

# Empresas multinacionales y complicidad en violaciones de los derechos humanos: confusión judicial estadounidense

DOUG CASSEL\*

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN: EXCESO DE PREGUNTAS, EXCESO DE RESPUESTAS.– II. COMPLICIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.– A. EJECUTIVOS DE EMPRESAS.– B. RESPONSABILIDAD DE CÓMPLICES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.– C. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL CRITERIO PARA *MENS REA* EN LA COMPLICIDAD: ¿CONOCIMIENTO O PROPÓSITO?– D. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN CRITERIO DE PROPÓSITO.– E. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.– III. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR COMPLICIDAD BAJO EL *ALIEN TORT STATUTE*.– A. JURISPRUDENCIA.– B. SI HAY RESPONSABILIDAD DE EMPRESAS POR COMPLICIDAD.– C. SI EL CRITERIO PARA COMPLICIDAD BAJO EL ATS ES EL CONOCIMIENTO O EL PROPÓSITO.– IV. CONCLUSIÓN.– V. EPÍLOGO: LO MÁS RECIENTE DEL LITIGIO SOBRE EL *APARTHEID*.

## I. PRESENTACIÓN: EXCESO DE PREGUNTAS, EXCESO DE RESPUESTAS

¿Se puede procesar penal o civilmente a las empresas multinacionales, o a sus ejecutivos, por complicidad en las violaciones a los derechos humanos cometidas por gobiernos o por fuerzas militares de países extranjeros en donde realizan sus actividades comerciales? ¿Sobre la base de cuál cuerpo normativo: el Derecho internacional, el Derecho del país extranjero o el Derecho del país de origen de la empresa?

Si la respuesta es que sí se puede procesar a las empresas o a sus ejecutivos, ¿cómo delimitar la responsabilidad del cómplice? ¿Basta meramente que la empresa realice actividades comerciales en un Estado represivo? En el supuesto de que la empresa o sus ejecutivos venden bienes o servicios a un gobierno represivo, ¿es cómplice si lo hace *a sabiendas* de que sus productos serán utilizados para cometer violaciones de los derechos humanos? ¿O lo es solamente si venden con el propósito de apoyar a las violaciones?

Para los ejecutivos empresariales, hace mucho tiempo que la respuesta a una pregunta es clara: sí pueden ser procesados penalmente por ser

---

\* Profesor, Presidential Fellow y director del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Una versión previa de este artículo apareció en inglés: CASSEL, D. «Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts». *Northwestern Journal of International Human Rights*, N° 6, pp. 304-326, 2008. El texto de esta versión en español ha sido revisado y actualizado. Gran parte de las citas y notas a pie quedan escritas en inglés a veces por ser el idioma oficial del documento citado, a veces por falta de tiempo para su traducción.

cómplices de crímenes en contra de los derechos humanos. Ya en 1946, por ejemplo, un tribunal militar británico condenó, por complicidad en crímenes de guerra, a dos altos ejecutivos de la empresa que suministró Zyklon B a los nazis para sus cámaras de gas<sup>1</sup>.

Más allá de tal principio restringido, cabe debate —a menudo vigoroso— sobre todo lo demás. En cierta medida, el debate se enfoca sobre si, a la luz del Derecho internacional, se necesita que el cómplice solamente tenga *conocimiento* del delito principal, o si se necesita que tenga el *propósito* de facilitar la ejecución del crimen. Ante los tribunales federales de los Estados Unidos, en las demandas en contra de empresas que se fundamentan en el Estatuto de Daños contra Extranjeros (*Alien Tort Statute* o, por sus iniciales en inglés, ATS)<sup>2</sup>, tal debate del Derecho internacional se aumenta por un debate en el Derecho local, sobre la fuente de la definición de *complicidad*: es decir, si se define por el Derecho internacional o por el Derecho interno y, específicamente, por la ley común federal. Por encima de los dos debates, existe un desacuerdo más fundamental aún sobre si el Derecho internacional de algún modo contempla litigios por daños en contra de empresas. La confusión que surge de estos múltiples debates niega la seguridad jurídica, tanto a las empresas como a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos facilitadas por las empresas.

Recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos no pudo alcanzar quórum en un caso que podría haber aclarado el alcance de la responsabilidad jurídica de las empresas por complicidad en el contexto del ATS<sup>3</sup>. Aun en el supuesto de que la Corte aclare el tema en un futuro, otras preguntas todavía sin respuestas quedarían fuera de su competencia. ¿Qué clase de responsabilidad pueden encarar las empresas multinacionales en otras jurisdicciones nacionales, y bajo cuáles estándares? ¿Qué vulnerabilidad a los procesos penales por complicidad tienen los ejecutivos empresariales ante tribunales penales ajenos, incluso ante la Corte Penal Internacional (CPI)?

El tema del alcance correcto de la responsabilidad de las empresas y de sus ejecutivos por complicidad en las violaciones a los derechos humanos no es puramente académico. Las siguientes empresas, por ejemplo,

- 
- 1 See generally *Trial of Bruno Tesch and Two Others (The Zyklon B Case)*, 1 Law Reports of Trials of War Crime. 93 (1947) (Brit. Mil. Ct., Hamburg, 1-8 March 1946); see also cases discussed *infra* part II.A.
  - 2 *Alien Tort Claims Act*, 28 U.S.C. § 1350 (2007) (providing that federal district courts «shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States»).
  - 3 *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom. American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S. Ct. 2424 (2008), *motion to dismiss granted in part and denied in part sub nom. In Re South African Apartheid Litigation*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572 (April 8, 2009), *reconsideration denied*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 47490 (May 27, 2009). 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, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005). Véase análisis de este caso *infra* parte III.

han sido demandadas bajo el ATS por supuesta complicidad en violaciones de los derechos humanos<sup>4</sup>:

- Caterpillar, por vender *bulldozers* al ejército israelí, que los utilizó para derribar casas palestinas<sup>5</sup>;
- Chiquita, por supuestamente pagar a paramilitares colombianos para mantener las plantaciones de banana limpias de oposición laboral y desorden social<sup>6</sup>;
- Banque Nationale Paris Paribas, acusado de hacer pagos al régimen de Saddam Hussein, violatorios de los reglamentos del programa de las Naciones Unidas que permitía vender petróleo solamente para comprar comida<sup>7</sup>;
- Un subsidiario de Boeing (Jeppesen Dataplan), acusado de suministrar servicios a los vuelos utilizados por la CIA para las «rendiciones extraordinarias» de sospechosos de terrorismo a países donde suelen practicarse la tortura y otras técnicas ilegales de interrogación<sup>8</sup>;
- Yahoo, por suministrar al gobierno chino datos de Internet que permitían identificar y supuestamente torturar a un activista de derechos humanos<sup>9</sup>;
- La empresa minera Drummond, acusada —y posteriormente absuelta— de pagar a paramilitares colombianos, quienes supuestamente asesinaron a sindicalistas<sup>10</sup>;
- Wal-Mart, por fallar en prevenir que sus proveedores cometiesen abusos laborales<sup>11</sup>;
- Nestlé, por comprar cacao y proveer servicios a finqueros de cacao, quienes supuestamente empleaban infantes<sup>12</sup>;

4 The list is generally taken from the January 2008 petition for *certiorari* by corporate defendants in the South Africa apartheid litigation. Petition for a Writ of Certiorari at 23, n. 3, *American Isuzu Motors Inc. v. Lungile Ntsebeza*, 2008 U.S. LEXIS 3868 (May 12, 2008) (affirming judgment below for lack of quorum).

5 See *Corrie v. Caterpillar, Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019 (W.D. Wash. 2005), *aff'd on other grounds*, 503 F.3d 974 (2007), and petition for *reh'g filed*, N° 05-36210 (9<sup>th</sup> Cir. Oct. 9, 2007).

6 Complaint ¶ 2, at 459-99, *Does v. Chiquita Brands Int'l, Inc.*, N° 07-CV-10300 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2007); see In Re: *Chiquita Brands Int'l, Inc., Alien Tort Statute and Shareholders Derivative Litigation*, 536 F. Supp. 2d 1371 (Judicial Panel Multidistrict Litigation 2008) (transferring and consolidating cases).

7 Complaint at 8-10, *Mastafa v. Australian Wheat Bd., Ltd.*, N° 07-CIV-7955 (S.D.N.Y. Sept. 11, 2007); see 2008 U.S. Dist. LEXIS 73305 (S.D.N.Y. 2008) (*inter alia*, dismissing claims against the bank for failure adequately to allege that its actions aided human rights violations, or that the bank knew of its funds being used to aid violations).

8 First Amended Complaint at 67-69, *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, N° 5:07-CV-02798 (N.D. Cal. Aug. 1, 2007); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 563 F.3d 992 (9<sup>th</sup> Cir. 2009) (reversing dismissal of case on statesecrets grounds and remanding for reevaluation of whether any evidence is both secret and indispensable). See generally also David Weissbrodt & Amy Bergquist, *Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis*, 19 HARV. HUM. RTS. J. 123 (2006) (discussing extraordinary rendition).

9 Second Amended Complaint at 2, *Xiaoning v. Yahoo! Inc.*, N° 07-CV-2151 (N.D. Cal. July 30, 2007); 2007 U.S. Dist. LEXIS 97566 (N.D. Cal. 2007) (granting partial discover) (case later settled).

10 Complaint ¶ 49, *Doe v. Drummond Co.*, N° 06-CV-61527 (S.D. Fla. Oct. 10, 2006); *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303 (11<sup>th</sup> Cir. 2008) (affirming summary judgment against plaintiffs on some claims and jury verdict against plaintiffs on claim of aiding and abetting war crimes).

11 First Amend. Complaint ¶ 47, 172-177, *Doe v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 98102 (C.D. Cal. April 2, 2007) (ATS claim of aiding and abetting supplier's failure to pay wages dismissed with leave to amend; appeal pending).

12 Complaint ¶¶ 35-37, *Doe v. Nestlé S.A.*, N° 05-CV-5133 (C.D. Cal. July 14, 2005).

- Unocal, por participar en un proyecto de gasoducto en Burma, donde las fuerzas contratadas de seguridad cometieron alegados abusos de labor forzada, desplazamiento forzado, homicidio y violación sexual<sup>13</sup>; y

Barclay's Bank y docenas de otras empresas grandes, por sostener actividades comerciales con el régimen de *apartheid* en Sudáfrica<sup>14</sup>.

Este artículo intenta describir y analizar las incertidumbres más importantes, tanto en el Derecho internacional, como en el Derecho del ATS en los Estados Unidos, sobre la complicidad empresarial a violaciones de los derechos humanos en el extranjero. La parte II se enfoca en el Derecho internacional penal, y la parte III en el derecho del ATS. Se concluye con un llamado para la clarificación de ambos.

## II. COMPLICIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

¿En qué medida permite el Derecho internacional penal procesar a las empresas y a sus ejecutivos por complicidad en violaciones de los derechos humanos? Hace mucho tiempo que se procesa penalmente a los ejecutivos empresariales por violaciones de normas de derechos humanos, cuyos elementos no incluyen la participación estatal (parte A). Asimismo, la responsabilidad por complicidad es bien fundamentada en el Derecho internacional penal (parte B). No obstante, todavía hay debate sobre si, para comprobar la complicidad en el Derecho internacional penal, basta que los cómplices tengan mero *conocimiento* del crimen o si hace falta que tengan el *propósito* de facilitar el crimen (parte C); tal propósito es un elemento necesario para algunos, pero no para todos, de los casos de complicidad ante la Corte Penal Internacional (parte D). Finalmente, aun cuando, por lo general, no se puede procesar a las empresas ante los tribunales penales internacionales, las tendencias recientes en el Derecho internacional penal imponen el deber en los Estados, cuyos sistemas de Derecho interno permiten procesar penalmente a las empresas, de ejercer esta facultad en contra de las empresas violadoras de normas penales internacionales; y, en los Estados que no permiten procesos penales en contra de empresas, el deber de imponer responsabilidad civil o administrativa, con penas proporcionadas (parte E).

### A. Ejecutivos de empresas

Los ejecutivos de empresas son responsables, en el Derecho internacional penal, en igual medida que cualquier otra persona natural. Esta

<sup>13</sup> *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9<sup>th</sup> Cir. 2002), *reh'g en banc granted*, 395 F.3d 978 (9<sup>th</sup> Cir. 2003), and *vacated and appeal dismissed following settlement*, 403 F. 3d 708 (9<sup>th</sup> Cir. 2005).

<sup>14</sup> *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom. American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008), *motion to dismiss granted in part and denied in part sub nom. In Re South African Apartheid Litigation*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572 (April 8, 2009), *reconsideration denied*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 47490 (May 27, 2009). Véase el análisis de este caso, *infra* parte III.

lección se enseñó con claridad en el juicio principal de Nuremburgo, donde se incluyó a Gustav Krupp, capitán de industria alemán, en la acusación, junto con los líderes políticos nazis, militares y gubernamentales. Él evitó ser enjuiciado solo por motivos de edad y debilidad<sup>15</sup>. En juicios posteriores ante los tribunales militares británicos, franceses y americanos, varios industrialistas alemanes fueron condenados por crímenes de guerra, tales como el saqueo y el uso de labor de esclavos<sup>16</sup>.

La mayoría de tales condenas se concentraban en los principales responsables del delito. Pero tal y como se ha ejemplificado en el caso del Zyklon B, que analizaremos más adelante, se condenaron a algunos otros por complicidad. En otras palabras, la responsabilidad penal internacional de los ejecutivos de empresas se reconoce hace mucho tiempo.

## B. Responsabilidad de cómplices en el Derecho internacional penal

A partir de Nuremburgo, no cabe duda de que los cómplices son responsables en el Derecho internacional penal. La Carta de Nuremburgo imponía responsabilidad individual a los «cómplices quienes participan en formular o ejecutar un plan común o conspiración para cometer» un crimen tipificado en dicha Carta<sup>17</sup>. A pesar de que el Tribunal de Nuremburgo restringió la aplicación de esta disposición a crímenes contra la paz, y no a los otros crímenes en la Carta<sup>18</sup>, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, en 1950, formuló el Principio VII de Nuremburgo en los términos siguientes: «Complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra, o un crimen de lesa humanidad [...] es un crimen en el Derecho internacional»<sup>19</sup>.

En los años noventa, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus iniciales en inglés)<sup>20</sup> y el Tribunal Internacional Penal para Rwanda (ICTR, por sus iniciales en inglés)<sup>21</sup>. Puesto que estos

15 *The Nurnberg Trial*, 6 F.R.D. 69, 76 (1946).

16 For overviews see generally Matthew Lippmann, *War Crimes Trials of German Industrialists: The «Other Schindlers»*, 9 TEMP. INT'L. & COMP. L.J. 173 (1995); Kyle Jacobson, *Doing Business with the Devil: The Challenges of Prosecuting Corporate Officials Whose Business Transactions Facilitate War Crimes and Crimes Against Humanity*, 56 A. F. L. REV. 167, 167-99 (2005).

17 *Nuremberg Charter, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, Charter II, art. 6, entered into force Aug. 8, 1945*, 82 U.N.T.S. 280.

18 See *Prosecutor v. Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, ¶193 n. 217 (Dec. 10, 1998), reprinted in 38 I.L.M. 317, ¶193 n. 217 (1999).

19 *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, [1950] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N, 377, U.N. Doc. A/CN. 4/SER.A/1950/Add. 1.

20 Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, U.N. Doc. S/25704 at 36, annex (1993) and S/25704/Add.1 (1993), adopted by Security Council on May 25, 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993) [hereinafter ICTY Statute].

21 Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en Territorio de Rwanda y a Ciudadanos de Rwanda Responsables de Genocidio y otras Violaciones de esa Naturaleza cometidas en Territorio de Estados Vecinos entre el 1ro de enero y el 31 de diciembre de 1994, as adopted by U.N. Security Council Res. 955, Annex (1994), U.N. Doc. S/RES/955, Nov. 8, 1994 [hereinafter ICTR Statute].

tribunales se establecieron no por tratado sino por resolución del Consejo de Seguridad, el secretario general de las Naciones Unidas informó que las disposiciones del estatuto del ICTY sobre la responsabilidad individual penal buscaban «codificar normas existentes del Derecho internacional consuetudinario»<sup>22</sup>. Los estatutos, tanto del ICTY como del ICTR, imponen la responsabilidad individual penal en quienquiera haya «ayudado o alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes» de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad<sup>23</sup>.

De manera similar, pero con mayor precisión, el Proyecto del Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la CDI en 1996, propone imponer la responsabilidad penal por el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra —así como por otros crímenes— en quienquiera que «a sabiendas es cómplice, o de otro modo contribuye de manera directa y sustancial, en la comisión de un crimen, incluso suministrando los medios para su comisión»<sup>24</sup>. El ICTY considera que el Proyecto del Código de la CDI es un «instrumento internacional autoritativo»<sup>25</sup>.

Más recientemente, en 1998, el Estatuto de Roma de la CPI impuso la responsabilidad penal en quien «sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo» en la comisión de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad<sup>26</sup>.

En fin, no se puede cuestionar seriamente que el Derecho internacional penal, en materia de los derechos humanos, impone la responsabilidad individual penal en los cómplices.

### C. Jurisprudencia internacional sobre el criterio para *mens rea* en la complicidad: ¿conocimiento o propósito?

La complicidad tiene dos elementos: la conducta del cómplice (*actus reus*) y su estado mental (*mens rea*)<sup>27</sup>. Existe poca controversia, en el Derecho internacional penal, acerca de que el *actus reus*, tal y como se resumió por la frecuentemente citada Sentencia de la Cámara de Juicios del ICTY en el caso Furundzija, signifique prestar «apoyo

22 The Secretary-General, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808*, ¶ 29, U.N. Doc. S/25704 (May 3, 1993).

23 ICTY Statute, *supra* note 20, art. 7.1; ICTR Statute, *supra* note 21, art. 6.1.

24 Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, [1996] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n., ch. 2, arts. 2(3)(d), 17, 18, 20, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part. 2), <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_4\\_1996.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf)>. Traducción propia autorizada.

25 Prosecutor v. Furundzija, Case N° IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, ¶ 227 (Dec. 10, 1998), reprinted in 38 I.L.M. 317, ¶ 227 (1999).

26 ICC Statute, art. 25.3(c), *infra* note 35, (quoted in full *infra* note 36). La penalización del «encubridor» es explícita en la versión española, pero no así en las versiones oficiales en inglés («aids, abets or otherwise assists») o francés («son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance»).

27 *Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 191, 236.

práctico, alentamiento, o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración del crimen»<sup>28</sup>.

La cuestión más debatida es si el cómplice necesita contar con el simple conocimiento de que sus acciones facilitarían la comisión del delito, o si necesita tener el propósito de facilitar el crimen. Varios casos de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial empleaban un estándar de mero conocimiento. Por ejemplo, en el antes citado caso de Zyklon B, los fiscales ante el tribunal militar británico: «[...] did not attempt to prove that the accused acted with the intention of assisting the killing of the internees. It was accepted that their purpose was to sell insecticide to the SS (for profit, that is a lawful goal pursued by lawful means). The charge as accepted by the court was that they knew what the buyer in fact intended to do with the product they were supplying»<sup>29</sup>.

En el caso del Einsatzgruppen, el tribunal militar americano también utilizó el criterio del conocimiento, y no del propósito, para condenar al acusado Fendler:

The defendant knew that executions were taking place. He admitted that the procedure which determined the so-called guilt of a person which resulted in him being condemned to death was «too summary». But, there is no evidence that he ever did anything about it. As the second highest ranking officer in the Kommando, his views could have been heard in complaint or protest against what he now says was a too summary procedure, but he chose to let the injustice go uncorrected<sup>30</sup>.

Luego de revisar estos y otros casos de la posguerra, así como el criterio de «a sabiendas es cómplice, o de otro modo contribuye» del Proyecto del Código de la CDI, la Cámara de Juicios del ICTY adoptó, en el caso Furundzija, el criterio del conocimiento: «The *mens rea* required is the knowledge that these acts assist in the commission of the offence».

28 *Id.* ¶ 235. The «moral support» element, however, has been controversial before U.S. judges, who have rejected it. *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 949, n. 24 (majority opinion), 963 (Reinhardt, J., concurring opinion) (9<sup>th</sup> Cir. 2002) (subsequent history truncated); *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 277 (2d Cir. 2007) (subsequent history truncated) (Katzmann, J., concurring). In the context in which the concept is used in international cases, however, it is defensible. For example, *Furundzija* cites the Synagogue Case, where the German Supreme Court convicted a long-time Nazi militant for aiding and abetting in the destruction of a synagogue. Although the senior Nazi did not physically take part, he was present intermittently at the crime scene, and of course he knew what was going on. *Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 205-207 («It may be inferred from this case that an approving spectator who is held in such respect by the other perpetrators that his presence encourages them in their conduct, may be guilty of complicity in a crime against humanity»).

29 *Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 238. Traducción propia no oficial: «[...] no intentaron probar que el acusado actuaba con el propósito de ayudar en la matanza de los internados. Se reconocía que su propósito era vender insecticida al SS (con fines de lucro, es decir, un fin lícito realizado por medios lícitos). La acusación, tal y como fue admitida por el tribunal, era que de hecho sabían lo que el comprador pretendía hacer con el producto que suministraban». See also Lippman, *supra* note 16, at 181-82.

30 *Trial of Otto Ohlendorf and Others (Einsatzgruppen)*, 4 TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW N° 10, 572 (William S. Hein & Co., Inc. 1997) (1949) quoted in *Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 218. Traducción propia no oficial: «El acusado tenía conocimiento de que se hacían las ejecuciones. Admitió que el procedimiento que dispuso la supuesta culpabilidad de una persona y que resultaba en su condena a la muerte era 'demasiado sumario'. Pero no hay prueba de que él hizo nada al respecto. Al ser el segundo oficial más alto del Comando, podría haber expresado sus criterios para denunciar o protestar en contra de lo que ahora dice era un procedimiento demasiado sumario, pero optó por dejar la injusticia sin corrección».

(«La *mens rea* necesaria es el conocimiento de que estos actos contribuyen a la comisión del delito»)³¹.

Al adoptar este criterio, el ICTY aceptó que los casos no eran uniformes. Citó, pero rechazó, el criterio de propósito utilizado por un tribunal de apelación para anular una condena por un tribunal alemán, en la zona de ocupación francesa, de tres empleadas gubernamentales de bajo rango, a quienes habían ordenado registrar a mujeres judías para hallar joyas y otras cosas de valor antes de su deportación de Francia, desde Vichy hacia Alemania.³² Al declarar a las acusadas no culpables, la corte de apelación falló que el «aider and abettor has to have acted out of the same cast of mind as the principal, i.e., out of an inhuman cast of mind, or, in the case of persecutions, motivated by a political, racist or religious ideology» («el cómplice tiene que actuar con la misma actitud mental que la del principal, es decir, con actitud inhumana o, en el caso de persecuciones, motivado por una ideología política, racista o religiosa»)³³.

En otro caso, llamado el Caso de los Ministerios, un tribunal militar americano en Nuremburgo rechazó el criterio del conocimiento. En ese caso, un ejecutivo del Banco Dresdner fue acusado de dar préstamos, a sabiendas de que los fondos serían utilizados para financiar negocios que contaban con labor de esclavos. El tribunal se negó a condenar al banquero. Explicó:

The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? [...] Loans or sales of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller [...] but the transaction can hardly be said to be a crime [...].³⁴.

Si bien Furundzija tiene razón al evaluar que la mayoría de la jurisprudencia de posguerra aplicaba el criterio del conocimiento, hay que admitir que la jurisprudencia no era uniforme. Por lo menos algunos casos de posguerra insisten en que el cómplice debe tener además un propósito criminal.

31 *Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 249. Traducción propia no oficial.

32 *Id.* ¶ 224, n. 247, ¶ 225, ¶ 240, n. 262, (quoting LG Hechingen, 28.6.1947, KIs 23/47 and OLG Tubingen, 20.1.1948, Ss 54/47 (decision on appeal), reported in Justiz und NS-Verbrechen, case 022, Vol. I, 469 ff, 498).

33 *Id.* ¶ 225. Traducción propia no oficial.

34 *United States v. von Weizsaecker (The Ministries Case)*, 14 TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG MILITARY TRIBUNALS UNDER CONTROL COUNCIL LAW N° 10, 308, 622 (William S. Hein & Co., Inc. 1997) (1949), quoted in *Khulumaniv. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 292-93 (2d Cir. 2007), (subsequent history truncated) (Korman, J., concurring in part and dissenting in part). Traducción propia no oficial: «La pregunta real es: ¿es un delito otorgar un préstamo, a sabiendas o con buen motivo para creer, que el prestatario utilizará los fondos para financiar negocios que utilicen mano de obra violando el Derecho nacional o internacional? [...] Préstamos o ventas de comodidades para ser utilizadas en un negocio ilícito, bien pueden ser condenadas por un criterio moral, y no reflejan nada positiva en quien presta o venta [...] pero apenas se puede calificar de criminal a la transacción».

D. La Corte Penal Internacional: un criterio de propósito  
Pocos meses antes de que la Cámara de Juicios del ICTY en Furundzija adoptara el criterio de *conocimiento* para la *mens rea* de los cómplices, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptó un criterio de *propósito* para algunos, pero no todos, los casos de complicidad<sup>35</sup>. El artículo 25 (3) (c) del Estatuto de la CPI penaliza a quien «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 suministrando los medios para su comisión [...]» (énfasis nuestro)<sup>36</sup>.

A estas alturas, parece sorprendente este criterio. Tan solo hacía dos años, como hemos visto, la respetada Comisión de Derecho Internacional, en el Proyecto del Código, adoptó el criterio de complicidad «a sabiendas» del crimen. ¿Entonces cómo es que la CPI salió con un criterio de «propósito»?

Los trabajos preparatorios revelan que el criterio de propósito no se adoptó antes de la Conferencia Diplomática en Roma de 1998. Varios borradores previos, incluso el proyecto final entregado a los negociadores en Roma por la Comisión Preparatoria en 1998, redactaron entre corchetes el texto de lo que finalmente apareció en el artículo 25 (3) (c). El texto entre corchetes —los cuales indicaban desacuerdo entre quienes elaboraban el borrador del Estatuto— habría penalizado a quien «[con [intención] [conocimiento] para facilitar la comisión de tal crimen,] sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión [...]»<sup>37</sup>.

Así, durante años, hubo un desacuerdo entre quienes apoyaban el criterio de «conocimiento» y los partidarios de un criterio de «intención» (en inglés, *intent*). No se resolvió el debate hasta la Conferencia Diplomática en Roma. Al fin, no se seleccionó ni el uno ni la otra. En lugar de ambos, apareció el criterio de «propósito» (en inglés, *purpose*).

¿Por qué? No encuentro explicación autorizada alguna. El profesor de Derecho de la Universidad DePaul (Chicago), M. Cherif Bassiouni, quien presidió la comisión de elaboración durante la conferencia,

35 Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations Diplomatic Conference on Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, adopted July 17, 1998, entered into force, July 1, 2002, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 21, art. 25 (3) (c), 37 I.L.M. 999 (1998) [hereinafter ICC Statute]. Curiously, the Furundzija Court, although citing art. 25 of the then new ICC Statute in regard to *actus reus*, did not discuss it in regard to *mens rea*, in regard to which it cited only article 30 of the ICC Statute, dealing with knowledge and intent. Furundzija, Case N° IT-95-17/1-T, ¶ 231, 243-45.

36 ICC Statute, *supra* note 35, art. 25 (3) (c) provides: «In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: [...] (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission [...]».

37 M. Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute*, 194 (2005), (1998 Preparatory Committee Draft art. 23.7(d)); see *id.* at 197 (Zutphen Draft art. 17.7(d)); see *id.* at 198 (Decisions Taken By Preparatory Committee In Its Session Held 11 to 21 February 1997, article B (d)) («intención» es una traducción propia no oficial de la palabra inglesa *intent*); see also *id.* at 203 (1996 Preparatory Committee, Proposal 3.2 «An accomplice is a person who knowingly, through aid or assistance, facilitates the preparation or commission of a crime»).

explica que la decisión se tomó no por su comisión, sino por el Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal<sup>38</sup>, presidido por Per Saland, director del Departamento de Derecho Internacional y de los Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Extranjeros de Suecia<sup>39</sup>. En una compilación de informes sobre la elaboración del Estatuto, editada por el secretario ejecutivo de la Conferencia Diplomática, Saland comenta sobre el artículo 25, pero no sobre el artículo 25 (3) (c) ni sobre cómo el debate entre «conocimiento» e «intención» terminó con «propósito»<sup>40</sup>.

El profesor Bassiouni cree que el debate tenía que ver con las diferencias entre los abogados del *Civil Law* y del *Common Law*, y con distintas comprensiones de lenguaje<sup>41</sup>. En todo caso, parece que el sentido del texto final salió igual en los dos idiomas oficiales de trabajo de la Conferencia: *purpose* en inglés y una frase equivalente en francés<sup>42</sup>.

El profesor Kai Ambos, un experto ampliamente conocido, quien era miembro de la delegación alemana durante la Conferencia de Roma y estaba en condiciones de conocer, explica que el criterio de *purpose* se tomó del Código Penal Modelo del Instituto Americano de Derecho de los Estados Unidos<sup>43</sup>. Adoptado originalmente en 1962, el Código Modelo precisa el criterio de *purpose* para la complicidad de la siguiente manera: «Section 2.06. Liability for Conduct of Another; Complicity. [...] (3) A person is an accomplice of another person in the commission of an offense if: (a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he [...] (ii) aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it [...]»<sup>44</sup>.

La explicación del profesor Ambos se apoya en la semejanza lingüística que comparten el Código Penal Modelo 2.06 (3) (a) («purpose of promoting or facilitating the commission of the offense») y el Estatuto de la CPI, artículo 25 (3) (c) («purpose of facilitating the commission of such a crime») <sup>45</sup>.

38 Entrevistatelefónica con el profesor Cherif Bassiouni, de DePaul University, College of Law, Chicago, 22 de febrero de 2008.

39 See *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute xviii* (Roy S. Lee ed., 1999) [hereinafter Lee].

40 *Id.* at 198-200.

41 Entrevistatelefónica con el profesor Cherif Bassiouni, de DePaul University, College of Law, Chicago, 22 de febrero de 2008.

42 The equally authoritative French text of the first clause of article 25 (3) (c) reads, «En vue de faciliter la commission d'un tel crime [...]». Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 25(3)(c) (July, 7 1998), available at <<http://www.icrc.org/DIH.nsf/WebART/585-50025?OpenDocument>>. This might literally be translated, «With a view toward facilitating the commission of such a crime [...]». A more accurate translation is probably, «With the aim of facilitating the commission of such a crime [...]».

43 Ambos Kai, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, 10 CRIM. L.F. 1, 10 (1999). Professor Dr. Ambos is the Chair of Criminal Law, Criminal Procedure, Comparative Law and International Criminal Law at the Georg-August-Universität Göttingen in Germany.

44 MODEL PENAL CODE: OFFICIAL DRAFT AND EXPLANATORY NOTES 29-30, § 2.06 (1985) (as adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute) [hereinafter MODEL PENAL CODE]. Traducción propia oficial: «Sección 2.06. Responsabilidad por la conducta de otro; complicidad [...] (3) Una persona es cómplice de otra persona en la comisión de un crimen si: (a) con el propósito de promover o facilitar la comisión del crimen, esta [...] (ii) ayuda o intenta ayudar a la otra persona en planificarlo o cometerlo [...]».

45 See full text of ICC Statute art. 25 (3) (c), *supra* note 36.

La pregunta, pues, es qué significa el criterio de «propósito»<sup>46</sup>. Según el Código Penal Modelo, una persona actúa a propósito (*purposely*) si tiene el «objeto consciente» (*conscious object*) de provocar un resultado determinado<sup>47</sup>. Para ser cómplice, en el sentido de dicho Código, hace falta un objetivo consciente: el de contribuir a la comisión del delito principal.

Sin embargo, esta definición no necesariamente fue importada al Estatuto de Roma. El Estatuto de la CPI es un tratado. En el Derecho internacional, la regla general es que un tratado debe ser interpretado «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»<sup>48</sup>. El trabajo preparatorio de un tratado es solo un medio «suplementario» de interpretación; se consulta solamente para «confirmar» el significado que resulta de la regla general o en caso de que la regla general genere una interpretación ambigua o manifiestamente absurda<sup>49</sup>.

El trabajo preparatorio solo confirma el sentido que resulta de la regla general porque el «sentido corriente» de «propósito» es que la persona conscientemente intenta provocar el resultado pertinente<sup>50</sup>.

Aun así, «propósito», en el Estatuto de la CPI, no necesariamente implica un propósito exclusivo o principal. Un propósito secundario, incluso uno que se infiere del conocimiento de los resultados probables de un aporte, debe ser suficiente. Pensemos, por ejemplo, en el caso *Zyklon B*. El tribunal aceptó que el propósito de los acusados en vender *Zyklon B*, mientras sabían que iba a ser utilizado en las cámaras de gas, era lucrar. Hasta donde sabía el tribunal, los acusados podrían ser totalmente indiferentes al propósito de Hitler de eliminar a los judíos; solo querían enriquecerse de la matanza resultante. No obstante, por el hecho de suministrar gas a sabiendas de que sería utilizado para matar a seres humanos, puede inferirse que uno de sus propósitos —admitidamente secundario— era alentar la continuación de las matanzas de los judíos. Solo así podrían seguir vendiendo grandes cantidades de gas a los nazis, con fines de lucro. Dicho de otro modo, si se terminan las matanzas, también se terminan las ganancias<sup>51</sup>.

46 ICC Statute *supra* note 35, at 24, arts. 30.2, 30.3. The ICC Statute defines «knowledge» and «intent», but not «purpose». The word «purpose» is not used elsewhere in the substantive criminal articles of the Statute, except in article 25(3) (d). See full text *infra* note 54.

47 MODEL PENAL CODE § 2.02 (2) (a) («A person acts purposely with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist»).

48 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S.331 [hereinafter Vienna Convention].

49 *Id.* art. 32 («Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable»).

50 The first definition of «purpose» in Merriam-Webster's Online Dictionary, for example, is «something set up as an object or end to be attained». Merriam-Webster's Online Dictionary Definition of Purpose, available at <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/purpose>>.

51 Cf. *Direct Sales Co. v. U.S.*, 319 U.S. 703, 713 (1943). In upholding the conspiracy conviction of a drug company that supplied obviously excessive quantities of morphine to a physician who it must have known was

Esta parece ser la única interpretación razonable de «propósito», si se interpreta el artículo 25 (c) tal y como hay que interpretarse, conforme con el «objeto y fin» del Estatuto de Roma<sup>52</sup>. El objeto del Estatuto es que «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo [...]»<sup>53</sup>. Difícilmente se cree que los negociadores habrían pensado que los responsables de suministrar gas fatal a las cámaras de gas, aun con el fin principal de producir ganancias, resultarían impunes.

Otra disposición del artículo 25 (artículo 25 (3) (d)) ofrece una teoría alternativa de responsabilidad si un «grupo de personas» actúa con una «finalidad común»<sup>54</sup>. Quien intencionalmente contribuye, por el grupo, a un crimen es responsable penalmente, bien si lo hace con el «propósito» de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, bien si lo hace «a sabiendas» de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen<sup>55</sup>. Así, el Estatuto de la CPI considera que el mero *conocimiento* basta para imponer responsabilidad penal a quien es cómplice de un crimen cometido por un grupo<sup>56</sup>.

Per Saland, el diplomático sueco quien presidió el grupo de trabajo en Roma, explica que esta disposición emergió de un debate sobre incluir o no la figura penal de conspiración, entre abogados del *Common Law*, partidarios de incluirlo, y algunos abogados del Derecho civil, cuyos sistemas no penalizan la conspiración. En Roma, en lo que resultó ser el artículo 25 (3) (d) del Estatuto de la CPI, se optó por la introducción,

---

selling them illegally, the Court inferred criminal intent from the company's knowledge. The Court explained: «When the evidence discloses such a system, working in prolonged cooperation with a physician's unlawful purpose to supply him with his stock in trade for his illicit enterprise, there is no legal obstacle to finding that the supplier not only knows and acquiesces, but joins both mind and hand with him to make its accomplishment possible. The step from knowledge to intent and agreement may be taken. There is more than suspicion, more than knowledge, acquiescence, carelessness, indifference, lack of concern. There is informed and interested cooperation, stimulation, instigation. And there is also a 'stake in the venture' which, even if it may not be essential, is not irrelevant to the question of conspiracy. Petitioner's stake here was in making the profits which it knew could come only from its encouragement of Tate's illicit operations. In such a posture the case does not fall doubtfully outside either the shadowy border between lawful cooperation and criminal association or the no less elusive line which separates conspiracy from overlapping forms of criminal cooperation» (footnote omitted).

52 Convención de Viena, *supra* note 48, art. 31.1.

53 ICC Statute, *supra* note 35, at 4, pmb1.

54 ICC Statute, *supra* note 35, at 22, art. 25.3(d) provides: «In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person [...] (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contributions shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime [...]».

55 ICC Statute, *supra* note 35, art. 25 (3) (d) (i), (ii).

56 Professor Ambos does not agree that article 25 (3) (d) allows mere knowledge to suffice to aid and abet a group crime. Because he reads article 25 (3) (d) to require the «aim» of promoting the crime, he views it as duplicative of article 25 (3) (c), and hence «simply superfluous». Ambos, *supra* note 43, at 12-13. With respect, Professor Ambos' reading is not supported by the text of article 25(3)(d), which makes «knowledge» an alternate theory of liability for aiding and abetting a group crime. ICC Statute, *supra* note 35, art. 25(3)(d). Nor is his reading supported by the general presumption that drafters do not insert superfluous articles. As put succinctly by another scholar, the better reading is that «under the ICC Statute, while intent is required to aid and abet a crime committed by a single person (or a plurality of persons not forming a joint criminal enterprise) [under article 25(3)(c)], knowledge is sufficient to aid and abet a joint criminal enterprise [under article 25(3)(d)]». A. Reggio, *Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen For «Trading With The Enemy» of Mankind*, 5 INT'L CRIM. L. REV. 623, 647 (2005). Reggio suggests that a «possible reason» for the lower mens rea required to aid and abet group crimes is that they are considered «more serious than crimes committed by a single person». *Id.* at 647, n. 102.

«con modificaciones modestas», de una disposición del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas<sup>57</sup>.

En el contexto del Convenio sobre bombas terroristas, se entiende el objeto de esta teoría de responsabilidad penal: quien contribuye a un bombardeo terrorista al aportar, por ejemplo, explosivos o fondos, y conoce la intención del grupo de cometer el crimen, debe ser penalmente responsable.

En el contexto de las empresas, podrían surgir paralelos. Por ejemplo, si un ejecutivo empresarial aporta explosivos o fondos a un grupo paramilitar colombiano, a sabiendas de su intención de asesinar líderes sindicalistas o de bombardear el local de un sindicato, este debe ser penalmente responsable por complicidad en los crímenes. Basta que tenga conocimiento; no hace falta probar que compartía el propósito de asesinar a los sindicalistas —aun cuando esto puede inferirse de las circunstancias—. En algunos casos, entidades gubernamentales también pueden ser lo suficientemente coherentes y criminales para ser calificadas como «grupos», de tal manera que los ejecutivos empresariales que les prestan apoyo, a sabiendas de sus fines criminales, pueden ser procesados penalmente por complicidad<sup>58</sup>.

Resulta que, a pesar del criterio de «propósito» del artículo 25 (3) (c) del Estatuto de la CPI, se puede plantear seriamente la tesis de que el Derecho internacional consuetudinario, evidenciado por la mayoría de

57 Lee, *supra* note 39, at 199-200; see Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 2 (3) (c), Jan. 8, 1998, G.A. Res. 164, U.N. GAOR, 52nd Sess., Supp. N° 49, at 389, U.N. Doc. A/52/49 (1998) (making criminally responsible anyone who, «(c) In any other way contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article by a group of persons acting with a common purpose; such contributions shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned»).

58 Articles 9 and 10 of the Nuremberg Charter allowed the International Military Tribunal to declare a «group or organization» criminal. The Nurnberg Trial 1946, 6 F.R.D. 69, 131 (1946). The Tribunal's Judgment defined groups based on whether they had a common criminal purpose or activity, whether they committed crimes as a group rather than merely as a collection of individuals, and whether the group's members participated knowingly and voluntarily at a responsible level. The Tribunal viewed «group» as a «wider and more embracing term than 'organization'». *Id.* at 146. In either case, the Tribunal explained, «A criminal organization is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is cooperation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter». *Id.* at 132. The Tribunal found some but not all of the accused government agencies to be criminal groups in this sense. Finding that the Gestapo and SD were used for criminal purposes after 1939, the Tribunal declared to be criminal «the group composed of those members» who held positions above a certain level after 1939 and who became or remained members with knowledge that the group was being used to commit crimes under the Charter, or who were «personally implicated as members of the organization in the commission of such crimes». *Id.* at 139-40. On the other hand, neither Hitler's Cabinet nor the military high command were deemed to be groups. After 1937 the Cabinet never «really acted as a group or organization». It never met and was «merely an aggregation of administrative officers subject to the absolute control of Hitler». Although «[a] number of the cabinet members were undoubtedly involved in the conspiracy to make aggressive war [...] they were involved as individuals, and there is no evidence that the cabinet as a group or organization took any part in these crimes». *Id.* at 144-45. In the case of the military high command, the Tribunal noted that «their planning at staff level, the constant conferences between staff officers and field commanders, their operational technique in the field and at headquarters was much the same as that of the [...] forces of all other countries». It continued, «To derive from this pattern of their activities the existence of an association or group does not [...] logically follow. On such a theory the top commanders of every other nation are just such an association rather than what they actually are, an aggregation of military men, a number of individuals who happen at a given period of time to hold the high-ranking military positions». *Id.* at 146.

la jurisprudencia de posguerra de la Segunda Guerra Mundial, por la jurisprudencia de la ICTY<sup>59</sup> y de la ICTR<sup>60</sup>, por el Proyecto del Código de la CDI y por los crímenes de grupo del artículo 25 (3) (d) del Estatuto de Roma, establece el criterio de conocimiento, y no de propósito, para la *mens rea* de un cómplice.

Además, incluso en el supuesto de que se siguiera una interpretación más estrecha del Derecho internacional consuetudinario para efectos del ATS en los Estados Unidos (véase más adelante), y por consiguiente se adoptara el criterio más alto del artículo 25 (3) (c) del Estatuto de la CPI —que es necesario que el cómplice tiene el propósito de facilitar el crimen—, tal propósito no necesariamente tendría que ser exclusivo o principal. Quien vende gas a los operadores de las cámaras de gas, con el fin principal de obtener lucro, pero a sabiendas de las consecuencias criminales, bien puede tener un propósito secundario de facilitar la continuación de la matanza para continuar en el negocio lucrativo. Tal comerciante es cómplice de los asesinos principales por las muertes. Ni el Estatuto de la CPI, ni cualquier otra fuente del Derecho internacional, debe interpretarse en sentido contrario.

### E. Responsabilidad de las empresas en el Derecho internacional penal

Por lo general, no se puede procesar a las empresas ante tribunales internacionales penales, y el Derecho internacional penal no responsabiliza a las empresas. La Carta de Nuremburgo sí autorizó al Tribunal Internacional Militar a declarar la criminalidad de «grupos u organizaciones». Sin embargo, el Tribunal pudo declarar así solo en el transcurso de un proceso en contra de un «individuo»<sup>61</sup>. Más aún, la única consecuencia de declarar la criminalidad de una organización no era castigarla, sino permitir enjuiciar a sus miembros por pertenecer a ella, sin la necesidad de probar de nuevo la «naturaleza criminal» de la organización<sup>62</sup>. El Tribunal de Nuremburgo, así, declaró la criminalidad de los grupos integrados por los miembros voluntarios que conocían las actividades criminales —y en algunos casos solo los miembros de mayor rango— del cuerpo de liderazgo del Partido Nazi y del SD, SS y la Gestapo<sup>63</sup>.

Con esta excepción parcial, las únicas personas procesadas en Nuremburgo eran personas naturales. De igual manera, los estatutos de los tribunales internacionales penales para Rwanda y la ex Yugoslavia, al igual que el Estatuto de la CPI, establecen jurisdicción penal solo sobre

59 *Prosecutor v. Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, ¶ 193 n. 217 (Dec. 10, 1998), reprinted in 38 I.L.M. 317, ¶ 193 n. 217 (1999); see also *Prosecutor v. Krstic*, Case N° IT-98-33-A, Appeals Judgment, ¶¶ 134, 143 (Apr. 19, 2004); see also *Prosecutor v. Tadic*, Case N° IT-94-1-T, Trial Chamber Judgment, ¶ 674 (May 7, 1997).

60 See, e.g., *Prosecutor v. Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, Judgment, ¶ 545 (Sept. 2, 1998).

61 Nuremberg Charter, *supra* note 17, art. 9.

62 *Id.* art. 10.

63 The Nurnberg Trial 1946, 6 F.R.D. at 131-46.

personas naturales<sup>64</sup>. Los motivos son, en parte, las objeciones filosóficas de algunos Estados al procesamiento de personas jurídicas<sup>65</sup> y, por otra parte, el hecho de que solo en algunos sistemas nacionales de justicia —entre ellos los Estados Unidos— se permite procesar penalmente a las empresas per se.

Per Saland describe los intentos infructuosos de someter a las «entidades jurídicas» a la jurisdicción de la CPI durante la Conferencia de Roma. Explica que un tema muy difícil a lo largo de la Conferencia era:

[...] incluir o no la responsabilidad penal de las entidades jurídicas [...] Este asunto dividió profundamente a las delegaciones. Para los representantes de países cuyo sistema legal no contempla la responsabilidad penal de las entidades jurídicas, era difícil aceptar la inclusión, la cual llevaría consecuencias importantes para el tema de la complementariedad. Otros favorecían fuertemente la inclusión, por motivos de eficiencia [...].

Entre los últimos opositores se encontraban los países nórdicos, Suiza, la Federación Rusa y Japón. Algunos otros países se opusieron a la inclusión, por motivos [...] procesales. El tiempo se acababa [...] Finalmente se reconoció que el tema no se podía resolver por consenso en Roma [...] <sup>66</sup>.

Se entiende que los países cuyo Derecho interno no autoriza procesar penalmente a las empresas se oponen a procesarlas ante la CPI. La jurisdicción de la CPI se fundamenta en el concepto de la «complementariedad»: la CPI ejerce jurisdicción solo cuando los sistemas nacionales de justicia carecen de la voluntad o de la capacidad de hacerlo<sup>67</sup>. Puesto que los países cuyos sistemas internos no permiten procesos penales en contra de las empresas son incapaces de procesarlas, la CPI tendría jurisdicción sobre todos los casos contra empresas en tales países. Permitir procesar las empresas ante la CPI evadiría el equilibrio esencial entre la soberanía nacional y la jurisdicción internacional.

Podría interpretarse que la oposición no era tanto sobre principios, sino sobre factibilidad: no había tiempo durante las cinco semanas de la Conferencia de Roma para modificar la legislación interna. Lo más probable

64 ICTY Statute, *supra* note 20, art. 6; ICTR Statute, *supra* note 21, art. 5; ICC Statute, *supra* note 35, art. 25(1).

65 The argument is that individuals, but not abstract legal entities, can bear moral responsibility and hence deserve criminal conviction. See BASSIOUNI M.C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* 378 (Kluwer Law Int. 2d ed. 1999).

66 Lee, *supra* note 39, at 199 (cita omitida). Traducción propia no autorizada de lo siguiente: «[...] whether to include criminal responsibility of legal entities [...] This matter deeply divided the delegations. For representatives of countries whose legal system does not provide for the criminal responsibility of legal entities, it was hard to accept its inclusion, which would have had far-reaching legal consequences for the question of complementarity. Others strongly favored the inclusion on grounds of efficiency [...] Among the last opponents were Nordic countries, Switzerland, the Russian Federation and Japan. Some other countries opposed inclusion on procedural [...] grounds. Time was running out [...]. Eventually, it was recognized that the issue could not be settled by consensus in Rome [...]».

67 ICC Statute, *supra* note 35, art. 17.

es que tenía que ver con ambos factores: las tradiciones jurídicas de larga data generan partidarios filosóficos. En todo caso, la jurisdicción de los tribunales internacionales penales no existe ni en la actualidad ni, a lo mejor, en el futuro cercano.

No obstante, esto no significa que el Derecho penal internacional ignore la responsabilidad de las empresas. Hace una década, existía una tendencia ampliamente consensuada del Derecho internacional para imponer responsabilidad penal o civil, preferiblemente penal, en las personas jurídicas que sean cómplices de violaciones de tratados. Cuando menos, cuatro tratados recientes —la Convención sobre Soborno de Oficiales Extranjeros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD por sus iniciales en inglés) de 1997<sup>68</sup>; el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo de la ONU, de 1999<sup>69</sup>; la Convención contra el Crimen Transnacional Organizado de la ONU, de 2000; y el Protocolo sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución y la Pornografía de la ONU, de 2000<sup>70</sup>— obligan a los Estados parte a imponer sanciones criminales a personas jurídicas o, de no ser posible en el Derecho interno, sanciones no criminales, de acuerdo con los principios jurídicos locales.

El patrón fue iniciado por la Convención de la OECD, la cual deja clara la preferencia en favor de sanciones penales: «En el caso de que en el sistema legal de una Parte la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte asegurará que las personas jurídicas serán sometidas a sanciones no penales, eficaces, proporcionales y disuasivas»<sup>71</sup>.

Existen disposiciones similares en los tratados de la ONU sobre financiación de terrorismo y crimen transnacional organizado<sup>72</sup>, los cuales también imponen sanciones a las personas jurídicas que sean cómplices

68 Organization for Economic Cooperation and Development, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, art. 2, Nov. 21, 1997, DAF/IME/BR(97)20, [hereinafter Bribery Convention] (entered into force Feb. 15, 1999, art. 2 provides «Each party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons [...]»). The Convention has 37 states parties, including the US, as of June 19, 2007. See ratification table at <<http://www.oecd.org/dataoecd/59/13/1898632.pdf>> (last visited Feb. 23, 2008).

69 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5, Dec. 9, 1999, G.A. Res. 109, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. N° 49, at 408, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (1999) [hereinafter Financing Terrorism Convention] (entered into force April 10, 2002, art. 5(3) mandates «effective, proportional and dissuasive criminal, civil or administrative sanctions»).

70 Convención Contra el Crimen Transnacional Organizado, art. 10, Nov. 15, 2000, G.A. res. 55/25, annex I, 55 U.N. GAOR Supp. (N° 49) at 44, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I) (2001) [hereinafter Transnational Organized Crime Convention], (entered into force Sept. 29, 2003, Art. 10(4) specifies that States must impose «effective, proportional and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions»); 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 3.4, 25 de mayo de 2000, As. Gen. ONU, Res. A/RES/54/263 (en vigor desde el 18 de enero de 2002). El artículo 3.4 precisa: «Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa».

71 Bribery Convention, *supra* note 68, art. 3(2). Traducción propia no oficial de lo siguiente: «In the event that under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportional and dissuasive non-criminal sanctions».

72 Transnational Organized Crime Convention, *supra* note 70, art. 10(4); Financing Terrorism Convention, *supra* note 69, art. 5(3).

de violadores<sup>73</sup>. Estos principios son ahora ampliamente aceptados en el mundo: los dos tratados de la ONU cuentan con 132 y 160 Estados parte, respectivamente, entre ellos los Estados Unidos<sup>74</sup>. Además, el Protocolo sobre Venta de Niños, Prostitución y Pornografía obliga a sus 131 Estados parte a imponer «responsabilidad», que según la ley nacional puede ser «penal, civil o administrativa», en personas jurídicas que sean «cómplices» en las violaciones<sup>75</sup>.

### III. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR COMPLICIDAD BAJO EL *ALIEN TORT STATUTE*

El Estatuto sobre Daños contra Extranjeros (*Alien Tort Statute* en inglés, o ATS), adoptado hace dos siglos, otorga a los tribunales federales de los Estados Unidos «jurisdicción sobre cualquier demanda civil de un extranjero, solo por los daños causados por violación de la ley de naciones o de un tratado de los Estados Unidos»<sup>76</sup>. Hay debate sobre la medida en que existe responsabilidad empresarial, bajo el ATS, por complicidad en violaciones de derechos humanos en el extranjero. En la parte A se resume la jurisprudencia hasta la fecha. En la parte B se sostiene que sí se puede responsabilizar a las empresas por complicidad bajo el ATS. La parte C reitera brevemente que, en la medida que el tema bajo el ATS depende del Derecho internacional, el criterio para complicidad debe ser que el cómplice tiene *conocimiento* del crimen, y no necesariamente el *propósito* de facilitararlo.

#### A. Jurisprudencia

La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha aclarado cómo resolver los casos bajo el ATS en contra de las empresas por complicidad en las violaciones de los derechos humanos en el extranjero. La Corte enfocó el tema del ATS solamente en 2004 en el caso de *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>77</sup>. Este resultó del secuestro de un ciudadano mexicano en México por mexicanos contratados por la agencia antidrogas de los Estados Unidos (*Drug Enforcement Agency*, en inglés, o DEA). El señor Sosa y

73 Financing Terrorism Convention, *supra* note 69, arts. 5(a) (accompliceliability), 5(c) (intentionally contributing to commission of crime by a group with a common purpose, as quoted at note 57 *supra* from the parallel language in the Terrorist Bombing Convention); Transnational Organized Crime Convention, *supra* note 70, art. 5 (1) (b) (aiding or abetting).

74 The Transnational Organized Crime Convention has 138 States Parties through November 15, 2007, while the Financing of Terrorism Convention has 169 States Parties through June 30, 2009. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, available at <http://untreaty.un.org/> (last visited Apr. 21, 2008). The US ratified the Terrorism Financing Convention on June 26, 2002, and the Transnational Organized Crime Convention on November 3, 2005.

75 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, 25 de mayo de 2000, G.A. Res. 54/263, Annex II, 54 U.N. GAOR Supp. (N° 49) at 6, U.N. Doc. A/54/49, Vol. III (2000) (entered into force Jan. 18, 2002). El Protocolo cuenta con 131 Estados parte al 30 junio de 2009. See ratification table at <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11\\_c.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11_c.htm)> (last visited 6 March 2008).

76 Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350 (2007). Traducción propia no oficial de lo siguiente: «[...]jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

77 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). The Court also briefly considered an issue of jurisdiction over ATS claims in *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 484-85 (2004).

otros supuestamente secuestraron al señor Álvarez Machaín en México, lo detuvieron una noche en un hotel, lo llevaron por avión a Tejas y allí lo entregaron a la DEA<sup>78</sup>.

Posteriormente, Álvarez Machaín demandó a Sosa por detención arbitraria bajo el ATS. La Corte Suprema falló que, en el Derecho internacional, no existe responsabilidad por una detención menor de un día, seguida por la entrega a las autoridades competentes y una audiencia judicial sin demora<sup>79</sup>. No obstante, seis de los nueve magistrados fallaron además que, bajo mucha cautela, los tribunales en ejercicio de su jurisdicción bajo el ATS pueden crear nuevos derechos reclamables en el *Federal Common Law*, por «cualquier violación del Derecho internacional actual», siempre que se trate de la violación a «una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad comparable a las figuras paradigmáticas del siglo XVIII [violaciones de salvaconductas o de los derechos de embajadores y piratería]»<sup>80</sup>.

Varias normas del Derecho internacional consuetudinario —tales como prohibiciones del genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura y labor forzada— parecen contar con aceptación amplia y definición clara, lo suficiente para satisfacer el criterio de la Corte<sup>81</sup>.

En caso de violaciones de tales normas por gobiernos o por grupos rebeldes o paramilitares extranjeros con la complicidad de empresas privadas, vale preguntarse si estas últimas pueden ser demandadas bajo el ATS. Con excepción de dos notas a pie de página, en Sosa la Corte Suprema no aclaró la respuesta. En la primera, la Corte dejó claro que no basta con identificar una norma internacional aceptada y definida, sino que hay que tomar en cuenta si se aplica solamente a los Estados o si se aplica también a los actores privados<sup>82</sup>. En la otra, la Corte ordenó que, sobre la base de casos específicos, los tribunales deben otorgar «peso serio» a los criterios del Ejecutivo sobre el impacto en la política exterior del litigio sobre el *apartheid* y casos similares<sup>83</sup>. En términos prácticos, en

78 *Id.*

79 *Id.* at 697, 712, 738.

80 *Id.* at 724-25. Traducción propia no oficial de lo siguiente: «Courts may create causes of action under federal common law for 'any claim based on the present-day law of nations', so long as the claim rests on 'a norm of international character accepted by the civilized world and defined with the specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms', 728 (subject to «great caution»).

81 *See id.* at 732 (citing several earlier lower court opinions as «generally consistent» with the standard of general acceptance and specificity of the international norm).

82 Footnote 20 stated: «A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual. Compare *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*. [...] 726 F.2d 774, 791-795 (CA DC 1984) (Edwards, J., concurring) (insufficient consensus in 1984 that torture by private actors violates international law), with *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 239-241 (CA 2 1995) (sufficient consensus in 1995 that genocide by private actors violates international law)». *Id.* at 732, n.20. Justice Breyer, concurring, explained, «The norm must extend liability to the type of perpetrator (*e.g.*, a private actor) the plaintiff seeks to sue». *Id.* at 760.

83 Footnote 21 stated in part: «Another possible limitation that we need not apply here is a policy of case-specific deference to the political branches». *Sosa*, 542 U.S. at 733 n.21. Citing an early stage of the *apartheid* litigation and noting that the South African government and the State Department both opposed it, the Court added, «In such cases, there is a strong argument that federal courts should give serious weight to the Executive Branch's view of the case's impact on foreign policy». *Id.*

casos tales como el litigio sobre el *apartheid*, ante el cual el Departamento de Estado objetó por motivos de su impacto en la política exterior, las objeciones del gobierno pueden suponer un obstáculo grave a las demandas en contra de las empresas por complicidad en violaciones de derechos humanos<sup>84</sup>.

La incertidumbre para los tribunales de menor jerarquía se observa en la multiplicidad de criterios judiciales. Los dos análisis más importantes de la responsabilidad de las empresas por complicidad son la sentencia de un panel del noveno circuito en 2002, en el caso Unocal<sup>85</sup>, y otra de un panel del segundo circuito en 2007, en el litigio sobre el *apartheid* en Sudáfrica<sup>86</sup>.

En el caso de Unocal, habitantes de Burma (Myanmar) fueron alegadamente victimizados por labor forzada, asesinato y violación sexual por fuerzas militares de Burma, contratadas para prestar seguridad en un gasoducto construido por un consorcio en el cual participaba la empresa petrolera Unocal. En una decisión publicada antes de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Sosa, un panel del noveno circuito falló unánimemente que sí se puede demandar a las empresas por ser cómplices de violadores extranjeros de los derechos humanos, y por lo tanto rechazó la solicitud de Unocal de declarar la demanda improcedente<sup>87</sup>. Después de la sentencia en Sosa, Unocal y los demandantes acordaron una resolución amistosa, y conforme a ella se revocó la sentencia previa del noveno circuito<sup>88</sup>.

En el litigio sobre el *apartheid* en Sudáfrica, las víctimas demandaron a docenas de empresas transnacionales por hacer negocios de diversa naturaleza con dicho régimen. En una decisión decretada después de la sentencia en Sosa, un panel dividido del segundo circuito también sostuvo que sí se puede demandar a las empresas por complicidad, y también rechazó la solicitud de los demandados de declarar la demanda improcedente<sup>89</sup>. Por medio de una petición de *certiorari*, las empresas demandadas pidieron la revisión por la Corte Suprema. Después de que cuatro miembros de la Corte recusaron, la Corte carecía de quórum, y por lo tanto dejó en vigor la decisión del segundo circuito sin revisarla<sup>90</sup>.

84 When the Second Circuit reached the issue in *Khulumani*, dissenting Judge Korman thought this language a sufficient signal from the Supreme Court to require dismissal of the case. *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 292, 298 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008). However, the majority did not, leaving the issue to be addressed by the district court on remand. 504 F. 3d at 261 n.9. The majority went so far as to suggest that while the courts should indeed give serious weight to the views of the Executive, to treat them as dispositive would raise serious separation of powers issues. *Id.* at 263 n.14.

85 *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 932 (9th Cir. 2002) (subsequent history truncated).

86 *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom. American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008), *motion to dismiss granted in part and denied in part sub nom. In Re South African Apartheid Litigation*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572 (April 8, 2009), *reconsideration denied*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 47490 (May 27, 2009). See discussion of this case *infra*.

87 See generally *Unocal*, 395 F.3d 932.

88 *Doe I v. Unocal*, 403 F. 3d 708 (9th Cir. 2005), *vacating* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), *and dismissing appeal following settlement of* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

89 *Khulumani*, 504 F.3d 254, 254.

90 *American Isuzu Motors Inc., v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008); Recently a district court, on remand from the Court of Appeals, has made further rulings (discussed below).

Aun cuando cinco de los seis jueces de apelación en estos dos casos sostenían que sí se puede demandar a las empresas por complicidad bajo el ATS, los seis jueces publicaron cinco opiniones divergentes sobre si y bajo qué estándar puede haber responsabilidad empresarial por complicidad. Se dividieron de la siguiente manera:

1. Dos jueces de la mayoría en el caso *Unocal* afirmaron que existe responsabilidad empresarial por complicidad, según el criterio del Derecho internacional, de que el cómplice brinda «ayuda práctica, a sabiendas» de las violaciones de los derechos humanos<sup>91</sup>.
2. El juez Reinhardt acordó en el resultado en *Unocal*, pero opinó que el criterio para complicidad se rige no por el estándar internacional «recién promulgado»<sup>92</sup>, sino por el *Federal Common Law*, según la cual puede haber responsabilidad de acuerdo con tres teorías distintas: empresa conjunta, agencia e indiferencia extrema (*reckless disregard*)<sup>93</sup>.
3. En el litigio sobre el *apartheid*, el juez Katzmann, uno de los dos magistrados quienes rechazaron la solicitud de declarar el caso improcedente, opinó que la responsabilidad empresarial por complicidad sí se rige por el Derecho penal internacional, pero no por el criterio de «ayuda práctica a sabiendas» adoptado en *Unocal*, sino, cuando menos por ahora, por el criterio de que la empresa prestó ayuda con *propósito* de facilitar la violación<sup>94</sup>.
4. Otro juez concurrente en el litigio sobre el *apartheid*, el juez Hall, afirmó que la responsabilidad por complicidad se rige no por el Derecho internacional sino por el *Federal Common Law*; sin embargo, a diferencia del juez Reinhardt en *Unocal*, aceptó un estándar del *Common Law* de «ayuda práctica a sabiendas», sin expresarse sobre las demás teorías de responsabilidad<sup>95</sup>.
5. El juez disidente en la parte pertinente del litigio sobre el *apartheid*, el juez Korman, negó que pueda haber responsabilidad de las empresas bajo el ATS. Aun cuando acordó con el juez Katzmann que la definición de la complicidad es la del Derecho internacional —ayuda práctica con el propósito de facilitar la violación—, afirmó que es aplicable solo a personas naturales y no a las empresas, las cuales nunca tienen responsabilidad por complicidad en el Derecho internacional<sup>96</sup>.

A estas alturas, persisten debates sobre tres temas principales: (1) si existe responsabilidad empresarial bajo el ATS; (2) en caso de que sí, si la

91 *Unocal*, 395 F.3d at 951.

92 *Unocal*, (Reinhardt, J., concurring), 395 F.3d at 963.

93 *Id.* at 963.

94 *Khulumani*, 504 F.3d at 264, 277 (Katzmann, J., concurring).

95 *Id.* at 284, 287, 288-89, (Hall, J., concurring).

96 *Id.* at 292, 321-26, 332-33 (Korman, J., concurring in part and dissenting in part).

responsabilidad por complicidad se rige por el Derecho internacional o por la ley común federal; y (3) si el criterio de complicidad es el conocimiento del crimen, como en *Furundzija*, o el propósito de facilitar el crimen, como en el artículo 25 (3) (c) del Estatuto de la CPI. En adelante, analizaremos el primer tema y luego se agregará una breve observación sobre los demás.

### B. Si hay responsabilidad de empresas por complicidad

Aun cuando había sido adelantado por comentarios académicos<sup>97</sup>, la opinión en parte disidente del juez Korman, en el litigio sobre el *apartheid* de 2007, parece ser la primera en que un juez de apelaciones opina que no hay responsabilidad de empresas por complicidad bajo el ATS<sup>98</sup>. Plantea que, si no hay responsabilidad penal de las empresas en el Derecho internacional penal, y los tribunales estadounidenses se apoyan en el Derecho internacional consuetudinario para fundamentar la jurisdicción bajo el ATS, no puede haber jurisdicción sobre las empresas bajo el ATS<sup>99</sup>.

Tal y como se explica arriba, el juez Korman tiene razón en que el Derecho penal internacional, por lo general, no impone responsabilidad penal a las empresas. Pero el motivo principal, explicado arriba, no es una reticencia especial a imponer normas penales *internacionales* a las empresas. Más bien, el motivo principal es que los sistemas jurídicos *internos* de muchos países no autorizan la responsabilidad penal de las empresas por violar cualquier ley.

No hay problema comparable, pues, en responsabilizar *civilmente* a las empresas para que paguen indemnizaciones monetarias por violaciones de normas internacionales. No conozco sistema alguno en el cual no se permita demandar a las empresas por daños si cometen actos ilícitos por los cuales se podría demandar a una persona natural. Más bien, tal y como se explica arriba<sup>100</sup>, varios tratados ampliamente ratificados en la última década reflejan una preferencia en favor de la responsabilidad penal de las empresas que sean cómplices de violaciones en países donde esto no es posible, y obligan a los Estados, por lo menos, a imponer responsabilidad proporcional de carácter civil o administrativo.

En el Derecho internacional tampoco existe hostilidad ante la necesidad de reparar violaciones de normas internacionales por medio de indemnización monetaria. Al contrario, el Derecho internacional consuetudinario sostiene desde hace mucho tiempo que los daños causados por violaciones de las normas internacionales deben ser reparados, incluso por indemnización monetaria, cuando la restitución integral no

97 Curtis. A. Bradley, Jack L. Goldsmith & David H. Moore, Sosa, *Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie*, 120 HARV. L. REV. 869, 924-29 (2007).

98 Khulumani, 504 F.3d at 292 (Korman, J., concurring in part and dissenting in part).

99 *Id.* at 321-26.

100 See *supra* Part II.E.

275

EMPRESAS MULTI-  
NACIONALES Y  
COMPLICIDAD EN  
VIOLACIONES DE  
LOS DERECHOS  
HUMANOS:  
CONFUSIÓN  
JUDICIAL  
ESTADOUNIDENSE

es factible<sup>101</sup>. En especial, el Derecho internacional en materia de derechos humanos favorece reparaciones amplias, incluso por medio de indemnización monetaria, para víctimas de violaciones graves del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario<sup>102</sup>.

En la actualidad, el argumento en favor de la responsabilidad *civil* de las empresas por daños es bastante fuerte, aun cuando no se puede procesar a las empresas ante los tribunales penales internacionales. Sin embargo, tal como con razón afirma el juez Korman, no se puede responsabilizar a las empresas que ayudaban al *apartheid* por el criterio actual, porque el *apartheid* se terminó antes de la adopción de los tratados recientes<sup>103</sup>. En el litigio sobre el *apartheid*, pues, el tema es si la prohibición de la complicidad por personas jurídicas es una norma internacional nueva e independiente —la cual las empresas no podían violar en los años ochenta— o si, en las demandas para indemnización monetaria, la responsabilidad por complicidad es solamente una medida auxiliar de reparación en contra de quienes prestaron ayuda a los sujetos que sí violaban normas primarias internacionales de la época.

La respuesta, según el ICTR, es que la complicidad no es un «crimen autónomo» en el Derecho internacional: «[...] el acto físico que constituye el acto de complicidad no es criminal en sí, sino que debe su criminalidad al acto cometido por el perpetrador principal [...] El cómplice no ha cometido un crimen autónomo, sino que meramente ha facilitado la actividad criminal de otro»<sup>104</sup>. El ICTY está de acuerdo: «A diferencia de la 'comisión' de un crimen, la complicidad es una forma de responsabilidad accesoria»<sup>105</sup>.

Citando la jurisprudencia tanto del ICTR como del ICTY, el juez Katzmann, uno de los jueces de la mayoría durante el litigio sobre el *apartheid*, elaboró:

Ver la complicidad de esta manera, como teoría para identificar a quien se involucró en un crimen cometido por otro, en vez de un crimen en sí, además ayuda explicar por qué se puede responsabilizar a un actor privado por complicidad en la violación de una norma que presume acción

101 *E.g.*, see generally *Factory at Chorzow, Jurisdiction, Judgment*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) N° 8; *Report of the International Law Commission to the General Assembly, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), G.A. Res. 56/83, Annex, Dec. 12, 2001, as corrected by UN Doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr. 4, arts. 31, 34 and 36.

102 *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 Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005).

103 *Khulumani*, 504 F.3d at 326.

104 *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR N° ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgment, ¶528 (Sept. 2, 1998). Traducción propia no autorizada de lo siguiente: «[...] the physical act which constitutes the act of complicity does not have its own inherent criminality, but rather it borrows the criminality of the act committed by the principal perpetrator [...]. The accomplice has not committed an autonomous crime, but has merely facilitated the criminal enterprise committed by another».

105 *Prosecutor v. Kunarac*, Case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, ¶391 (Feb. 22, 2001). Traducción propia no oficial de lo siguiente: «As opposed to the 'commission' of a crime, aiding and abetting is a form of accessory liability».

del estado o acción bajo el amparo del derecho [...] No importa que el actor privado [...] no puede ser responsabilizado como principal<sup>106</sup>.

Durante el litigio sobre el *apartheid*, el gobierno del presidente Bush argumentó, en calidad de *amicus curiae*, que no se deben permitir demandas en contra de las empresas por complicidad bajo el ATS, fundamentándose en las *relaciones* internacionales, porque existe el riesgo de que permitir tales demandas inevitablemente pondría en tela de juicio la conducta de gobiernos extranjeros en tierra propia, lo que así complicaría las relaciones exteriores de los Estados Unidos<sup>107</sup>.

Sin embargo, ese riesgo se evalúa y se responde mejor sobre los hechos de cada caso y no por un rechazo absoluto de toda demanda bajo el ATS en contra de las empresas, ni mucho menos en contra de cualquier demandado privado<sup>108</sup>.

### C. Si el criterio para complicidad bajo el ATS es el conocimiento o el propósito

Ni la Corte Suprema ni las cortes de apelación han aclarado si el criterio de complicidad bajo el ATS se deriva del Federal Common Law o del Derecho internacional consuetudinario<sup>109</sup>.

En el supuesto de que este debate se resuelva a favor del Derecho internacional, cabe reiterar tres observaciones del análisis anterior. Primero, el peso de las autoridades internacionales favorece el criterio de *conocimiento* adoptado por el ICTY para la *mens rea* de complicidad. Segundo, aun en el Estatuto de la CPI el criterio no es sencillamente el de «propósito» encontrado por el juez Katzmann en una sola cláusula del Estatuto. No solo el artículo 25 (3) (c), con su criterio de propósito, sino también el artículo 25 (3) (d), el cual incluye el criterio de conocimiento para personas quienes colaboran en crímenes cometidos por grupos, debe utilizarse en casos pertinentes. Y tercero, tal y como se ha propuesto arriba, la palabra «propósito» en el Estatuto de la CPI debe interpretarse a la luz del «objeto y fin» del tratado. Así interpretado, basta que la criminalidad sea solamente *un propósito*, no necesariamente el único ni hasta el principal. Además, en todo caso, se podría inferir propósito de conocimiento.

277

EMPRESAS MULTI-  
NACIONALES Y  
COMPLICIDAD EN  
VIOLACIONES DE  
LOS DERECHOS  
HUMANOS:  
CONFUSIÓN  
JUDICIAL  
ESTADOUNIDENSE

106 Khulumani, 504 F.3d at 281. Traducción propia no oficial de lo siguiente: «Viewing aiding and abetting in this way, as a theory of identifying who was involved in an offense committed by another rather than as an offense in itself, also helps to explain why a private actor may be held responsible for aiding and abetting the violation of a norm that requires state action or action under color of law [...]. It is of no moment that a private actor [...] could not be held liable as a principal».

107 Brief for the Petitioners, at 12-14, 18-22, *American Isuzu Motors Inc.*, N° 07-919.

108 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 730 n.21 (2004).

109 *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 286 (2d Cir. 2007) (Hall, J. concurring), *aff'd for lack of quorum sub nom American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008) (subsequent history truncated).

## IV. CONCLUSIÓN

En la actualidad, el principal temor de las empresas multinacionales en cuanto a su posible responsabilidad por complicidad es el riesgo de ser demandadas ante los tribunales de los Estados Unidos, bajo el ATS. No obstante, independientemente de lo que pasa en el litigio actual y futuro bajo el ATS, el tema de la complicidad puede llegar a ser más importante en otros contextos —incluso en la Corte Penal Internacional (para ejecutivos de empresas), en tribunales nacionales de otros países de origen de empresas multinacionales, y en tribunales de países en vías de desarrollo en donde realizan negocios—. Si se logra mayor claridad en las normas sobre la complicidad, especialmente para el elemento de *mens rea*, la seguridad jurídica resultante podría ser beneficiosa y más justa, tanto para los ejecutivos de empresas como para las víctimas de violaciones de derechos humanos, a la vez que se evitarían fricciones innecesarias entre los Estados.

Si la Corte Suprema, en algún futuro, pretende aclarar si existe responsabilidad de actores privados por complicidad bajo el ATS, los siguientes principios del Derecho internacional deben tomarse en cuenta.

- Primero, aun cuando las empresas no pueden ser procesadas, *per se*, ante tribunales penales internacionales, hace mucho tiempo que sus ejecutivos son responsables ante la jurisdicción penal internacional.
- Segundo, hace mucho tiempo que el Derecho internacional reconoce la responsabilidad penal por complicidad.
- Tercero, en la etapa actual del desarrollo del Derecho penal internacional, la responsabilidad *civil* ante tribunales nacionales de las empresas que sean cómplices de violaciones del Derecho penal internacional es ampliamente aceptada y reconocida por el Derecho internacional.
- Cuarto, el Derecho internacional, de manera creciente, promueve ante tribunales nacionales los procesos penales de las empresas que sean cómplices de violaciones del Derecho penal internacional.

Vistos estos principios en combinación, e independientemente de lo que pudiera haber sido el estatus de la responsabilidad empresarial por complicidad en la época del *apartheid*, hoy día las normas internacionales en contra de la complicidad empresarial en casos de violaciones del Derecho penal internacional son ampliamente aceptadas en el plano internacional. Además, se definen con la precisión necesaria según el criterio de *conocimiento* utilizado por el ICTY y el ICTR, y en todo caso según el criterio más estricto de la CPI, para el cual en algunos casos —pero no en todos— se requiere que el cómplice tenga el *propósito* de facilitar el crimen.

Es decir, la complicidad de actores privadas, incluso de empresas y de sus ejecutivos, en crímenes internacionales por violación de derechos humanos, cumple con los requisitos establecidos por la Corte Suprema en el caso *Sosa* para demandas bajo el ATS.

## V. EPÍLOGO: LO MÁS RECIENTE DEL LITIGIO SOBRE EL APARTHEID

Una versión similar del presente texto se publicó en inglés en 2008<sup>110</sup>. Posteriormente, en el litigio sobre el *apartheid* en Sudáfrica, el tribunal federal de primera instancia al cual fue remitido el caso después de la decisión de la Corte de Apelación en 2007 y de la falta de quórum en la Corte Suprema en 2008 publicó una sentencia importante en 2009<sup>111</sup>. Vale mencionarla aquí por su análisis extenso —si bien no siempre persuasivo— del tema de la complicidad. Se trata de una sentencia de primera instancia, que bien podría ser revisada por un tribunal superior en el futuro<sup>112</sup>, además de ser una sentencia sobre la admisibilidad de la demanda. Ahora el caso puede elevarse a juicio y queda por ver si hay pruebas adecuadas para fundamentar la demanda.

Entre otras disposiciones, el tribunal falló que, bajo el ATS, sí se puede demandar a las empresas por complicidad<sup>113</sup>. En cuanto al *mens rea* para tales efectos, sostuvo que debe encontrarse en el Derecho internacional consuetudinario<sup>114</sup>, el cual dispone que el cómplice debe tener *conocimiento* de que su ayuda facilitará el crimen, es decir, que no necesita tener el *propósito* de facilitarlo<sup>115</sup>. Reconoció que el Estatuto de la CPI todavía espera interpretación sobre el criterio de *mens rea* para complicidad y que se lo puede interpretar de manera coherente con las demás fuentes del Derecho internacional<sup>116</sup>. Entre otros motivos para tal conclusión, observó que, a partir del conocimiento, se puede inferir propósito<sup>117</sup>.

Sobre el *actus reus*, adoptó el criterio ampliamente aceptado del ICTY de que el cómplice tiene que rendir «ayuda práctica, alentamiento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración del crimen»<sup>118</sup>. Rechazó que el solo hecho de realizar actividades comerciales

110 Cassel D., «Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts», *Northwestern Journal of International Human Rights*, N° 6, pp. 304-26, 2008.

111 *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom. American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza*, 128 S.Ct. 2424 (2008), *motion to dismiss granted in part and denied in part sub nom. In Re South African Apartheid Litigation*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572 (April 8, 2009), *reconsideration denied*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 47490 (May 27, 2009).

112 Antes del juicio, los demandados solicitaron que el tribunal de primera instancia certificara su decisión para apelación inmediata y que la decisión fuera suspendida, pendiente la apelación. El tribunal desestimó ambas solicitudes. In re South African Apartheid Litigation, 2009 U.S. Dist. LEXIS 45619 (S.D.N.Y. May 27, 2009).

113 *Id.* at 44-46.

114 *Id.* at 48-52.

115 *Id.* at 69.

116 *Id.* at 63-69; véase asimismo 2009 U.S. Dist. LEXIS 45619 (S.D.N.Y. May 27, 2009), pp. 9-13 (negando reconsideración).

117 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572 (April 8, 2009), at 69 (citando la versión previa de este ensayo).

118 *Id.* at 53. Traducción propia de oficial de los siguiente: «[T]he *actus reus* of aiding and abetting in international criminal law requires practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime» (cita omitida).

en un país violador de derechos humanos o de hacer negocios con un régimen violador basta para el *actus reus* de complicidad<sup>119</sup>. Distinguió entre suministrar recursos fungibles, tales como dinero, al delincuente —lo cual, según el tribunal, no llega al nivel suficiente de apoyo— y suministrar recursos que pueden utilizarse directamente en el crimen —como el Zyklon B—, que sí llega a un «efecto sustancial» en el crimen<sup>120</sup>. (Tal distinción, a juicio de este autor, es discutible<sup>121</sup>).

En la aplicación de su interpretación del criterio de «efecto sustancial» para el *actus reus*, el tribunal realizó un análisis pormenorizado de las alegaciones en contra de cada empresa demandada durante el litigio. Por ejemplo, en cuanto a las empresas de automóviles Daimler, Ford y General Motors, el tribunal evaluó que para alegar complicidad bastaba con que su personal de seguridad informara a la policía sudafricana sobre los nombres de activistas anti-*apartheid*, proporcionara información sobre ellos, facilitara las detenciones y hasta participara en los interrogatorios a sabiendas de qué les iba a pasar —tortura y malos tratos—<sup>122</sup>. También eran suficientes, para alegar complicidad, las alegaciones de que esas empresas vendían vehículos militares a las fuerzas armadas sudafricanas, a sabiendas de que tales vehículos darían ayuda sustancial a las ejecuciones extrajudiciales por los militares<sup>123</sup>.

De manera similar, eran suficientes, para alegar complicidad en el *apartheid* y en la desnacionalización arbitraria, las alegaciones de que la empresa IBM vendía computadoras y programas al régimen del *apartheid*, y que prestó capacitación y apoyo técnico a sabiendas de que iba a servir para la inscripción y la segregación geográfica de personas según su raza<sup>124</sup>. Por otro lado, las mismas alegaciones no bastaban para alegar complicidad en tortura o malos tratos porque las computadoras no eran un elemento esencial, ni un medio para tales violaciones de derechos humanos, ni tampoco era inevitable que la segregación geográfica condujera a tortura o maltrato<sup>125</sup>.

A juicio de este autor, no es obvia la validez de algunas distinciones precisadas por el tribunal. Por ejemplo, insistir que un aporte de equipos tenga que ser un medio o elemento esencial del mismo crimen para que exista complicidad parece restringir la definición del *actus reus*, la cual requiere tan solo de una ayuda práctica con «efecto sustancial». Tal como reconoce la comunidad internacional en el contexto del terrorismo, el aporte de fondos para operativos ilícitos sí puede tener un «efecto sustancial» en la delincuencia<sup>126</sup>.

119 *Id.* at 54.

120 *Id.* at 56-57.

121 Véase nota 126, *infra*.

122 2009 U.S. Dist. LEXIS 34572, at 74.

123 *Id.* at 75-75.

124 *Id.* at 77-78.

125 *Id.* at 78-79.

126 Véase el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo del 9 diciembre de 1999, en vigor desde el 10 abril de 2002, U.N.T.S. N° 38349, G.A. Res. 109, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. N° 49, at 408, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (1999), con 169 Estados parte al 30 de junio de 2009. El

Sin embargo, la sentencia del tribunal de primera instancia, por importante que sea en esta coyuntura, no es, y a lo mejor no será, la última palabra. Lo que todavía hace falta, tanto en el Derecho interno de los Estados Unidos (ATS) como en el Derecho internacional (Estatuto de la CPI), es que se aclare de manera autorizada la confusión judicial sobre los elementos de la complicidad para que todos puedan conocer la ley y estar en condiciones de cumplir con ella.

281

EMPRESAS MULTI-  
NACIONALES Y  
COMPLICIDAD EN  
VIOLACIONES DE  
LOS DERECHOS  
HUMANOS:  
CONFUSIÓN  
JUDICIAL  
ESTADOUNIDENSE

---

preámbulo, cl. 10, reconoce lo obvio: que «el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas». El artículo 2.1 penaliza a quien «directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer» actos de terrorismo. Sin embargo, de acuerdo con la distinción del tribunal de primera instancia en el litigio sobre *apartheid*, **en ausencia de este tratado, quien aportara tales fondos no llegaría ni siquiera al grado de responsabilidad de cómplice.**