

LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS COMO ENTIDADES QUE EJERCEN PRERROGATIVAS PÚBLICAS A EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES AS ENTITIES THAT EXERCISE PUBLIC PREROGATIVES AND INTERNATIONAL STATE RESPONSIBILITY

Vanessa Ballesteros Moya*

Sumario: I. LA ATRIBUCIÓN AL ESTADO DEL COMPORTAMIENTO DE ENTIDADES FACULTADAS PARA EL EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PÚBLICAS. II. EL FENÓMENO DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS. III. LAS NORMAS EXISTENTES EN RELACIÓN CON EL MERCENARIADO E INTENTOS DE REGULACIÓN DEL SECTOR. IV. LOS PROBLEMAS ACTUALES EN EL PLANO DE LA ATRIBUCIÓN AL ESTADO DE SU ACTUACIÓN. V. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: Ante el fenómeno de la privatización de funciones estatales se plantean múltiples interrogantes en relación con la responsabilidad de los actores implicados. En este estudio se analiza el criterio de atribución conforme al cual al Estado se le atribuye el comportamiento de entidades facultadas para ejercer atribuciones del poder público, al considerar que es este fundamento de atribución el aplicable a los supuestos en los que el Estado actúa a través de entidades privadas para desarrollar sus propias funciones. Tras una referencia al fenómeno en sí mismo, así como a sus relaciones con la figura del mercenario, se hace un repaso a las normas primarias existentes y los intentos privados e institucionalizados de regular el fenómeno. Sobre la base de éstos últimos se analizan los problemas de atribución del comportamiento de estas entidades privadas al Estado, así como las distintas soluciones que pueden darse al respecto en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado.

ABSTRACT: *Several questions regarding the responsibility of those involved stem from the phenomenon of privatization of state functions. This study analyzes the criteria of attribution according to which to the State is attributed a role, which in turn is used to empower entities to exercise elements of government authority, applying attribution rationale to cases where the State acts through private entities to develop their own functions. After an explanation of this phenomenon itself, and its relations with the role of mercenary, we will review the existing primary rules as well as private and public attempts to regulate this phenomenon. On the basis of this the attribution of conduct of these private entities the State will be analyzed and solutions regarding international State responsibility will be offered.*

KEYWORDS: *International Responsibility of the State, Private Military and Security Companies, exercise of public powers, criteria of attribution of conduct, non-State actors.*

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad internacional del Estado, empresas militares y de seguridad privadas, ejercicio de prerrogativas públicas, criterios de atribución del comportamiento, actores no estatales.

Fecha de recepción del original: 23 de abril de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de junio de 2013.

* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Castilla-La Mancha. E-mail: vanessa.ballesteros@uclm.es

I. LA ATRIBUCIÓN AL ESTADO DEL COMPORTAMIENTO DE ENTIDADES FACULTADAS PARA EL EJERCICIO DE PRERROGATIVAS PÚBLICAS

Conforme al criterio de atribución consagrado en la actualidad en el artículo 5 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados, aprobado por la CDI se segunda lectura, el 9 de agosto de 2001 (Proyecto CDI de 2001), el Estado es responsable internacionalmente del comportamiento de *entidades facultadas para ejercer atribuciones del poder público*, habiendo sido propiciada su inclusión en la obra codificadora en 1974 por la *proliferación de entidades autónomas* dentro del Estado. En efecto, el Relator Roberto AGO tomando como punto de partida el carácter no absoluto del artículo 5 del proyecto aprobado en primera lectura¹ —relativo a la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos—, estimó necesario referirse a otros hechos que podían ser atribuidos al Estado en cuanto fuente posible de responsabilidad internacional procedentes de *personas o grupos* que, según el ordenamiento jurídico interno, no pudiesen calificarse estrictamente de órganos estatales. Ello dio lugar al criterio de atribución contenido en el artículo 7 del Proyecto CDI de 1996, aprobado por la Comisión en su 26º periodo de sesiones (1974). Expresamente, esta disposición establece que:

«1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad. 2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad»².

Concretamente, el profesor italiano estaba refiriéndose a las acciones y omisiones de órganos de instituciones públicas distintas del Estado, las cuales clasificaría en *dos grandes categorías*. Por un lado, los *establecimientos públicos* y otras instituciones públicas dotados de personalidad propia, con autonomía de dirección y de gestión, cuya misión era prestar un servicio determinado o ejercer determinadas funciones y, por otro, las *colectividades públicas territoriales*, caracterizadas por una actividad pública de carácter general pero desarrollada en el plano local o regional, las cuales en la actualidad han quedado integradas en el término de órgano a efectos de la atribución de un comportamiento al Estado.

La necesidad de abordar los hechos procedentes de estas instituciones públicas en aras a determinar la posible responsabilidad del Estado, vendría dada por el fenómeno de la

¹ Para referirnos al Proyecto aprobado en primera lectura por la CDI, el 12 de julio de 1996, utilizaremos la abreviatura Proyecto CDI de 1996, sin perjuicio de que la Primera Parte del mismo —relativa al origen de la responsabilidad— se aprobó en 1980.

² Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones (6 de mayo - 26 de julio de 1996), reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1996, vol. II, 2ª parte, Documentos Correspondientes al Cuadragésimo Octavo Periodo de Sesiones, A/51/10, p. 136.

constitución y *proliferación de este tipo de establecimientos públicos* en aquella época³. Éstos, aunque por su misión presentaban un carácter netamente público, poseían desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno una personalidad distinta, una organización propia, separada de la del Estado y se encontraban sometidos en su actividad a un régimen jurídico *sui generis*, el cual, según las necesidades unas veces era de Derecho público y otras de Derecho privado. En definitiva, si bien se trataba de instituciones que poseían una organización propia, junto al Estado —aunque de manera independiente— prestaban servicios y desempeñaban *tareas de carácter público*. En estos supuestos, a juicio de la Comisión y, basándose en la práctica de los Estados⁴, aunque el fundamento de su existencia separada se debía a la aplicación de un criterio de reparto de funciones *ratione materiae*, a diferencia de las entidades públicas territoriales que obedecía a un reparto de funciones *ratione loci*, a efectos de responsabilidad —en última instancia— ambas reglas encontrarían su justificación en el *principio de la unidad del Estado* desde el punto de vista internacional⁵.

No obstante, como consecuencia de la *novedad del fenómeno* en la década de los setenta existían escasas opiniones y precedentes al respecto. Ahora bien, los que se pronunciaban sobre esta cuestión se decantaban por entender que el criterio decisivo era

³ El Relator indicó como causas principales de este fenómeno las siguientes: *i*) la diversidad de tareas de interés común que la colectividad debe realizar en una sociedad moderna; *ii*) el número cada vez mayor de servicios que sólo la colectividad está en condiciones de atender; *iii*) su progresiva extensión a los sectores más diversos de la vida económica, social y cultural; *iv*) su naturaleza frecuentemente técnica que exige tanto una autonomía de decisión y de acción como la posesión de competencias especializadas; y *v*) la necesidad de dar mayor flexibilidad a los procedimientos y de disminuir los controles en interés de la eficacia de los servicios. Tercer Informe preparado por R. AGO, reproducido íntegramente en el ACDI, 1971, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Vigésimo Tercer Periodo de Sesiones, A/CN.4/246, p. 274, par. 164.

⁴ En los trabajos preparatorios de la Conferencia de La Haya de 1930, si bien no se incluía ninguna cuestión dirigida expresamente a este tema hubo pronunciamientos al respecto. A modo de ejemplo, como señaló la Comisión, el más interesante fue la respuesta dada por el Gobierno alemán, al indicar que: «Cuando, en virtud de una delegación de poderes, las entidades ejercen funciones públicas como, por ejemplo, funciones de policía o derechos de soberanía, como es el caso, por ejemplo, cuando perciben impuestos para cubrir sus propias necesidades [...] los principios que rigen la responsabilidad del Estado por sus órganos se aplican de manera análoga. [...] La exposición relativa a este punto se aplica prácticamente, en primer lugar, a las entidades de derecho público, particularmente a los cuerpos administrativos dotados del derecho de gestión autónoma, pero es igualmente aplicable cuando el Estado, excepcionalmente, encomienda funciones públicas a organizaciones privadas o autoriza a estas organizaciones a ejercer derechos de soberanía, como ocurre, por ejemplo, cuando se confieren a una compañía de ferrocarril privada funciones de policía». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 26º periodo de sesiones (6 de mayo - 26 de julio de 1974), reproducido íntegramente en el ACDI, 1974, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Vigésimo Sexto Periodo de Sesiones, A/9610/Rev.1, p. 286, par. 15.

⁵ En palabras del profesor italiano: «En cuanto sujeto de derecho internacional, el Estado se presenta como una colectividad dotada de todo un conjunto de organismos que actúan por cuenta de él. Si bien es verdad que la acción de la colectividad se realiza ante todo por la acción de los miembros de la organización estatal propiamente dicha, hay que agregarle también la de la maquinaria de todas las demás instituciones que pertenecen al mismo conjunto, independientemente de que la razón de su existencia distinta sea la especialidad de sus funciones o el medio local o territorial en que actúan». Tercer Informe preparado por R. AGO, reproducido íntegramente en el ACDI, 1971, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 283, par. 184.

el de la *naturaleza de la función* desempeñada y no el del ejercicio de esas funciones por órganos de la maquinaria estatal propiamente dicha o por órganos de instituciones distintas del Estado. Esto es, el criterio para determinar cuáles son este tipo de entidades es el *rasgo común* que las caracteriza: el estar facultadas para ejercer determinadas funciones que se relacionan con las que ejercen los órganos del Estado⁶. Es más, como señaló AGO, no resultaría lógica e incluso sería absurda una solución distinta, dado que el reparto de las funciones públicas entre el propio Estado y otros organismos constituye el resultado de una técnica de organización que varía de un sistema a otro, de manera que se podría llegar a la solución de que desde el punto de vista internacional, una acción u omisión realizada en el desempeño de una misma función pública se considerase en unos casos acto del Estado y en otro no. De ahí la necesidad de reconocer categóricamente —desde el punto de vista internacional— que el comportamiento de los agentes de estos establecimientos o instituciones fuese calificado de *hecho del Estado*, pudiendo por tanto acarrear responsabilidad internacional⁷. Por todo ello, cuando se aprobó este criterio de atribución el órgano codificador sostuvo que:

«La Comisión cree poder llegar a la conclusión de que existe en la materia una norma ya establecida; pero además está convencida de que, aunque no fuera así, la necesidad de claridad en las relaciones internacionales y la lógica misma de los principios por los que se rigen aconsejarían formular esa regla en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional»⁸.

Cuando a finales de la década de los noventa James CRAWFORD, en su labor de Relator, se refirió a este criterio de atribución señaló que el número de *entidades paraestatales* que desempeñaban funciones gubernamentales iba en aumento, lo cual hacía necesario abordar la cuestión. Ahora bien, a pesar de reconocer la necesidad de incluir esta regla de atribución, proponiendo por tanto el mantenimiento de la misma, consideramos que hubiese sido necesario profundizar más en su alcance, así como proporcionar más ejemplos de su ámbito de aplicación. Simplemente se limitó a recordar un supuesto de hecho ya utilizado por la Comisión en 1974 y a comentar

⁶ Este sería el criterio a tener en cuenta tras descartar otros al no considerarlos decisivos, tales como la definición de pública o privada, la participación más o menos amplia del Estado en su capital o la sujeción o el control del Estado. Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 26º periodo de sesiones, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1974, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 287, pará. 18.

⁷ Hemos de señalar que no todos los Estados estaban de acuerdo con el alcance de esta regla de atribución. Así, por ejemplo, cuando en 1980 los Estados formularon sus observaciones antes de que tuviese lugar la aprobación provisional de la Primera Parte, el Gobierno de Canadá señaló que debía estudiarse más a fondo la cuestión de la atribución a un Estado de la responsabilidad con respecto al comportamiento de una entidad que no formase parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial facultada para ejercer prerrogativas del poder público. En opinión del Gobierno canadiense, las circunstancias en que debía considerarse responsable a un Estado por esos hechos debían «delinearse en forma más restrictiva». Comentarios y observaciones de los Gobiernos sobre los Capítulos I, II y III de la Primera Parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos reproducidos íntegramente en el *ACDI*, 1980, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Trigésimo Segundo Periodo de Sesiones, A/CN.4/328 y Add.1 a 4, pp. 98-99, parás. 2 y 3.

⁸ Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 26º periodo de sesiones, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1974, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 287, pará. 17.

algunas de las expresiones utilizadas en la disposición. Así, esta regla pretende abarcar a personas tales como los guardias de seguridad privados que actúan como guardianes de cárceles, en la medida en que ejercen funciones públicas, como la facultad de detener y de disciplinar en cumplimiento de una sentencia judicial o de reglamentaciones penitenciarias. En cuanto al significado de las expresiones utilizadas, señaló que el mantenimiento del término *entidad* vendría dado por tener una acepción suficientemente amplia para englobar realidades tan diferentes como las entidades públicas territoriales, los establecimientos públicos, las entidades paraestatales, las diversas instituciones públicas e incluso —en casos especiales— las *sociedades de Derecho privado*. En lo que respecta a la expresión de «una entidad que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público», el profesor australiano sostuvo que era la más apropiada, dado que la misma engloba el auténtico rasgo común de estas entidades. En palabras del Relator,

«[...] el estar facultadas, aunque sea sólo con carácter excepcional y limitado, para ejercer determinadas funciones que se relacionan con las que normalmente ejercen los órganos del Estado»⁹.

Esta afirmación plantea una serie de interrogantes, principalmente en cuanto a la *forma de otorgar esa facultad*, pues no se especifica en ningún momento de qué manera puede facultarse a estas entidades, esto es, no se indica si esa facultad ha de otorgarse mediante una concesión del poder legislativo o, por ejemplo, mediante un acto del ejecutivo, como podría ser un contrato celebrado entre un Gobierno y una entidad privada, para que ésta desempeñase funciones públicas. Asimismo, se plantean dudas en cómo se han de diferenciar estas entidades de las personas o grupos de personas que actúan *por cuenta* del Estado o, en la terminología actual, de las personas que actúan *por instrucciones o bajo la dirección o el control* del Estado —artículo 8 Proyecto CDI de 2001¹⁰—.

No es de extrañar que, ante la *falta de concreción y de especificación* del alcance de este criterio de atribución, algunos Estados —como Reino Unido y Alemania— tras solicitar una orientación más clara ante un fenómeno cada vez más común como el de las entidades paraestatales, sostuviesen que no se tenía suficientemente en cuenta «el hecho cada vez más frecuente que los Estados confíen a personas ajenas a los órganos del

⁹ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Quincuagésimo Periodo de Sesiones, A/CN.4/490 y Add. 1 a 7, p. 38, par. 183.

¹⁰ La proximidad entre ambos criterios es fácilmente detectable. No obstante, consideramos que los supuestos englobados en el criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001, en la medida en que el Estado delega funciones públicas —no tratándose de encomiendas, tareas, misiones o encargos puntuales— a organizaciones privadas o las autoriza para ejercer derechos propios derivados de su soberanía, merecen el calificativo de agentes *de iure*, pues en estos casos existe la referida delegación o autorización de conformidad con su Derecho interno. A diferencia de los particulares a los que se refiere el criterio consagrado en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001, que consideramos más acertado denominar agentes *de facto*, pues aun cubriendo supuestos donde puede existir un encargo o, los particulares actúan bajo su dirección o control, no suele tener lugar la delegación pública y formal del desempeño de funciones estatales y, asimismo, no necesariamente la tarea o el encargo tiene que venir referida al ejercicio de una función estatal o de una prerrogativa pública.

Estado actividades normalmente atribuibles a éste»¹¹. Sin embargo, el Relator renunció expresamente a determinar el alcance de la expresión *prerrogativas del poder público*¹². En su opinión, «lo que se considera ‘poder público’ depende de la sociedad de que se trate, su historia y sus tradiciones». De ahí que, aun reconociendo la importancia en cuanto al contenido de las facultades, así como la forma en la que debían de ser conferidas o los propósitos para los cuales debían de ejercerse, consideró que el comentario a este precepto no se detendría en ellas, al entender que «éstas son básicamente cuestiones de aplicación de una norma general a circunstancias particulares y muy diversas. Corresponde al demandante demostrar que el perjuicio efectivamente emana del ejercicio de esas facultades [...]»¹³.

II. EL FENÓMENO DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADAS

Aun siendo partidarios del carácter abstracto que consideramos deben tener los criterios de atribución, entendemos que aquél no habría impedido realizar alguna alusión —aun en los comentarios— al *problema que en la actualidad plantean las EMSP*¹⁴. Sin perjuicio de los intentos de autorregulación que están llevándose a cabo en este sector, así como de la labor del Grupo de Trabajo de la ONU al respecto, consideramos que la

¹¹ Observaciones de los Gobiernos acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobado en primera lectura reproducidas íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Quincuagésimo Periodo de Sesiones, A/CN.4/488 y Add.1 a 3, p. 105.

¹² En el debate en el seno de la Comisión sobre este criterio de atribución se indicó que era difícil definir *a priori* las funciones estatales debido a la constante evolución de las tareas reservadas al sector público y las delegadas en el sector privado, destacándose tres situaciones diferentes en este proceso evolutivo: *i*) cuando el Estado mantiene el monopolio de sus funciones, al mismo tiempo que delega el ejercicio de algunas de ellas en entidades públicas o privadas; *ii*) cuando el Estado renuncia a ellas y las confía al sector privado; y *iii*) cuando el Estado las conserva permitiendo al mismo tiempo que el sector privado ejerza funciones paralelas para fomentar la competencia. Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (20 de abril - 12 de junio y 27 de julio - 14 de agosto de 1998), reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 2ª parte, Documentos Correspondientes al Quincuagésimo Periodo de Sesiones, A/53/10, p. 90, par. 390.

¹³ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 39, par. 190.

¹⁴ Al respecto, compartimos las reflexiones de JUSTE RUIZ —aun viniendo referidas a los criterios en general, son predicables en relación con este criterio— al señalar que, «el esquema operativo propuesto por la CDI en materia de atribución al Estado de la responsabilidad por actos ilícitos, responde a una lógica jurídica formalista sabiamente dosificada que se apoya en una práctica histórica que presenta hasta ahora escasas fisuras. Ello no debe extrañar en modo alguno pues la construcción de que se trata obedece plenamente a los esquemas del positivismo jurídico largamente dominante hasta nuestros días y al interés común de los Estados en restringir el ámbito de su posible responsabilidad [...]. La razón, el interés y la historia se dan así la mano en una formulación acabada, engarzada con la precisión del artista. Pero el conjunto propuesto parece en algún momento responder más a las necesidades del pasado que a las del futuro y sus soluciones se muestran mal adaptadas a ciertas realidades actuales [...]». JUSTE RUIZ, J., «Responsabilidad internacional de los Estados y daños al medio ambiente: problemas de atribución», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (1989), Alicante, 1990, pp. 113-136, [p. 118].

actuación de las EMSP es subsumible en el criterio de atribución contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001¹⁵. Esta solución disminuye las *dificultades probatorias* y, principalmente, supone que el Estado que actúe a través de ellas debe responder no sólo del comportamiento en el ejercicio de las funciones delegadas sino también por los actos *ultra vires*, lo cual entendemos redundaría en una *mayor supervisión* por parte del Estado contratante de la actuación de este tipo de empresas privadas. No obstante, como labor previa conviene detenerse en los aspectos señalados en relación con la *privatización de ciertas funciones estatales*¹⁶.

¹⁵ La fórmula finalmente consagrada en el Proyecto CDI de 2001 dispone que: «Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad».

¹⁶ Con carácter general sobre los mercenarios y las EMSP pueden verse COLEMAN, J. R., «Constraining Modern Mercenarism», *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, pp. 1493-1538; CAMERON, L., «Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 573-598; COCKAYNE, J., «La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del Derecho internacional humanitario», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 271-307; GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 525-572; MONGELARD, E., «Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del Derecho internacional humanitario», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 335-364; PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 309-334; ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho internacional*, Aranzadi, Navarra, 2007; POZO SERRANO, M. P. y HERNÁNDEZ MARTÍN, L., «El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia en Irak», *AEDI*, vol. XXIII, 2007, pp. 315-351; CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial ¿El fin de un monopolio?», *AEDI*, vol. XXIV, 2008, pp. 47-77; CHESTERMAN, S., «‘We Can’t Spy...If We Can’t Buy!’: The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing ‘Inherently Governmental Functions’», *EJIL*, vol. 19, núm. 5, 2008, pp. 1055-1074; GASTON, E. L., «Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, núm. 1, 2008, pp. 221-248; GÓMEZ DEL PRADO, J. L., «Private Military and Security Companies and the UN Working Group on the Use of Mercenaries», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 13, núm. 3, 2008, pp. 429-440; HOPPE, C., «Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies», *EJIL*, vol. 19, núm. 5, 2008, pp. 989-1014; JORGE URBINA, J., «El papel de las compañías militares y de seguridad privadas en los conflictos armados recientes: una aproximación al estatuto jurídico de su personal en el Derecho internacional humanitario», en *Seguridad y Defensa Hoy: Construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008, pp. 142-175; LEHNARDT, C., «Individual Liability of Private Military Personnel Under International Criminal Law», *EJIL*, vol. 19, núm. 5, 2008, pp. 1015-1034; PASTOR PALOMAR, A., «Blackwater ante el Derecho internacional: el negocio de la inmunidad», *REDI*, vol. LX, núm. 2, 2008, pp. 427-455; SAURA ESTAPÁ, J., «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los derechos humanos», en *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las ‘empresas militares y de seguridad privadas’*, (Dir.) H. Torroja Mateu y (Coord.) Sonia Güell Peris, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 241-260; LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos», en *Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuadernos de Estrategia, Ministerio de Defensa, núm. 147, 2010, pp. 77-138; LEHNARDT, Ch., «State Responsibility and Private Military Companies», *State Responsibility and the Law of Treaties*, (Ed.) M. Szabó, Eleven, La Haya, 2010, pp. 55-77; POZO SERRANO, M. P., «El Derecho Internacional Humanitario ante las empresas militares y de seguridad privadas: aportaciones y límites del Documento de Montreux», en *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 79-104; SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas ante

Como viene advirtiendo la doctrina, entre las características más novedosas de los conflictos armados actuales se encuentra su sometimiento a los *procesos de privatización* tan característicos de la globalización. En la actualidad, como indica CANO LINARES «[el] fenómeno de liberalización ha alcanzado al uso de la fuerza armada tanto en el ámbito interno como en la esfera exterior de forma que hasta la guerra queda privatizada»¹⁷. Esta realidad arranca de un *proceso paulatino de externalización de las actividades estatales*¹⁸. De este modo, en nuestros días las empresas privadas prestan una gran variedad de servicios desempeñando un amplio abanico de *funciones públicas y privadas*. El inicio de la actividad por el sector privado comenzó con la prestación de servicios secundarios, tales como el mantenimiento de infraestructuras, seguido por el ejercicio de funciones de seguridad y vigilancia de instalaciones e infraestructuras militares, protección de personas o de corporaciones extractivas transnacionales. Sin embargo, con posterioridad su actividad se fue ampliando a labores de asesoramiento, logística, instrucción, formación, entrenamiento de fuerzas armadas, de seguridad o policiales, mantenimiento de sistemas de armas, vigilancia e interrogatorio de detenidos, trabajos de inteligencia, vigilancia y reconocimiento e, incluso, la participación directa en las hostilidades¹⁹. De ahí que, como señala SAURA ESTAPÁ, lo novedoso no es tanto la externalización de algunas funciones del ámbito militar sino «la dejación que algunos Gobiernos están haciendo de funciones inherentes a la soberanía, como son la seguridad y el uso de la fuerza, en manos de actores privados»²⁰.

No obstante, a pesar de la amplia gama de servicios que vienen prestando estas entidades privadas —denominadas con carácter general EMSP²¹—, la doctrina las

el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Su actuación en el conflicto Iraquí», *REEI*, núm. 19, 2010, pp. 1-22; 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, Madrid, 2011.

¹⁷ Cfr. CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 47. En este sentido, como indican GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU, si bien la tendencia en los dos siglos anteriores fue «el fortalecimiento de la utilización legítima de la fuerza como un bien público», con el fin de la Guerra Fría esta tendencia se ha invertido. Así las cosas, «la industria privada de la seguridad ha pasado a ser un fenómeno transnacional como consecuencia de la reducción de los ejércitos nacionales y la globalización de la economía». GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Al respecto, LABORIE IGLESIAS señala que «los orígenes de las modernas EMSP se remontan a la década de los cincuenta del pasado siglo. Desde entonces, empresas civiles han proporcionado servicios de distinto carácter a los ejércitos nacionales occidentales para que éstos puedan operar de forma más eficaz. Sin embargo, es a partir de 1990 cuando se produce un crecimiento sin precedentes de la industria militar y de seguridad privada, debido fundamentalmente a dos razones: la necesidad de seguridad en los Estados débiles o fallidos y la búsqueda de la eficiencia en los países desarrollados». LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 78.

¹⁹ Sobre estas cuestiones véanse CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 59 y LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 88-89.

²⁰ Cfr. SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, p. 2.

²¹ El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas que se encuentra trabajando para la regulación de la actividad de estas empresas, las define en el artículo 2 a) del Proyecto de una posible convención sobre las

clasifica en *dos tipos* atendiendo a la actividad desarrollada: las que ofrecen *actividades de seguridad* y las que prestan *actividades militares*. Pese a ello se trata, como advierte CANO LINARES, de una distinción compleja «basada en el carácter defensivo u ofensivo de las actividades, argumentada y utilizada por la mayoría de los empresarios de este sector para defender la necesidad y bondad de sus servicios, ajenos al uso directo de fuerza armada»; de modo que, en la práctica la frontera entre ambos tipos de actividades es «difusa y difícil de precisar»²². Lógicamente, y de ahí la preocupación y atención por parte la doctrina internacionalista, son las *actividades estrictamente militares* —o funciones militares tradicionales— las que resultan más problemáticas desde el punto de vista del Derecho internacional. Como advierte ESPALIÚ BERDUD, las actividades de seguridad desempeñadas por los contratistas son «perfectamente lícitas»; el único problema que plantean para el Derecho internacional será determinar su estatuto frente al DIH «en caso de que por trabajar en una zona donde se desarrolle un conflicto bélico se vean envueltos en el combate, a pesar de no participar en él»²³. En el mismo sentido LABORIE IGLESIAS señala que «sólo las actividades relacionadas con las funciones militares hasta el momento efectuadas en exclusiva por los ejércitos nacionales, constituyen en la práctica el motivo fundamental de debate»²⁴. Esto es, la doctrina coincide en considerar que el principal inconveniente asociado a estas entidades privadas es el *ejercicio de prerrogativas de poder público*, principalmente, el uso de la fuerza armada. Más aún si tenemos presente que en el ámbito de las actividades militares, existe una tendencia cada vez mayor de los Estados a contratar compañías «cowboy», las cuales reciben esta denominación por adoptar sobre el terreno posturas más agresivas²⁵.

empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) de 2010 como: «entidad empresarial que preste servicios militares y/o de seguridad remunerados por medio de personas físicas y/o jurídicas».

²² Junto a esta clasificación doctrinal que atiende al *fin perseguido* —actividades de carácter defensivo u ofensivo—, CANO LINARES ofrece una segunda clasificación atendiendo al *contenido de la actividad*, aun admitiendo las dificultades de establecer fronteras precisas. Abreviadamente, encuadra todos los servicios que en la actualidad prestan estas empresas privadas en *tres grandes bloques* de actividades: *i*) actividades de seguridad —de personas o bienes—; *ii*) actividades de apoyo logístico, suministro y mantenimiento; y *iii*) acciones armadas directas —apoyo directo o indirecto de alguna de las partes en combate—. Esta clasificación es próxima a la tipología de EMSP establecida por SINGER, conocida como señala la doctrina como «punta de flecha» al atender en su clasificación de servicios prestados, a la proximidad a la línea del frente con la que actúan. Concretamente, como señala LABORIE IGLESIAS «para Singer, la industria militar privada se divide en tres sectores fundamentales: *firmas proveedoras de servicios militares*, que se focalizan en el entorno táctico y que operan muy próximas a la primera línea del frente, dirigiendo y ejecutando operaciones de combate; *firmas consultoras militares*, que proporcionan asesoramiento, instrucción y adiestramiento, no interviniendo directamente en el combate; y, *firmas de apoyo militares*, que proporcionan asistencia en funciones no relacionadas de forma directa con el uso de la fuerza letal cuya actuación se encuentra lejos de la línea del frente». CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 60 y LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 86-87.

²³ Cfr. ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

²⁴ Cfr. LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 83.

²⁵ Véase al respecto PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 317.

En efecto, el principal problema al que se intenta dar respuesta en los últimos años es en relación con las EMSP que prestan *servicios estrictamente militares*, de ahí que tanto los esfuerzos en el ámbito de las Naciones Unidas como por parte de la doctrina fuesen dirigidos, en un primer momento, a la aproximación de esta realidad al fenómeno del mercenariado, calificando a los contratistas privados como los *nuevos mercenarios*. Como advierten GÓMEZ DEL PRADO —antiguo Presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Mercenarios²⁶— y TORROJA MATEU,

«[...] las empresas militares y de seguridad privadas son la reencarnación moderna de una larga tradición de contratistas privados de la guerra y proveedores de la fuerza física: corsarios, bucaneros y mercenarios»²⁷.

Como es sabido, la existencia de mercenarios *no es un fenómeno de la realidad actual*, muy al contrario, su utilización se remonta a siglos atrás. Los combatientes a sueldo eran utilizados en los siglos XII y XIII en las guerras de defensa o de conquista, de la misma forma que en los siglos XV y XVI los reyes y nobles recurrían a ellos para la consolidación de los Estados. No obstante, es en los siglos XVII y XVIII cuando disminuye su utilización como consecuencia del surgimiento de ejércitos nutridos de ciudadanos. Con el transcurso del tiempo, sus actividades comienzan a estar mal consideradas, lo cual se reforzaría con la proscripción de la guerra mediante la aprobación de la Carta de San Francisco²⁸. Asimismo, es en el contexto de la descolonización —al ser utilizados para la lucha contra los movimientos de liberación nacional tratando de impedir así el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial— cuando la comunidad internacional *criminaliza a los mercenarios, su utilización y financiación*, siendo condenadas estas prácticas reiteradamente por los órganos de las Naciones Unidas. Finalmente, se adoptó en el ámbito universal la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 1989²⁹.

Ahora bien, a pesar de estos orígenes remotos de la figura del mercenario y sus intentos de regulación, la aparición de las EMSP y su participación en los conflictos armados ha adquirido, como advierte la doctrina, *dimensiones preocupantes*³⁰. En las últimas dos

²⁶ Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, establecido en 2005 por la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU mediante la Resolución 2005/2, de 7 de abril, al que más tarde nos referiremos.

²⁷ Cfr. GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, op. cit., p. 16.

²⁸ Sobre estas cuestiones puede verse «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el Derecho de los pueblos a la libre determinación», Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo sobre los Derechos Humanos*, núm. 28, 2002, pp. 5-6.

²⁹ Texto elaborado por un Comité *ad hoc* establecido por la Asamblea General en virtud de la Resolución 35/48, de 4 de diciembre de 1980, en vigor desde el 20 de octubre de 2001.

³⁰ Son las múltiples ventajas y beneficios que la utilización de las EMSP proporciona a sus usuarios lo que ha provocado el aumento de clientes y su uso cada vez mayor y, en consecuencia, un incremento exponencial en cuanto al número de entidades dedicadas al sector. Las ventajas y beneficios de su utilización pueden resumirse en cinco: *i)* mayor especialización; *ii)* rapidez de actuación; *iii)* sortear

décadas hemos sido testigos de un desarrollo espectacular de las EMSP principalmente en los países desarrollados —Estados Unidos de América y Reino Unido—, las cuales prestan sus servicios en conflictos armados especialmente internos, en zonas de conflicto de baja intensidad, así como en situaciones de postconflicto —Afganistán, Irak, los Balcanes, la Región de los Grandes Lagos o el Cuerno de África—. A ello hay que añadir, como advierten GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU que, de forma paralela a la privatización de la guerra en el plano internacional, se ha producido un aumento de la demanda de servicios de seguridad y protección de bienes y, por ejemplo, cada vez son más las transnacionales que contratan sus servicios para la extracción de minerales³¹.

En efecto, debido a la amplia variedad de los servicios prestados por las EMSP en la actualidad no se trata de *una actividad destinada exclusivamente a los Estados* —débiles u occidentales—³². Estas entidades privadas han penetrado con fuerza en el mercado prestando sus servicios a *clientes muy variados*, desde grupos de oposición, movimientos nacionales de resistencia, organizaciones delictivas, empresas multinacionales, particulares, organizaciones no gubernamentales que desempeñan actividades humanitarias, llegando incluso hasta organizaciones internacionales intergubernamentales tales como Naciones Unidas³³. Como advierte LABORIE IGLESIAS,

limitaciones y responsabilidades; iv) ventajas en la zona de operaciones por el reclutamiento de parte del personal entre la población local; y v) menor coste. Véanse al respecto JORGE URBINA, J., «El papel de las compañías militares y de seguridad...», *op. cit.*, pp. 143-150; LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 97-102; y SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, pp. 3-4.

³¹ Sobre estas cuestiones véase GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, pp. 17-19.

³² Como indica LABORIE IGLESIAS, en la sociedad actual las EMSP prosperan debido a que «por un lado, en los Estados débiles o fallidos, los gobiernos se encuentran incapaces de ejercer el monopolio del uso de la fuerza armada. Movimientos rebeldes, insurgentes, terroristas, piratas, señores de la guerra, milicias étnicas o tribales y el crimen organizado llenan el vacío creado por la incapacidad de los Estados. Los gobiernos de estos países y sobre todo las empresas transnacionales que operan allí reclaman los servicios de las EMSP para poder continuar con su actividad productiva. Por otro lado, los Estados occidentales han sufrido transformaciones ‘neoliberales’ debidas a la globalización y liberalización del comercio. Las Fuerzas Armadas occidentales se han visto también afectadas por las oleadas privatizadoras que, llevadas a cabo en el nombre de la eficiencia, han alcanzado a todos los sectores económicos». LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 134.

³³ En efecto, como señala la doctrina, la propia ONU contrata servicios de seguridad a las EMSP. En enero de 2010 *Foreign Policy Magazine* informaba de la tramitación de un contrato entre Naciones Unidas y una empresa de seguridad británica para el envío de guardias de seguridad a Afganistán. Véase al respecto GÓMEZ DEL PRADO, J. L., y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 20. Hemos de indicar que debido a esta práctica el Grupo de Trabajo anunció, el 18 de marzo de 2013, la realización de un estudio sobre la utilización de las EMSP por los organismos de Naciones Unidas. Tal y como explicó el actual Relator, Anton Katz, está previsto que el informe se presente a la Asamblea General en 2014 y tendrá por objeto «contribuir al desarrollo de una política coherente del organismo mundial con respecto a ese tema». Noticia disponible en <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=25962> (visitada el 11-IV-2013).

«[...] en una tendencia de crecimiento imparable, las EMSP se han convertido en actores imprescindibles a la hora de entender el actual contexto de la seguridad internacional»³⁴.

Como hemos señalado, dada la proximidad existente entre los mercenarios y los empleados de las EMSP, inicialmente los esfuerzos fueron dirigidos hacia la elaboración de una *definición más amplia de mercenario* o, lo que es lo mismo, a la adaptación de la noción de mercenario para hacer frente a la nueva realidad. La proximidad entre ambas figuras es fácilmente aprehensible, pues como se indica en el estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las repercusiones de las actividades de los mercenarios, es posible describir a los mercenarios como «soldados de alquiler», pues «en lugar de combatir por su propio país ofrecen sus servicios a gobiernos y a grupos de otros países por una remuneración monetaria sustancial»³⁵; sin embargo, la definición jurídica existente en el Derecho internacional exige la concurrencia de una serie de *requisitos acumulativos* para la calificación de una persona como mercenario³⁶. Esta exigencia en cuanto al *cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos* requeridos plantea, como viene manifestando la doctrina, el problema de que

«[...] en la práctica sea muy difícil encontrar a una persona que pueda ser calificado de mercenario [...]. Es muy complicado para un Estado demostrar que una persona recibe un salario por sus prestaciones militares cuando el pago se lleva a cabo en el país de origen del mercenario o en una cuenta bancaria de un tercer Estado»³⁷.

³⁴ Cfr. LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 78.

³⁵ Cfr. «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el Derecho de los pueblos...», *loc. cit.*, pp. 4-5.

³⁶ Se entiende por mercenario toda persona que reúna los siguientes requisitos: *a)* haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado; *b)* de hecho, tome parte directa en las hostilidades; *c)* tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte; *d)* no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; *e)* no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y *f)* no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto. Esos requisitos, como hemos señalado, son acumulativos, lo que significa que deben cumplirse todos para poder calificar a una persona como mercenario. Definición contenida en el artículo 47 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 y reiterada en el artículo 1 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989, si bien este segundo instrumento «amplía la definición de mercenario para abarcar situaciones distintas de los conflictos armados en que se haya reclutado personas para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado, o de socavar la integridad territorial de un Estado». Véase al respecto «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el Derecho de los pueblos...», *loc. cit.*, pp. 17-18 y 20.

³⁷ Cfr. ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, pp. 47-48. A ello hay que añadir que, el frecuente recurso a EMSP de la nacionalidad del Estado contratante determina que la mayor parte de sus miembros eludan el requisito de la nacionalidad al que se refiere los instrumentos internacionales sobre mercenariado.

Efectivamente, como indica ESPALIÚ BERDUD las EMSP son «una versión moderna del mercenariado»³⁸ debido al tipo de actividades que desempeñan —principalmente las militares— y la motivación de su actividad; sin embargo, la *calificación jurídica* de su personal como mercenarios se torna muy difícil en la práctica y sólo, excepcionalmente, podrá tener lugar en relación con el personal de las EMSP que operan legalmente en países extranjeros³⁹. Como consecuencia de ello y, con el *objetivo de alcanzar una definición más amplia* de las nuevas manifestaciones de los «soldados de alquiler»⁴⁰, así como la consolidación de un *marco convencional* para la prevención y sanción de las actividades vinculadas con el reclutamiento, uso, financiamiento y entrenamiento de mercenarios, se abrió por parte de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas un procedimiento público especial sobre el particular. Inicialmente, en 1987, se nombró un Relator Especial sobre el empleo de mercenarios y posteriormente se sustituyó, por un *Grupo de Trabajo* el 7 de abril de 2005⁴¹.

³⁸ En apoyo de esta afirmación, este autor cita las palabras del peruano Enrique Bernales Ballesteros — Relator Especial designado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1987 para estudiar el papel de los mercenarios como instrumento para violar los derechos humanos y obstaculizar la libre determinación de los pueblos— que por su importancia transcribimos. El Relator, en relación con las EMSP sostiene que «para la mayor parte de los expertos en derecho internacional y de organizaciones no gubernamentales internacionales de derechos humanos consultados, éstas son empresas de mercenarios, que trabajan con mercenarios y que realizan actividades de mercenarios». *Ibid.*, p. 57.

³⁹ Sobre estas dificultades véase GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁰ O, lo que es lo mismo, el personal contratado por empresas privadas especializadas en el ámbito militar y en el de la seguridad, también conocido entre la doctrina como «soldados corporativos», «soldados privados», «soldados de fortuna», «actores corporativos», «contratistas», «nuevos mercenarios», «ejércitos privados». Véase al respecto CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 53.

⁴¹ Las dificultades señaladas condujeron a la necesidad de revisar la definición contenida en la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 56/232 de 24 de diciembre de 2001, pidió a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que convocara una reunión de expertos para seguir estudiando y actualizando la legislación internacional y «formular recomendaciones con respecto a una definición jurídica más clara de los mercenarios que permita prevenir y sancionar con mayor eficacia sus actividades». En cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución, el Grupo de Expertos se constituyó y se ha reunido en varias ocasiones. En la segunda reunión, que tuvo lugar en mayo de 2002 con presencia del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Enrique Bernales Ballesteros, y donde participó una representación del Comité Internacional de la Cruz Roja en calidad de observador, los expertos consideraron que la definición actual, «incluida en el artículo 1 de la Convención de 1989 y en el artículo 47 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949, era inaplicable y deficiente como base para tipificar eficazmente como delito la actividad de los mercenarios». Fruto de esa reflexión se propuso una nueva definición con clara vocación práctica, toda vez que se considera «que la identificación de los actos por los que se podría considerar responsables a nivel penal a los mercenarios era, en la práctica, más útil que el intento de discernir las razones por las que fueran mercenarios». De esta forma, se redactó una definición jurídica —artículo 1— de mercenario prácticamente idéntica a la de la Convención de 1989, salvo por la exclusión del móvil lucrativo, aunque se reconoció expresamente por algunos expertos el carácter esencial de este elemento en la figura del mercenario. Sobre estas cuestiones véase ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, p. 49.

Mediante la Resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos se encomendó a este Grupo de Trabajo⁴² el seguimiento de las *actividades de entidades privadas* que ofrecen asistencia militar, asesoramiento y servicios de seguridad en el mercado internacional. Este cambio fue debido, como pone de manifiesto la doctrina, a que si bien las EMSP comparten ciertas características con los mercenarios —así como con otras figuras históricas existentes, tales como piratas, corsarios o *condottieri*— como consecuencia de la dimensión que está alcanzando el fenómeno de la privatización de la guerra se impone la necesidad de dar una *respuesta específica y adecuada a este fenómeno*⁴³. No obstante, como señala SAURA ESTAPÁ, que los nuevos contratistas sean encuadrables o no en la definición o «noción técnica» de mercenarios es «una cuestión crucial en muchos aspectos, significativamente en el de la adecuada aplicación de derechos y obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario. Sin embargo, desde el punto de vista más amplio del respeto a los derechos humanos, se trata de una cuestión relativamente menor»⁴⁴. Coincidimos con él, pues consideramos que lo realmente importante es *determinar las obligaciones* exigibles a los contratistas⁴⁵, así como los distintos tipos de *responsabilidades* que pueden surgir de los actos contrarios al DIH y al DIDH.

⁴² Compuesto por *cinco expertos independientes* procedentes de las cinco regiones geopolíticas del mundo y que asesoran *pro bono* al actual Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

⁴³ En este sentido, CANO LINARES sostiene que «los diversos rasgos que diferencian la realidad actual respecto al fenómeno histórico dificultan en extremo que la solución se reduzca a la actual vía criminalizadora con la *modificación/ampliación del concepto de mercenario*, actualmente en vigor». Asimismo, LABORIE IGLESIAS defiende una regulación específica de las EMSP sobre la premisa de que «la discusión concerniente a si estas empresas constituyen o no una nueva forma de mercenarismo, resulta del todo inútil. La contratación de forma abierta de estos servicios privados por parte de gobiernos democráticos otorga una gran carga de legitimidad a las EMSP [...]. Por lo tanto, se antoja crucial regular las actuaciones de las compañías privadas de seguridad como un asunto completamente distinto al mercenarismo». CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, pp. 53-54 y LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 136-137.

⁴⁴ Cfr. SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, p. 5. En el mismo sentido, JORGE URBINA advierte que «estas empresas no desarrollan sus funciones en un vacío legal, sino que se encuentran sometidas al Derecho internacional humanitario cuando operen en el contexto de un conflicto armado, aunque el estatuto jurídico concreto de sus empleados no será homogéneo sino que dependerá de los servicios que presten y de su participación directa en las hostilidades, pudiendo ser considerados como civiles en la mayoría de los casos, como combatientes, o incluso como mercenarios». JORGE URBINA, J., «El papel de las compañías militares y de seguridad...», *op. cit.*, p. 173.

⁴⁵ Al respecto conviene tener presente, como viene señalando el CICR, la inexistencia de un estatuto particular para el personal de las EMSP pues éste dependerá tanto de la situación concreta como de las funciones que desempeñen. Concretamente, el CICR indica que «[...] las EMP/ESP son empresas privadas. Si bien el DIH es de carácter vinculante para los participantes no estatales, es así sólo en la medida en que sean partes en un conflicto armado (es decir, grupos armados organizados). Como entidades jurídicas, las empresas privadas no están obligadas por el DIH, contrariamente a lo que ocurre con su personal quienes, como personas, deben regirse por el DIH en situaciones de conflicto armado. Las personas que trabajan para empresas privadas en conflictos armados tienen derechos y obligaciones en el marco del DIH, pero no hay un estatuto en particular que abarque a todos los empleados. El estatuto de cada persona depende de la situación específica en la que esa persona opere y de las funciones que desempeñe [...]». Exactamente, en el ámbito de los conflictos armados internacionales, el CICR señala que el personal de las EMSP puede ubicarse en alguna de las siguientes categorías: *i) miembros de las fuerzas armadas* en el sentido de los artículos 4 A) 1) y 3) del Tercer Convenio de Ginebra si forman

III. LAS NORMAS EXISTENTES EN RELACIÓN CON EL MERCENARIADO E INTENTOS DE REGULACIÓN DEL SECTOR

Conviene por tanto detenerse en *dos cuestiones previas* antes de proceder a abordar la problemática que se plantea en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones del DIH y DIH cometidas por el personal de las EMSP. Por un lado, hemos de señalar las *normas internacionales existentes en relación con el mercenariado*, en la medida en que los intentos de aproximar a las EMSP con los nuevos mercenarios, parten de la premisa de que *algunas de sus actividades deberían estar prohibidas*. Por otro lado, tendremos que referirnos a *los intentos de regulación del sector*, principalmente, a los esfuerzos del *Grupo de Trabajo* de establecer un marco regulador para las EMSP, al existir en la actualidad un *Proyecto de Convenio* con el que se pretende dar respuesta a los problemas derivados de su actuación, entre los que se encuentra la responsabilidad internacional de los Estados implicados.

En lo que atañe a la primera cuestión, como señala LABORIE IGLESIAS, el «enfoque crítico» de las EMSP a través de las normas relativas a los mercenarios parte de *dos pilares fundamentales*: «las leyes de neutralidad y de prohibición del uso de la fuerza y las convenciones anti mercenario»⁴⁶. Como es sabido, conforme al *primer sector normativo* —derecho de la neutralidad—, todos los Estados de la comunidad internacional están sujetos a las obligaciones establecidas en el marco del derecho de la neutralidad al ser parte integrante del Derecho internacional general. Así, ante un conflicto armado entre dos o más Estados, el resto de Estados podrá apoyar a una de las partes beligerantes o permanecer neutrales. Ahora bien, esta segunda opción entraña derechos y deberes debido a las consecuencias derivadas de la condición de Estado neutral de conformidad con el Derecho de los conflictos armados. Principalmente, el Estado neutral no debe adoptar, ni permitir que se adopte en su territorio, ninguna medida de apoyo a una de las partes en el conflicto a cambio de no ser objeto de actos hostiles contra su propio territorio o sus ciudadanos por parte de los beligerantes.

parte de esas fuerzas; ii) *milicias u otro cuerpo de voluntarios* pertenecientes a un Estado parte en un conflicto armado en el sentido del artículo 4 A) 2) del Tercer Convenio de Ginebra; iii) *personas que siguen a las fuerza armadas* en el sentido del artículo 4 A) 4) del Tercer Convenio de Ginebra; uno de los ejemplos que se mencionan explícitamente en ese artículo es el que se refiere a los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares y a proveedores. Es importante subrayar que los civiles que siguen a las fuerzas armadas siguen siendo personas civiles. El CICR concluye señalando que «de hecho, por las limitaciones de todas las categorías anteriormente mencionadas, la mayoría de los empleados de las EMP/ESP se ubican en la categoría de personas civiles. Como tales, se benefician de la protección que se ofrece a los civiles en el marco del DIH. En situaciones de *conflicto armado internacional*, están amparados por las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra (en tanto reúnan los criterios de nacionalidad establecidos en el artículo 4), del Protocolo adicional I y del derecho consuetudinario. En los *conflictos armados no internacionales*, están amparados por las disposiciones del artículo 3 común, el Protocolo adicional II y el derecho consuetudinario. Sin embargo, *si participan directamente en las hostilidades*, pierden la protección contra los ataques de que gozan como civiles en ambos tipos de conflicto». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», presentado en la *XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, Ginebra, 26-30 de noviembre de 2007. Doc. 30IC/07/8.4, pp. 32-33.

⁴⁶ Cfr. LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 109.

Concretamente, el artículo 4 del Convenio (V) de La Haya de 1907 relativo a los derechos y los deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre impone a los Estados el deber de impedir la *formación en su territorio de grupos mercenarios* con el propósito de intervenir en un conflicto armado respecto del cual estos Estados han decidido permanecer neutrales⁴⁷. De no adoptar las medidas necesarias para impedir dicha formación, violan las obligaciones que les impone el Derecho internacional. En cuanto al *segundo sector normativo* —prohibición del uso de la fuerza— basta recordar que la utilización de mercenarios como medio de utilizar la fuerza contra otro Estado cae dentro del ámbito de la prohibición del recurso a la fuerza contenida en el artículo 2.4 de la Carta de San Francisco, cuando nos encontremos ante una utilización contraria al desarrollo de este principio de conformidad con las Resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX) de la Asamblea General.

Así pues, y como consecuencia de la prohibición del uso de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas, las reglas del derecho de la neutralidad están presentes en las *resoluciones de los órganos onusianos*. En efecto, como se pone de manifiesto en el estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las repercusiones de las actividades de los mercenarios, en las últimas dos décadas la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos han aprobado más de un centenar de resoluciones por las que se condenan las actividades de los mercenarios y a los que se sirven de ellas. Como *prueba convincente de la práctica* en este sentido, si bien en un principio las condenas por parte de los órganos de las Naciones Unidas iban dirigidas a la utilización de mercenarios como forma de injerencia externa en los asuntos internos de los Estados cuando tenían por objeto desestabilizar a esos Estados y

⁴⁷ Junto a la Convención Relativa a los Derechos y a los Deberes de las Potencias y de las Personas Neutrales en caso de Guerra de 1907, se encuentran también las obligaciones contenidas en la Convención sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles, adoptada en La Habana, el 20 de febrero de 1928. Concretamente, en su artículo 1 se contienen las obligaciones para los Estados contratantes respecto de la lucha civil en otro de ellos, estableciendo expresamente que: «Los Estados contratantes se obligan a observar las siguientes reglas, respecto de la lucha civil en otro de ellos: Emplear los medios a su alcance para evitar que los habitantes de su territorio, nacionales o extranjeros, tomen parte, reúnan elementos, pasen la frontera o se embarquen en su territorio para iniciar o fomentar una lucha civil». Resulta interesante el contenido del artículo 5 del Protocolo a dicha Convención, suscrito en Washington, el 1 de mayo de 1957, en vigor desde ese año para siete Estados del continente americano: Argentina, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Haití, Honduras y República Dominicana. El referido precepto describe una serie de actos que pueden llevar a cabo los órganos estatales y que son subsumibles en la preparación y organización de «una empresa militar», tales como suministro de armas, adiestramiento o el transporte de miembros de una empresa militar. Concretamente dispone que: «Cada Estado Contratante, en las zonas bajo su jurisdicción y dentro de las facultades que le otorga su Constitución, empleará todos los medios adecuados para evitar que cualquier persona, nacional o extranjera, participe deliberadamente en la preparación, organización o ejecución de una empresa militar que tenga como fin iniciar, promover o ayudar una lucha civil en otro Estado Contratante, cuyo gobierno esté o no reconocido. Para los fines del presente artículo la participación en la preparación, organización o ejecución de una empresa militar comprende entre otros actos: a) la contribución, el suministro, o la provisión de armas y material de guerra; b) el equipo, el adiestramiento, la reunión o el transporte de miembros de una expedición militar; o c) el suministro o el recibo de dinero, a cualquier título, destinado a la empresa militar».

violar su integridad territorial, soberanía e independencia, con posterioridad, el alcance de sus condenas se ha visto ampliado⁴⁸.

Así, en un primer momento se incluyó la *obligación de abstenerse de organizar o fomentar* la organización de mercenarios para hacer incursiones en el territorio de otro Estado mediante la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970⁴⁹ y, posteriormente, la *obligación* de «evitar el entrenamiento, la financiación y el reclutamiento de mercenarios en su territorio y el envío de mercenarios al territorio de otro Estado, así como de negar toda facilidad, incluida la financiación, para el equipamiento y tránsito de mercenarios» conforme fue aprobada en la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención y la Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados, Resolución 36/103 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1981.

En cuanto a las *obligaciones convencionales relativas al mercenariado* existen dos Convenios, aquél al que nos hemos referido de *ámbito universal* —Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989— y otro instrumento anterior de *ámbito regional* —Convención de la OUA para la eliminación del mercenarismo en África de 1977—. En lo que respecta a la Convención de 1989 constituye, como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos un «instrumento vinculante de derecho internacional y un mecanismo práctico para abordar el fenómeno de los mercenarios»⁵⁰. En el mismo, no sólo se tipifican una serie de delitos cometidos por los mercenarios, así como por las personas que los reclutan, utilizan, financian y entrenan, sino también una serie de *obligaciones negativas y positivas* dirigidas a los Estados Partes, debido a que junto a la *obligación de abstenerse* de llevar a cabo las actividades descritas deben *adoptar las medidas necesarias* para impedir que otros realicen esas actividades. Sin embargo, este instrumento no obtuvo el apoyo estatal esperado, contando en la actualidad únicamente con algo más de una treintena de Estados parte.

A la *escasa participación estatal* y, como venimos indicando, junto a las críticas que recibe la regulación de las actividades de las EMSP a través de las normas relativas a los mercenarios debido a su *aplicación problemática y excepcional* en cuanto al difícil cumplimiento de los requisitos exigidos por la definición internacional de mercenario,

⁴⁸ Sobre estas resoluciones de los órganos onusianos véanse ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, pp.102-104 y «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el Derecho de los pueblos...», *loc. cit.*, pp. 14-16.

⁴⁹ Cinco años atrás, la Asamblea General en su Resolución 2131 (XX), de 21 de diciembre de 1965, sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, empleaba términos muy similares al exigir a «los Estados que se abstengan de organizar, apoyar, fomentar, financiar, o instigar las actividades de los mercenarios contra otros Estados y también que no toleren esas actividades».

⁵⁰ *Cfr.* «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el Derecho de los pueblos...», *loc. cit.*, p. 19.

hay que sumar una dificultad añadida para su aplicación a las EMSP consistente en la percepción que de estos instrumentos tienen los *países occidentales*. Como indica la doctrina, al haber sido elaborados en las décadas de los setenta y ochenta, las discusiones previas a la elaboración de estos textos «estuvieron marcadas por la confrontación ideológica entre los bloques». De ahí que, este hecho suela utilizarse como uno de los argumentos esgrimidos por los partidarios de las EMSP «a la hora de descartar la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario»⁵¹. Por lamentable que pueda ser las anteriores consideraciones, probablemente, arrojan serias dudas sobre la consideración como Derecho internacional general de las normas que prohíben el mercenariado.

En cuanto a los esfuerzos por establecer *un marco regulador de las EMSP*⁵², como hemos señalado, en la década de los ochenta la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se centró en el examen del papel de los mercenarios en relación con el principio de la libre determinación de los pueblos. Con posterioridad, se amplió el mandato inicial para abarcar con carácter general las repercusiones de las actividades de las EMSP sobre el disfrute de los derechos humanos. Como se pone de manifiesto en los trabajos del Grupo de Trabajo y, asimismo, como viene señalando la doctrina, junto a la necesidad de un marco regulador de la actividad de estas empresas privadas⁵³, el problema de fondo que subyace es el relativo a si determinadas funciones estatales —las relativas al uso de la fuerza— pueden ser realizadas por entidades privadas. O, en otros términos, el *debate gira sobre el papel del Estado como detentador del monopolio de la fuerza*⁵⁴.

Ahora bien, de *forma paralela* a los trabajos en el seno de Naciones Unidas y a los incipientes estudios al respecto en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁵⁵, en los últimos años se han producido una serie de *intentos de*

⁵¹ Cfr. LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 111-112.

⁵² En efecto, como se indica en el Informe del CICR de 2011, para hacer frente al fenómeno de las EMSP «se han tomado varias iniciativas internacionales con la intención de esclarecer, reafirmar o desarrollar las normas jurídicas internacionales que regulan sus actividades y, en especial, de hacer que cumplan las normas de conducta que contienen el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», presentado en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 28 de noviembre - 1 de diciembre de 2011. Doc. 31IC/11/5.1.2, p. 38.

⁵³ En este sentido véase CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 76.

⁵⁴ Como se señala en el Informe del CICR de 2011: «Actualmente la mayoría de debates sobre las EMSP se centran en la legitimidad de la externalización de esas funciones y en si debería haber límites al derecho de los Estados a transferir su 'monopolio de fuerza' al sector privado. Cualquiera que sea la respuesta a esos dilemas, la realidad es que seguirá aumentando a medio plazo la presencia de EMSP en las situaciones de conflicto armado». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario...», *loc. cit.*, p. 38. Sobre la quiebra del principio del monopolio estatal del uso de la fuerza por la utilización de las EMSP puede verse LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 106-107.

⁵⁵ En el seno de ambas organizaciones regionales se está trabajando desde 2008 sobre la tendencia masiva a contratar funciones inherentemente estatales al sector privado, así como el impacto de su utilización en

autorregulación⁵⁶. Junto a los códigos de éticos mediante los cuales las EMSP tratan de regularse a sí mismas, el instrumento más importante es el conocido como *Documento de Montreux* —adoptado en respuesta a una iniciativa lanzada en 2005 por el Gobierno suizo con el CICR como copatrocinador—. En efecto, a los *códigos de ética y de conducta privados* suscritos en el seno de asociaciones de EMSP —o *lobbies* del sector— mediante los cuales se establecen principios, pautas y reglas de comportamiento que deben presidir el ejercicio de sus actividades⁵⁷, hay que añadir el Documento de Montreux sobre las Obligaciones Jurídicas Internacionales Pertinentes y las Buenas Prácticas de los Estados en lo que respecta a las Operaciones de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas durante los Conflictos Armados⁵⁸, adoptado el 17 de septiembre de 2008 por 17 Estados⁵⁹, participando en el proceso de elaboración tanto ONGs como empresas pertenecientes al sector, las cuales, en opinión del Grupo de Trabajo, jugaron un importante papel en el proceso de elaboración del Documento⁶⁰.

Este instrumento, que carece de valor jurídico obligatorio —en el mismo se reitera su *naturaleza no vinculante*—⁶¹, tiene como objetivo primordial la promoción del respeto del DIH y del DIDH en el contexto de las operaciones de las EMSP en situaciones de conflicto armado. Ahora bien, este texto se limita a reiterar las obligaciones internacionales de los Estados, EMSP y de su personal de conformidad con el DIH⁶², para establecer acto seguido las «buenas prácticas» que las empresas deben seguir, al

situaciones de conflicto armado. Sobre estas iniciativas regionales véase GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, pp. 43-50.

⁵⁶ Sobre las iniciativas de autorregulación privadas y los procedimientos llevados a cabo en el seno de las asociaciones participantes en aplicación de estos Códigos, principalmente en Estados Unidos, pueden verse POZO SERRANO, M. P. y HERNÁNDEZ MARTÍN, L., «El marco jurídico de las CMSP...», *op. cit.*, pp. 347-349; LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, pp. 128-129; y GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, pp. 37-60.

⁵⁷ Coincidimos plenamente con los términos empleados en el Preámbulo del Proyecto de Convenio del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas advirtiendo sobre la insuficiencia de estos instrumentos, al declarar expresamente que: «Teniendo en cuenta la adopción de códigos de conducta, pero considerando que la autorregulación de las EMSP no es suficiente para garantizar el respeto del Derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos por parte del personal de estas empresas».

⁵⁸ El Documento de Montreux se encuentra disponible en el sitio web del CICR: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0996.pdf (visitada el 30-III-2013).

⁵⁹ En la actualidad, a fecha de 20 de marzo de 2013, lo han firmado 44 Estados. Los 17 Estados que participaron en el proceso de elaboración son: Afganistán, Alemania, Angola, Australia, Austria, Canadá, Catar, China, Estados Unidos, Francia, Irak, Polonia, Reino Unido, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania; a éstos se han sumado: Albania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chile, Chipre, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Jordania, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Uganda y Uruguay.

⁶⁰ En este sentido véase GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ En el punto tercero del Prefacio se afirma que el conjunto no posee carácter vinculante; por ende, no afecta a las normas y obligaciones internacionales aplicables a los Estados.

⁶² En efecto, como se indica en el Informe del CICR de 2011: «El Documento de Montreux [...] no crea un nuevo derecho, sino que reproduce y reafirma las obligaciones jurídicas existentes en lo que respecta a las EMSP contratadas por los Estados, que operen en su territorio, o que estén registradas en su jurisdicción». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario...», *loc. cit.*, p. 39.

tiempo que ofrece una serie de indicaciones a realizar por parte de los Estados signatarios para ayudar a aquéllas a adoptar las buenas prácticas tendentes a la aplicación de las obligaciones legales existentes. En este sentido, compartimos con GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU la convicción sobre la necesidad de integrar las «buenas prácticas» en un instrumento vinculante, pues lamentablemente «la experiencia muestra que dejadas a la autorregulación las empresas no aplican las buenas prácticas cuando están únicamente puestas como modelos a seguir»⁶³. Asimismo, como indica POZO SERRANO, del Documento de Montreux destaca,

«[...] la omisión de toda referencia al término ‘mercenario’. De este modo, los redactores se distancian del enfoque del Relator Especial sobre Mercenarismo y el Grupo de Trabajo [...] por tanto, ni excluye ni afirma la eventual calificación de los empleados de las EMSP como mercenarios: simplemente, no prejuzga un estatuto jurídico que dependerá de las concretas actividades desarrolladas por el personal de las EMSP en el conflicto armado»⁶⁴.

Hemos de indicar que, recientemente, este instrumento ha sido completado por un *Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada*, firmado el 9 de noviembre de 2010⁶⁵, a iniciativa de la propia industria privada contando nuevamente con el apoyo del Gobierno suizo⁶⁶. Como se indica en el Informe del CICR de 2011, el objetivo era la elaboración de un *código de conducta* que «sistematizara los principios, a fin de que los proveedores de servicios de seguridad privados puedan operar de conformidad con las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos»⁶⁷. La idea inicial es que el Código cuente con *dos partes diferenciadas*, la primera de ellas relativa a las normas de conducta, gestión y gobernanza y, la segunda, mediante la que se establezca un mecanismo internacional de gobierno y supervisión para velar por el cumplimiento del Código por las entidades privadas firmantes⁶⁸. Esperemos que pese a su realismo, la doctrina se equivoque en su valoración sobre la Iniciativa Suiza, al vaticinar que

«[...] actualmente todo parece indicar [que se trata de] una operación destinada para ‘la vitrina’ y para descarrilar el proceso de elaboración de un instrumento vinculante para los Estados en el marco de Naciones Unidas que regule a las EMSP»⁶⁹.

⁶³ Cfr. GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, op. cit., p. 51.

⁶⁴ Cfr. POZO SERRANO, M. P., «El Derecho Internacional Humanitario...», op. cit., p. 89.

⁶⁵ Aprobado en Ginebra por 60 proveedores de servicios de seguridad privada, a las que se han sumado otras compañías.

⁶⁶ El Código de Conducta Internacional se encuentra disponible en: http://www.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_SPA.pdf (visitada el 30-III-2013).

⁶⁷ Cfr. Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario...», loc. cit., p. 39.

⁶⁸ El Comité Directivo Provisional del Código de Conducta Internacional para los Proveedores de Servicios de Seguridad Privados hizo público, el 16 de enero de 2012, el Proyecto de Estatuto del Mecanismo de Supervisión del Código. Las observaciones del Grupo de Trabajo sobre el referido proyecto pueden encontrarse en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, de 2 de julio de 2012. Doc. A/HRC/21/43, pp. 7-8.

⁶⁹ Cfr. GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, op. cit., p. 60. La necesidad de un instrumento vinculante, así como el carácter complementario de los

En lo que respecta a la *labor Grupo de Trabajo*, desde su creación y en el ejercicio de sus funciones ha recomendado a las Naciones Unidas un conjunto de *normas y principios generales*, así como un *Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)*⁷⁰. Algunas cuestiones de las contempladas en este Proyecto de Convenio merecen ser señaladas, si bien hemos de advertir que los esfuerzos en la regulación de este sector no están siendo precisamente apoyados por los Estados occidentales, en cuyos territorios ha aflorado principalmente esta nueva industria. Como señalábamos, en el Reino Unido y Estados Unidos se encuentran radicadas el 80% de las EMSP existentes⁷¹.

Como señalan GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU, aunque son *varias las razones* esgrimidas por los Estados que, desde el inicio del proceso, *rechazan frontalmente un mecanismo convencional* de regulación y de control de la actividad de las EMSP, entre aquéllas destacan dos: *i) la incompetencia del Consejo de Derechos Humanos*, argumentado que se trata de una cuestión que corresponde a la Sexta Comisión de la Asamblea General, pues es ahí donde se han de estudiar las interrelaciones existentes entre las distintas ramas del Derecho internacional —Derecho internacional penal, Derecho internacional humanitario y Derecho de la responsabilidad estatal—; y *ii) la existencia de iniciativas privadas de regulación* del sector fuera de Naciones Unidas como la Iniciativa Suiza con el Documento de Montreux y otras iniciativas de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa. Lamentablemente, esta posición inicial se mantiene en la actualidad⁷².

Así las cosas, cuando el 1 de octubre de 2010 el Consejo de Derechos Humanos examinó el Proyecto de Convenio, las delegaciones de Estados miembros participantes en el debate, la Unión Europea, el Reino Unido y Estados Unidos ni apoyaron el Proyecto ni la recomendación de establecer un *Grupo de Trabajo Intergubernamental* de composición abierta. Finalmente con ciertas enmiendas introducidas por Nigeria, el

intentos de autorregulación, ha sido nuevamente reiterada en el último informe del Grupo de Trabajo, siendo Relatora la pakistaní Faiza Patel, donde expresamente se indica que: «El Grupo de Trabajo celebra los esfuerzos encaminados a aclarar las obligaciones en el marco del derecho internacional y definir las buenas prácticas, como el Documento de Montreux, así como las iniciativas de autorregulación del sector, como el Código de Conducta Internacional para los Proveedores de Servicios de Seguridad Privados. El Grupo de Trabajo insta a los Estados a reconocer esas iniciativas como complementarias, pero no sustitutorias, de firmes marcos regulatorios internacionales y nacionales». Informe del Grupo de Trabajo..., *loc. cit.*, doc. A/HRC/21/43, p. 19, par. 69.

⁷⁰ Las recomendaciones del Grupo de Trabajo se encuentran en dos informes separados. El primero de ellos fue debatido en el mes de septiembre de 2010 en el Consejo de Derechos Humanos —Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 5 de julio de 2010, donde se anexa el *Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)*, doc. A/HRC/15/25— y el segundo se discutió en la Tercera Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre del mismo año —Informe del Grupo de Trabajo sobre Utilización de Mercenarios a la Asamblea General de Naciones Unidas, doc. A/65/325—.

⁷¹ Véase al respecto GÓMEZ DEL PRADO, J. L., «Private Military and Security Companies...», *op. cit.*, p. 438.

⁷² Sobre estas cuestiones véase GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 139.

proyecto de resolución fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos con 32 votos a favor⁷³, 12 en contra⁷⁴ y 3 abstenciones⁷⁵. Mediante esta resolución se prevé la creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta cuyo función es el examen y debate para la *elaboración de un instrumento vinculante como marco de regulación* del sector, esto es, un instrumento legal para reglamentar y controlar las consecuencias de las actividades de las EMSP en el disfrute de los derechos humanos sobre la base de las recomendaciones y el texto del Proyecto de Convenio del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios⁷⁶.

Consideramos necesaria la existencia de este *instrumento vinculante* de reglamentación y control de las actividades de las EMSP⁷⁷. La principal razón esgrimida a favor de la elaboración de un instrumento legal vinculante para reglamentar y controlar las EMPS no es otra que las *dificultades existentes para exigir las distintas responsabilidades* que en su caso pueden derivarse de la actuación de estas entidades privadas⁷⁸. Aun cuando en nuestra opinión, y como veremos desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado contratante sería posible la atribución del comportamiento de las EMSP, sin embargo, no sólo el Estado contratante puede incurrir en responsabilidad internacional, al mismo tiempo que resulta necesario *colmar otras lagunas existentes*, principalmente, en cuanto a la responsabilidad de las propias empresas⁷⁹. Como ponen

⁷³ Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bahréin, Bangladesh, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chile, China, Cuba, Ecuador, Federación de Rusia, Gabón, Ghana, Guatemala, Jordania, Kirguizistán, Libia, Malasia, Mauritania, Mauricio, Méjico, Nigeria, Paquistán, Senegal, Tailandia, Uganda, Uruguay, Yibuti y Zambia.

⁷⁴ Bélgica, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, Japón, Polonia, Reino Unido, República de Corea, República de Moldavia y Ucrania.

⁷⁵ Maldivas, Noruega y Suiza.

⁷⁶ Lamentablemente, como señalan GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU, «sin la participación del Reino Unido y de los Estados Unidos, los principales exportadores de las actividades de las EMSP, así como de otros Estados occidentales, donde la nueva industria continúa creciendo, la resolución adoptada en el Consejo de Derechos Humanos presenta el aspecto de una victoria pírrica, a menos que la sociedad civil y la opinión pública de los países occidentales ejerzan la suficiente presión sobre sus respectivos gobiernos». GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁷ Así lo viene considerando la Asamblea General de Naciones Unidas en sus últimas resoluciones. Concretamente, en su Resolución de 20 de diciembre de 2012, se indica expresamente que: «Convencida de que es importante disponer de un instrumento normativo internacional, amplio y jurídicamente vinculante para regular las empresas militares y de seguridad privadas y, a este respecto, para adoptar medidas destinadas a garantizar que rindan cuentas por violaciones de los derechos humanos y a supervisar sus actividades», A/RES/67/159, p. 2.

⁷⁸ En cuanto a la necesidad de elaborar un marco jurídico internacional para las EMSP véase JORGE URBINA, J., «El papel de las compañías militares y de seguridad...», *op. cit.*, p. 173.

⁷⁹ En este sentido, como se indica en el Informe del CICR de 2007, si bien es cierto que las EMSP no actúan en un vacío legal, pues sus empleados vienen obligados por las normas del DIH y del DIDH, en la práctica se torna casi imposible depurar la responsabilidad en la que pueden incurrir en su actuación. Expresamente, en el Informe se señala que: «Se sostiene a veces que las EMP/ESP funcionan dentro de un vacío jurídico, y que el derecho internacional no ofrece soluciones en cuanto al modo de abordar las violaciones que comete el personal de esas empresas. Esa situación ha sido tema de numerosos informes en los medios de comunicación. Hacer una afirmación tan amplia resulta incorrecto desde un punto de vista jurídico, y es importante destacar que existen obligaciones en ese sentido. Sin embargo, también es cierto que hay problemas de aplicación debido a la falta de voluntad o a la incapacidad de los Estados y

de manifiesto los informes del Grupo de Trabajo, existen multitud de alegaciones de graves violaciones de derechos humanos cometidas por empleados de las EMSP, las cuales van desde ejecuciones sumarias a actos contrarios al derecho de los pueblos a la libre determinación, pasando por denuncias por actos de tortura, detenciones arbitrarias, tráfico de personas, etc.

Dicho esto, conviene referirnos ahora al *Proyecto de Convenio* de regulación de las EMSP donde se concretan los principios generales que orientan la labor del Grupo de Trabajo en el seno de las Naciones Unidas. Hemos de partir de que el texto aspira a establecer *normas internacionales básicas y mínimas* para la regulación del sector o, lo que es lo mismo, en el supuesto de que finalmente se convierta en un tratado internacional, nos encontraríamos ante una serie de *normas primarias dirigidas a los Estados y las OIs*, aplicable a *todas las situaciones* —se definan o no como conflicto armado—. Su *objeto y fin* es, por un lado, prohibir la delegación y/o contratación de funciones inherentes al Estado —uso de la fuerza armada a las EMPS—, para garantizar el respeto y la efectividad de los derechos humanos. En efecto, lo más destacable del Proyecto de Convenio es la recomendación sobre la *prohibición de la contratación externa a las EMSP de funciones inherentemente estatales*, tras la proclamación del principio en virtud del cual, el Estado es el único detentador del monopolio del uso de la fuerza, como consecuencia de la magnitud de las funciones militares que los Gobiernos contratan al exterior y el papel creciente de las EMSP en conflictos armados, postconflictos y situaciones de conflictos de baja intensidad. Y por otro lado, el establecimiento de un *régimen* mediante el cual se *limite, controle y supervise* la actuación de las EMSP y, asimismo, se *repriman* las violaciones cometidas por los contratistas.

De acuerdo con lo anterior, los *principios generales rectores* del Proyecto de Convenio parecen estar claros, a saber: *i)* reiterar el precepto fundamental del *monopolio de la fuerza* por parte de los Estados; *ii)* reafirmar la *obligación de los Estados* para asegurar por parte de las EMSP el *respeto al DIDH y del DIH*; *iii)* definir aquellas *funciones que deben ser consideradas inherentes a los Estados* y que no pueden dejarse en manos privadas ni externalizarse⁸⁰; *iv)* proponer normativas regulatorias, tanto a nivel internacional como nacional, creando un *sistema de licencias y de registro de EMSP*; *v)* establecer un *comité internacional independiente* compuesto de catorce miembros que supervise la implementación de la convención y controle las actividades de las EMSP; y *vi)* proporcionar un sistema para la compensación de las posibles víctimas de las

otras partes interesadas para respetar las normas en la práctica». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario...», *loc. cit.*, p. 31.

⁸⁰ Como señala la doctrina, con ello se persigue «delimitar el núcleo duro de funciones no delegables. Algo así como el contenido esencial del uso de la fuerza armada legítima de competencia estatal. Se está delimitando el contenido del uso de la fuerza armada en su sentido técnico, y no se trata exactamente de regular el principio de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. El principio de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza armada tiene un objetivo y contenido muy concreto: delimita los usos ilícitos en las relaciones internacionales entre los Estados». GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 101.

acciones abusivas por parte de estas empresas de seguridad mediante la creación de un *fondo internacional de compensación* a las víctimas de carácter subsidiario⁸¹.

IV. LOS PROBLEMAS ACTUALES EN EL PLANO DE LA ATRIBUCIÓN AL ESTADO DE SU ACTUACIÓN

Una vez que nos hemos referido a los intentos de regulación del sector, conviene abordar las *cuestiones relativas a la responsabilidad internacional del Estado* de conformidad con las regulaciones examinadas, en particular el Documento de Montreux y el Proyecto de Convenio en relación con los *Estados implicados*, básicamente: el Estado *contratante*, el Estado de *operación* y el Estado de *origen*⁸². En lo que atañe al *Estado contratante* el Documento de Montreux —apartado primero— establece que: «Los Estados contratantes están vinculados por las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, aunque contraten a EMSP para llevar a cabo algunas actividades». Se trata pues de un *recordatorio* de las obligaciones internacionales del Estado, especialmente, las derivadas del DIH. Sin embargo, en lo que respecta a las cuestiones atributivas el apartado séptimo establece que:

«Si bien el hecho de establecer relaciones contractuales con las EMSP por sí mismo no entraña la responsabilidad de los Estados contratantes, éstos son responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos u otras normas del derecho internacional cometidas por las EMSP o su personal cuando esas violaciones sean imputables al Estado contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario [...] (cursivas añadidas)»⁸³.

⁸¹ Un examen detallado sobre el contenido del Proyecto de Convenio puede encontrarse en *ibíd.*, pp. 93-134.

⁸² Los términos utilizados en el Proyecto para referirse a los Estados implicados son muy similares a los empleados en el Documento de Montreux, si bien existe alguna variación. Así, *Estados contratantes* son quienes «contraten directamente los servicios de las EMSP, incluso, si procede, cuando esa empresa subcontrate sus servicios con otra EMSP o cuando una EMSP opere por medio de sus sociedades filiales» (art. 2 j) Proyecto de Convenio); los *Estados de operación* —denominado Estado territorial en el Documento de Montreux— son «los Estados en cuyo territorio opere una EMSP» (art. 2 k) Proyecto de Convenio); por *Estado de origen* «se entenderá los Estados cuya nacionalidad ostenten las EMSP, es decir, los Estados en los que estén registradas o se hayan constituido las empresas; si el Estado en el que está registrada una EMSP no es el mismo en el que están ubicadas sus principales oficinas directivas, el Estado de origen será el Estado en el que se encuentren esas oficinas» (art. 2 l) Proyecto de Convenio); y, por último, *tercer Estado* son «los Estados distintos de los Estados contratantes, de origen o de operación, cuyos nacionales estén empleados como trabajadores para una EMSP» (art. 2 m) Proyecto de Convenio).

⁸³ Este apartado séptimo concluye señalando que «la *imputación* al Estado contratante» conforme al Derecho internacional consuetudinario, tendrá lugar «en particular si las EMSP: a) Han sido incorporadas por el Estado a sus fuerzas armadas regulares, de conformidad con su legislación nacional; b) Son miembros de fuerzas, unidades o grupos armados organizados bajo un mando que es responsable ante el Estado; 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); o 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)». Las apostillas de este apartado, dan buena muestra de la

Como puede observarse, lo más destacable —aunque previsible— de esta iniciativa de regulación es la *intención de minimizar la responsabilidad del Estado contratante* al excluir expresamente *el contrato* como forma de llevar a cabo la delegación o atribución de funciones públicas a las EMSP, así como la mención expresa al *Derecho internacional consuetudinario*. A diferencia de estas disposiciones, en el Proyecto de Convenio y, partiendo de la *prohibición de la delegación o contratación* que el mismo establece en cuanto a las funciones inherentes al Estado⁸⁴, se realiza un recordatorio de las *obligaciones internacionales de los Estados implicados* cuyo incumplimiento acarrea su responsabilidad internacional, al mismo tiempo que se equipara la *delegación con la contratación*.

En efecto, los preceptos más importantes desde la *óptica de la responsabilidad del Estado son los artículos 4 y 9 del Proyecto*. En lo que respecta al artículo 4, en su párrafo primero se establece la «responsabilidad por las actividades militares y de seguridad de las EMSP» para el *Estado de origen* y el *Estado de operaciones*, las haya o no contratado él, señalando así la obligación de estos Estados de velar y supervisar las actividades de las EMSP. Como señalan GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU en sus comentarios a este precepto, en la redacción de esta disposición se parte de la premisa de que el Proyecto de Convenio no tiene por objeto abordar el problema relativo a la *atribución de un comportamiento al Estado*, al ser ésta una cuestión regulada en el Proyecto de la CDI de 2001. De este modo, la finalidad de la inclusión de esta disposición es señalar la *obligación que recae sobre el Estado de origen y de operaciones* —coincida o no con el *Estado contratante*— en cuanto a la *reglamentación, supervisión y control de las EMSP*. Como advierten estos autores, «podría tratarse de una concreción del deber general de prevención que tienen los Estados: prevención de que se cometan bajo su jurisdicción actos que puedan causar daños a otros Estados o a la comunidad internacional en general»⁸⁵. Asimismo, en el apartado segundo del precepto aludido se recoge una *obligación dirigida expresamente al Estado contratante*, la de formar a los empleados de las EMSP en materia de normas internacionales y garantizar el respeto de las mismas —proponiendo así *hacer extensiva*

intención de los redactores del Documento en lo que respecta a la responsabilidad internacional del Estado contratante.

⁸⁴ Efectivamente, como hemos señalado el Proyecto de Convenio establece una prohibición genérica sobre las funciones inherentemente estatales, la cual se concreta en *dos prohibiciones taxativas*: la participación directa en las hostilidades y los actos terroristas; a las cuales se añade una *tercera prohibición* en relación con un elenco de acciones militares que sólo estarán prohibidas cuando a través de ella se persiga algunos de los objetivos que se enuncian en el artículo 9 —lista cerrada—, tales como el derrocamiento de un gobierno o debilitamiento del orden constitucional o las bases jurídicas, económicas o financieras del Estado; la modificación, por coerción, de las fronteras internacionalmente reconocidas; la violación de la soberanía o el apoyo de la ocupación extranjera de parte o todo el territorio del Estado; ataques deliberados contra los civiles o daños desproporcionados, tales como los que se enuncian en una lista abierta de ejemplos. Véase al respecto GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁵ Concretamente, sostienen que: «Déjese claro que el Proyecto no tiene la intención aquí de entrar en normas secundarias, y concretar un criterio relativo al elemento subjetivo del hecho ilícito, la 'atribución de la responsabilidad del Estado'. No parecería correcto que lo hiciese, ni podría entrar dentro del objeto y fin de la Convención (ni de las competencias del Grupo de Trabajo regular sobre ello)». *Ibid.*, pp. 110-111.

en relación con los contratistas privados, la obligación internacional que recae sobre los Estados respecto de sus *órganos estatales* y las personas que actúan *bajo su control efectivo*—.

Ahora bien, la principal diferencia con el Documento de Montreux es la equiparación que se realiza en el artículo 9 del Proyecto de Convenio entre *delegación* y *contratación*. Aun habiendo señalado que el Proyecto de Convenio no tiene por objeto examinar las cuestiones relativas a la atribución de un comportamiento al Estado, consideramos que la equiparación que en el mismo se realiza favorece la interpretación que venimos indicando respecto de la idoneidad de la aplicación del artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 en estos supuestos, conforme a la cual es posible la atribución del comportamiento de las EMSP al Estado contratante a efectos de determinar su responsabilidad internacional cuando haya *delegado funciones públicas* a aquéllas aunque esta delegación se realice —como suele suceder en la práctica— mediante un acto del ejecutivo —*contrato*—. En efecto, el artículo 9 del Proyecto de Convenio, está destinado como indica su rúbrica a la «Prohibición de la delegación o contratación externa de ‘funciones inherentes al Estado’», si bien su objeto es por tanto prohibir que los Estados puedan delegar o contratar el desarrollo de funciones inherentemente estatales a las EMPS, en lo que respecta a la *forma en la que puede tener lugar la atribución* de prerrogativas públicas utiliza tanto el término *delegación* como el de *contratación* haciendo equiparables ambas formas de atribución de prerrogativas mediante el uso de la *conjunción disyuntiva* «o».

De esta manera, consideramos que el Documento de Montreux, deliberadamente, intenta poner el acento en las obligaciones internacionales que recaen sobre el *Estado territorial* y el *Estado de origen* —y, por ende, en la eventual responsabilidad internacional derivada de la actuación de las EMPS—, en detrimento de la responsabilidad internacional del *Estado contratante*, a diferencia del Proyecto de Convenio cuya principal novedad en el marco de las normas primarias, como hemos indicado, es hacer extensible la obligación del Estado de formar a los contratistas privados en el respecto de las normas internacionales consagradas en el DIH. No obstante, y debido a que el Proyecto de Convenio también intenta establecer obligaciones internacionales para los Estados implicados distintos del Estado contratante, debemos de tener presentes las siguientes razones que justifican la *reiteración de las obligaciones internacionales* que incumben al *Estado territorial*, así como el establecimiento de *obligaciones primarias* en relación con el *Estado de origen*, esto es, el Estado en cuyo territorio se crea la EMSP, pues indudablemente tales obligaciones internacionales pueden ser un *incentivo* para disminuir los riesgos de infracción por parte de los empleados de las EMSP y, en definitiva, para luchar contra las más indeseables consecuencias de este fenómeno⁸⁶.

⁸⁶ En este sentido, como señala PERRIN, «los Estados obedecen las leyes internacionales cuando ello conviene a sus intereses a corto o largo plazo». En el caso que nos ocupa, los Estados donde se constituyen las EMSP «garantizarán el respeto» del DIH cuando ello convenga a su reputación»; añadiendo que: «Hay pruebas evidentes de que la actividad reguladora nacional se pone en marcha cuando hay acusaciones de conductas improcedentes de las EMSP en el extranjero. Sudáfrica fue objeto de presiones internacionales para que controlase a notorias empresas con sede en ese país —en especial,

Así las cosas, aun siendo partidarios de que los actos cometidos por el personal de una EMSP deben ser *atribuibles al Estado contratante* por vía del artículo 5 del Proyecto CDI de 2001, ello no impide —al no ser incompatible— la existencia de obligaciones internacionales para el *Estado territorial* y la necesidad de establecer normas primarias en cuanto a la regulación de la actividad de estas entidades por el *Estado de origen*, cuyos incumplimientos acarreen la *conurrencia de responsabilidad internacional* del Estado territorial o del Estado de origen con la del Estado contratante. Esto es, la atribución del comportamiento de las EMSP al Estado contratante supondría la calificación del acto de los contratistas como un *hecho del Estado*, con independencia de la eventual responsabilidad internacional que podría surgir en relación con el resto de Estados implicados en el supuesto de que al mismo tiempo quedase demostrado que han violado sus obligaciones internacionales —el *Estado territorial*, normalmente, por la violación de sus obligaciones de prevención o represión de los actos de los contratistas y el *Estado de origen* por la violación de sus obligaciones de control y supervisión de las EMSP⁸⁷—.

Ahora bien, tras examinar estos intentos de regulación positiva y en lo que respecta a las *cuestiones atributivas*, la pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿Conforme a la jurisprudencia y la práctica estatal *quién responde* de las infracciones cometidas por los empleados de las EMSP? Hemos de partir de la base de que la contratación de cualquier tipo de servicios a las EMSP, por el momento, no se encuentra prohibida por el Derecho internacional, si bien compartimos con HOPPE que ello no puede suponer un *traspaso de responsabilidad*⁸⁸ como lamentablemente está sucediendo en la actualidad⁸⁹. Asimismo, hemos de advertir que se trata de un *asunto complejo*, al mismo tiempo que

Executive Outcomes— lo que dio lugar a la aprobación de la Ley de Reglamentación de la Asistencia Militar Extranjera de 1998». De acuerdo con ello, los Estados de origen tendrán un interés económico en fomentar la percepción de que las entidades privadas inscritas en su territorio son lícitas. No obstante, este autor considera que no hay que sobreestimar la fuerza de este incentivo debido a que el mismo está basado en «la presunción de que las EMSP ‘malas’ no son lucrativas» lo cual es refutado en su estudio al respecto. PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 312.

⁸⁷ Consideramos que desde la perspectiva del Estado donde operan las EMSP —*Estado territorial*— cuando fuese distinto del *Estado contratante*, el comportamiento del personal de las EMSP en su territorio debería analizarse como actos de simples particulares, esto es, desde la óptica del principio de no atribución, sin perjuicio de su eventual responsabilidad internacional por la violación de sus obligaciones de prevención o represión por parte de sus órganos estatales respecto de los actos cometidos por los contratistas.

⁸⁸ Concretamente, este autor sostiene con razón que: «At present, states are free under international law to outsource functions in armed conflict, such as guarding and protection, interrogation, or even combat, which formerly were in the exclusive domain of soldiers. However, while they may spend the money, they are not free to ‘pass the buck’ with respect to responsibility». HOPPE, C., «Passing the Buck: State Responsibility...», *op. cit.*, p. 1014.

⁸⁹ En efecto, como advierte ESPALIÚ BERDUD citando al antiguo Relator Especial sobre el mercenariado —Enrique Bernal Ballesteros— la pregunta y las consiguientes respuestas son: «¿Quiénes son responsables de las violaciones a los derechos humanos que se cometan? La empresa dirá que fueron los mercenarios actuando a título individual o excediéndose en sus atribuciones. El Estado dirá que los hechos son responsabilidad de la empresa y no de sus funcionarios o de sus fuerzas [...]». ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, p.157.

en la actualidad la responsabilidad internacional del Estado por el comportamiento de los contratistas privados sigue siendo una *cuestión controvertida*⁹⁰.

A pesar de ello, consideramos que es inadmisibles llegar a la conclusión de que en los supuestos en que los Estados celebran contratos con EMSP para que sean los empleados de éstas los que lleven a cabo funciones propias del Estado, por ejemplo, participar en hostilidades, el Estado sea *completamente irresponsable* del comportamiento de las personas que él mismo ha decidido que van a desempeñar sus propias funciones, y de ahí la virtualidad que el criterio recogido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 adquiere en estos supuestos. Su aplicación supondría la atribución al Estado del comportamiento llevado a cabo por las personas y entidades que estén desempeñando funciones públicas; más aún, si tenemos en cuenta como señala PERRIN que una de las causas de contratación de servicios a las EMSP es el *poder distanciarse de las tareas contratadas*, «política o incluso jurídicamente», pues no en pocas ocasiones se trata de funciones «inapropiadas o impopulares»⁹¹. Este autor, siguiendo a criminólogos como JAMIESON y McEVOY, sostiene que «los Estados intentan ‘enmascarar su responsabilidad en crímenes del Estado a través de la ‘tercerización tanto de los autores como de las víctimas’, incluso mediante ‘la utilización de mercenarios y firmas militares del sector privado para tercerizar las acciones ilícitas del Estado’». Asimismo, como sostiene convincentemente PERRIN siguiendo al politólogo SINGER, «un riesgo clave de las EMSP es que ‘permiten a los Gobiernos realizar acciones que de otro modo no serían posibles, como las que no recibirían la aprobación legislativa o pública’»⁹². No cabe duda por tanto, como afirma este autor, que la «combinación de la dependencia de las EMSP para que hagan el ‘trabajo sucio’ y la eliminación de la supervisión democrática es una perspectiva preocupante, que incrementa los riesgos de infracción del DIH»⁹³.

Asimismo, como venimos señalando, el *criterio decisivo* por el que se incluye y se mantiene el actual artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 es la *naturaleza de la función desempeñada* —a diferencia de lo que sucede en el artículo 8, donde el carácter de la función no es determinante, siendo el elemento decisivo la relación o el vínculo existente—, ya que el rasgo que caracteriza a estas personas o entidades es el estar

⁹⁰ En este sentido véase LABORIE IGLESIAS, M. A., «La controvertida contribución de las empresas militares...», *op. cit.*, p. 84.

⁹¹ *Cfr.* PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 316.

⁹² *Cfr.* SINGER, P. W., «Outsourcing war», *Foreign Affairs*, vol. 84, 2005, p. 119, (*Cit.* en PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 316).

⁹³ *Cfr.* PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, pp. 316-317. En términos similares, CANO LINARES señala que «otro riesgo grave que debe evitarse es que los Gobiernos traten de soslayar, a través de estas contrataciones, el control parlamentario de las actividades del Estado en el exterior. Esto es, que la ‘subcontratación’ realizada por el Ejecutivo no comporte igualmente un desconocimiento del Legislativo. Al contratar a estas empresas privadas de seguridad los Gobiernos evitan los controles parlamentarios al mismo tiempo que las emplean en conflictos armados en los que dichos gobiernos tienen intereses o quieren intervenir desplegando esas fuerzas auxiliares como milicias. Las empresas privadas de seguridad constituyen pues un elemento de su política exterior que no responde ante los respectivos Parlamentos». CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, pp. 74-75.

facultadas para ejercer determinadas funciones relacionadas con las que, como regla general, ejercen los órganos estatales. O, en otros términos, reiteramos que el fundamento del criterio de atribución contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 es la *delegación por parte del Estado* de sus propias funciones y el consiguiente *ejercicio de las mismas por parte de los particulares*.

En este orden de ideas, como tuvimos ocasión de señalar, cuando a finales del pasado siglo CRAWFORD estudió este criterio, reconoció el aumento que había tenido lugar en los últimos años en cuanto al número de entidades paraestatales que desempeñaban funciones gubernamentales y su incremento. Al mismo tiempo, justificó el mantenimiento del término *entidad* por su amplitud para poder abarcar tanto las diversas instituciones públicas como las *sociedades de Derecho privado*. Todo ello, sin perjuicio de que en las observaciones de algunos Gobiernos —como en el caso de Yugoslavia⁹⁴— se indicase la necesidad de introducir una cláusula en la que se definiese en el Proyecto qué se ha de entender por entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público, propuesta que, fue rechazada por el Relator.

En lo que respecta a los problemas aludidos sobre *la forma de delegar o autorizar el ejercicio de funciones públicas* a estas entidades, a pesar de las dificultades para determinar el cómo de la delegación, de los comentarios de CRAWFORD aludidos podríamos llegar a la conclusión que la distinción entre los particulares cuyo comportamiento podría ser atribuible por el criterio contenido en el artículo 5 y los particulares cuyo comportamiento se atribuiría por el criterio contenido en el artículo 8 es que, en el primer caso, la delegación de autoridad o la autorización se realizará *conforme al Derecho del Estado*. De este modo, podríamos considerar que en esa fórmula cabrían los contratos celebrados por un Estado —con o sin intervención del poder legislativo— con una EMSP mediante las cuales se le encomienda una función concreta de carácter estatal o una prerrogativa pública, por ejemplo, el uso de la fuerza. De existir esta autorización —aun siendo por contrato— sería esta vía la base de atribución sin necesidad de acudir al criterio contenido en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001⁹⁵.

⁹⁴ Comentarios y observaciones de los Gobiernos reproducidas íntegramente en el *ACDI*, 1980, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 111, par. 13.

⁹⁵ Es más, el propio CRAWFORD cinco años más tarde de la aprobación del Proyecto en segunda lectura, utiliza el verbo *contratar* para referirse a la forma de delegación o atribución de funciones públicas conforme al criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto. En efecto, en su Conferencia en la Universidad de Connecticut, al referirse a esta disposición, *expressis verbis* sostiene que: «A non-State actor might be engaged by the State to ‘exercise elements of the governmental authority’. Where this is the case, conduct of the non-State actor may be attributed to the State. According to ARSIWA Article 5 [...]». Nuevamente, cuando se refiere a algunos ejemplos de la práctica actual utiliza el verbo *contratar* al indicar que: «There are various situations in which non-State actors are agents of a State. For example, in recent years, in some countries, public organs have contracted with private security firms to take over the management of prisons. This is an example of a private party acting as agent of the State—a situation in which its acts will be attributed to the State for international law purposes». CRAWFORD, J., «Human Rights and State Responsibility», en Thomas J. Dodd Research Center, University of Connecticut, *12th Raymond & Beverly Sackler Distinguished Lecture Series*, 25 de octubre de 2006, p. 4.

Así pues, si atendemos a los *requisitos exigidos por este criterio de atribución* y consagrados en la fórmula aprobada en el artículo 5 del Proyecto de la CDI aquéllos son básicamente tres: *i)* entidad facultada por el *Derecho de este Estado* —vínculo de *iure*—; *ii)* autorizada para el ejercicio de *prerrogativas de poder público* —criterio funcional—; y *iii)* que el comportamiento atribuible al Estado se haya cometido cuando la persona o el grupo de personas *actuasen en esa calidad* —similitud a la exigencia establecida en relación con los órganos estatales por el artículo 4 del Proyecto CDI de 2001—, excluyéndose así la atribución de los comportamientos a título privado —diferencia por tanto respecto de la *lex specialis* que existe en relación con las fuerzas armadas en el ámbito del DIH—⁹⁶. En nuestra opinión, estos requisitos *podrían verse satisfechos* en los supuestos donde un Estado delega sus funciones estatales a una EMSP y sus contratistas y, en el ejercicio de las mismas, cometen infracciones susceptibles de ser consideradas hechos internacionalmente ilícitos.

Ahora bien, como advierte con acierto PERRIN, «la responsabilidad del Estado sigue siendo en gran medida algo teórico, y raras veces ha sido invocada en la práctica». En efecto, el razonamiento lógico que es posible realizar en un *plano teórico* no tiene, empero, su *aplicación en la práctica*. Lamentablemente, el criterio de atribución recogido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 —pese a su consagración en la obra codificadora de la CDI y su invocación reiterada por parte de la CIJ al examinar las cuestiones relativas a la atribución de un comportamiento al Estado⁹⁷—, parece quedar relegado a ser aplicado a supuestos muy puntuales, al mismo tiempo que en relación con la actuación de las EMSP se enfrenta a *serios problemas* para su aplicación. Consideramos que son *múltiples las razones* que conducen a esta realidad:

i) La existencia de una tercera parte implicada —la EMSP—. En el supuesto básico de actuación de los órganos estatales las responsabilidades que pueden coexistir son dos, la estatal y la individual; sin embargo, al aparecer un tercero en escena en este tipo de supuestos —las entidades privadas—, en la actualidad se desvía la atención de la responsabilidad internacional del Estado, girando el debate en torno a la *responsabilidad que debe exigirse a las EMSP*. De la misma forma que en los supuestos de concurrencia de responsabilidad individual y estatal, donde estimamos que la depuración de ambos tipos de responsabilidad es necesaria, en estos supuestos aun

⁹⁶ Efectivamente, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo al Convenio IV de La Haya de 1907, el Estado es responsable de los actos realizados por las personas que forman parte de sus fuerzas armadas en contravención del Reglamento anexo al Convenio, con independencia de que hubiesen actuado en su calidad de órganos o a título privado. Esta disposición especial en materia de atribución fue confirmada posteriormente en el artículo 91 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo I), aprobado en 1977, el cual establece que la parte en conflicto: «Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas». Estaríamos ante un claro ejemplo de *lex specialis* en el ámbito de las normas de atribución. Véase al respecto SASSÒLI, M., «La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario», *RICR*, núm. 846, 2002. Versión digital disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecbx.htm> (visitada el 11-IV-2013).

⁹⁷ En este sentido véase CIJ, *Asunto de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia de 19 de diciembre de 2005, pp. 62 y 78, parás, 160 y 213-214, respectivamente.

tratándose de *relaciones más complejas*⁹⁸, consideramos que ello no puede propiciar que el Estado decline su responsabilidad internacional.

Es más, en esta práctica de ambas partes —Estado contratante y EMSP— de *declinar y traspasar su responsabilidad* por las infracciones cometidas por los contratistas, es indudable que ambas partes se benefician consiguiendo, en la mayoría de los casos, eludir su responsabilidad en *detrimento de las víctimas*. Dada la realidad actual donde no existen condenas contra los Estados por la actuación de las EMSP, la única opción al alcance de las víctimas es intentar *obtener una reparación demandando a la entidad privada*; sin embargo, el problema al que se enfrentan las víctimas cuando demandan ante las jurisdicciones nacionales es *la estrategia que actualmente están utilizando las EMSP*. En efecto, en los últimos años en aplicación de la ATCA y en lo que respecta a las EMSP⁹⁹, *los demandantes*, como señala PASTOR PALOMAR, son de tres tipos: i)

⁹⁸ Es posible que una *misma violación* del Derecho internacional —en sectores como el DIDH— origine el surgimiento de *distintos tipos de responsabilidades*. Como señala CANO LINARES, «se deben distinguir tres niveles de responsabilidad correspondientes a los tres vértices de la relación triangular que se produce con la presencia de las empresas militares y de seguridad sobre el terreno de un conflicto armado: individuo, Estado y empresa». CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 69. Sobre la responsabilidad penal individual del personal de las EMSP y las dificultades existentes en la actualidad para su depuración, véanse GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security...», *op. cit.*, pp. 541-549; SAURA ESTAPÁ, J., «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra...», *op. cit.*, pp. 257-258; y SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, pp. 18-19. Sobre la responsabilidad de las EMSP, al no existir consenso en la actualidad sobre la subjetividad internacional de las empresas y, por ende, al ser controvertida su eventual responsabilidad internacional, los principales estudios de la doctrina versan sobre la responsabilidad civil o penal que podría exigirse a estas entidades privadas en los ordenamientos internos. Al respecto véase GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security...», *op. cit.*, pp. 549-557.

⁹⁹ En la actualidad, ante la imposibilidad práctica de exigir la responsabilidad penal individual a los empleados de las EMSP como autores de las violaciones del DIDH, la vía que se está siguiendo es la exigencia de *responsabilidad civil por daños y perjuicios a las entidades privadas*. Los casos más conocidos de exigencia de responsabilidad a entidades privadas por la violación del DIDH han tenido lugar en Estados Unidos a través de la conocida como *Alien Tort Claims Act* de 1789 (ATCA). Se trata de un mecanismo de responsabilidad civil ante los tribunales estadounidenses mediante el cual las víctimas de las violaciones referidas intentan obtener la reparación de los daños sufridos, con independencia del lugar de los hechos y de la nacionalidad de la víctima exigiéndose para la competencia del Tribunal que el demandado se encuentre en territorio estadounidense en el momento de la interposición de la demanda —jurisdicción *ratione personae* sobre el demandado—. Sobre la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales estadounidenses en aplicación de la ATCA por la que se responsabiliza a empresas privadas de conformidad con el Derecho internacional por violaciones graves de los derechos humanos pueden verse CAPELLÀ i ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 337-339; CLAPHAM, A., «Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto», *RICR*, núm. 863, 2006, pp. 1-38, [pp. 26-36]; MONGELARD, E., «Responsabilidad civil de las empresas...», *op. cit.*, pp. 354-363; ZAMORA CABOT, F. J., «Los derechos fundamentales en clave del Alien Tort Claims Act of 1789 de los EE.UU. y su aplicación a las corporaciones multinacionales: 'The ATCA revisited'», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 333-366; POZO SERRANO, M. P. y HERNÁNDEZ MARTÍN, L., «El marco jurídico de las CMSP...», *op. cit.*, pp. 339-347; FARRELL, N., «Attributing Criminal Liability to Corporate Actors», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 8, 2010, pp. 873-894, [pp. 885-886]; AMOROSO, D., «Moving towards Complicity as a Criterion of Attribution of Private Conducts: Imputation to States of Corporate Abuses in the US Case Law», *Leiden Journal of International Law*, núm. 24, 2011, pp. 989-1007, [pp. 999-1105];

militares que sufren daños imputados a la empresa privada de seguridad; *ii*) empleados de las empresas contra las mismas empresas; y *iii*) demandas de terceros contra las empresas. Son este tercer tipo de demandas las que nos interesan en esta sede¹⁰⁰. A modo de ejemplo, a través de esta vía el Centro para los Derechos Constitucionales en nombre de los prisioneros de *Abu Ghraib* en 2004, presentó una demanda contra las compañías *CACI International Inc.* y *Titan Corp.* contratadas por Estados Unidos para proporcionar servicios de interrogación e interpretación a las fuerzas de la coalición en Irak.

Sin embargo, la estrategia utilizada por las EMSP demandadas para *eludir su responsabilidad* consiste en intentar demostrar que su personal estaba integrado en la estructura militar del Estado contratante o que los contratistas recibían instrucciones o estaban bajo el control efectivo de los órganos estatales. Bajo este argumento las demandas presentadas contra ellas por las víctimas serían desestimadas, quedando el Estado como único sujeto al que podría exigírsele responsabilidad internacional por los actos de los contratistas privados. Como señalan POZO SERRANO y HERNÁNDEZ MARTÍN, éste fue el argumento que se maneja en el asunto *Ibrahim v. Titan Corp.* (2005)¹⁰¹. Efectivamente, en este caso el órgano judicial alcanzó la conclusión de que las tareas de interpretación se habían realizado bajo órdenes directas y control exclusivo del personal militar y, en consecuencia, archivó la demanda. No obstante, en el asunto *Al Shimari v. CACI* (2007) se alcanzó una conclusión más satisfactoria, en la medida en la que el órgano judicial estimó que los interrogadores actuaron bajo una *doble cadena de mando* —fuerzas armadas y EMSP— salvando su competencia para conocer del asunto admitiendo que la empresa podría, por tanto, haber incurrido en responsabilidad civil¹⁰².

Por todo ello, y con el objetivo de que ambas partes *no intenten traspasar su responsabilidad en detrimento de las víctimas*, consideramos que si los contratistas en el ejercicio de las funciones que fueron objeto de delegación a la EMSP, cometen

REQUEJO ISIDRO, M., «Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿El fin del ATS?», *InDret*, 3/2011, pp. 1-38; y ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente», *El tiempo de los derechos*, núm. 1, 2012, pp. 1-25.

¹⁰⁰ Exactamente, como hemos indicado ante violaciones del Derecho internacional, las víctimas o sus familiares podrán interponer sus demandas contra *personas físicas o jurídicas*. En la práctica la mayoría de las ocasiones las demandas van dirigidas contra personas jurídicas, pues desde que en la década de los ochenta resurgió su aplicación se han presentado demandas contra grandes firmas, tales como Unocal, Bridgestone o Nestle, entre otras. No obstante, es posible encontrar ejemplos de demandas presentadas contra personas físicas como la interpuesta por el Centro para los Derechos Constitucionales contra Radovan Karadzic por genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en Bosnia. Véase al respecto POZO SERRANO, M. P. y HERNÁNDEZ MARTÍN, L., «El marco jurídico de las EMSP...», *op. cit.*, p. 345.

¹⁰¹ Sobre estos asuntos véase *ibíd.*, pp. 330-331.

¹⁰² Como advierten POZO SERRANO y HERNÁNDEZ MARTÍN «esta interpretación resulta pertinente sólo a los efectos de la eventual responsabilidad civil de las compañías, pero no repercute en la responsabilidad individual de los empleados que participaron en tales casos». *Ibíd.*, p. 332. Habría que añadir, no obstante, que tampoco sería pertinente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional del Estado contratante.

infracciones susceptibles de ser calificadas de hechos internacionalmente ilícitos, aquellas infracciones merecen la consideración de *hecho del Estado* y, en consecuencia, el Estado contratante tiene que ser declarado *internacionalmente responsable*. Cuestión distinta es cuándo y cómo el Estado podría *repetir la indemnización* que en su caso hubiese tenido que satisfacer como consecuencia de su responsabilidad internacional. No obstante, se trata de cuestiones que exceden del ámbito del Derecho internacional debiendo ser resueltas por el Derecho interno de cada Estado.

ii) *La falta de precedentes y de practica estatal* al respecto, lo que ha llevado a la doctrina a sostener distintos fundamentos de atribución del comportamiento del personal de las EMSP al Estado. Hemos de indicar que, cuando desde el mundo académico se examina la posible atribución al Estado de los hechos lesivos cometidos por los contratistas privados, se acude normalmente a los criterios contenidos en los artículos 5 y 8 del Proyecto CDI de 2001¹⁰³. Mayoritariamente, la doctrina concluye su examen desechando la aplicación del criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 y estimando aplicable a estos supuestos el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001. En efecto, aunque en un primer momento argumentan como criterio de atribución —o aluden a él— el consagrado en el artículo 5 del Proyecto de la CDI, al menos para cubrir los actos realizados por los contratistas privados en el marco de las actividades desempeñadas por las EMSP que caen en el ámbito de las prerrogativas públicas del Estado —v.g. participación en hostilidades—; acto seguido estiman su no aplicación al interpretar que la delegación de atribuciones del poder público debe realizarse *de conformidad a Derecho*, de modo que la existencia de un *contrato* entre el poder ejecutivo y la entidad privada no es base suficiente para la atribución, quedando así estos supuestos fuera del ámbito de aplicación del criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001¹⁰⁴. No obstante, incluso entre quienes defienden esta postura se reconocen las dificultades en cuanto a la forma específica en la que el derecho interno tiene que proceder a la delegación de las prerrogativas públicas. Así las cosas, partiendo de esta interpretación que no compartimos sobre la *forma de delegación de funciones públicas*¹⁰⁵, un sector de la doctrina excluye su aplicación —y, por ende, la calificación de los contratistas como agentes *de iure*—, exigiendo en estos supuestos la concurrencia

¹⁰³ Sin perjuicio de que en algunas ocasiones se acuda al principio básico contenido en el artículo 4. Concretamente, GILLARD esgrime la posible atribución al Estado de los actos de los contratistas por esta vía en un supuesto específico: cuando los contratistas privados pasan a formar parte —o se integran— en las fuerzas regulares del Estado que las contrata. En tales casos, se sostiene que desde ese momento pasan a ser órganos del Estado. GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security...», *op. cit.*, p. 554.

¹⁰⁴ A modo de ejemplo de esta postura, GILLARD sostiene expresamente que: «The requirement that the entity be 'empowered by the law of that state' however, significantly limits the scope of the provision. [...] The existence of a contract between the state and the company is obviously not sufficient per se to bring the latter within the scope of the provision». *Ibid.*, pp. 554-555.

¹⁰⁵ Al respecto, hemos de reiterar que en los comentarios de la CDI al artículo 5 del Proyecto de 2001 ni se exige que la delegación de funciones públicas se realice por ley, ni se excluye la posibilidad de que pueda tener lugar por actos del ejecutivo, pues se limita a guardar silencio sobre la forma de la delegación. A juicio de la Comisión, lo determinante es que se trate de personas o grupos de personas facultadas —aunque sólo sea en una medida limitada o en un contexto preciso— para ejercer atribuciones del poder público.

de los requisitos contenidos en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001 para calificar a los particulares como agentes *de facto*, a saber: *instrucciones, dirección o control*¹⁰⁶.

Asimismo, otro sector doctrinal suele considerar necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos por ambos criterios de atribución —*delegación de funciones y control efectivo por parte del Estado en el momento de la infracción*¹⁰⁷—. Esta exigencia acumulativa de ambos requisitos, tal vez obedezca a que, en la *única ocasión* en la que se planteó ante el Tribunal de La Haya un supuesto donde podría haberse argumentado la atribución por vía del artículo 5 del Proyecto CDI de 2001, la CIJ prefirió acudir al criterio contenido en el actual artículo 8 del Proyecto. Nos estamos refiriendo a la sentencia que puso fin al asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) en relación con el comportamiento de los *Unilaterally Controlled Latino Assets* (UCLAs)¹⁰⁸. No obstante, si bien en aquel

¹⁰⁶ En este sentido, desechando el criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 por no entender suficiente el contrato, FRANCIONI exige el control por parte del Estado, acudiendo implícitamente al criterio consagrado en el artículo 8 del mismo texto en relación con la atribución del comportamiento de los empleados de las EMPS al Estado contratante. Expresamente, sostiene que: «[...] private military ‘contractors’ are by definition only in a contractual relation with the hiring state. Thus their acts are not in principle acts of state but acts of private persons, even though their services often entail carrying weapons and exposing other persons to the risk of injury». FRANCIONI, F., «Private Military Contractors and International Law: An Introduction», *EJIL*, vol. 19, núm. 5, 2008, 961-964, [p. 962].

¹⁰⁷ Así por ejemplo, JORGE URBINA sostiene que «la condición de pertenecer a una parte en conflicto significa la existencia de una vinculación de hecho entre el grupo armado en cuestión y el Estado en cuyo nombre actúa que ponga de relieve esta circunstancia. En el caso de las EMSP, este requisito se vería cumplido con la existencia de un contrato con el Estado en el que se definan las funciones que la empresa va a desempeñar en su nombre. No obstante, entendemos que también sería necesario que el personal de estas empresas actúe de un modo u otro siguiendo las instrucciones o bajo la dirección o el control de esa parte en conflicto». Por su parte, ESPALIÚ BERDUD, tras considerar equiparables a los mercenarios con el personal de las EMSP, señala que «las reglas que hemos evidenciado más arriba acerca de la responsabilidad de los Estados por las actividades de los mercenarios se aplican *mutatis mutandi* a los empleados de las compañías militares privadas [...]. Es decir que el Estado no asumirá ninguna responsabilidad salvo que éste tuviera el control de la operación llevada a cabo y ello si el comportamiento denunciado podía considerarse como una parte integrante de la operación en cuestión». Esta posición doctrinal es también defendida por otros autores como SAURA ESTAPÁ o PASTOR PALOMAR. Véanse JORGE URBINA, J., «El papel de las compañías militares y de seguridad...», *op. cit.*, p. 157; ESPALIÚ BERDUD, C., *El estatuto jurídico de los mercenarios...*, *op. cit.*, pp. 157-158; SAURA ESTAPÁ, J., «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra...», *op. cit.*, pp. 254-255; SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, p. 16; y PASTOR PALOMAR, A., «*Blackwater* ante el Derecho internacional...», *op. cit.*, p. 427.

¹⁰⁸ En cuanto a la atribución de los hechos cometidos por este grupo a Estados Unidos, la Corte consideró que se trataba de personas que actuaban de hecho *por cuenta del Estado*, esto es, el criterio recogido en el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996 conforme a los términos empleados en 1974. Los fundamentos considerados por la CIJ para atribuir a Estados Unidos el comportamiento de los UCLAs fueron básicamente tres: *i*) la existencia de *instrucciones específicas* en relación con los actos contrarios al Derecho internacional; *ii*) la actuación *bajo supervisión* de autoridades estadounidenses; y *iii*) la participación de agentes estadounidenses en la *planificación, dirección, apoyo y ejecución* de las operaciones. CIJ, *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua contra Estados Unidos), Sentencia de 27 de junio de 1986, p. 35, pará. 75.

momento podría estar justificado el fundamento de atribución esgrimido por la Corte¹⁰⁹ —a pesar de no haber sido el más correcto como indicó AGO en su opinión individual a la sentencia¹¹⁰—, no llegamos a comprender muy bien el porqué en la actualidad la doctrina se empeña en solapar los requisitos exigidos por ambos criterios. Más aún cuando en los comentarios de la CDI expresamente se indica que en estos casos, a diferencia de lo que sucede con la aplicación del artículo 8, «no es necesario demostrar que el comportamiento se verificó efectivamente bajo el control del Estado»¹¹¹, y la CIJ reconoce en la actualidad el carácter consuetudinario del criterio de atribución recogido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001.

¹⁰⁹ Consideramos que la CIJ estando ante el comportamiento de particulares que podía ser atribuido al Estado acudiendo a ambas vías, actuales artículos 5 y 8 —delegación de funciones públicas, pero también existencia de instrucciones del Estado— le resultó más cómodo fundamentar su decisión acudiendo al criterio contenido en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001. Ello pudo ser así por el hecho de que en ese momento este criterio ya era considerado como parte del derecho internacional consuetudinario, a diferencia de la dudosa naturaleza consuetudinaria que en aquella época se atribuía al criterio contenido en el artículo 5 —cuya inclusión en el Proyecto si bien estaba justificada era más bien una propuesta de desarrollo progresivo—. Esto es, la Corte al ser posible en relación con los UCLAS esgrimir cualquiera de los dos criterios de atribución prefirió seguir el camino más sencillo, debido a que los actos de los UCLAS que finalmente consideró atribuibles a Estados Unidos lo hubiesen sido tomando como fundamento un criterio u otro. Es decir, la conclusión alcanzada en esta situación particular hubiese sido exactamente la misma. Ahora bien, que en este asunto concreto la conclusión en cuanto a qué hechos eran atribuibles fuese la misma no significa que ello siempre sea así. En este sentido, hemos de recordar la importancia que tiene acudir al criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto de la CDI de 2001. Recuérdese que la calificación de los particulares o entidades como personas facultadas para el ejercicio de prerrogativas del poder público, acarrea que el Estado *responda de la totalidad de sus actos, incluidos los ultra vires*; por el contrario, la consideración de los contratistas privados como particulares que —conforme la redacción actual— actúan por instrucciones, bajo la dirección o el control del Estado, supondrá en la mayoría de las situaciones la irresponsabilidad del Estado por los actos *ultra vires* que aquéllos cometan. No compartimos con OLLESON que se alcance el mismo resultado fundamentando la atribución a través del criterio contenido en el artículo 5 o en el 8 del Proyecto CDI de 2001. Concretamente, este autor sostiene que «It does not matter for this purpose whether this result flows from the principle stated in Article 5 of the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts or that stated in Article 8. The result is the same». El resultado como venimos indicando no es el mismo. Si se entiende que se trata de personas facultadas para el ejercicio de prerrogativas públicas —atribución por vía del artículo 5, considerándolos agentes *de iure*— es posible atribuir los actos *ultra vires*; sin embargo, si se considera que se trata de personas que actúan por instrucciones o bajo la dirección o control del Estado —atribución por vía del artículo 8, considerándolos agentes *de facto*— el Estado exclusivamente responderá del acto en cuestión. Véase OLLESON, S., *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 64.

¹¹⁰ En efecto, coincidimos con las observaciones de AGO manifestadas en su opinión individual sobre el criterio de atribución aplicable a los UCLAs. En su opinión, la conclusión alcanzada por la Corte era correcta, pero hubiese sido más apropiado atribuir los hechos a Estados Unidos por la vía del artículo 7 del Proyecto CDI de 1996 —actual artículo 5 en el Proyecto CDI de 2001—. Más que simple particulares que actuaban de hecho por cuenta de Estados Unidos, se trataba de particulares que ejercían prerrogativas del poder público previamente autorizadas por el Estado, siendo además —como queda probado en la sentencia— *retribuidos* por el desempeño de aquellas funciones en el marco del conflicto nicaragüense. CIJ, *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, loc. cit., Opinión individual de R. AGO, p. 188, pará. 15.

¹¹¹ Cfr. Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones (23 de mayo - 1 de junio y 2 de julio - 10 de agosto de 2001), Documentos oficiales del 56º periodo de sesiones, Suplemento nº 10, A/56/10, p. 81, pará. 7.

iii) La posibilidad de que el Estado incurra en *responsabilidad internacional por la violación de las obligaciones positivas existentes en el DIH*. Esto es, en vez de considerar que el comportamiento de los contratistas privados es atribuible al Estado contratante y, ante la necesidad de hacerlo responsable internacionalmente, se acude por parte de la doctrina a esta solución alternativa consistente en considerar al Estado internacionalmente responsable por la actuación de sus órganos en relación con el comportamiento observado por los contratistas¹¹². Como es sabido, que el comportamiento de particulares no pueda ser atribuible a un Estado, —por ejemplo por la imposibilidad de aplicar los criterios contenidos en los artículos 5 y 8 del Proyecto CDI de 2001— no impide que el Estado haya podido incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en relación con aquellos hechos lesivos. En estos supuestos, no se atribuye el comportamiento de las personas o entidades al Estado, esto es, los actos lesivos de los particulares no son reputados *hechos del Estado*, sino que el origen de la responsabilidad se encuentra en el comportamiento de sus propios órganos contrario a sus obligaciones internacionales, normalmente obligaciones de prevención y/o represión, sin perjuicio de que en algunas ocasiones esta responsabilidad internacional acarrea para el Estado la obligación de reparar la totalidad del resultado lesivo cometido por los particulares¹¹³.

Veamos cómo se alcanza esta solución para los problemas que plantea el uso de EMSP en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. En determinados ámbitos —DIDH y DIH— los Estados además de las *obligaciones negativas* —obligaciones de no hacer— tienen en la actualidad *obligaciones positivas* —obligaciones de hacer—. En lo que respecta al *ius in bello*, dentro de estas obligaciones positivas se encuentra el deber de *hacer respetar* o de *garantizar* el respeto del DIH conforme a lo establecido en el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra. De esta manera, los Estados vienen obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar que sus fuerzas armadas cumplan las disposiciones de este sector normativo, lo cual se realiza no sólo con la *divulgación, formación y capacitación* conforme a estas normas, sino también con la *supervisión* de la actuación de aquéllas.

La pregunta inmediata es por tanto ¿existe esa misma obligación sobre el Estado contratante en relación con los empleados de las EMSP? La respuesta parece ser afirmativa cuando los contratistas privados se integran en las fuerzas armadas o como señala la doctrina cuando se encuentran «acting on its behalf or under its direction and control»¹¹⁴. Pero ¿y en el resto de supuestos? Si el *Estado delega o contrata funciones*

¹¹² En este sentido, GILLARD sostiene que: «Yet situations in which the acts of contractors cannot be attributed to a state may still lead to direct responsibility of the state for its own violations of the law. This responsibility may arise because the state failed either to meet its obligations under international humanitarian law or to take the necessary steps to ensure respect of the law». GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security...», *op. cit.*, p. 556.

¹¹³ Esta obligación de reparar la totalidad del resultado lesivo suele tener lugar en los supuestos de responsabilidad internacional del Estado por violación de sus *obligaciones positivas* en el ámbito del DIDH, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos regionales encargados de la protección de los derechos humanos.

¹¹⁴ *Cfr.* GILLARD, E. C., «Business goes to war: private military/security...», *op. cit.*, p. 551.

inherentemente estatales, ¿se libera de sus obligaciones internacionales conforme al DIH? Una respuesta afirmativa resulta inaceptable. Bajo el argumento de que las EMSP no pasan a formar parte de la cadena de mando regular, al tiempo que sus operaciones no se coordinan con las operaciones militares del Estado contratante, sino que actúan de forma independiente, se defiende por parte de los Estados contratantes su ausencia de responsabilidad internacional por los hechos lesivos que cometan los contratistas en el desempeño de las funciones delegadas o contratadas. Esta realidad actual es la que pretende cambiarse a través de un marco regulador específico del sector mediante la creación de nuevas *normas primarias*. En este sentido, recuérdese que una de las obligaciones internacionales que se contiene en el artículo 4 del Proyecto de Convenio de las EMSP de 2010, es la obligación del Estado contratante de *hacer respetar* el DIH por parte de los contratistas privados.

No obstante, partiendo de la inexistencia en la actualidad de este marco regulador, para poder determinar la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones positivas en relación con el comportamiento de los empleados de las EMSP es necesario *distinguir dos supuestos*. Esto es, ante la imposibilidad de atribuir los actos de los contratistas privados al Estado contratante mediante la aplicación de los criterios de atribución del comportamiento, para determinar si el Estado aún así ha incurrido en responsabilidad internacional por violación de sus obligaciones internacionales es necesario distinguir si el Estado contrata los servicios de las EMSP para que éstas *desarrollen su actividad en su propio territorio* durante un conflicto armado o en *el territorio de otro Estado*. En el *primer supuesto*, el Estado viene obligado internacionalmente por las normas del DIH y el DIDH —*obligaciones negativas y positivas*—¹¹⁵. Esto es, los órganos estatales se encuentran vinculados por las obligaciones positivas de los Estados en relación con la conducta de los empleados —

¹¹⁵ En efecto, en el *ámbito del DIDH* los Estados vienen obligados a asegurar, proteger y garantizar los derechos humanos —v.g. art. 1 CEDH; art. 2 PIDCP; y art. 1 CADH—. Así pues, ante la no atribución de los hechos de los empleados de las EMSP al Estado, se han de considerar que son particulares, viniendo los Estados obligados a *prevenir y reprimir* las violaciones de los derechos humanos que pudiesen cometerse. El problema reside en el grado de diligencia que es exigible a los órganos del Estado en estos supuestos para considerar que han violado su obligación general de prevención o represión. Se trata de una cuestión que nos sitúa en el *ámbito de las normas primarias*. En estos supuestos los problemas no vienen dados por la concurrencia del elemento subjetivo sino del elemento objetivo, esto es, de si ha tenido lugar la violación de la obligación internacional impuesta al Estado, donde el *grado de diligencia exigida* va a depender de las circunstancias concretas, lo que obliga a determinar los factores que han de tenerse en cuenta en tales situaciones, tales como: el riesgo existente de que se cometan violaciones del Derecho internacional —teniendo en cuenta en este factor los actores en juego, como por ejemplo el grupo protegido— o el tipo de actividad contratada, por ejemplo, si se trata de una actividad potencialmente peligrosa. La valoración de estos factores determinarán el mayor o menor grado de diligencia exigida al Estado. De ahí que, como señala LEHNARDT, algunas de las medidas que se pueden exigir al Estado cuando, como consecuencia de las circunstancias se le exija un especial grado diligencia, pueden ser: garantizar la supervisión, la formación adecuada y la investigación de los antecedentes del personal de la empresa contratada, pudiendo incluso llegar a exigírsele la integración de los contratistas en la cadena de mando. Asimismo, en el caso de que hubiese tenido lugar la violación, el Estado vendrá obligado a investigar los hechos y, en su caso, sancionar a los responsables. LEHNARDT, Ch., «State Responsibility and Private Military...», *op. cit.*, pp. 73-75.

obligaciones de prevenir los abusos de los derechos humanos—¹¹⁶, obligaciones de debida diligencia que son exigibles cuando los hechos tienen lugar en el *territorio de un Estado o bajo su jurisdicción*. Esta solución, desde el punto de vista de la reparación a las víctimas viene a ser equiparable a la atribución del comportamiento de las EMSP al Estado, pues de quedar probada la violación por parte de los órganos estatales de sus obligaciones positivas de conformidad con el DIDH, el Estado responderá del *resultado lesivo* causado por los contratistas privados. Consideramos que a este *primer supuesto* son equiparables los territorios *bajo el control efectivo* del Estado —*potencia ocupante*, mediante una administración directa o indirecta de un territorio¹¹⁷—.

Ahora bien, en el *segundo de los supuestos*, esto es, el Estado que contrata los servicios de las EMSP para que *desarrollen su actividad en el territorio de otro Estado*, aquél no viene obligado por estas obligaciones relativas a su territorio o zonas bajo su jurisdicción o control, de manera que las *únicas obligaciones* exigibles son las establecidas por el DIH, consistentes en «respetar y hacer respetar» (artículo 1 de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I). En lo que respecta a los contratistas privados, el Estado viola estas obligaciones si no introduce en los contratos *cláusulas específicas de respeto de las normas protectoras de los derechos humanos en general*¹¹⁸. En consecuencia, de ser posible probar que el Estado incumplió sus *obligaciones* conforme al DIH —concretada en estos casos en la no inclusión de cláusulas específicas en el contrato—, incurrirá en responsabilidad internacional por la aplicación del principio básico en virtud del cual el Estado responde de la actuación de sus órganos por no haber adoptado ningún tipo de medida tendente a supervisar y controlar al personal de las EMSP para que respetasen el DIH. Ahora bien, limitar la responsabilidad internacional del Estado contratante únicamente a la violación de su obligación internacional de *hacer respetar* el DIH en estos supuestos donde ha delegado en contratistas privados el ejercicio de funciones públicas, es una *solución poco satisfactoria*. Más aún cuando esta opción, si bien podría ser deseada ante la ausencia de

¹¹⁶ En este sentido, como indican GÓMEZ DEL PRADO y TORROJA MATEU, en el Proyecto de Convenio de las EMSP «se reafirma la responsabilidad de los Estados en relación con los servicios que prestan las EMSP. Los Estados tienen la responsabilidad de aplicar en el ámbito nacional las obligaciones contraídas en virtud de los tratados de derechos humanos incluyendo la adopción de la legislación pertinente, así como otras medidas que sean necesarias para dar efecto a esas obligaciones. A este respecto, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas oportunas para prevenir, investigar, sancionar y proveer remedios eficaces por los abusos que hayan podido cometer las EMSP y su personal. La responsabilidad de los Estados, que permanece aun cuando éstos hayan contratado externamente algunas de sus funciones, ha sido resaltada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El Comité declaró que ‘la contratación al sector privado comercial de actividades esenciales que implican la utilización de la fuerza y la detención de personas no exime a un Estado Parte de sus obligaciones de conformidad con el Pacto’». GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁷ En efecto, la Corte en el asunto que enfrentó a la República Democrática del Congo contra Uganda, consideró a este último Estado responsable de los hechos cometidos por los rebeldes en zonas donde, previamente, había considerado a este Estado como potencia ocupante. CIJ, *Asunto de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, *loc. cit.*, pp. 66-67 y 116, parás. 175 a 179 y 345, respectivamente.

¹¹⁸ En este sentido véanse CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, pp. 74-77 y GÓMEZ DEL PRADO, J. L. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional...*, *op. cit.*, p. 77.

responsabilidad internacional por parte del Estado contratante, parece estar *deliberadamente diseñada por los propios Estados* para incurrir —en su caso— en una responsabilidad internacional que podríamos denominar menor.

En otros términos, esta solución desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado *favorece al Estado contratante* pues viene a *desplazar al criterio* aplicable en estos supuestos y, por tanto, le permite al Estado eludir la atribución del comportamiento de los contratistas privados. Efectivamente, si un Estado delega el ejercicio de funciones públicas en una EMSP y no ejerce respecto del desarrollo de estas funciones ningún tipo de supervisión o control, ello se convierte en la *coartada perfecta* para evitar que los actos lesivos de los contratistas privados se consideren *hechos del Estado*. De esta forma se evita la atribución del comportamiento de los contratistas privados y el Estado incurre en responsabilidad internacional no por los hechos de aquéllos, sino por la propia actuación de sus órganos consistente en violar su obligación de *hacer respetar* el DIH. En otros términos, hechos violatorios del DIH que deben ser considerados *hechos de Estado*, esto es, atribución del comportamiento de los empleados en violación del DIH al estar desempeñando funciones propias del Estado —por vía del artículo 5 en aplicación conjunta con el artículo 7 actos *ultra vires*—, acabarían acarreado —a lo sumo— responsabilidad del Estado por falta de prevención o represión, considerando que en estos casos no conllevaría la reparación del resultado lesivo causado por los contratistas privados. Al mismo tiempo, consideramos que esta solución *desincentiva completamente* a los Estados para que supervisen y controlen el ejercicio de las funciones previamente delegadas a las EMSP. Asimismo, piénsese que en este segundo grupo de supuestos nos encontramos ante supuestos donde el *Estado contratante no es el Estado territorial*, por tanto, es la solución aplicable a los países que suelen usar los servicios de las EMPS para operar en otros territorios como es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos o Reino Unido. Para concluir, insistimos en la idea de que los supuestos en los que se faculta a una empresa privada para el ejercicio de prerrogativas del poder público con carácter general —con independencia de la *forma en la que tenga lugar la atribución* del ejercicio de esa función y, asimismo, de si el Estado se limita o no a delegar esa función pública en la entidad privada sin intervenir en el desarrollo y en la ejecución de la misma, mediante *instrucciones* u *órdenes*— deben subsumirse en el criterio de atribución recogido actualmente en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001. Esto es, la *totalidad del comportamiento* de las personas que desarrollen la función estatal autorizada, tiene que atribuirse al Estado en aras a determinar su responsabilidad internacional.

V. REFLEXIONES FINALES

A modo de recapitulación, a los *problemas* que se plantean por el uso de las EMSP en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, *podrían darse tres soluciones*. La primera, la imposibilidad de la delegación de funciones inherentemente estatales, que es la *propuesta por el Grupo de Mercenarios*. La segunda, *considerar que es aplicable el artículo 5* del Proyecto CDI de 2001 y, por tanto, toda su actuación —incluidos los actos *ultra vires*— sería atribuible al Estado contratante. La tercera, la que se está

articulando en defecto de las anteriores, se justifica en la *no atribución* al Estado del comportamiento de los contratistas privados bajo el pretexto de que en el desempeño de esa función los contratistas no están bajo el mando o bajo las órdenes del Estado —al considerar estos supuestos subsumibles en el criterio del artículo 8 del Proyecto CDI de 2001— y, en su caso, se aspira a considerar responsable internacionalmente al Estado contratante por la violación de sus obligaciones positivas, en virtud, del DIH.

Estimamos que es, por tanto, *extremadamente sencillo para el Estado en estos supuestos eludir su responsabilidad*, basta delegar el uso de la fuerza en una EMSP y desentenderse de la ejecución de la misión encargada. Consideramos que, o bien debería *prohibirse la delegación del uso de fuerza* —solución deseada pero poco realista— o, bien hacerle *responsable internacionalmente del comportamiento* de la entidad en el desarrollo de la ejecución de esa función, siendo la base de la atribución el criterio contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001. De ser así, el Estado se aseguraría y comprobaría la «reputación» de la empresa antes de la delegación y, en su caso, no se desentendería del desarrollo y ejecución de la tarea, sino que pondría al personal de la empresa bajo la autoridad o el mando de un superior de sus fuerzas armadas. Esto es, la aplicación del criterio recogido en el artículo 5 del Proyecto de la CDI en estos supuestos conllevaría, en última instancia, que los Estados fuesen más diligentes en la delegación y/o contratación y, asimismo, se verían constreñidos realmente a que los contratistas respetasen las normas del DIH y del DIH. Todo ello, sin perjuicio de que internamente el Estado con posterioridad —y de conformidad con las normas de su Derecho interno— pudiese exigir a la EMSP responsabilidad por la conducta de sus empleados, incluso, mediante una acción de repetición.

A su vez, estos razonamientos se encuentran estrechamente ligados con principios básicos y tradicionales de la responsabilidad. Efectivamente, un principio tradicional que ha inspirado e inspira las normas de responsabilidad en los ordenamientos internos es la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Consideramos que el fundamento último del criterio de atribución contenido en el artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 ha podido ser la existencia de este principio comúnmente aceptado por los ordenamientos internos. Conforme a este principio, en la mayoría de los ordenamientos internos el empleador responde de los hechos de sus empleados cuando estos intervienen en el cumplimiento de una obligación de aquél por su propia iniciativa. Así, es posible apreciar culpa *in eligendo* o *in vigilando* cuando el empleador en su propio interés legitima a otra persona a introducirse en su obligación, en tales casos lo hace en su propio riesgo. Sin embargo, esta responsabilidad surge también cuando la actuación del empleado se desarrolla sin relación de dependencia con el empleador o, lo que es lo mismo, de forma autónoma¹¹⁹. En el criterio de atribución que venimos examinando, se sigue la misma lógica jurídica que está detrás de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*¹²⁰. En la medida en que se refiere a

¹¹⁹ Un estudio sobre la culpa *in eligendo* o *in vigilando* en nuestro ordenamiento jurídico puede encontrarse en J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de las obligaciones*, Parte General Delito y Cuasidelito, vol. I, Bosch, Barcelona, 1985, 2ª ed., pp. 237-238.

¹²⁰ Hemos de indicar que la doctrina internacionalista se refiere a la culpa *in eligendo* e *in vigilando* no para reforzar el argumento de la atribución al Estado del comportamiento de los contratistas privados sino

la delegación o contratación por un Estado de funciones públicas a personas o entidades, el supuesto de hecho que contempla es exactamente el mismo, de ahí que la solución jurídica deba ser exactamente igual: la responsabilidad de quien delega, en nuestro caso, la función estatal.

Así las cosas, y teniendo presente la premisa de la que parte el Proyecto de Convenio — *no delegación o contratación de funciones inherentemente estatales*—, y asimismo, hasta que se tratase de una obligación internacional —en el caso de que algún día llegase a serlo— seguimos defendiendo la aplicación del criterio que venimos examinando a los supuestos de contratación de las EMSP; pues, aunque no existan precedentes en este sentido, ello no significa que no sea una solución jurídicamente plausible. De no ser así, no se explica el interés del Departamento de Defensa de *Estados Unidos en aprobar una reglamentación* en 2005 sobre los contratistas de las EMSP, donde se especifica como señala PERRIN «que el sector privado queda excluido de ejercer funciones y deberes que sean *de índole inherentemente gubernamental*»¹²¹. Del mismo modo, tampoco se entiende muy bien que a unos efectos los Estados se desvinculen completamente de los contratistas —a efectos de determinar su responsabilidad internacional— y, a otros —a efectos de garantizarles la inmunidad—, les otorguen el *mismo tratamiento que el dispensado a los integrantes de sus fuerzas armadas*.

En este sentido, como señala PASTOR PALOMAR «las empresas privadas militares y de seguridad forman parte de la maquinaria bélica de los Estados»; incluso en términos del Pentágono «constituyen uno de los elementos de la *'Total Force'* de los Estados Unidos», junto a los «militares activos y en la reserva y los funcionarios civiles»¹²². De ahí que este Estado incluso haya *negociado la impunidad* de los empleados de las EMSP conjuntamente con la de los integrantes de sus fuerzas armadas. En efecto, como señala KAI AMBOS el Gobierno de Washington se esforzó en asegurar la *inmunidad de sus militares*, así como de los empleados de las EMSP. Mediante la Resolución 1422, de

para considerar responsable a la EMSP. En efecto, algunos autores esgrimen en cuanto a la responsabilidad de las EMSP que éstas podrán incurrir en responsabilidad por la aplicación de estos dos principios del derecho civil. Así, SAURA ESTAPÁ señala que: «Culpa *in eligendo*: Existe responsabilidad corporativa en la medida que las violaciones son cometidas por un personal de EMP/ESP escasamente capacitado, con escaso control, y que realiza funciones militares sin entender claramente las líneas de control, tal como denuncian repetidamente los informes del grupo de trabajo sobre mercenarios de las Naciones Unidas. Culpa *in vigilando*: Del mismo modo, las EMP/ESP son responsables de la falta de verificación y control de las actividades ilegales de sus empleados. Así por ejemplo, según el Informe del Grupo de Expertos correspondiente al año 2006 en relación con las violaciones de derechos humanos en la cárcel de Abu Ghraib, las funciones militares realizadas por los dos contratistas privados acusados de participar en los hechos se realizaban sin unos mecanismos de control ni de rendición de cuentas». Consideramos que estos principios podrían inspirar la responsabilidad tanto del Estado como a su vez, internamente, la responsabilidad de las EMSP. De este modo, estaríamos ante dos tipos de responsabilidades distintas inspiradas en los mismos principios. SAURA ESTAPÁ, J., «Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra...», *op. cit.*, pp. 255-256 y SAURA ESTAPÁ, J., «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas...», *op. cit.*, p. 17.

¹²¹ Cfr. PERRIN, B., «Promover el cumplimiento del Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, p. 319.

¹²² Cfr. PASTOR PALOMAR, A., «*Blackwater* ante el Derecho internacional...», *op. cit.*, p. 428.

12 de junio de 2001 del Consejo de Seguridad —prorrogada por la Resolución 1478, de 12 de junio de 2003— referida expresamente a «funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado no parte», Estados Unidos pretendía excluir de la jurisdicción de la CPI no sólo a los miembros de sus fuerzas armadas sino también «al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad»¹²³. Asimismo, a nivel bilateral se logra la inmunidad a través de los conocidos como *convenios de no entrega de sus nacionales*¹²⁴. De la misma forma que en las Resoluciones señaladas, los Convenios se extienden *no sólo a sus militares sino también a los empleados de las EMSP*. ¿Podría interpretarse esta actitud de Estados Unidos como una forma de equiparar a militares y contratistas? Estas preocupaciones del Gobierno de Washington para procurarles idéntica inmunidad, ¿no son un claro indicio de la equiparación en su empleo?

Basta por señalar que en los últimos cinco años cada vez son *más las voces* que se alzan considerando a los empleados de las EMSP como particulares cuya actuación debe examinarse conforme al artículo 5 del Proyecto CDI de 2001¹²⁵. Así, en los últimos años es posible encontrar entre la doctrina *posicionamientos claros que abogan por la aplicación del criterio* objeto de estudio¹²⁶. No obstante, junto a estas posturas

¹²³ Cfr. AMBOS, K., «Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2005, pp. 691-716, [p. 708].

¹²⁴ Los términos utilizados en estos instrumentos bilaterales son: «1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión ‘persona de los Estados Unidos de América’ significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho Estados Unidos de América). 2. Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América: a) entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada a un tercer país con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional». *Ibid.*, p. 709.

¹²⁵ En el Informe del CICR de 2007, en relación con los Estados que contratan los servicios de las EMSP, se indica que: «Los Estados que contratan a las EMP/ESP tienen la relación más estrecha con ellas. [...] Esa estrecha relación también significa que los Estados pueden ser directamente responsables por los actos de las EMP/ESP cuando éstos son atribuibles a ellas en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado, y particularmente si las EMP/ESP están facultadas para ejercer elementos de la autoridad gubernamental o si actúan siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de las autoridades estatales». Informe del CICR, «El Derecho internacional humanitario...», *loc. cit.*, pp. 33-35.

¹²⁶ Así por ejemplo, autores como VÄRK sostienen la aplicación del artículo 5 del Proyecto CDI de 2001 cuando medie un contrato sin necesidad de que exista una delegación por ley. Concretamente sostiene que: «States are ever more commonly using private persons or entities for performing public functions. As the state has employed these private actors to exercise, in its place, elements of the governmental authority, the former must bear responsibility for such actors. When the relationship between the state and private actors is formal —for example, there is a contract or legislative act in place— no dispute concerning responsibility usually arises, provided that the person or entity acted in an official capacity in the instance in question. So, if a state hires a private armed group to carry out forcible acts against other states, the hiring state is responsible for the action of that group». Otros autores, como POZO SERRANO y HERNÁNDEZ MARTÍN, afirman que «conforme al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos internacionalmente ilícitos, cabe la posibilidad de que la conducta de los empleados al servicio de compañías privadas genere la responsabilidad internacional de un Estado, por ejemplo en caso de que hayan sido facultados para ejercer atribuciones de poder público (Art. 5)». Por su parte, CANO LINARES sostiene que: «considerando al Estado como detentador del monopolio de la fuerza y máximo responsable de la seguridad, los hechos ilícitos cometidos por empleados de empresas

doctrinales, consideramos que es revelador sobre la solución que venimos defendiendo el comentario tercero a la norma 149 del DIH consuetudinario del CICR (2005)¹²⁷. Efectivamente, bajo la rúbrica «Responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa» expresamente se indica que:

«Los Estados son también responsables de los actos cometidos por personas o entidades autorizadas, en virtud de su legislación interna, a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa. Esta norma se basa en la consideración de que los Estados recurren a entidades paraestatales para el desempeño de determinadas actividades, en sustitución de sus propios órganos, pero no por ello eluden su responsabilidad. Los Estados son responsables de los actos de sociedades privadas o particulares empleadas por las fuerzas armadas para realizar tareas que normalmente incumben al ejército. Cabe citar como ejemplo los mercenarios y las empresas militares privadas»¹²⁸.

privadas con una relación contractual con el Estado deben ser considerados como hechos de Estado en tanto que cometidos por cualquier persona o entidad que sin ser órganos esté habilitada por el derecho del Estado a ejercer prerrogativas de poder público máxime si el comportamiento responde a instrucciones o directivas o se realiza bajo el control del Estado». Véanse VÄRK, R., «State Responsibility for Private Armed Groups in the Context of Terrorism», *Juridical International*, vol. XI, 2006, pp. 184-193, [p. 188]; POZO SERRANO, M. P. y HERNÁNDEZ MARTÍN, L., «El marco jurídico de las CMSP...», *op. cit.*, p. 327; y CANO LINARES, M. A., «El Derecho internacional humanitario...», *op. cit.*, pp. 70-71.

¹²⁷ De conformidad con esta norma: «Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular: a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas; b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa; c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio».

¹²⁸ Cfr. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. I, CICR, 2007, p. 602.