



Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **2** Derecho penal y
crímenes internacionales

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 segundo volumen de su informe final, el Panel se pregunta en qué circunstancias el derecho penal internacional podría considerar penalmente responsables a las empresas o sus directivos cuando están implicados con otros sujetos en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. Este volumen estudia también brevemente la importancia que tiene el derecho penal para garantizar la responsabilidad legal de los infractores y para prevenir la impunidad.



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 **2** Derecho penal y
crímenes internacionales

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 2

ISBN: 978 92-9037-132-3

Ginebra, 2008

Edición española, 2010

Complicidad empresarial y responsabilidad legal

VOLUMEN **2** Derecho penal y
crímenes internacionales

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



COMISIÓN
INTERNACIONAL
DE JURISTAS

Magda Karagiannakis redactó este volumen. Andrea Shemberg también ayudó en la redacción del texto. Federico Andreu-Guzmán efectuó la revisión jurídica. El Panel revisó el volumen durante el proceso de redacción un mínimo de tres veces. Madeleine Colvin, Leah Hctor y Róisín Pillay editaron este volumen. Neeltje Eekhout, Marlena Ong y Priyamvada Yarnell colaboraron en su producción. Carlos F. Morales de Setièn Ravina lo tradujo. Carlos López revisó la traducción.

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.

TABLA DE CONTENIDOS

Presentación	vii
1 Introducción	1
1.1 Responsabilidad penal y “complicidad empresarial en las violaciones manifiestas de los derechos humanos”	1
1.2 Crímenes y violaciones manifiestas de los derechos humanos	3
1.3 Derecho penal internacional y empresas	5
1.4 El importante papel del derecho penal y en especial del derecho penal internacional	7
1.5 El desarrollo del derecho penal internacional y su creciente relevancia para las actividades empresariales	9
Recuadro 1: El proceso judicial de Frans Van Anraat	11
2 ¿Cuándo se podría considerar al directivo de una empresa responsable legalmente como cómplice conforme al derecho penal nacional e internacional?	12
2.1 Autores principales y cómplices	12
2.2 El desarrollo de la responsabilidad del cómplice en el derecho internacional	14
Recuadro 2: El juicio de Walther Funk	16
3 Responsabilidad del cómplice por cooperación no necesaria conforme al derecho penal nacional e internacional	18
3.1 Derecho penal internacional	18
3.1.1 Acto u omisión	18
3.1.2 La culpabilidad (<i>mens rea</i>): conocimiento y propósito	22
3.2 El derecho penal nacional	26

4 Responsabilidad derivada del fin común según el derecho penal nacional e internacional	29
4.1 Derecho penal internacional	29
4.2 Derecho penal nacional	32
5 Responsabilidad de los superiores jerárquicos	34
Recuadro 3: Las preguntas fundamentales que se derivan del análisis del derecho penal efectuado por el Panel	38
6 Situaciones de hecho	40
6.1 Proporcionar bienes y servicios	40
6.2 Relaciones con las cadenas de suministro	43
Recuadro 4: Apoderarse de la propiedad de otros: saqueo y robo	45
6.3 Contratación de servicios de seguridad	46
7 Defensas	48
7.1 Defensas válidas	48
7.2 Justificaciones que no constituyen defensas	52
Recuadro 5: Defensas no disponibles en el derecho penal internacional	54
Recuadro 6: El enjuiciamiento de las violaciones de las sanciones impuestas por Naciones Unidas	54
8 ¿En qué lugar se puede llevar a cabo el enjuiciamiento de crímenes conforme al derecho internacional?	57
9 ¿Pueden ser procesadas judicialmente las sociedades mercantiles?	62

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. Steinhart.

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 Introducción

En este volumen, el Panel se pregunta en qué circunstancias el derecho penal internacional y, hasta cierto punto, el derecho penal nacional podrían declarar a las empresas y sus empleados responsables penalmente cuando participen con otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyan crímenes conforme al derecho internacional. Este volumen examina también brevemente el importante papel que tiene el derecho penal para garantizar que los sujetos respondan por sus actos ante la sociedad y para prevenir la impunidad de cualquier persona involucrada en esas violaciones. El texto considera también cómo ha evolucionado el derecho penal internacional con el transcurso del tiempo.

Como se explicó en el volumen 1, el análisis del Panel no tiene como objeto principal la responsabilidad legal de las empresas y sus empleados cuando son autores directos e inmediatos de violaciones manifiestas de los derechos humanos. En lugar de ello trata de establecer cuáles son las posibilidades que hay de poder exigir responsabilidad legal a las empresas cuando éstas están presuntamente involucradas con otros sujetos en violaciones manifiestas de los derechos humanos. En consecuencia, en la sección 2 el Panel estudia el desarrollo de la responsabilidad del cómplice en el derecho penal internacional, y recapitula las diferencias que establece el derecho penal entre los conceptos de autor principal y cómplice. En las secciones 3, 4 y 5, el Panel estudia en mayor detalle tres de los fundamentos concretos de la responsabilidad penal y en la sección 6 aplica el análisis legal presentado en las secciones anteriores a varias situaciones en las que las empresas son acusadas de haberse visto involucradas en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional.

En la sección 7 el Panel considera algunas de las defensas que los acusados en procesos penales alegan frecuentemente para intentar demostrar su inocencia, y en la sección 8 presenta sucintamente las jurisdicciones en donde se puede procesar penalmente a las empresas o sus representantes si se ven involucradas en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. En la sección 9, el Panel valora las posibilidades de se considere responsables penalmente a las organizaciones empresariales por sí mismas y no únicamente a sus empleados.

1.1 Responsabilidad penal y “complicidad empresarial en las violaciones manifiestas de los derechos humanos”

Como se explicó en el volumen 1, desde hace varios años se usa habitualmente la palabra “complicidad” en documentos sobre políticas públicas, artículos periódicos y lemas de campañas sociales. En la mayoría de las ocasiones no se usa en un sentido legal, sino de una forma bastante coloquial para indicar que se ha

descubierto que hay empresas relacionadas con actos que son nocivos e inaceptables, y que éstas podrían estar involucradas en ellos. Ese uso de complicidad se ha convertido en algo usual en el contexto del trabajo sobre actividades empresariales y derechos humanos, y ha proporcionado una herramienta para explicar en términos simples el hecho de que las empresas puedan estar involucradas en violaciones de derechos humanos e incurrir por eso en responsabilidad y culpa. Las organizaciones y los activistas de derechos humanos, los encargados de adoptar políticas públicas internacionales, los expertos de las administraciones públicas y las propias empresas usan ahora continuamente en ese sentido la frase “complicidad empresarial en violaciones de los derechos humanos”.

Sin embargo, como se observa también en el volumen 1, en el contexto del derecho penal el concepto de complicidad tiene un significado técnico tradicional que está vinculado muy de cerca con el concepto de “cooperación no necesaria”. Este significado técnico específico no se corresponde de manera perfecta con el concepto político de “complicidad empresarial en violaciones de los derechos humanos”. Por consiguiente, con el fin de evitar confusión y malas interpretaciones, el Panel no usa la palabra complicidad en el volumen 2. En lugar de ello, a lo largo del volumen 2 se prefiere utilizar el concepto de “participación” de las empresas al lado de otros sujetos en la comisión de violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional.

En su análisis del derecho penal en el volumen 2, el Panel ha elegido considerar otros aspectos de la responsabilidad penal además de la “cooperación no necesaria” con el fin de indicar apropiadamente la zona de riesgo legal que se piensa que puede existir para las empresas cuando están involucradas con otros sujetos en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. De hecho, el derecho penal internacional contempla varias formas de responsabilidad penal, además de la cooperación no necesaria, que generan la responsabilidad de un sujeto por delitos cometidos por otros. Entre estas se incluyen, por ejemplo, instigar, ordenar, planear y conspirar para cometer un delito, y la responsabilidad del superior jerárquico por no impedir o castigar la comisión de un delito. Cada una de estas formas de participación en los delitos cometidos por otros se regula por sus propias normas y a veces estas formas de participación están definidas como delitos o ilícitos penales independientes y diferenciados del concepto de cooperación no necesaria. Sin embargo, es importante señalar el enfoque de la Comisión para el Derecho Internacional (CDI) que, en sentido general, considera todas estas formas de participación en un delito como formas de complicidad.¹

1 International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (parte 2), UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (parte 2) (CDI Yearbook 1996) pp. 18-20.

Violaciones manifiestas de los derechos humanos

Como se observó en el volumen 1, el análisis del Panel se ha concentrado en las acciones que constituyen violaciones de los derechos humanos efectuadas por los gobiernos o en atropellos a los derechos humanos por sujetos no estatales, entre los cuales estarían por ejemplo los grupos armados y otras empresas. A lo largo de todo este informe, el Panel usa el término “violaciones de los derechos humanos” para describir todas esas conductas. Se le pidió al Panel que considerara algunas de las formas más atroces de las violaciones de los derechos humanos, que tendrán a menudo efectos devastadores no sólo en las víctimas individuales y sus familias, sino en las comunidades y las sociedades en donde ocurren. A lo largo de todo este informe, el Panel usa el término “violaciones de los derechos humanos” para describir esa clase de violaciones. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzosas, la esclavitud y la tortura se reconocen por lo general como violaciones manifiestas de los derechos humanos, entre otras posibles. El concepto de violaciones manifiestas de los derechos humanos está en continua expansión y violaciones que ayer no se consideraban equivalentes a violaciones manifiestas de los derechos humanos, hoy se incluyen en ese concepto.

1.2 Crímenes y violaciones manifiestas de los derechos humanos

El derecho penal internacional es un conjunto de normas que criminaliza “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” porque “esos crímenes graves constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.² Aunque el derecho penal internacional tiene orígenes históricos diferentes del derecho de los derechos humanos, ambos conjuntos de normas comparten el mismo principio subyacente y fundamental: la protección y el respeto por la humanidad.³ Por consiguiente, el derecho penal internacional incluye como crímenes muchas actividades que constituyen también violaciones manifiestas de los derechos humanos. Las conductas que dan lugar a violaciones manifiestas de los derechos humanos también serán frecuentemente crímenes conforme al derecho internacional. En su informe, el Panel se ha concentrado en los delitos contra la humanidad, los crímenes de guerra y también algunas otras violaciones manifiestas de los derechos humanos cuya criminalización por el

2 Párrs. 3 y 4 del preámbulo del Estatuto de la CPI.

3 Véase para un análisis: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), *Furundzija* (Sala de Primera Instancia), 10 de diciembre de 1998, párr. 183; L. Doswald-Beck y S. Vité, “International Humanitarian Law and Human Rights Law”, *International Review of the Red Cross*, n° 293, 30 de abril de 1993, pp. 94-119.

derecho penal es una exigencia impuesta por el derecho internacional a los Estados. Se explican estas tres categorías a continuación.

Crímenes de lesa humanidad

Estos crímenes se definieron y castigaron por primera vez en Núremberg y Tokio después de la Segunda Guerra Mundial y, con algunas variaciones en su definición y aplicación, han sido desde entonces un tipo penal fundamental para los tribunales que enjuician crímenes de guerra. Los crímenes de lesa humanidad se han incorporado a varios tratados internacionales y a otros instrumentos internacionales.⁴ También son crímenes conforme al derecho internacional consuetudinario. Entre los crímenes que se han incorporado recientemente al Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) estarían el asesinato generalizado o sistemático, el exterminio, la servidumbre, la deportación o traslado forzados, el encarcelamiento, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual, las desapariciones forzadas y detención arbitraria, y el apartheid. Los delitos contra la humanidad pueden incluir también otros actos inhumanos y actos persecutorios que se cometen por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas o de género. Es importante subrayar que todos los delitos contra la humanidad son castigables sin que importe quién los comete, incluidos los empleados de las empresas, y lo son tanto en tiempos de paz como cuando hay conflictos armados.⁵

Los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra comprenden las violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra y del derecho humanitario internacional aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como locales. Incluyen las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo I (que son aplicables en los conflictos armados internacionales) y violaciones del artículo común 3 de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo II (que son aplicables en los conflictos armados internacionales) y otras violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra. Los crímenes de guerra se pueden cometer por cualquier persona que tome parte en las hostilidades, entre las cuales estarían por ejemplo los civiles que representan a una empresa. Para que un acto constituya un crimen de guerra no

-
- 4 Artículo 6(c), Estatuto del Tribunal Militar Internacional para Núremberg, Londres, 8 de agosto de 1945 (Estatuto del Tribunal de Núremberg); artículo 5(c), Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para juzgar a los criminales de guerra en el Lejano Oriente, Tokio, 19 de enero de 1946 (Estatuto del Tribunal de Tokio); artículo 18, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Proyecto de Código de la CDI); principio VI(c), Principios del Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto de Núremberg y en la sentencia del Tribunal, adoptados por la CDI (1950); artículo 5, Estatuto del TPIY; artículo 3, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR); artículo 2, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL).
 - 5 Artículo 18, Proyecto de Código de la CDI; TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), decisión de 2 de octubre de 1995, párrs. 140 y 141; artículo 7, Estatuto de la CPI; artículo 7, Elementos de los Crímenes, CPI.

tiene que ser producto de un plan o una política,⁶ o tener una cierta gravedad: basta con un único acto, como el asesinato arbitrario e ilegal, la tortura o una violación. El Estatuto de la CPI contiene una lista completa de crímenes de guerra.⁷ Entre ellos se incluyen: el asesinato cometido voluntariamente, la tortura, el trato inhumano, la ejecución consciente de grandes sufrimientos o lesiones graves, la destrucción amplia o la incautación de la propiedad no justificada por una necesidad militar, la deportación ilegal, la transferencia o el desplazamiento de la población civil, y la instigación intencional de ataques contra la población civil. También incluye delitos contra la propiedad como saquear, destruir o incautar ilegalmente propiedad ajena.

Otras violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional

Algunas otras violaciones manifiestas de los derechos humanos, como el genocidio, la esclavitud, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada son también crímenes conforme al derecho internacional consuetudinario o los tratados y convenciones.⁸ El derecho internacional exige a los Estados que su derecho penal criminalice ciertas conductas.

1.3 Derecho penal internacional y empresas

El Panel ha establecido que muchos abogados de empresa y directivos de empresa a cargo de procesos de diligencia debida* son muy conscientes de los recientes cambios en las normas sobre gobierno empresarial, que se aplican a las actividades empresariales en cualquier lugar del mundo y que incluyen a veces sanciones penales para sus directivos. Sin embargo, rara vez piensan que el derecho penal internacional sea relevante para sus actividades empresariales. Por ejemplo, pocos entre ellos ven la relevancia contemporánea de los tribunales penales militares constituidos después de la Segunda Guerra Mundial que persiguieron y condenaron a varios empresarios por diversas formas de participación en los crímenes

6 W.J. Fenrick, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999), artículo 8, marginal n° 4.

7 Artículo 8, Estatuto de la CPI; artículo 8 Elementos de los Crímenes, CPI.

8 Véase, por ejemplo: Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Esclavitud y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada (CIPPDF) (todavía no ha entrado en vigor); Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura; Convención Interamericana para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada; Principios de Naciones Unidas relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias.

* No hay una expresión común para traducir “compliance officer” en español. En algunos textos españoles dejan el término “compliance” sin traducir. Aquí preferimos traducirlo por “auditoría interna” y al encargado de su control “director de auditoría interna”. Se usa en el mundo de la administración de empresas, aunque no por todos los autores, para referirse al empleado de una empresa que controla que los procedimientos internos se ajustan a los criterios de responsabilidad social adoptados por la empresa. (N. del T.)

cometidos por los nazis.⁹ No obstante, los precedentes establecidos hace 60 años regulan todavía las situaciones en las cuales se puede considerar responsables a los directivos de las empresas por su participación en violaciones manifiestas de los derechos humanos.

El Panel cree que a medida que se desarrolla el derecho penal internacional y que las empresas operan en nuevos lugares, el derecho penal internacional y su ejecución en las jurisdicciones nacionales e internacionales serán todavía más relevantes para las empresas. El rápido aumento de empresas militares y de seguridad privada que actúan en áreas de conflicto armado es un ejemplo de cómo las empresas tienen actividades en situaciones donde se pueden ver implicadas en la autoría de crímenes de guerra. Además, una amplia variedad de empresas de todos los sectores —entre las cuales estarían las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales; las empresas de infraestructuras y de ingeniería, las financieras, las de venta al por menor y del vestido y la industria de comunicaciones— tienen hoy cadenas de suministro globales o una presencia global, y desarrollan sus actividades directamente en medio de conflictos armados o en países en donde ocurren crímenes de lesa humanidad y otras violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. Cuando no son ellas las que las tienen directamente en esos lugares, las tienen sus clientes o suministradores. Las transacciones empresariales de estas sociedades mercantiles y sus relaciones con los gobiernos, grupos armados y otras empresas les obligan a entender qué conductas pueden constituir crímenes conforme al derecho internacional. Además, existe potencialmente el riesgo de verse involucrado en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyan delitos conforme al derecho internacional en cualquier situación. Ese no es, como creen algunos, un problema sólo de las empresas que tienen actividades en situaciones de conflicto armado o en países en desarrollo. Por ejemplo, como parte de una práctica del gobierno estadounidense de entregar a sospechosos de terrorismo a otros países, las aerolíneas privadas han sido criticadas por transportar presuntamente a prisioneros a lugares en los que se les puede torturar o hacer desaparecer forzosamente.¹⁰

En este contexto, el Panel considera importante subrayar que aunque no hay todavía ningún foro internacional que tenga jurisdicción para procesar judicialmente a una empresa como persona jurídica, se acepta que los directivos de las empresas pueden comparecer ante un tribunal internacional por actividades consideradas

9 En Núremberg se juzgaron a varios directores de empresas por su participación en el uso de trabajo esclavo, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra. Por ejemplo, *United States v. Krupp* (caso *Krupp*), *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law, n° 10* (1948) (*Trials of War Criminals*), vol. IX; *United States v. Carl Krauch* (caso *Farben*), *Trials of War Criminals*, vol. VIII; *United States v. Friedrich Flick* (caso *Flick*), *Trials of War Criminals*, vol. VI; *The Zyklon B case: Trial of Bruno Tesch and Two Others*, British Military Court, 1-8 de marzo de 1946, *Law Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, vol. I (1947), caso n° 9 (caso *Zyklon B*).

10 Véase, por ejemplo, primer y segundo informe del Sr. Marty a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (AS/Jur (2006) 16 Part II (7 de junio de 2006)).

contrarias al derecho penal internacional. Además, como se estudiará en la sección 9, los sistemas legales nacionales incluyen frecuentemente a las personas jurídicas en la lista de autores criminales potenciales, por lo que en esa lista se podrá incluir a las empresas. A medida que los países adoptan medidas para incorporar el derecho penal internacional a sus sistemas legales nacionales, las organizaciones empresariales corren un riesgo mayor de ser procesadas judicialmente por esos delitos ante los tribunales nacionales.

1.4 El importante papel del derecho penal y en especial del derecho penal internacional

El Panel considera que el derecho penal proporciona una herramienta poderosa y apropiada para prevenir las violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional y para castigar a las empresas y sus empleados cuando participan en ellas. Sin embargo, la finalidad del derecho penal no es simplemente la de castigar a los infractores. La existencia de prohibiciones penales claras sobre ciertos comportamientos es también un medio efectivo para influir en la conductas de las empresas, y ayuda en particular a indicar cuáles son los sistemas y procedimientos que las empresas deberían establecer para crear una cultura de cumplimiento y prevención.

Además, si bien tradicionalmente se ha pensado que la finalidad del derecho penal es castigar y disuadir a los autores de delitos de que cometan otros en el futuro, de hecho en varios países de tradición civilista el derecho penal nacional proporciona legitimidad procesal a las víctimas de los delitos, lo cual les permite intervenir en los procesos penales como parte (por ejemplo, como parte civil). Son por lo tanto capaces de defender sus intereses y también de reclamar y obtener reparaciones judiciales como parte en un proceso penal.¹¹ Además, en algunos países de derecho continental europeo, el derecho procesal penal nacional también permite que las organizaciones no gubernamentales (ONG) tengan legitimidad procesal en los procesos penales y lo hace de diversas formas.¹² En contraste, en las jurisdicciones de derecho angloamericano esa posibilidad puede no existir para las víctimas de los delitos o para las organizaciones interesadas, o la posibilidad de recurrir a esas medidas puede estar mucho más restringida.

11 Existe una diversidad de acciones procesales para esas intervenciones, como la acción privada, la acusación popular, la queja, la queja conjunta, la acusación civil y el tercero interviniente en el proceso. Los derechos y los poderes acordados en cada una de las formas procesales varían según el derecho de cada país.

12 Por ejemplo, en Francia, el Código de Procedimiento Penal prevé expresamente que las asociaciones no lucrativas con ciertos fines puedan intervenir en los procesos relativos a esas prácticas como demandantes civiles. En España, el derecho procesal civil permite que las ONG intervengan como demandantes y participen como acusación popular. En Guatemala, el Código de Procedimiento Penal (decreto nº 51-52, artículo 116) dispone que una “asociación de ciudadanos” se pueda asociar con los demandantes “contra los funcionarios o empleados públicos que hayan violado directamente los derechos humanos”.

Se debe mencionar también que mientras que durante muchos años el derecho penal internacional no puso mucho énfasis en proporcionar reparaciones y remedios judiciales (monetarios o no monetarios) a las víctimas de delitos, existen importantes señales de que se ha producido un cambio a ese respecto, en particular para permitir a las víctimas tomar parte en los procedimientos penales.¹³ Por ejemplo, el Estatuto de la CPI permite a las víctimas presentar sus opiniones e inquietudes, mediante sus representantes legales, en cualquier etapa de los procedimientos y reclamar reparaciones judiciales por el daño sufrido como resultado de los delitos presuntamente cometidos.¹⁴ La CPI puede también ordenar que las multas y las sanciones se depositen en un fondo fiduciario¹⁵ a beneficio de las víctimas y sus familias.

Hay consecuencias concretas asociadas con la participación en un crimen reconocido por el derecho internacional que permiten distinguir esas conductas ilícitas de los delitos establecidos por las distintas leyes nacionales. Son estos aspectos de los delitos contemplados en el derecho internacional — que estudiaremos después — los que refuerzan el papel que puede tener el derecho penal internacional en un mundo globalizado.

Como se analizará en la sección 8, una persona puede ser procesada judicialmente por algunos delitos reconocidos en el derecho internacional ante tribunales internacionales o tribunales nacionales extranjeros, aunque cuando el acto no sea un ilícito penal en el derecho nacional del país en el cual se cometieron los delitos e incluso si se tolera o se instiga por las autoridades de ese país.¹⁶ En segundo lugar, se puede extraditar a un país donde se las pueda procesar a los presuntos autores u otras personas sobre las que recae la sospecha de haber estado involucradas en delitos conforme al derecho internacional. Si se cometen ciertos crímenes deben ser o bien extraditados o bien juzgados por un tribunal nacional, en cumplimiento de la obligación de *aut dedere aut judicare* (o extraditar o juzgar). En tercer lugar, algunos de esos crímenes contemplados en el derecho internacional, por ejemplo, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se consideran tan graves que no les

13 Véase, entre otros, artículo 8, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; artículo 6, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones; “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (informe de Diane Orentlicher, experta independientemente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

14 Véase capítulos 4 (sección 3) y 5 del Reglamento del Tribunal.

15 Véase artículo 79, Estatuto de la CPI.

16 Para un análisis de la relevancia e importancia del derecho penal internacional cuando no tienen éxito las medidas del derecho penal nacional, véase J.L. Bischoff, “Forced Labor in Brazil: International Criminal Law as the Ultima Ratio Modality of Human Rights Protection”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 151—193.

son de aplicación ninguna de las normas sobre prescripción, de manera que se puede acusar y juzgar a un sospechoso sin que importe cuántos años hayan pasado desde la comisión del crimen. A consecuencia de estas razones, es más difícil que una persona pueda eludir su responsabilidad por un crimen internacional huyendo a otro país o esperando el transcurso del tiempo necesario para la prescripción.

1.5 El desarrollo del derecho penal internacional y su creciente relevancia para las actividades empresariales

A lo largo de su investigación y análisis, el Panel ha observado algunos cambios importantes en el ámbito y el cumplimiento del derecho penal internacional, especialmente durante los últimos 15 años. En paralelo a esos cambios ha habido una evolución del derecho penal nacional en muchos países, donde se celebran la mayoría de los procesos judiciales por crímenes reconocidos en el derecho internacional.

En primer lugar, ha aumentado considerablemente el número de tribunales y jurisdicciones internacionales donde se pueden enjuiciar delitos reconocidos por el derecho internacional. Por ejemplo, la Organización de Naciones Unidas ha establecido dos tribunales *ad hoc* en respuesta a los bien documentados crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la guerra en la antigua Yugoslavia y el genocidio en Ruanda en la década de los años noventa.¹⁷ Como se explica en detalle en las siguientes secciones, no sólo fue importante el establecimiento de estos órganos, sino que la jurisprudencia de ambos tribunales ha aclarado cuando se puede considerar responsable a un individuo por su participación en crímenes reconocidos por el derecho internacional.

Además, el establecimiento de esos tribunales contribuyó a que los Estados alcanzasen un acuerdo en 1998 para establecer una CPI de carácter permanente, medio siglo después de que la Asamblea General de Naciones Unidas le solicitara por primera vez a la Comisión para el Derecho Internacional de la ONU que redactase un estatuto para un tribunal de esa clase. El Estatuto de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002. Después de negociaciones intensas, los Estados decidieron no otorgarle la facultad de enjuiciar personas jurídicas, como las sociedades mercantiles. Sin embargo, la revisión de Estatuto de la CPI en el año 2009 proporcionará una oportunidad para que los Estados consideren esa opción.¹⁸

17 En 1993, se estableció el TPIY por la resolución 827 del Consejo de Seguridad para perseguir las violaciones manifiestas del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991. En 1995, se creó el TPIR por la resolución 955 del Consejo de Seguridad para perseguir a las personas acusadas de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

18 Véase sección 9 *supra* para un análisis de si las personas jurídicas se pueden considerar autoras de delitos.

Al lado del ejercicio de la jurisdicción de la CPI, los procesos judiciales nacionales continuarán siendo importantes. Esos procesos nacionales serán cada vez más usuales a medida que un mayor número de Estados incorporen a sus leyes nacionales todas o algunas de las violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional, con lo cual habrá más jurisdicciones dispuestas a enjuiciar a los infractores. En cualquier caso, con independencia del derecho penal internacional, los procesos penales tradicionales por delitos de asesinato o agresiones, por ejemplo, proporcionarán muchas veces una alternativa relevante en este contexto.¹⁹

Además, se está ampliando también la variedad y el alcance de los crímenes contemplados por el derecho internacional. Por ejemplo el Estatuto de la CPI ha aclarado que ciertas violaciones cometidas durante un conflicto armado interno (diferentes de los conflictos armados internacionales) son también crímenes de guerra. Entre esas violaciones se incluyen delitos violentos sexuales —como la violación—, el saqueo y el desplazamiento forzoso de la población civil. Todos esos delitos se pueden enjuiciar por la CPI hoy en día.²⁰ En las últimas dos décadas, muchos otros tratados han ampliado el rango de crímenes contemplados por el derecho internacional que los Estados Parte deben incorporar obligatoriamente a su derecho penal nacional,²¹ con lo cual se añaden nuevas herramientas que permiten exigir responsabilidad a las empresas.

A pesar de estas posibilidades, es cierto que en los ordenamientos jurídicos nacionales existen todavía considerables obstáculos para poder usar el derecho penal nacional o el internacional, en particular cuando se trata de enjuiciar crímenes cometidos en otros países. Los fiscales no conocen muchas veces el derecho penal internacional, en especial si se ha incorporado a sus leyes nacionales hace poco tiempo. A menudo es difícil realizar investigaciones y obtener pruebas admisibles cuando los delitos se cometen en otros países. Además, por razones ligadas al desarrollo de las relaciones internacionales, los Estados son reticentes frecuentemente a la hora de permitir el enjuiciamiento de los representantes de las empresas o de las propias empresas por delitos cometidos en el extranjero.

Sin embargo, como se mencionó antes, con independencia del número de procesos que se abran, la disuasión es también otro fin del derecho penal. A medida que las empresas comprendan la relevancia del derecho penal internacional en la

19 Por ejemplo, mientras que las agresiones constituyen un delito en la mayoría de los países, no constituirán un crimen internacional a menos que constituyan tortura u otra forma grave de maltrato equiparable a un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad.

20 Véase artículo 8, Estatuto de la CPI.

21 Por ejemplo, artículo 4, CAT; artículo 4, CIPPDF; artículos 2-4, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución de terceros; artículo 5, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; artículo 6, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

aplicación del derecho nacional e internacional, el Panel cree que se desarrollará una cultura de cumplimiento. Con algo de voluntad por parte de los fiscales, se puede exigir responsabilidad tanto a los directivos de las empresas como a las propias empresas cuando cometan o hayan cometido violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyan delitos conforme al derecho internacional. Ese uso del derecho internacional será una parte esencial de la estrategia global cuyo fin es acabar con la impunidad en torno a esos delitos.

Recuadro 1: El proceso judicial de Frans Van Anraat

En diciembre de 2004, Frans van Anraat, un empresario holandés, fue arrestado acusado de ser cómplice en el genocidio y los crímenes de guerra cometidos por Saddam Hussein. En su actividad como agente exportador, Van Anraat entregó al régimen iraquí de Saddam Hussein varios miles de toneladas de tiodiglico (TDG), una sustancia para producir gas mostaza. Ese gas se usó en el programa de armas químicas de Saddam Hussein, que incluía su uso contra la población kurda de Iraq. Durante el juicio se demostró que van Anraat sabía que estaba exportando esa sustancia a Iraq, que era consciente de se podía usar para producir gas venenoso y que sabía que había una posibilidad razonable de que se usara para efectuar ataques químicos, como Irak ya había hecho durante la guerra entre Irán e Irak. El Tribunal de Distrito de La Haya le absolvió de ser cómplice en el genocidio porque no había suficientes pruebas de que hubiera sabido que el régimen iraquí iba a iniciar una acción genocida contra la población kurda. Sin embargo, fue condenado como cómplice de crímenes de guerra, en concreto del crimen de trato inhumano y de causar la muerte o daños corporales graves a otros mediante el uso de armas químicas prohibidas por el derecho internacional.²² El Tribunal determinó que Anraat “conscientemente y con la única motivación de conseguir un beneficio, realizó una contribución esencial al programa de guerra química de Iraq...que habilitó, o al menos facilitó, un gran número de ataques con gas mostaza contra civiles indefensos”.²³ Anraat fue sentenciado a 15 años de prisión. Su condena por crímenes de guerra se confirmó en apelación y su sentencia se aumentó a 17 años de prisión.²⁴

22 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, The Hague District Court, 23 de diciembre de 2005, párr. 17.

23 *Ibid.*

24 *Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, The Hague Court of Appeal, 9 de mayo de 2007.

2 ¿Cuándo se podría considerar al directivo de una empresa responsable legalmente como cómplice conforme al derecho penal nacional e internacional?

2.1 Autores principales y cómplices

Según el derecho penal nacional e internacional, aquellos involucrados en la comisión de un delito se pueden considerar responsables bien como autores principales, bien como cómplices, dependiendo de cuáles hayan sido sus actos y su forma de participación en la comisión de un delito. El principio de la responsabilidad penal individual y el castigo de los crímenes reconocidos en el derecho internacional, confirmados ambos en Núremberg, son el gran hito del derecho penal internacional.²⁵ El derecho penal internacional contempla varias formas de participación en la comisión de los delitos, mediante las cuales un individuo puede incurrir en responsabilidad. Una de esas formas de participación en delitos cometidos físicamente por otra persona sería la cooperación no necesaria.

La distinción entre los autores principales y los cómplices no siempre es idéntica en el derecho internacional y el derecho nacional. Por ejemplo, conforme a los Estatutos de la CPI y los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda,²⁶ una persona puede ser responsable de cometer,²⁷ planear,²⁸ ordenar²⁹ o instigar³⁰ un delito o en cualquier otro sentido prestar su cooperación no necesaria para cometer un delito. Tanto el derecho internacional como el derecho nacional suelen considerar autor principal a la persona que comete directa o físicamente un delito. Aquellos que planean, ordenan o instigan la comisión de un delito se pueden considerar bien como autores principales, bien como cómplices, dependiendo de lo dispuesto en las distintas leyes nacionales específicas. Sin embargo, la cooperación no nece-

25 CDI Yearbook 1996 p. 19.

26 Véase artículo 7(1), Estatuto del TPIY; artículo 6(1), Estatuto del TPIR; artículo 25, Estatuto de la CPI.

27 La autoría se refiere a la participación física de un acusado en los actos que efectivamente ocurrieron y que configuraron los elementos materiales de un crimen. TPIR, *Rutaganda* (Sala de Primera Instancia), 6 de diciembre de 1999, párr. 40; TPIY, *Galic* (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003 párr. 168. Véase también artículo 25(3)(a), Estatuto de la CPI.

28 La planeación tiene lugar cuando una o varias personas diseñan la ejecución de un delito tanto en sus fases preparatorias como de ejecución. TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párr. 480; TPIR, *Rutaganda* (Sala de Primera Instancia), 6 de diciembre de 1999, párr. 37; TPIY, *Galic* (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 168.

29 Ordenar significa que una persona está en una posición de autoridad que le permite dar instrucciones a otra para que cometa un delito. TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párr. 483; TPIR, *Rutaganda* (Sala de Primera Instancia), 6 de diciembre de 1999, párr. 39. TPIR, *Gacumbitsi* (Sala de Apelaciones), 7 de julio de 2006, párrs. 181-183. Véase también artículo 25(3)(b), Estatuto de la CPI.

30 Instigar significa alentar a otro sujeto a que cometa un delito que efectivamente se lleva a cabo, bien mediante un acto u una omisión. TPIR, *Gacumbitsi* (Sala de Apelaciones), 7 de julio de 2006, párr. 129. Véase también artículo 25(3)(b), Estatuto de la CPI, que prohíbe provocar o instigar a que se cometa un delito.

saría con otro sujeto para cometer un delito se define normalmente como una forma de complicidad en los sistemas de derecho penal nacional e internacional y, por lo tanto, da lugar a responsabilidad penal. La responsabilidad del cómplice puede incluir también la responsabilidad penal por prestar ayuda después de que se haya cometido físicamente el delito. A veces es necesario constatar que esa ayuda se acordó entre el autor y el cómplice antes de cometer el crimen, pero algunos sistemas nacionales criminalizan esa conducta aun cuando no haya habido un acuerdo previo entre el autor y el cómplice. Otros sistemas caracterizan este comportamiento como un delito independiente y lo tipifican como encubrimiento.

Calificar al autor de un delito como cómplice y no como autor principal conforme al derecho internacional no reduce necesariamente la responsabilidad legal. El concepto de responsabilidad por complicidad es especialmente importante en el derecho penal internacional debido a que con frecuencia los delitos tienen un tamaño enorme y una naturaleza compleja, con lo que el número de personas que participan en ellos es grande. De hecho, el principal objetivo de los tribunales penales internacionales desde Núremberg no fue enjuiciar a los autores directos del delito, como los ejecutores, los torturadores y los violadores, sino a aquellos que concibieron, lideraron, controlaron o facilitaron las acciones de los perpetradores. La responsabilidad de los cooperadores puede ser incluso mayor que la del autor principal que directa o físicamente cometió el delito.

Es importante observar que un único acto u omisión puede ser suficiente para generar responsabilidad penal por participación en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. Por ejemplo, para ser responsable penalmente como cooperador no necesario en un delito contra la humanidad (del cual un elemento necesario es la comisión del delito de forma generalizada o sistemática), el representante de una empresa no necesita haber participado en todo el plan o el ataque. Es suficiente si el representante de la empresa ayuda en una acción que tiene lugar en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, sabiendo que esa acción forma parte de esa clase de ataque, o asume el riesgo calculado de que la acción a la que contribuye pueda formar parte de esos ataques. Si una empresa ofrece camiones, el uso de pistas de aterrizaje, gasolina, helicópteros, refugios, edificios o servicios que ayudan de manera sustancial al autor principal a llevar a cabo actos como el asesinato, la destrucción ilegal de casas, violaciones u otros actos de tortura, y esos actos forman parte de un ataque generalizado o sistemático, puede haber fundamento para la responsabilidad penal del representante de la empresa como cooperador no necesario en crímenes de lesa humanidad.

¿Qué clase de participación en una violación manifiesta de los derechos humanos que constituya un delito conforme al derecho internacional dará lugar potencialmente a responsabilidad por complicidad de los directivos de una empresa? En el análisis de esta cuestión, es importante abordar el desarrollo de la responsabilidad

de los cómplices en el derecho internacional, desde sus orígenes tras la Segunda Guerra Mundial. La siguiente sección estudia esa evolución.

2.2 El desarrollo de la responsabilidad del cómplice en el derecho internacional

Los empresarios nazis en Núremberg

Los juicios de Núremberg representan un hito en el desarrollo del derecho relativo a la responsabilidad de los cómplices y del derecho penal internacional en general. El Estatuto del Tribunal de Núremberg buscaba castigar los delitos contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Contempló la responsabilidad de los cómplices al declarar que “aquellos que lideren, organicen o inciten a la formulación de un plan común, o conspiren para la ejecución de los crímenes anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por esas personas en ejecución de dicho plan”.³¹ Esta norma se copió en el Estatuto del Tribunal de Tokio.³²

En Núremberg la primera imputación que hizo la fiscalía contra todos los acusados fue la de ser líderes, organizadores o instigadores o cómplices de la formación o ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer delitos contra la paz mediante una guerra agresiva (cargo 2), crímenes de guerra (cargo 3) y crímenes de lesa humanidad (cargo 4). Los cargos 3 y 4 alegaban también expresamente que todos los acusados participaron en el plan común como “líderes, organizadores, instigadores y cómplices”. El Tribunal de Núremberg no fue específico, sin embargo, sobre el fundamento de la responsabilidad específica de cada uno de los acusados como líder, organizador, instigador o cómplice.

Se alegó ante el Tribunal que, con el propósito de ejecutar el plan común, los acusados emprendieron actos que incluyeron usar las “organizaciones del sector empresarial alemán como instrumentos de movilización económica para la guerra” y consiguieron que “los industriales se embarcaran en un gigantesco programa de rearme”.³³ En su sentencia final, el Tribunal dictaminó que en la “reorganización de la vida económica de Alemania para fines militares, el gobierno nazi encontró que la industria alemana de armamento estaba muy dispuesta a cooperar y a tomar parte en el programa de rearme”.³⁴ Varios de los condenados en Núremberg y en procesos posteriores estuvieron involucrados en la industria y en la banca, y proporcionaron apoyo financiero e industrial al régimen nazi. En su mayor parte, sin embargo,

31 Artículo 6, Estatuto del Tribunal de Núremberg.

32 Artículo 5, Estatuto del Tribunal de Tokio.

33 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Núremberg, 14 de noviembre de 1945—1 de octubre de 1946, vol. 1, p. 35.

34 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Núremberg, 14 de noviembre de 1945—1 de octubre de 1946, vol. 1, p. 183.

actuaron socialmente no sólo como empresarios privados, sino también como agentes del Estado, y muchas veces desempeñaron altos cargos. Por lo tanto, no se podían considerar únicamente empresarios privados, sino que cumplían funciones públicas que en muchas situaciones llevaban a cabo también las empresas privadas y sus empleados. Núremberg y los juicios posteriores son un ejemplo de cómo el derecho penal internacional puede establecer la responsabilidad de aquellos involucrados con los autores de violaciones manifiestas de los derechos humanos por cooperar o que actúan junto con ellos.

Cambios desde la Segunda Guerra Mundial

Las iniciativas de la Asamblea General de Naciones Unidas después de la Segunda Guerra Mundial se plasmaron en los Principios de Núremberg³⁵ y en última instancia en la segunda versión del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que sólo se adoptó en 1996 por la Comisión de Derecho Internacional (Código de la CDI).³⁶ Estos instrumentos internacionales contenían principios relativos a la responsabilidad de los cómplices.

El Código de la CDI considera que cualquier acto distinto a la comisión o el intento de cometer un delito quedaba incluido en la categoría general de responsabilidad como cómplice.³⁷ Estas formas de responsabilidad incluían: que un jefe o superior jerárquico ordenase, no previniese o reprimiese un crimen; la participación directa en la planeación de un delito; o conspirar para cometer un delito o incitar directa o públicamente a cometerlo.³⁸ El Código dispone también que un individuo se considerará responsable si “conscientemente ayuda o asiste a la comisión de uno de esos crímenes o lo facilita en cualquier otra forma, directa y sustancialmente, incluido proporcionando los medios para su comisión”.³⁹

Otros instrumentos legales importantes que se ocupan de crímenes reconocidos por el derecho internacional, como la tortura u los tratos crueles, inhumanos o degradantes,⁴⁰ el tráfico de personas con el propósito de prostituirlas⁴¹ y las desapariciones forzadas,⁴² han incorporado el principio de la responsabilidad de los cómplices. Este principio se incluye también en el Convenio contra el Genocidio y los estatutos de los tribunales *ad hoc* que incorporan las formulaciones del Convenio

35 CDI, Yearbook of the International Law Commission, 1954, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1954/Add. I, pp. 150-152.

36 CDI Yearbook 1996, p. 17.

37 Artículo 2(3)(b)-(f), CDI Yearbook 1996, pp. 18 y 20.

38 Artículo 2(3)(b) a (f), CDI Yearbook 1996, p. 18.

39 Artículo 2(3)(d), CDI Yearbook 1996, p. 18.

40 Artículo 4(1), CAT.

41 Artículo 17(4), Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

42 Artículo 6, CIPPDF.

contra el Genocidio.⁴³ Según el Convenio contra el Genocidio, en la esfera de la responsabilidad estatal por genocidio, el Tribunal Internacional de Justicia ha determinado que la responsabilidad del cómplice incluye “el suministro de los medios que permitan o faciliten la comisión del delito”.⁴⁴

El concepto de responsabilidad del cómplice es también una característica de los tribunales penales internacionales o híbridos, y se incorporó a los estatutos del TPIY, el TPIR, el TESL, las Salas Extraordinarias para Camboya y el Tribunal Especial para el Líbano.⁴⁵ Lo que es más importante, es una característica incluida en el Estatuto de la CPI,⁴⁶ que constituye la fuente reciente más importante del derecho penal internacional moderno, tanto en general como en lo relativo a la responsabilidad del cómplice. El Estatuto de este Tribunal se ha firmado por más de cien Estados y ese número sigue creciendo.

Por ello no cabe duda de que la responsabilidad del cómplice se encuentra firmemente incorporada al derecho penal internacional y se expresa mediante distintas clases de responsabilidad. En las siguientes secciones se estudiarán las que tengan una mayor probabilidad de aplicarse a los empleados de las empresas involucrados con otros sujetos en la comisión de crímenes reconocidos por el derecho internacional.

Recuadro 2: El juicio de Walther Funk

Un importante ejemplo de los casos contra los empresarios nazis es el juicio de Walther Funk. Funk se posesionó como ministro de Economía y Plenipotenciario General de Economía de Guerra a comienzos de 1938, y como presidente del Reichsbank en enero de 1939. Se convirtió en miembro del Consejo Ministerial para la Defensa del Reich en agosto de 1939 y en miembro del Consejo de Planeación Central en septiembre de 1943. Las

43 Artículo 3(e), Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículo 4(3)(e), Estatuto del TPIY; artículo 2(3)(e), Estatuto del TPIR. La responsabilidad penal por complicidad en el genocidio surgirá con independencia del grado de participación del acusado: TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párrs. 542-543, donde se cita *Attorney General of the Government of Israel v. Adolph Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340. El TPIR ha determinado que un acusado es responsable como cómplice de genocidio si ayudó o facilitó o instigó a una o más personas a que cometieran un genocidio, sabiendo que esa otra persona tenía la intención específica de cometerlo: TPIR, *Musema* (Sala de Primera Instancia), 27 de enero de 2000, párr. 183; TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párrs. 533-548.

44 Corte Penal Internacional, aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 419.

45 Artículo 7(1), Estatuto del TPIY; artículo 6(1), Estatuto del TPIR; artículo 6(1), Estatuto del TESL; artículo 29, Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias con la inclusión de enmiendas como se promulgó el 27 de octubre de 2004, artículo 3, Estatuto para el Tribunal Especial para el Líbano.

46 Artículo 25(3)(c), Estatuto de la CPI.

conclusiones del Tribunal de Núremberg con respecto a la dirección de Funk del banco nacional alemán lo condenaron: en 1942, Funk acordó con Himmler que el Reichsbank recibiría cierta cantidad de oro, joyas y divisas de las SS y les dio instrucciones a sus subordinados, que debían llevar a cabo los detalles, de no hacer demasiadas preguntas. Como resultado de ese acuerdo, las SS enviaron al Reichsbank las pertenencias personales sustraídas a las víctimas del exterminio en los campos de concentración. Funk afirmaba que no sabía que el Reichsbank estuviera recibiendo artículos de esta clase. El Tribunal determinó que “Funk o sabía lo que estaba ocurriendo o cerraba deliberadamente los ojos ante lo que ocurría”.⁴⁷ La ayuda que el banco le proporcionó a las SS habría convertido a los participantes, según el derecho angloamericano, en cómplices tras constatar los crímenes contra las víctimas de los campos de concentración.⁴⁸

En 1943, Funk ya era miembro del Consejo de Planeación Central que determinó el número total de trabajadores necesario para la industria alemana. Funk pidió que se le proporcionara esa mano de obra, normalmente mediante la deportación de personas de los territorios ocupados. Era consciente de que ese consejo equivalía en esencia a solicitar mano de obra esclava. Además, como presidente del Reichsbank, Funk estaba involucrado indirectamente en la utilización de mano de obra procedente de los campos de concentración. Bajo su dirección, el Reichsbank estableció un fondo rotatorio de 12.000.000 marcos alemanes destinado a la concesión de créditos a las SS para construir fábricas; en esa construcción se utilizaron trabajadores de los campos de concentración. A Funk se le declaró culpable de crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.⁴⁹

Por lo tanto, al Tribunal no le preocuparon sólo las acciones específicas de Funk, sino también cuál era el conocimiento que tenía de los crímenes a los que contribuyó. Para determinar si el acusado tenía conocimiento de los hechos, el Tribunal recurrió a todas las pruebas disponibles, entre las cuales estaban las relativas al conocimiento subjetivo del acusado en conjunción con otras pruebas sobre las circunstancias objetivas de la época. Es importante señalar que el caso Funk determinó que no se puede usar como defensa en procedimientos penales la ignorancia consciente como excusa para la contribución que hace un directivo importante del sector financiero o su organización a un delito.

47 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Núremberg*, 14 de noviembre de 1945 — 1 de octubre de 1946, vol. 1, p. 306.

48 T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Knopf, New York, 1992, p. 398.

49 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Núremberg*, 14 de noviembre de 1945 — 1 de octubre de 1946, vol. 1, pp. 304-307.

3 Responsabilidad del cómplice por cooperación no necesaria conforme al derecho penal nacional e internacional

En su expresión más simple, la cooperación no necesaria ocurre cuando una persona ayuda conscientemente a otra a cometer un delito. Como tal se describe a menudo como una forma de cooperación que se le proporciona al autor principal del delito, con conocimiento de estar haciéndolo. La persona que colabora, instiga o presta apoyo moral debe saber que sus acciones contribuirán al delito. Este conocimiento se puede inferir de todas las circunstancias relevantes, entre las cuales estarían las pruebas directas y circunstanciales. No es necesario mostrar que la colaboración práctica habilitó el crimen o lo exacerbó; basta con demostrar que tuvo un “efecto sustancial” en la comisión. Una manera útil de describir esto es decir que el crimen no habría ocurrido de la misma manera si no se hubiera efectuado la contribución. La pregunta que se debe hacer es: ¿la ayuda o la instigación cambiaron la forma en que se cometieron los crímenes o sus resultados finales?

El Estatuto de la CPI dispone que una persona será culpable cuando, para facilitar la comisión de un delito, ayude, facilite o contribuya de cualquier otra forma a cometerlo o a intentar cometerlo, incluido proporcionar los medios para su comisión.⁵⁰ La cooperación no necesaria se criminaliza también en los estatutos de los tribunales internacionales y *ad hoc*,⁵¹ y también en el Proyecto de Código de la CDI de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.⁵²

3.1 Derecho penal internacional

3.1.1 Acto u omisión

Un problema para el derecho penal es determinar cuál es el nivel de asistencia o contribución que se debería criminalizar por el derecho penal. ¿Aun la asistencia menor y remota se debería considerar colaboración necesaria al crimen? El derecho penal internacional responde a ello imponiendo el siguiente límite inferior: la asistencia debe tener un efecto sustancial en el crimen para que se pueda calificar como cooperación no necesaria al crimen. Sin embargo, no se requiere que el crimen no se hubiera llegado a cometer sin la asistencia. La asistencia se puede prestar antes, durante o después de que ocurra el delito.

50 Artículo 25(3)(c), Estatuto de la CPI.

51 Artículo 29, Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (Salas Extraordinarias en Camboya) para el Enjuiciamiento de Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004; artículo 7(1), Estatuto del TPIY; artículo 6(1), Estatuto del TPIR; artículo 6(1), Estatuto del TESL.

52 Artículo 2(3)(d), Proyecto de Código de la CDI.

Efecto sustancial

El Código de la CDI dispone que el cómplice debe proporcionar una clase de asistencia que contribuya “directa y sustancialmente” a la comisión del delito, por ejemplo, proporcionando los medios que permitan que el autor cometa el crimen. Por consiguiente, la asistencia debe facilitar el crimen de alguna forma significativa. Según la CDI, este estándar es consistente con otras normas internacionales relevantes entre las cuales estaría el Estatuto del Tribunal de Núremberg y los estatutos del TPIY y el TPIR.⁵³ Además, el comentario de la CDI declara que la asistencia después del crimen se podrá considerar como cooperación no necesaria si la asistencia se hubiera acordado entre el autor y el cómplice antes de la comisión del delito.⁵⁴ Aunque sin duda eso es cierto, después del hecho también se puede declarar que un directivo es responsable como cooperador no necesario, aunque antes de cometerse el delito no estuviera de acuerdo en proporcionar ayuda. Ni los términos del Código de la CDI, ni los estatutos de los tribunales, ni las sentencias de apelación de los tribunales *ad hoc* disponen que para establecer la responsabilidad como cooperador no necesario tenga que ser un requisito la existencia de un acuerdo previo de proporcionar ayuda después de los hechos.

La Sala de Apelaciones común a ambos tribunales *ad hoc* ha explicado que el *actus reus* (acto culpable) de la cooperación no necesaria consiste en ejecutar actos dirigidos a asistir, instigar o prestar apoyo moral a la perpetración de un crimen, y que tengan un efecto sustancial en los crímenes cometidos.⁵⁵ No se requiere prueba de la existencia de una relación causa-efecto entre la conducta del asistente o facilitador, por un lado, y la comisión del delito, por otro, ni tampoco pruebas de que esa conducta fue una condición previa a la comisión del crimen. Además, el acto se puede ejecutar antes, durante o después de que se haya cometido el crimen principal.⁵⁶

Por lo tanto, tanto la CDI como la jurisprudencia internacional posterior insisten en el requisito de que la asistencia que se proporcione debe tener un efecto sustancial en el crimen para generar responsabilidad legal. Aunque el requisito de la contribución sustantiva no se incluyó en el Estatuto del Tribunal de Núremberg ni en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, se ha establecido después por la jurisprudencia de esos tribunales. Además, a pesar de la ausencia del requisito de la contribución

53 CDI Yearbook 1996, p. 18: artículo 2(3)(d), Proyecto de Código de la CDI, p. 21, párr. 11.

54 CDI Yearbook 1996, p. 21, párr. 12.

55 TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párr. 127; TPIY, *Simic* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 85; TPIY, *Blaskic* (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párrs. 45-46; TPIY, *Vasiljevic* (Sala de Apelaciones), 25 de febrero de 2004, párr. 102; TPIR, *Ntagerura* (Sala de Apelaciones), 7 de julio de 2006, párr. 370.

56 TPIY *Blaskic* (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2005, párr. 48; véase también TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párr. 127; TPIY, *Simic* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 85; TPIR, *Ntagerura* (Sala de Apelaciones), 7 de julio de 2006, párr. 372.

sustantiva en el Estatuto de la CPI, se ha sugerido que sería aplicable.⁵⁷ A falta de jurisprudencia interpretativa de la CPI hasta el momento, sería prudente para los directivos de las empresas evitar cualquier clase de colaboración con actividades criminales potenciales.

La posición del Panel es que el requisito de que la asistencia haya tenido un efecto sustancial en el crimen sirve para eliminar la responsabilidad penal cuando las contribuciones han sido irrelevantes o triviales. Este criterio tampoco exige que el crimen no hubiera ocurrido sin la asistencia del cooperador no necesario.

Ejemplos de actos de colaboración no necesaria

En última instancia, qué actos se consideren o no como cooperación no necesaria es una cuestión de hecho que se debe decidir a partir de las circunstancias de cada caso.⁵⁸ Los ejemplos específicos de colaboración no necesaria se estudiarán después en detalle en la sección 6. En síntesis, esos ejemplos pueden incluir:

- proveer bienes y servicios que se usan en la comisión de crímenes;⁵⁹
- proveer información que conduzca a la comisión de crímenes;⁶⁰
- proveer personal que cometa los crímenes;⁶¹
- proveer asistencia logística para cometer los crímenes;⁶²
- procurar y usar productos y recursos (incluida la mano de obra) siendo consciente de que proveer esos recursos llevará a la comisión de los crímenes;⁶³
- proveer facilidades bancarias de manera que los beneficios de los crímenes se puedan depositar en cuentas bancarias.⁶⁴

57 Kai Ambos, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999) artículo 25, marginal n^o 15-18.

58 Véase, por ejemplo, TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párr. 134.

59 Véase, por ejemplo, el caso *Zyklon B*, pp. 93-102; *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJI AX6406, The Hague District Court, 23 de diciembre de 2005.

60 Véase, por ejemplo, *Gustav. Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, como se cita en TPIY, *Tadic* (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párr. 687.

61 Véase, por ejemplo, TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párrs. 130-135.

62 TPIY, *Brdanin* (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrs. 571-583; TPIY, *Brdanin* (Sala de Apelaciones), 3 de abril de 2007, párrs. 305-306.

63 Véase, por ejemplo, caso *Farben*, p. 1187; caso *Krupp*, p. 1399; caso *Flick*, p. 1202. Véase también *Commissioner v. Roehling* (Roehling Case), *Trials of War Criminals*, vol. XIV, pp. 1085-1089.

64 Véase, por ejemplo, *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Núremberg*, 14 de noviembre de 1945-1 de octubre de 1946, vol. 1, pp. 305-306; T. Taylor, *The Anatomy of the Núremberg Trials: A Personal Memoir*, Knopf, New York, 1992, pp. 381-398.

El no actuar debiéndolo hacer y los testigos silenciosos

No sólo un acto positivo, sino también una omisión o el no actuar ante una situación pueden equivaler al nivel de ayuda exigido para que exista cooperación no necesaria, siempre y cuando la omisión tenga un efecto determinante en el crimen.⁶⁵ Una omisión puede dar lugar a esa forma de responsabilidad cuando una persona no hace nada teniendo el poder de prevenir o detener el delito o mitigar sus efectos. También se puede producir en circunstancias en las que el silencio legitima, instiga o proporciona un apoyo moral significativo a la comisión del crimen.

La inacción puede generar responsabilidad cuando el coautor está físicamente presente durante la comisión del delito. Sin embargo, la mera presencia en la escena del crimen no es concluyente a la hora de determinar si ha existido cooperación no necesaria en un delito, a menos que se demuestre que tiene un efecto legitimador o instigador importante en el autor principal.⁶⁶ Después de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales en casos penales han condenado a personas por ser testigos silenciosos de crímenes, pero todas ellas ocupaban una posición social importante y tenían una autoridad notable.⁶⁷ El TPIR condenó también al alcalde de una comunidad como cooperador no necesario en un ilícito de violencia sexual en parte porque se demostró que, con su aprobación, esa violencia había tenido lugar en la oficina municipal.⁶⁸

Se puede declarar legalmente responsable a un sujeto como cooperador no necesario en un crimen incluso si se encuentra en una localización remota con respecto al lugar en el que ocurrió físicamente, siempre que sea consciente de que se va a cometer un crimen y no haga nada para detenerlo o alterar su curso de alguna manera, a pesar de tener el poder para hacerlo. Por ejemplo, si un comandante militar sabe en cierto momento que soldados están maltratando recurrentemente prisioneros y sin embargo continúa enviando prisioneros allí para que trabajen al servicio de esos soldados o no impide que se traslade a los prisioneros a ese lugar cuando está en posición de hacerlo, entonces se considera que el comandante es un cooperador no necesario en el maltrato.⁶⁹ El TIPY condenó a un funcionario de la administración local que estaba a cargo de instalaciones médicas como cooperador no necesario porque negó deliberadamente los cuidados médicos apropiados a los prisioneros que estaban en las instalaciones de detención. Esa acción supuso una cooperación sustantiva a su confinación en condiciones inhumanas.⁷⁰

65 TPIY, *Blaskic* (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párr. 47.

66 TPIY, *Krnojelac* (Sala de Primera Instancia), 15 de marzo de 2002, párr. 89.

67 Véase TPIY, *Furundzija* (Sala de Primera Instancia), 10 de diciembre de 1998, párrs. 199-209; *Gustav. Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, como se cita en TPIY, *Tadic* (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párr. 687.

68 TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párrs. 691-694.

69 TPIY, *Aleksovski* (Sala de Apelaciones), 24 de marzo de 2000, párrs. 169 y 172.

70 TPIY, *Simic* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 134.

Aunque los tribunales no han decidido todavía la cuestión, el Panel considera que habría situaciones en las cuales los directivos de una empresa tengan tal influencia, ascendente y autoridad sobre los autores principales de un crimen que estos puedan interpretar la actitud silenciosa como aprobación e incitación moral a cometer el crimen. Además, si estos empleados de la empresa tienen de hecho poder para prevenir o detener un delito, o mitigar sus efectos, y no lo hacen, se les puede considerar como cooperadores no necesarios. Cuanto mayor sea la influencia económica y política que tenga la empresa, o la influencia personal o profesional que tengan sus directivos, más probable es que se puedan declarar responsables como cómplices a los directivos de la empresa. Esto ocurrirá en particular cuando las empresas tienen actividades en países donde se sabe que se están cometiendo crímenes graves.

3.1.2 La culpabilidad (*mens rea*): conocimiento y propósito

Según el Código de la CDI, solamente se puede encontrar culpable a una persona como cooperador no necesario, o determinar en cualquier otro sentido que ayudó a cometer el crimen, si conoce que su asistencia lo facilitará.⁷¹ Lo dispuesto en el Código de la CDI se corresponde con las conclusiones posteriores de la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia. Conforme a esto, el requisito de la culpabilidad (*mens rea*) para que exista colaboración necesaria supone saber que los actos efectuados ayudarán a la comisión del crimen específico por el autor principal.⁷²

El cooperador no necesario no tiene que compartir la culpabilidad del autor principal, pero debe ser consciente de cuáles son los elementos esenciales del delito que se cometerá en última instancia por el autor principal.⁷³ Sin embargo:

*No es necesario que el colaborador conozca bien cuál es el crimen preciso que se pretendía cometer o que se cometió finalmente en la práctica. Si es consciente de que se cometerá probablemente un delito entre varios posibles y uno de esos delitos se comete de hecho, se entiende que ha facilitado la comisión de ese delito y es culpable como cooperador no necesario.*⁷⁴

Por consiguiente, el representante de una empresa, que sepa que el comprador del equipo que vendió lo usará probablemente para cometer algún delito entre varios posibles, no eludirá su responsabilidad porque exista incertidumbre sobre el delito concreto que el comprador quiera cometer.

71 CDI Yearbook 1996, p. 18: artículo 2(3)(d) Proyecto de Código de la CDI, p. 21, párr. 11.

72 TPIY, *Blagojević and Jokić* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párr. 127; TPIY, *Simić* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 86; TPIY, *Blaskić* (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párrs. 45-46; TPIY, *Vasiljević* (Sala de Apelaciones), 25 de febrero de 2004, párr. 102.

73 TPIY, *Simić* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 86; TPIY, *Aleksovski* (Sala de Apelaciones), 24 de marzo de 2000, párr. 162.

74 TPIY, *Blaskić* (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párr. 50.

En crímenes que requieren una intención específica del autor principal, como es el caso del genocidio, el cooperador debe conocer la existencia de esa intención.⁷⁵ En el caso del genocidio, el colaborador debe saber que los sujetos a los que está ayudando pretenden eliminar a un grupo nacional, étnico o religioso concreto.⁷⁶ Con respecto al enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad, el cooperador no necesariamente necesita compartir la intención de los autores, sino que debe ser consciente del contexto discriminatorio en el cual se comete el crimen y saber que su apoyo o instigación tienen un efecto sustancial en la comisión.⁷⁷

Aplicando lo explicado a los directivos de una empresa acusados de ser cooperadores no necesarios, si tienen el conocimiento necesario sobre el impacto de sus acciones es irrelevante que pretendieran únicamente llevar a cabo actividades empresariales normales. Por ejemplo, los vendedores de productos o materiales como químicos, computadores, retroexcavadoras o equipos para excavación pueden ser responsables como cómplices si sabían que el adquirente los usaría para cometer crímenes reconocidos por el derecho internacional, lo cual se evaluará objetivamente.

Sobre la cuestión de la culpabilidad (*mens rea*), el Estatuto de la CPI determina que una persona será culpable cuando “con el propósito de facilitar” la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso el suministro de los medios para su comisión.⁷⁸ El concepto de “propósito” introduce un elemento subjetivo que va más allá del requisito ordinario de la culpabilidad requerido para otros crímenes conforme al Estatuto de la CPI, para los que suele bastar el criterio de intención y simple conocimiento, estudiado anteriormente. En este sentido, supone un alejamiento textual del enfoque del Código de la CDI⁷⁹ y de la jurisprudencia de apelación de los tribunales *ad hoc*. La frase se tomó prestada del Código Penal Modelo del American Law Institute e implica por lo general un requisito subjetivo específico más estricto que el simple conocimiento.⁸⁰

En ausencia de jurisprudencia de la CPI, todavía está pendiente de determinarse si este criterio subjetivo del propósito, más exigente desde el punto de vista conceptual, tendrá algún efecto práctico, a la luz de la forma en que se evalúa por los tribunales el estado mental del cooperador no necesario. Como se discutió, esta evaluación se lleva a cabo a partir de todas las circunstancias relevantes, entre las

75 TPIY, *Simic* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2006, párr. 86; TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párr. 127; TPIR, *Ntagerura* (Sala de Apelaciones), 7 de julio de 2006, párr. 370.

76 TPIY, *Krstic* (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párrs. 140-141.

77 TPIY, *Aleksovski* (Sala de Apelaciones), 24 de marzo de 2000, párr. 162; TPIY, *Krnjelac* (Sala de Apelaciones), 17 de septiembre de 2003, párr. 52.

78 Artículo 25(3)(c), Estatuto de la CPI.

79 Artículo 30, Estatuto de la CPI.

80 Kai Ambos, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999), artículo 25, marginal n° 19.

cuales estarían las pruebas directas e indirectas o circunstanciales. Por lo tanto, en términos prácticos, si se establece que el empleado de una empresa tenía conocimiento de que una acción facilitaría la comisión de un delito, y sin embargo actuó como lo hizo, entonces se podría suponer la existencia del propósito de facilitar el crimen. El hecho de que el directivo de una empresa ayude conscientemente a cometer un delito con el fin de obtener un beneficio para la empresa no afecta en nada al hecho de que prestó esa ayuda. De hecho, se podría interpretar que proporciona “a propósito” un incentivo para facilitar el crimen. Conforme a ello, aunque pueda parecer que existe una diferencia evidente en los criterios para determinar la culpabilidad necesaria, puede que la diferencia práctica sea muy pequeña.

Por lo tanto, en opinión del Panel, los directivos de las empresas que saben que sus actos facilitarán la comisión de un crimen, o instigarán a cometerlo o proporcionarán apoyo moral, y, sin embargo, deciden proseguir con su conducta, correrán el riesgo grave de que se les considere responsables penalmente como cooperadores no necesarios.

Prueba del estado mental

El enfoque que se sigue para juzgar la culpabilidad (*mens rea*) de un cooperador no necesario, aplicado desde Núremberg y confirmado luego por los tribunales *ad hoc* y otros tribunales, es que esa evaluación se efectúa teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, y se determina a partir de todas las pruebas directas, indirectas o circunstanciales. Por consiguiente, los hechos objetivos se pueden usar para inferir cuál era la culpabilidad del acusado.⁸¹ Esto quiere decir que el acusado no necesita expresar explícitamente el conocimiento requerido,⁸² sino que se puede inferir de las circunstancias.⁸³ Además, no hace mucho tiempo el TESL confirmó que “se puede inferir el conocimiento de todas las circunstancias relevantes”.⁸⁴

En términos prácticos, no es fácil probar el conocimiento utilizando los estrictos criterios del derecho penal. La mera presencia de una empresa en el área donde se comete un delito o el hecho de que obtenga algún beneficio de la actividad criminal de un tercero no bastarán sin más para demostrar que los empleados de la empresa sabían que sus bienes o servicios se utilizaban en una actividad criminal. Las clases de pruebas relevantes para determinar la culpabilidad incluirían, por ejemplo, información fácilmente disponible para el representante de la empresa cuando se prestó

81 Véase el caso *Farben*, p. 1187; *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Núremberg*, 14 de noviembre de 1945-1 de octubre de 1946, vol. 1, pp. 305-306; TPIY, *Tadic* (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párrs. 675-676, 689; TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, para. 548; TPIY, *Aleksovski* (Sala de Primera Instancia), 25 de junio de 1999, párr. 65; TPIY, *Krstic* (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, pp. 26-54 (donde se consideran todas las pruebas directas y circunstanciales para concluir que el acusado tenía ánimo de delinquir (*mens rea*) como colaborador no necesario del genocidio).

82 TPIY, *Limaj* (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 518.

83 TPIY, *Galic* (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 172.

84 TESL, *Fofana and Kondewa* (Sala de Primera Instancia), 7 de agosto de 2007, párr. 231.

ayuda. Esta información podría estar disponible dentro la empresa. Puede haber pruebas orales o documentales que demuestren que se celebraron previamente reuniones entre el autor principal y los empleados de la empresa y que en ellas se conoció la intención criminal del autor. Por ejemplo, en el caso del Dr. Bruno Tesch, propietario de una sociedad mercantil que proporcionó el gas venenoso Zyklon B a las SS (caso Ziklon B), el contable de Tesch proporcionó como prueba un informe de viaje. En ese informe constaba la celebración de una entrevista de Tesch con los principales líderes de la Wehrmacht, durante la cual se le informó sobre cómo se enterraban a los judíos tras haber sido muertos a tiros, en número siempre creciente, y cómo esa práctica creaba cada vez mayores problemas higiénicos, por lo cual se propuso matarlos con ácido prúsico. Cuando se le preguntó su opinión al Dr. Tesch, propuso el uso de gas y se comprometió a enseñar a las SS cómo usarlo.⁸⁵

Podría ser relevante la información específica de la que dispongan los directivos de las empresas acerca del uso de los productos o servicios de éstas para cometer crímenes. En el contexto de la revolución de la información actual, esa circunstancia será especialmente relevante, ya que hoy muchas veces se dispone de grandes cantidades de información sobre las actividades de los socios y clientes de una empresa, consultable por sus directivos si lo desean. Entre las fuentes fiables de información estarían las organizaciones internacionales, los directivos de otras empresas, los gobiernos o la sociedad civil. Los informes independientes de terceros y las pruebas orales provenientes de fuentes fiables como la ONU y diversas ONG, que trabajan en el lugar donde ocurren los hechos que dan lugar a violaciones manifiestas de los derechos humanos, han constituido importantes fuentes de material probatorio para los tribunales *ad hoc*.

Tal vez sea de conocimiento público que se están cometiendo crímenes gracias al uso de bienes y servicios de empresa, lo que también podría ser relevante para determinar si los directivos de la empresa sabían que sus actos facilitarían los crímenes. En el caso *Krstic*, en relación con la comisión de delitos de lesa humanidad y de genocidio en Srebrenica, aparecieron en los medios de comunicación chinos informes sobre desapariciones forzadas de varones bosnios musulmanes tras la toma de la ciudad,⁸⁶ lo que hacía difícil creer que el acusado no supiera nada, como afirmaba. Sin embargo, se tiene que ser muy cauteloso a la hora de determinar si una persona tenía conocimiento de un hecho sobre esta base. Se tiene que examinar escrupulosamente el contenido preciso, la veracidad y la oportunidad del denominado conocimiento público.⁸⁷

El contexto en el que tienen lugar las transacciones empresariales puede ser también relevante. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, era evidente para los empleados de la empresa alemana Farben que no había suficiente mano

85 Caso *Zyklon B*, p. 95.

86 TPIY, *Krstic* (Sala de Primera Instancia), 2 de agosto de 2001, párr. 88 (nota 179).

87 Véase, por ejemplo, TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párrs. 229-236.

de obra en las dos minas de carbón que habían adquirido para apoyar a la planta industrial de Auschwitz, y que por consiguiente tendrían que recurrir al uso de trabajo esclavo.⁸⁸ También puede ser relevante, por ejemplo, que un cliente ordene una cantidad inusualmente grande de un desparasitante químico y que esas cantidades sólo puedan ser útiles para actividades ilegales.⁸⁹

Pueden ser también relevantes el comportamiento pasado del autor principal y la duración y naturaleza de la relación empresarial entre el autor principal y los directivos de la empresa.

Es importante destacar que el conocimiento se puede inferir también a partir de la posición que ocupa una persona en la empresa y de su experiencia en el negocio.⁹⁰ Como un analista ha declarado:

Una persona competente, que se dedica a los negocios y tiene una posición de dirección, conocerá el contexto relevante donde se realizan los principales esfuerzos de su empresa. De hecho, es totalmente lógico que una persona que vende un producto intente evaluar las necesidades de sus clientes con el propósito de aumentar las ventas. Por consiguiente, los tribunales imputarán la existencia de conocimiento a ciertos empleados de las empresas si normalmente esos empleados deberían tener un conocimiento de esa clase para desempeñar de forma efectiva sus obligaciones.⁹¹

3.2 El derecho penal nacional

Al igual que el derecho penal internacional, la mayoría de los sistemas penales nacionales incluyen la responsabilidad del cómplice como una forma de participación accesoria que genera responsabilidad penal. En general, las leyes penales nacionales conciben la responsabilidad de los cómplices en un sentido estricto, y la limita a la responsabilidad penal que surge por actos que ayudan, facilitan o en cualquier otra forma asisten a la comisión de un delito por otro individuo. Las leyes penales nacionales contemplan también como delitos separados otras formas de participación en crímenes cometidos por otros sujetos, como la instigación, la conspiración o el encargo, que el CDI consideró no obstante como clases de responsabilidad por complicidad.⁹² Sin embargo, es frecuente que el derecho nacional defina esas otras formas de responsabilidad penal como delitos separados

88 Caso *Farben*, p. 1.187.

89 Caso *Zyklon B*, p. 101.

90 Véase *United States v. Ernst von Weizsaecker* (case *Ministries*) *Trials of War Criminals*, vol. XIV, p. 622. Véase también la evaluación de la responsabilidad para cada uno de los acusados en el caso *Farben*.

91 K.R. Jacobson, "Doing Business With the Devil: The Challenges of Prosecuting Corporate Officials Whose Business Transactions Facilitate War Crimes and Crimes Against Humanity", *The Air Force Law Review*, vol. 56 (2005), pp. 167-231, p. 195.

92 CDI Yearbook 1996, pp. 18-20.

y distintos,⁹³ o considere que el fundamento de la responsabilidad penal de esas conductas es la autoría y no la complicidad. No obstante, las leyes penales nacionales son congruentes con el derecho penal internacional en el sentido de que criminalizan los actos facilitadores de la comisión de un delito por su autor, y para ello convierten esos actos en un delito independiente o los consideran clases de responsabilidad penal.

En el derecho nacional, la responsabilidad por complicidad requiere que el acusado cumpla con el requisito de la culpabilidad (*mens rea*). Aunque se construye de manera diferente en las diferentes jurisdicciones nacionales, todo lo que se requiere es que el acusado tenga una intención subjetiva específica. En algunas jurisdicciones, el cómplice debe compartir la misma intención que el autor principal, es decir, debe querer que el crimen tenga lugar y sus actos tienen que ayudar a cometerlo.⁹⁴ Se ha dicho que es un criterio demasiado estricto para establecer la responsabilidad de las empresas o sus directivos, puesto que los actos de estos sujetos estarán motivados fundamentalmente por la obtención de beneficios económicos. Sin embargo, en opinión del Panel los que así opinan confunden la motivación con la intención: una empresa o sus directivos pueden tener la intención, por ejemplo, de colaborar con otros sujetos para usar trabajo forzado, aunque su motivación más general para hacerlo sea asegurarse obtener un beneficio económico. En otras jurisdicciones, la intención del cómplice no necesita ser la misma que la del autor principal⁹⁵ y es suficiente que el cómplice sepa que el autor tenía la intención de cometer un crimen.⁹⁶ En otras jurisdicciones, se puede declarar la responsabilidad de los cómplices cuando éstos creen que es posible que se cometa un delito y aceptan ese riesgo. Por ejemplo, en Sudáfrica, el dolo eventual —la sospecha subjetiva de que tal vez existan circunstancias ilegales o consecuencias ilegales derivadas de su conducta y, no obstante, decida llevarla a cabo— es suficiente para determinar la responsabilidad del cómplice junto con la del autor.⁹⁷ Según el derecho alemán, la intención incluye el dolo eventual.⁹⁸ En el Reino Unido,

93 Eso es lo que ocurre con frecuencia, por ejemplo, con la instigación, la conspiración o la asociación penal, el ocultamiento o el delito de omisión (“delito de omisión”, en el derecho latinoamericano; “*abstention criminelle*”, en el derecho francés).

94 A. Ramasastry y R.C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law; A survey of Sixteen Countries; Executive Summary*, FAFO, 2006 (FAFO Executive Summary), p. 18.

95 Por ejemplo, artículos 121-127 del Código Penal francés se refiere a la “persona que conscientemente” se convierta en cómplice.

96 FAFO Executive Summary, p. 19. Véase también Jonathan Burchell, “Joint Liability and Corporate Complicity”, informe provisional escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Delitos Internacionales (2006) (Burchell), pp. 8-9, www.icj.org.

97 Burchell, p. 9.

98 El derecho penal distingue entre dos modelos básicos de culpabilidad: intención (*Vorsatz*) y negligencia (*Fahrlässigkeit*). La intencionalidad (*Vorsatz*) incluye *Absicht*, *dolus directus* (dolo directo) o *dolus eventualis* (dolo eventual).

se puede establecer la culpabilidad de un cómplice en función de lo que sepa, pero también de la “temeridad” (conocimiento del riesgo de que se cometa un delito).⁹⁹

No hay un consenso general en el derecho nacional acerca de si debe existir o no una conexión causal entre la conducta del cómplice y la comisión del delito por el autor principal. Incluso en las jurisdicciones que requieren ese vínculo, no hay consenso sobre el grado de conexión que debe existir.¹⁰⁰

Es importante destacar que en el derecho penal nacional la responsabilidad de un cómplice no depende de la condena del autor principal. El derecho penal internacional recoge también ese mismo criterio.¹⁰¹ Esto significa que tanto en el derecho nacional como en el internacional cuando una empresa o sus directivos ayuden a cometer un crimen se arriesgan a ser considerados penalmente responsables a pesar de que los autores principales puedan eludir el castigo.

99 *R v. Bainbridge* [1960] 1 QB 219; DPP para *Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 3 All ER 1140 (HL); citado en Burchell, p. 9.

100 Burchell, pp. 4-6.

101 Resumen ejecutivo de la FAFO, p. 18; Burchell, p. 4.

4 Responsabilidad derivada del fin común según el derecho penal nacional e internacional

4.1 Derecho penal internacional

Tanto el derecho penal nacional como el internacional recogen el ilícito de participar en un delito que comparte una finalidad común. En el derecho penal internacional, un individuo puede ser considerado responsable si es parte de un grupo de personas que comparten una finalidad común y se embarcan en una actividad criminal cuyo fin es ejecutarla. Puede ser encontrado responsable cualquiera que contribuya a la comisión de los delitos por el grupo o cualquiera de sus miembros.

El Código de la CDI no incluye explícitamente el ilícito de la finalidad criminal común. Sin embargo, criminaliza la participación consistente en planear o conspirar para cometer un crimen, lo cual, según la CDI, integraría esas otras formas de responsabilidad.¹⁰²

Mientras que las normas contenidas en sus estatutos de los tribunales *ad hoc* sobre responsabilidad penal de los particulares, no hacen referencia explícita a la responsabilidad procedente de la finalidad común, no obstante la jurisprudencia de estos tribunales ha determinado que una forma de “cometer” un crimen es participar en él mediante una finalidad criminal común.¹⁰³ Los tribunales fueron los que comenzaron a explicar y desarrollar ese principio, al que denominan empresa criminal conjunta (ECC). En la jurisprudencia se establecen tres categorías de ECC, que reflejan el derecho internacional consuetudinario existente en la época de las Guerras de los Balcanes y el genocidio ruandés, y se basan en particular en los crímenes de guerra juzgados después de la Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁴ La primera categoría es una forma “básica” de ECC, donde todos los autores actúan conforme a un propósito común, y poseen la misma intención criminal. Un ejemplo simple es un plan pensado por varias personas para cometer un asesinato, donde aunque cada uno de los participantes puede desempeñar un papel distinto, todos ellos tienen intención de matar.¹⁰⁵ La segunda categoría es una forma “sistémica” de

102 Véase artículo 2 (3)(e), que declara que un individuo será responsable por un delito si ese individuo “participa directamente en planear o conspira para cometer un delito que de hecho ocurre”; CDI Yearbook 1996, p. 18, artículo 2 (3)(e), y p. 21, párrs. 14-15.

103 TPIY, *Tadić* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 190; TPIY, *Vasiljević* (Sala de Apelaciones), 25 de febrero de 2005, párr. 95; TPIY, *Krnjelac* (Sala de Apelaciones), 17 de septiembre de 2003, párrs. 28-32, 73.

104 Dos importantes casos sobre el significado de ECC y su fundamento en el derecho consuetudinario y la jurisprudencia de la Segunda Guerra Mundial puede encontrarse en TPIY, *Tadić* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párrs. 195-228; TPIY, *Brdanin* (Sala de Apelaciones), 3 de abril de 2007, párrs. 389-432; véase también TPIY, *Krnjelac* (Sala de Apelaciones), 17 de septiembre de 2003, párrs. 83-84; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana* (Sala de Apelaciones), 13 de diciembre de 2004, párr. 462; TPIY, *Stakić* (Sala de Apelaciones), 22 de marzo de 2006, párrs. 64 y 65.

105 TPIY, *Stakić* (Sala de Apelaciones), 22 de marzo de 2006, párr. 65.

ECC. Se caracteriza por la existencia de un sistema organizado de maltrato: hay un conocimiento del acusado de la naturaleza de ese sistema y participa de manera activa en su funcionamiento.¹⁰⁶ Para ser responsable conforme a esta forma de ECC, el autor debe tener conocimiento personal del sistema y la intención de colaborar para que se cumpla el propósito criminal.¹⁰⁷ La tercera categoría “ampliada” de responsabilidad en caso de ECC permite condenar a un participante en una ECC por ciertos delitos que cometan los otros participantes, incluso si esos delitos no eran parte del propósito común de la empresa. Un ejemplo es la existencia de un propósito o plan común para llevar a cabo una “limpieza étnica” en cierto lugar, es decir, para obligar a los miembros de un grupo étnico a abandonar un área concreta por la fuerza de las armas, con la consecuencia de que para hacerlo se dispara a una o más víctimas, que mueren. Mientras que puede que no se quisiera colaborar explícitamente con el asesinato como parte del fin común, sin embargo era previsible que la evacuación de civiles por la fuerza de las armas produciría la muerte de algunos de ellos.¹⁰⁸ Se genera responsabilidad si, en las circunstancias del caso: i) era previsible que se pudiera cometer el delito por uno o más miembros del grupo; y ii) el acusado decidió asumir el riesgo voluntariamente.¹⁰⁹

Según la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la participación de un individuo en una ECC no requiere la comisión de un crimen específico (por ejemplo, el asesinato, el exterminio, la tortura o la violación), sino que puede adoptar cualquier forma de ayuda o contribución a la ejecución de la finalidad común.¹¹⁰ La participación de la persona debe ser parte de un eslabón en la cadena de causación, de manera que su acción haya contribuido al desarrollo del plan criminal. Sin embargo, no se requiere que el ilícito no hubiera ocurrido excepto por la participación del sujeto.¹¹¹

Un ejemplo reciente de la aplicación del concepto de ECC a un alto cargo civil en una administración pública es el caso *Krajisnik*. Momcilo Krajisnik era un político destacado, portavoz del Parlamento, aliado cercano de Radovan Karadzic y miembro de la presidencia serbobosnia durante 1992. Participó en una empresa criminal conjunta con otros políticos, funcionarios del gobierno y comandantes militares y paramilitares serbios de todo nivel. La ECC tenía como fin la evacuación permanente, por la fuerza u otros medios, de los musulmanes bosnios, los croatas bosnios o cualquier otro habitante no serbio de grandes áreas de Bosnia y Herzegovina, y para ello se

106 TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párrs. 202-203; TPIY, *Krnjelac* (Sala de Apelaciones), 17 de septiembre de 2003, párr. 89; TPIY, *Vasiljevic* (Sala de Apelaciones), 25 de febrero de 2004, párr. 98; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana* (Sala de Apelaciones), 13 de diciembre de 2004, párr. 464.

107 TPIY, *Stakic* (Sala de Apelaciones), 22 de marzo de 2006, párr. 65.

108 TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 204, TPIY, *Vasiljevic* (Sala de Apelaciones), 25 de febrero de 2004, párrs. 95-101, TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana* (Sala de Apelaciones), 13 de diciembre de 2004, párr. 465.

109 TPIY, *Stakic* (Sala de Apelaciones), 22 de marzo de 2006, párr. 65.

110 TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 227; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana* (Sala de Apelaciones), 13 de diciembre de 2004, párr. 466.

111 TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párr. 199.

cometerían crímenes en masa. Además contribuyó a impulsar la ECC mediante actos como la formulación y la promoción de políticas; el apoyo y la instigación a grupos políticos y militares que cometían los crímenes y los facilitaban; la ausencia de investigaciones ante las denuncias de crímenes; y el encubrimiento de los crímenes cometidos por esos grupos. Lo hizo porque deseaba que los musulmanes y los croatas abandonaran en gran número los territorios serbobosnios. Si era necesario recurrir al sufrimiento, la muerte y la destrucción para conseguir esa dominación serbia y un Estado viable, Krajisnik lo aceptaba como un elevado precio que debían pagar las víctimas. Fue condenado por persecuciones contra la población que constituían crímenes de lesa humanidad y sentenciado a 27 años de prisión.¹¹²

Se ha criticado el principio de empresa criminal conjunta por estar próximo a formas de culpa colectiva. De ser así sería incongruente con la justificación y el desarrollo del concepto moderno de responsabilidad penal individual. Sin embargo, la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia, después de establecer los fundamentos legales firmes de la ECC, ha explicado la importancia que le otorga a ese concepto a raíz de que los crímenes contemplados en el derecho internacional son frecuentemente expresión de actos criminales colectivos, llevados a cabo por individuos que tienen un plan criminal común. Algunos individuos ejecutan físicamente el crimen y otros pueden participar o contribuir de una manera igual o incluso más relevante a su comisión. La culpabilidad moral del segundo grupo de individuos muchas veces no es inferior a la de los autores principales y el derecho desea reflejar esa circunstancia.¹¹³

Se ha dicho también que la “ECC es una forma de responsabilidad que tiende a ser demasiado general y, por lo tanto, tiene el potencial de convertirse en culpa por asociación”.¹¹⁴ La Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* ha rechazado esta crítica y ha destacado el elevado estándar de culpabilidad penal usado, que exige y requiere que cada elemento del delito se establezca más allá de toda duda razonable. Cuando se prueban todos estos elementos conforme a estos estándares, se habrá demostrado que el acusado ha hecho mucho más que estar asociado con los criminales.¹¹⁵

Es importante subrayar que el Estatuto de la CPI recoge el concepto de responsabilidad penal por participación en una empresa criminal común. Sin embargo, se hace una distinción entre los autores principales y los cómplices. Según el artículo 25(3) del Estatuto de la CPI, una persona será responsable como autor principal si comete un crimen “con otro o por conducto de otro”. Esto se ha interpretado como una forma de coautoría.¹¹⁶ Según esta forma de responsabilidad, un autor debe

112 TPIY, *Krajisnik* (Sala de Primera Instancia), 27 de septiembre de 2006, párrs. 1.078 y ss.

113 TPIY, *Tadic* (Sala de Apelaciones), 15 de julio de 1999, párrs. 188- 192 y 226.

114 TPIY, *Brdanin* (Sala de Apelaciones), 3 de abril de 2007, párr. 371.

115 TPIY, *Brdanin* (Sala de Apelaciones), 3 de abril de 2007, párrs. 426-432.

116 CPI, *Dyilo*, decisión sobre la confirmación de la acusación, 29 de enero de 2007, párr. 322 y ss.

proporcionar consciente e intencionalmente una contribución esencial a un plan común que contenga un componente criminal. La relevancia de esta contribución es la que permite que haya un control conjunto en el crimen.¹¹⁷

El artículo 25(3)(d) del Estatuto de la CPI dispone que una persona será responsable si contribuye intencionalmente a la comisión de un delito por un grupo de personas que actúan con una finalidad común, con el fin de facilitar el crimen o el propósito criminal, o a sabiendas de que el grupo pretende cometer el crimen. Esta norma representa una solución de compromiso entre las diversas formulaciones de “conspiración” consideradas por las partes firmantes del Estatuto.¹¹⁸ La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha caracterizado esa forma de contribución como una responsabilidad residual accesorio.¹¹⁹ Esta norma no parece requerir el criterio de contribución cualitativamente más exigente que se estipula en el artículo 25(3)(a).

4.2 Derecho penal nacional

Los sistemas legales nacionales pretenden castigar también la criminalidad de los grupos y proteger a la sociedad contra los actos penales colectivos. Esto se suele expresar casi siempre mediante leyes que castigan la empresa criminal conjunta o los delitos donde hay una finalidad criminal común, y la conspiración.

En las jurisdicciones donde se castiga la conspiración, el ilícito incluye el acuerdo con otros para cometer un delito acompañado del intento de cometerlo.¹²⁰ En Francia¹²¹ y Holanda,¹²² existe el poder específico de extender la responsabilidad por conspiración para que cubra la conspiración para cometer crímenes contemplados en el derecho internacional. En esas jurisdicciones que castigan la conspiración para cometer un crimen, el punto de vista de la mayoría es que no es suficiente un simple acuerdo para cometer un crimen. Debe existir también un acto claro de al menos uno de los conspiradores para llevar a cabo el acuerdo.¹²³ La posición de la minoría es que la conspiración no requiere un acto claro dirigido a llevar a cabo el acuerdo conspirativo.¹²⁴ Según algunos derechos nacionales, retirarse de una

117 CPI, *Dyilo*, decisión sobre la confirmación de la acusación, 29 de enero de 2007 párrs. 340-341.

118 Kai Ambos, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999), artículo 25, marginal n^o 20.

119 CPI, *Dyilo*, decisión sobre la confirmación de la acusación, 29 de enero de 2007, párr. 337.

120 Estados Unidos, Australia, Francia, Holanda, Bélgica, España, Japón y Sudáfrica. Véase párr. 6 de la *FAFO Survey Questions and Responses* preparada para cada uno de esos países. La *FAFO Survey Questions and Responses* constituía la base del Resumen Ejecutivo de la FAFO.

121 Artículos 212-213 del Código Penal francés.

122 Artículo 80 del Código Penal holandés.

123 Estados Unidos, Australia, Francia y Japón. El derecho belga requiere que la conspiración penal haya “originado directamente” el delito. Véase el párr. 6 del *FAFO Survey Questions and Responses* preparado para cada uno de esos países.

124 *FAFO Survey Questions and Responses*, Reino Unido, párr. 3; *FAFO Survey Questions and Responses*, España, párr. 6, *FAFO Survey Questions and Responses*; Sudáfrica, párr. 6.

conspiración donde hay una finalidad criminal común excluye la culpa, un elemento esencial del delito.¹²⁵

Algunas jurisdicciones como el Reino Unido, Canadá, Sudáfrica, Alemania, Bélgica y Japón castigan a los participantes que actúan con una finalidad común para cometer un crimen o a los participantes en una empresa criminal común. Algunas jurisdicciones consideran a los participantes como coautores y otras meramente como cómplices. En otras no se hace esa distinción. El Código Penal canadiense se refiere simplemente a un participante en una finalidad común como “parte” de un crimen. Un número importante de estos países que consideran a los participantes en una finalidad común como coautores lo hacen imputando o atribuyendo específicamente a los otros participantes la conducta del autor del ilícito realizada de conformidad con la finalidad común.¹²⁶ El derecho penal nacional de otros países define la asociación para cometer delitos, ya sea en general o con respecto a delitos concretos, como un delito específico.

Los delitos de conspiración y finalidad delictiva común contemplados en los derechos nacionales se corresponden en el derecho penal internacional con los tres conceptos de empresa criminal conjunta estudiados antes. En resumen, en el derecho internacional y nacional las empresas y sus empleados se arriesgan a ser considerados responsables penales en circunstancias en las que hay una finalidad delictiva común o se llega a un acuerdo con otros para cometer un delito. Además, estos principios pueden permitir que los actos de otros sujetos con los que se tiene relación se les atribuyan a todos los miembros del grupo, y por consiguiente aumente potencialmente la responsabilidad penal personal.

125 Véase, por ejemplo, artículo 171 del Código Penal español; artículo 17 del Código Penal ucraniano.

126 Véase párr. 6, *FAFO Survey Questions and Responses*; y véase Burchell, pp. 17-20.

5 Responsabilidad de los superiores jerárquicos

Si un empleado de una empresa se considera responsable por estar involucrado en un delito contemplado en el derecho internacional, ¿se puede considerar también responsables a los superiores jerárquicos de esa persona en la empresa? En el derecho penal internacional se contempla esa posibilidad cuando se verifica la existencia de los elementos que determinan el principio de responsabilidad de los superiores jerárquicos.

El principio por el cual los superiores jerárquicos en el ejército y las organizaciones civiles se pueden considerar responsables penalmente por los actos de sus subordinados está bien establecido en el derecho convencional y consuetudinario.¹²⁷ Se aplica indistintamente al contexto de los conflictos armados internos e internacionales.¹²⁸ Sin embargo, es importante observar que la responsabilidad de los superiores jerárquicos no es equivalente a la responsabilidad objetiva por los delitos de sus subordinados.¹²⁹ Además, no se acusa a los superiores de los delitos de sus subordinados, sino de omisión por no haber cumplido como superiores con su deber de impedir o castigar la conducta criminal de sus subordinados o de las personas bajo su control.¹³⁰

La responsabilidad de los superiores jerárquicos no se limita a los crímenes cometidos directamente por sus subordinados en persona, sino que incluye cualquier clase de responsabilidad penal individual en la que puedan incurrir éstos, entre la cual estaría la cooperación no necesaria.¹³¹ Así, hipotéticamente, si un director local de las fuerzas de seguridad privadas ha ayudado de alguna forma en los interrogatorios a prisioneros en una zona de guerra donde se ha usado tortura, por ejemplo organizando la vigilancia de las salas de interrogación, puede ser encontrado culpable como cooperador no necesario en la tortura. Se puede considerar también responsables a sus superiores jerárquicos si se comprueba la presencia de otros elementos del delito.

127 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 195.

128 TPIY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, "Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility" (Sala de Apelaciones), 16 de julio de 2003, párr. 13.

129 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párrs. 239, 313.

130 TPIY, *Krnjelac* (Sala de Apelaciones), 17 de septiembre de 2003, párr. 171.

131 TPIY, *Oric* (Sala de Primera Instancia), 30 de junio de 2006, párrs. 301-305.

La CDI ha enunciado el principio de responsabilidad de los superiores jerárquicos¹³² y los tribunales de Núremberg y Tokio,¹³³ los tribunales *ad hoc* y el TESL,¹³⁴ y las Salas Extraordinarias en Camboya lo han aplicado.¹³⁵ Lo más importante, se define en los artículos del Estatuto de la CPI.¹³⁶

Los elementos esenciales de la responsabilidad de los superiores jerárquicos son:¹³⁷

- (a) una relación de subordinación entre el superior —el acusado— y el autor del delito;
- (b) el acusado sabía o tenía razones para saber que el crimen se iba a cometer, o se estaba cometiendo; y
- (c) el acusado no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir el delito, o para detener el crimen o castigar al autor si no era posible lo primero.

Una relación de subordinación se caracteriza por la existencia de una jerarquía entre el superior y el subordinado,¹³⁸ que implica el ejercicio efectivo de poder o control. Puede existir en virtud de la posición de autoridad *de jure* o *de facto* que tenga una persona.¹³⁹ Se debe establecer la presencia del elemento esencial del control efectivo del superior sobre las personas que cometen el delito, que se define en función de la capacidad material para prevenir o castigar la comisión del delito.¹⁴⁰

En cuanto al elemento subjetivo, se tiene que establecer que el superior tenía bien un conocimiento real, bien presunto. El conocimiento efectivo se establece mediante pruebas directas o circunstanciales de que el superior conocía que los subordinados iban a cometer el crimen o lo habían cometido. El conocimiento presunto o atribuible significa que el superior tenía en su poder información que le ponía al menos sobre

132 CDI Yearbook 1996, p. 18: artículo 2 (3)(c) y p. 25: artículo 6, pp. 25 y 26, párrs. 4-6.

133 Aunque esto no se dispuso para los Estatutos de los Tribunales de Núremberg o Tokio, ni se abordó expresamente en la Ley del Consejo de Control nº 10, se aplicó no obstante en casos tras la Segunda Guerra Mundial: *United States v. Wilhelm List, Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 1230, *United States v. Wilhelm von Leeb, Trials of War Criminals*, vol. XI, pp. 462, 512.

134 Véase artículo 7(3), Estatuto del TPIY; artículo 6(3), Estatuto del TPIR; artículo 6(3), Estatuto del TESL. El TPIY ha reiterado este principio en varias sentencias referidas a esta sección.

135 Artículo 29, Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya para el Enjuiciamiento de Crímenes Cometidos durante el Periodo de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004.

136 Artículo 28, Estatuto de la CPI.

137 TPIY, *Delalic* (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 1998, párr. 346. Véase también TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párrs. 189-198, 225-226, 238-239, 256, 263.

138 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 303.

139 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 193; TPIR, *Niyitegeka* (Sala de Primera Instancia), 16 de mayo de 2003, párr. 472.

140 Véase TPIY, *Hadzihasanovic* (Sala de Primera Instancia), 15 de marzo de 2006, párr. 83. Véase también: TPIR, *Bagilishema* (Sala de Primera Instancia), 7 de junio de 2001, párrs. 39 and 44.

aviso de que existía el riesgo de que se cometieran ilícitos.¹⁴¹ Se puede suponer la existencia del conocimiento si un superior tenía los medios para obtener información relevante con respecto a un crimen y de manera deliberada prefirió no hacerlo, es decir, ignoró de manera consciente el ilícito,¹⁴² o si el superior fue tan negligente a la hora de obtener la información relevante que de esa omisión se puede inferir la existencia de una intención maliciosa.¹⁴³

Por último, se debe establecer que el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir o castigar los delitos de sus subordinados. Las medidas que se le exigen al superior se limitan a aquellas que están en la esfera de influencia de su poder, aunque estén más allá de sus poderes formales. Sin embargo, no se le pide al superior hacer lo imposible.¹⁴⁴

La responsabilidad del superior jerárquico y los civiles

Aunque el principio de responsabilidad del superior jerárquico se aplica tradicionalmente al personal militar, también es aplicable a los civiles. En este sentido, puede ser relevante para los directivos de la empresa y en especial para los de empresas que prestan servicios de seguridad privada en zonas de conflicto, o los de empresas mineras o extractivas que emplean a su propio personal de seguridad. Se puede requerir que las empresas en esas circunstancias ejerzan un control estricto sobre sus empleados para controlar la seguridad o, en el caso de las empresas de seguridad privadas debido a que operan conjuntamente con el personal de ejército y por lo tanto se tienen que organizar de una manera parecida con el fin de ejecutar una acción coordinada.

El Estatuto de la CPI regula la responsabilidad del superior jerárquico civil y la equipara a la del comandante militar o a la de aquel “que actúe efectivamente como jefe militar”.¹⁴⁵ Ello es congruente con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Los superiores civiles serán responsables únicamente cuando sean parte de una relación de subordinación, inclusive cuando esa relación no tiene sino un carácter indirecto y no involucra por lo tanto una estructura estricta de tipo militar.¹⁴⁶ Mostrar que el superior era únicamente una persona influyente no suele bastar para establecer esa clase de relación. Sin embargo, el concepto de control efectivo es diferente para los superiores civiles, ya que el poder sancionatorio de un superior

141 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párrs. 223, 241.

142 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 226.

143 TPIR, *Akayesu* (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párr. 479, 489. Véase también CDI Yearbook 1996, p. 26, párr. 5.

144 TPIY, *Delalic* (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 1998, párr. 395.

145 Artículo 28(a), Estatuto de la CPI. Este principio se reconoce también por el Código CDI. La referencia a los superiores en ese código cubre también a los comandantes militares u otras autoridades civiles que están en una posición parecida de mando y ejercen un grado parecido de control con respecto a sus subordinados. CDI Yearbook 1996, pp. 25 y 26 párr. 4.

146 TPIR, *Semanza* (Sala de Primera Instancia), 15 de mayo de 2003, párr. 401.

civil se debe interpretar de forma amplia. No se espera que los superiores civiles tengan un poder disciplinario sobre sus subordinados que sea equivalente al de los superiores jerárquicos militares en una posición análoga de mando. Para determinar si los superiores civiles tienen un control efectivo sobre sus subordinados basta con verificar que los superiores civiles, recurriendo a su posición en la jerarquía, tengan el deber de informar cuando se cometan crímenes y que a la luz de su posición exista una elevada probabilidad de que esos informes den lugar a una investigación o se inicien procesos disciplinarios o penales.¹⁴⁷

Para los civiles, los principios organizadores de la responsabilidad de los superiores jerárquicos se pueden ver en los procedimientos ante el Tribunal de Tokio y en los casos contra los industriales alemanes. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente declaró que el ministro de Exteriores, Koki Hirota era culpable de no haber cumplido con su deber de tomar las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento y prevenir violaciones de las leyes de la guerra en lo que se conoció como la masacre de Nanking, en China. En 1937 Hirota recibió informes sobre las atrocidades que se estaban cometiendo en Nanking por las fuerzas japonesas y le planteó el problema al ministro de Guerra, que le dijo que se detendrían las atrocidades, pero de hecho continuaron durante un mes. Fue considerado responsable porque no acudió al Consejo de Ministros y tampoco insistió en que se tomaran acciones inmediatas para terminar con las atrocidades. Se dio por satisfecho con las promesas que se le hicieron y que sabía que no se cumplirían, mientras se cometían a diario cientos de asesinatos y violaciones de mujeres y otras atrocidades. Su falta de acción fue una negligencia criminal.¹⁴⁸

Otro ejemplo pertinente es el caso *Flick. Weiss*, un empleado de la empresa Flick, fue condenado por crímenes de guerra y de lesa humanidad por haber aumentado la cuota de producción en una fábrica que producía vehículos de carga y obtener después la mano de obra forzada que necesitaba para cumplir con esos objetivos de producción. Su superior jerárquico en la empresa, Flick, fue condenado porque conocía y aprobaba esas medidas.¹⁴⁹ La Comisión para Crímenes de Guerra de Naciones Unidas explicó que parecía claro que las conclusiones del Tribunal de Núremberg con respecto a la culpa de Flick se basaban en la aplicación del principio de la responsabilidad de los superiores jerárquicos por los actos de sus subordinados, que tienen el deber de prevenir.¹⁵⁰

147 TPIY, *Brdanin* (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 281.

148 En un sentido parecido, el tribunal determinó que el primer ministro Hideki Tojo y el Ministro de Asuntos Exteriores eran responsables penalmente por sus omisiones a la hora de prevenir o castigar los actos criminales de las tropas japonesas: “The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East”, reimpresso en R. John Pritchard y Sonia Magbanua Zaide (eds.), *The Tokio War Crimes Trial*, vol. 20 (Garland Publishing: New York & London 1981), pp. 49, 816, 49, 791, 49, 831, citado en TPIY, *Delalic* (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 1998, párrs. 357-358.

149 Caso *Flick*, p. 1202.

150 TPIY, *Delalic* (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 1998, párr. 360.

En una decisión importante y relativamente reciente, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha declarado responsable como superior jerárquico al director de una fábrica, Alfred Musema, por las acciones de sus empleados involucrados en el genocidio. La Sala de Primera Instancia en ese caso le encontró responsable de las atrocidades cometidas por sus empleados, puesto que tenía autoridad legal sobre ellos cuando estaban en la fábrica de té Gisovu y mientras efectuaban tareas fuera de las instalaciones de la fábrica. Ejerció un control financiero y legal sobre esos empleados, en especial mediante su poder de nombrarlos y despedirlos de sus cargos en la fábrica. Estaba por lo tanto en posición de adoptar medidas razonables para intentar prevenir o castigar el uso de los vehículos de la fábrica, uniformes u otras propiedades usadas en la comisión de los crímenes.¹⁵¹ Se determinó su culpabilidad como autor individual y como superior jerárquico por los crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Es evidente que durante el último medio siglo se ha desarrollado lentamente en el derecho penal internacional la responsabilidad del superior jerárquico con el fin de expandir su aplicación a los civiles y, por tanto, hacerlo relevante para el personal de las empresas. Conforme a ello, el Panel considera que toda empresa que tiene actividades en países en conflicto, o en donde se cometen violaciones manifiestas de los derechos humanos o violaciones generales o sistemáticas, debería estar especialmente atenta y tomar las precauciones debidas, entre las cuales estarían aprobar las políticas y los procedimientos de supervisión de la gestión propios de una debida diligencia que garanticen la adopción por los superiores jerárquicos de las medidas necesarias y razonables para impedir o castigar los posibles actos delictivos cometidos por sus subordinados.

En la siguiente sección, el Panel analiza, con respecto a estas preguntas del Recuadro 3, varias situaciones de hecho en las cuales se acusa a las empresas de participar en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional.

Recuadro 3: Las preguntas fundamentales que se derivan del análisis del derecho penal efectuado por el Panel

A lo largo de las secciones precedentes, el Panel ha considerado tres formas de responsabilidad de los cómplices en el derecho penal que serían las más relevantes para las empresas y sus directivos: la cooperación no necesaria, la responsabilidad derivada de una finalidad criminal común y la responsabilidad del superior jerárquico. Aquí se intentan presentar sintéticamente las principales preguntas que se tendrán que responder en cada una de

151 TPIR, *Musema* (Sala de Primera Instancia), 27 de enero de 2000, párr. 880.

las formas de responsabilidad penal para determinar si una empresa o sus directivos se pueden considerar responsables penalmente por sus actos u omisiones.

Cooperación no necesaria

¿Qué es lo que hizo o dejó de hacer específicamente el empleado de la empresa en relación con el crimen, antes, después o durante su comisión?

¿Esas acciones tuvieron efectos en la comisión del crimen? Si es así, ¿el efecto fue importante?

¿Qué sabían los empleados de la empresa, considerando todas las circunstancias, acerca de la comisión del crimen cuando actuaron o dejaron de hacerlo a pesar de la obligación que tenían de actuar?

Responsabilidad por finalidad común

¿Actuó el empleado de la empresa junto con otras personas para conseguir una finalidad común (aunque no fuese de naturaleza criminal)?

Si así fue, ¿se cometieron delitos para facilitar ese propósito común?

Si así fue, ¿en qué grado el empleado de la empresa contribuyó conscientemente a la comisión del crimen o para promover el propósito común?

Responsabilidad del superior jerárquico

¿El directivo de la empresa tenía el control efectivo de las personas que cometieron los delitos, como los empleados o los contratistas?

Si lo tenía ¿por qué sabía o debería haber sabido el directivo de la empresa lo que hacían estas personas?

6 Situaciones de hecho

En esta sección, el Panel analiza, con referencia a las preguntas del recuadro 3, varias situaciones en las cuales se presentan acusaciones por haberse cometido violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. El Panel se ocupa de tres situaciones en concreto: el suministro de bienes y servicios a aquellos que cometieron delitos, las relaciones con suministradores que cometen crímenes y la comisión de crímenes por servicios de seguridad contratados por las empresas.

La exposición potencial de los directivos de la empresa a acusaciones de responsabilidad penal en esas situaciones dependerá siempre de las circunstancias de hecho concretas. La clase de responsabilidad a la cual se pueden ver expuestos también dependerá de esas circunstancias. No importa cuál sea el fundamento de la responsabilidad alegada —cooperación no necesaria, responsabilidad por finalidad común o responsabilidad del superior jerárquico—, se deben hacer dos preguntas fundamentales. En primer lugar, ¿qué es lo que el directivo hizo o no hizo desde el punto de vista de su comportamiento o del de un sujeto sobre el cual tenía control efectivo? Y, en segundo lugar, ¿cuál era su estado mental en ese momento?

6.1 Proporcionar bienes y servicios

Se critica muchas veces a las empresas por haber proporcionado los medios (bienes y servicios) para cometer esos crímenes al suministrarles bienes y servicios a los sujetos que comenten violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. En esta sección, el Panel explora cuando una compañía en tal situación se encontraría en una zona de riesgo legal enfrentando acusaciones de responsabilidad criminal.

El Panel cree que cuánto más indirecta sea la ayuda que presta la empresa a la comisión del crimen, más difícil será establecer que los directivos de la empresa sabían que estaban ayudando. Un directivo no será normalmente penalmente responsable si le vendió a un gobierno bienes legítimos y genéricos que luego se usan para ayudar a cometer un acto criminal. Sin embargo, es más probable que los directivos sean considerados penalmente responsables si la empresa ayuda de manera más directa al acto criminal o está involucrada de una manera más próxima con ese acto. Por ejemplo, es probable que haya responsabilidad si la empresa produce específicamente sus productos para auxiliar a los autores del crimen.

Los directivos de empresas que comercian con bienes inherentemente peligrosos, como armas o químicos que se pueden usar para crear armas, tienen que afrontar mayores riesgos. Necesitan estar atentas especialmente al uso que se hace de sus bienes, ya que son conscientes en todo momento de las consecuencias que tiene su uso ilegítimo.

Las empresas que prestan servicios deben ser conscientes de que si la prestación de sus servicios incluye la utilización de sus propios empleados, puede ser más fácil establecer que había conocimiento sobre cómo esos servicios ayudaban a la comisión de los crímenes. La razón es que probablemente sus empleados tendrán que informar a sus supervisores jerárquicos sobre las actividades en las que participan.

Si en un determinado momento una empresa se encuentra involuntariamente en una situación donde sus bienes o servicios contribuyen sustancialmente a un acto criminal, es más probable que se la exculpe de tener responsabilidad penal si se retira de la relación contractual tan pronto como los representantes de la empresa lo sepan. Si una empresa deja de cumplir un contrato mucho tiempo después de conocer esos hechos (y tal vez sólo en respuesta a la presión pública), entonces es más probable que sus directivos se coloquen en una zona de riesgo legal con respecto a su responsabilidad criminal. Un certificado de uso u otros acuerdos contractuales que busquen limitar los fines para los cuales se pueden usar los bienes o servicios no bastará para proteger a los directivos de las empresas de incurrir en responsabilidad penal. Es probable que un tribunal penal indague más allá de esos documentos o de otros mecanismos parecidos, y para evaluar este tipo de pruebas el tribunal intentará saber qué es lo que en realidad sabían los empleados de la empresa, y usarán pruebas directas y circunstanciales sobre cuál era el uso probable del producto o servicio que se suministraba.

Bienes

En varias situaciones, se ha determinado que constituye ayuda criminal el suministro de bienes que han ayudado a alguien a cometer un delito.¹⁵² Un ejemplo notable de ello fue el juicio del Dr. Bruno Tesch en el caso *Zyklon B*.¹⁵³ La empresa de Tesch proporcionó gas venenoso a los nazis y enseñó a las SS cómo usarlo. Este gas se vendía en apariencia para matar pulgas, pero en realidad se usaba por las SS para cometer asesinatos en masa en los campos de concentración. Los acusados afirmaban que no sabían cómo se usaba el gas. El Tribunal declaró que era imposible que no lo supieran, y Tesch y su representante fueron condenados por crímenes de guerra.¹⁵⁴

Un ejemplo más reciente, que se analizó previamente en detalle, trata del caso del empresario holandés, el Sr. Van Anraat. Fue condenado como cómplice de crímenes de guerra por suministrar químicos utilizados en la producción de gas mostaza (TDG) por el gobierno de Saddam Hussein. Ese régimen usó a continuación el gas para atacar a los civiles kurdos. Un problema fundamental en este caso era determinar cuál era el conocimiento que tenía el acusado y se concluyó que Anraat debía haber sabido como mínimo que el gas mostaza se utilizaría no sólo en la guerra entre

152 TPIY, *Tadic* (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párr. 684.

153 Caso *Zyklon B*, pp. 93-102.

154 *Ibid.*

Irán e Irak, sino también contra los civiles kurdos.¹⁵⁵ La Corte consideró también el efecto que tuvo la asistencia provista por Anraat en la comisión de los crímenes. Determinó que, desde 1985, el régimen iraquí recurrió totalmente a Anraat para obtener suministros esenciales y en gran cantidad del químico TDG que se usaba para producir gas mostaza.¹⁵⁶

Información

El suministro de información dará lugar también a acusaciones penales, como ocurrió en algunos casos de la Segunda Guerra Mundial, donde los acusados fueron condenados por denunciar a miembros de la resistencia francesa ante las autoridades alemanas, y por proporcionar a las autoridades de policía listas de jóvenes franceses que se negaban a enrolarse en el ejército.¹⁵⁷

Servicios

También puede ocasionar responsabilidad penal proporcionar personal que participe en la comisión de delitos. En un caso, un comandante militar fue encontrado culpable como cooperador no necesario en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad por haber cometido asesinatos en masa y desplazamientos forzados en Srebrenica durante el verano de 1995. Ese comandante permitió que sus subordinados, entre otras cosas, trasladasen a la fuerza a mujeres, niños y personas ancianas, y vigilaran prisioneros que eran maltratados y luego asesinados. No importaba que sus tropas fueran un grupo relativamente pequeño con respecto al número total de tropas utilizadas en los asesinatos en masa y la ejecución de los traslados. Ni tampoco importó que sus tropas no fueran participantes directas en el maltrato o los asesinatos. Esos actos fueron considerados no obstante una contribución sustancial a los crímenes.¹⁵⁸

Este ejemplo podría ser especialmente pertinente para los directivos de empresas de seguridad privada cuyos empleados prestan servicios de protección personal a otras empresas o trabajan como personal de instituciones carcelarias en donde, por ejemplo, trabajan como guardias o traductores durante los interrogatorios. Si durante la prestación de servicios de seguridad o durante las detenciones ocurren delitos, entonces esos directivos podrían correr un grave riesgo de ser acusados penalmente. En el mismo sentido, las empresas que administran centros de detención privados para un gobierno se arriesgan a que se les considere responsables como cómplices si la detención es ilegal o si en esos centros se practica la tortura o administran tratos inhumanos, aun cuando esa conducta se lleve a cabo por órdenes de su cliente, en este caso el gobierno, o por sus agentes.

155 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, The Hague Court of Appeal, 9 de mayo de 2007 párr. 12.1.1.

156 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, The Hague Court of Appeal, 9 de mayo de 2007 párr. 12.5.

157 *Gustav. Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, como se cita en TPIY, *Tadic* (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párr. 687.

158 TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Sala de Apelaciones), 9 de mayo de 2007, párrs. 130-135.

En estas situaciones, pueden ser relevantes las tres formas principales de responsabilidad penal ya estudiadas. Sin embargo, el principio de la responsabilidad del superior jerárquico puede ser particularmente relevante para los contratistas privados. Esto se debe a que pueden actuar conjuntamente con el personal del ejército y, por consiguiente, se tienen que organizar de una forma similar para coordinar sus acciones. Se puede atribuir responsabilidad a los directivos de mayor jerarquía en estas empresas contratistas privadas si se puede mostrar que tenían el control efectivo de sus empleados sobre el terreno, o que sabían o deberían haber sabido que sus empleados cometían delitos y a pesar de ello no adoptaron las medidas necesarias para impedir los crímenes o castigar a sus empleados.

Los prestadores de servicios financieros o bancarios también correrán el mismo riesgo de que se les atribuya responsabilidad penal como cooperadores no necesarios en la comisión de los crímenes. En general, el Panel considera que la responsabilidad penal de un financiero dependerá de lo que sepa acerca de cómo se utilizarán sus servicios y préstamos, y del grado en el cual estos servicios incidieran en la práctica en la comisión de un delito. Es menos probable que surja responsabilidad para un financiero o un banquero que apoya proyectos u organizaciones generales que para aquellos que facilitan conscientemente actividades criminales específicas mediante la financiación o la administración de los beneficios obtenidos de los crímenes.

6.2 Relaciones con las cadenas de suministro

El Fiscal General de la CPI ha denunciado públicamente a las empresas que usan suministradores que cometen crímenes contemplados por el derecho internacional. Por ejemplo, advirtió específicamente a los empresarios acerca del riesgo de incurrir en responsabilidad legal penal en la esfera internacional si recibían diamantes de personas o grupos que los habían obtenido cometiendo genocidios y esas empresas lo sabían.¹⁵⁹ A causa del comercio de diamantes, las empresas han tenido que hacer frente a críticas por utilizar suministradores que cometen crímenes como el uso de trabajo esclavo, tortura o delitos contra la humanidad.

Si los empleados de la empresa contratan y utilizan recursos como mano de obra o bienes para sus actividades empresariales, sabiendo que ello implica participar en la comisión de delitos, entonces se puede considerar que son cooperadores no necesarios. Por ejemplo, los empleados de la sociedad Farben en Alemania utilizaron prisioneros de guerra, mano de obra esclava extranjera y de los campos de concentración para sus empresas. Farben tenía inclusive una fábrica en Auschwitz que producía caucho y gasolina. Farben adquirió también un interés mayoritario en dos minas cuyo carbón se usaría para fabricar combustible en la fábrica de Auschwitz. La localización de la fábrica se eligió por los directivos de Farben en parte debido a

159 “Firms Face ‘Blood Diamond’ Probe”, 23 de septiembre de 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/3133108.stm>.

la disponibilidad de mano de obra de los campos de concentración para el trabajo de construcción. Las minas se adquirieron a pesar de que los empleados de Farben sabían que no estaría disponible suficiente mano de obra voluntaria y por lo tanto se tendría que utilizar mano de obra forzada. Los directivos de Farben obtuvieron mano de obra forzada extranjera de los campos de concentración y la usaron para sus actividades empresariales, a sabiendas del trato inhumano que recibían esos prisioneros a manos de las SS y de que su trabajo en la fábrica agravaba su miseria. A consecuencia de ello, los directivos de Farben que participaron en la construcción y la producción de la fábrica, y en la asignación de prisioneros de guerra como mano de obra fueron condenados por crímenes de guerra y de lesa humanidad.¹⁶⁰

Los directivos de Krupp, otra industria cuya actividad era la producción de hierro y carbón que transformaba en barcos y tanques para contribuir al esfuerzo de guerra nazi, usó también mano de obra esclava y fueron condenados por eso.¹⁶¹ En el mismo sentido, empleados de la empresa Flick fueron condenados por crímenes de guerra y de lesa humanidad por utilizar prisioneros de guerra como mano de obra porque la necesitaban para cumplir con sus cuotas de producción en una fábrica que producía vehículos de carga.¹⁶²

El mero uso de bienes de un suministrador que comete crímenes no basta para que el representante de una empresa o la propia empresa se puedan considerar cómplices. Sin embargo, cuando las empresas son los principales clientes de un suministrador que comete delitos en el curso de sus actividades empresariales, existe el riesgo de que comprar los bienes baste para satisfacer uno de los elementos de la responsabilidad del cómplice, como es que las prácticas de compra de esas empresas contribuyen sustancialmente a la comisión de delitos, ya que con esa compra incitarían a su comisión. Por ejemplo, no sería necesario que estuvieran directamente conectadas las órdenes de la empresa al suministrador con un caso de esclavitud en términos de causa y efecto. Sería suficiente mostrar que las acciones de la empresa incitaban al suministrador a usar mano de obra esclava.

Exigir precios bajos por parte de los suministradores (en especial cuando el suministrador está en una posición de negociación débil y por lo tanto es más probable que se vea obligado a aceptar el precio), cuando la empresa contratante sabe que las condiciones económicas del contrato harán que el suministrador tenga que recurrir a prácticas de empleo criminales —como la esclavitud— para satisfacer la demanda, puede bastar también para mostrar una instigación consciente del comportamiento criminal. También se debería demostrar que la empresa sabía que instigaba esa actividad criminal mediante la compra de bienes. Se prueba el conocimiento de la actividad criminal si hay informes gubernamentales o de organizaciones independientes de supervisión, junto con otros materiales o información

160 Caso *Farben*, p. 1187.

161 Caso *Krupp*, p. 1399: véase también el caso *Roechling*, pp. 1.085-1.089.

162 Caso *Flick*, p. 1202.

disponibles, que indican que el suministrador recurrió a prácticas criminales en su actividad empresarial.

Las empresas pueden evitar algunos riesgos con respecto al funcionamiento de sus cadenas de suministro. Por ejemplo, las empresas deberían evitar usar ciertos suministradores cuando haya un riesgo considerable de que éstos utilicen prácticas laborales criminales. Cuando una empresa tiene influencia en sus suministradores entonces puede imponer estándares elevados de comportamiento y hacer explícita su oposición a las prácticas criminales. La vigilancia de la conducta de los suministradores es también una forma útil de evitar la responsabilidad penal, puesto que la empresa conseguiría exculparse si después de conocer las prácticas criminales interrumpe el suministro. Para evitar el riesgo de responsabilidad, cuando los representantes de una empresa sospechan o son conscientes de que se están perpetrando crímenes por sus suministradores, de manera tal que esos crímenes aumentan la capacidad del suministrador de proporcionar a la empresa los bienes relevantes, la empresa contratante debería actuar de manera inmediata y cancelar los pedidos, manifestar desaprobación de los delitos y condicionar cualquier pedido posterior a la cesación de la actividad criminal.

Recuadro 4: Apoderarse de la propiedad de otros: saqueo y robo

Podría ser que los empleados de la empresa tuvieran que hacer frente a acusaciones penales si sus empresas cooperan con gobiernos y otros grupos que expulsan ilegalmente a personas de sus tierras para poder llevar a cabo en ellas proyectos empresariales.

Si un gobierno u otro grupo, en cooperación con una empresa, se apodera de terrenos o de la propiedad privada de simpatizantes de los adversarios en un conflicto armado (por ejemplo, son partidarios de un grupo étnico minoritario independentista involucrado en un conflicto armado interno) y la empresa se apodera voluntariamente de esa propiedad para su uso privativo (no relacionado con el conflicto), pueden existir fundamentos para imputar responsabilidad penal a esa empresa. En Núremberg, el industrial Alfred Krupp fue condenado por saqueo al haberse apoderado de numerosas fábricas, máquinas y otras propiedades privadas en territorios ocupados por los nazis. Lo que es más importante, las transferencias de propiedad a Krupp parecían legales porque estaban firmadas por los propietarios y certificadas como “voluntarias” y “legales”. No obstante, como en realidad la propiedad se había transferido “involuntariamente” y en el contexto de la ocupación, se consideró que Krupp había cometido crímenes de guerra. Esto se determinó a pesar del hecho de que actuaba guiado por intereses

puramente empresariales, había aprovechado las oportunidades para hacer negocios creadas por la ocupación nazi y no se involucraba en la política de la guerra.¹⁶³

Fuera del contexto del conflicto armado, al saqueo se le llama “robo” y todas las jurisdicciones penales nacionales lo prohíben. Las leyes que prohíben el robo o la recepción de propiedad robada pueden ser también relevantes en ciertos casos de transferencia de propiedad privada para su uso empresarial por sociedades mercantiles.

6.3 Contratación de servicios de seguridad

Hay riesgos de que surja responsabilidad penal en diversas situaciones en las que las empresas contratan servicios de seguridad. Por ejemplo, puede ser que una empresa le pida a otra de servicios de seguridad que lleve a cabo actuaciones legítimas para proteger los recursos o las personas de la empresa, y que estos prestadores externos de servicios de seguridad cometan a continuación delitos en el cumplimiento de esas obligaciones. La empresa o sus empleados puede también incurrir en responsabilidad penal si ayudan a aquellos que prestan servicios de seguridad y cometen los crímenes, por ejemplo proporcionándoles personal, apoyo logístico, información, materiales o armas.

Si una empresa de seguridad privada que otra empresa ha contratado comete crímenes contemplados en el derecho internacional mientras le presta servicios de seguridad a esa empresa, o con materiales proporcionados por ésta, y si la empresa tiene conocimiento de los crímenes, puede haber suficientes fundamentos que permitan establecer la responsabilidad de esa empresa como cooperadora no necesaria si están presentes los elementos del conocimiento y la contribución sustantiva presentados antes en la sección 3.

Se puede incurrir también en responsabilidad por finalidad común. Puede no ser difícil establecer que la empresa y el proveedor de seguridad actuaban con la finalidad común de proteger al personal y los bienes de la empresa. Además puede que sea evidente que se están cometiendo crímenes en apoyo de esa finalidad. La cuestión primordial será una vez más la relativa a la intención y el conocimiento: ¿hasta qué punto la empresa contribuyó conscientemente a la comisión de los crímenes o a llevar a cabo ese propósito?

Hay que mencionar especialmente en este contexto la responsabilidad del superior jerárquico. Si, por ejemplo, el jefe de seguridad de una empresa está en efecto

163 Caso *Krupp*, p. 1327.

dirigiendo las acciones de los servicios de seguridad contratados, entonces habría un mayor riesgo de que se la considere penalmente responsable. La primera pregunta a este respecto sobre esta forma de responsabilidad será: ¿el directivo de la empresa tenía efectivamente el mando y el control de las fuerzas de seguridad contratadas que cometieron los delitos? A este respecto, no es suficiente mostrar que la empresa pagaba las fuerzas de seguridad o a su director: el directivo de la empresa contratante tiene que haber tenido la capacidad de dirigir de hecho las actividades de las fuerzas de seguridad contratadas y dictar órdenes vinculantes que fueran obedecidas. A continuación habrá que preguntarse: ¿el directivo de la empresa contratante sabía o debía haber sabido que el personal de seguridad estaban a punto de cometer crímenes o los habían ya cometido? Un tribunal indagará a continuación qué es lo que hizo el directivo de la empresa para prevenir o castigar los crímenes. Con el fin de eludir su responsabilidad, los directivos de una empresa deben mostrar que emprendieron todas las acciones que estaban en su poder para evitar o castigar los delitos. Después de que se haya cometido un delito, se les aconseja a los directivos de la empresa que terminen inmediatamente las actividades operativas del personal de seguridad, inicien una investigación interna, informen del incidente a las autoridades de policía y cooperen con ellas en sus investigaciones.

7 Defensas

En las jurisdicciones nacionales e internacionales una persona sólo se puede considerar responsable de violaciones manifiestas de los derechos humanos si la acusación demuestra más allá de toda duda razonable la presencia de todos los elementos del ilícito penal. Por consiguiente, la principal forma en la cual los acusados intentan evitar ser declarados responsables es rebatiendo las pruebas de la acusación con el fin de conseguir argumentar exitosamente que no se han probado más allá de toda duda razonable uno o más de los elementos del ilícito. Estos argumentos no son, desde el punto de vista legal, defensas. Por ejemplo, aunque se afirma a menudo con respecto a las coartadas que son defensas frente a una acusación penal de cometer físicamente un delito, no son en sentido estricto defensas. Un acusado que presenta una coartada se limita a negar que pudiera haber cometido físicamente el crimen del cual se le acusa, de manera que el elemento del *actus reus* del crimen no se ha establecido.¹⁶⁴

Sin embargo, hay varias defensas en el derecho penal internacional que pueden servir para evitar la responsabilidad penal aun cuando la acusación prueba la existencia de los elementos del ilícito. Históricamente, ni el Tribunal de Núremberg ni los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial reconocieron explícitamente defensas en sus estatutos o documentos fundadores. Sin embargo, se plantearon defensas durante los procedimientos ante esos tribunales y la Comisión de Crímenes de Guerra de la Organización de Naciones Unidas extrajo ciertas conclusiones con respecto a su aplicación.¹⁶⁵ Estas conclusiones se contienen en el comentario al Código de la CDI y se estudian en esta sección, junto con los cambios internacionales posteriores introducidos por la jurisprudencia y los producidos por el Estatuto de la CPI.

7.1 Defensas válidas

Legítima defensa

La primera defensa y la más obvia es la legítima defensa. Es aplicable en el derecho penal internacional y también en el nacional. La legítima defensa puede absolver a la persona de responsabilidad penal por haber hecho uso de la fuerza contra otra persona y haberla matado o lesionado, si se requirió ese uso de la fuerza para evitar una amenaza inmediata contra la vida o la integridad física proveniente de otro.¹⁶⁶ El

164 Al plantear esa cuestión, el acusado no hace más que requerir a la acusación que elimine la posibilidad razonable de que la coartada sea cierta; TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 581. Normalmente, cuando se alega una coartada, la defensa debe informar de ello a la acusación y entregarle las pruebas que permitan corroborarla. Véase regla 67 de los dos Reglamentos de Procedimiento y Prueba del TPIY y del TPIR; TPIR, *Kayishema and Ruzindana* (Sala de Primera Instancia), 21 de mayo de 1999, párr. 234.

165 CDI Yearbook 1996, pp. 39-40, párrs. 4-6.

166 CDI Yearbook 1996, p. 40, párrs. 7-8.

Estatuto de la CPI incluye esta defensa y la denomina defensa propia. Dispone que con el fin de invocar exitosamente esta defensa la persona debe actuar razonable y proporcionalmente para defenderse él mismo u otra persona contra un uso ilegal e inminente de la fuerza. Se puede invocar ese argumento para proteger la propiedad en el caso de crímenes de guerra, pero siempre y cuando esa propiedad sea esencial para la supervivencia humana o para conseguir cumplir con una misión militar.¹⁶⁷

Conforme a ello, esta defensa no cubrirá circunstancias en las cuales los actos criminales se efectuaron por los empleados de las empresas con el fin de proteger la propiedad de la empresa por razones comerciales. Por ejemplo, si los directivos de la empresa protegen una fábrica privada vacía mediante el uso de tropas del gobierno durante un conflicto y para proteger el edificio las tropas asesinan o hieren gravemente a los civiles, entonces los directivos de la empresa tal vez no puedan invocar la legítima defensa frente a acusaciones de ser cooperadores no necesarios en crímenes reconocidos por el derecho internacional.

Enajenación mental

Si una persona sufre de una enfermedad o trastorno mental que le priva de su capacidad de apreciar la ilegalidad o la naturaleza de su conducta, o inhibe su capacidad de controlarla, entonces no será responsable criminalmente por esa conducta.¹⁶⁸

Si el acusado plantea la cuestión de la falta de capacidad mental, al alegar enajenación mental contradice la presunción legal de la existencia de capacidad legal. Es una defensa en sentido estricto, ya que el acusado tiene la carga de la prueba a la hora de establecer que en el momento del ilícito era más probable que actuase bajos los efectos de la falta de razón, a causa de una enfermedad mental que no le permitía conocer la naturaleza o la ilicitud de sus actos o, de saberlas, no sabía que ese acto estuviese mal. Esa alegación, si es exitosa, constituye una defensa absoluta frente a la acusación y lleva a la absolución del acusado.¹⁶⁹

Coacción y estado de necesidad

La coacción se reconoció como una defensa posible o como una circunstancia atenuante en algunos de los juicios por crímenes de guerra celebrados después de la Segunda Guerra Mundial. La Comisión para Crímenes de Guerra de la Organización de Naciones Unidas concluyó que la coacción requiere tres elementos esenciales: que la persona se viera obligada a una determinada acción para evitar un peligro inmediato grave e irreparable; que no haya otro medio adecuado de eludir la situación, y que el remedio no sea desproporcionado con respecto a la amenaza.¹⁷⁰ En

167 Artículo 31(1)(c), Estatuto de la CPI. Albin Eser, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute (1999)* artículo 31, marginal n° 28-34.

168 Artículo 31(1)(a), Estatuto de la CPI.

169 TPIY, *Delalic* (Sala de Apelaciones), 20 de febrero de 2001, párr. 582.

170 CDI Yearbook 1996, p. 40, párr. 10.

uno de los casos se dijo: “No hay ley que exija que un hombre inocente renuncie a su vida o sufra un daño grave con el fin de evitar un delito que él mismo condena. La amenaza, sin embargo, debe ser inminente, real e inevitable. Ningún tribunal castigará a un hombre que, frente a la amenaza de una pistola cargada contra su cabeza, se ve obligado a activar la palanca de un mecanismo letal”.¹⁷¹

En contraste, la Sala de Apelaciones del TPIY ha determinado que la coacción no constituye una defensa absoluta para un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad o de guerra contemplados en el derecho internacional, pero que se puede tener en cuenta para mitigar la pena.¹⁷²

Esta defensa se argumenta normalmente en circunstancias relacionadas con actividades militares cuando un superior le ordena a un subordinado participar en un crimen. Aunque las órdenes de un superior o de un gobierno no son una defensa para los crímenes reconocidos por el derecho internacional, esas órdenes se han valorado en el contexto de la coacción.

La Comisión para Crímenes de Guerra de la Organización de Naciones Unidas y la CDI han distinguido entre la defensa de coacción, por un lado, y la necesidad militar, por el otro. Observan que la necesidad militar fue una defensa posible o una circunstancia atenuante en circunstancias muy limitadas durante algunos de los juicios por crímenes de guerra después de la Segunda Guerra Mundial, pero que en general se rechazó como defensa en más ocasiones que en las que se aceptó.¹⁷³

Dos casos importantes a este respecto son Flick y Farben, ya estudiados.

En el caso *Flick* la mayoría de los directivos de la empresa fueron absueltos de crímenes de guerra y de lesa humanidad relacionados con la utilización de trabajo forzado. En relación a los acusados que fueron absueltos, el Tribunal razonó como sigue:

*Los acusados involucrados no utilizaron mano de obra extranjera o prisioneros de guerra por codicia. Además, parece ser que eran conscientes del hecho de que era tanto fútil como peligroso oponerse a que se les asignara esa mano de obra. Se sabía que cualquier acto que se pudiera interpretar como un intento por obstaculizar o retrasar los programas de la economía de guerra del Reich sería interpretado como sabotaje y objeto de castigos sumarios y severos, llevando a veces a imponerse sentencias de muerte.*¹⁷⁴

171 *United States v. Otto Ohlendorf*, Trials of War Criminals, vol. IV, p. 480.

172 TPIY, *Erdemovic*, aclaración de voto conjunta del juez McDonald y del juez Vohrah (Sala de Apelaciones), 7 de octubre de 1997, párrs. 73-75, 88.

173 CDI Yearbook 1996, p. 41, párr. 11.

174 Caso *Flick*, p. 1.197.

Las dos condenas que se dictaron en este caso tuvieron como fundamento la participación activa de Weiss, con el conocimiento y la aprobación de su superior Flick, ya que se le había solicitado aumentar la cuota de producción de vehículos de carga en la fábrica Linke-Hofmann Werke y se asignaron prisioneros rusos de guerra para trabajar en la fabricación de los vehículos requeridos por el aumento de las cuotas.¹⁷⁵ El Tribunal declaró que esas acciones no las ordenó el gobierno, sino la dirección de la fábrica. No se tomaron como producto de la compulsión o el temor, sino para conseguir la capacidad máxima de producción, como así se reconoció. Por consiguiente, habían sido actos voluntarios y no forzados.¹⁷⁶

En el caso Farben, la defensa del estado de necesidad se consideró por el Tribunal después de haber revisado otros casos relevantes desde la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal determinó que:

Una orden de un oficial superior o en cumplimiento de una ley o un decreto del gobierno no se considerará una defensa de estado de necesidad a menos que esa orden, en su funcionamiento práctico, sea de tal naturaleza que le prive al destinatario de la posibilidad de efectuar una elección moral. De esto se deriva que no se puede alegar la defensa de estado de necesidad cuando la parte que pretende invocarla fue responsable ella misma de la existencia o ejecución de esa orden o decreto, o cuando su participación fue más allá de lo requerido por la situación, o fue producto de su propia iniciativa.¹⁷⁷

Como se analizó antes, en el caso Farben el estado de necesidad se rechazó en parte porque algunos de los acusados le habían solicitado al gobierno que les proporcionara mano de obra esclava y localizara su fábrica cerca del campo de concentración de Auschwitz con el fin de beneficiarse de la fuente de trabajo cercana.¹⁷⁸ El Tribunal declaró que los acusados:

No actuaron movidos por una falta de alternativas morales, sino que al contrario, aprovecharon la oportunidad para beneficiarse todo lo que pudieron del programa de mano de obra esclava. De hecho, se podría decir que fueron responsables, en gran medida, por haber ampliado el alcance de ese sistema censurable.¹⁷⁹

El Estatuto de la CPI más reciente fusiona los conceptos tradicionalmente separados de necesidad militar y coacción, aunque todas las propuestas previas a la conferencia distinguían entre ambas.¹⁸⁰ El Estatuto excusa ahora la conducta

175 Caso Flick, p. 1.198.

176 Caso Flick, p. 1.202.

177 Caso Farben, p. 1.179.

178 Caso Farben, p. 1.187.

179 Caso Farben, p. 1.179.

180 Albin Eser, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999) artículo 31, marginal n.º. 35. Véase, en general, n.º 36-40.

criminal si el autor se ve obligado a cometerla por coacción, o como producto de una amenaza, muerte inminente o lesión grave a la persona que recibe la amenaza u a otra persona. Sin embargo, la persona que recibe la amenaza debe actuar de forma necesaria y razonable para evitar que se plasme y cause con ello un mayor daño del que se intenta evitar.¹⁸¹

Según estos estándares, un empleado de una empresa puede alegar exitosamente coacción y evitar ser declarado culpable si, por ejemplo, un grupo rebelde le obliga a punta de pistola a proporcionar combustible, camiones y otros materiales que les son útiles a los planes criminales del grupo. Pero si el empleado va más allá de lo que se necesita, por ejemplo, y ofrece más que eso u otras clases de recursos o ayuda, entonces la persona no podrá utilizar con éxito esta defensa.

7.2 Justificaciones que no constituyen defensas

Hay varios argumentos que no servirán para absolver a un acusado de crímenes contemplados por el derecho internacional. En primer lugar, y en general, cometer crímenes siguiendo órdenes del gobierno o leyes nacionales, o por órdenes de los superiores jerárquicos, no es una defensa, pero se puede considerar una circunstancia atenuante de la pena.¹⁸² El Estatuto de la CPI añade que esta justificación no se puede presentar con posibilidades de éxito a menos que la persona que cometió el ilícito tuviera la obligación legal de obedecer la orden, no supiera que la orden era ilegal y la orden no fuera manifiestamente ilegal. A los efectos de esta norma, las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad o de genocidio se consideran manifiestamente ilegales.¹⁸³ En la práctica, será muy difícil argumentar para cualquier persona, incluido un directivo de una empresa, que no era manifiestamente ilegal una directriz de un gobierno o una ley que ordena o permite cometer asesinatos, violaciones, torturas, transferencias forzadas de civiles u otros crímenes similares.

En segundo lugar, que un enemigo en un conflicto cometa crímenes similares no es una defensa frente a la acusación de haberlos cometido. Ese es el llamado argumento *tu quoque* (en latín, literalmente, “tú también”). En esencia, ese argumento consiste en alegar que las violaciones del derecho internacional humanitario por una de las partes del conflicto justifican violaciones similares por la otra parte. En el derecho humanitario contemporáneo es un argumento inaplicable, ya que la mayor

¹⁸¹ Artículo 31(1)(d), Estatuto de la CPI.

¹⁸² Artículo 5, Código CDI; artículo 7(4), Estatuto del TPIY; artículo 6(4), Estatuto del TPIR y véase caso *Farben*, p. 1.179. Además, la posición oficial de cualquier persona acusada, sea como jefe del Estado o del gobierno o como funcionario responsable del gobierno, no absuelve a esa persona de responsabilidad penal ni mitiga su castigo. Ello queda excluido expresamente como defensa por los instrumentos internacionales relevantes. Artículo 7(2), Estatuto del TPIY; artículo 6(2), Estatuto del TPIR; artículo 27, Estatuto de la CPI; artículo 7, Código de la CDI. Véase también: artículo 2(3), CAT, artículo 6(2), CIPPDF.

¹⁸³ Artículo 33, Estatuto de la CPI.

parte de ese derecho se basa en obligaciones absolutas que son incondicionales y no se basan en la reciprocidad.¹⁸⁴

Por analogía, parecería que no tendrían éxito los argumentos que justificaran la conducta de una empresa a partir del comportamiento parecido de otra empresa, presente o futuro. En ese mismo sentido, también deberían malograrse los argumentos que afirman que si una empresa concreta no se hubiera comportado de una cierta forma que la llevó a participar en una actividad criminal, otra empresa lo habría hecho. De hecho, hay razones para apoyar la afirmación de que la culpabilidad de un colaborador no desaparece por el hecho de que su asistencia se pudiera haber conseguido fácilmente de otro sujeto.¹⁸⁵ En el caso de van Anraat (el hombre de negocios condenado por suministrar materias primas a Sadam Hussein para la producción de gas mostaza que se usó contra civiles kurdos), el Tribunal de Distrito de La Haya determinó que el acusado no podía eludir su responsabilidad “ni basándose en el hecho de que no era decisión suya que se ejecutaran esos ataques químicos, ni tampoco en que estos crímenes hubieran ocurrido también sin su contribución porque alguien más la hubiera aportado sin duda”.¹⁸⁶

El derecho penal internacional no se preocupa de la reciprocidad, de la competencia comercial o de la reciprocidad moral: sirve para proteger los derechos fundamentales e inderogables a la vida, la integridad personal y la dignidad de todos los hombres. Por consiguiente, estas justificaciones no protegen a los participantes en crímenes a la hora de que se les declare responsables, ni deberían hacerlo, si se comprueba la presencia de los elementos del ilícito penal.

184 TPIY, *Kupreskic* (Sala de Primera Instancia), 14 de enero de 2000, párrs. 515-520.

185 *LG Hechingen*, 28.6.1947, KIs 23/47, y *OLG Tübingen*, 20.1.1948, Ss 54/47 (decisión en apelación), recogido en *Justiz und NS-Verbrechen*, caso 022, vol. I, p. 469 y ss., citadas en TPIY, *Furundzija* (Sala de Primera Instancia), 10 de diciembre de 1998, párr. 224.

186 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, The Hague District Court, 23 de diciembre de 2005, párr. 17.

Recuadro 5: Defensas no disponibles en el derecho penal internacional

Cuando se acusa a un sujeto de ser un cooperador no necesario, de participar en una empresa criminal conjunta o de ser responsable por ser el superior jerárquico, hay varias defensas que no están disponibles en el derecho internacional. Por ejemplo, no es una defensa el que:

- Un autor principal no haya sido juzgado o condenado. La culpa del cómplice no depende del enjuiciamiento y la condena previos del autor principal.
- El delito hubiera tenido lugar de todas formas. Es suficiente que la ayuda de la empresa o del empleado de la empresa altere de una forma sustancial cómo se cometieron los crímenes, por ejemplo la manera en que se llevaron a cabo o el momento de su ejecución.
- La empresa o el empleado de la empresa no querían que ocurriera el crimen principal. Mientras haya un nivel suficiente de conocimiento (o en el caso de la responsabilidad del superior jerárquico, previsibilidad), puede existir responsabilidad del cómplice.
- El empleado de la empresa se limitaba a seguir las órdenes de un superior. Además, los superiores se pueden considerar responsables si no impiden o castigan los crímenes de los subalternos.
- La empresa o el empleado de la empresa se limitaba a cumplir con las normas del derecho nacional. El cumplimiento del derecho nacional no garantiza de ninguna forma la protección frente a las acusaciones de haber cometido crímenes reconocidos en el derecho internacional.

Recuadro 6: El enjuiciamiento de las violaciones de las sanciones impuestas por Naciones Unidas

Conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene poderes para decretar embargos cuando se producen ciertas conductas, por ejemplo embargos de armas a Estados o incluso a sujetos no estatales. Por ejemplo, existen embargos de armas vigentes y obligatorios a Al Qaeda, Osama bin Laden, los talibanes, República Democrática del Congo, Sierra Leona, Sudán, Costa de Marfil,

República Democrática de Corea y Somalia.¹⁸⁷ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no puede enjuiciar a los individuos que violan los embargos de la ONU. En lugar de ello, son los Estados los que tienen que aprobar legislación nacional que garantice que los residentes en su jurisdicción no violan los embargos.

El primer proceso judicial por violación del derecho nacional vinculado específicamente con un embargo de la ONU ocurrió en Italia en el 2002 e implicó a Leonid Efimovich Minin,¹⁸⁸ un ucraniano que fue arrestado y acusado en Italia por usar certificados de usuario final falsos con el propósito de efectuar ventas ilícitas de armas a Sierra Leona y Liberia. Un tribunal italiano dictaminó que carecía de jurisdicción para juzgar a Minin porque los delitos alegados no habían ocurrido en Italia, ni siquiera en parte, y ni siquiera era claro que parte de los cargamentos de armas hubieran cruzado el espacio aéreo italiano.

Un segundo caso destacable se refirió al enjuiciamiento de Guus Van Kouwenhove. En el año 2006, el Tribunal de Distrito de La Haya (Holanda) le condenó por violar un embargo de la ONU que impedía vender armas al régimen de Charles Taylor en Liberia. El embargo de la ONU se había incorporado al derecho nacional holandés y permitía que las autoridades nacionales holandesas enjuiciaran a los infractores incluso en los casos en los que las actividades del acusado hubieran tenido lugar fuera de Holanda.¹⁸⁹ En el año 2008, esa condena fue revertida en apelación y se declaró inocente al acusado, principalmente por razones ligadas a la insuficiencia de pruebas.¹⁹⁰

Aunque ninguno de los casos terminó en condenas, pueden indicar una nueva voluntad por parte de las autoridades nacionales de iniciar procesos judiciales contra personas del mundo de los negocios que estén involucradas en violaciones de sanciones consideradas crímenes conforme al derecho internacional. Los casos ilustran también que aunque las personas del mundo empresarial corren el riesgo de ser perseguidos por violaciones

187 Véase la página web del UN Security Council Sanctions Committees: <http://www.un.org/sc/committees/>.

188 Véase Wannenburg, Gail “Catching the middlemen fuelling African conflicts”, The South African Institute of International Affairs, *disponible en*: http://www.saiia.org.za/index.php?option=com_content&view=article&id=713:catchingthemiddlemenfuellingafricanconflicts&catid=76:war-and-organised-crime-opinion-&Itemid=213.

189 Sentencia en el caso contra Guus K., Rb Den Haag, 7 de junio de 2006, LJN AY5160. Kouwenhoven fue también acusado de participar en varios crímenes de guerra, al haber proporcionado armas a Charles Taylor, entre otras acusaciones. Fue absuelto porque el suministro de armas a las fuerzas armadas no era una prueba suficiente para probar su participación en los crímenes de guerra de esas tropas, puesto que las armas podían usarse también para actos que estaban permitidos legalmente.

190 Sentencia en el caso contra Guus Kouwenhoven, Hof Den Haag, 10 de marzo de 2008, LJN BC7373.

a los embargos de armas, hay barreras para poder enjuiciar con éxito a esos sujetos. Con respecto a las conductas que tienen lugar fuera del territorio nacional, entre esas barreras estarían: la falta de una legislación nacional adecuada; la dificultad de recoger y presentar material probatorio suficiente que permita convencer a los tribunales de la existencia de actos criminales; la prueba de la intencionalidad y el conocimiento del acusado.

8 ¿En qué lugar se puede llevar a cabo el enjuiciamiento de crímenes conforme al derecho internacional?

El enjuiciamiento de delitos reconocidos por el derecho internacional se puede celebrar tanto en jurisdicciones internacionales, como por ejemplo la CPI, como ante los tribunales nacionales. El Panel observa que existe un conjunto creciente de leyes que pueden hacer cada vez más difícil encontrar santuarios jurisdiccionales para los criminales involucrados en violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional. Lo mismo les ocurre a los empleados de las empresas.

Tribunales nacionales

Muchas jurisdicciones nacionales han incorporado las prohibiciones contenidas en los crímenes reconocidos por el derecho internacional a sus leyes nacionales y han convertido estos crímenes en parte de su derecho penal nacional. Por ejemplo, en un estudio comparado de los sistemas de derecho europeo continental y angloamericano se observa que muchos países incorporan hoy la prohibición penal del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra a su derecho nacional.¹⁹¹ Por su parte, el Estatuto de la CPI insta a los Estados a que hagan que su jurisdicción sobre esos crímenes sea complementaria a la internacional.¹⁹² Esta tendencia es probable que continúe a medida que más Estados firmen y ratifiquen el Estatuto. Además, con independencia del Estatuto de la CPI, varios Estados, como Estados Unidos, India, Indonesia y Ucrania, que no han ratificado el Estatuto, han incorporado uno o más de los tres crímenes establecidos por la CPI a su legislación penal nacional.¹⁹³

Si un Estado no ha incorporado a su derecho penal nacional los crímenes reconocidos en el derecho internacional, en la mayoría de los casos esos delitos se pueden investigar y enjuiciar no obstante conforme a las leyes penales nacionales, que castigan delitos como el asesinato, las agresiones o el robo. Además, aunque las jurisdicciones internacionales (como la CPI) pueden tener sólo la jurisdicción para enjuiciar a los directivos de las empresas (y no a las organizaciones empresariales como personas legales), en varios países los derechos penales nacionales pueden permitir enjuiciar criminalmente a las organizaciones empresariales. Por consiguiente, hay muchas posibilidades de enjuiciar a las empresas o sus empleados

191 Entre estos países estarían Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Holanda, Sudáfrica, España y el Reino Unido. Francia y Noruega están en la actualidad en el proceso de incorporar las definiciones de la CPI a sus leyes nacionales. Sin embargo, Francia tiene legislación preexistente que criminaliza los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Véase *Resumen Ejecutivo de la FAFO*, p. 15.

192 Artículo 17, Estatuto de la CPI, y véase también párrafo nº 6 del preámbulo, Estatuto de la CPI.

193 *Resumen Ejecutivo de la FAFO*, p. 15.

conforme a las leyes penales nacionales cuando éstos se ven involucrados en crímenes reconocidos por el derecho internacional.

La jurisdicción nacional extraterritorial y la jurisdicción universal

Lo más normal es que los Estados ejerzan su jurisdicción penal nacional sobre los delitos que se cometen en su territorio, con independencia de la nacionalidad del acusado o la víctima (jurisdicción territorial). Según el derecho internacional, un Estado puede ejercer también su jurisdicción penal nacional con respecto a los delitos cometidos fuera de su territorio si los delitos se cometen en el extranjero por sus nacionales (jurisdicción territorial basada en la nacionalidad activa). Hay algunas pruebas de que se comienza a aceptar por parte de algunos Estados el ejercicio de su jurisdicción cuando los delitos se cometen contra sus nacionales (jurisdicción territorial basada en la nacionalidad pasiva) o sus intereses nacionales, o los amenazan (jurisdicción extraterritorial basada en razones de protección nacional).¹⁹⁴

A algunos delitos reconocidos por el derecho internacional les es aplicable el principio de “jurisdicción universal”. La jurisdicción universal significa que cualquier Estado tiene la autoridad para investigar, enjuiciar y castigar ciertos crímenes reconocidos por el derecho internacional que son censurados universalmente, con independencia de donde ocurrieron los crímenes, la localización o la nacionalidad de las víctimas o los autores. En esos casos, no se necesita conexión entre el Estado en el que se presenta la acusación y el autor. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad se describen frecuentemente como crímenes reconocidos por el derecho internacional con respecto a los cuales se puede ejercer una jurisdicción universal.¹⁹⁵ En varios países de tradición jurídica continental europea y angloamericana existe legislación nacional que permite el ejercicio de esta clase de jurisdicción.¹⁹⁶

Por último, con respecto a ciertos crímenes reconocidos por el derecho internacional, algunos tratados incluyen un conjunto de obligaciones conocidas como *aut dedere aut judicare*, que significa en latín “o extraditar o juzgar”. Esas obligaciones exigen que los Estados ejerzan su jurisdicción penal contra los presuntos autores de esos crímenes cuando los presuntos infractores estén presentes en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Si no enjuician a esos individuos, deben extraditarlos a otro Estado en el que sean procesados ante los tribunales.

194 CDI, *Second Report on the Obligation to Extradite or Prosecute (Au Dedere au Judicare)*, United Nations A/CN.4/585, Asamblea General, 11 de junio de 2007 p. 21, párr. 97.

195 Para un análisis de la cuestión, véase la aclaración de voto conjunta de Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en un caso relativo a las órdenes de arresto de 11 de abril de 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4>; and véase TESL, *Kallon*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Sala de Apelaciones), 13 de marzo de 2004, párrs. 67-70.

196 Entre estos estarían España, Holanda, el Reino Unido, Canadá y Australia. Véase para un análisis de la cuestión, “Resumen Ejecutivo de la FAFO”, p. 16.

Amnistías y prescripción de los delitos

Por lo general, se consideran incompatibles con los principios del derecho internacional las amnistías y las medidas similares reconocidas por el derecho nacional con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyen delitos conforme al derecho internacional, entre los que estarían el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.¹⁹⁷ El artículo 6(5) del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, que permite conceder amnistías a aquellos que han participado en un conflicto armado, se invoca a veces para justificar amnistías por delitos cometidos en el transcurso de un conflicto armado interno.¹⁹⁸ Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha rechazado esa interpretación y dejado claro que el artículo 6(5) pretendía referirse a los sujetos “que estuvieran detenidos o castigados únicamente por haber participado en las hostilidades. No pretende ser una amnistía para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional”.¹⁹⁹

El derecho consuetudinario internacional prohíbe la prescripción de las acusaciones criminales por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.²⁰⁰ Más allá de esta prohibición, en la jurisprudencia internacional, el derecho comparado y los nuevos instrumentos jurídicos aprobados hay una tendencia incipiente a prohibir la prescripción o limitarla con respecto a otras violaciones manifiestas de los derechos humanos que constituyan delitos conforme al derecho internacional.²⁰¹

197 Véase: TPIY, *Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, párr. 155 y TESL, *Kallon*, decisión sobre la falta de jurisdicción: Lomé Accord Amnesty (Sala de Apelaciones), 13 de marzo de 2004, párrs. 73 y 88. Véase también Comisión Internacional de Juristas, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations — A Practitioners' Guide*, junio de 2007, pp. 177-191.

198 Según esta norma, “al final de las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan participado en el conflicto armado, o a aquellas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado que estén internadas o detenidas”

199 Carta de la División Jurídica de International Criminal Defence Lawyers (ICDN) al Fiscal del TPIY, 24 de noviembre de 1995, y al Departamento de Derecho de la Universidad de California, 15 de abril de 1997. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha seguido este enfoque al referirse a la declaración del ICDN. Véase informe nº 1/99, Case 10,480 *Lucio Parada Cea and others v. El Salvador*, 27 de enero de 1999, párr. 116.

200 Véase artículo II.5, Ley del Consejo del Control nº 10 sobre el Castigo a las Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y contra la Humanidad (1945), Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1974), artículo 29, Estatuto de la CPI; artículos 4 y 5, Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya para el Enjuiciamiento de Crímenes Cometidos Durante el Periodo de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004; sección 17.1, reglamento nº 2000/15, adoptado por la Administración Transnacional de las Naciones Unidas en Timor Oriental sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva para Delitos Graves, UNTAET/REG/ 2000/15, 6 de junio de 2000.

201 Véase, por ejemplo, TPIY, *Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, párrs. 155 y 157; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14 de marzo de 2001, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others v. Perú)*, párrafo 41; caso *Barrios Altos*, interpretación del fundamento de la sentencia, sentencia de 3 de septiembre de 2001, Series C No 83, párr. 15; caso *Trujillo Oroza v. Bolivia (Reparations)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, Series C No 92, párr. 106; caso *Caracazo v. Venezuela (Reparations)*, sentencia de 29 de agosto de 2002, Series C No 95, párr. 119. Comité contra la Tortura: conclusiones y recomendaciones para Turquía, 27 de mayo de 2003, CAT/C/CR/30/5, recomendación, párr. 7(c); conclusiones y recomendaciones

Por ejemplo, en el caso *Furundzija*, el TPIY declaró que una de las consecuencias de la naturaleza tajante de la prohibición de la tortura fue “el hecho de que la tortura no se puede someter a las normas sobre prescripción”.²⁰² Estas prohibiciones o advertencias aplicables a las normas sobre prescripción significan que la responsabilidad penal no desaparece por el paso del tiempo y que el enjuiciamiento por las violaciones manifiestas de derechos humanos puede tener lugar en cualquier momento, incluso décadas después de que esos crímenes se cometieran.

La Corte Penal Internacional

La jurisdicción de la CPI con respecto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se aplica a los individuos acusados por estos crímenes, como los directivos de las empresas, pero no a organizaciones empresariales. La jurisdicción de la CPI se extiende a aquellos directamente responsables de cometer los delitos y a los otros sujetos que estaban implicados en ellos.

La Corte no tiene jurisdicción universal y puede ejercer únicamente su jurisdicción: si el acusado es nacional de un Estado Parte o un Estado acepta voluntariamente la jurisdicción de la Corte; si el crimen tuvo lugar en el territorio de un Estado Parte o un Estado acepta voluntariamente la jurisdicción de la Corte; o si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha remitido el caso al Fiscal de la CPI, con independencia de la nacionalidad del acusado o la localización del crimen.²⁰³

El principio de “complementariedad” significa que incluso si un tribunal tiene jurisdicción para juzgar un caso no llevará a cabo la investigación o enjuiciará al acusado si el caso ha sido investigado o enjuiciado por un Estado con jurisdicción para hacerlo o lo está siendo.²⁰⁴ Sin embargo, un caso puede ser admisible si el Estado que lleva a cabo la investigación o el proceso judicial no tiene la voluntad de realizar de manera genuina la investigación o el proceso judicial, o no puede hacerlo. Por ejemplo, un caso sería admisible en la jurisdicción internacional si se abrieran procedimientos nacionales con el fin de proteger a la persona de responsabilidad penal

para Eslovenia, 27 de mayo de 2003, CAT/C/CR/30/4, recomendación, párr. 6(b); conclusiones y recomendaciones para Chile, de mayo de 2004, CAT/C/CR/32/5, párr. 7 (f). Comité de Derechos Humanos: observaciones finales para Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 9 y Comentario General nº 31 sobre la Naturaleza de la Obligación Legal General Impuesta a los Estados Parte del Pacto, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 18. Véase principio 6, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, R 60/147 (2005). Véanse también principios 22 y 23, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Para un análisis de la cuestión, véase Comisión Internacional de Juristas, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations — A Practitioners’ Guide*, junio de 2007.

202 TPIY, *Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, párrs. 155, 157.

203 Artículos 12-17, Estatuto de la CPI. En este caso la jurisdicción de la Corte se limita a los hechos que tuvieron lugar desde el 1 de julio de 2002: artículo 11, Estatuto de la CPI. El Estatuto entró en vigor en esa fecha.

204 Artículo 17(1), Estatuto de la CPI.

o ha habido un retraso injustificado en los procedimientos, o si los procedimientos no se celebraron de manera independiente o imparcial.²⁰⁵

La creciente red de jurisdicciones

En opinión del Panel, la competencia expansiva de los sistemas penales nacionales y la jurisdicción de la CPI para castigar crímenes contemplados en el derecho internacional (directamente como tales o conforme al derecho penal nacional), significa que hay una red creciente de jurisdicciones nacionales e internacionales en las que se puede pedir la responsabilidad a los criminales internacionales por sus acciones. Los directivos de las empresas que están involucrados en la comisión de crímenes reconocidos en el derecho internacional están también expuestos al riesgo creciente de que se les investigue, enjuicie y castigue en una amplia diversidad de jurisdicciones. Las empresas deberían ser conscientes de que sus acciones están sujetas a los límites del derecho penal internacional, sin que importe el lugar donde desarrollan sus actividades.

205 Artículo 17(2), Estatuto de la CPI.

9 ¿Pueden ser procesadas judicialmente las sociedades mercantiles?

Tradicionalmente, se ha considerado que los sistemas de justicia penal no podían considerar responsables penales a las empresas porque son personas jurídicas. En lugar de ello, el derecho penal únicamente enjuiciaba y culpaba a las personas naturales cuando existían actividades criminales. Las empresas se clasificaban tradicionalmente como sujetos irresponsables, junto con los animales, los niños y los locos.²⁰⁶ Se podía procesar judicialmente a los representantes y los directivos de las empresas por sus acciones, como personas humanas, pero no la organización empresarial en sí misma, que era una persona jurídica. Aunque los seres humanos siguen siendo en gran medida los principales sujetos de las acusaciones penales, hay casos en el derecho nacional donde se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en particular de las empresas.²⁰⁷

Hasta ahora, no hay ningún tribunal penal internacional que tenga jurisdicción para juzgar a una empresa como persona jurídica por crímenes reconocidos en el derecho internacional. Aunque hubo una propuesta de añadir las personas jurídicas a la jurisdicción de la CPI durante las negociaciones del Estatuto de la Corte, no tuvo éxito. En consecuencia, hasta hoy la CPI sólo tiene jurisdicción sobre las personas naturales.²⁰⁸ La propuesta, planteada por Francia, se limitaba a las empresas privadas y no a las empresas estatales y públicas, y la responsabilidad de la empresa se ligaba a la responsabilidad penal individual de un miembro directivo importante de la empresa en posición de controlar y cometer los crímenes. La actuación del directivo debía contar con el consentimiento explícito de la empresa y tomarse como parte de sus funciones en beneficio de ésta. La propuesta fue rechazada debido a múltiples preocupaciones: la primera, que distraería la atención del objeto principal del Estatuto, que era establecer la responsabilidad penal de las personas naturales; en segundo lugar, que la Corte se vería enfrentada a problemas abrumadores de prueba, y, en tercer lugar, que no había todavía un estándar reconocido de responsabilidad empresarial en todos los Estados y, por lo tanto, eso haría inaplicable el principio de complementariedad.²⁰⁹

En opinión del Panel, ese razonamiento no debería impedir que los Estados Parte del Estatuto de la CPI incluyesen en él una norma sobre responsabilidad penal de las empresas en el futuro. El hecho de que una empresa se pueda considerar responsable por crímenes conforme al derecho internacional no afecta en sí a la responsabilidad penal individual. De hecho, a veces sería más apropiado hacer

206 Celia Wells, "Corporate Criminal Liability", informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Delitos Internacionales, p. 33, www.icj.org.

207 Véase, por ejemplo, artículo 121-2 Código Penal francés; artículo 5, Código Penal holandés.

208 Artículo 25(1), Estatuto de la CPI.

209 Kai Ambos, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute (1999)*, artículo 25, marginal n° 4.

responsable a una empresa en lugar de a uno de sus empleados, si la comisión del crimen se ve facilitada por una decisión explícita y colectiva de los directivos de una empresa.

El Panel ha concluido que podría haber dificultades probatorias para establecer la responsabilidad de las empresas ante la CPI. Sin embargo, los procesos judiciales contra organizaciones empresariales son análogos desde el punto de vista probatorio a los casos grandes y complejos contra presidentes, primeros ministros y generales del ejército que la CPI está investigando actualmente. La experiencia de los tribunales *ad hoc* ha demostrado que las complejas cadenas de mando y el funcionamiento de las estructuras gubernamentales y militares, que muchas veces tienen múltiples niveles y son enrevesadas, se pueden demostrar mediante el análisis de documentación voluminosa y sobre la base de pruebas periciales y declaraciones de personas que trabajan en esas organizaciones. Si se pueden practicar esa clase de pruebas con el fin de establecer la culpa de un jefe de Estado, entonces debería ser también posible hacerlo con respecto a los directivos de las empresas y las propias empresas.

Aunque hay jurisdicciones nacionales que incluyen organizaciones empresariales entre aquellos que pueden ser enjuiciados en un juicio penal. El Panel desea indicar que no todas las jurisdicciones consideran responsables a las empresas en su derecho penal nacional. Sin embargo, a medida que se va desarrollando el derecho penal nacional para incluir este tipo de responsabilidad, también lo hacen los argumentos que permiten expandir la jurisdicción de los tribunales internacionales para incluir el enjuiciamiento de las organizaciones empresariales.

En Francia, se aceptó desde 1994 que las empresas podían cometer algunos delitos. En enero de 2006 entró en vigor una enmienda legislativa que permitió declarar la culpabilidad de las personas jurídicas cuando cometieran cualquier delito, grave o menor, conforme al Código Penal francés.²¹⁰ El derecho belga requiere que las empresas nombren a una persona responsable. Esta persona se considera penalmente responsable de forma automática por cualquier delito que ocurra en el curso de la actividad empresarial, sin que haya necesidad de probar que cometió alguna actividad ilegal. La persona designada recibe a cambio una compensación salarial y el reembolso por la empresa de las multas penales que se le impongan.²¹¹ Esencialmente, estas clases de regímenes permiten que el derecho penal nacional tenga una mayor influencia en las actuaciones de las empresas que aquellos que se limitan a supervisar las acciones de los individuos que trabajan en ellas.

210 Véase, memorandum del ministro francés de Asuntos Exteriores, “Re: Criminal Liability of Private Law Legal Entities under French Law and Extra-Territoriality of the Laws Applicable to Them: Review of the Situation and Discussion of Issues”, p. 2, *disponible en*: http://www.lanacs.ac.uk/fss/organisations/humanrights/inthron/Resources/documents/Criminaliabilityoflegalentities050606_000.doc.

211 Celia Wells, “Corporate Criminal Liability”, informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Delitos Internacionales, pp. 34-35, www.icj.org.

En la mayor parte de las jurisdicciones donde se reconoce ya la responsabilidad penal potencial de las empresas, éstas se pueden considerar responsables de crímenes conforme al derecho nacional y al derecho internacional.²¹² Además, en los países que han incorporado a su legislación nacional los crímenes de la CPI, las empresas pueden estar expuestas a responsabilidad penal ante los tribunales nacionales por los crímenes consagrados en el Estatuto de la CPI.

A pesar de estos cambios importantes, sigue existiendo una oposición importante a la imposición de las sanciones criminales a las empresas como personas jurídicas. Las razones para eso parecen ser en gran medida de carácter conceptual y a veces políticas. Las leyes penales nacionales se desarrollaron hace muchos siglos, y se construyeron y configuraron a partir de la idea del ser humano individual como un ser consciente que ejerce su libertad de elección, pensamiento y acción. Las empresas como personas jurídicas han sido vistas como seres ficticios, que no tienen presencia física ni conciencia individual. Por ello, muchas personas perciben que es imposible probar que una organización empresarial tiene intención criminal o conocimiento. Además, muchos creen que un propósito fundamental de cualquier sistema de justicia penal es castigar a los individuos que cometen crímenes para comunicar a la sociedad que un comportamiento está mal desde el punto de vista ético, es decir, que debería despertar vergüenza y remordimiento. Surgen dudas acerca de cómo conseguir algo parecido cuando el objetivo es un ente artificial sin los atributos de un ser humano. Otro obstáculo percibido es el hecho de que las sanciones penales tradicionales pueden no ser siempre apropiadas con respecto a las empresas. No se puede encarcelar a una empresa. Una multa puede no tener un impacto importante en el comportamiento de una gran empresa próspera, en especial si las sanciones financieras se pueden trasladar a sus clientes mediante los precios y así atenuar sus efectos punitivos, aunque no se verían totalmente eliminados. Otros castigos pensados para las organizaciones empresariales pueden incluir medidas como revocar sus estatutos o el registro mercantil de la empresa. Sin embargo, no siempre será claro que a la sociedad le convenga ponerle fin a una actividad empresarial porque la empresa haya cometido un delito. Además, no se deberían ignorar las sensibilidades políticas acerca de aprobar legislación penal aplicable a las empresas: los Estados desean muchas veces atraer la inversión de las empresas y las actividades empresariales como un elemento importante del crecimiento económico regional o nacional. Por lo tanto, los Estados son muchas veces reticentes a la hora de incluir organizaciones empresariales entre los sujetos imputables en el derecho penal.

El Panel cree que no existen obstáculos conceptuales insuperables que impidan imponer responsabilidad penal a las empresas como personas jurídicas. Como es obvio, y como ocurre con cualquier proceso que implica aplicar viejos conceptos y leyes a nuevas situaciones, pueden surgir dificultades para las autoridades que intentan trasponer los conceptos de intención y conocimiento a las organizaciones

212 Burchell, pp. 35, 58.

empresariales, puesto que originalmente se desarrollaron para los individuos. Sin embargo, el hecho de que un número creciente de jurisdicciones esté aplicando el derecho penal a las empresas es una prueba de que estas dificultades se pueden superar. Varios países han desarrollado diferentes formas de hacer penalmente responsables a las organizaciones empresariales: en algunas jurisdicciones, se puede considerar penalmente responsables a las empresas por los actos de sus empleados; en otras, se las puede considerar directamente responsables por los actos de sus directivos más importantes porque el derecho les considera los “cerebros” de la empresa, y eso permite inferir la culpa de la empresa de la intención y el conocimiento de sus directivos.²¹³ En tiempos recientes, algunas jurisdicciones han buscado un tercer camino para abordar la criminalidad de las empresas. Por ejemplo, en Australia se ha desarrollado un método que se concentra en la cultura de la empresa y en la manera en que se gestiona el negocio. Cuando el conocimiento o la indolencia son elementos de la culpa, éstos se pueden atribuir a la empresa que haya autorizado o permitido expresa, tácita o implícitamente la comisión de un crimen. Se considerará que una empresa ha autorizado o permitido la comisión de un delito si se prueba que existía una “cultura empresarial” que instigaba o toleraba activamente el incumplimiento o no promovía el cumplimiento.²¹⁴

El Panel considera que permitir la responsabilidad penal de una organización empresarial podría permitir compensar e indemnizar a las víctimas. Por ejemplo, la posibilidad de enjuiciar a una organización empresarial puede proporcionar un impulso efectivo que mejore el comportamiento de las empresas y disuada comportamientos similares de otras, en comparación con lo que ocurre cuando el fallo de culpabilidad afecta únicamente a un directivo importante de la empresa. Las sanciones penales a las empresas podrían incluir órdenes de cambiar sus políticas internas, o introducir procesos y requisitos de información, que pueden incidir en el núcleo de sus actos ilícitos. La condena penal de una empresa y la atención pública que recibe esa condena pueden generar una mejor cultura empresarial y crear incentivos para mejorar su funcionamiento.

213 Véase Celia Wells, “Corporate Criminal Liability”, informe escrito para el Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Delitos Internacionales, pp. 32-43, www.icj.org.

214 Véase Allens Arthur Robinson, “Brief on Corporations and Human Rights in the Asia-Pacific Region”, preparado para el profesor John Ruggie, Representante Especial de la Secretaría de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Sociales (26 de agosto), pp. 28-29, *disponible en*: <http://www.reports-and-materials.org/Legal-brief-on-Asia-Pacific-for-Ruggie-Aug-2006.pdf>.