMPLADOS.

Algunos autores evitan la problemática de distinción entre mercenarios y empresas de seguridad privada. Así, consideran la atribución del Estado en referencia a los empleados de dichas empresas como individuos particulares, sin conexión con el ente legal. Es decir, centra la atribución individual dejando a un lado el ente legal que vincula a los mismos con el comportamiento en cuestión. Para ellos aplica el artículo 8 que ya ha sido mencionado con anterioridad en el que es necesario un control por parte del Estado sobre dichos individuos. Consideramos que esta atribución aun tiene mayores complicaciones de aplicación que la desarrolla anteriormente con relación a las entidades legales puesto que los individuos son empleados de estas empresas y no de los Estados. En tanto en cuanto, los individuos actúan en base a las direcciones dadas por la empresa que los contrató, el Estado podría eludir sus responsabilidades alegando que no ejercen control alguno sobre estos individuos.

Sin embargo las justificaciones a esta alegación vienen dadas por la vinculación de la Empresa al Estado. Es decir existe un vínculo indirecto entre los individuos y el estado puesto

¹¹⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito...cit.*

que estos pertenecen a la Empresa contratada por el Estado. Por tanto los empleados reciben las órdenes sobre actuaciones que han sido contratadas por el Estado, sobre las que sí tiene un control. Aún así entendemos que la prueba de la relación es cuando menos complicada ya que el Estado crea unas direcciones generales siendo en efecto la Empresa la que concreta y específica los mandatos para las actuaciones concretas. Más aún, para este supuesto creemos que no resulta de aplicación el artículo 7 del Proyecto acerca de los comportamientos extralimitados o que contravienen instrucciones. Por tanto la esfera de aplicación del artículo 8 a estos supuestos se vería aun más limitado.

6. CONCLUSIONES

- I. La responsabilidad del Estado emana como consecuencia de la actuación contraria a las normas del Derecho internacional. Esta responsabilidad se asienta sobre una consideración puramente objetiva, conduciendo hacia una responsabilidad estricta que no precisa de culpa o dolo. Sin embargo para que pueda surgir responsabilidad es necesario además de una violación de una obligación internacional, es necesario que la misma sea atribuible al Estado.
- II. El mayor avance jurídico en este campo viene de la mano de la Comisión de Derecho Internacional y su Proyecto de artículo sobre el que trabaja desde 1949 y que está pendiente de adopción para poder ser vinculante para los Estados. Una vez comprobada la existencia de una violación de una obligación internacional, es necesario el análisis de la atribución. Para ello, la CDI identifica en su Proyecto una serie de criterios de atribución. De esta forma, el proyecto abarca el comportamiento de los órganos del Estado tanto aquellos *de iure*, como los considerados órganos *de facto* (artículo 4); de los órganos puestos a disposición del Estado (artículo 6); de los órganos bajo la dirección y control del Estado (artículo 8); y la responsabilidad en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales (artículo 9). Además es necesario destacar la consideración de los actos *ultra vires*, aquellos actos que van más allá de las competencias de los órganos y que igualmente hacen responsable al Estado (artículo 7).
- III. Las Empresas Militares o de Seguridad Privada, EMSP, se han convertido en uno de los principales instrumentos en la política exterior de los Estados. Se trata de entidades privadas que llevan a cabo funciones de seguridad contratadas por los Estados. Se suscitan ciertas críticas con respecto a estos entes debido a la excesiva cesión de competencias que hasta ahora pertenecían esencialmente a la esfera pública. Asimismo, surgen problemas con respecto al control de los requerimientos exigidos a los empleados puesto que las principales actuaciones de estas empresas se producen en situaciones de conflicto donde los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario deben ser conocidos y respetado.
- IV. El primero de los problemas que plantean estos entes es en relación con su similitud con los Mercenarios. Estos últimos se encuentran prohibidos desde la aprobación en 1989 del *Convenio Internacional sobre el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios*. Entendemos que por una cuestión de seguridad jurídica es necesario definir y distinguir ambas figuras y crear una normativa acorde con la nueva realidad existente y la plena utilización por parte de los Estados de las EMSP. Partiendo de la escasa conceptualización de estas empresas, entendemos que, Mercenarios y EMSP, pueden distinguirse sobre la base de los siguientes elementos: individualidad, temporalidad, estructura y clandestinidad. Así, las EMSP son entidades privadas contratadas por los Estados que posee una estructura organizativa permanente actuando de una forma abierta en el mercado de Seguridad.

- V. En la actualidad no existe textos legales a nivel internacional que puedan considerarse vinculantes con respecto a la responsabilidad del Estado por las acciones cometidas por las Empresas Militares y de Seguridad Privada. Es por ello que consideramos como unos de los objetivos claves la redacción de un texto que vincule de manera jurídica y efectiva el actuar de estas empresas y los agentes que están relacionados con dicha actuación. Disponemos sin embargo de textos que reúnen ciertos criterios y principios que pueden servir de referencia. Entre ellos se encuentra el denominado Documento de Montreux, el Código internacional de Conducta y el Proyecto de Convenio sobre las empresas militares y de seguridad privada (EMSP) y, de un modo indirecto, el Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados. Estos primeros textos hacen distinción entre los Estados que contratan las EMSP, aquellos que permiten su registro y aquellos en cuyo territorio operan las mismas. Para cada uno de ellos se exigen unas obligaciones distintas de las cuales derivarán responsabilidades diferentes.
- VI. Tras el análisis de los anteriores textos, concluimos que las mayores aproximaciones jurídicas sobre la atribución de responsabilidad de los Estados en relación con las EMSP vienen dadas por los artículos del Proyecto de la CDI. Para su aplicación resulta esencial la diferenciación entre los considerados Estados débiles, frágiles o fallidos, y aquellos entendidos como eficientes.
- VII. Los Estados débiles, frágiles o fallidos son aquellos que carecen de alguna de las funciones básicas del Estado y que por tanto no son capaces de proporcionar seguridad a sus ciudadanos. En cuanto en los mismos existe una carencia o defecto de los mecanismos públicos, el artículo 9 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados serviría de referencia para estas situaciones. Así, la actuación de las EMSP sería considerada suficiente para hacer surgir la responsabilidad del Estado cuando se cumplen los tres requisitos exigidos por el artículo que son la relación del comportamiento con el ejercicio de atribuciones públicas, la ausencia o defecto de autoridades y la existencia de circunstancias justificantes.
- VIII. Por su parte, los Estados eficientes son aquellos que acuden a las EMSP en busca de una mayor eficiencia reduciendo el coste que supone mantener un ejército permanente y tratando de evitar polémicas públicas con las decisiones de actuación en diferentes situaciones que pueden suscitar las críticas de la opinión pública. En esta ocasión tanto el artículo 5 como el artículo 8 podrían ser de referencia. Sin embargo entendemos que el primero entrañaría menos dificultades de prueba y encaja de manera más adecuada en las situaciones anteriormente descritas. Además, este artículo, a diferencia del 8 abarcaría la responsabilidad emana también de los actos *ultra vires*. El artículo 5 exige que la empresa haya sido facultada para las funciones y que estas estén revestidas de un especial carácter público.
- IX. Es necesaria una codificación entre los Estados que determine exactamente en dónde debe recaer la responsabilidad puesto que en la actualidad existen numerosos debates doctrinales acerca de la atribución de la responsabilidad por las infracciones cometidas. Una vez que el debate se centre en un único sujeto podrán desarrollarse las medidas en encaminadas a la aplicación e consecuencias jurídicas. Sin embargo en la actualidad la atribución transita de un sujeto a otro sin que se pueda dar como resultado una certeza sobre los supuestos. Así los individuos atribuyen la responsabilidad a las empresas, estas a los Estados y los últimos buscan cualquier medio que les aparte de las actuaciones escudándose en cualquier elemento que les desvincule de algún modo. Todo ello contribuye a que no exista en la actualidad una aplicación práctica de ninguna de las provisiones mencionadas con anterioridad. Por tanto se crea un contexto de inseguridad jurídica en el plano internacional que provoca la inmunidad de los Estados por las acciones cometidas a través de las Empresas de Seguridad Privada contratadas para tal fin.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA, J. "Blackwater: los mercenarios y el derecho internacional". *Fride*. Comentario. Septiembre, 2007
- ALDECO LUZÁRRAGA, F. (coord.) *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa. España, 2010.
- BALLESTEROS MOYA, V. *Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del estado*. Revista electrónica de Estudios internacionales. 2013
- BROWN, S. *Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies*. International Law and International Relations, La Fundación José Ortega y Gasset. MSc, European Politics and Governance, The London School of Economics. 2009.
- BRYDEN, A. y CAPARINI, M (dir.) *Private Actors and Security Governance*. Editores: LIT & DCAF. 2006
- CAMERON, L. Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation. *International Review of the Red Cross*. Volumen 88, número 863. Septiembre 2006.
- CASTELLANOS, J. "Las emppresas de Seguridad Privada y las amenazas a las seguridad". *Resdal*. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. 2003
- CRAWFORD, J. PELLET, A. OLLESON, S. *The Law of International Responsibility*. Oxford Commentaries On International Law. Oxford University Press. New York, 2010.
- CRAWFORD, J. *Revising the Draft of Articles on State Responsibility*. EJIL 1999.
- GEISS, R., "La violencia armada en Estados frágiles: conflictos de baja intensidad, conflictos indirectos y operaciones esporádicas de aplicación de la ley por parte de terceros." *International Review of the Red Cross*. Marzo de 2009. Número 873
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. "Las empresas privadas de seguridad ¿mercenarios o corsarios del siglo XXI?" *Argenpress*. 7 de Agosto de 2006.
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. Los nuevos corsarios del siglo XXI. *Papeles* N. 94. 2006.
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. *Mercenaries, Private Military and Security Companies and International Law*. Grupo de Trabajo sobre el uso de Mercenarios. NN.UU
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. y TORROJA MATEU, H. *Hacia la regulación internacional de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas*. Centro de Estudios Internacionales "Marcial Pons" Barcelona, España, 2011
- GREZ ALDANA, J.A. *Industria de seguridad privada en perspectiva comparada desempeño económico y gobernabilidad como factores clave en el crecimiento del sector*. Fundación Paz Ciudadana. Santiago- Chile, 2010.
- GUILLERMINA MEZA, A. La responsabilidad del Estado por Hecho internacionalmente ilícitos: La atribución de un comportamiento al Estado y el Rol de la Corte Internacional de Justicia. *Revista Electrónica de Inverstigaciones "Abrosio L. Gioja"* Año IV, Número 5, Invierno 2010.
- GUTIERREZ ESPADA, C. *El hecho ilícito internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, S.L. Madrid, 2005.

- HOFMMAN, C., SHNECKENER, U. "Participación de los actores armados no estatales en los procesos de construcción del Estado de la Paz: opciones y estrategias". *International Review of the Red Cross*. Septiembre de 2011. Número 883.
- LABORIE IGLESIAS, M. "La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual." *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Ministerio de Defensa. España, 2013.
- LABORIE IGLESIAS, M. *La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares privadas*. Dialnet Unirioja.
- MARTIN, S. *Las naciones unidas y las compañías de seguridad privadas: su responsabilidad en los conflictos*. Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Universidad de Deusto, 2007
- PAUCHARD, O. *Nueva Ley sobre Mercenarios. Empresas de seguridad privada: Suiza mantiene atractivo.*, swissinfo.ch 07 de enero de 2014 - 11:00
- ROMANELLI, A. *La relevancia estratégica de la regulación internacional de los proveedores de seguridad privada* Revista estratégica. Centro de Altos Estudios Nacionales República Oriental del Uruguay.
- SAURA ESTAPÀ, J. "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí." *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Universitat de Barcelona, 2010.
- SCHEIMER, M. "Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law: Proposing an International Convention for Legitimate Military and Security Support the Reflects Customary International Law". *American University International Law Review*. Volumen 24, Issue 3. Article 6. 2009.
- SCHNECKENER, U., "Fragile Statehood, Armed Non-State Actors and Security Governance" p. 23-40 en BRYDEN A., CAPARINI, M. (edit.) *Private Actors and Security Governance*. DCAF, 2006.
- SHAW M. N. *International Law*. Sixth edition. Cambridge University Press. Cambridge, 2008
- SINGER, P.W. *Militares privados: beneficios vs política pública*. Política Exterior núm. 125. Septiembre / Octubre 2008.
- TORO, MP., Macía, A. "Las compañías militares y de seguridad privada en Estados fallidos: ¿una solución a la incapacidad estatal?" *Revista Opera*, núm. 12, 2012, pp. 205-219. Colombia, 2012.
- TORROJA MATEU, H. "Una introducción al debate de las posibles formas de regulación internacional del fenómeno de las EMSP." *Revista electrónica del ICIP*. Número 14, septiembre 2012.
- UNLIREC. *Control y regulación de las empresas de seguridad privada en América Latina y el Caribe: análisis comparativo*. Documento de trabajo del Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. Lima, 2011.

Documentación

- Suplemento preparado por el Secretario para el Digesto de las decisiones de tribunales internacionales sobre la responsabilidad del Estado CLD *Doc. A/CN.4/208* Extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1969, vol. II
- Informe de la Comisión Internacional de Derecho sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Comisión Internacional de Derecho. Periodo de sesiones 53. *Doc. A/*
- Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones *Doc. (A/56/10)* y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos elaborado por el Grupo de Trabajo de las UN en su periodo 15 de sesiones y adjuntado como anexo al informe anual *A/HRC/15/25* de 5 de julio de 2010.

Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas 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. Doc. *A/63/467-S/2008/636*) Comité Internacional de la Cruz Roja y Gobierno Suizo.

Código de conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada. Impulsado por la Confederación Suiza. 9 de Noviembre de 2010

Private Military Companies. Backgrounders 2006. DCAF

SIPRI Military Expenditure Database Stockholm International Peace Research Institute.

Asunto Yeager Estados Unidos c. República Islámica del Irán. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.

Enlaces de internet consultados

- AGUILERA GALINDO, C.J. Privatización de la violencia en los conflictos armados. Curso de especialización en estudios estratégicos y de seguridad. http://biblioteca.cisde.es/wp-content/uploads/group-documents/5/1328524947-PRIVATIZACIONDELAVIOLENCIAENLOSCONFLICTOSARMADOS_CarmeloJ.Aguilera.pdf
- AVANT, D. “Empresas de Seguridad: ¿mercenarias?” *Belt*. Publicado en julio 2004 http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2113
- Concepto de Estado. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1425/3.pdf>
- Concepto de Estado. Formación Ciudadana y constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. Vicerrectoría de Docencia. http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/concepto_estado.html
- DAMMERT, L. *Seguridad Privada: Respuesta a las necesidades de seguridad pública en conglomerados urbanos*. Organización de los Estados Americanos. Secretaría general. Departamento de Seguridad Pública. Mrzo, 2008. <http://www.oas.org/dsp/documentos/Publicaciones/Seg%20Privada-%20Resp%20a%20la%20nec%20d%20Seg%20Pub%20n%20Conglo%20Urbanos.pdf>
- Derecho Internacional Público Capítulo 9 Facultad de derecho. Universidad Autónoma de Yucatán. <http://www.derecho.uady.mx/docsenlinea/Capitulos9.pdf>
- Historia de las relaciones internacionales durante el siglo XX. La segunda Guerra Mundial. <http://www.historiasiglo20.org/IIGM/tratados.htm>
- “El dilema de la privatización de la guerra se convierte en debate internacional.” *La marea*. Publicado el 26 de marzo de 2014. <http://www.lamarea.com/2014/03/26/privatizacion-guerra/>
- “Empresas militares y de Seguridad Privada.” Publicaciones y Artículo. *Ideamérica*. Publicado el 5 de octubre de 2011. http://www.ideamerica.com/detail_art.php?id_detalle=42&lang=es
- Empresas Transaccionales de Seguridad Privada en Colombia. Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo. Editado 7 de abril de 2008 <http://www.colectivodeabogados.org>
- Estadísticas vigilantes de seguridad. AdEmails, Estadísticas, avisos y contadores. Generadas el día 18 de Junio de 2014.

- <http://historiadelaseguridadprivada.blogspot.com/search/label/Historia%20de%20la%20Seguridad%20Privada%20y%20del%20Guardia%20Jurado>
- Estudio Seguridad privada en España. Estado de la Cuestión. Fundación ESYS, 2012 <http://www.fundacionesys.com/files/Estudio%20Seguridad%20Privada%20ESYS.pdf>
 - GLAZ, J. y TAVERNISE, S. Blackwater shooting scene was chaotic. *New York Times* Publicado el 28 de septiembre de 2007. <http://www.nytimes.com/2007/09/28/world/middleeast/28blackwater.html?ref=todayspaper&action=click&module=Search®ion=searchResults%230&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsite%2F%23%2Fblackwater%2Bshooting%2F>
 - Historia de la Seguridad Privada en España. Monográfico Seguridad. <http://jlgarcia.galeon.com/criminologia/historiavs.pdf>
 - “La privatización de la guerra: los mercenarios, militares y y de seguridad privadas EMSP”. *Wordpress*. <http://gusetol.wordpress.com/2013/12/17/la-privatizacion-de-la-guerra-los-mercenarios-militares-y-de-seguridad-privadas-emsp/>
 - La privatización de la guerra: paramilitarismo y las empresas militares privadas. Dario Azzellini <http://www.azzellini.net/node/2176>
 - Página web de Comité internacional de la Cruz Roja. <http://www.icrc.org>
 - Pauchard, O. Empresas de Seguridad Privada: Suiza mantiene atractivo. Nueva Ley sobre Mercenarios. Publicado 7 de enero de 2014 http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/Empresas_de_seguridad_privada:_Suiza_mantiene_atractivo.html?cid=37678764
 - SANCHEZ, V.M. (dir.) *Derecho Internacional Público*. <http://books.google.es/books?id=DG6nVPpOv5cC&pg=PA279&lpg=PA279&dq=caso+marruecos+juez+huber&source=bl&ots=1eJBC02t2A&sig=HPK4Y32oVoh7OeQBKdyR1gCSNdY&hl=es&sa=X&ei=AsDsUqfFMsHNtQaNuYDYDw&ved=0CEUQ6AEwAw#v=onepage&q=caso%20marruecos%20juez%20huber&f=false>
 - Seguridad Privada <http://www.seguridad-privada.net>
 - Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el “Diferendo Territorial y Marítimo” (Nicaragua c. Colombia). 19 de Noviembre de 2012 http://www.usergioarboleda.edu.co/derechos-humanos/Trad_Nic_Col.pdf
 - “Una guerra por contrato: mercenarios y compañías militares privadas en Irak.” *Razón Pública*. Publicado el 22 de junio de 2009. <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/416-una-guerra-por-contrato-mercenarios-y-compa-militares-privadas-en-colombia-y-en-irak.html>