

PIRATERÍA MARÍTIMA, FUERZA ARMADA Y SEGURIDAD PRIVADA

MARITIME PIRACY, ARMED FORCE AND PRIVATE SECURITY

José Manuel Sánchez Patrón*

Sumario: I.INTRODUCCIÓN. II. LA LEGALIDAD INTERNACIONAL APLICABLE AL USO DE LA FUERZA ARMADA EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA MARÍTIMA. III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVABLE DEL USO DE LA FUERZA ARMADA EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA MARÍTIMA. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los Estados están dejando de monopolizar el uso de la fuerza. Su empleo está siendo compartido por empresas de seguridad privada que aprovechan el vacío normativo, tanto internacional como interno, que existe al respecto. La intervención de estas empresas de seguridad privada en conflictos armados ha sido objeto de especial atención. Sin embargo, esta preocupación no se ha extendido a otra de las situaciones en las estas empresas de seguridad privada están también participando: la lucha contra la piratería marítima; especialmente en las aguas cercanas a las costas de Somalia. La presente contribución tiene por objeto estudiar este fenómeno novedoso en relación con el último de los supuestos mencionados. A tal efecto, el estudio intentará responder a los principales interrogantes jurídicos que se suscitan en relación con el uso de la fuerza armada y su empleo por las empresas de seguridad privada, así como acerca de la responsabilidad internacional de sus actuaciones y su posible atribución al Estado.

ABSTRACT: States are failing to monopolize the use of force. Its use is being shared by private security companies that exploit the lack of regulations, both international and internal, which exists in this regard. The involvement of these private security companies in armed conflicts has received special attention. However, this concern has not spread to other situations in which these private security companies are also participating: the fight against maritime piracy; especially in the waters off the coast of Somalia. This contribution is to study this new phenomenon in relation to the last of the cases mentioned: the fight against maritime piracy. To this end, this study will attempt to answer the main legal questions that arise in connection with the use of armed force and its use by private security companies, as well as on the international responsibility for their actions and their possible attribution to State.

PALABRAS CLAVE: Piratería marítima / Uso de la fuerza / Responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos / Seguridad privada.

KEYWORDS: Maritime piracy / Use of force / Responsibility of States for internationally wrongful acts / Private Security.

Fecha de recepción del original: 22 de febrero de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de mayo de 2012.

* Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universidad de Valencia, jmsp@uv.es Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Derecho del mar y sostenibilidad ambiental, con especial referencia al mediterráneo” (DER2009-13960), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Dicho trabajo fue finalizado en febrero de 2012

I. INTRODUCCIÓN

La Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 consagra el compromiso de sus Estados miembros de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada en sus relaciones internacionales¹. Esta conquista constituyó la culminación de un largo proceso histórico encaminado, primero, a restringir; y luego, a prohibir el recurso a la violencia en sus relaciones entre sí. Aunque esta prohibición cuenta con dos únicas excepciones: la legítima defensa y la autorización institucional del Consejo de Seguridad, lo cierto es que, en la práctica, estas excepciones han sido forzadas, cuando no obviadas. Tanto en un caso como en el otro, los Estados han terminado incumpliendo aquel compromiso estatal en un buen número de ocasiones. Pese a esta práctica contraria, la prohibición de amenazar o utilizar la fuerza armada constituye un principio jurídico internacional de carácter fundamental².

No obstante lo anterior, el recurso a la violencia está dejando de ser un monopolio del Estado para comenzar a estar en manos privadas. Su privatización, con frecuencia, es buscada por las propias entidades estatales quienes delegan o contratan con empresas militares o de seguridad privadas (en adelante: EMSP) el empleo de la fuerza armada. Los conflictos armados o la piratería marítima constituyen dos supuestos paradigmáticos en los que se han acudido a este tipo de empresas para que presten sus servicios; y entre ellos, también se incluye el uso de la violencia.

La doctrina ha prestado especial atención a las actividades desarrolladas por las EMSP en los conflictos armados – especialmente, en la guerra y posguerra de Irak -³, pero el examen de sus actuaciones ha sido menor en el caso de la lucha contra la piratería marítima. En ambos supuestos, los problemas jurídicos que se plantean son de gran interés, debido, en gran parte, a las lagunas jurídicas existentes en este ámbito. Sin embargo, el análisis de las tareas desempeñadas por las EMSP ante la piratería marítima cuenta con el interés añadido de que no se limita a las relaciones existentes entre el Estado y estas empresas; sino que también se extiende a las relaciones mantenidas entre tales empresas y otros actores privados que contratan sus servicios; incluido, el de la posibilidad de hacer uso de la fuerza armada. Por ambos motivos, el presente trabajo de investigación se centrará en el estudio del empleo de la fuerza armada por las EMSP para hacer frente a la piratería marítima⁴.

Varias cuestiones jurídicas se suscitan ante la problemática planteada por la utilización de la fuerza armada por las EMSP en los casos de lucha contra la piratería marítima.

¹ Art. 2.4.

² TIJ. Asunto de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda), sentencia de 19 de diciembre de 2005, par. 148.

³ POZO SERRANO, M.P., El recurso a empresas militares y de seguridad privadas en zonas de conflicto: retos y respuestas normativas en la práctica reciente, *Seguridad, defensa y desarrollo en el contexto internacional actual* (LOPEZ-JACOISTE DIAZ, E., coord.), EUNSA, Navarra, 2010, pp. 49-81.

⁴ Con carácter general y acerca de la problemática que plantea el fenómeno de la piratería marítima, ver: LE HARDY DE BEAULIEU, L., “La piraterie maritime a l’aube du XXI siècle”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, nº 3, 2011, pp. 653-674.

Así, ¿la prohibición de amenazar o usar la fuerza armada es extensible a las actividades desarrolladas por estas empresas? Y, en tal caso, ¿dichas EMSP pueden recurrir a la violencia en los supuestos en los que se exceptúa aquella prohibición? Asimismo, ¿las EMSP pueden ser responsables de sus actuaciones armadas según el Derecho internacional? Y los Estados ¿tienen responsabilidad internacional por la violencia ejercida por las EMSP, aunque no hayan contratado sus servicios?

II. LA LEGALIDAD INTERNACIONAL APLICABLE AL USO DE LA FUERZA ARMADA EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA MARÍTIMA

1. La prohibición del uso de la fuerza armada

A) Las actuaciones del Estado

La piratería marítima constituye una actividad ilícita de origen consuetudinario. La Convención sobre Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982 (en adelante: CNUDM), que la codifica y define⁵, especifica que la piratería constituye una actividad de violencia/detención/depredación ilegal cometida con fines privados por los ocupantes de un buque privado contra otro buque/personas/bienes a bordo, en alta mar o en un lugar que no forma parte de la jurisdicción de ningún Estado⁶. Pese a sus orígenes remotos, esta actividad ilegal no sólo se ha resistido a terminar desapareciendo, sino que, recientemente, ha experimentando un significativo recrudecimiento. La existencia de diversas circunstancias, entre las que destaca la proliferación de los llamados “Estados fallidos”, caracterizados por el desplome de su autoridad para vigilar y reprimir las actividades ilícitas en sus costas, se encuentran detrás de este incremento de la piratería. Este fenómeno ha adquirido especial protagonismo en las aguas del cuerno de África, cercanas a las costas de Somalia⁷, donde este “Estado fallido” es incapaz de hacer frente a la explosión de la piratería⁸.

Según el CNUDM, cualquier Estado puede apresarse a un buque pirata, detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, siempre y cuando este apresamiento se practique en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la

⁵ Art. 101.

⁶ SALMON, J (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 833.

⁷ SILVA, M., “Somalia: State failure, piracy, and the challenge to International law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50/3, 2009-2010, pp. 553-578.

⁸ La Organización Marítima Internacional (IMO) cuenta con un registro de los actos de piratería y atracos a buques computados por la Secretaría desde 1984. Desde 1995, la Secretaría de la IMO elabora informes mensuales, trimestrales y anuales respecto a este tipo de actos. Los informes anuales publicados, correspondientes a los años 2008 y 2009, constatan un incremento sustancial de los actos de piratería y atracos a buques; concretamente, el informe de 2009 señala un aumento de este tipo de actos con respecto del año precedente de un 24,6%. En su último informe mensual publicado, correspondiente al mes de noviembre de 2011, la Secretaría de la IMO eleva los actos de piratería y atracos a buques a 6.219 desde que la IMO cuenta con dicho registro; esto es, desde 1984. Ver: MSC.4/Circ. 178 de 20 de diciembre de 2011.

jurisdicción estatal⁹. En todo caso, sólo los buques o las aeronaves al servicio de un gobierno – tal y como sucede con los buques de guerra o las aeronaves militares -, “podrán llevar a cabo estos apresamientos por causa de piratería”¹⁰. Partiendo de esta base jurídica, sólo los Estados podrán ejercer las facultades señaladas en relación con los buques piratas; y en tal caso, su ejercicio no exceder el alta mar o lugar no sometido a jurisdicción estatal. Ahora bien, la facultad de apresar a un buque pirata, ¿conlleva el que pueda hacerse uso de la fuerza armada si así fuese necesario? Y, en tal caso, ¿su utilización puede ser delegada o contratada con una EMSP?

Con respecto a la primera cuestión, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar advirtió que el CNUDM no “contiene ninguna disposición específica que se refiera al uso de la fuerza en el caso de apresamiento de buques”¹¹. Al respecto, el Derecho internacional prescribe que el uso de la fuerza – según sus propias palabras- “debe ser evitado en la medida de lo posible”, lo que significa que su empleo no se encuentra prohibido totalmente. Partiendo de esta premisa, el uso de la fuerza puede resultar “inevitable” en función de las circunstancias; y en tal caso, su uso debe resultar “razonable”, sin olvidar que, en cualquier supuesto, “las consideraciones de humanidad” resultan también aplicables en el Derecho internacional del mar¹². Para el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, las operaciones de policía marítima desarrolladas a lo largo de los años permiten deducir una serie de principios a aplicar en la práctica. Así, “la práctica normal a la que se recurre para detener un buque en el mar es, en principio, emitir una señal sonora o visual de detención, utilizando las señales reconocidas internacionalmente. Cuando ello resulte insuficiente, ciertas medidas pueden ser adoptadas, y entre éstas la de disparar por encima del estrave del buque. Únicamente cuando estas medidas resultan insuficientes, podrá hacerse uso de la fuerza. Incluso, llegado el caso, una advertencia adecuada debe ser realizada a la nave, teniendo en cuenta que deberá vigilarse que la vida no se ponga en peligro”¹³.

El Tribunal Internacional de Justicia se pronunció en esta misma dirección cuando consideró que la fuerza armada puede ejercerse “mínimamente” contra un buque de pesca con el fin de apresarlo¹⁴. Para la mayor parte de los jueces, la posibilidad de que la fuerza armada fuera utilizada, aunque de manera “mínima”, contra un buque de pesca en alta mar, formaba parte de las medidas “naturales y razonables” que se derivan de la noción de gestión y conservación de la pesca¹⁵. Aunque el Tribunal Internacional de Justicia no llegó a pronunciarse acerca de la licitud del empleo de la fuerza armada en

⁹ Art. 105.

¹⁰ Art. 107.

¹¹ TIDM. Asunto del buque “Saiga” (nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), sentencia de 1 de julio de 1999, par. 155.

¹² *Ibid.* También, Corte Permanente de Arbitraje. Asunto Guyana c. Suriname. Laudo de 17 de septiembre de 2007, pár. 445 y ss.

¹³ TIDM. Asunto del buque “Saiga” (nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), *Ibid.*, par. 156.

¹⁴ TIJ. Asunto de la competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá), sentencia de 4 de diciembre de 1998, par. 84.

¹⁵ La opinión contraria fue sostenida por los jueces WEERAMANTRY (Vicepresidente) y TORRES BERNARDEZ (Juez-ad-hoc) en sus respectivas opiniones disidentes. Ver, especialmente, el razonamiento sostenido al respecto por este último. TIJ. *Ibid.*, opinión disidente de TORRES BERNARDEZ, par. 409 y 413.

este asunto, dada su falta de competencia para resolverlo, el parecer mayoritario avanzado por los jueces - acerca de la posibilidad utilizar la fuerza armada para garantizar la gestión y conservación de la pesca-, es suficiente para aceptar que su empleo, en este caso, respeta la legalidad internacional.

A la vista de estos pronunciamientos judiciales aludidos, la prohibición de emplear la fuerza armada parece estar concebida para los supuestos en los que su uso tiene carácter verdaderamente grave; por lo que se excluye de dicha prohibición las ocasiones en las que la fuerza armada se utiliza con una intención instrumental o policial que no reviste cierta gravedad¹⁶. Por consiguiente, el uso de la fuerza armada con el objetivo de apresar a un buque pirata parece ser conforme con el Derecho internacional¹⁷.

B) Las actuaciones de las EMSP

Una cuestión distinta se plantea ante la posibilidad de que el empleo de dicha fuerza armada pueda ser ejercido por una EMSP. La legislación internacional no prevé regulación alguna de las actividades desarrolladas por este tipo de entidades. Este vacío normativo sólo se encuentra limitado por las normas adoptadas por los Estados en su derecho interno, y colmada, parcialmente, por la existencia de diferentes códigos de conducta que, las propias EMSP, han establecido como marco de regulación de sus actuaciones¹⁸. Aunque estos códigos de conducta desempeñan una importante función al

¹⁶ TREVES, T., Piracy, Law of the sea, and use of force: developments off the Coast of Somalia, *European Journal of International Law*, vol. 20, n° 2, 2009, pp. 412 y ss; SOBRINO HEREDIA, J.M., El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 15, 2011, pp. 237-262.

¹⁷ El Tribunal Internacional de Justicia distingue entre “las formas más graves del uso de la fuerza” y “otras modalidades menos brutales”. Teniendo en cuenta esta diferenciación, sólo las primeras son “las que constituyen una agresión armada”, mientras que las segundas no tienen este carácter. TIJ. Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América), sentencia de 27 de junio de 1986, par. 191. También, TIJ. Asunto de las plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América), sentencia de 6 de noviembre de 2003, par. 51. Al respecto, consultar, igualmente, la redacción del crimen de agresión aprobada por consenso en el seno de la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Resolución RC/Res. 6 de 11 de junio de 2010 y el exhaustivo estudio monográfico realizado sobre dicho crimen por KAMTO, M., *L'agression en Droit international*, Pedone, Paris, 2010. La distinción efectuada por el Tribunal Internacional de Justicia acerca del uso de la fuerza en las sentencias mencionadas, le permite considerar que una de las excepciones a la prohibición de su empleo: el derecho al ejercicio de legítima defensa, sólo cabe alegarlo en los casos en los que exista agresión armada. Pero, ¿qué sucede en el resto de los supuestos en los que la utilización de la fuerza armada es “menos brutal”? ¿La prohibición de usar la fuerza armada no es aplicable a estas situaciones de menor gravedad? La consulta de los mismos asuntos a los que nos acabamos de referir nos permite deducir que la prohibición de utilizar la fuerza armada sigue siendo aplicable a estos casos. Sin embargo, esta opción nos enfrenta con la legalidad del empleo de la fuerza armada para apresar a buques piratas admitida, asimismo, por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el Tribunal Internacional de Justicia. Ante esta aparente contradicción, sólo cabe, a nuestro juicio, una interpretación conciliadora que tenga en cuenta, por un lado, el contexto en el que la fuerza armada se utiliza (la persecución de la piratería marítima), y por otro, la intención última que persigue quien la emplea (el apresamiento de un buque pirata)

¹⁸ El Gobierno de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja presentaron un código de conducta - *Montreaux document on pertinent international legal obligations and good practices for states related to operations of private military and security companies during armed conflict* - el 17 de septiembre de

restringir la discrecionalidad de sus actividades, que duda cabe que resultan insuficientes. La inexistencia de una normativa internacional adecuada, unida al progresivo protagonismo de las EMSP en este ámbito, exige una respuesta jurídica inmediata. La extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sensible al problema referido y su especial incidencia sobre los derechos fundamentales, decidió nombrar un grupo de trabajo que se encargase de esta cuestión¹⁹. Como resultado de las tareas encomendadas, dicho grupo de trabajo presentó, recientemente, un Proyecto de Convenio sobre EMSP (en adelante: PCEMSP) al nuevo Consejo de Derechos Humanos²⁰. Sin embargo, este último órgano institucional ha decidido encargar a un nuevo “grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta” la elaboración de

2008. Esta iniciativa fue desarrollada por expertos gubernamentales, representantes de la sociedad civil y de las EMSP, con la finalidad de que fuese aplicado a las situaciones de conflicto armado. Más recientemente y sobre la base del documento anterior, el propio Gobierno suizo, junto con empresas, gobiernos, organizaciones humanitarias y la sociedad civil ha auspiciado un código de conducta para los proveedores de servicios de seguridad privada - *International code of conduct for private security service providers* -. Este código internacional ha sido suscrito por cerca de sesenta compañías el 9 de noviembre de 2010, comprometiéndose así a respetar los derechos humanos y el derecho humanitario en sus operaciones. En particular, y por lo que concierne al posible uso de la fuerza, las compañías se comprometen a respetar las siguientes reglas que acordarán con sus “clientes”. En primer lugar, las EMSP” exigirán a su personal adoptar todas las medidas necesarias para evitar el uso de la fuerza. En caso de que llegara a usarse, su utilización será conforme con el derecho aplicable. En ningún caso, el uso de la fuerza excederá lo que es estrictamente necesario, y deberá ser proporcionada a la amenaza y apropiada a la situación”. En segundo lugar, las EMSP “exigirán a su personal no utilizar armas de fuego contra las personas salvo que lo hagan en defensa propia o en defensa de otros ante la amenaza inminente de muerte o daño grave, o bien para prevenir la comisión de un crimen especialmente grave que constituye una grave amenaza para la vida”. Y, por último, en tercer lugar, las EMSP exigirán a su personal, que fuese autorizado a asistir a las autoridades estatales encargadas de hacer cumplir la ley, a que “el uso de la fuerza o de armamento cumplirá con todas las obligaciones internacionales y nacionales aplicables a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de dicho Estado y, como mínimo, con los estándares establecidos por los Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1990)”.

¹⁹ GOMEZ DEL PRADO, J.L., “El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, *La privatización del uso de la fuerza armada* (TORROJA MATEU, H., dir., GUELL PERIS, S., coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 163-209.

²⁰ La resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos de 7 de abril de 2005, decidió establecer un grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. A dicho grupo de trabajo se le encomendó, entre otras tareas, la de “vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades” [par. 12 a)]. Este mandato fue reiterado en la resolución 7/21 de 28 de marzo de 2008 del Consejo de Derechos Humanos [par. 2 e)], y especialmente, en su resolución 10/11 de 26 de marzo de 2009 [par. 13 a)-c)]. En cumplimiento de dicho mandato, el grupo de trabajo presentó un “Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos”. Éste ha sido anexo a su informe A/HRC/15/25 de 5 de julio de 2010. Un comentario a los aspectos jurídicos más relevantes del proyecto de convenio puede consultarse en: GOMEZ DEL PRADO, J.L., TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011, pp. 93-134.

un nuevo instrumento jurídico vinculante, teniendo en cuenta, en la labor encomendada, el contenido ya alcanzado en el PCEMSP²¹.

El PCEMSP parte de una concepción más restrictiva que los códigos de conducta precedentes con respecto a la posibilidad de que las EMSP puedan hacer uso de la fuerza. Así, esta propuesta normativa, dirigida a los Estados, establece como uno de sus principios nucleares el de prohibirles que puedan contratar o delegar “funciones inherentes al propio Estado”, como es el caso del “uso legítimo de la fuerza”²². La legitimidad del uso de la fuerza por las autoridades estatales para la represión de la piratería marítima se encuentra restringida, tal y como hemos visto, a los casos en los que aquella se emplee únicamente con el objetivo de apresar al buque pirata. Por tanto, los Estados podrían permitir que las EMSP hiciesen uso de la fuerza armada exclusivamente con este objetivo. Pero, para que ello fuese factible, es necesario saber si dicha finalidad se encuentra dentro de las llamadas “funciones inherentes al Estado”. El propio PCEMSP define qué debe entenderse por tales funciones. Y, entre ellas, se encuentra el ejercicio de “funciones de policía y otras actividades conexas, especialmente las facultades de arresto o detención”²³. Precisamente, estas funciones de policía son las que el Estado ejerce cuando decide apresar un buque pirata, pudiendo recurrir, como sabemos, al uso de la fuerza. Así, el PCEMSP resulta congruente con lo estipulado por el CNUDM, cuando solamente admite que los buques o las aeronaves de un gobierno “puedan llevar a cabo estos apresamientos por causa de piratería”²⁴. Ahora bien, esta constatación nos lleva a preguntarnos: ¿las EMSP están excluidas de cualquier actuación encaminada a reprimir la piratería marítima?

2. La permisión del uso de la fuerza armada

A) La legítima defensa

El principio de prohibición de amenazar o utilizar la fuerza armada cuenta con dos excepciones principales: la legítima defensa y la autorización adoptada por el Consejo

²¹ A la luz del proyecto de convención propuesto, el Consejo de Derechos Humanos decidió “en aras de la transparencia y la integración, establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta con el mandato de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional, incluida, entre otras, la posibilidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante, para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, incluida la rendición de cuentas de estas empresas, teniendo en consideración los principios, los elementos principales y el proyecto de texto propuestos por el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de los derechos de los pueblos a la libre determinación”. El Consejo de Derechos Humanos decidió, asimismo, que el dicho grupo de trabajo presentase sus recomendaciones en su 21º periodo de sesiones; esto es, a finales de 2012. Resolución 15/26 de 1 de octubre de 2010, par. 4 y 6. Esta resolución fue adoptada por 32 votos a favor, 12 en contra – entre ellos el de España – y las abstenciones de Maldivas, Noruega y Suiza. El primer periodo de sesiones se celebró del 23 al 27 de mayo de 2011. El resumen de la reunión puede consultarse en el documento: A/HRC/WG.10/1/CRP.2 de 5 de agosto de 2011. La celebración del segundo periodo de sesiones esta prevista para los días 30 de abril a 4 de mayo de 2012.

²² Art.9 y 2 i)

²³ Art. 2 i)

²⁴ Art. 107.

de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Un Estado que es objeto de un ataque tiene legitimidad para usar la fuerza armada a fin de defenderse, convirtiendo así su empleo en lícito. Ahora bien, la legítima defensa fue concebida para los supuestos en los que el ataque procede de otro Estado, y no tanto de un actor no estatal, como es el caso de un buque pirata²⁵. No obstante, la propia práctica internacional, al margen de las discusiones doctrinales existentes al respecto²⁶, está forzando a considerar este tipo de respuesta armada, no ya como legítima - de lo que no cabe dudar por su fundamentación incontestable - sino como lícita, según la normativa internacional.

El PCEMSP establece, con carácter general, que las EMSP deben utilizar medios no violentos en sus actividades, mientras que la fuerza armada sólo debe emplearse como último recurso²⁷. En cualquier caso, el proyecto convencional determina las circunstancias en las que puede hacerse uso de la fuerza armada a modo de *numerus clausus*²⁸. Entre estas, se encuentra la defensa de los propios miembros de las EMSP, así como de las personas que han contratado los servicios de la EMSP. En concreto, el PCEMSP dispone que las EMSP podrán hacer uso de la fuerza armada en la prestación de sus servicios “en defensa propia o de otros empleados de la empresa, en caso de considerar que existe un peligro ilícito e inminente de muerte o de lesiones corporales graves, de conformidad con el ejercicio del derecho esencial a la defensa propia; (y) en defensa de las personas que lo han contratado para que las proteja ante lo que considere un peligro ilícito e inminente de muerte o de lesiones corporales graves”²⁹. En este mismo sentido, el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional ha adoptado, recientemente, recomendaciones y directrices a fin de garantizar que el uso de la fuerza tendrá carácter preventivo; y que llegado el caso en el que ésta deba emplearse, su utilización será la “fuerza mínima necesaria”³⁰. El texto reproducido del PCEMSP contempla que las EMSP puedan usar la fuerza “in extremis”, tanto para defender a sus propios miembros como a sus clientes de posibles actos de

²⁵ TIJ. Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América), *ibid.*, par. 195. Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva de 9 de julio de 2009, par. 139. Asunto concerniente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda), *ibid.*, par. 147.

²⁶ Entre otros, LUBELL, M., *Extraterritorial use of force against non-state actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 30-36; y RUYSS, T., *Armed attack and article 51 of the United Nations Charter. Evolutions in customary law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 485-489, y 528-532.

²⁷ Art. 18.2.

²⁸ Art. 18.4.

²⁹ Art. 18.4 a) y b) Junto a estas circunstancias, el PCEMSP contempla también la posibilidad de recurrir a la fuerza armada en los siguientes casos: “Para resistirse a lo que razonablemente crea que es un intento ilícito de secuestrarlo a él, a otros empleados de la empresa o a una persona que lo ha contratado para que la proteja; Para prevenir o impedir un delito grave que pueda implicar o implique un peligro grave de muerte o de lesiones corporales de gravedad”. Art. 18.4 c) y d).

³⁰ Ver: MSC.1/Circ.1405 y MSC.1/Circ.1406 de 23 de mayo de 2011; especialmente, el punto 3.5 sobre “Reglas para el uso de la fuerza” del Anexo del primero de los documentos citados (pág. 7).

piratería³¹. No obstante, la utilización de la fuerza en estas circunstancias se encuentra limitada a determinados actos de piratería tal y como puede inducirse del tenor literal de proyecto convencional. El recurso a la fuerza armada en estos casos sólo cabe si el la actuación pirata constituye “un peligro ilícito e inminente de muerte o lesiones corporales graves” para sus potenciales víctimas. Por tanto, el empleo de la fuerza armada para defenderse de los ataques piratas que no sean constitutivos del referido peligro, deja de ser legítimo y, por ende, lícito.

El uso de la fuerza armada contra ataques piratas en los supuestos en los que aquella resulta lícita, se encuentra sometido a una serie de condiciones. Al igual que el ejercicio de la legítima defensa en el ámbito de las relaciones interestatales, las EMSP pueden hacer uso de la fuerza armada siempre y cuando lo hagan “con moderación y en proporción a la gravedad del delito; reduzcan al mínimo los daños y lesiones y respeten y protejan la vida humana; procedan de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas”; y por último, “procuren notificar lo sucedido, a la brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas”³². Curiosamente, el PCEMSP no impone a las EMSP el deber de notificar los hechos a las autoridades estatales, sino que deja en manos de los propios Estados la determinación del procedimiento a seguir para que dichos incidentes se le notifique “sin demora”. Esta notificación a los órganos competentes estará encaminada a que se investiguen “adecuadamente” los mismos³³.

El PCEMSP toma como referencia las condiciones exigidas para el ejercicio de la legítima defensa por parte de los Estados. Sin embargo, los supuestos en las que las EMSP pueden defenderse haciendo uso de la fuerza son más restrictivas. Pese a esta mayor constricción, lo cierto es que las EMSP pueden recurrir a la utilización de la fuerza armada para responder a la piratería marítima. Esta posibilidad se explica por el hecho de que no existe voluntad de prohibir completamente sus actividades, ni siquiera impedir, como vemos, que empleen la fuerza armada. En realidad, lo que se persigue – y el PCEMSP es fiel reflejo de este objetivo – es que, por un lado, determinadas actuaciones queden reservadas al Estado en exclusividad; y por otro, que las actividades a desarrollar por las EMSP estén debidamente reguladas.

Precisamente, el Gobierno español ha introducido cambios en la legislación interna a fin de permitir que las EMSP puedan “usar armas de guerra para la prestación de servicios de protección de personas y bienes”; en concreto a bordo de “buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de (dichas) personas o de (sus) bienes, o (de) ambos”³⁴. Esta

³¹ Acerca de los riesgos que plantea que las EMSP hagan uso de esta posibilidad, ver: HARRELSON, J., “Blackbeard meets Blackwater: An analysis of International conventions that address piracy and the use of private security companies to protect the shipping industry”, *American University International Law Review*, vol. 25, 2009-2010, pp. 283-312; especialmente, pp. 311 y 312.

³² Art. 18.3.

³³ Art. 18.7.

³⁴ Ver: Real Decreto 1628/2009 de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (B.O.E nº 263 de 30 de octubre de 2009, p. 90892); en particular, arts. 1.1, 1.2, y 2.1.

autorización se limita a que las EMSP puedan “repeler” ataques, pero también incluye el que puedan “prevenir” los mismos³⁵. Esta última posibilidad podría exceder el ámbito en el que la actuación defensiva se considera legítima, y por tanto, lícita³⁶. La Orden del Ministerio de la Presidencia, propuesta conjuntamente por los Ministerios de Defensa e Interior, y que desarrolla esta previsión legislativa, concreta este extremo³⁷. Según esta disposición ministerial, las EMSP “harán uso limitado de este tipo de armas (de guerra), que tendrá como único objeto la prevención y disuasión eficaz de posibles ataques, pudiendo ser utilizadas, en caso de necesidad, como medio de defensa para repeler agresiones armadas de forma adecuada y proporcional”³⁸. Con ello, las EMSP quedan autorizadas a utilizar la fuerza armada de modo “adecuado” y “proporcional”, siempre y cuando sea “necesario” y su finalidad sea “defensiva”; condiciones todas ellas que entroncan con la concepción “internacionalmente aceptada” de la legítima defensa³⁹. Sin embargo, la Orden ministerial no aclara las incertidumbres que genera la legislación española en relación con el posible uso preventivo de la legítima defensa; sino que más bien, la alimenta. En efecto, la disposición en cuestión no prohíbe que la fuerza armada pueda emplearse con una finalidad “preventiva”, sino que, en estos casos, su uso será “limitado”⁴⁰.

B) La autorización institucional

Fuera de los casos en los que se ejercita la legítima defensa, la licitud del empleo de la fuerza armada queda circunscrito a los supuestos en los que el Consejo de Seguridad lo autorice en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Para que ello sea posible, este órgano principal de las Naciones Unidas necesita concluir que la situación en la que se va a autorizar el empleo de la fuerza armada constituye una

³⁵ *Ibid.*, art. 1.2 por el que se modifica el artículo 86 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre.

³⁶ ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., *Sistema de Derecho internacional público*, 1ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 526-531; especialmente, pp. 529 y 530; SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., *Derecho internacional y crisis internacionales*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005, pp. 187-197.

³⁷ Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifica determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (B.O.E nº 264 de 2 de noviembre de 2009, p. 91114).

³⁸ *Ibid.* Disposición sexta, par. 3.

³⁹ Ver: *supra*, nota 25.

⁴⁰ La prensa española ha informado de la persecución y acoso al que se han visto sometidos buques de nuestro país y la reacción defensiva/disuasoria de los vigilantes de seguridad privados que se encontraban a bordo de los mismos. Así, por ejemplo, los siguiente titulares de noticias constituyen una muestra de estos incidentes nada excepcionales: “Un pesquero vasco evita a tiros ser secuestrado en el Índico”, en Diario El País de 1 de noviembre de 2010; “Un atunero vasco huye de los piratas del Índico a tiros”, en Heraldo de Aragón de 7 de noviembre de 2010; “Un atunero vasco repele a tiros otro ataque pirata en el Índico”, en Diario El País de 15 de noviembre de 2010; “Otro atunero vasco repele a tiros un nuevo ataque de piratas en el Índico”; “El atunero bermeano Felipe Ruano repele a tiros un intento de abordaje en el Índico”, en Diario El Mundo de 1 de marzo de 2011; “Un atunero con 9 gallegos a bordo repele a tiros un ataque pirata frente a Tanzania”, en Faro de Vigo de 30 de marzo de 2011, y “Los piratas atacan por error un buque de guerra español” en Diario El País de 13 de enero de 2012.

“amenaza para la paz y seguridad internacionales”⁴¹; y que, además, la utilización de medidas “que no implican el uso de la fuerza” hayan resultado inadecuadas para “mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales”⁴². El Consejo de Seguridad advirtió, en su reunión de 2 de junio de 2008, que pese a las medidas adoptadas en sus resoluciones anteriores, la piratería marítima ejercida contra buques en las aguas territoriales de Somalia y en alta mar, frente a la costa de este país africano, “seguían constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región”⁴³. A la vista de ello, este órgano institucional decidió que los Estados que cooperaban con el Gobierno Federal de Transición de Somalia, podían “usar todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería”; expresión eufemística utilizada por el Consejo de Seguridad para autorizar el uso de la fuerza armada en la práctica. Además, el empleo de dicha fuerza armada no se circunscribía al alta mar, sino que se extendía – sin que ello constituyese un precedente jurídico⁴⁴, según sus propias palabras –, al mar territorial somalí⁴⁵. Esta extensión se explica por la propia incapacidad de las autoridades del Gobierno Federal de Transición de Somalia de reprimir los actos de piratería en su costa, así como por el aval dado por las autoridades gubernamentales para llevar a cabo dicha extensión⁴⁶. No obstante, el Consejo de Seguridad establece dos limitaciones a las posibilidades contempladas en su decisión; una, de carácter procedimental: que el Gobierno Federal de Transición de Somalia informe de las actuaciones a llevar a cabo al Secretario General de las Naciones Unidas; y otra, de carácter temporal: que estas actuaciones se limiten a un periodo máximo de seis meses desde que dicha decisión fue adoptada⁴⁷. Con fecha 2 de diciembre de 2008⁴⁸, el Consejo de Seguridad decidió prorrogar la aplicación de las medidas a las que nos acabamos de referir y en los mismos términos en los que se formularon, durante doce meses adicionales⁴⁹. Esta prórroga de un año ha sido reiterada, manteniéndose el resto de condiciones, en sus resoluciones de 30 de noviembre de 2009⁵⁰, 23 de noviembre de 2010⁵¹ y 22 de noviembre de 2011⁵².

Todas estas resoluciones del Consejo de Seguridad están dirigidas a “los Estados y a las organizaciones regionales que tengan capacidad” para adoptar las medidas autorizadas para luchar contra la piratería marítima; en particular, - según el tenor literal de dichas resoluciones – a sus “buques de guerra y aeronaves militares”⁵³. Sobre esta base, los Estados han actuado de forma individual o colectiva formando coaliciones

⁴¹ Art. 39.

⁴² Art. 42.

⁴³ S/RES/1816(2008)

⁴⁴ par. 9.

⁴⁵ par. 7.

⁴⁶ par. 9.

⁴⁷ par. 7.

⁴⁸ S/RES/1846(2008)

⁴⁹ par. 10.

⁵⁰ S/RES/1897(2009), par. 7.

⁵¹ S/RES/1950(2010), par. 7.

⁵² S/RES/2020(2011), par. 9.

⁵³ S/RES/1846 (2008) de 2 de diciembre, par. 9, S/RES/1897(2009) de 30 de noviembre, par. 3, S/RES/1950(2010) de 23 de noviembre, par. 4, y S/RES/2020(2011) de 22 de noviembre de 2011, par. 7.

internacionales⁵⁴. Algunos de ellos comenzaron a actuar individualmente, pero poco después lo hicieron en el marco de una coalición internacional, o bien en el seno de las organizaciones regionales de las que son miembros⁵⁵. Los Estados que actúan a título individual – aunque coordinando sus actuaciones con las coaliciones y organizaciones internacionales – son, hasta la fecha: Arabia Saudita, China, la Federación de Rusia, la India, el Japón, Malasia, la República de Corea, la República Islámica del Irán y el Yemen. Una coalición naval de veinticinco países, dirigidas por EEUU, conforman las llamadas “Fuerzas Marítimas Combinadas” (150, 151 y 152) que realizan distintos tipos de operaciones como la de luchar contra la piratería. Y, por último, dos organizaciones regionales, la OTAN y la UE, se han sumado también a la consecución de este objetivo⁵⁶. La primera de ellas, la OTAN participa a través de tres operaciones concretas: la “Operación Proveedor Aliado” (octubre-diciembre 2008), “Operación Protector Aliado” (marzo-agosto 2009) y “Operación Escudo del Océano” (agosto 2009-diciembre 2012)⁵⁷, mientras que la UE lo hace por medio de la “Operación Atalanta” - su primera operación aeronaval -⁵⁸, en la que participa España⁵⁹. La UE estableció inicialmente una célula de coordinación militar⁶⁰, que se transformó en dicha operación militar poco tiempo después⁶¹. La “Operación Atalanta” comprende en su

⁵⁴ JORGE URBINA, J., La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del mar, *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos* (PUEYO LOSA, J., JORGE URBINA, J., coord.), Iustel, Madrid, 2009, pp. 321-362.

⁵⁵ GEIB, R., PETRING, A., *Piracy and armed robbery at sea. The legal framework for counter-piracy operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 17 y ss.

⁵⁶ Las actividades desarrolladas por los Estados y las organizaciones regionales para la prevención y lucha contra la piratería pueden consultarse especialmente en los siguientes informes del Secretario General de las Naciones Unidas remitidos a los miembros de su Consejo de Seguridad: S/2008/709 de 17 de noviembre de 2008, S/2009/146 de 16 de marzo de 2009, S/2009/590 de 13 de noviembre de 2009, S/2010/556 de 27 de octubre de 2010 y S/2011/662 de 25 de octubre de 2011.

⁵⁷ La información acerca de cada una de estas operaciones puede consultarse en la siguiente dirección-web de la OTAN: http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm

⁵⁸ ESPALIÚ BERDUD, C., La operación Atalanta de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la piratería marítima, *Revista de Cortes Generales*, nº 79, 2010, pp. 103-159; SALAMANCA AGUADO, E., La represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia: la acción de la Unión Europea en el marco de la Política común de Seguridad y Defensa, *Revista de Estudios Europeos*, nº 55, 2010, pp. 57-86.

⁵⁹ El Consejo de Ministros del Gobierno de España solicitó del Congreso de los Diputados autorización para la participación en la Operación Atalanta con fecha 9 de enero de 2009. El Congreso de los Diputados autorizó dicha participación el 21 de enero de 2009 (B.O.C.G de 27 de enero de 2009, Serie D, nº 138, p. 4). Con base a la misma, el Consejo de Ministros acordó la participación de España en la Operación Atalanta el 23 de enero de 2009. Posteriormente, el propio Consejo de Ministros ha prorrogado esta participación en sus sesiones de 11 de diciembre de 2009, de 23 de diciembre de 2010, y de 30 de diciembre de 2011. En ésta última, la prorroga acordada se extiende hasta el 31 de diciembre de 2012.

⁶⁰ Acción Común 2008/749/PESC del Consejo de 19 de septiembre de 2008 relativa a la acción de coordinación militar de la Unión Europea en apoyo de la Resolución nº 1816(2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (EU-NAVCO). D.O. L252 de 20 de septiembre de 2008, p. 39.

⁶¹ Acción Común 2008/851/PESC del Consejo de 10 de noviembre de 2008 relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (D.O. L301 de 12 de noviembre de 2008, p. 33). La “Operación Atalanta” comenzó el 8 de diciembre de 2008. Art. 2 de la Decisión 2008/918/PESC del Consejo de 8 de diciembre de 2008 (D.O.L330 de 9 de diciembre de 2008, p. 19). Los artículos 1c) de la Decisión 2009/907/PESC del Consejo de 8 de diciembre de 2009 (D.O.L322 de 9 de diciembre de 2009, p. 27), y 1.5 de la Decisión 2010/766/PESC del Consejo de 7 de diciembre de

mandato la adopción de “las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para disuadir, prevenir e intervenir para poner fin a los actos de piratería”⁶².

Aunque el Secretario General de las Naciones Unidas señala la participación de las EMSP en la lucha contra la piratería marítima, tal y como puede advertirse al mencionarse en los informes remitidos al Consejo de Seguridad⁶³, lo cierto es que no son consideradas en ninguna de las resoluciones adoptadas sobre esta cuestión; ni en ninguna otra. Esta falta de referencia a las EMSP en la práctica del Consejo de Seguridad demuestra que estos actores privados no cuentan aún con el reconocimiento de quién tiene la responsabilidad principal de velar por la seguridad internacional. Pese a que esta misma práctica confirma que los actores no estatales pueden ser destinatarios de sus medidas con fines distintos, su silencio con respecto a las EMSP debe ser interpretado como una falta de aceptación – que no de prohibición - de su contribución a una seguridad concebida en términos interestatales⁶⁴. Esta posición del Consejo de Seguridad es conforme – según lo expuesto en el apartado 2.1.2 de este trabajo – con lo estipulado por el CNUDM⁶⁵, así como con lo previsto en el PCEMSP. Como sabemos, este proyecto convencional considera que las funciones a desarrollar – policial y conexas, que puedan implicar el uso de la fuerza armada –, con el objetivo de luchar contra la piratería marítima, constituyen “funciones inherentes al Estado”; y que, en consecuencia, no pueden ser atribuidas a las EMSP⁶⁶.

III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVABLE DEL USO DE LA FUERZA ARMADA EN LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA MARÍTIMA

1. La responsabilidad internacional del Estado

A) Los actos atribuibles al Estado

Como es sabido, el Estado actúa a través de sus órganos. Y tales órganos, la mayoría de las veces, están constituidos por entidades o individuos a los que se les puede exigir directamente la responsabilidad por sus actuaciones, incluso en el plano internacional. Sin embargo, la condición de órganos estatales permite también atribuir la responsabilidad internacional de sus actuaciones al Estado. La Comisión de Derecho Internacional, encargada de codificar el derecho internacional en la materia, así lo reconoce en su Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos

2010. (D.O.L327 de 11 de diciembre de 2010, p. 49), han establecido la prórroga de esta operación militar; en concreto, el de esta última Decisión ha fijado su término para el 12 de diciembre de 2012.

⁶² Art. 2d)

⁶³ Ver: S/2010/556 de 27 de octubre de 2010, par. 87 y S/2011/662 de 25 de octubre de 2011, par. 24, 54 y ss.

⁶⁴ PERCY, S., “The Security council and the use of private force”, *The United Nations Security council and war* (LOWE, V., ROBERTS, A., WELSH, J., ZAUM, D, ed.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, p. 640.

⁶⁵ Art. 107.

⁶⁶ Art. 2i)

internacionalmente ilícitos (en adelante: Proyecto de artículos)⁶⁷. Según este Proyecto de artículos “(s)e considera hecho del Estado (...) el comportamiento de todo órgano del Estado”, entendiéndose como tal “toda persona o entidad que tenga esta condición” en virtud de su derecho interno⁶⁸. Junto a esta consideración “orgánica”, el Proyecto de artículos prevé igualmente un criterio “funcional”. En virtud de éste, la responsabilidad internacional también puede atribuirse al Estado cuando las personas, pese a que no son formalmente órganos estatales, “están facultadas por (su) derecho (interno) para ejercer atribuciones del poder público”⁶⁹. El catálogo de supuestos contemplados en el Proyecto de artículos no se limita a las actuaciones *de iure* de los órganos estatales, sino que se extiende a las *de facto*. Así, el comportamiento de las entidades o de los individuos puede atribuirse al Estado cuando sus respectivas actuaciones sigan las “instrucciones” estatales, o bien se sometan a su “dirección” o “control”⁷⁰. Además, la responsabilidad internacional también es exigible al Estado cuando cualquiera de ellos ejerzan “de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales” si su ejercicio así fuese requerido⁷¹.

La suma de las posibilidades apuntadas permite afirmar que la normativa internacional relativa a la atribución de responsabilidad internacional al Estado es bastante omnicompreensiva, teniendo en cuenta que los supuestos señalados no son los únicos; ya que, solamente nos hemos limitado a mencionar aquellas situaciones que resultan relevantes a los efectos de nuestro objeto de estudio⁷².

B) La atribución de los actos de las EMSP

A partir de los supuestos contemplados como “hecho del Estado” por el Proyecto de artículos, observamos que, en primer lugar, las EMSP no constituyen órganos del Estado. No lo son en tanto que entidades, ni tampoco lo conforman los individuos que la integran. Asimismo, y en segundo lugar, las EMSP, aunque puedan ejercer atribuciones propias del poder público – como ocurre con la utilización de la fuerza armada –, no lo hace en “ausencia o defecto de las autoridades oficiales”; supuesto éste último que está pensado para situaciones excepcionales en las que la autoridad legítima no puede ejercer sus funciones de forma temporal o definitiva⁷³. Por consiguiente, las EMSP no son órganos del Estado, ni tampoco están llamadas a remplazarlos en situaciones de normalidad; circunstancias ambas que explican el que no quepa atribuirle al Estado la responsabilidad internacional de sus actuaciones.

No obstante, aunque las EMSP no constituyan órganos estatales ni los sustituyan en circunstancias normales, podrían equiparse funcionalmente a éstos cuando ejerzan atribuciones del poder público, y el propio Estado sea quien les faculte expresamente

⁶⁷ A/RES/56/83 de 12 de diciembre de 2001. Anexo.

⁶⁸ Art. 4.

⁶⁹ Art. 5.

⁷⁰ Art. 8.

⁷¹ Art. 9.

⁷² Ver: arts. 6 y 11.

⁷³ *Anuario de la CDI*, 2001, vol. II (2), p. 115.

para ello. Así, la reglamentación española ha previsto la posibilidad de que las EMSP hagan uso de la fuerza armada en la lucha contra la piratería marítima, siempre y cuando respeten ciertas limitaciones. ¿Permite esta autorización interna atribuir la responsabilidad al Estado por las actuaciones de una EMSP que ejerce funciones estatales? Y ¿dicha responsabilidad estatal se mantendría en el caso de que aquella EMSP se excediera en las limitaciones establecidas reglamentariamente? El Proyecto de artículos no plantea especiales problemas para responder afirmativamente a esta última pregunta⁷⁴. La dificultad estriba en dar respuesta a la anterior. Una primera aproximación al texto propuesto permite inclinarnos por una respuesta positiva, pero la lectura de los comentarios que acompañan al mismo, nos aleja de esta posición inicial. La Comisión de Derecho Internacional señala que este supuesto debe ser interpretado restrictivamente. Su ámbito de aplicación se limita a los casos en los que exista una autorización específica para la realización de un comportamiento determinado. Esta circunspección llega al extremo de exigirse una relación de dependencia entre el autorizante y el autorizado, en la que éste último pierde su autonomía para confundirse con un órgano estatal en la práctica⁷⁵. Por tanto, la autorización general prevista en la reglamentación española mencionada resulta insuficiente. Su objetivo no es autorizar el ejercicio de una prerrogativa estatal, sino que su pretensión es mucho más banal: regular los asuntos públicos; en particular, la aparición de las EMSP y la prestación de servicios por parte de éstas últimas⁷⁶.

Descartada la aplicación del supuesto anterior⁷⁷, la única posibilidad de atribuir al Estado las actuaciones de las EMSP con arreglo al derecho internacional general, deriva del sometimiento de éstas últimas a sus “instrucciones”, “dirección” y “control”. Salvo los casos en los que pueda demostrarse que las EMSP han actuado bajo la dirección o las instrucciones del Estado, la aplicación de este supuesto queda reducida a la determinación de los comportamientos que se consideran comprendidos dentro de la noción de control del Estado. Al respecto, la jurisprudencia internacional contempla dos interpretaciones diferentes: una más restrictiva; y otra más extensa. Según la primera, el control del comportamiento de la EMSP tiene que ser “efectivo” y no meramente incidental o periférico. Precisamente, ésta última posibilidad es la que preconiza los que interpretan el control ejercido por el Estado de un modo “global”⁷⁸. Así, la mera asistencia logística o la ayuda económica facilitada por el Estado, permitirían atribuirle las hipotéticas transgresiones de la normativa internacional que cometieran las EMSP destinatarias de aquella asistencia o ayuda. El control del Estado así concebido puede llevar a que, por ejemplo, España pueda ser responsable internacionalmente de los

⁷⁴ Art. 7.

⁷⁵ TIJ. Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia de 26 de febrero de 2007, Rec. 2007, par. 395.

⁷⁶ *Anuario de la CDI*, 2001, vol. II(2), p. 99.

⁷⁷ *A sensu contrario*, aunque en el marco del Derecho internacional convencional, el Comité de Derechos Humanos ha admitido que: “otorgar contratos al sector comercial privado para que se encargue de actividades estatales básicas que incluyen el uso de la fuerza y la detención de personas no exime a un Estado para de sus obligaciones con arreglo al Pacto”. CDH. Comunicación n° 1020/2002, Carlos Cabal y Marco Pasini c. Australia, de 7 de agosto de 2003, par. 7.2.

⁷⁸ TIJ. Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia de 26 de febrero de 2007, *ibid.*, par. 402 y ss.

excesos perpetrados por las EMSP en su lucha contra la piratería marítima. Aunque nuestro país no ha delegado ni contratado directamente la consecución de esta tarea con las EMSP, sí ha financiado parcialmente su actividad, destinando a este fin importantes partidas presupuestarias⁷⁹. No obstante, esta posición sólo puede mantenerse acudiendo a una interpretación generosa de la noción de control del Estado. Por todo ello, y a modo de síntesis, puede afirmarse que la atribución de responsabilidad internacional al Estado por las actuaciones de las EMSP constituye una cuestión delicada que exige un examen de cada caso concreto⁸⁰.

A la vista de lo dicho, algunos autores sostienen que la responsabilidad internacional derivada de los comportamientos de las EMSP, debería atribuirse al Estado sobre la base de las obligaciones generales que se deducen del principio de “diligencia debida”⁸¹. Sin embargo, la aplicación de este principio; y sobre todo, la concreción de las obligaciones generales en las que se traduce, resultan, cuando menos, incierta, especialmente, en el ámbito de las actuaciones de las EMSP.

Mayor certeza ofrecería un instrumento internacional que agrupase las obligaciones que el Estado debe afrontar con respecto a los EMSP. Precisamente, el PCEMSP, pensado para ser adoptado bajo la forma de tratado internacional, cumple con esta expectativa. El proyecto convencional prevé, con carácter general, que los Estados admitan su responsabilidad internacional por las actividades de las EMSP que se encuentren “registradas en su territorio, o que operen en él”; independientemente de si existe o no contrato con las mismas⁸². A partir de aquí, el PCEMSP reúne todo un conjunto de obligaciones de diversa índole que recae sobre el Estado⁸³. Por lo que respecta al uso de la fuerza armada - permitida excepcionalmente a las EMSP, tal y como hemos visto-, el Estado asume determinadas obligaciones. Por un lado, los Estados se obligan a adoptar “las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro tipo que sean necesarias para establecer reglas sobre el empleo de la fuerza”⁸⁴. La adopción de estas medidas, como se comprenderá, serán conformes a los principios, circunstancias y condiciones establecidas por el propio PCEMSP para el uso de la fuerza por parte de las EMSP. Por otro lado, los Estados “velarán” que las EMSP “utilicen, en la medida de lo posible,

⁷⁹ Ver: Reales Decretos Real Decreto 1257/2010, de 8 de octubre y 803/2011, de 10 de junio, por los que se regulan la concesión directa de subvenciones para la contratación de seguridad privada a bordo en los buques atuneros congeladores que actualmente operan en el Océano Índico (BOE nº 245 de 9 de octubre de 2010, p. 85691 y BOE nº 157 de 2 de julio de 2011, p. 70309)

⁸⁰ Al respecto, PARODI, F., “Les Etats face a l’activité des sociétés militaires et de sécurité privées”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 114, nº 3, p. 512.

⁸¹ BEAUCILLON, CH., FERNANDEZ, J., RASPAIL, H., “State responsibility for conduct of private military and security companies violating *ius ad bellum*”, *War by contract. Human rights, Humanitarian law, and private contractors* (FRANCIONI, F., RONZITTI, N., ed.), Oxford University Press, New York, 2011, pp. 396-420, especialmente, pp. 407-419. También, en este sentido, ver: DE SCHUTTER, O., “The responsibility of states”, *Private security, public order. The outsourcing of public services and its limits* (CHESTERMAN, S., FISSHER, A., ed.), Oxford University Press, New York, 2009, pp. 25-45, especialmente, p. 44 y PARODI, F., “Les Etats face a l’activité des sociétés militaires et de sécurité privées”, *op.cit.*, pp. 513-520.

⁸² Art. 4.1.

⁸³ Ver, por ejemplo, las obligaciones recogidas en el art. 17.

⁸⁴ Art. 18.1.

medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza”⁸⁵; y que, llegado el caso, se notifique a sus órganos competentes “todo incidente que suponga el empleo de la fuerza” a fin de que se proceda a investigar adecuadamente el mismo⁸⁶. Estas obligaciones se concretan en el deber del Estado de regular el uso de la fuerza armada por parte de las EMSP y de vigilar su empleo cuando éste se lleve a efecto, comprometiéndose a realizar una investigación de los hechos.

No obstante las obligaciones señaladas, puede advertirse fácilmente que el Estado no asume directamente la responsabilidad internacional de los eventuales incumplimientos de su normativa por parte de las EMSP. Tal y como veremos en el apartado siguiente de este trabajo, la responsabilidad que pudiera derivarse de las actuaciones de las EMSP recae en estos mismos actores, y eventualmente, sobre los miembros que la integran. Esta solución contrasta con la prevista en el CNUDM para los casos en los que puedan causarse daños o perjuicios en el apresamiento, por error, de un buque pirata. Cuando así sucede, el Estado que haya llevado a cabo la captura errónea “será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque” apresado⁸⁷. Este tratamiento jurídico diferenciado, otorgado por el PCEMSP y el CNUDM, respectivamente, se explica por la naturaleza distinta de quienes están implicados en la captura: órganos estatales – buques de guerra o buques autorizados por el gobierno – en el supuesto del CNUDM, y actores privados, en cambio, en el del PCEMSP.

Las obligaciones asumidas por los Estados en el marco del PCEMSP podrán ser examinadas por un “Comité de Regulación, Supervisión y Control” de las EMSP mediante los informes presentados por los propios Estados⁸⁸. Caso de que se advierta la comisión de “violaciones graves o sistemáticas” de las disposiciones convencionales, dicho Comité podrá iniciar una investigación⁸⁹. Por último, este mismo Comité puede ser destinatario de las denuncias realizadas por otros Estados⁹⁰, así como de las comunicaciones dirigidas por los particulares acerca del cumplimiento del PCEMSP⁹¹. Sin embargo, los Estados denunciados o contra los que se dirijan las comunicaciones, tienen que haber reconocido previamente la competencia de aquel Comité.

2. La responsabilidad internacional de las EMSP

A) Las consecuencias penales

La responsabilidad internacional derivada de las actuaciones de las EMSP y de sus miembros no ha sido considerada hasta la fecha debido a la novedad del fenómeno de la privatización de la violencia. Qué duda cabe que este motivo está detrás de la falta de regulación por parte de los derechos internos. España cuenta con una legislación en

⁸⁵ Art. 18.2.

⁸⁶ Art. 18.7.

⁸⁷ Art. 106.

⁸⁸ Arts. 31 y 32.

⁸⁹ Arts. 33, 35 y 36.

⁹⁰ Art. 34.

⁹¹ Art. 37.

materia de seguridad privada en la que ha introducido modificaciones, recientemente, a fin responder, puntualmente, a algunos de los desafíos planteados por estos nuevos actores; si bien esta legislación no deja de tener un alcance meramente administrativo⁹². La eventual responsabilidad penal que pueda deducirse de las actuaciones de las EMSP y de sus miembros debe sustanciarse con arreglo a las disposiciones del código penal español, sin que se prevea en el mismo, pese a su reciente reforma, ninguna disposición específica que tipifique ciertas transgresiones cometidas por las EMSP o su personal⁹³.

El PCEMSP pretende salvar las lagunas existentes en este terreno dedicando parte de su articulado a regular la cuestión de la responsabilidad exigible a las EMSP y a quienes las conforman. Toda esta parte del proyecto de convenio está presidida por dos principios que, a nuestro juicio, resultan claves para comprender el resto de previsiones normativas; especialmente, si nos ceñimos al ámbito de la utilización de la fuerza armada. En primer lugar, los Estados se comprometen a contemplar la responsabilidad de las EMSP así como la de carácter penal de los individuos que la integran⁹⁴; y, en segundo lugar, a tipificar como “delito penal el empleo ilícito de la fuerza (...) por parte de las EMSP y sus empleados” en sus legislaciones respectivas⁹⁵.

El PCEMSP prevé que los Estados regulen “la responsabilidad de personas y entidades jurídicas en delitos tipificados” con arreglo a sus disposiciones; como es el caso del uso ilícito de la fuerza armada⁹⁶. El proyecto de convenio contempla la responsabilidad de las EMSP en tanto que persona jurídica, pero es cauto a la hora de determinar qué tipo de responsabilidad le es exigible, dejando abierta la posibilidad de que ésta pueda “ser de índole penal, civil o administrativa, o una combinación de las tres”⁹⁷. Esta cautela se explica por la falta de homogeneidad de las legislaciones estatales acerca de la exigencia de consecuencias penales a las personas jurídicas. Muchos ordenamientos jurídicos son reacios a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por este motivo, el proyecto de convenio permite que sus futuros Estados partes opten por imponer a las EMSP las consecuencias jurídicas más acordes con su tradición jurídica. La influencia del derecho comunitario ha empujado al derecho español a contemplar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro código penal; si bien esta incorporación se limita a la comisión de ciertos tipos delictivos entre los que se excluyen los relativos al empleo directo de la violencia. No obstante, el PCEMSP busca que se exijan una serie de consecuencias mínimas a estas personas jurídicas, al margen de las que prevea los Estados partes en sus respectivas legislaciones internas. Según el proyecto de convenio, las personas jurídicas serán objeto de sanciones “eficaces,

⁹² Ver: Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada (BOE nº 186 de 4 de agosto de 1992, p. 27116) y Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada (BOE nº 8 de 10 de enero de 1995, p. 779)

⁹³ Ver: Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152 de 23 de junio de 2010, p. 54811)

⁹⁴ Art. 19.4.

⁹⁵ Art. 19.2.

⁹⁶ Art. 20.1.

⁹⁷ Art. 20.2.

proporcionadas y disuasivas, incluidas multas, sanciones monetarias, la prohibición de empleo en el futuro, la obligación de resarcir y/o indemnizar a las víctimas⁹⁸.

Junto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el PCEMSP contempla la responsabilidad de las personas físicas, y admite el principio general bien asentado de que, la responsabilidad de aquellas “existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales”⁹⁹. El PCEMSP parte de la base de que las consecuencias exigibles a los empleados de las EMSP pueden ser penales, pero en este caso – contrariamente a lo que sucede en el caso de las personas jurídicas – no especifica qué condiciones deben reunir, ni tampoco ejemplifica las mismas.

B) La competencia jurisdiccional

Por último, un breve apunte acerca del ejercicio de la competencia jurisdiccional para el conocimiento de los hechos cometidos por las EMSP. Según el PCEMSP, los delitos perpetrados por las EMSP, tales como el uso ilícito de la fuerza armada, serán conocidos por las jurisdicciones de los Estados en cuyo territorio se haya cometido dicho delito; o bien, a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado en el momento de su comisión. También los Estados podrán ejercer su jurisdicción con respecto a este tipo de delitos si son cometidos por sus nacionales; o incluso, si su comisión se ha perpetrado contra dichos nacionales¹⁰⁰. Así, el proyecto de convenio contempla el principio de territorialidad extendiéndolo a los actos que se cometan a bordo de los buques que enarboles el pabellón del Estado afectado. Esta extensión de la jurisdicción, ya prevista, por lo general, en las legislaciones nacionales, resulta especialmente relevante con respecto a la lucha de la piratería marítima. Quizás, una mayor aportación del PCEMSP, en este ámbito jurisdiccional, sea la concepción del principio de personalidad previsto en su articulado. El proyecto de convenio no se conforma con otorgar jurisdicción a los Estados de los que son nacionales los responsables de las conductas que considera ilícitas, sino que también alberga el del Estado del que son nacionales las potenciales víctimas, lo que supone un reconocimiento convencional del principio de personalidad activa y pasiva.

IV. CONCLUSIONES

La participación creciente de las EMSP en el desarrollo de los conflictos armados, primero, y en la lucha contra la piratería, después, ha puesto de manifiesto la falta de regulación normativa – internacional e interna – de sus actividades en este tipo de situaciones de violencia. Aunque los derechos internos han comenzado a contemplar este fenómeno novedoso en legislaciones específicas o la modificación de las ya existentes, la única propuesta existente en el marco jurídico internacional es la de un proyecto de convenio cuya concreción y consecución resultan inciertas.

⁹⁸ Art. 20.4.

⁹⁹ Art. 20.3.

¹⁰⁰ Art. 21.1.

Ante esta falta de reglamentación internacional, el derecho internacional en vigor resulta difícilmente extensible a las actuaciones de la EMSP; especialmente en lo concerniente al uso de la fuerza. La regulación existente al respecto impide que entidades que no sean gubernamentales puedan hacer uso de la misma; si bien, una de sus excepciones: la legítima defensa – institución reconocida tanto por el derecho internacional como por los internos – está sirviendo de soporte jurídico para que las EMSP puedan utilizar la fuerza armada a fin de combatir la piratería marítima.

Pese a la complacencia de los Estados - cuando no su respaldo –, el empleo de la fuerza armada por parte de las EMSP genera difícilmente la responsabilidad internacional de aquél de conformidad con el derecho internacional vigente. Por este motivo, la única posibilidad realista de exigirle consecuencias jurídicas a las EMSP por sus actos, es dirigirse directamente contra este tipo de entidades o bien contra los miembros que las integran. Sin embargo, la primera de las opciones resulta complicada cuando se pretende ejercer acciones penales contra estas personas jurídicas, debido a los obstáculos que presentan al respecto las tradiciones jurídicas de muchos países.

A la vista de los problemas señalados en las páginas de este trabajo de investigación, la mejor opción es elaborar una normativa internacional específica que prevea las especialidades y determine el alcance de un fenómeno en expansión: el de la utilización de la fuerza armada – y la consiguiente dejación por quien la había monopolizado hasta la fecha: el Estado – por las EMSP para conseguir fines diversos.