



Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **1** Afrontar los hechos y
establecer un camino legal

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Si bien hay situaciones en las que las empresas y sus directivos son responsables directos e inmediatos de violaciones de los derechos humanos, frecuentemente se acusa a las empresas de estar implicadas con otros sujetos en la comisión de esas violaciones. En situaciones como esa, los activistas y las organizaciones de derechos humanos, los encargados de las políticas públicas en la esfera internacional, los expertos de las administraciones públicas y las propias empresas usan hoy la expresión “complicidad de las empresas en violaciones de los derechos humanos” para describir lo que se considera como una participación indeseable de las empresas en esas violaciones. Esta evolución ha dado lugar a un gran número de informes, análisis, debates y preguntas: ¿qué es lo que significa que una empresa sea cómplice?; ¿cuáles son las consecuencias de la complicidad?; ¿cómo pueden evitar las empresas convertirse en cómplices?; ¿cómo se puede hacer responsable a las empresas cuando son cómplices? Aunque el uso del concepto de complicidad es muy común, en muchos aspectos hay todavía una considerable confusión e incertidumbre acerca de los límites y, en concreto, de la responsabilidad legal, de carácter civil o penal, que se pueda derivar de esa complicidad.

En marzo de 2006 la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) les solicitó a ocho expertos juristas que formaran parte del Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales (el Panel). Se le pidió al Panel que estudiase cuándo las empresas y sus directivos se podían considerar legalmente responsables conforme al derecho penal o civil en caso de que participaran con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos y que proporcionase criterios para identificar la clase de situaciones que deberían evitar las empresas prudentes.

En este primer volumen de su informe final, el Panel reúne en un único texto de síntesis su comprensión del derecho civil y penal a partir de los estudios efectuados en los volúmenes 2 y 3. Recurriendo al lenguaje de las políticas públicas, el Panel describe la clase de conducta que debería evitar una empresa si no desea convertirse en cómplice de violaciones manifiestas de los derechos humanos y colocarse en una zona de riesgo legal a consecuencia de ello.



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

International Commission of Jurists
ICJ
33, rue des Bains
1211 Geneva 8
Switzerland

Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La CIJ se preocupa por una recta administración de la justicia, respetuosa de las normas internacionales y garante de los derechos humanos, y por la vigencia de los principios del Estado de derecho. Ambos temas son parte fundamental de sus actividades.

La CIJ se creó en 1952. Su sede principal está en Ginebra (Suiza). La CIJ está integrada por 55 eminentes juristas, representantes de los diferentes sistemas jurídicos del mundo, y cuenta además con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La CIJ goza de estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y la Unión Africana. Asimismo, la CIJ mantiene relaciones de cooperación con los órganos de la Organización de los Estados Americanos y la Unión Interparlamentaria.

P.O. Box 91
33 Rue des Bains
CH-1211 Geneva 8
Switzerland
E-mail: info@icj.org
www.icj.org



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Comisionados actuales

Sr. Muhand AL-HASSANI, Siria
Sr. Ghanim ALNAJJAR, Kuwait
Sr. Raja AZIZ ADDRUSE, Malasia
Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Sudán
Juez Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda
Sr. Abdelaziz BENZAKOUR, Marruecos
Juez Ian BINNIE, Canadá
Prof. Alexander BRÖSTL, Eslovaquia
Juez Arthur CHASKALSON, Sudáfrica
Prof. Santiago CORCUERA, México
Dr. Rajeev DHAVAN, India
Juez John DOWD, Australia
Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia
Jueza Unity DOW, Botsuana
Sra. Vera DUARTE, Cabo Verde
Profa. Louise DOSWALD-BECK, Suiza
Juez Hisham EL BASTAWISSI, Egipto
Profa. Paula ESCARAMEIA, Portugal
Jueza Elisabeth EVATT, Australia
Prof. Jochen FROWEIN, Alemania
Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombia
Sr. Stellan GÄRDE, Suecia
Sr. Roberto GARRETÓN, Chile
Prof. Robert GOLDMAN, Estados Unidos
Profa. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Holanda
Sra. Asma JAHANGIR, Pakistán

Sra. Imrana JALAL, Fiyi
Prof. David KRETZMER, Israel
Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia
Juez José Antonio MARTÍN PALLÍN, España
Sr. Kathurima M'INOTI, Kenia
Juez Sanji MONAGENG, Botsuana
Sra. Karinna MOSKALENKO, Rusia
Prof. Iulia MOTOC, Rumania
Prof. Vitit MUNTARBHORN, Tailandia
Dr. Pedro NIKKEN, Venezuela
Prof. Manfred NOWAK, Austria
Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay
Prof. Andrei RICHTER, Rusia
Jueza Michèle RIVET, Canadá
Sra. Mary ROBINSON, Irlanda
Sr. Raji SOURANI, Palestina
Sir Nigel RODLEY, Reino Unido
Sr. Claes SANDGREN, Suecia
Sr. Belisario dos SANTOS JUNIOR, Brasil
Juez Philippe TEXIER, Francia
Prof. Daniel THÜRER, Suiza
Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria
Prof. Vilenas VADAPALAS, Lituania
Prof. Yozo YOKOTA, Japón
Juez E. Raúl ZAFFARONI, Argentina
Prof. Leila ZERROUGUI, Argelia

Miembros honorarios

Prof. Georges ABI-SAAB, Egipto
Juez P.N. BHAGWATI, India
Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, Egipto
Sr. William J. BUTLER, Estados Unidos
Prof. Antonio CASSESE, Italia
Jueza Marie-José CRESPIAN, Senegal
Dato' Param CUMARASWAMY, Malasia
Dr. Dalmo A. DE ABREU DALARI, Brasil
Prof. Alfredo ETCHEBERY, Chile
Sr. Desmond FERNANDO, Sri Lanka
Lord William GOODHART, Reino Unido
Juez Lennart GROL, Suecia
Prof. Hans-Heinrich JESCHECK, Alemania
Sr. Louis JOINET, Francia
Prof. P.J.G. KAPTEYN, Holanda
Juez Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australia

Prof. Kofi KUMADO, Ghana
Prof. Jean Flavien LALIVE, Suiza
Jueza Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Canadá
Dr. Rudolf MACHACEK, Austria
Prof. Daniel H. MARCHAND, Francia
Sr. J.R.W.S. MAWALA, Tanzania
Sr. François-Xavier MBOUYOM, Camerún
Sr. Fali S. NARIMAN, India
Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyana
Sr. Bertrand RAMCHARAN, Guyana
Dr. Joaquín RUIZ -GIMÉNEZ, España
Prof. Christian TOMUSCHAT, Alemania
Sr. Michael A. TRIANTAFYLIDES, Chipre
Prof. Theo VAN BOVEN, Holanda
Prof. Luzius WILDHABER, Suiza
Dr. José ZALAQUETT, Chile

Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **1** Afrontar los hechos y
establecer un camino legal

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales

© Copyright International Commission of Jurists, 2008

La CIJ autoriza la libre reproducción de extractos de cualquiera de sus publicaciones, siempre y cuando se hagan las debidas menciones de autoría y se envíe a la sede central del CIJ una copia de la publicación en la que se utiliza el extracto. La dirección para los envíos de las copias es:

International Commission of Jurists

P.O. Box 91

33 rue des Bains

CH-1211 Geneva 8

Switzerland

Correo electrónico: info@icj.org

www.icj.org

® Complicidad empresarial y responsabilidad legal. Volumen 1

ISBN: 978 92-9037-131-5

Ginebra, 2008

Edición española, 2010

Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **1** Afrontar los hechos y
establecer un camino legal

Informe del Panel de Expertos Juristas
de la Comisión Internacional de Juristas
sobre Complicidad Empresarial
en Crímenes Internacionales



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Nicholas Howen redactó este volumen. Leah Hoctor, Magda Karagiannakis y Andrea Shemberg hicieron comentarios al texto. Wilder Tayler contribuyó al estudio de las cuestiones jurídicas y de políticas públicas. El Panel revisó el volumen durante el proceso de redacción un mínimo de tres veces. Leah Hoctor y Róisín Pillay editaron el volumen. Stephen Coakley colaboró en la investigación. Priyamvada Yarnell ayudó en su producción. Carlos F. Morales de Setién Ravina lo tradujo. Carlos López revisó la traducción. Además de darles las gracias a los miembros y asesores del Grupo de Dirección, también hay que agradecerles su contribución a Carlos López y a los que comentaron las versiones previas.

También quisiéramos darles las gracias al gran número de personas que ayudaron en las diferentes etapas que requirió el estudio del Panel, y en particular a Alexandre Arregui y Anthony MacDonald, abogados en prácticas en la Comisión Internacional de Juristas durante el periodo 2006-2007. También le tenemos que dar las gracias en especial al Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos por alojar la página web del proyecto durante su proceso de elaboración: <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>.

La ayuda financiera del Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, Irish Aid y el Departamento de Asuntos Extranjeros, Asuntos Políticos, División, IV, de Suiza, hicieron posible que el Panel estudiara el tema de este estudio y la elaboración de este informe. Gracias al apoyo y la colaboración de Friedrich-Ebert-Stiftung, el Panel pudo realizar una consulta entre todos los interesados en octubre de 2006.

TABLA DE CONTENIDOS

Presentación	vii
1 Complicidad y responsabilidad legal de las empresas en el siglo XXI	1
1.1 La conducta de las empresas y la exigencia de responsabilidad	1
1.2 El Panel de Expertos Jurídicos de la CIJ para el estudio de la complicidad en las violaciones manifiestas de los derechos humanos	3
1.2.1 Aclarar el significado legal y en las políticas públicas del concepto de complicidad	3
1.2.2 La aplicación de las leyes civiles y penales a las violaciones manifiestas de los derechos humanos	6
1.2.3 El cambio de la conducta de las empresas necesario para prevenir la complicidad	8
2 Prevenir la complicidad: cuándo una empresa se puede considerar legalmente responsable por complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos	10
2.1 Causación y contribución: habilitar, exacerbar y facilitar las violaciones de derechos humanos	12
2.1.1 “Habilitar”: las violaciones no habrían ocurrido sin la conducta de la empresa	14
2.1.2 “Exacerbar”: la conducta de la empresa empeora las violaciones y el daño causado	14
2.1.3 “Facilitar”: la conducta de la empresa cambia la manera en que se llevan a cabo las violaciones	15
2.1.4 El continuo de la causación	16
2.1.5 “Defensas” y excusas comunes	20
2.2 Conocimiento y previsibilidad del riesgo	22
2.2.1 La empresa quiere participar en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos	23

2.2.2 La empresa sabía o debería haber sabido que era muy probable que su conducta contribuyera a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos	24
2.2.3 Pruebas del conocimiento y la previsibilidad	26
2.2.4 Ignorancia consciente: conocimiento y previsibilidad en un mundo globalizado	28
2.3 Proximidad: su impacto en la causación y el conocimiento o la previsibilidad	28
3 Análisis de las situaciones en las cuales las empresas son acusadas de complicidad	32
3.1 Proporcionar bienes y servicios	32
3.2 Proporcionar seguridad para las actividades de la empresa	34
3.3 Cadenas de suministro	35
3.4 Acuerdos empresariales formales	36

Presentación

En marzo de 2006 la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) les solicitó a ocho expertos juristas que formaran parte del Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales (el Panel). El Panel se creó para estudiar cuándo las empresas y sus directivos se podían considerar legalmente responsables conforme al derecho penal o civil en caso de que participaran con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Los miembros del Panel son juristas destacados en sus diferentes áreas de conocimiento, provienen de los cinco continentes y representan las tradiciones del derecho angloamericano y del derecho continental europeo.* Los miembros del Panel son: Andrew Clapham, Claes Cronstedt, Louise Doswald-Beck, John Dugard, Alberto León Gómez-Zuluaga, Howard Mann, Usha Ramanathan y Ralph G. Steinhartd.

Durante la elaboración del estudio, la CIJ solicitó la participación de varios expertos como asesores del Panel, entre los cuales cabe mencionar a Eric David, Errol Mendes, Peter Muchlinski, Anita Ramasastry y Cees van Dam.

Los miembros del Grupo Director del Proyecto fueron: Widney Brown y Peter Frankental (Amnistía Internacional), Arvind Ganesan (Human Rights Watch), Patricia Feeny (Rights and Accountability in Development), John Morrison (Business Leaders Initiative on Human Rights; TwentyFifty Ltd.), Sune Skadegaard Thorsen (Lawhouse DK; CIJ Dinamarca) y Salil Tripathi (International Alert).

El Panel recibió varios trabajos de investigación de destacados académicos, abogados y asesores legales de empresas en varios temas relevantes. Entre esos autores pueden mencionarse a Larissa van den Herik (derecho penal internacional), David Hunter (derecho medioambiental internacional), Olivier de Schutter (derecho de la Unión Europea), Jennifer Zerk (responsabilidad por daños en el derecho angloamericano), Celia Wells (derecho penal empresarial), Jonathan Burchell (derecho penal comparado de la responsabilidad solidaria), Beth Stephens (procesos judiciales en los Estados Unidos por violaciones manifiestas de los derechos humanos), Rachel Nicolson y Emily Howie (personalidad jurídica independiente, responsabilidad limitada y velo corporativo), Sunny Mann (derecho de la competencia) y John Sherman (directrices estadounidenses para la elaboración de sentencias aplicables a organizaciones demandadas).

* El panel habla de “common law and civil law legal traditions” para referirse a las dos grandes tradiciones jurídicas del mundo occidental: la anglosajona y la de origen francogermánico. La expresión que usa el Panel es la más común en el derecho comparado anglosajón. Sin embargo, en la tradición europea las clasificaciones son distintas e incluso muchas veces se prefiere dejar “common law” sin traducir para referirse a esa tradición jurídica anglosajona. Aunque tal vez no la más rigurosa, se ha elegido las traducciones de “derecho angloamericano” y “derecho continental europeo” porque probablemente son las más descriptivas en términos geográficos y permiten entender bien la procedencia geográfica de las tradiciones jurídicas. (N. del T.)

En octubre de 2006, en una consulta organizada en cooperación con Friedrich-Ebert-Stiftung, el Panel dialogó con varios de los principales interesados, entre los cuales había representantes de ABB, Amnistía Internacional, BP, Building and Wood Workers International, la Business Leaders Initiative for Human Rights, el Centre for Corporate Accountability, Chatham House, The Coca-Cola Company, el Foro Alemán para los Derechos Humanos (Forum Menschenrechte), Global Witness, Human Rights Watch, el Consejo Directivo de la OIT, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, el Consejo Internacional sobre Política de los Derechos Humanos, National Grid, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Rights and Accountability in Development, y Sherpa.

El Panel también les solicitó sus opiniones a abogados, representantes de las empresas y otras personas mediante solicitudes de información por medios electrónicos. Entre otras, se recibieron opiniones de Corporate Responsibility Coalition (CORE), EarthRights, Global Witness y la Asociación Internacional de Abogados de la Defensa Penal.

Durante la elaboración del estudio, el Panel se reunió tres veces en sesión plenaria. Los tres volúmenes de este informe recogen las conclusiones y las recomendaciones finales. El informe en su conjunto se aprobó por cada uno de los miembros del Panel y refleja sus ideas como colectivo. Sin embargo, algunas afirmaciones específicas pudieran no corresponderse con la posición concreta de un determinado panelista o reflejarla completamente.

1 Complicidad y responsabilidad legal de las empresas en el siglo XXI

1.1 La conducta de las empresas y la exigencia de responsabilidad

Hace seis décadas se condenó a los directivos de algunas empresas por colaborar activamente con el régimen nacionalsocialista alemán en la comisión de algunos de los peores crímenes de guerra que se puedan imaginar. Esos líderes empresariales, actuando muchas veces a través de sus empresas, suministraron gas venenoso a los campos de concentración, aunque sabían que se usaría para exterminar seres humanos; pidieron voluntariamente que se les enviase mano de obra esclava para trabajar en sus fábricas; estuvieron de acuerdo en deportar, asesinar y maltratar a trabajadores esclavos, o ayudaron a que eso ocurriera; donaron dinero para apoyar a las criminales S.S., y enriquecieron a sus empresas mediante la confiscación ilegal de propiedad en la Europa ocupada por los alemanes.

Los informes sobre la participación de empresas en violaciones manifiestas de los derechos humanos no se detuvieron al terminar la Segunda Guerra Mundial. Saber que un comercio boyante y la inversión de las empresas pueden ayudar a elevar el nivel de vida de las personas no ha disminuido la preocupación por el hecho de que las empresas también pueden causar considerables perjuicios. A las empresas petroleras y mineras que desean conseguir concesiones públicas y seguridad para sus actividades se las ha acusado de entregar dinero, armas, vehículos y apoyo aéreo a las fuerzas militares o a grupos rebeldes, que luego éstos usan para atacar, matar y causar la “desaparición” de civiles. Hay empresas privadas de transporte aéreo que presuntamente han sido parte esencial en los planes de algunos gobiernos y han efectuado transportes extraordinarios e ilegales de sospechosos de actos terroristas de un país a otro. Se ha acusado a las empresas de vigilancia privadas de cooperar ilegítimamente con los organismos de seguridad del Estado para infligir torturas en centros de detención administrados conjuntamente. Otras empresas han proporcionado supuestamente información a gobiernos con la cual éstos han podido detener y torturar a sindicalistas u otras personas acusadas de ser opositores políticos. Hay empresas que han vendido supuestamente equipos de computación fabricados bajo pedido que han permitido al gobierno de un Estado localizar y discriminar a las minorías, o maquinaria pesada de construcción que se ha usado para demoler casas en violación del derecho internacional. Otras empresas son acusadas de apoyar a grupos rebeldes que cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos mediante la compra de diamantes ilegales, o de incitar presuntamente al uso del trabajo infantil y a la creación de condiciones laborales propias de la maquila al exigir a sus suministradores que les suministren los productos a precios siempre más baratos.

Por desgracia, estas violaciones de los derechos humanos no son nuevas. Lo que ha cambiado es la insistencia de las víctimas y sus representantes en exigir responsabilidad a las empresas por su participación en las violaciones manifiestas de los derechos humanos. A ese hecho han contribuido varios cambios relacionados entre sí.

En primer lugar, en el contexto de la interdependencia económica mundial y los impactos sociales y políticos que ha traído consigo, las empresas son uno de los principales participantes en la globalización y cada vez tienen más influencia y poder. Las relaciones complejas entre las empresas y los individuos, entre las comunidades y los gobiernos, implican que las actividades empresariales puedan tener una enorme incidencia en las vidas de las personas. Hoy algunas empresas tienen una considerable influencia política y poseen más poder económico que muchos Estados. Muchas han desarrollado relaciones empresariales y políticas con aquellos en el poder, por ejemplo con gobiernos o grupos armados que perpetran violaciones manifiestas de los derechos humanos. Mediante la privatización y la subcontratación, las empresas ejercen ahora funciones delicadas que en otros tiempos se le reservaban al Estado. En el siglo XXI las actividades productivas de una empresa tienen lugar simultáneamente en varios países, como se puede observar en las cadenas de suministro, la distribución de productos, las operaciones empresariales directas o las relaciones internas de los grupos empresariales.

En segundo lugar, en el mundo interconectado de nuestros días surge un concepto más amplio de responsabilidad ética. Hoy todos nosotros estamos implicados de alguna forma en los daños que se causan a menudo en lugares distantes, como la aceleración del proceso de destrucción de la selva tropical cuando compramos muebles hechos de madera tropical, o el fomento del trabajo infantil cuando compramos balones de fútbol hechos en maquilas donde trabajan niños. Con este sentimiento acrecentado de ser responsables del destino de otros, se vigilan muy de cerca inclusive las acciones más distantes y complejas de las empresas.

En tercer lugar, las víctimas de violaciones de los derechos humanos y los grupos que trabajan en beneficio de esas víctimas han recurrido progresivamente al derecho para limitar el poder de las empresas, hacer que aquellos responsables de las violaciones respondan ante la sociedad, e interponer recursos y obtener reparaciones judiciales. Esto ha llevado a un desarrollo vigoroso del derecho, caracterizado por una búsqueda de formas en las que modificar las diferentes ramas del derecho nacional e internacional con el fin de conseguir que los particulares poderosos respondan ante la sociedad por sus actos dañinos. También ha originado debates acerca de si se debe adaptar el sistema internacional de derechos humanos de manera que no sólo contemple la responsabilidad de los Estados, sino también la de las empresas, y cómo se podría hacer eso. Además, un propósito importante de la relativamente reciente Corte Penal Internacional es conseguir justicia ante esas violaciones, para lo cual puede declarar la responsabilidad de los particulares,

incluidos los directivos de las empresas, por violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional.

1.2 El Panel de Expertos Jurídicos de la CIJ para el estudio de la complicidad en las violaciones manifiestas de los derechos humanos

En este contexto, la CIJ constituyó el Panel de Expertos Jurídicos sobre Complicidad en Crímenes Internacionales (el Panel).

Se le pidió al Panel que considerara en qué situaciones las empresas o sus representantes se podían considerar legalmente responsables conforme al derecho penal o civil por ser “cómplices” de gobiernos, grupos armados u otros sujetos que cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El propósito del Panel es elucidar las diferentes opciones legales con las cuales se podría exigir esa responsabilidad. Con esto no pretende únicamente estimular un mayor uso de esas opciones específicas, sino también instar a las empresas a que no se conviertan en “cómplices”.

1.2.1 Aclarar el significado legal y en las políticas públicas del concepto de complicidad

Ya hace varios años que se usa la palabra “complicidad” de manera habitual en los documentos sobre políticas públicas, los artículos periodísticos y los lemas de campañas sociales con el propósito de describir las diferentes formas en las que alguien participa de forma indeseable en algo que otro sujeto está haciendo. Muchas veces el concepto de complicidad no se usa en un sentido jurídico para indicar que alguien es cómplice de un delito, sino que se utiliza de manera coloquial, con un significado rico y polifacético: se quiere connotar que alguien se ha visto atrapado y está implicado en algo que es negativo e inaceptable. Ese uso del término se ha convertido en algo habitual en los trabajos sobre actividades empresariales y derechos humanos. Ha proporcionado una herramienta para aprehender y explicar de una forma simple que las empresas pueden tener relación con las violaciones de derechos humanos y, dependiendo de cuál sea la clase de relación, incurrir en responsabilidad y culpa.

Aunque hay muchas situaciones en las cuales las empresas y sus empleados son los autores directos e inmediatos de las violaciones de derechos humanos, con frecuencia se les acusa de estar implicados con otros sujetos en la comisión de violaciones de derechos humanos. En esos casos, hoy las organizaciones y los activistas de los derechos humanos, los encargados de elaborar las políticas públicas, los expertos de las administraciones públicas y las propias empresas usan continuamente la frase “complicidad de las empresas en las violaciones de derechos humanos” para describir lo que se piensa que es una participación indeseable de

las empresas en esas acciones. Al igual que ha ocurrido con el concepto de impunidad en el área de los derechos humanos —que ha adquirido un significado mucho más complejo, variado y rico que el significado histórico estricto de impunidad en el derecho—, en el contexto de las empresas y los derechos humanos el concepto de complicidad se usa de una manera mucho más rica, profunda y amplia de lo que se hacía en el pasado.

Esta evolución ha dado lugar a un gran número de informes, análisis, debates y preguntas: ¿qué es lo que significa que una empresa sea cómplice?; ¿cuáles son las consecuencias de la complicidad?; ¿cómo pueden evitar las empresas ser cómplices?; ¿cómo se puede hacer responsables a las empresas cuando son cómplices? Aunque el uso del concepto es muy común, en muchos aspectos todavía hay una considerable confusión e incertidumbre acerca de sus límites y, en concreto, de la responsabilidad legal que se pueda derivar de esa complicidad, ya sea civil o penal. Es eso lo que pretende aclarar el Panel en este informe. El Panel estudia cuándo esa complicidad da lugar a responsabilidad legal y a partir de ello describe los principales elementos de las conductas que las empresas deberían evitar para no cruzar el límite entre conductas jurídicamente aceptables y no aceptables, y entrar en una zona de riesgo legal.

A lo largo de este volumen y también del volumen 3 se usa el término “complicidad” de la manera ya descrita, como una herramienta valiosa que proporciona una descripción evocadora de las diversas formas indeseables en las cuales las empresas se pueden ver involucradas en las violaciones de derechos humanos cometidas por otros sujetos.

Debido a que el concepto de complicidad tiene un significado específico y técnico en el derecho penal, relacionado muy de cerca con el concepto de “cooperación no necesaria”,* en el análisis del derecho penal internacional y nacional que el Panel hace en el volumen 2 se utiliza el concepto de “participación” en lugar del de “complicidad”. Se hace por dos razones. La primera es que en el derecho penal la complicidad tiene un significado concreto y restringido. En segundo lugar, porque puesto que el concepto de complicidad en el derecho penal no se corresponde necesariamente con el ámbito completo de aplicación del concepto político de “complicidad de las empresas con las violaciones de derechos humanos” que hemos descrito, el Panel se prefirió concentrar en otros elementos de la responsabilidad penal, distintos al de la cooperación no necesaria. El propósito de esto es reflejar apropiadamente la zona de riesgo legal potencial que se cree que puede existir

* El concepto de “aiding and abetting” utilizado por el Panel en sus informes es un concepto de derecho penal anglosajón que no se corresponde exactamente con el de “cooperación no necesaria o complicidad en estricto sentido” propio del derecho continental europeo, ya que dentro del concepto de “aiding and abetting” podrían incluirse algunas conductas que cabría calificar de autoría directa en el derecho continental. No obstante, el uso que se hace en el informe de este concepto equivale en casi todos los casos al de “cooperación no necesaria” y por eso se usará aquí. Por su parte, el Estatuto de Roma en su artículo 25 habla de cómplices y encubridores, y describe conductas que se corresponderían con lo que la doctrina califica de cooperadores no necesarios, o cómplices en sentido estricto. (*N. del T.*)

para las empresas implicadas con otros sujetos en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Recuadro 1: Empresas, sociedades mercantiles y actividades empresariales

Aunque el título del informe del Panel usa la frase “complicidad de las empresas”, en todo el estudio se ha considerado cualquier organización empresarial, con independencia de su estructura o composición; de si es grande o pequeña; de si es una entidad multinacional, transnacional o nacional, o de si es de propiedad privada o estatal. El análisis del Panel y sus conclusiones pretenden aplicarse en general a todas las organizaciones empresariales y a lo largo de su informe el Panel usa los términos sociedades mercantiles, empresas y actividades empresariales de manera intercambiable con el propósito de reflejar la amplitud del estudio.

Además, a lo largo de su informe, cuando el Panel se refiere a la responsabilidad legal de las sociedades mercantiles o las empresas, debería entenderse que hace referencia indistintamente a la responsabilidad legal de una organización empresarial o de sus directivos, teniendo presente que el que se pueda considerar responsable solamente a uno de ellos o a ambos dependerá de cada una de las jurisdicciones y del ordenamiento jurídico aplicable. Muchas veces –pero no siempre– el derecho penal se aplicará únicamente a individuos –personas naturales– y, por consiguiente, en muchas jurisdicciones, entre las cuales estaría en la actualidad la Corte Penal Internacional, sólo podrán ser juzgados los directivos de las empresas, pero no las organizaciones empresariales en sí. Por otro lado, en todas las jurisdicciones se reconoce que puede existir responsabilidad civil tanto de las organizaciones empresariales (personas jurídicas) como de los empleados de las empresas (personas naturales).

Recuadro 2: Violaciones manifiestas de los derechos humanos

El análisis del Panel se ha concentrado en las acciones que constituyen violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados o en los atropellos a los derechos humanos efectuados por sujetos no estatales, incluidos los grupos armados y las empresas. A lo largo de su informe, el Panel usa la expresión violaciones de derechos humanos para describir esa clase de conductas.

Se le solicitó al Panel que considerara algunas de las violaciones más atroces de derechos humanos, que con frecuencia tienen efectos devastadores no sólo en las víctimas directas y sus familias, sino también en las comunidades y las sociedades en las que ocurren. A lo largo de su informe, el Panel usa el concepto de “violaciones manifiestas de los derechos humanos” para describir conductas como esas. Por lo general, se entiende que ese concepto describe una violación de naturaleza flagrante equivalente a un ataque directo e irrefutable contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Entre las violaciones manifiestas de los derechos humanos estarían, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias prolongadas, la esclavitud y la tortura. El concepto de violaciones manifiestas de los derechos humanos está en continuo desarrollo y expansión, y violaciones que en otros tiempos no se consideraban violaciones graves, hoy se consideran generalmente incluidas dentro de ese concepto.

1.2.2 La aplicación de las leyes civiles y penales a las violaciones manifiestas de los derechos humanos

El informe del Panel no realiza un análisis del derecho internacional de los derechos humanos como mecanismo para exigir responsabilidad legal, sino que en lugar de eso se concentra en otras dos áreas del derecho: primero, en el derecho penal, y en particular en el derecho penal internacional, complementado por conceptos del derecho penal comunes a todos los sistemas nacionales; segundo, en el derecho civil de la responsabilidad extracontractual, que existe tanto en las jurisdicciones de derecho angloamericano (*common law*) como en las de derecho continental europeo. El Panel opina que estos conjuntos de normas jurídicas ofrecen en la actualidad los medios más fecundos para conseguir exigir responsabilidad a las empresas cuando son cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El derecho penal internacional y nacional (volumen 2)

Las conductas que dan lugar a violaciones manifiestas de los derechos humanos implicarán también muchas veces violaciones del derecho penal internacional y, por lo tanto, con frecuencia serán también crímenes conforme al derecho internacional. El derecho penal internacional define ilícitos penales con respecto a un rango cada vez más amplio de acciones, que el derecho internacional define como crímenes. Impone también obligaciones a los Estados para perseguir y castigar estos crímenes. En el volumen 2 de su informe, el Panel estudia en detalle las formas en las cuales puede surgir responsabilidad penal para las empresas cuando participen con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen crímenes conforme al derecho internacional. También

estudia resumidamente la responsabilidad penal en el derecho nacional con respecto a esos crímenes.

El informe, al estudiar los crímenes desde la perspectiva del derecho internacional, se ocupa principalmente de lo siguiente:

- crímenes de lesa humanidad, genocidio y apartheid;
- crímenes de guerra y, entre ellos, violaciones manifiestas de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo I (que son aplicables a los conflictos armados internacionales), violaciones del artículo 3 común al Convenio de Ginebra y a su Protocolo II (cuando se aplica a los conflictos armados internos) y otras violaciones manifiestas del derecho internacional humanitario.
- otras violaciones manifiestas de los derechos humanos, como la tortura y la esclavitud, cuya criminalización se exige por el derecho internacional, y que el derecho penal nacional debería efectuar.

En cuanto a las razones por las cuales se puede imponer responsabilidad penal, el informe se concentra en la cooperación no necesaria, la finalidad criminal común y la responsabilidad de los superiores jerárquicos. Estas causales de responsabilidad penal se exploran en detalle en el volumen 2.

Mientras que todavía no existe ningún foro internacional que tenga jurisdicción para juzgar a una empresa como persona jurídica, se acepta en general que los directivos de las empresas pueden ser juzgados por delitos establecidos en el derecho internacional por la justicia internacional. De hecho, el derecho penal internacional se aplicó en el ámbito de las actividades empresariales incluso en la época de su gestación, es decir, poco después de la Segunda Guerra Mundial, y se consideraron responsables penales a los directivos de las empresas que en el curso de sus transacciones empresariales habían contribuido a la comisión de delitos reconocidos por el derecho internacional y cometidos por los nazis. Además, a medida que los sistemas jurídicos nacionales incorporan el derecho penal internacional a su legislación interna se incluye frecuentemente a otros sujetos legales en la lista de autores potenciales de un delito, entre los cuales estarían las empresas.

Responsabilidad civil (volumen 3)

La conducta que constituye el núcleo de las violaciones manifiestas de los derechos humanos también será contraria muchas veces al derecho nacional de la responsabilidad extracontractual en las jurisdicciones de derecho angloamericano y de derecho continental europeo. En el volumen 3, el Panel estudia el derecho comparado de la responsabilidad civil extracontractual en la esfera nacional y las formas en las cuales, en las distintas jurisdicciones, puede existir responsabilidad civil para las empresas y sus empleados cuando son cómplices de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Las normas jurídicas de la responsabilidad civil extracontractual en los países de derecho angloamericano y continental europeo tienen cientos de años de historia. En todas las jurisdicciones se regulan las interacciones sociales entre diferentes sujetos —las empresas son uno de ellos— y esa regulación es muy anterior al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos. La finalidad de esas normas jurídicas es proteger intereses personales, como la integridad física y mental, la libertad personal, la dignidad y la propiedad, y determinar la existencia de responsabilidad en situaciones donde el autor y la víctima no tienen entre sí una relación contractual. Estos conjuntos de normas se han aplicado siempre a la conducta de las empresas y es claro que la conducta de las empresas puede causar daños a los intereses protegidos por el derecho de daños* y que tanto las organizaciones empresariales como los directivos de las empresas se pueden considerar responsables por esos actos.

Una zona de riesgo legal (volumen 1)

En el volumen 1 el Panel efectúa una síntesis de cuál es su comprensión del derecho penal y el derecho civil, a partir de los estudios efectuados en los volúmenes 2 y 3. El Panel describe la clase de conducta indeseable para una empresa que no se quiere convertir bajo ningún concepto en cómplice de violaciones manifiestas derechos humanos y situarse como consecuencia de ello en una zona de riesgo desde el punto de vista legal. En otras palabras, el volumen 1 pretende elaborar un conjunto de principios generales y básicos capaces de reflejar la clase de complicidad que podría dar lugar a responsabilidad legal.

1.2.3 El cambio de la conducta de las empresas necesario para prevenir la complicidad

El Panel reconoce la aparición constante de nuevas teorías acerca de dónde trazar la línea entre la conducta empresarial que debería generar responsabilidad legal y la conducta que refleja una opción empresarial legítima o que como mucho se podría criticar en términos éticos o de política pública. No obstante, los volúmenes 2 y 3 de este informe demuestran que los principios básicos de la responsabilidad penal y civil son claros. Los volúmenes 2 y 3 señalan también la dirección en la cual evoluciona el derecho, incluso si hay varias zonas grises que la legislación y la jurisprudencia todavía tienen que aclarar.

Este informe no les ofrece a las empresas la seguridad jurídica que éstas piden a menudo para saber cuándo serán legalmente responsables cómo cómplices: las empresas no podrán saber con seguridad si en una situación específica se

* La expresión “derecho de daños” es una definición acuñada en España para referirse a lo que el derecho anglosajón llama “law of civil remedies”, cuya traducción literal no tendría sentido para un jurista de tradición continental europea. Aunque algunos le achacan falta de precisión a la expresión “derecho de daños”, lo cierto es que intenta poner énfasis en la idea de que frente a cualquier ilícito extracontractual debe existir una solución jurídica o recurso en el derecho. (*N. del T.*)

las declarará legalmente responsables o no. De hecho, sería imposible hacer eso en un informe como éste, ya que por lo general cada caso dependerá siempre de los hechos únicos y complejos que lo originan. Sin embargo, este informe señala algunos límites generales más allá de los cuales el Panel considera que el comportamiento de las empresas se situará cuando menos en una zona de posible responsabilidad legal. Les indica también a los fiscales, los abogados y las víctimas cuándo y por qué el derecho puede —y debería— considerar responsables a las empresas si toman parte en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El Panel subraya que se le ha encomendado la tarea de considerar la responsabilidad de las empresas como cómplices desde un único punto de vista: cuándo se puede considerar *legalmente* responsables a las empresas como cómplices o acusarlas de serlo. Hay muchos actos y omisiones de las empresas que hoy pueden estar más allá de cualquier sanción legal, pero que sin embargo muchas personas distintas critican públicamente por ser un comportamiento inaceptable desde el punto de vista de la moralidad o ética, o que pueden afectar a la imagen pública de las empresas o tener consecuencias en sus mercados. El Panel cree que es muy importante preservar las herramientas que permiten exigir la responsabilidad social de las empresas y que pueden tener un impacto significativo en la mejora de las prácticas empresariales. De ninguna manera el trabajo del Panel debería servir para justificar limitaciones posibles al concepto de complicidad en los casos donde puede surgir o alegarse responsabilidad legal. Además la ley también está cambiando y evolucionando con rapidez, y las conductas cómplices que hoy no dan lugar a responsabilidad legal de las empresas pueden perfectamente hacerlo en el futuro, a medida que el derecho incorpore nuevas concepciones sociales sobre responsabilidad moral. Por lo tanto, las empresas se deberían guiar también por criterios de política pública y por consideraciones éticas además de por las realidades del mercado, más allá de consideraciones técnicas que permitan establecer si en la práctica se las puede acusar de ser legalmente responsables de violaciones o se les pueden imponer sanciones legales.

2 Prevenir la complicidad: cuándo una empresa se puede considerar legalmente responsable por complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos

Cuando una empresa tiene relaciones con otros sujetos que cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos, ¿cómo de cercana tiene que ser la relación con esas violaciones para que su conducta se coloque en una zona de riesgo legal donde la propia empresa o sus empleados se puedan ver expuestos a responsabilidad legal, conforme al derecho penal o al derecho de daños?

Mediante las consultas, el trabajo de investigación y la experiencia de sus miembros, el Panel ha desarrollado un enfoque que cree que ayudará a cualquier empresa, organización no gubernamental (ONG) o cualquier otro sujeto relevante a evaluar si una empresa puede incurrir en responsabilidad legal en circunstancias donde puede existir complicidad con violaciones de derechos humanos. También ayudará a que las empresas identifiquen los comportamientos que deberían evitar. Ese es el enfoque que se presenta en este volumen, que se debería leer conjuntamente con los volúmenes 2 y 3, ya que en ellos se proporciona un análisis jurídico más detallado y preciso del derecho penal y del derecho de daños respectivamente.

El Recuadro 3 (página 11) describe este enfoque desde la perspectiva de la conducta que una empresa debería evitar para no situarse en una zona de riesgo legal. El enfoque plantea varias preguntas relevantes en tres áreas de estudio:

1. *Causación (contribución)*. ¿La conducta de la empresa habilita, exacerba o facilita las violaciones manifiestas de los derechos humanos? La causación y la contribución se estudian en la sección 2.1 (página 12).
2. *Conocimiento y previsibilidad*. ¿Sabía la empresa, o debería haber sabido, que probablemente su conducta contribuiría a la comisión de las violaciones manifiestas de los derechos humanos? El conocimiento y la previsibilidad se analizan en la sección 2.2 (página 22).
3. *Proximidad*. ¿La empresa estaba cerca —geográficamente, o en función de la duración, la frecuencia o la intensidad de las interacciones o relaciones existentes— de las víctimas o del autor principal de las violaciones de derechos humanos? Las consecuencias de la proximidad se estudian en la sección 2.3 (página 28).

La sección 3 (página 32) aplica este enfoque a situaciones más específicas y a los conflictos usuales en los que se presentan a veces acusaciones contra las empresas por complicidad.

Recuadro 3: Los principios: causación, conocimiento y proximidad

El panel considera que una empresa prudente debería evitar las conductas que se describirán a continuación porque se cruzaría un límite a partir del cual la empresa o sus representantes se podrían considerar responsables conforme al derecho penal o al derecho de daños. La responsabilidad en esos casos sería producto de su complicidad en violaciones manifiestas de derechos humanos cometidas por un Estado, un grupo armado o cualquier otro sujeto.

Una empresa debería evitar una determinada conducta en las siguientes situaciones:

En primer lugar, si mediante esa conducta la empresa o sus empleados contribuyen a la comisión de violaciones específicas y manifiestas de los derechos humanos, ya sea mediante un acto o una omisión, y si, con independencia de cuál sea la forma de autoría, complicidad o instigación, la conducta:

1. habilita las violaciones específicas, es decir, que esas violaciones no hubiese ocurrido sin la contribución de la empresa; o
2. exacerba las violaciones específicas, es decir, que la empresa empeora la situación, incluido el caso en que sin la contribución de la empresa algunas de esas violaciones hubieran sido de menor gravedad o menos frecuentes; o
3. facilita las violaciones específicas, es decir, que la conducta de la empresa hace más fácil llevar a cabo las violaciones o cambia la forma en que se producen éstas, incluidos los métodos usados, el momento de la ocurrencia o el grado de eficacia.

En segundo lugar, si la empresa o sus empleados activamente desean habilitar, exacerbar o facilitar las violaciones manifiestas de los derechos humanos; o aunque no lo deseen, saben o deberían haber sabido a partir del conjunto de circunstancias que existía el riesgo de que su conducta contribuyera a la comisión de violaciones de los derechos humanos, o ignoran ese riesgo de manera voluntaria.

En tercer lugar, si la empresa o sus empleados tienen una relación próxima con el autor principal de las violaciones manifiestas de los derechos humanos o con las víctimas de las violaciones, bien debido a su proximidad geográfica, bien debido a la duración, frecuencia, intensidad o naturaleza de la relación, interacciones o transacciones correspondientes. A este respecto,

cuanto más cercanos estén la empresa o sus empleados de las situaciones o a los sujetos involucrados, tanto más probable es que la conducta de la empresa dé lugar desde el punto de vista jurídico a responsabilidad legal por haber habilitado o exacerbado los abusos, y tanto más probable es que el derecho considere que la empresa conocía el riesgo o debería haberlo conocido.

Hay diferencias en el lenguaje usado por las ramas del derecho penal y civil para describir el vínculo causal y el conocimiento necesario que dan lugar a la responsabilidad legal. Esas diferencias se describen brevemente en este volumen y se estudian en mayor profundidad en los volúmenes 2 y 3. Además los requisitos exigibles para que se den los elementos de la responsabilidad legal son distintos en el derecho penal y en el derecho civil, y los niveles de prueba exigibles son diferentes. Es más, entre las diferentes jurisdicciones se observan diferencias aun dentro de la misma rama, ya sea el derecho civil o el derecho penal, y los tribunales pueden llegar a conclusiones diferentes partiendo de hechos parecidos. No obstante, el Panel considera que la descripción anterior del nivel de participación de una empresa en un hecho ilícito y el grado de conocimiento por su parte que podría dar lugar a responsabilidad legal se corresponden adecuadamente con los conceptos jurídicos contemplados en el derecho civil y el derecho penal tanto de los países de derecho angloamericano como de derecho continental europeo. Además, el Panel considera que, en tanto cuestión de política pública y legal, esa clase de conductas de las empresas deberían dar lugar a responsabilidad legal, ya sea penal o civil, ya de la empresa como persona jurídica o de sus empleados.

Las siguientes secciones estudian con mayor detalle las descripciones generales de los elementos expuestos en los párrafos anteriores, e indagan sobre cuál es el grado de participación que se requiere para que una empresa se pueda considerar responsable penal o civil por violaciones manifiestas de los derechos humanos.

2.1 Causación y contribución: habilitar, exacerbar y facilitar las violaciones de derechos humanos

Como se ha explicado, el Panel considera que habrá un vínculo lo suficientemente cercano entre la conducta de una empresa y una violación manifiesta de los derechos humanos si la conducta de la empresa “habilita”, “exacerba” o “facilita” las violaciones. Si una empresa contribuye a que se cometan violaciones manifiestas de los derechos humanos mediante cualquiera de esas acciones, la empresa y sus empleados se colocan en una zona del derecho donde se las podría considerar legalmente responsables: de conformidad con el derecho penal, como cooperador no necesario en un delito o como participante en una empresa criminal común; de

conformidad con el derecho de daños, por causar un daño de manera intencional o negligente a una víctima.

No importa cuál sea la naturaleza de la conducta de una empresa si con ella se proporciona un nivel suficiente de asistencia o incitación a las violaciones manifiestas de los derechos humanos (al habilitar, exacerbar o facilitar la conducta de un tercero). La empresa podría aconsejar o apoyar al autor principal del crimen e instigarle a cometer el acto; comprar, alquilar o proporcionar bienes o servicios, como armas, herramientas, financiación, combustible, sistemas de computación, vehículos o transporte, seguridad o infraestructura. La contribución de una empresa a las violaciones de los derechos humanos se podría producir mediante un acuerdo empresarial, donde se prevé que para cumplir con sus obligaciones contractuales el socio empresarial cometerá actos que constituirán violaciones manifiestas de los derechos humanos. La conducta de la empresa podría ser un acto positivo o una omisión —es decir, no haber actuado cuando debía hacerlo, como el no renunciar a recibir mano de obra esclava impuesta por el Estado—, con los cuales contribuiría a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos. En el mercado mundial contemporáneo, por lo tanto, toda empresa, sin que importe cuál sea su actividad empresarial principal, necesita considerar si hay situaciones en las cuales su conducta contribuirá a que se cometan violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Hay diferencias considerables entre la forma en que el derecho penal (*véase* volumen 2) y el derecho de daños (*véase* volumen 3) describen respectivamente el grado de cercanía que debe tener la conducta cómplice con respecto a las violaciones para que se pueda decir que las ha “causado”. Con respecto a la cooperación no necesaria, el derecho penal internacional indaga si existió asistencia práctica, instigación o apoyo moral que tuviera efectos sustanciales en la comisión del delito. Por su parte, el derecho de daños se pregunta en general si el daño se hubiera producido de todas formas en caso de que la empresa no hubiera llevado a cabo esa conducta o se hubiera abstenido de ejecutar cualquier acción. No obstante, muchos de los actos u omisiones de las empresas que contribuyen a las violaciones manifiestas de los derechos humanos estarán prohibidos simultáneamente por el derecho penal y por el derecho de daños. Al explicar en los siguientes párrafos qué se considera en la práctica “habilitar”, “exacerbar” y “facilitar”, el Panel quiere mostrar cuáles son las conductas que las empresas deberían evitar. Como es obvio, para que pueda surgir responsabilidad legal, además de que se haya habilitado, exacerbado o facilitado las violaciones de los derechos humanos, se necesitará demostrar que la empresa tenía el estado mental exigido (conocimiento y previsibilidad; sección 2.2) y también cierto grado de proximidad entre la empresa y el autor o las víctimas (sección 2.3).

2.1.1 “Habilitar”: las violaciones no habrían ocurrido sin la conducta de la empresa

Esta es la situación más clara. Una empresa debería ser responsable tanto conforme al derecho penal como al derecho de daños si las violaciones específicas cometidas por el sujeto principal no hubieran ocurrido sin la participación de esa empresa. Siempre hay muchas causas que contribuyen a un resultado concreto, pero la conducta de la empresa debe ser al menos uno de los elementos esenciales para ello: un factor necesario para la comisión de las violaciones, aunque usualmente no es el único.

Por ejemplo, puede que hubiera sido imposible para un organismo de seguridad del Estado arrestar, torturar y matar a sindicalistas u otros oponentes políticos si la empresa donde estaban contratados no los hubiera identificado previamente al gobierno. O sólo en el caso de que la empresa contrate los servicios de seguridad del Estado o cierto personal de seguridad privado torturará o ejecutará extrajudicialmente a los manifestantes de una comunidad que protesten delante de la sede de una empresa. O únicamente gracias a que una empresa proporciona aviones o una pista de aterrizaje a un grupo armado o fuerzas del gobierno, éstos podrán adentrarse en un territorio inaccesible, causar el desplazamiento forzado de la población o matar a una comunidad que vive en las proximidades de un lugar de extracción minera prospectiva.

En esas situaciones, la empresa forma parte de la cadena de causación por un acto u omisión fundamental que “habilita” a otro sujeto para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos. Sin la contribución de la empresa, es improbable que hubieran ocurrido las violaciones. Por ejemplo, para que las fuerzas del Estado ataquen violentamente a una comunidad se necesitarán muchos elementos, entre los cuales estarán tener suficientes soldados, armas, vehículos, combustible e información acerca de quién atacar y cuándo hacerlo. Todos esos elementos son necesarios pero no suficientes. Una empresa habrá “habilitado” a las fuerzas del Estado para que éstas lleven a cabo la violación cuando haya contribuido a uno de sus elementos esenciales.

2.1.2 “Exacerbar”: la conducta de la empresa empeora las violaciones y el daño causado

Una empresa puede ser también responsable conforme al derecho penal y al derecho de daños cuando el autor principal lleva a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos, pero la conducta de la empresa incrementa la variedad de violaciones de los derechos humanos que comete el autor principal, el número de víctimas o la gravedad del daño sufrido por las víctimas (es decir, intensifica o empeora los daños causados). Esas situaciones cumplen con el criterio del derecho de daños en el sentido de que al menos parte del daño no hubiera ocurrido sin la participación de la empresa. En el derecho penal también se cumpliría con el criterio

de la cooperación no necesaria en el caso de que la conducta de la empresa hubiera tenido un efecto sustancial negativo, como aumentar el número de crímenes o su gravedad, o el número de víctimas o la gravedad de los daños que se les causaron.

Por ejemplo, un Estado que está desalojando a la fuerza e ilegalmente a cientos de miles de ocupantes ilegales puede también destruir sus pertenencias y casas, y lesionar a sus habitantes usando equipos de construcción para demoler las casas. Un cuerpo de policía que tortura regularmente a los detenidos podría infligir lesiones más graves si se le proporciona cierto equipo, como porras eléctricas.

2.1.3 “Facilitar”: la conducta de la empresa cambia la manera en que se llevan a cabo las violaciones

Una empresa también podría ser responsable conforme al derecho penal y al derecho de daños cuando las violaciones de derechos humanos hubieran ocurrido de todas formas sin su ayuda o instigación, pero su contribución hizo que fuera más fácil llevar a cabo las violaciones o cambió la manera en la que tuvieron lugar, aun cuando no agravara o intensificara el daño.

Conforme a las normas del derecho penal internacional relativas a la cooperación en la comisión de delitos o su facilitación, no es necesario mostrar que el delito no hubiera tenido lugar sin la asistencia o la instigación del cómplice, sino únicamente que ese delito no hubiera ocurrido de la misma manera. Se dirá que la asistencia o la instigación han tenido no obstante un “efecto sustancial” si hizo que se cambiaran, por ejemplo, los métodos usados para llevar a cabo los delitos, o el momento de su ocurrencia o localización, o si la violación acabó afectando a más personas o a personas diferentes, o aumentó su eficiencia.

En algunas jurisdicciones se aplican principios parecidos en el derecho de daños. Sin embargo, en otras jurisdicciones, para poder satisfacer el criterio de la causación, se necesitará demostrar que la conducta de la empresa cambió la naturaleza o el grado del perjuicio sufrido, o hizo que las víctimas de los daños fueran otras, en lugar de limitarse a afectar la manera en la que se produjo el daño. Sin embargo, el Panel considera que eso será frecuentemente irrelevante en la práctica, puesto que cambiar la manera en que se infligió el daño cambiará también en muchas ocasiones su grado o naturaleza, o quiénes son las víctimas.

Por ejemplo, aunque un Estado puede estar ya cometiendo violaciones manifiestas de los derechos humanos, en el proceso de elegir como objetivos a disidentes políticos o a una minoría los programas más complejos de computador vendidos por una empresa pueden cambiar la manera en que se llevan a cabo las violaciones y, por lo tanto, permitir cometer también las violaciones de una manera más eficiente, infligir un mayor daño a las víctimas o afectar a más personas.

Habilitar, exacerbar o facilitar: una zona de riesgo legal

A la luz de su análisis, el Panel considera que las empresas actúan inteligentemente cuando evitan cualquier conducta que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por otros. Una empresa debería evitar no sólo las situaciones en las que de no ser por su participación no hubieran ocurrido las violaciones manifiestas de los derechos humanos, sino también aquellas en las que su conducta agravaría la situación al incitar a la comisión de una mayor variedad de violaciones por el sujeto principal o al aumentar los daños sufridos. También debería evitar las situaciones en las que su contribución cambia la manera en que se llevan a cabo las violaciones, incluidos los métodos usados, el momento de su ocurrencia o el grado de eficacia.

2.1.4 El continuo de la causación

Aunque en algunas situaciones puede ser difícil evaluar si la conducta de una empresa está vinculada lo suficiente con la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos, el Panel opina que un análisis a partir de los tres criterios mencionados permite evaluar cuándo la conducta de la empresa está lo suficientemente implicada en las violaciones de derechos humanos como para que se la pueda considerar responsable.

Algunas de las situaciones más claras se observan cuando el autor principal de las violaciones se vale directamente de la conducta de la empresa cómplice. Por ejemplo, se podría pensar en situaciones en las que la policía arresta a un trabajador sindicalizado activista debido a una pista facilitada por la empresa, o un grupo armado usa vehículos o aeronaves proporcionados por una empresa para atacar civiles, o una empresa contrata y paga a fuerzas de seguridad del Estado o privadas, conocidas por sus violaciones de los derechos humanos, para que acaben con las protestas locales. En esas situaciones, la participación de la empresa es con frecuencia muy tangible y es relativamente claro el vínculo entre su conducta y la capacidad del autor principal para llevar a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Las situaciones son más complejas cuando el autor no usa directamente la contribución de la empresa, pero esa contribución fortalece la capacidad general del autor, al proporcionarle, por ejemplo, financiación muy necesitada, bienes o infraestructura, como carreteras, ferrocarriles, sistemas de comunicación o centrales eléctricas. Las ventas de diamantes ensangrentados por el grupo rebelde União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA) se dice que fueron esenciales para su supervivencia, ya que con ellas consiguió, entre otras cosas, la financiación necesaria para continuar la guerra, durante la cual sus fuerzas cometieron crímenes de guerra

sistemáticos. Se han identificado vínculos directos entre los ingresos permanentes del petróleo que recibe el gobierno sudanés y su capacidad de compra de material militar, que luego usa para el desplazamiento forzoso de civiles.

Los diferentes grados en los cuales las empresas contribuyeron a la perpetuación del apartheid en Sudáfrica y a las violaciones manifiestas de los derechos humanos producto de él ilustran la complejidad a la hora de analizar cuándo la conducta de la empresa está lo suficientemente cercana a las violaciones de los derechos humanos como para decir que ha habilitado, exacerbado o facilitado esas violaciones. La South African Truth and Reconciliation Commission (Comisión de la Verdad y la Reconciliación; TRC por sus siglas en inglés) concluyó que las empresas fueron fundamentales para la economía que permitió la supervivencia del Estado del apartheid. Distinguió tres niveles de responsabilidad moral. Se determinó que las empresas que habían ayudado activamente a diseñar y ejecutar las políticas del apartheid habían tenido una “participación de primer grado”. Por ejemplo, eso pasó en la industria minera, que trabajó con el gobierno para configurar las políticas discriminatorias de las que se beneficiaron, entre ellas un sistema de mano de obra formado por emigrantes. Se consideró que las empresas que sabían que el Estado usaría sus productos y servicios para la represión habían tenido una “participación de segundo grado”, es decir, habían aportado una ayuda más indirecta. Un ejemplo de ello sería el suministro por los bancos de tarjetas de crédito clandestinas, que se usaron en acciones represivas de las fuerzas de seguridad, o el suministro de equipos usados provenientes de la industria armamentística y con los cuales se cometieron violaciones de los derechos humanos. Este tipo de acciones se diferenciaban de otras transacciones más indirectas, cuya contribución a la represión no se podía suponer que fuera inmediata o subsecuente, como construir viviendas para los funcionarios públicos. Por último, la Comisión identificó una “participación de tercer grado”: actividades empresariales ordinarias que se beneficiaban indirectamente gracias a que operaban en el contexto racialmente estructurado de una sociedad gobernada por el apartheid.

Testigo silencioso

A las empresas se las acusa frecuentemente de complicidad porque tienen actividades empresariales en países donde ocurren violaciones manifiestas de los derechos humanos y no intervienen ante las autoridades para intentar detener o prevenir las violaciones, en otras palabras, son testigos silenciosos. La empresa podría ser testigo silencioso de violaciones de los derechos humanos en su actividad comercial o en relación con ella, como cuando sus trabajadores de un grupo étnico concreto son detenidos y torturados arbitrariamente o un grupo civil armado asesina a civiles en un área en el cual la empresa tiene actividades. Alternativamente, las violaciones podrían ocurrir en otra parte del país, pero estar conectadas con la empresa de alguna otra forma, o podrían tener lugar en todo el país.

Según los principios jurídicos del derecho civil o penal existentes, el hecho de que una empresa esté presente en el país o un área del país donde se están cometiendo

violaciones manifiestas de los derechos humanos, si no concurre ningún otro hecho adicional, no hará normalmente responsable a la empresa como participante en las violaciones de derechos humanos cometidas en el país o la región. Sin embargo, en algunas situaciones, el derecho no es indiferente a la presencia y el silencio de las empresas. Aunque no se ha tomado ninguna decisión al respecto todavía por los tribunales, el Panel considera que puede haber situaciones especiales en las cuales una empresa o sus empleados ejercen tal influencia, peso y autoridad sobre los autores principales que su presencia silenciosa se interpretará por éstos como una forma de comunicar su aprobación y como un estímulo moral para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos. En una situación como esa, y dependiendo de las circunstancias, la empresa podría ser responsable como cooperador no necesario de cualquier delito que ocurra. Cuanto mayor sea la influencia política y económica de la que goce la empresa, más probable será que los ejecutivos de la empresa se puedan encontrar en esas situaciones. Además, según el derecho de daños, habrá situaciones en las cuales el derecho considere que una empresa tiene obligación de tomar medidas activas para proteger a un individuo o a una clase de sujetos frente a posibles daños, y que de no hacerlo eso se considerará una causa de los daños sufridos. Esto es más probable que ocurra cuando hay una relación estrecha entre la empresa y el causante del daño, por ejemplo en el contexto de una asociación empresarial o de una relación entre sociedad matriz y subsidiaria. Si la empresa tiene una relación particularmente cercana con las víctimas de las violaciones manifiestas de los derechos humanos, el no intervenir, no revelar lo que ha ocurrido o no tomar activamente medidas también podría colocarla en una zona de riesgo legal.

Incluso cuando no haya consecuencias legales, la presencia de la empresa en un país en el que ocurren violaciones manifiestas de los derechos humanos podría plantear dilemas morales para sus directivos, despertar una percepción pública negativa de la empresa o tener consecuencias para su posición en el mercado. Sin embargo, el derecho sanciona la mera “presencia” únicamente cuando existe un vínculo causal suficiente y directo (además de conocimiento y previsibilidad) entre esa presencia y las violaciones específicas de derechos humanos, es decir, si la conducta de la empresa se puede decir que habilitó, exacerbó o facilitó las violaciones específicas de los derechos humanos.

Recibir un beneficio económico

Relacionado muy de cerca con la cuestión del testigo silencioso se encuentra el supuesto de la complicidad de la empresa que se beneficia comercialmente de una relación empresarial con autores de violaciones manifiestas de los derechos humanos (en esas situaciones, las empresas suelen permanecer también en silencio ante las violaciones). Hay al menos dos situaciones en las cuales se puede dar esa situación. En primer lugar, cuando una empresa puede obtener un beneficio si compra o vende bienes o servicios a un sujeto que está cometiendo violaciones manifiestas de los derechos humanos. En segundo lugar, una empresa se puede

beneficiar comercialmente de un entorno empresarial favorable creado en un país por otro sujeto que viola los derechos humanos, y gracias al cual puede tener actividades lucrativas en el país. Por ejemplo, un Estado podría cometer violaciones manifiestas de derechos humanos que le proporcionen a la empresa infraestructuras o acceso a recursos.

Como en el caso de la presencia de una empresa en un determinado lugar, la obtención de beneficios es en sí algo neutral desde el punto de vista legal. Una empresa no se considerará legalmente responsable simplemente por tener una relación comercial con el autor de una violación manifiesta de los derechos humanos a menos que las circunstancias que rodean la transacción permitan constatar que, de hecho, la empresa ha habilitado, exacerbado o facilitado violaciones concretas de los derechos humanos.

Aunque por lo general las empresas no serán jurídicamente responsables únicamente por el hecho de obtener un beneficio en un entorno de negocios caracterizado por las violaciones de los derechos humanos, en la práctica un “beneficio económico meramente pasivo” se puede convertir fácilmente en una contribución más activa que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de derechos humanos. Por ejemplo, una empresa tiene la intención de establecer actividades empresariales en un país y, siendo así, le indica al gobierno que la actividad sindical o las protestas continuas contra el desarrollo económico serían un obstáculo importante para invertir allí. Al haber hecho eso, puede haber tenido una influencia notable en las violaciones cometidas para eliminar esos obstáculos. En otras situaciones, las empresas ayudan al gobierno a crear un entorno empresarial del que se van a beneficiar, como las empresas en Sudáfrica que ayudaron al gobierno de ese país a crear el sistema del apartheid, que produjo consiguientemente grandes cantidades de mano de obra barata.

Pagar impuestos

En ocasiones se acusa a las empresas de fomentar regímenes represivos en un país concreto mediante el pago de impuestos locales en el curso habitual de sus actividades. Muchas veces los grupos armados también imponen a las empresas exacciones que se parecen a un impuesto. Por ejemplo, durante los diez años del conflicto armado en el Nepal, la mayoría de las empresas pagaron regularmente un “impuesto” del 5% al Partido Comunista del Nepal (maoísta) cuando tenían actividades empresariales en la parte del territorio controlada por los maoístas. Durante la guerra civil en Sierra Leona, el Frente Unido Revolucionario (RUF, por sus siglas en inglés) le cobró un tributo a cualquiera que entrase en el territorio que controlaba.

De nuevo, frecuentemente una empresa no será legalmente responsable por las violaciones manifiestas de los derechos humanos si paga tributos habituales a los sujetos que cometen esas violaciones. En muchos casos, el dinero no estará lo suficientemente vinculado con las violaciones específicas de los derechos como para considerar legalmente responsable a la empresa. Sin embargo, la conexión

entre la conducta de la empresa y las violaciones de derechos humanos podría ser más evidente. Por ejemplo, así ocurre cuando la empresa paga un impuesto especial, como un “impuesto de guerra”, que se usa directamente por el gobierno para financiar operaciones militares de las fuerzas de seguridad, en cuyo curso se sabe que se cometerán violaciones manifiestas de los derechos humanos. Se puede justificar también que los tribunales usen criterios más rigurosos para juzgar los hechos si el ingreso fiscal es una contribución fundamental a la existencia de un régimen que lleva a cabo de manera sistemática violaciones manifiestas de los derechos humanos. En esas situaciones, se puede transmitir en la práctica la impresión de que las empresas que desarrollan negocios en el país se han convertido en parte de una red de apoyo y contribución considerables, con la cual se habilita, exacerba o facilita la comisión de violaciones de los derechos humanos.

2.1.5 “Defensas” y excusas comunes

Con respeto a la causación, el Panel ha encontrado que hay varias respuestas usuales que las empresas suelen dar cuando se las acusa de complicidad en violaciones manifiestas de los derechos humanos. Se debe estudiar directamente su relevancia legal.

- **Estábamos desempeñando una actividad empresarial legítima.** El hecho de que una empresa esté llevando a cabo lo que en otras circunstancias sería un acto legítimo en el curso ordinario de su actividad empresarial (como proporcionar un préstamo, vender o comprar bienes, llevar a cabo trabajos de construcción o extraer recursos) no exime a la empresa de responsabilidad legal cuando se establece un vínculo causal necesario con la violación manifiesta de los derechos humanos (junto al conocimiento o previsibilidad).
- **Si no proporcionábamos la ayuda, otra empresa lo hubiera hecho y las violaciones habrían tenido lugar de todas formas.** No es una defensa que exima de responsabilidad penal o civil el que otra empresa hubiera tenido relaciones empresariales de algún tipo con el sujeto principal de las violaciones si la empresa acusada no las hubiera tenido. Al habilitar, exacerbar o facilitar las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidos por el autor principal, la empresa puede formar parte de la cadena de causación y debe aceptar las consecuencias.
- **Nuestro negocio está localizado en otro país; ni siquiera estamos cerca del lugar en el que tuvieron lugar las violaciones de derechos humanos.** Para que se considere legalmente responsable a una empresa por ser presunta cómplice de esas violaciones, no tiene que tener ninguna presencia empresarial o estar siquiera cerca del lugar donde ocurren las violaciones de los derechos humanos. Especialmente en un mundo como el nuestro, donde predomina la tecnología y las comunicaciones instantáneas, no es necesario que una empresa esté presente en el lugar donde se llevan a cabo las

violaciones de derechos humanos para que su conducta habilite, exacerbe o facilite esas violaciones.

- **No teníamos control o influencia sobre las acciones del autor principal, así que ¿por qué se nos tendría que culpar de lo ocurrido?** Siempre será una cuestión probatoria el determinar si la conducta de la empresa ha habilitado, exacerbado o facilitado las violaciones manifiestas de los derechos humanos. Como se estudiará en la sección 2.3 —que se ocupa de la proximidad—, se evaluará de manera más estricta el impacto de la conducta de una empresa que tenga control o influencia sobre un sujeto que cometa violaciones manifiestas de los derechos humanos. Sin embargo, una empresa se considerará legalmente responsable según el derecho penal o civil si proporciona a un tercero los medios para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos mediante transacciones directas con el autor, aunque no exista ninguna clase de relación personal entre ellos o no tenga una influencia política o económica concreta.
- **Nos limitábamos a cumplir con las leyes nacionales.** En algunas situaciones, la conducta presuntamente cómplice de la empresa no es ilegal en el país donde la empresa desarrolla sus actividades o no se podría denunciar ante los tribunales nacionales. Sin embargo, cuando los representantes de la empresa cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen crímenes conforme al derecho internacional se les puede arrestar y acusar penalmente en muchas más jurisdicciones que en aquella donde ocurrió el crimen. Según el derecho de daños, se están desmantelando progresivamente los obstáculos para demandar judicialmente a las empresas en jurisdicciones distintas a aquellas en donde ocurrió el daño y cada vez hay más posibilidades de que las acciones de una empresa en cualquier país se sometan a una reclamación de responsabilidad civil en otro país distinto al del domicilio de la empresa o de aquel en el que tiene vínculos empresariales.
- **No teníamos opción: se nos obligó a prestar ayuda. En el derecho penal, sólo en circunstancias limitadas el acusado puede alegar la defensa de coacción o estado de necesidad.** En el contexto del derecho de daños puede haber defensas parecidas que también sean relevantes. Aunque hay diferencias entre los distintos sistemas legales, los empleados de la empresa tendrán que mostrar que se enfrentaban a amenazas de muerte o lesiones corporales graves si se negaban a llevar a cabo la orden de ayudar a cometer las violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, un grupo rebelde podría amenazar de muerte a los empleados de una empresa para obligarles a proporcionar combustible, camiones u otros materiales que le permitan al grupo atacar un pueblo. Pero los empleados no podrán alegar esa defensa si la amenaza era causar daños a la propiedad o reducir los beneficios de la empresa, o si hicieron más de lo que se les pidió y, por ejemplo, también

proporcionaron armas o información al grupo sobre cómo eludir a las fuerzas de seguridad del Estado.

- **No se ha considerado responsable legalmente al principal sujeto involucrado en la violación de los derechos humanos, así que ¿cómo pueden hacernos responsables a nosotros?** En el derecho penal o en el derecho de daños no es necesario que el sujeto principal se considere legalmente responsable para poder acusar o juzgar a un participante accesorio. De hecho, teniendo en cuenta la dificultad de hacer legalmente responsables a los gobiernos o a los grupos armados por violaciones manifiestas de los derechos humanos, en la mayoría de las situaciones de presunta participación de las empresas en esas violaciones se las acusará o juzgará independientemente del sujeto principal.
- **Somos una empresa socialmente responsable y hemos gastado montones de dinero para mejorar el bienestar humanitario y aumentar el desarrollo de la comunidad.** Las empresas que actúan en entornos complejos argumentan frecuentemente que los daños causados por su participación en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos se ven superados por el beneficio que la empresa le da a la comunidad: crean empleos y comercio, y dan dinero para proyectos humanitarios y de desarrollo. Para el derecho, sin embargo, esas buenas acciones son irrelevantes a la hora de decidir cuándo una empresa se debería considerar responsable por conductas que habilitan, exacerbaban o facilitan las violaciones manifiestas de los derechos humanos. En el mejor de los casos, a veces la conducta general pasada de la empresa y sus actividades benefactoras se tendrán en cuenta como atenuante, sea en el momento de la imposición de la pena por un tribunal, sea en la determinación de la cantidad o la clase de remedio o reparación que se le debe a la víctima.

2.2 Conocimiento y previsibilidad del riesgo

Además de haber ayudado a causar las violaciones manifiestas de los derechos humanos, para que se declare a una empresa responsable de esas violaciones tiene que haber existido también la culpabilidad necesaria. Esto plantea cuestiones relativas a la intencionalidad, el conocimiento y la previsibilidad del riesgo que, como se estudia en mayor detalle en los volúmenes 2 y 3, el derecho penal y el derecho de daños tratan de manera distinta.

Las empresas dicen a menudo que nunca quisieron o desearon contribuir a la comisión de las violaciones de derechos humanos y que no sabían que su conducta contribuía a ellas. Sin embargo, el hecho de que una empresa no deseara o quisiera contribuir a las violaciones manifiestas de los derechos humanos es irrelevante para responder a la pregunta de si al adoptar una conducta concreta se convirtió en cómplice de esas violaciones y se colocó por lo tanto en la zona de riesgo legal. Se

puede decir que prácticamente ni el derecho de daños que se analiza en el volumen 3, ni las acciones procesales permitidas por el derecho penal que se estudian en el volumen 2, requieren el deseo de causar daños por parte de la empresa cuando se intenta determinar si la empresa era culpable en el grado requerido para la existencia de responsabilidad legal. Puede surgir responsabilidad civil tanto en el derecho penal como en el civil cuando una empresa desea contribuir de forma activa a esas violaciones o sabía que su conducta contribuiría probablemente a las violaciones, e incluso cuando no deseando que ocurrieran las violaciones, decidió actuar de todas formas como lo hizo, con lo que contribuyó a ellas.

Además, como se estudia en el volumen 3, en el derecho de daños puede surgir responsabilidad incluso si una empresa no tiene conocimiento del riesgo de causar un daño, porque el derecho puede considerar que debería haberlo sabido, ya que el riesgo era razonablemente previsible. Como se explica resumidamente en el volumen 2, un tribunal penal tampoco tomará como cierta sin más la declaración de una empresa de que no tenía conocimiento de las violaciones. Aunque el derecho nacional y el internacional requieren con frecuencia que una empresa tenga un conocimiento efectivo de las posibles consecuencias de sus acciones, incluso cuando una empresa alega que no conocía esas consecuencias un tribunal puede deducir o suponer a partir de las circunstancias concretas que la empresa tenía de hecho ese conocimiento.

Por lo tanto, el Panel considera que en el mundo de hoy, en el que se están desarrollando y multiplicando constantemente los procesos de comunicación, las fuentes de información y el conocimiento experto, para una empresa que desea evitar tener responsabilidad legal es imprudente no tomar medidas que le permitan evaluar cuidadosa y regularmente el impacto potencial de su conducta en los derechos humanos, o que no recabe información sobre los riesgos asociados con ella. Si tomase esas medidas, tendría el conocimiento necesario para modificar su conducta de ser necesario.

2.2.1 La empresa quiere participar en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos

Cuando una empresa comparte con el autor principal la voluntad o el deseo de cometer al menos algunas de las violaciones manifiestas de los derechos humanos, tanto el autor principal como la empresa se podrán considerar en todo caso responsables según el derecho penal y el derecho de daños, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la causación.

Si la contribución de la empresa a las violaciones manifiestas de los derechos humanos alcanza un grado suficiente, el derecho penal podría tratar a los directivos de la empresa como autores principales y considerarlos responsables de delitos como el asesinato. Cuando una empresa participa con otras en la comisión de un delito, el derecho penal le da una mayor importancia a la intención criminal común de la empresa, y no le presta tanta atención a la magnitud de su contribución a

la ejecución del plan. Conforme al derecho penal internacional y al de la mayoría de los Estados, todos los miembros de un grupo que se unen para ejecutar intencionalmente un plan criminal se pueden considerar responsables de los delitos previsibles que cometan los otros participantes como parte de ese plan común, incluso si por separado los individuos sólo ayudaron secundariamente a la comisión efectiva de los delitos y no eran conscientes de que los otros miembros del grupo los cometerían.

Aunque muchas veces se dice que lo descrito ocurre en raras ocasiones, lo cierto es que por desgracia las situaciones de este tipo sí ocurren, sobre todo cuando una empresa comparte un interés comercial común con un gobierno o grupo armado y los beneficios potenciales derivados de su conducta son grandes. Por ejemplo, los directivos de una empresa pueden compartir con un gobierno el deseo de eliminar y expulsar por la fuerza e ilegalmente a una comunidad local que está bloqueando un gran proyecto de desarrollo. Podrían estar de acuerdo en que las fuerzas de seguridad estatales, cuyo uso excesivo de la fuerza es bien conocido, se trasladen a esa zona en helicópteros de la empresa e intimiden a los líderes de la comunidad. Tanto la empresa como los directivos se podrían considerar legalmente responsables si las fuerzas de seguridad, para cumplir con ese plan, detienen, torturan y ejecutan extrajudicial y arbitrariamente a los líderes de la comunidad, aun cuando esos métodos no sean parte expresa del plan. Las empresas de seguridad contratadas para interrogar a los detenidos en los centros de detención, donde un determinado gobierno usa y permite la tortura como técnica de interrogación, podrían compartir con el gobierno la voluntad de usar esos métodos, con independencia de si pensaban que estaba bien o mal recurrir a ellos.

2.2.2 La empresa sabía o debería haber sabido que era muy probable que su conducta contribuyera a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos

Aun si la empresa no desea contribuir de manera activa a las violaciones manifiestas de los derechos humanos, se la considerará responsable si sabía o debería haber sabido que su conducta contribuiría probablemente a esas violaciones.

Según el derecho de daños, para determinar si una empresa es legalmente responsable, los tribunales de los países de derecho angloamericano y de derecho continental europeo se preguntarán si una persona razonable que estuviera en la situación de la empresa, con la información disponible en ese momento, hubiera sabido que había un riesgo de que sus acciones pudieran causar daño a otra persona. Esto significa que el tribunal examinará, además de la conducta de la empresa involucrada, lo que en su situación hubiera hecho una empresa razonable si hubiera sabido que existía el riesgo de causar daños. El concepto de “persona razonable” usado en el derecho europeo continental no remite a una persona promedio, sino a un miembro responsable y cuidadoso de la sociedad. De esta forma, el hecho de que una empresa no supiera que había riesgos de causar daños

será irrelevante para el derecho de daños, puesto que la ley declarará normalmente que debería haberlo sabido. Para evaluar lo que una persona razonable hubiera conocido en esas circunstancias, la Corte tendrá en cuenta una variedad de factores, entre los cuales estará el haber comprobado que sus prácticas en los procesos de decisión y valoración de riesgos se corresponden con las usadas por la diligencia debida (“due diligence”).

El derecho penal internacional y nacional es a menudo más estricto, ya que requiere la existencia de pruebas de que los empleados de la empresa sabían efectivamente que su conducta ayudaría al autor principal a llevar a cabo el delito. Un tribunal penal exigirá a menudo pruebas de que los directivos de la empresa eran conscientes de las consecuencias de sus acciones. En muchos casos, no bastará con que una persona razonable en la misma situación las hubiera conocido.

En esos casos, si no existen confesiones explícitas, cuál era el conocimiento que tenía la empresa o sus empleados se convierte en una cuestión que el tribunal debe valorar. Ningún tribunal aceptará sin más la afirmación de “nosotros no lo sabíamos”. En lugar de ello, efectuará su propia investigación y análisis de los hechos para determinar si de las circunstancias y hechos circundantes se puede inferir la existencia de un conocimiento subjetivo del riesgo. Friedrich Flick, un industrial alemán, fue condenado después de la Segunda Guerra Mundial por donar grandes sumas de dinero a la dirección de las S.S., lo cual las ayudó a llevar a cabo actos criminales. La Corte determinó que aunque el carácter criminal de las S.S. no se conocía bien cuando Flick asistió a las cenas de recaudación de fondos en la década de los años treinta, sus contribuciones y su ayuda continuaron mucho tiempo después de que se conociera ampliamente su carácter criminal. Otro ejemplo adicional sería el caso de Bruno Tesch, condenado por proporcionar gas venenoso al campo de concentración nazi de Auschwitz. Se le condenó no sólo por la existencia de pruebas que demostraban como había asesorado al gobierno sobre formas más eficientes de matar a los prisioneros de los campos de concentración, sino también por las inferencias extraídas por el tribunal. El tribunal tuvo en cuenta la entrega de cantidades constantemente crecientes de gas a los campos, muy superiores a las razonables para la exterminación legítima de plagas. La lección que cabe extraer de todo ello es que cuando los hechos indiquen otra cosa, los empleados de las empresas no estarán protegidos y aun cuando nieguen insistentemente conocer las consecuencias de su conducta podrán incurrir en responsabilidad legal.

Para que una empresa sea legalmente responsable no es necesario que conozca el alcance pleno de las violaciones manifiestas de los derechos humanos a las que contribuyó, o demostrar que debería haberlo conocido, siempre y cuando supiera que se cometería alguna violación. Según el derecho penal internacional, no es necesario que la empresa conozca el delito concreto que está cometiendo el autor principal, siempre y cuando sepa que está contribuyendo a que se cometa un delito entre varios posibles. Según el derecho de daños, la empresa será responsable del daño que se pudiera prever razonablemente a consecuencia de su conducta. Por

ejemplo, si una empresa le proporciona información a las fuerzas de seguridad que les permite torturar o causar la desaparición forzada de sindicalistas que trabajan en la empresa, será suficiente para el derecho el que la violencia y las lesiones personales resultantes fueran razonablemente previsibles, aun cuando no estuviera claro en ese momento que las fuerzas de seguridad fueran a torturar específicamente a los sindicalistas o a causar su desaparición forzada.

2.2.3 Pruebas del conocimiento y la previsibilidad

Es claro, por lo tanto, que las deliberaciones internas y el conocimiento de los empleados de la empresa, al igual que las circunstancias objetivas circundantes, son relevantes tanto para determinar si una empresa sabía o debería haber sabido que se producirían violaciones manifiestas de los derechos humanos a consecuencia de sus acciones. Hay varias circunstancias y factores objetivos que ayudarán a un tribunal a evaluar si la empresa sabía o debía haber sabido lo que ocurría.

- 1. Las averiguaciones efectuadas por la propia empresa le proporcionan esa información o la empresa debería haber llevado a cabo esas averiguaciones.** A veces las averiguaciones llevadas a cabo por la empresa indicarán que existe una posibilidad real de que otro sujeto con el cual la empresa tiene tratos esté involucrado en violaciones manifiestas de los derechos humanos o probablemente lo esté. Como se observó antes, y como se explica en el volumen 3, incluso cuando una empresa no hace esas averiguaciones y afirma que no tenía conocimiento del riesgo de que ocurriesen violaciones, los tribunales civiles determinarán que una empresa razonable hubiera llevado a cabo esas averiguaciones, identificado los riesgos potenciales y, por consiguiente, adoptado las medidas necesarias para minimizar esos riesgos.
- 2. Información que se le comunicó a la empresa.** Una fuente externa, como una organización no gubernamental, una comunidad local o una autoridad administrativa del Estado, puede haberle comunicado a la empresa que sus actividades empresariales contribuyen a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos, o que el sujeto con el que hace negocios tiene en circunstancias similares un historial de violaciones manifiestas de los derechos humanos.
- 3. Información disponible públicamente.** En las zonas donde las empresas tienen actividades comerciales o donde planean tenerlas, existe a menudo mucha información pública disponible sobre el historial de derechos humanos de aquellos que están en el poder y sobre los riesgos de hacer negocios con ciertos organismos administrativos estatales, grupos armados de la oposición u otras empresas. Las empresas pueden acceder a esa información y deberían hacerlo. Esas fuentes de información pueden incluir informes de expertos de organismos de la ONU, informes de primera mano elaborados por los medios de comunicación e informes de organizaciones

no gubernamentales. A veces el volumen de información es tan abrumador y omnipresente que es inverosímil que una empresa que lleve a cabo actividades empresariales normales en ese lugar alegue que no era consciente de cómo se iban a usar ciertos productos o cierta financiación o ayuda. Un tribunal puede determinar que la empresa conocía esa información pública o que una empresa prudente debería haberla conocido.

- 4. Circunstancias inusuales.** Puede haber elementos o circunstancias inusuales en torno a una transacción empresarial normal que harían que una persona razonable sospechase del propósito de la transacción o de las cuales se pueda inferir que la empresa cómplice conocía el propósito por el cual la otra parte deseaba hacer el negocio y las consecuencias que tendría cumplir con sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, un cliente puede ordenar una cantidad tan extraordinaria de un bien —por ejemplo productos químicos— que su utilización para cualquier otra cosa que no sea una actividad ilícita sea muy improbable.
- 5. Duración de la relación empresarial.** Cuanto más tiempo dure la relación de una empresa con el autor principal de la violación —por ejemplo, si la empresa le vende en repetidas ocasiones productos que se usan para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos—, más probable es que un tribunal considere que la empresa debía conocer o debería haber conocido cuál sería el impacto probable de su conducta.
- 6. Posición de un empleado en la empresa.** En función de la posición que una persona ocupe en una empresa, los tribunales supondrán cuál era el conocimiento que ese empleado tenía de la violación o del riesgo de que se cometiera una violación. Eso será en especial pertinente si el empleado era, por ejemplo, un miembro de uno de los comités o consejos donde se tomaban las decisiones. La posición de los directivos también podría ser relevante a la hora de juzgar la situación con respecto a los empleados o contratistas a los que supervisa o dirige, o de los que recibe informes. Esa circunstancia es todavía más relevante cuanto más próximos estén esos directivos o contratistas a la comisión de las violaciones concretas y manifiestas de los derechos humanos.

Cualquiera de las señales de advertencia descritas en los párrafos anteriores haría que una empresa prudente adoptara medidas para asegurarse de que no habilita, exagera o facilita las violaciones manifiestas de los derechos humanos. Una empresa prudente llevaría a cabo las averiguaciones y las valoraciones pertinentes y tomaría las precauciones adecuadas en función de esas valoraciones.

2.2.4 Ignorancia consciente: conocimiento y previsibilidad en un mundo globalizado

¿Qué ocurre si una empresa no lleva a cabo una evaluación sobre los hechos y las evaluaciones pertinentes usando la debida diligencia (“due diligence”), y tal vez incluso evita saber mucho —o algo— sobre el uso final de la ayuda o de los productos de la empresa que hará el otro sujeto? ¿Podría una empresa evitar más fácilmente incurrir en responsabilidad si toma conscientemente todas las medidas posibles para no saber, si decide no ver, si no averigua demasiado acerca de cómo se usarán los bienes o servicios suministrados? El Panel subraya que el derecho no le concederá a esa estrategia ningún beneficio legal, y en lugar de minimizar las posibilidades de una empresa de incurrir en responsabilidad legal, aumentarán las posibilidades de situar a la empresa en la zona de riesgo legal. Por lo tanto, el Panel considera que ninguna empresa prudente buscaría protegerse de responsabilidad legal recurriendo a una estrategia de “no preguntes, no digas nada” frente a ciertos riesgos.

Es claro que el derecho de daños no tolerará esa estrategia. En la medida en que un sujeto prudente que estuviera en la posición de la empresa hubiera apreciado esos riesgos, entonces lo que la empresa supiera o no supiera acerca del riesgo (conscientemente o de otra forma) será irrelevante. Al definir y evaluar lo que una empresa debería haber sabido, el derecho de daños considera a menudo que el nivel de conocimiento de una empresa razonable se debería valorar en función de la debida diligencia, incluida la evaluación del riesgo. Las normas jurídicas establecerán como criterio para juzgar la conducta lo que la empresa debería haber sabido a partir de la información proporcionada posiblemente por esas medidas.

Aunque en muchos casos un tribunal penal necesitará ir más allá de las presunciones y examinar si de hecho la empresa tenía conocimiento suficiente de que su conducta podía contribuir a una o más violaciones manifiestas de los derechos humanos, no obstante el Panel considera que a menudo un tribunal penal inferirá de las circunstancias que una empresa conocía de hecho que su conducta habilitaba, exacerbaba o facilitaba violaciones manifiestas de los derechos humanos. Con pocos lugares en los que ocultarse y desde donde declarar “no sabíamos”, una empresa prudente evitará construir falsos muros de ignorancia consciente entre su actuar y las consecuencias de sus acciones.

2.3 Proximidad: su impacto en la causación y el conocimiento o la previsibilidad

Las dos últimos epígrafes se preguntan cuánto tendrá que contribuir una empresa a las violaciones de los derechos humanos —causación— y cuánto debe saber sobre cuáles serán las consecuencias de su conducta —conocimiento y previsibilidad— antes de que se la considere legalmente responsable por el derecho penal o el derecho de daños. Detrás de este análisis está la idea de que cuánto más cerca

o próxima esté una empresa de aquellos que llevan a cabo las violaciones de los derechos humanos o de aquellos que sufren las violaciones, más probable es que la empresa se pueda considerar legalmente responsable por ser cómplice. Esa proximidad puede ser espacial, temporal o derivada de la relación entre empresa y autor del crimen. Esta sección explica qué quiere decir el Panel cuando habla de “proximidad”. Como se explica con mayor detalle en el volumen 3, las palabras “proximidad” o “próximo” tienen significados legales técnicos en el derecho de daños. Sin embargo, el Panel no usa el término “proximidad” de esa forma sino que más bien lo usa en un sentido no jurídico para transmitir un cierto grado de cercanía.

Se exhorta frecuentemente a las empresas a apoyar y respetar los derechos humanos en su “esfera de influencia”. Este concepto de “esfera de influencia” sigue siendo bastante vago, aunque comparte con el concepto de proximidad la idea de cercanía. Puede ser útil para instar a las empresas no sólo a que “no causen daños” a aquellos que tiene más cerca o a que no sean cómplices en violaciones, sino también ayudar a promover activamente los derechos humanos en los círculos concéntricos de su influencia. Sin embargo, a los propósitos de analizar cuándo existe responsabilidad legal, el Panel ha preferido usar un concepto independiente de “proximidad”, más amplio y descriptivo, cuyo contenido se parece mucho más al que utiliza el razonamiento jurídico.

Tiene sentido que la cercanía de una empresa con el autor principal, con las víctimas o con el daño infligido sea bastante relevante a la hora de determinar la responsabilidad legal. En primer lugar, cuanto más cerca esté la empresa del daño o las víctimas, más probable será que tenga el poder, la influencia, la autoridad o la oportunidad necesarios para que su conducta tenga un impacto suficiente sobre la conducta del autor principal. En consecuencia, también será más probable que la empresa incurra en responsabilidad legal. En segundo lugar, es más probable que la empresa conozca o pudiera haber conocido lo que realmente estaba ocurriendo.

Por ejemplo, en el derecho penal, cuanto más intensa sea la interacción entre el cómplice y el autor principal, más inverosímil será la alegación de una empresa o sus directivos, acusados de ser cooperadores no necesarios, de que no conocían las consecuencias de la asistencia práctica prestada al autor principal.

En el derecho de daños, cuanto más cercana sea la relación que se tiene con la persona que ha sufrido el daño, más considerará el ordenamiento jurídico que la persona debería haber previsto el riesgo de que su conducta pudiera causar daños y, por lo tanto, mayores serán los requisitos que tendrá que cumplir una empresa para evitar o limitar el daño. Estos requisitos pueden incluir medidas dirigidas a evitar la producción del daño o, dependiendo de la cercanía de la relación con la víctima, el cumplimiento del deber de proteger a esa persona del daño mediante la adopción de medidas activas de protección. Cuando existe ausencia de proximidad a veces los tribunales pueden considerar que la conducta de una empresa, aparentemente parte de la cadena de acontecimientos que lleva a la producción del

daño, está demasiado lejana en la cadena de causalidad — está demasiado distante o remota— como para que una persona razonable hubiera podido prever el daño.

Existencia de proximidad

Algunos de los factores que se pueden tener en cuenta para valorar la proximidad entre una empresa y los autores principales, las víctimas y el daño causado son los siguientes.

- 1. Proximidad geográfica.** Una empresa puede tener más conocimiento y una mayor oportunidad de influir en los acontecimientos si las violaciones manifiestas de los derechos humanos ocurren en el mismo lugar de las actividades de la empresa o cerca de ellas. La interacción cotidiana con los sujetos responsables de las violaciones de derechos humanos, o con las víctimas de las violaciones, hace que sea mucho más probable que la empresa prevea el vínculo entre su conducta y las violaciones cometidas por estos sujetos.
- 2. Relaciones económicas y políticas.** En la práctica, cuánto más control del mercado tenga una empresa, más acceso tendrá a las esferas de poder y a información privilegiada, y tendrá mayores oportunidades de influenciar las acciones de los terceros que dependen de esa relación empresarial.
- 3. Relaciones legales.** Una empresa puede tener un control, influencia y conocimiento considerables a causa de la naturaleza jurídica de la relación empresarial con el violador de los derechos. Un acuerdo de colaboración u otra asociación estratégica de largo plazo pueden llevar a procesos compartidos de adopción de decisiones y a la coordinación cercana de las acciones entre los asociados. A pesar de la ficción de que todas las personas jurídicas son totalmente independientes entre sí, la relación entre matriz y subsidiaria o la intervención concurrente de diferentes empresas en un consejo de dirección como producto de acuerdos empresariales de largo plazo llevarán a veces a una mayor proximidad, lo cual contribuirá a un mayor conocimiento e influencia mutuos.
- 4. Intensidad, duración y textura de las relaciones.** La estabilidad de la relación, la facilidad, cercanía, frecuencia y duración de los contactos, y los contactos informales o personales serán también una prueba sobre el grado de proximidad entre una empresa y los autores o víctimas.

Las relaciones entre una empresa y el gobierno de su país o los gobiernos anfitriones, los grupos armados u otros sujetos pueden ser muy variadas y tener muchos matices. La conexión o la proximidad de una empresa con un sujeto que infringe derechos a veces puede ser débil, debido al poco poder de mercado de la empresa con respecto a ese sujeto, o a que la transacción entre ellos es breve y excepcional, o a que tiene una presencia antigua pero testimonial en un país. Pero a veces la relación se compondrá de una compleja red de interacciones personales,

económicas y legales, creadora de un nivel de proximidad que puede situar a una empresa, si se reúnen los requisitos de causación y la culpabilidad, en una zona de claro riesgo legal en casos en los que el sujeto correspondiente comete violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El Panel considera que una empresa prudente debería ser consciente de que cuanto más cerca esté del autor principal de violaciones manifiestas de los derechos humanos o de las víctimas, más probable será que se le acuse de complicidad y más cerca estará de la zona de riesgo legal, ya que su conducta tal vez haya habilitado, exacerbado o facilitado las violaciones. Además, será más probable que el derecho considere que la empresa conocía las violaciones o que debería haberlas conocido. El Panel cree que una empresa prudente tomará medidas para evaluar los riesgos de esas relaciones antes de entrar en ellas, con lo cual tendrá la oportunidad de adoptar las medidas preventivas necesarias.

3 Análisis de las situaciones en las cuales las empresas son acusadas de complicidad

En las siguientes páginas, el Panel examina en particular la aplicación de los tres principios de causación, conocimiento y proximidad en cuatro situaciones específicas donde se acusa a las empresas de ser cómplices en violaciones manifiestas de los derechos humanos: a) cuando las empresas proporcionan bienes o servicios que se usan por otros sujetos para llevar a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos; b) cuando las empresas usan servicios de seguridad que al proveer dichos servicios cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos; c) cuando las empresas compran bienes de un suministrador que comete violaciones manifiestas de los derechos humanos durante la producción o el suministro; y d) cuando el socio empresarial perpetra violaciones manifiestas de los derechos humanos en el contexto de un proyecto en el que ambos sujetos participan conjuntamente. Estas clases de situaciones se exploran en mayor detalle en los volúmenes 2 y 3 en relación con los límites del derecho penal y el derecho de daños respectivamente.

El Panel quisiera subrayar que el análisis en los siguientes párrafos no pretende ser exhaustivo. Hay numerosas situaciones y contextos más allá de las que aquí se contemplan donde pueden surgir acusaciones de complicidad, y de hecho dentro de las cuatro relaciones empresariales contempladas aquí, existen muchas circunstancias y situaciones posibles que el Panel no aborda.

3.1 Proporcionar bienes y servicios

Se acusa frecuentemente de complicidad a las empresas cuando proporcionan bienes o servicios —como vehículos, armas, tecnología y equipos de comunicaciones, asistencia financiera o servicios logísticos— a sujetos que los usan para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Bienes y servicios bajo pedido

A veces las acusaciones de complicidad surgen del hecho de que una empresa ha diseñado bienes o servicios particulares para un uso específico.

El Panel considera que en esas situaciones, una empresa se podría encontrar en una zona de riesgo legal conforme al derecho civil o penal si los bienes o servicios se usan para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos. Al diseñar o modificar bienes o servicios bajo pedido y proporcionárselos al sujeto correspondiente, la conducta de la empresa puede ser un factor causal en las violaciones. Por ejemplo, puede ser que debido a la adaptación de bienes o servicios particulares, el comprador sea capaz de cometer violaciones de derechos humanos (habilitación), o causar daños más graves o a un mayor número de individuos (exacerbación), o pueda llevarlas a cabo más eficientemente o de una forma diferente (facilitación).

El Panel considera que los tribunales determinarán frecuentemente que una empresa que elabora bienes o presta servicios a medida de las necesidades de un comprador particular tiene que saber, o cuando menos, debería haber sabido, el propósito para el cual se usarían los bienes o servicios. Por ejemplo, a petición del comprador, una empresa de computación puede modificar programas de ordenador genéricos. Con el fin de satisfacer las necesidades del comprador necesitará saber para qué se usaran esos programas. Si el propósito de la modificación es permitir a un gobierno averiguar el paradero de un grupo minoritario y tomar acciones contra él con el fin de discriminarlo sistemáticamente, o incluso de eliminarlo, entonces la empresa que suministra los programas de computador y los ajusta convenientemente a las necesidades del cliente se puede encontrar en una zona de riesgo legal.

Bienes y servicios genéricos

El Panel también considera que aun cuando los bienes o servicios no se hagan o se modifiquen bajo pedido, sino que sean bienes o servicios genéricos que la empresa proporciona a muchos clientes, pueden existir todavía situaciones en las cuales una empresa se considerará responsable si se los proporciona a un sujeto que luego los usa para llevar a cabo violaciones manifiestas de los derechos humanos. Aunque suministrar bienes y servicios genéricos es diferente a proporcionar bienes a la medida de las necesidades de un cliente particular, el Panel cree que habrá situaciones en las cuales el proveedor de bienes o servicios genéricos será legalmente responsable.

A veces, incluso si la provisión de bienes o servicios puede ser un elemento integral de la cadena de causación, los tribunales penales y civiles pueden dudar a la hora de establecer la responsabilidad legal de una empresa en esa situación, debido a que consideren el mal uso de bienes o servicios genéricos más allá del control de la empresa. Sin embargo, el Panel cree que esa duda no existirá ya —y así debería ser— si hay pruebas de que la empresa es consciente del uso probable de los bienes y servicios para cometer violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Además, los tribunales pueden juzgar de manera más estricta las circunstancias donde haya factores que hubieran llevado a una empresa prudente a hacerse preguntas, como cuando existen circunstancias especiales en torno a la transacción, las prácticas del comprador son conocidas o la empresa vende bienes que son inherentemente peligrosos, como armas, municiones o ciertos químicos. Un tribunal puede indagar con mayor profundidad en una situación donde los productos en cuestión pueden tener usos legales e ilegales (los llamados bienes de doble uso). Por ejemplo, un tribunal militar británico condenó a Bruno Tesch, propietario de una empresa, por delitos de guerra: su empresa suministró conscientemente gas venenoso Zyklon B a Auschwitz, donde las S.S. lo utilizaron para matar a los prisioneros. Aunque el Ziklon B era un insecticida de uso general, Bruno Tesch fue declarado responsable porque el Tribunal determinó que suministró cantidades cada vez más grandes del producto, aun después de conocer que los productos se usaban para matar gente (véase volumen 2).

El Panel cree que la cuestión de la proximidad tendrá también un papel fundamental en las situaciones relativas al suministro de bienes o servicios. Cuando existe proximidad entre la empresa y el comprador o las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos, el Panel piensa que es más probable que los tribunales consideren que la empresa sabía o debería haber sabido que existía el riesgo de que los productos se usaran para un determinado fin.

3.2 Proporcionar seguridad para las actividades de la empresa

Aunque es legítimo que las empresas velen por la seguridad de su personal y sus actividades, se les ha acusado reiteradamente de complicidad por violaciones manifiestas de los derechos humanos en situaciones en las que las empresas usan los servicios de fuerzas de seguridad privadas o del Estado que cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos mientras le prestan seguridad a la empresa. El Panel cree que en esas circunstancias las empresas se situarán muchas veces dentro de la zona de riesgo legal.

En esos casos, el grado de proximidad entre la empresa y las fuerzas de seguridad normalmente será grande. Con el fin de proveer servicios de seguridad apropiados, la empresa y las fuerzas de seguridad necesitarán compartir cierto nivel de información. Las fuerzas de seguridad pueden estar presentes en las instalaciones de la empresa o pueden tener acceso a sus equipos. A veces la empresa paga una retribución económica a los proveedores de seguridad a cambio de sus servicios.

En situaciones donde se dan estas clases de interacciones y relaciones cercanas, el Panel cree que los tribunales penales o civiles pueden decidir que una empresa conocía el riesgo de que ocurrieran violaciones manifiestas de los derechos humanos por las fuerzas de seguridad. Eso será todavía más probable cuando las fuerzas de seguridad en cuestión tengan un historial de violaciones manifiestas de los derechos humanos. Cuando así ocurre, es más probable que un tribunal civil dictamine que una empresa debería haber conocido el riesgo, porque una empresa prudente en su situación hubiera efectuado una valoración efectiva del riesgo.

El Panel considera también que en esas situaciones habrá muchas veces varios vínculos causales entre la conducta de la empresa y las violaciones manifiestas de los derechos humanos. Puede ser que el propio acto de emplear fuerzas de seguridad cause violaciones manifiestas de los derechos humanos. Además, será frecuente en esos casos que la empresa termine por suministrar a las fuerzas de seguridad asistencia logística o equipos, lo cual también la implicará en la cadena de acontecimientos que lleva a la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos.

3.3 Cadenas de suministro

Con frecuencia se acusa de complicidad a las empresas cuando las violaciones manifiestas de los derechos humanos son cometidas por personas u organizaciones que pertenecen a su cadena de suministro. Las acusaciones suelen ser que la empresa afectada no tomó las medidas necesarias para asegurarse de que el suministro de bienes no causaba violaciones de los derechos humanos o que la empresa impuso de hecho unas condiciones de suministro que la implicaron directamente en las violaciones manifiestas de los derechos humanos cometidas por su suministrador.

El Panel considera que la proximidad será un elemento especialmente crítico en ese contexto. Muchas empresas tienen cadenas de suministro complejas que implican a varias otras empresas. En la mayoría de esas situaciones, cuanto más abajo esté una empresa en la cadena de suministro, menor será el conocimiento que tenga o que se pudiera esperar que tuviera acerca de las prácticas de sus suministradores y con frecuencia los actos de la empresa tendrán una menor influencia en la conducta de éstos. A la inversa, cuanto más cerca esté la empresa de su suministrador o más esencial sea éste para la actividad empresarial, mayor será el conocimiento que tenga la empresa o que se pudiera esperar que tuviera, y mayor será la relevancia que tenga su conducta para la situación. Con ello se incrementarán las probabilidades de que haya habilitado, exacerbado o facilitado las violaciones manifiestas de los derechos humanos.

En algunos casos, una empresa será el único comprador de todos los bienes producidos por un suministrador. En esas situaciones, la empresa compradora tendrá usualmente un elevado grado de influencia en su suministrador y, por ejemplo, podrá obligar a que esos productos tengan un precio tan bajo o exigir unos plazos de entrega tan cortos que la única manera de cumplir con esos requisitos para el suministrador será cometer violaciones de derechos humanos, como el uso de trabajo infantil o trabajo forzado. En esas situaciones, el Panel cree que se podría decir que la empresa habilitó, exacerbó o facilitó el daño que sufrieron los trabajadores. Si, por otro lado, la empresa compradora es una más entre otras compradoras de productos del suministrador y contribuye sólo a una pequeña cantidad del ingreso total de éste, el vínculo causal entre la compra y el uso de trabajo infantil o forzado será débil.

A veces, si el suministrador está bastante lejos en la cadena de suministro de la empresa compradora, eso disminuirá también el grado en el que se considera que la empresa sabía que estaban ocurriendo violaciones manifiestas de los derechos humanos o se podía esperar que lo hubiera sabido. No obstante, un tribunal puede estimar que factores como el contexto, el lugar en el cual el suministrador lleva a cabo sus actividades económicas, los antecedentes o las condiciones del contrato de suministro alertaron o debieron haber alertado a la empresa del riesgo de que pudieran estar ocurriendo violaciones manifiestas de los derechos humanos en su cadena de suministro.

3.4 Acuerdos empresariales formales

A veces se dice que las empresas son responsables de las violaciones de los derechos humanos que comete otro sujeto con el que han concluido un acuerdo comercial con el fin de llevar a cabo una empresa comercial particular. Las asociaciones de riesgo compartido (*joint-venture*) son ejemplos comunes de esas asociaciones comerciales, en las cuales las partes contribuyen cada una con diferentes recursos o capacidades para llevar a cabo un proyecto empresarial que cada una por separado no podría ejecutar y con respecto al cual comparten los beneficios o los riesgos. Suele haber una colaboración y coordinación muy estrechas entre los socios y existir negociaciones detalladas acerca de las acciones que tomará cada uno de ellos para cumplir con su parte del acuerdo de asociación.

El Panel considera que las empresas se pueden situar en una zona de riesgo legal cuando celebran acuerdos comerciales formales, como una asociación de riesgo compartido, y su socio comete violaciones manifiestas de los derechos humanos en el contexto de esas asociaciones.

El Panel cree que el hecho de que surja o no responsabilidad legal dependerá de las circunstancias en torno al acuerdo, entre las cuales estaría la influencia de éste en la conducta del autor principal y la información de la que disponga la empresa contratante sobre la conducta probable y real de su socio antes de firmar el acuerdo y durante la ejecución del mismo.

A menudo habrá un nivel de proximidad muy alto en esas situaciones, que tendrá impacto a su vez en el nivel de conocimiento que se supone que tiene una empresa o que debería haber tenido sobre el riesgo de que sus socios perpetrasen violaciones manifiestas de los derechos humanos. Se podría considerar que los propios términos del acuerdo de asociación empresarial constituyen el vínculo causal entre la empresa y las violaciones. Un tribunal puede determinar, por ejemplo, que sin ese acuerdo no habrían ocurrido las violaciones de la misma manera o con la misma intensidad, o las víctimas serían otras.