Verdes y justas:
responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales
Volumen II

Directores:

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Marta Muñoz de Morales Romero
Adán Nieto Martín

Coordinador:

Luis Miguel Vioque Galiana

Derecho Penal
y Procesal Penal

BOE

VERDES Y JUSTAS: RESPONSABILIDAD PENAL Y DILIGENCIA DEBIDA EN LAS ORGANIZACIONES MULTINACIONALES

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

VERDES Y JUSTAS: RESPONSABILIDAD PENAL Y DILIGENCIA DEBIDA EN LAS ORGANIZACIONES MULTINACIONALES

Directores

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO
ADÁN NIETO MARTÍN

Coordinador

LUIS MIGUEL VIOQUE GALIANA

VOLUMEN II

COLECCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL 27

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: julio de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados, ni se responsabiliza de los contenidos de los enlaces QR que los directores de esta obra aportan.

A continuación, se presentan dos códigos QR que ofrecen acceso a recursos complementarios. El primero dirige al documental «Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida de las empresas multinacionales», una producción que analiza el papel de las grandes empresas en la sostenibilidad y el cumplimiento de los derechos humanos. El segundo enlaza con el observatorio RECAVA, donde encontrará un asistente de Inteligencia Artificial diseñado para responder preguntas sobre sostenibilidad y diligencia debida empresarial. Ambos recursos ofrecen herramientas para profundizar en los temas abordados en esta obra.

© De los contenidos, sus autores.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-25-074-3 (edición en papel)
144-25-075-9 (edición en línea, PDF)
144-25-076-4 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3078-7
Depósito legal: M-13738-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

VOLUMEN II

III. **Acceso a la justicia y reparación** 9

19. *Acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos causadas por multinacionales: de la teoría a la práctica y una apuesta por las vías extrajudiciales de reparación.* Jordi Gimeno Beviá 11
20. *Francia vs. España: empresas transnacionales y falta de acceso a la justicia. Breve aproximación comparativa a las respuestas a las violaciones de derechos humanos por parte de empresas en el extranjero.* Aintzane Márquez Tejón 53
21. *Empresas y género: mecanismos de acceso a la justicia para las mujeres temporeras en el sector agrícola en España.* Aintzane Márquez Tejón 89
22. *Algunos retos para el desarrollo de una Justicia Restaurativa Empresarial.* Raúl Calvo Soler 115
23. *Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas.* Adán Nieto Martín 137

IV. **Empresas, actividades y zonas de alto riesgo para los derechos humanos** 173

24. *El comercio exterior de armas convencionales y la protección de los derechos humanos: un reto normativo del mundo globalizado.* Ana M. Garrocho Salcedo 175
25. *Empresas militares y de seguridad privada. La autorregulación como estrategia frente a los abusos y violaciones de derechos humanos.* Beatriz López Lorca 219

Páginas

26. *La complicidad en crímenes internacionales: a propósito del caso Lafarge.* Alejandro Coteño Muñoz 255
27. *La responsabilidad penal de las «grandes marcas» por la explotación laboral en los talleres textiles clandestinos de Argentina.* Patricia Gallo 279
28. *Minería ilegal y derechos humanos en el Perú.* Percy García Cavero 295
29. *Derechos indígenas y ambientales bajo amenaza en contextos extractivos: el caso del Arco Minero del Orinoco de Venezuela.* Vladimir Aguilar Castro y Francisco Rodríguez Mejías 309
30. *Responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones de diligencia debida y minerales en conflicto.* Luis Miguel Vioque Galiana 325
31. SLAPPS *(strategic lawsuits against public participation): la soga de las empresas sobre la libertad de expresión. La propuesta de Directiva europea.* Alejandro de Pablo Serrano 345

V. **Empresas y dictaduras: justicia de transición corporativa** 369

32. *Justicia de transición corporativa: la nueva generación de estudios transicionales.* Eduardo Saad-Diniz 371
33. *Empresas durante la dictadura. El caso chileno 1973-1989.* Jean Pierre Matus, M.ª Cecilia Ramírez 415
34. *El rol criminal de empresas en las dictaduras chilena y argentina, algunas consideraciones jurídico-penales para su persecución.* Juan Pablo Delgado Díaz 435
35. *Sobre empresas y tumbas: informe sobre empresarios genocidas en el caso argentino.* Matías Bailone 457
36. *Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos: el caso «Ford-Müller» en Argentina.* Noel Villalba López 477

III. ACCESO A LA JUSTICIA Y REPARACIÓN

19. ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS CAUSADAS POR MULTINACIONALES: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA Y UNA APUESTA POR LAS VÍAS EXTRAJUDICIALES DE REPARACIÓN [1]

JORDI GIMENO BEVIÁ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

19.1 EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU PROCLAMACIÓN INTERNACIONAL

19.1.1 **Introducción**

Como es bien sabido, el fin de la Segunda Guerra Mundial dio lugar no solo a un periodo de reconstrucción de afectos internacionales, sino también a una gran circulación de flujos económicos y comerciales. En efecto, la paz –o mejor dicho, la calma– global favoreció el comercio y el desarrollo de no pocos países. Asimismo, la descolonización de gran parte de África, Asia y Oceanía –pues América Latina, sin perjuicio de los territorios británicos, sufrió este proceso en el siglo XIX– permitió la entrada de capital internacional para la explotación de recursos y la obtención de concesiones de obras públicas.

[1] El presente trabajo, publicado previamente en la *RGDPR Iustel* núm. 58, se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D «La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente» (DER2017-85144-C2). Entidad financiadora: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. IPs NIETO MARTÍN, A., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.

Es necesario destacar, sin embargo, que la globalización del comercio y los negocios internacionales ha llevado a una competencia empresarial cada vez más feroz en la conquista de nuevos mercados y oportunidades, por lo que las sociedades se muestran, en muchos casos, dispuestas a todo con tal de obtener pingües beneficios y plusvalías.

El problema no solo se encuentra en cómo se obtiene el negocio, que también, por ejemplo, mediante el soborno a funcionarios extranjeros, sino, más preocupante todavía, de como este se desarrolla, sin el más mínimo respeto a los Derechos Humanos, ya sea de los trabajadores allí contratados o de las comunidades o el medio que va a resultar afecto por la actividad.

Así las cosas, a lo largo de las últimas décadas han ido sucediéndose no pocos casos de vulneraciones de DD. HH. por empresas multinacionales principalmente en países en vías de desarrollo. Sirvan como ejemplos ilustrativos, algunos casos relativamente recientes: los casos Shell en la Patagonia Argentina, las energéticas españolas en Méjico, la multinacional armamentística G4S en Palestina, etc.

No es de extrañar, por todo ello, que haya surgido una doctrina crítica que, con buen tino, entienda que el respeto de los Derechos Humanos no deba ser únicamente monopolio de los Estados, más, al contrario, que el foco de atención deba desplazarse o al menos ser compartido por las multinacionales [2].

19.1.2 **Los Principios Rectores sobre empresas y Derecho Humanos: El «Marco Ruggie»**

En esa línea, y con la finalidad última de proteger a las víctimas de vulneraciones de DD. HH. por las multinacionales, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, el Prof. Dr. John Ruggie, presentó en el año 2008 el Marco de la ONU «Proteger, respetar y remediar», conocido popularmente como «Principios Ruggie» o «Marco Ruggie» [3]. Tras tres años de intenso trabajo, reuniones con grupos de interés, Estados, …el Consejo aprobó por unanimidad los «Principios Rectores sobre las Empresas

[2] Paust, J. J «Human Rights responsabilities of Private Corporations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, núm. 3, mayo 2002, pp. 801-825, p. 825.

[3] Entre otros accesos, puede consultarse íntegramente el documento en el siguiente enlace https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf.

y los Derechos Humanos»[4]. Estos Principios Rectores se dividen en tres capítulos:

1.º «Proteger»: El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos.
2.º «Respetar»: La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos.
3.º «Remediar»: Acceso a mecanismos de reparación.

Tras únicamente la lectura de los títulos, se puede apreciar el co-protagonismo Estados-empresas (y otros actores) en la promoción y el respeto de los DD. HH. Y ello, en el contexto actual, supone un importante reto en tanto, de acuerdo con Lucena Cid, estos principios implican un «cambio en las reglas del juego», en un momento en el que se pone en valor el comportamiento de las empresas en términos de Responsabilidad Social Corporativa y supone una ayuda u orientación para los Estados a la hora de establecer sus objetivos en la protección y promoción de los DD. HH. [5], teniendo además presente los ODS que, sin duda, están alineados con estos Principios Rectores.

Ahora bien, cabe tener presente que los Principios Rectores no generan obligaciones ni recogen sanciones para los Estados o empresas que vulneren los DD. HH. pues, a lo sumo, se limitan a reconocer el Derecho Internacional sobre la materia y a ofrecer un marco conceptual, tanto a Estados como a empresas, para enfrentar este reto. No obstante, lo anterior, no dejan de resultar muy relevantes, pues han influido notablemente en instrumentos tan importantes como las directrices de la OCDE para empresas multinacionales o, en el ámbito laboral, cuestión capital cuando de DD. HH. se trata, en la declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Incluso, doctrina autorizada entiende que estos Principios Rectores pueden sentar las bases para la elaboración de un Tratado internacional sobre DD. HH. y empresas, habida cuenta ya existe un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta creado en la resolución 26/9 del Consejo de DD. HH. de la ONU de 2014 que elaboró un proyecto en actual discusión[6].

---

[4] En España, los Principios Ruggie inspiraron el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, publicado en 2017 https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/14/pdfs/BOE-A-2017-10516.pdf.

[5] Lucena Cid, I. V. «La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados», *Revista Universitas,* núm.25, 2017, pp. 69-89, p. 72

[6] Véase, ampliamente, el exhaustivo trabajo de Gil y Gil, J. L., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global» *Lex Social,* núm.2, vol. 10, 2020, pp. 11 ss. Al texto del Grupo de Trabajo del CDHONU puede accederse en el siguiente enlace https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en.

El capítulo III de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos versa sobre el acceso a los mecanismos de reparación. A su vez, se divide en un principio fundacional y cinco operativos que suponen un desarrollo del fundacional.

En primer término, el principio fundacional puede concebirse como una auténtica declaración de intenciones, habida cuenta consagra el deber de protección por parte de los Estados de los DD. HH. a través de los cauces, judiciales y extrajudiciales cuando las violaciones acontezcan en su territorio y/o jurisdicción. Es decir, exhorta a que establezcan los mecanismos necesarios para que las víctimas de vulneraciones de DD. HH. por parte de las empresas puedan ser eficazmente reparadas. La traslación, sin embargo, de tales intenciones a la práctica se hará depender, lógicamente, de diversos factores, entre los que destacan la fortaleza de las instituciones del Estado en cuestión, su permeabilidad a la corrupción por parte de empresas extranjeras con intereses en dicho país y la promoción, cultura y respeto de los DD. HH. Así las cosas, este principio fundacional otorga carta blanca a los Estados para que configuren estos mecanismos de reparación –judiciales o extrajudiciales– del modo más idóneo posible siendo, por consiguiente, el fin último la reparación efectiva de la víctima.

Descendiendo de lo general a lo particular, los principios rectores desarrollan la proclama del principio fundacional. Así pues, el principio núm. 26 afecta directamente a la tutela judicial efectiva en tanto destaca, en el marco de los instrumentos judiciales estatales, la relevancia de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos, que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación. En efecto, el acceso a la justicia ante las vulneraciones de DD. HH. deviene esencial por lo que la víctima-justiciable debe poder acceder libre de barreras, tanto económicas, por ejemplo, mediante el acceso a la justicia gratuita cuando no pueda costearse la representación letrada –como de otra índole, pues pueden existir barreras relacionadas con una excesiva burocratización disuasoria del ejercicio de la acción civil o penal o incluso barreras de corte sociocultural, especialmente ante colectivos vulnerables, por ejemplo, población indígena– que carezcan de la formación necesaria para el conocimiento de sus derechos civiles y puedan además sufrir problemas en la comunicación oral y escrita. Pero no solo encontramos barreras de carácter subjetivo, sino de carácter orgánico, pues el propio Poder Judicial debe resultar independiente, principalmente frente a los intereses y a las posibles injerencias de las multinacionales; e incluso barreras legislativas, habida cuenta la legislación sustantiva y procesal debe resultar adecuada para que la persona jurídica y las personas físicas puedan responder tanto penal o administrativamente, como civilmente en la reparación eficaz de la/s víctima/s.

Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a la reparación de víctimas que no pueden acceder a los Tribunales de su Estado o que no pueden ser reparados en origen. Ello resulta particularmente grave (y desgraciadamente común) en vulneraciones de DD. HH. pues en gran medida estos acontecen en países en vías de desarrollo que no gozan de unas instituciones sólidas y comprometidas con el respeto de tales derechos inalienables por lo que, los Estados en los que estos sí se respetan deben, procurar el acceso a la reparación de las víctimas de vulneraciones de DD. HH. , inclusive cuando no acontezcan en su territorio, pero exista cierto nexo para su reclamación.

Del mismo modo, el principio núm. 27 hace hincapié en la necesidad de combinar, paralelamente, los mecanismos judiciales con los extrajudiciales para así ofrecer un «sistema integral de reparación». En este punto, los Principios Rectores hacen un reconocimiento expreso a la importancia de los ADR como medio eficaz, sobre todo cuando de reparación se trata, de resolución del conflicto multinacional-víctima/s. Dado que la vía judicial no siempre resuelve satisfactoriamente el conflicto, pues la satisfacción procesal no implica un satisfacción real de la víctima, sobre todo si la reparación llega tarde, la posibilidad de acudir a ADR especializados puede permitir alcanzar con mayor prontitud el referido objetivo.

En el otro lado de la medalla, los principios núm. 28, 29 y 30, considerados como mecanismos de reparación no estatales, desplazan la reparación del Estado a las propias empresas o a organizaciones nacionales o regionales. Concebidos como «mecanismos de reparación de nivel operacional» pretenden convertir a las empresas en auténticas protagonistas en la reparación a las víctimas, irrogándoles una posición activa en esta misión. Asimismo, ello puede resultar ventajoso para la compañía en tanto, de un lado, desde una perspectiva auto-regulatoria, le permite alcanzar una mayor sensibilidad para con el respeto a los DD. HH. e identificar debilidades y problemas sistémicos al interno de la organización. De otro lado, una pronta y directa reparación a la víctima, resulta beneficioso para la compañía porque podrá evitar mayores daños y detener futuras reclamaciones judiciales o extrajudiciales. Ahora bien, estos mecanismos no deben ser entendidos como sustitutorios ni mucho menos impeditivos del acceso a la justicia –incluso a medios extrajudiciales– sino como un complemento que, en función de cuán atractivo –por efectivo– sea, pueda resultar útil para la víctima.

En último término, el principio núm. 31, a la postre, último principio de los Principios Rectores, procura una mayor concreción en relación a la eficacia o a qué criterios deben seguir los mecanismos de reclamación extrajudiciales para resultar eficaces. Se trata de siete criterios para los medios estatales o no

de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación [7]. También existe un criterio octavo dirigido únicamente hacia la eficacia de los mecanismos operacionales o establecidos por las empresas. A saber:

«a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación; b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos; c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación; d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto; e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego; f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos; g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.»

Estos criterios, que quizá tengan mejor encaje como indicadores, pueden resultar de utilidad en la adopción o implementación de soluciones para la reparación a las víctimas de DD. HH. Por consiguiente, los Estados que, amén de contar con los mecanismos judiciales para ello, pretendan establecer mecanismos extrajudiciales, ya sea por sí mismos o al abrigo de organizaciones regionales y/o internacionales, podrán tener presente tales indicadores.

Asimismo, las empresas, sobre todo las que cuentan con modelos de organización o programas de *compliance*, deberán contemplar en sus políticas de respeto a DD. HH. medios o modos que, siguiendo estos indicadores, permitan que las víctimas puedan ser reparadas con prontitud lo cual, como se

[7] Decimos que destaca porque el texto indica «resolución o mediación» cuando la mediación es un método de resolución de conflictos.

ha expuesto supra, redundará además positivamente en la organización, tanto judicialmente como reputacionalmente, entre otros aspectos ventajosos.

19.1.3 **El incumplimiento del PIDESC**

Pero con anterioridad al marco Ruggie, ya existían otros instrumentos que proclamaban el respeto por los DD. HH., entre los que cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado y ratificado por España en 1977 [8].

El cumplimiento de este pacto es puntualmente observado por un órgano de expertos independientes, concretamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), a través de informes periódicos. A este respecto, cabe destacar del informe del año 2017 la Observación General núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados firmantes del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales [9].

El informe parte de la manida corresponsabilidad contemporánea Estado-empresa por el que ambos debieran respetar los derechos del PIDESC con independencia de la existencia de legislación interna aplicable, e incluso pretende erigirse en una suerte de acicate para ayudar al sector empresarial a cumplir sus obligaciones en materia de DD. HH. así como mitigar los riesgos reputacionales que pudiera implicar las violaciones de los derechos contenidos en el Pacto.

En aquello que afecta particularmente a los Estados firmantes, existen importantes obligaciones de no discriminación (III A), de respetar, proteger y cumplir (III B) y –hete aquí lo relevante– de trasladar dichas obligaciones al plano extraterritorial (III C) pues en los últimos treinta años se han incrementado notablemente las actividades extraterritoriales de las empresas. Por consiguiente, «las obligaciones extraterritoriales surgen cuando un Estado parte puede influir en situaciones situadas fuera de su territorio, de conformidad con los límites impuestos por el Derecho internacional, controlando las actividades de sociedades domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, y así puede contribuir al disfrute efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales fuera de su territorio nacional» [10].

---

[8] Véase el *BOE* núm. 103 de 30 de abril de 1977, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734.

[9] Disponible en el siguiente enlace: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2F9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2FIH.

[10] Véase la referida Observación General núm. 24, p. 9.

En efecto, el *core* del informe gira en torno a un mayor alcance extraterritorial de los Estados respecto a sus empresas cuando estas operan fuera de su jurisdicción, mediante las obligaciones y los remedios que seguidamente se exponen.

En primer lugar, tendrán obligación de respetar, esto es, no obstruir o dificultar que otro Estado cumpla con las obligaciones del Pacto, especialmente mediante la celebración de acuerdos o tratados comerciales o bilaterales de inversión.

En segundo, la obligación extraterritorial de proteger, la cual viene referida a la prevención, allende sus fronteras, de las violaciones de DD. HH. por sus empresas. Podría destacarse, en este punto, la necesidad de imponer medidas de prevención e incluso de incentivar, por ejemplo, mediante una posición más favorable al acceso a contratos públicos, el establecimiento de mecanismos de «diligencia debida» –en palabras de la Observación– o sistemas de autorregulación (*compliance*, en términos generales). Además, la referida protección también hace referencia a un mayor control y supervisión por parte de los Estados frente a sus compañías –y particularmente sus filiales–.

En tercero, la obligación extraterritorial de cumplir, que trasciende el necesario refuerzo legislativo –ya referido en la obligación de proteger– para, de un lado, persuadir y ayudar a que sus empresas en el extranjero cumplan el contenido del Pacto y, de otro, promover una política fiscal justa que persiga la evasión, así como evite una protección excesiva del secreto bancario.

Pero más allá de las obligaciones, enfocadas a la prevención, el Comité DESC hace especial hincapié en la necesidad de establecer «remedios», preferiblemente judiciales, ante las violaciones del Pacto en el contexto de las actividades empresariales. Así pues, cuando la prevención falle, los Estados deberán investigar a fondo las infracciones y tomar las medidas apropiadas contra los presuntos infractores; proporcionar a las víctimas acceso efectivo a la justicia, con independencia de quién sea en última instancia el responsable de la violación y proporcionar recursos efectivos a las víctimas, incluido, por supuesto, su reparación.

En efecto, los «remedios» deben estar al alcance de las víctimas, ser efectivos y expeditivos, esto es, que no se demoren *sine die* como desgraciadamente suele acontecer. La reparación, en palabras del Comité puede resultar de varias formas, mediante la «restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no-repetición».

Entre las principales dificultades, el Comité reconoce la propia organización de las empresas que esconden o derivan responsabilidades entre filiales y en complejos grupos de sociedades, así como los problemas que tienen las víctimas

en el acceso a la información, a las pruebas y, lo que es peor, a la falta de recursos para sostener la acción. Del mismo modo, la existencia de la doctrina del *forum non conveniens* por el que un tribunal puede negarse a ejercer jurisdicción si hay otro foro disponible a las víctimas, puede en efecto constituir una barrera a la capacidad de las víctimas que residen en un Estado para pedir reparación ante los tribunales del Estado en el que esté domiciliada la empresa demandada.

Por ello, los Estados firmantes –entre ellos, recordemos, España– deberán eliminar las barreras materiales y procesales que dificulten una reparación efectiva, incluso estableciendo regímenes de responsabilidad de la empresa matriz o del grupo, proporcionando asistencia legal y fórmulas de financiación para que los demandantes puedan ejercer la acción, facilitando el acceso a la información relevante y la obtención de pruebas en el extranjero, incluido el testimonio de testigos, y permitir que dichas pruebas puedan presentarse en procesos judiciales.

Sin embargo, como expone Márquez Tejón en un muy interesante trabajo, el DESC mostró su preocupación respecto del cumplimiento del Pacto por parte de España pues detectó la «existencia de algunos vacíos normativos que no garantizan el cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas» por lo que invitó a España a que «a) establezca mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto; b) fortalezca el marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero; c) refuerce los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes» [11].

Con independencia de que las responsabilidades sean penales o administrativas, los Estados firmantes deberán asegurar una reparación efectiva a las víctimas.

Así las cosas, como sugiere la Observación núm. 24 en el párrafo 51, la reparación necesariamente será judicial cuando la víctima demande al Estado

[11] Márquez Tejón, A. *¿Cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales? Un análisis de género a la responsabilidad de las empresas multinacionales por delitos de tratas de personas,* en prensa. 2022.

o a la empresa con base en el Pacto o en la legislación que incorpora sus garantías, siendo esto último lo más frecuente, pues no se suele demandar con base en el cumplimiento del PIDESC sino, más bien, a lo sumo se tiende a presionar para su cumplimiento [12]. Asimismo, deberá prestarse especial atención a las comunidades indígenas que pudieran verse afectadas por violaciones DD. HH. habida cuenta las dificultades para el acceso a la justicia se incrementan por diversos motivos lingüísticos o socio-culturales, principalmente.

Si bien el Comité DESC deja claro que no debe ser percibido como un sustituto a la vía judicial –la cual se erige en un derecho fundamental en no pocos países, sirva como ejemplo el artículo 24 CE en España–, la apuesta por vías no judiciales o extrajudiciales de reparación (*non-judicial remedies*) puede suponer una reparación más pronta, además de combinarse con la vía judicial, siendo la primera para la reparación y la segunda para la sanción. Entre los mecanismos extrajudiciales o cuasijudiciales destacarían las inspecciones laborales, los tribunales de consumo, las agencias de protección ambiental, las cuales, no parecen óptimas para la reparación a las víctimas, de ahí que el propio Comité también plantee la posibilidad –necesidad, más bien– de explorar la creación de órganos con capacidad para recibir y resolver denuncias de presuntos abusos corporativos de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, investigar denuncias, imponer sanciones así como prever y hacer efectiva la reparación de las víctimas.

En este punto, resulta particularmente interesante –y quizás debieran centrarse aquí los esfuerzos– la posibilidad de crear vías de reparación extrajudiciales y transnacionales apoyadas por los firmantes del PIDESC, que incluyan el acceso de las víctimas ubicadas fuera del territorio del Estado a instituciones de derechos humanos o defensores del pueblo (ombudsman) –al que posteriormente, epígrafe III, nos referiremos–, así como a los mecanismos de denuncia establecidos en el marco de organizaciones internacionales, como los puntos de contacto nacionales que operan bajo las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

[12] Sobre ello, puede traerse a colación el PF-PIDESC, una suerte de Protocolo Facultativo que permite a las víctimas de violaciones de los DESC (en muchos casos coincidentes con los DD. HH.) presentar denuncias a nivel internacional. Tal y como se señala en su propia definición «El PF-PIDESC brinda a los/as defensores una herramienta para presionar por mejoras en su propio sistema judicial, así como de las leyes y políticas que garantizan y promueven los DESC. Las recomendaciones del Comité DESC en casos emergentes pueden ser utilizadas para ayudar a interpretar las obligaciones de derechos humanos», https://www.escr-net.org/es/que-es-pf-pidesc

19.2 DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN DISTINTOS ESCENARIOS

Una vez examinados a grandes rasgos los instrumentos de reparación contemplados o, mejor dicho, planteados en los Principios Rectores y en el PIDESC, cabe preguntarse si las buenas intenciones de la ONU en tan sensible materia cuentan con un compromiso real y efectivo en la práctica, tanto por parte de los Estados como de las empresas. Por consiguiente, es necesario determinar si el respeto a los DD. HH. y, en atención al objeto de este trabajo, el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación, se cumplen en el contexto internacional.

Por ello, a continuación, se examinarán, con un enfoque teórico-práctico, diversos escenarios en los que las víctimas buscan la reparación tras violaciones de DD. HH. por multinacionales, la actitud de estas frente a ellas y la posición –y disposición– de los distintos Estados en la protección, a través de la reparación efectiva de las víctimas, de los DD. HH.

19.2.1 **Justicia y reparación en el país afectado**

Como es bien sabido, la jurisdicción y la soberanía son dos conceptos íntimamente relacionados e incluso, como sugiere Hobbes, consustanciales [13]. Por ende, el criterio o fuero principal en la determinación de la jurisdicción y de la potestad sancionadora radica en el territorio. No es de extrañar, por consiguiente, que el primer primero de los Principios Rectores haga referencia expresa al deber de los Estados de protección de los derechos humanos en su territorio y/o jurisdicción.

Pero es que, además, la práctica forense muestra como es el país en el que se produce el resultado de la acción el primer interesado en ostentar la jurisdicción y ello porque fuera de los límites de un Estado la eficacia de su persecución resulta más compleja y generalmente se hace depender de la existencia de Convenios o Tratados internacionales que puedan facilitar la cooperación internacional, así como de la concurrencia de determinados principios tales como el de reciprocidad.

Ahora bien, uno de los principales problemas que plantea la justicia ante violaciones de DD. HH. radica en la debilidad de las jurisdicciones donde estas acontecen. En efecto, no es infrecuente que las vulneraciones sucedan en

[13] Hobbes, T. *El Leviatán*, Publicaciones Cruz O. S. A, 1999, p. 27

países en vías de desarrollo, con unas instituciones no excesivamente sólidas y en las que operan relevantes empresas multinacionales. Ello implica no solo que las multinacionales se sustraigan de la acción de la justicia en tales Estados –cuando, a mayor abundamiento, hay ocasiones en las que ni siquiera el Estado las persigue– sino, y en atención al tema que nos ocupa, eluden cualquier tipo de reparación a las víctimas.

Es más, lo común es que la relación comercial Estado-multinacional se apoye en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre dos países, el que recibe la inversión y el de la empresa inversora, por lo que, cuando el Estado, ante las violaciones de DD. HH., decide suspender la relación contractual (ya sea no pagando o impidiendo la ejecución del contrato) y las autoridades estatales competentes ejercen la acción que corresponda, ya sea penal, civil o administrativa, las multinacionales acudan al órgano arbitral establecido en el acuerdo para reclamar una compensación por el incumplimiento del acuerdo o tratado de inversión. Por consiguiente, al Estado se le plantea el dilema de bien tolerar las violaciones de DD. HH. y cumplir con el acuerdo establecido con las multinacionales, bien tomar las medidas necesarias para impedir tales violaciones y ser demandadas ante la corte o tribunal arbitral por el incumplimiento del TBI.

Ante la dicotomía protección de inversores vs derechos humanos debiera generalizarse la aplicación de la doctrina «manos limpias», cuyo principal exponente fue el árbitro Gunnar Karl Lagergren –de ahí que también se le conozca a la doctrina como «solución Lagergren»– que implica que las partes no pueden iniciar un procedimiento arbitral cuando ha cometido actos ilícitos relacionados con la propia reclamación [14].

Sin embargo, desgraciadamente la tensión entre protección al inversor y derechos humanos no suele ser resuelta en favor de las víctimas quienes, a lo sumo, en alguna ocasión consiguen intervenir en el proceso arbitral a través de la figura del *amicus curiae* pero en tanto terceros –aunque no ajenos– a la relación contractual sus intereses o, realmente, sus derechos, suelen ser desatendidos [15].

---

[14] En EE. UU. conocida como «*clean hands*», p. ej.,. Adler v. Federal Republic of Nigeria, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000) y, en Latinoamérica, vid. a modo de ejemplo Negociado de Conciliación y Arbitraje de Puerto Rico. Laudo del Caso A-05-2832 Telefónica de Puerto Rico v. Hermandad Independiente de Empleados Telefónicos de Puerto Rico. «Consideramos prudente aplicar la doctrina de "manos limpias" la cual establece que cuando una parte acude a un tribunal en busca de un remedio debe ir libre de mala fe o intención deshonesta».

[15] Un conocido ejemplo lo encontramos en el caso *Biwater Gauff v. Tanzania* (CIADI, caso ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008). Este supuesto versa sobre la construcción de unas plantas de agua en Tanzania en las que la empresa Biwater paulatinamente fue dejando de invertir,

Por lo anteriormente expuesto, la no arbitrabilidad de conflictos en los que han acontecido violaciones de DD. HH. y la participación de las víctimas en los procesos arbitrales no debiera dejarse únicamente al albur de la moral de los árbitros, sino que debiera reforzarse la protección de los DD. HH. *ex ante*, esto es, en los propios TBIs, en tanto deben considerar no solo tales derechos inalienables sino también cauces o instituciones procesales para la tutela de las víctimas habida cuenta su respeto compete, en línea con la doctrina Ruggie anteriormente expuesta, tanto a los Estados como a las empresas inversoras [16].

Por ello, las empresas multinacionales, de acuerdo con los referidos Principios Rectores, no debieran escudarse en las cortes arbitrales para eludir su responsabilidad no ya con los Estados, sino con las víctimas que han sufrido las violaciones de DD. HH. Es más, debiera respetar, al menos mediante la comparecencia, a los Tribunales del país donde ha decidido invertir, sin perjuicio de que, como no puede ser de otra forma, ejerza en plenitud su derecho de defensa pero nunca eludir, al abrigo de un acuerdo comercial, la reparación a las víctimas por violaciones de DD. HH. Del mismo modo, los Estados en los que la multinacional que pretende evadir su responsabilidad tiene su matriz, debieran cooperar con las autoridades del Estado afectado, ya sea en el marco de convenios de cooperación y asistencia judicial o de cualquier otra manera, puesto que el hecho de que la reparación y la justicia acontezca en el país afectado, implica una carga simbólica para con sus ciudadanos y el fortalecimiento de unas instituciones que, en ocasiones, se observan superadas por los intereses y el poder de las multinacionales.

A continuación, a través de un caso paradigmático, observaremos con mayor detalle la referida problemática.

---

afectando al derecho humano de acceso al agua de los ciudadanos de Tanzania. Ante esta situación, el Estado rescindió la concesión por lo que fue demandado por la empresa Biwater Gauff ante el CIADI en cuyo laudo dio la razón a la empresa inversora entendiendo que hubo una expropiación ilegal. Las víctimas pudieron ser escuchadas a través de ONGs en el proceso arbitral pero el laudo no se pronunció acerca de la relación entre el derecho al acceso al agua potable como derecho humano y los derechos de la empresa inversora. Sobre este caso y otros relacionados con el derecho humano de acceso al agua vid. ampliamente, el interesante trabajo de Boholavsky, J. P., y Justo, J. B «Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión» en el marco de la comisión CEPAL de la ONU, enero de 2011.

[16] De acuerdo con Cabezas, debiera redefinirse el alcance de los DD. HH. en los TBIs pues, como señala el autor, lamentablemente no suelen hacer referencia a los Derechos Humanos. Cabezas, D. «Los derechos humanos y los TBI: contravías, colisiones e intersecciones», en *Iuris Dicto,* núm. 23, junio 2019, pp. 56-69, p. 54. Aunque ello no debiera hacer falta en tanto su respeto debiera ser imperativo, por lo que la ausencia de mención expresa a los mismos no puede, de ninguna manera, generar un espacio de impunidad para las empresas que demandan a los Estados ante las cortes arbitrales.

El caso Chevron-Texaco y la justicia del Ecuador

El caso Chevron-Ecuador trae causa de una relación comercial entre Texaco, ahora Chevron y el país latinoamericano que duró desde 1964 hasta 1990. Aunque los Principios Rectores de la ONU sobre DD. HH. y multinacionales sean bastante posteriores a dicha relación, pues fueron aprobados en 2011, el caso sigue siendo de interés en tanto la batalla judicial por la reparación todavía sigue produciéndose en los Tribunales. Asimismo, resulta ilustrativa la actitud de la corporación para la observancia de la crisis del tercer principio, según lo sugerido en el título del presente trabajo.

El asunto versa sobre un ecocidio de enorme magnitud. La multinacional se dedicó a la extracción de petróleo del territorio ecuatoriano, pero mediante aplicación de técnicas que no cumplían con los estándares mínimos de protección ambiental, lo que ocasionó la contaminación de más de dos millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana. Esta contaminación se enmarca en lo que se denomina «Historical pollution» (*Inquinamento storico*) pues se caracteriza por su persistencia temporal, en este caso, todavía sigue causando estragos [17].

Tras dicha catástrofe ambiental, sucedieron dos relevantes acontecimientos que constituirían posteriormente una espada de doble filo: primero, en 1993 Ecuador suscribió un TBI con los Estados Unidos, que entró en vigor en 1997 y, segundo, la multinacional regresó en el año 1995 buscando suscribir un plan de acción de remediación para limpiar las zonas afectadas, que finalmente se materializaría en 1998. Ese acuerdo liberaba de obligaciones a Chevron-Texaco si procedía a llevar a cabo la reparación medioambiental. Pero, de un lado, tal y como denuncia el gobierno ecuatoriano, no se llegó a limpiar ni un quince por ciento del territorio afectado y, a mayor abundamiento, tal limpieza consistía en cubrir las zonas afectadas con una capa superficial de materia orgánica, pero sin llevar a cabo una limpieza efectiva, pues en cuanto llueve o, simplemente, cavando unos centímetros, la contaminación vuelve a aflorar [18]. Y, de otro lado, el acuerdo que exoneraba de cualquier obligación posterior a Chevron, como veremos seguidamente, sirvió no solo para la elusión de res-

[17] Para entender mejor el fenómeno de los ecocidios y de este tipo de contaminaciones ambientales persistentes, véase, ampliamente, la obra colectiva *Historical Pollution: comparative legal responses to environmental crimes*, Centonze, F., y Manacorda, S. (eds.) Springer, 2017

[18] Aunque sea parcial, resulta muy ilustrativo leer el documento del Ministerio de relaciones exteriores del Ecuador, que creó la plataforma «Apoya a Ecuador» para denunciar el crimen ambiental Chevron-Texaco. El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf.

ponsabilidades, sino incluso efectuar un cambio de roles y demandar a Ecuador ante los Tribunales arbitrales.

Como se ha avanzado anteriormente, el *iter* judicial y arbitral todavía sigue su curso en tanto la tutela judicial y arbitral del caso Chevron, en ningún caso ha sido «efectiva», esto es, ni la sentencia ni los laudos han sido ejecutados y, por tanto, las víctimas no han sido aun reparadas.

La vía judicial comenzó en el año 1993 cuando la Unión de Afectados y Afectadas por las Operaciones Petroleras de Texaco-Chevron (UDAPT) demandó a la petrolera ante los Tribunales norteamericanos. Sin embargo, en el año 2002 y sorprendentemente a instancia de Chevron, la justicia norteamericana se inhibió en favor de los tribunales ecuatorianos en tanto lugar en la que aconteció el desastre medioambiental. El asunto recayó en la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, en la propia región amazónica contaminada y, en febrero de 2011, la Corte dio la razón a las víctimas de la UDAPT y condenó a Chevron-Texaco al pago de 9500 millones de dólares para reparar el ecocidio. Aunque, tal y como se ha dicho, fue a instancia de Chevron que el caso se trasladara de EE. UU. a la justicia de Ecuador, antes incluso de que se dictara sentencia, la corporación desacreditó la calidad e independencia de la justicia ecuatoriana y, tras la sentencia, fue apelando a distintas instancias superiores hasta que, finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador ratificó el fallo reconociendo la relación existente entre la afectación al medio ambiente y el daño producido a las comunidades indígenas que habitaban la zona [19].

Paralelamente, Chevron demandó en el año 2009 a Ecuador ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), sita en La Haya, con base tanto en el incumplimiento del TBI suscrito con los EE. UU. en 1993 como en el acuerdo firmado en 1998 que liberaba de obligaciones a la compañía. En el año 2018, la CPA emitió un laudo favorable a Chevron que consideraba inaplicable la sentencia de condena de 9500 millones de dólares en tanto los árbitros consideraron que el proceso estuvo lleno de irregularidades, por lo que la sen-

[19] *Vid.* la Sentencia núm. 230-18-Sep-CC. Concretamente, en la p. 128 indica lo siguiente «… En virtud de aquello, es evidente que una afectación al medio ambiente repercute directamente en la cultura de las comunidades indígenas que habitan la zona donde la contaminación se haya producido, como sucede en el caso concreto frente a los daños provocados en la Amazonía. De tal manera, que el disponer un mecanismo de reparación que tienda a remediar el daño cultural originado por la contaminación ambiental causada por la compañía accionante, resulta, como lo afirma el juez *a quo*, una medida complementaria que coadyuva a la reparación de los perjuicios causados en la flora y fauna del territorio, elementos fundamentales para el desarrollo de la vida y la identidad cultural de la población indígena que habitaba en el área de la concesión. Por lo tanto, esta Corte no solo que descarta el argumento de la accionante, sino que también considera oportuna la reparación ordenada dentro del fallo con la intención de implementación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica no constituye en absoluto una medida incongruente a las pretensiones de los demandantes».

tencia es inejecutable conforme al derecho internacional [20]. Ecuador recurrió el fallo pero en el 2020 la justicia holandesa, a través del Tribunal de Distrito de La Haya confirmó el laudo emitido por la CPA, considerando la existencia de fraude y corrupción en el proceso ecuatoriano y, por tanto, su inejecutabilidad conforme a las normas de Derecho internacional. Ecuador ha anunciado que recurrirá la decisión de los tribunales holandeses mientras que Chevron espera, con el pronunciamiento final, recuperar, de las arcas ecuatorianas, todos los gastos en los que ha incurrido durante este largo proceso [21]. Huelga decir, asimismo, que la UDAPT –esto es, las víctimas–, no han sido parte del proceso arbitral aunque, recientemente, han presentado un *amicus curiae* a la Corte Constitucional del Ecuador [22].

A día de hoy, con independencia de los argumentos de una y otra parte, la tutela a las víctimas dista de resultar efectiva. Y ello porque Ecuador no ha podido ejecutar la sentencia pues, de una parte, Chevron no tiene activos en el país y, de otra, tampoco ha podido reclamar los 9500 millones de dólares en otros países, tales como Argentina o Canadá, porque entienden que Chevron Argentina o Chevron Canadá son filiales separadas de la matriz y los activos allí ubicados no pueden ser utilizados para satisfacer la condena de los hechos acontecidos en Ecuador por la antigua Texaco.

De lo anteriormente expuesto, se pueden extraer varias conclusiones. En primer lugar, el error del Estado ecuatoriano –seguramente a causa de la debilidad institucional en el aquel momento–, por haber suscrito un acuerdo de exoneración de obligaciones tras la catástrofe medioambiental, que dio argumentos a la corporación para iniciar la vía arbitral y porque el proceso judicial, como denuncia la corporación y ratificó tanto la CPA como la justicia holandesa, parece ser que adoleció de las garantías propias de una justicia independiente lo que, a la postre, se tornó en contra tanto del Ecuador como, más im-

[20] A mayor abundamiento, el abogado que ganó el caso ante la justicia de Ecuador, Steven Donziger, fue condenado por la justicia norteamericana tras una denuncia de Chevron porque se determinó que el fallo de la justicia ecuatoriana lo obtuvo mediante sobornos. https://www.wsj.com/articles/chevron-foe-steven-donziger-found-guilty-of-contempt-in-ecuador-saga-11627311839.

[21] El proceso se encuentra, por consiguiente, en su fase final, tal y como se puede comprobar en distintas noticias: https://www.upstreamonline.com/environment/-egregious-fraud-chevron-wins-hague-court-ruling-over-9-5-billion-ecuador-claim/2-1-877134.

[22] El reciente *amicus curiae* está disponible en el siguiente enlace: https://cdes.org.ec/web/cdes-y-udapt-presentamos-amicus-curiae-para-evitar-que-la-corte-constitucional-apruebe-el-retorno-del-ciadi/.

La UDAPT asimismo entiende que el laudo de la CPA vulnera flagrantemente sus derechos, debido a que el contrato de liberación de 1998 compromete al gobierno y no a la UDAPT. Además, en el caso sustentado en Ecuador, el gobierno no intervino. Por tanto, la CPA afecta directamente derechos de quienes no son parte del proceso arbitral. Las opiniones del abogado de la UDAPT al respecto pueden leerse en esta interesante entrevista: https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/chevron-vs-ecuador-arbitraje-internacional-e-impunidad-corporativa/.

portante todavía, de las víctimas del ecocidio. En segundo lugar, y en atención al objeto de este trabajo, la actitud de la corporación, no ya en la defensa de sus derechos ante la entredicha justicia ecuatoriana –lo cual resulta absolutamente legítimo–, sino en la adopción de una estrategia procesal basada en la dilación y elusión de responsabilidades, durante casi treinta años, para con las víctimas del desastre, en gran mayoría comunidades indígenas.

Por consiguiente, con independencia de la «batalla» judicial y arbitral del caso Chevron-Ecuador, el principal problema radica en que, a día de hoy, los daños del ecocidio siguen siendo latentes y las víctimas todavía no han sido reparadas. Así pues, en conclusión, ni el Estado ni la corporación, en contraposición con lo establecido en los Principios Rectores de la ONU, han sido capaces de (1) proteger, (2) respetar y (3) remediar a las víctimas del desastre ambiental en la amazonía ecuatoriana.

19.2.2 **Justicia y reparación en el país donde la empresa tiene su domicilio social**

Si bien, como se ha expuesto, el fuero territorial suele ser el principal criterio a observar en la determinación de la jurisdicción, lo cierto es que, en no pocas ocasiones, el acceso a la justicia y la reparación en el país afectado por la vulneración de los DD. HH. puede no solo llegar a resultar difícil –como acontece en el caso Chevron-Ecuador– sino totalmente imposible.

En efecto, existen países en vías de desarrollo e incluso subdesarrollados en los que los DD. HH. más básicos brillan por su ausencia y el derecho a la justicia, desgraciadamente, suele ser uno de ellos.

Consciente de esta realidad, la ONU en los manidos Principios Rectores, hacen referencia en el principio fundacional núm. 2 no ya al territorio, sino al domicilio social, en tanto indica que «Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.» Así pues, este principio invoca un deber de observancia del Estado hacia sus empresas, con una marca finalidad –tal y como se expone en el comentario al propio principio– de protección de los DD. HH. en el extranjero.

Por consiguiente, amén del fuero territorial, otro criterio a la hora de determinar la jurisdicción radica en la nacionalidad, de ahí que podamos considerar la extraterritorialidad de la jurisdicción de un determinado país con base en la nacionalidad de la empresa que ha vulnerado los DD. HH.

Sin embargo, en la práctica forense la aplicación del principio de nacionalidad en el ámbito mercantil o comercial resulta harto complejo en tanto, la

regla general, es que las multinacionales operen en estos países a través de empresas filiales. Así, si una empresa se establece en el extranjero a través de la creación de una filial, trasladar la responsabilidad hacia la matriz no resulta sencillo toda vez que las filiales sí cuentan con personalidad jurídica propia y su nacionalidad en muchas ocasiones además coincide con la del país de implantación que, en algunos casos, podrá tener interés en la investigación y enjuiciamiento de los hechos acaecidos en su jurisdicción.

No obstante lo anterior, este criterio tampoco es definitivo puesto que si existe dependencia entre la matriz y la filial, no solamente desde la perspectiva de nuestro artículo 42 del Código de Comercio –que también ofrece indicadores relevantes– sino en el ámbito del deber de vigilancia y del control interno, sí que debiera arrastrar la responsabilidad hacia la matriz. El criterio determinante, por tanto, es la autonomía e independencia. Así, si la filial actúa de forma autónoma, con un órgano de control independiente, creado y dotado de recursos personales/materiales *ad hoc* en el país concreto, no debiera ascender la responsabilidad a la matriz. Si, por el contrario, existe identidad en el órgano de control, dependencia en la toma de decisiones, participación relevante en el capital social, … entre otros indicadores que permitan inferir su dependencia de la matriz, debiera responder civilmente de los daños causados por su filial.

El problema radica en que las matrices generalmente diseñan estructuras complejas que pretenden un distanciamiento operativo –en muchos casos totalmente cosmético–, de sus filiales, con la finalidad de aislarla o protegerla ante cualquier responsabilidad de las segundas. Por ello, la aplicación del principio de nacionalidad y la persecución de las matrices por actos de sus filiales en el país donde la matriz tiene su domicilio social resulta tan complejo.

Ahora bien, en materia de DD. HH. la justicia de los Estados en los que se encuentra la matriz debiera actuar no solo ante la inacción del país en el que se cometió la vulneración sino, principalmente, cuando las víctimas no han sido reparadas ni incluso cuentan con mecanismos de acceso a la justicia para una efectiva reparación. Por ello, es importante que, para el cumplimiento de los Principios Rectores y del PIDESC, los Estados, amén de garantizar la protección a los DD. HH. en su territorio, hagan a sus empresas y a las filiales de estas respetarlos fuera de su jurisdicción.

Si bien, como se ha podido comprobar, el levantamiento del «velo corporativo» en grupos de empresas multinacionales y la asunción de responsabilidades de la matriz por las actividades de las filiales no resulta para nada sencillo, existen casos esperanzadores en los que la justicia de los Estados donde se ubica la matriz comienzan a exigirles responsabilidades, tal y como se expone en el caso que, a continuación, se relaciona.

Caso Shell-Nigeria y justicia en el Reino Unido-Holanda

El caso Shell-Nigeria versa sobre continuados vertidos en el Delta del Níger desde hace más de cincuenta años, destacando, por ejemplo, los acontecidos en los años 2003, 2004 y, principalmente –por su gravedad– en el año 2008. Se trata de una zona muy rica en recursos naturales en donde no solo Shell, sino otras tantas compañías petrolíferas, han extraído –y extraen– crudo con el permiso de las autoridades nigerianas [23]. Concretamente, en el vertido del año 2008 en los pantanos de la zona de Bodo se vertieron más de 300.000 barriles de crudo que afectaron a casi 70.000 personas, destacando las comunidades de Bodo, Ogale, Bille, Oruma, Goi y Ikot Ada Udo como posiblemente las más afectadas.

Los resultados de los continuos vertidos, en lo que sería, sin duda, otro caso de contaminación persistente (*historical pollution*) siguen presentes a día de hoy. En efecto, la zona del Delta del Níger sigue sufriendo los estragos de la contaminación, tanto en la salud de sus habitantes como en las posibilidades de ganarse la vida en un ecosistema altamente contaminado. Sirva como botón de muestra que gran parte de la población que allí reside no tiene acceso al agua potable.

Pero revelarse y/o manifestarse en contra de las explotaciones petrolíferas ha resultado muy caro. De hecho, en el año 1995 la Dictadura Militar del General Sabi Abacha reprimió brutalmente las protestas que alertaban los daños de las extracciones petrolíferas y ejecutó a nueve activistas ogonís, entre ellos, al fundador del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoní, Ken Saro-Wiwa [24].

Así las cosas, tal y como puede inferirse, el acceso a la justicia de las víctimas del desastre ecológico ha sido –está siendo– un auténtico vía crucis. En primer lugar, las víctimas demandaron ante la justicia nigeriana a la compañía. Si bien la legislación nigeriana contempla la responsabilidad de las empresas por los daños ambientales así como la compensación a las víctimas, la lentitud de su sistema de justicia, sumado a la connivencia o desinterés de las autoridades dada la dependencia del país hacia la inversión extranjera, convierten el fuero territorial en un instrumento inútil para la víctima (nacional, a la postre) y dilatorio/interesante en términos de estrategia procesal, para la

[23] *Vid*. ampliamente, García Luengos, J. «Hidrocarburos vs derechos humanos en el Delta del Níger, *Relaciones Internacionales, GERI UAM,* núm. 11, pp. 11 a 24.

[24] En relación a estas ejecuciones, las viudas acusaron a Shell de complicidad y demandaron a la compañía ante la justicia norteamericana con base en la Alien Torts Statute, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

multinacional. Es quizás en esta última década en la que comienzan a surgir condenas a la petrolera, si bien un tanto cosméticas habida cuenta son cuantías no excesivas para la multinacional y, del mismo modo, siguen sin resolver el problema de fondo, cual es la reparación del desastre medioambiental [25].

Ante la dificultad de la obtención de una justicia efectiva en los Tribunales nigerianos, las comunidades afectadas llevaron el asunto ante órganos regionales supranacionales como la Comisión Africana de DD. HH. y de los Pueblos sin consecuencias reales, esto es, patrimoniales, para la multinacional [26].

Sin embargo, las víctimas no renunciaron a la vía judicial y decidieron demandar a Shell ante la justicia holandesa y británica puesto que la empresa «Royal Dutch Shell» es anglo-neerlandesa, constituida en el Reino Unido y con sede central en La Haya [27].

Así pues, en el año 2008 cuatro agricultores nigerianos apoyados en la ONG MilieuDefensie (que forma parte de la ONG mundial Amigos de la Tierra), demandaron civilmente tanto a la matriz Shell como a su filial en Nigeria Shell Development Company Petroleum (SDCP) ante el Tribunal de distrito de la Haya. Los demandantes consideraban la existencia de un nexo inescindible entre la filial y la matriz, pues una es propiedad de la otra que, a su vez, participa de sus beneficios y comparte las políticas ambientales, por lo que la ausencia del control y de la diligencia debida matriz-filial la hace también responsable por el daño ambiental causado en Nigeria. Por el contrario, los demandados, de un lado, atacaron la competencia en tanto consideraban que, en cualquier caso, el asunto debería dirimirse ante la justicia nigeriana –lo cual, como se ha expuesto, les resultaría beneficioso– y, de otro, la culpa de los vertidos no fue de Shell, sino que se debió a distintos sabotajes en sus instalaciones y que, en todo caso, la matriz no puede responder por las actividades de su filial.

La vía judicial holandesa ha finalizado en 2021 dando, finalmente, la razón a los demandantes en un pronunciamiento que, sin duda, marca un

---

[25] Véase, ampliamente, el trabajo de Iglesias Márquez, D., y Ascensio Serrato, S. V, «Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria» en *Revista Catalana de Dret Ambiental,* vol. V, núm. 1, 2014, pp. 1-40. Concretamente, sobre la dificultad de rendir cuentas en Nigeria, pp. 8-10.

[26] Del Valle Calzada, E. «Oasis de justicia en un desierto de impunidad: análisis de las últimas sentencias del caso Shell» en el blog de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 11 de marzo de 2021, disponible en el siguiente enlace https://www.uv.es/uvweb/dret/es/blog/oasis-justicia-desierto-impunidad-analisis-ultimas-sentencias-caso-shell-1286049735049/GasetaRecerca.html?id=1286182121073.

[27] Sobre la historia de Shell, puede verse su página web https://www.shell.es/informacion-sobre-nuestra-empresa/quienes-somos.html.

antes y un después, pues sienta un precedente en la persecución extraterritorial y en la responsabilidad de las multinacionales frente a las violaciones de DD. HH. en otros países. Lo innovador del fallo es que ha permitido condenar a una filial extranjera en los Tribunales de la matriz a la que, si bien no ha hecho responsable del pago de la indemnización, que recae en Shell Nigeria (SDCP), sí ha obligado a que mejore los sistemas de detección de fugas, en una suerte de reconocimiento del nexo existente matriz-filial y del incumplimiento de deber de cuidado de la primera sobre la segunda [28].

La justicia holandesa, asimismo, afirmó su competencia con base en la aplicación del Reglamento Bruselas I –quizá en una interpretación expansiva, que suscribimos– y porque Holanda se erige en una *rara avis* en relación con otros países de la UE, pues su propia Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artículo 7.1, permite que los tribunales que ostentan jurisdicción sobre uno de los demandados, puedan extender su competencia respecto otros demandados cuando exista conexidad en los hechos y razones de eficacia justifiquen un tratamiento conjunto. Por otro lado, con base en el Reglamento Roma II, el Derecho aplicable fue el nigeriano, en tanto lugar donde se produce el daño –l*ex loci damni*– lo que no deja de tener, asimismo, una notable carga simbólica pues implica, en línea con lo argumentado por Iglesias Márquez y Ascenso Serrato «asegurar la reparación de acuerdo con las expectativas de la sociedad en las que se produce el daño» [29].

Paralelamente, las comunidades bodo, bilie y ogale, iniciaron acciones contra Shell en Reino Unido puesto que, como se ha comentado, la matriz está ubicada en dicho país. En relación con la comunidad bodo, una de las comunidades afectadas, las víctimas alcanzaron, en el año 2015, un acuerdo de compensación con la compañía que podríamos definir como difuso y escaso porque únicamente alcanza a un número determinado de afectados, lo cual es, sin duda, mucho más económico que proceder a la limpieza del desastre ambiental causado [30].

Pero más allá del acuerdo con la comunidad bodo, las comunidades bilie y ogale pretendieron un pronunciamiento de la justicia inglesa que considerara

---

[28] La sentencia se encuentra disponible, con un extracto en inglés, en el siguiente enlace: https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Shell-Nigeria-liable-for-oil-spills-in-Nigeria.aspx.

[29] Iglesias Márquez, D., y Ascensio Serrato, S. V., *op. cit.,* p. 29. *Vid*., asimismo, por todos, el exhaustivo análisis que los autores realizan del proceso frente a la justicia holandesa.

[30] Así lo denuncia Greenpeace, sobre el acuerdo alcanzado y su limitado alcance véase los siguientes enlaces: http://archivo-es.greenpeace.org/espana/es/Blog/la-devastacin-de-shell-en-nigeria-no-puede-se/blog/58647/ y https://www.greenpeace.org/usa/shell-oil-settlement-ogoniland/.

la responsabilidad de Shell en el ecocidio. En primer término, año 2017 y 2018 respectivamente, la High Court de Londres y el tribunal de apelación, la Court of Appeal fallaron a favor de la compañía y denegando la petición de las comunidades bilie y ogale, bajo el manido argumento, planteado por la petrolera también ante la justicia holandesa, por el que la competencia debiera residir en los tribunales nigerianos como lugar en el que se produjeron los daños así como la falta de responsabilidad de la matriz respecto de los actos realizados por su filial. Sin embargo, a principios de 2021 la Supreme Court (lo que equivaldría al Tribunal Supremo del Reino Unido) revocó el fallo anterior y confirmó la competencia del Tribunal Superior de Londres para el conocimiento de las demandas presentadas por estas comunidades habida cuenta Shell está constituida en el Reino Unido y sí hay base para demandar («*real issue to be tried*») ante sus Tribunales por las actividades de sus filiales, en este caso la nigeriana SDPC [31]. Para ello, el TS británico se amparó en el precedente de *Vedanta v. Dungowe*, asunto parecido sobre una empresa británica en Zambia en la que el Tribunal revisó la doctrina relativa al deber de diligencia o cuidado de las matrices respecto sus filiales, ampliando los supuestos en los que esta puede responder [32].

Por todo ello, los recientes fallos de Holanda y Reino Unido frente a la petrolera Shell, parecen abrir la puerta a un futuro un poco más esperanzador en el que, de un lado, la justicia de los países desarrollados se implique en la reparación de las víctimas de vulneraciones de DD. HH. cometidas por sus empresas y, de otro, estas, cuya impunidad se observa amenazada, ejerzan un mayor control y, sobre todo, grado de compromiso en la reparación a las víctimas por los daños causados por actividades de sus filiales. Así las cosas todavía queda mucho camino por recorrer pues, sirva como ejemplo el caso Shell, a pesar de su responsabilidad, todavía no se han determinado las indemnizaciones y en el Delta del Níger, permanecen todavía los estragos de tan terrible ecocidio [33].

---

[31] En el párrafo 157 de la sentencia se corrige el pronunciamiento del Tribunal Superior de Londres y se señala, para justificar que sí que hay base para demandar «*real issue to be tried*» literalmente –la traducción es mía– que «Si bien las «decisiones vinculantes formales» se toman a nivel corporativo, estas se toman sobre la base del asesoramiento y consentimiento previos de la línea vertical de negocios o funcional y la autoridad organizacional generalmente precede a la aprobación corporativa. Si bien los demandados sugirieron que RDS solo podía delegar la responsabilidad de su propio gobierno corporativo y las funciones estratégicas de todo el grupo, el Marco de control de RDS muestra que el CEO y el ExCo de RDS tienen una amplia gama de responsabilidades, que incluyen «la condición segura y ambientalmente responsable de las instalaciones y activos de Shell…» Véase *Okpabi and others vs Royal Dutch Shell Plc and another*, 2021 (USKC), 3. Disponible en el siguiente enlace https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0068-judgment.pdf.

[32] *Vedanta Resources Plc v. Lungowe,* 2019 (USKC), 20.

[33] Una panorámica sobre los casos de Reino Unido y Holanda, así como interesantes reflexiones jurídicas sobre la trascendencia de ambos pronunciamientos puede verse en Roorda, L., y Leader, D.,

19.2.3 **La paradigmática justicia y reparación en EE. UU.**

Como es bien sabido, quizás por ser uno de los países paradigma del capitalismo, cuando acontece el binomio criminalidad-empresa, EE. UU. actúa como una suerte de *global corporate regulator.* En efecto, la extraterritorialidad de la jurisdicción ha sido una constante tanto en el control como en la persecución judicial de las empresas por las autoridades norteamericanas, por ejemplo a través de leyes como la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) o la propia Sarbanex-Oxley Act (Ley SOX).

Pero lo que se desconoce es que EE. UU. también ha sido un paladín en la defensa de los derechos humanos, concretamente desde el año 1789 en el que se aprueba el Alien Tort Statute (ATS). En su redacción original, la ATS disponía «Que los tribunales de distrito tendrán... conocimiento, al mismo tiempo que los tribunales de los distintos Estados, o los tribunales de circuito, según sea el caso, de todas las causas en las que un extranjero demanda un agravio solo en violación de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos» [34].

No fue, sin embargo, hasta la década de los ochenta cuando este durmiente instrumento de protección extraterritorial volvió a invocarse y a ser utilizado con relativo éxito en los años venideros para la tutela de las víctimas de vulneraciones de DD. HH. Concretamente en el caso *Filartiga v. Peña-Irala* s. el Second Circuit consideró que a través de la ATS los EE. UU. tenían jurisdicción para perseguir, en este caso, torturas acontecidas en Paraguay porque la interpretación de las violaciones del Derecho Internacional no debía realizarse conforme a los orígenes de la Ley en 1789 sino a su evolución hasta el momento actual en el que, como no puede ser de otra forma, las torturas están prohibidas (mundialmente desde 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos) [35].

Ello abrió la puerta a otra serie de reclamaciones que fueron desarrollando la jurisprudencia norteamericana sobre esta cuestión que quizá alcanzó su apogeo con el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano en *Sosa v. Machain*. En este caso, el TS llegó a considerar legal un secuestro-arresto practicado en Méjico por un ciudadano pagado por los EE. UU. que, ante el rechazo a una extradición por parte de Méjico, cruzó la frontera para entregar al fugitivo, a la postre, acusado de torturas y asesinato en EE. UU. Al respecto,

---

«Okpabi v. Shell and Four Nigerians Farmers v. Shell: Parent Company Lliability Back in Court» *Business and Human Rights Journal*, núm.6, 2021, pp-368-378.

[34] Sobre los orígenes de la ATS y de la interpretación que se hace más de dos siglos después de su promulgación puede verse, extensamente Dodge, W. S «The historical origins of the Alien Tort Statute: a response to the originalists», *Hastings International and Comparative Law Review,* vol. 19, núm. 2, 1996, pp. 221-258.

[35] *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir 1980).

el TS consideró que «Una sola detención ilegal de menos de un día, seguida de la transferencia de la custodia a las autoridades legales y una pronta lectura de cargos, no viola ninguna norma del derecho internacional consuetudinario tan bien definida como para respaldar la creación de un recurso federal» [36].

Pero se debe tener en cuenta que, en ambos supuestos, la vulneración de DD. HH. era extremadamente grave –torturas– y referida a personas concretas. Sin embargo, otro tipo de vulneraciones de DD. HH. más indeterminadas o que pudieran afectar a intereses difusos, no han tenido el mismo éxito que los dos casos precedentes.

Si bien en primer término la ATS se aplicaba frente a personas físicas, a mediados de los noventa comenzaron a ser demandadas personas jurídicas. Y ello porque, como acertadamente señala Requejo Isidro «Las corporaciones ofrecen el respaldo de un patrimonio; el hecho mismo de la demanda contra ellas genera una publicidad negativa que induce a acuerdos extrajudiciales. Además de ello, la mayoría de las grandes transnacionales tienen presencia en EE. UU., lo que facilita la demanda en el país y la ejecución de la eventual sentencia sobre los bienes en el territorio» [37].

En la práctica forense, como suele acontecer en el grueso de la justicia norteamericana, los casos ATS no suelen llegar al fondo del asunto, en tanto se resuelven en un estadio pre-procesal (*pre trial stage*) para evitar el daño reputacional empresarial, principalmente en temas tan sensibles como la vulneración de los DD. HH. . Por ello, centran el debate en cuestiones procesales como la falta de legitimación pasiva (*subject matter test*) –matriz/filial– o la jurisdicción, en defensa de otro foro mejor posicionado que los EE. UU. –generalmente el del *locus damni*– (*forum non conveniens*).

Y aunque durante unos cuantos años las demandas con base en la ATS frente a personas jurídicas solían tener cierto recorrido [38], desde el año 2011 su aplicación ha experimentado una tendencia negativa habida cuenta la jurisprudencia ha ido limitando, paulatinamente, su ámbito subjetivo de aplicación.

Ello se traduce, como veremos a continuación a través de relevantes casos, en una regresión en la protección extraterritorial de los derechos humanos por parte de los EE. UU.

---

[36] *Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U. S, 692 (2004).

[37] Requejo Isidro, M. «Responsabilidad civil y derechos humanos en EE. UU.: ¿el fin del ATS?» *InDret,* núm. 3, 2011, pp. 1-38, p. 7.

[38] Hasta octubre de 2010 se pueden contabilizar más de 150 demandas frente a empresas con base en la ATS en Requejo Isidro, M. *op. cit.,* p. 7.

El fin del idilio ATS: de Kiobel a Nestlé

El principio del fin de la protección de las víctimas de delitos cometidos por multinacionales con base en la ATS comienza con el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*. El asunto trae causa del caso Shell-Nigeria al que nos hemos referido anteriormente, concretamente a las ejecuciones practicadas por la dictadura nigeriana tras las protestas de los activistas de la comunidad ogoní. Esther Kiobel, viuda de Barinem Kiobel, uno de los ejecutados, demandó a Royal Dutch Petroleum –Shell– frente a la justicia norteamericana con base en que su filial en Nigeria, SPDC, apoyó activamente –p. ej. proporcionando transporte y material– a los militares nigerianos que, posteriormente, acabarían deteniendo y ejecutando a su marido. Sin embargo, las distintas instancias denegaron su petición y el TS lo confirmó con base en que la ATS no se puede aplicar extraterritorialmente y más si no existe un nexo «suficiente» con los EE. UU. [39]. A mayor abundamiento, el TS por unanimidad entendió que «*la mera presencia de la empresa*» en los EE. UU. no implicaba por sí sola ese nexo para la aplicación extraterritorial de la ATS [40]. El fallo del TS supone, por consiguiente, una drástica reducción del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y genera incertidumbre en tanto no implica *per se* el fin de la ATS, sino que la limita a la concurrencia de que las conductas extraterritoriales «*afecten suficientemente*» al territorio de EE. UU. para justificar la aplicación extraterritorial de la Ley (*touch and concern requirement*) [41].

El TS tuvo ocasión de limitar todavía más el alcance subjetivo de la ATS en 2018 a través del caso *Jesner v. Arab Bank, PLC* [42]. En resumidas cuentas, el asunto versaba sobre la demanda de unos ciudadanos israelíes contra Arab Bank, con sede principal en Jordania, por servir de banco en el que tenían cuentas y transmitían fondos miembros de Hamas. El nexo para poder atraer la causa a los EE. UU. con base en la ATS, dado el pronunciamiento anterior de Kiobel, era que este banco tenía una sucursal en Nueva

[39] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.,* 569 U. S. 108 (2013).

[40] Por su relevancia, traducimos literalmente el Fd IV «Sobre estos hechos, todas las conductas relevantes tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos. E incluso cuando las reclamaciones toquen y se refieran al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la fuerza suficiente para desplazar la presunción contra la aplicación extraterritorial. Véase Morrison, 561 U. S. Las corporaciones están a menudo presentes en muchos países, y sería ir demasiado lejos decir que la mera presencia corporativa es suficiente. Si el Congreso determinara lo contrario, se requeriría un estatuto más específico que el ATS. Se afirma la sentencia de la Corte de Apelaciones».

[41] *Vid*. Bright, C. «The Implications of the Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction» en *A Lackland Law? Territory Efectiveness and Jurisdiction in International and EU Law* (Di Stefano, A. ed.) Ed. *G. Giapichelli*, Turín, 2013, pp.165-181, p.181.

[42] *Jesner v. Arab Bank, PLC*., No 16-499, 584 U. S (2018).

York desde la que se blanqueaba dinero de Hamas. En una muy ajustada decisión de 5 votos frente a 4, la mayoría consideró que bajo la ATS no se podían demandar a empresas extranjeras porque, entre otros argumentos, podría afectar a las relaciones diplomáticas de EE. UU. con los países donde radica la empresa, en este caso, Jordania, a la postre, país aliado de los norteamericanos [43]. Por ello, la mayoría sugirió que para afectar a empresas extranjeras sería pertinente una modificación del ATS por parte del Congreso de EE. UU. en este sentido [44]. Esta lectura, sin embargo, no dista de resultar un tanto hipócrita habida cuenta EE. UU. no ha tenido problema en mantener tensiones diplomáticas con países europeos en aplicación de la Ley SOX para la protección de sus mercados de valores por cuestiones que, a la postre, debieran resultar menos importantes –quizás para algunos no– que los Derechos Humanos [45].

En la misma línea se ha vuelto a pronunciar recientemente el TS norteamericano en *Nestlé v. John Doe* [46], lo cual resulta preocupante en tanto parece confirmar la tendencia que limita el ámbito de aplicación de la ATS. Los hechos en este caso versan sobre esclavitud infantil en una plantación de cacao en Costa de Marfil de la que Nestlé y otras empresas como Cargill compraban cacao. Por ello, seis ciudadanos malienses que presuntamente fueron esclavizados en dichas plantaciones demandaron a la compañía ante los EE. UU. con base en la ATS. Si bien en primera instancia se consideró que sí había base para sostener la acción dado que las decisiones sobre la compra de los productos fueron tomadas en EE. UU. («*major operational decisions*»), el TS, sin embargo, revocó el pronunciamiento porque entendió insuficiente el nexo o vínculo entre la conducta y las empresas demandadas para la aplicación de la ATS. Así pues, más allá de que expresamente considerase que las empresas sí pueden ser demandadas bajo esta Ley [47] –al menos, como puede apreciarse, en el plano teórico–, confirma la limitación de su aplicación extraterritorial mientras que el Congreso no modifique o redefina los presupuestos para su

[43] Este y otros argumentos, pueden verse con detalle en el análisis de Hamilton, R. «Jesner v. Arab Bank» *The American Journal of International Law,* vol.122, pp-720-727, p. 722.

[44] Concretamente en la decisión principal expuesta por el Juez Kennedy en la p. 2 «El Tribunal también debe preguntar si tiene autoridad y discreción en una demanda ATS para imponer responsabilidad a una corporación sin una orden específica del Congreso para hacerlo».

[45] Sobre las referidas tensiones y la extraterritorialidad de la jurisdicción norteamericana puede verse Gimeno Beviá, J. «La protección penal de los mercados de valores a través de la extraterritorialidad de la jurisdicción», en *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica* (González-Cuéllar Serrano, N. y Demetrio Crespo, E., Dirs.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

[46] *Nestlé USA, Inc v. Doe*, 593 U. S (2021).

[47] Concretamente, en la opinión concurrente del Juez Gorsuch «La noción de que las corporaciones son inmunes a las demandas bajo el ATS no puede conciliarse con el texto legal y el entendimiento original»

aplicación porque «los tribunales no pueden dar alcance extraterritorial a ninguna acción creada judicialmente bajo el ATS» (*cause of action*) [48].

Del análisis de los tres pronunciamientos se deduce, en conclusión, como un instrumento que podría resultar muy útil para el acceso a la justicia de las víctimas y la protección internacional de los DD. HH., ha limitado su eficacia a que la acción «afecte» a los Estados Unidos. En efecto, tras haber sido «rescatado» en los años 80 podría haber evolucionado en la misma línea en la que evolucionan las vulneraciones a los DD. HH., esto es, en asegurar su protección frente a las multinacionales, a la postre, uno de los actores que, en una sociedad cada vez más globalizada, los amenazan. Además, una aplicación extraterritorial justificada podría servir de acicate para una mayor y mejor autorregulación empresarial, control de las matrices sobre las filiales y el establecimiento de políticas eficaces en la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas ante su vulneración.

19.3 HACIA LA CONFIGURACIÓN DE VÍAS DE ACCESO A LA REPARACIÓN

El análisis de los distintos escenarios da muestra de cómo la reparación y, en definitiva, el acceso a la justicia de las víctimas de vulneraciones de DD. HH. se hace depender de factores poco o nada homogéneos, más cercanos al «azar», a las buenas intenciones o coyunturas favorables de actores o países más o menos comprometidos, que a unos estándares internacionales claros y definidos que ofrezcan seguridad jurídica.

Así las cosas, resulta conveniente analizar las vías que permitan una pronta reparación a las víctimas, en un enfoque que combine lo nacional y lo global y, por supuesto, partiendo del papel que deben desempeñar las multinacionales mediante soluciones de autorregulación y *compliance*, no como actores secundarios –tal y como sucedía hasta no hace mucho tiempo– sino como verdaderos protagonistas, en situación de corresponsabilidad con los Estados. Para ello realizaremos un análisis y estudio de distintas vías tanto judiciales, en primer lugar, como extrajudiciales, en segundo.

[48] Como literalmente afirma la sentencia (la traducción es mía) «Por supuesto, los tribunales de derecho consuetudinario pueden haber disfrutado del poder de crear (o «reconocer») causas de acción, pero el poder de crear una causa de acción es, en todo sentido significativo, el poder de promulgar una nueva ley que asigna nuevos derechos y nuevos deberes legalmente exigibles. Y nuestra Constitución generalmente asigna ese poder al Congreso.»

19.3.1 **Judiciales**

A) Extraterritorialidad de la jurisdicción

Más allá del deber de los Estados de protección de los derechos humanos en su territorio, se plantea la posibilidad de que, para el logro del acceso a la justicia de las víctimas, la jurisdicción se extienda a otros territorios fuera de sus fronteras.

En efecto, cuando la jurisdicción del *locus delicti* o *damni* es débil, por ejemplo, por corrupción o porque no se puede garantizar un juicio justo, se plantea la posibilidad de que el Estado donde radica la sede social de la matriz, generalmente un país desarrollado, ostente la jurisdicción para hacer frente a la demanda de las víctimas frente a sus filiales.

Extender la jurisdicción de un país hacia otro territorio, sin embargo, no es una cuestión sencilla ni pacífica pues, como es sabido, afecta a la soberanía de otro país. Así, pues, jurídicamente existen obstáculos tanto en la justicia civil –en lo que afecta a la pretensión resarcitoria– como en la justicia penal –habida cuenta las vulneraciones de DD. HH. en la mayoría de los casos constituyen delitos–.

a) *Justicia civil*

La interposición de la demanda por las víctimas de vulneraciones de DD. HH. ante otro Estado cuenta con no pocos obstáculos. En primer lugar, la carestía no solo en el acceso, sino en el mantenimiento de la acción, pues partimos de la base que las víctimas en muchos casos carecen de recursos, de un lado, y, de otro, la contratación de abogados especializados en el país donde se interpone la demanda suele ser un gasto imposible de afrontar. Pero, superado este obstáculo con ayuda de asociaciones internacionales de DD. HH. o de abogados que acceden a llevar las demandas *pro bono*, lo cierto es que siguen existiendo importantes barreras. Así, en segundo, ante la interposición de un demanda frente al Estado de la matriz, los tribunales suelen declinar su competencia con base en el manido *forum non conveniens*, en defensa de otro foro mejor posicionado, generalmente –aunque sea discutible– el del lugar del daño; o por falta de legitimación pasiva (*subject matter test),* ante la dificultad –también aparente, en muchos casos– de responsabilizar a la matriz por las acciones u omisiones de las filiales; o, incluso, en países de *common law* como EE. UU. o UK, con

base en la *Act of state doctrine* por considerar que sus tribunales no pueden enjuiciar la validez de actos dictados por otro país en el marco de su soberanía [49].

Pero más allá de los referidos problemas, lo cierto es que existen jurisdicciones o, más concretamente, jueces y juezas valientes, que abren la puerta o buscan fórmulas para conocer de las demandas de las víctimas que carecen de una justicia efectiva en su país. Sirvan como ejemplo los casos Shell-Holanda y Shell-UK, expuestos en el epígrafe II. Tales pronunciamientos quizás supongan más un reconocimiento del problema existente que una reparación efectiva –recordemos, por ejemplo, que en el caso Shell-Holanda a la matriz se le imponen deberes de supervisión– por lo que sería necesaria, para un mayor alcance territorial de la justicia civil, el avance hacia una regulación que considere la competencia de los tribunales nacionales en el acceso y la reparación a las víctimas por vulneraciones de DD. HH. fuera de las fronteras por las filiales de las matrices radicadas socialmente en su territorio.

b) *Justicia penal*

Más compleja resulta si cabe la aplicación de la justicia penal. Y ello porque para la aplicación extraterritorial la ley penal es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos [50].

Así, pues, tomando como punto de partida la legislación española, si atendiésemos al principio de nacionalidad por el que entendiéramos que si la sociedad es española los tribunales españoles podrían ostentar jurisdicción, lo cierto es que ello no acontecería de tan fácilmente. Mas al contrario, el principio de nacionalidad, que se encuentra contemplado en el artículo 23.2 LOPJ, dispone que «También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

[49] «La *act of state doctrine* requiere q los tribunales de los Estados Unidos abstenerse de juzgar la validez de los actos soberanos de un Estado extranjero que tienen efecto dentro de las fronteras de ese país al inhibirse ante casos en que tales actos soberanos deben ser examinados», Morrison, S. M «The Act of State Doctrine and The Demise of International Comity», *Indiana International and Comparative Law Review*, vol 1:311, año 1991, pp. 311-335, p. 311.

[50] Para una visión detallada del problema, véase ampliamente el excelente trabajo de González López, J. J., «Consideraciones acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales» en Revista de Estudios Europeos, núm. 77, 2021, pp. 22-48.

1.º Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

2.º Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los Tribunales españoles.

3.º Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

Por consiguiente, la jurisdicción española podrá conocer de la causa cuando el delito, cometido fuera del territorio español sea, de un lado, imputable a la persona jurídica según el listado *numerus clausus* del Código Penal y, de otro, se encuentre tipificado en el país donde fue cometido que, en atención al principio de doble tipificación, deberá contener requisitos de imputación análogos a los contemplados en nuestro CP. Además, amén de la pertinente querella ante nuestros Tribunales, tampoco deberá haber sido absuelto, condenado o indultado a efectos de que no concurra el principio *non bis in idem.*

Contando siempre con los requisitos citados *supra*, es necesario, precisar la distinción entre las sucursales y las filiales en aras a la transmisión de responsabilidad a la matriz. Cuando una sociedad matriz crea una sucursal en un Estado y esta comete un delito, podría parecer lógico que trasladara la responsabilidad a la matriz y España ostentase jurisdicción en tanto las sucursales carecen de personalidad jurídica propia, su independencia frente a la matriz resulta limitada y habitualmente sigue una misma política de *compliance*. Ahora bien, resulta elemento *sine qua non* que concurra el requisito de la doble tipificación y que en el Estado donde se cometió el delito esté prevista su responsabilidad. De lo contrario, la responsabilidad podrá ser administrativa o civil en el país del delito, pero no penal en España.

Por el contrario, si una empresa se establece en el extranjero a través de la creación de una filial, trasladar la responsabilidad penal en cascada hacia la matriz pudiera parecer más complejo toda vez que las filiales sí cuentan con personalidad jurídica propia y su nacionalidad en muchas ocasiones además coincide con la del país de implantación aumentando más si cabe su interés en investigar y enjuiciar el hecho. No obstante lo anterior, tal y como hemos comentado previamente, este criterio tampoco es definitivo porque cuando exista dependencia entre la matriz y la filial, no solamente desde la perspectiva del artículo 42 del CCom sino en el ámbito del control interno, sí que podría

arrastrar la responsabilidad hacia la matriz. Y ello porque la matriz, a causa de un defecto de organización se puede beneficiar de un ilícito cometido por la filial.

El criterio determinante, por tanto, es la autonomía e independencia. Así, si la filial actúa de forma autónoma, con un órgano de control independiente, creado y dotado de recursos personales/materiales *ad hoc* en el país concreto, no debiera ascender la responsabilidad a la matriz. Si, por el contrario, existe identidad en el órgano de control, dependencia en la toma de decisiones, participación relevante en el capital social, entre otros indicadores que permitan inferir su dependencia de la matriz, y –reiteramos-– concurren los requisitos arriba citados-, la matriz podrá ser responsable penalmente.

Por otro lado, tampoco cabe descartar que los tribunales del país afectado se inhiban ante la jurisdicción del país donde se ubique la matriz por la dificultad/imposibilidad de investigar y obtener pruebas frente a la filial cuando el delito afecta a varias jurisdicciones y la matriz se encuentra en otro país, sobre todo cuando este último se encuentre en una mejor posición para llevar a cabo la instrucción y el enjuiciamiento [51].

Así las cosas, y dejando a un lado el artículo 23.3 y 23.4 LOPJ, esto es, el principio de interés real y el de justicia universal, por su limitado alcance, el primero, y por su limitación o, mejor dicho, «laminación» en el año 2014 [52], el segundo; la aplicación extraterritorial de la justicia penal tampoco se traduce en un mejor acceso a la justicia para las víctimas de vulneraciones de DD. HH. Y ello porque, aunque España sea muy generosa en el ejercicio del derecho de acción penal, que lo puede ejercer la víctima e incluso la acción popular, y que además la acción civil se puede ejercer junto a la penal ex artículo 108 LECrim, la duración y dificultad de estos procesos con elementos tanto objetivos como subjetivos transnacionales permite inferir que, aunque se pueda acceder a la jurisdicción, la reparación tardará muchos años en llegar –si es que finamente llega–.

Por consiguiente, la aplicación extraterritorial del *ius puniendi*, por atractiva que pudiera parecer, no se va a traducir ni en una mejora del acceso ni, en último término, de la reparación, para las víctimas, al menos desde la perspectiva española.

---

[51] Para ello, sin embargo, será preciso que un tribunal esté conociendo del asunto, tal y como ha acontecio con el caso Volkswagen donde la Audiencia Nacional, tras años de investigación, finalmente se inhibió ante los tribunales de Braunschweig que enjuiciaron (aunque no penalmente) a la multinacional alemana.

[52] La reforma de 2014 puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2709.

B) La cooperación interestatal como vía efectiva de reparación

Pero en vez de ampliar el alcance territorial en una *vis expansiva* de la jurisdicción, cabe otra opción sin duda más amistosa, cual es la posibilidad de que el Estado donde radica la matriz ofrezca cooperación al país donde ha acontecido la vulneración tanto para su castigo como para la reparación civil.

En efecto, la extraterritorialidad no puede, por la lesión a la soberanía de los estados, convertirse en una solución generalizada para la aplicación de la justicia penal y/o civil. Por el contrario, con buen tino, en la mayoría de legislaciones se trata de un fuero subsidiario pues el principio de territorialidad se erige en el criterio internacionalmente aceptado como prevalente en la determinación de la jurisdicción. Así, pues, la práctica forense muestra como es el país en el que se produce el resultado el primer interesado en ostentar la jurisdicción y ello porque fuera de los límites de un Estado la eficacia de la acción, penal o civil, se hace depender de la existencia de Convenios o Tratados internacionales que puedan facilitar la cooperación internacional así como del manido principio de reciprocidad.

Por consiguiente, aunque la matriz pueda encontrarse en España en el momento de la comisión del delito, si este causa efectos graves para el país donde se produjo el resultado, habida cuenta la existencia de los instrumentos de cooperación y las buenas relaciones diplomáticas, existirán más posibilidades de que sea perseguido y enjuiciado en el país donde se produce el resultado –seguramente más afectado por la acción- que en España, aun siendo aquí donde radique la matriz (en caso de una ascensión de responsabilidad en cascada) o donde se ubique el órgano de control ante una hipotética carencia o ausencia del mismo en el país del *locus delicti* o *locus damni.*

A modo de ejemplo, y dejando a un lado los países del espacio Schengen donde incluso en algunos de ellos contamos con la figura del juez de enlace –también en Marruecos– España cuenta con convenio de cooperación de asistencia judicial con Argentina (1987), Uruguay (1991), Chile (1992), Colombia (1997) Perú (2000), Brasil (2006), México (2006), India (2006), Ecuador (2017)…

Sin perjuicio de que existan países con los que no se haya firmado convenio de cooperación, ya sea por la debilidad de sus instituciones como porque su forma de gobierno sea contraria a los derechos humanos –p. ej. Corea del Norte–, lo cierto es que los convenios de cooperación y/o asistencia judicial

pueden constituir un primer paso para el acceso y la reparación a la víctima en el país del daño.

Y ello implica una doble e importante ventaja pues, de un lado, la víctima no debe desplazarse, lo cual supone un importante ahorro en costes y se traduce en un efectivo acceso y, de otro, la justicia acontece en el país donde se ha producido el daño, no en otro estado más sólido institucionalmente que, desde una mirada neocolonial o imperialista, acude a solventar los desmanes del estado débil –cuando, a mayor abundamiento, su debilidad, al menos parcialmente, puede y suele venir por la corrupción de la que también forman parte las empresas del estado más fuerte–. Además, que el acceso y la reparación sucedan en el estado donde se ha producido el daño, es una situación cargada de simbología, pues implicará colateralmente una mayor confianza del ciudadano en la justicia y, por ende, en las instituciones de su país.

Sirva como ejemplo el convenio suscrito entre la Fiscalía General del Estado española y colombiana en el año 2017 sobre cooperación en investigaciones relacionadas con corrupción. Este convenio ha permitido y permite la aceleración de las investigaciones y una cooperación más fluida, lo cual ha sido muy beneficioso para, tomando como ejemplo un ilustrativo caso, depurar judicialmente responsabilidades por la corrupción en las obras públicas de los juegos nacionales de Ibagué en el año 2015, en el que participaron empresas españolas. Si bien estas no pueden ser penalmente responsables en Colombia, las autoridades españolas han colaborado en la investigación entregando pruebas desde España a sus homónimos colombianos para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos y contratistas que participaron en la trama corrupta [53]. Ya se han producido importantes condenas en Colombia, sin necesidad, por tanto, de alterar el foro y se decomisaron los bienes de la empresa española ubicados en Colombia, con la finalidad de satisfacer las responsabilidades civiles.

En conclusión, y como se puede apreciar, la cooperación es una vía más respetuosa con la soberanía de los Estados que la extraterritorialidad y permite que la justicia acontezca en el país afectado, fortaleciendo, asimismo, sus instituciones, y reforzando la confianza de la ciudadanía en su sistema de justicia.

[53] De ello se han hecho eco los medios colombianos, véase, entre otros, https://caracol.com.co/radio/2017/05/16/judicial/1494940988_235427.html.

19.3.2 **Extrajudiciales**

A) Protección de los DD. HH. en la legislación nacional

Tal y como se ha puesto de relieve al inicio del trabajo, más allá de las buenas intenciones de los instrumentos internacionales, estos carecen de carácter vinculante. Sin perjuicio de que puedan resultar influyentes en determinadas políticas estatales y/o empresariales, lo cierto es que, como también se ha visto, existen informes negativos, como sucede con España y el PIDESC, en la observación de su cumplimiento.

Sería necesario, en primer lugar, que los países que han suscrito los referidos textos o sencillamente se tomen en serio –si se me permite la expresión– los DD. HH., reconozcan y aseguren su respeto en su legislación nacional, incluso promoviendo su efecto por actividades transnacionales, esto es, extraterritorialmente, pues suele ser fuera de sus fronteras donde las multinacionales vulneran los derechos humanos.

En esta línea, países como Francia han tomado conciencia de la problemática referida [54]. Así, en el año 2017, aprobó la Ley sobre el deber de vigilancia de las matrices y empresas contratistas (*Loi núm.2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des societés mères et des enterprises donneuses d'ordre*), que toma como punto de partida los Principios Rectores de la ONU.

Esta Ley, cuyo objetivo es eliminar el espacio de impunidad de las multinacionales que operan bajo estructuras complejas ubicadas en distintos países y con nacionalidades diferentes, pone en el centro a las víctimas de violaciones de DD. HH. procurando su reparación efectiva.

Su objeto, por consiguiente, es la protección internacional de los derechos humanos y afecta a cualquier empresa establecida en Francia que, bien emplee al menos a cinco mil personas, en la matriz o en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté situada en Francia al término de dos ejercicios consecutivos; bien dé empleo a diez mil personas, en la matriz o en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado bien en Francia o en el extranjero [55].

---

[54] Seguramente por desastres tan trágicos como el derrumbe del edificio Rana Plaza de Bangladesh en el que murieron más de 1000 trabajadores que fabricaban ropa para grandes multinacionales europeas, entre ellas la francesa Auchan, https://es.fashionnetwork.com/news/Rana-plaza-une-nouvelle-petition-contre-auchan,586613.html. Sobre la dificultad en la determinación de las responsabilidades véase Beriain, I. M. «Algunas reflexiones acerca de la tragedia de Rana Plaza: ¿quién fue el responsable? *Dilemata*, año 5.º, núm. 13, 2013, pp.121-152.

[55] El ámbito de aplicación, sin embargo, para algunos resulta limitado y ambiguo. En palabras de Mauriel, «Las empresas se aprovechan de una imprecisión. La ley se refiere a las empresas que operan en Francia y que emplean a más de 10.000 trabajadores en todo el mundo, pero hay quienes afirman que

Las empresas deben cumplir una serie de obligaciones, contenidas en el artículo 1 de la Ley, que modifica el Código de Comercio francés, en las que destaca la elaboración de planes de vigilancia que contemplan funciones tales como realizar análisis de riesgos, evaluar periódicamente a las filiales, establecer canales de denuncia o alerta, realizar un seguimiento de las medidas que se implementen…pero, si no cumple con la obligación de elaborar e implementar el plan de vigilancia, podrá incluso sufrir sanciones pecuniarias como, más relevante si cabe en atención al objeto del presente trabajo, ser responsable civilmente de los daños ocasionados a las víctimas por las vulneraciones de DD. HH. cometidas por sus filiales [56]. Hete aquí, por tanto, la clave de la presente ley: el reconocimiento expreso de la responsabilidad de la matriz por no vigilar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de sus filiales.

Es importante precisar que, aunque hayamos ubicado esta Ley como solución extrajudicial porque su esencia está enfocada a la prevención, en caso de incumplimiento reiterado porque no elabore, publique y aplique el plan de vigilancia, podrá el juez obligar a su cumplimiento a través de sanciones coercitivas (art. 1. II). Sea como fuere, y aunque podríamos haber ubicado está vía o instrumento dentro de las judiciales, entendemos que lo relevante no es que en último término pueda existir una sanción judicial, sino que se establezca la necesidad de contar con un plan de vigilancia empresarial matriz-filiales.

B) La creación de *Ombudsman* transnacionales

Otra vía que pudiera resultar interesante explorar y que ya apunta el PIDESC sería aquella que permitiera el acceso y la reparación de las víctimas a través de instituciones defensoras de DD. HH. o incluso mediante un *Ombudsman* de DD. HH.

La figura del *Ombudsman*, como es sabido, podría corresponderse con la de nuestro Defensor del Pueblo. Sus orígenes datan de hace más de 200 años en Suecia y se le concibe como el funcionario que media e intercede entre el ciudadano que ha visto vulnerados sus derechos y la autoridad que los ha infringido. Por consiguiente, es muy importante que quien ocupe la posición de ombudsman actúe con independencia frente a las autoridades.

---

solo se refiere a las empresas que emplean a 10.000 trabajadores en el territorio francés», http://www.industriall-union.org/fr/devoir-de-vigilance-la-france-a-t-elle-vraiment-ouvert-une-voie-contre-limpunite-des-multinationales.

[56] Un análisis más detallado de la presente Ley, puede verse en Sanguineti Raymond, W., «La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras», en *Trabajo y Derecho,* núms. 55-56, 2019.

Si tomamos como punto de partida el Defensor del Pueblo español, en su calidad de institución española para la promoción y protección de los derechos humanos, desarrolla relaciones de colaboración y asistencia técnica con las instituciones nacionales homólogas de otros Estados y facilita de forma independiente el seguimiento que periódicamente realizan las organizaciones internacionales sobre la situación en España de los derechos humanos [57].

Del mismo modo, la figura del Ombudsman en distintos países del arco iberoamericano, que han bebido en gran parte de las fuentes del Defensor del Pueblo español, ha permitido tanto el acceso a la justicia como la denuncia de la injusticia, jugando además un papel destacado en la reforma de instituciones esenciales en aras a una mayor calidad democrática, el fortalecimiento del Estado de Derecho y el fomento de la transparencia [58].

No obstante lo anterior, lo cierto es que más allá del referido rol que desempeñan, actualmente no constituyen un instrumento eficaz para el logro de una pronta reparación a la víctima que ha sufrido la vulneración de DD. HH. por empresas extranjeras. Y aunque también en ocasiones haya podido servir como vehículo para que las víctimas fueran escuchadas en condición de *amicus curiae* ante la Corte Interamericana, ello no se suele traducir en una reparación sino, a lo sumo, en una suerte de reconocimiento o pronunciamiento declarativo que puede, en el mejor de los casos, implicar cambios legislativos o el desistimiento de la vulneración de tales DD. HH. por parte de los Estados.

Por consiguiente, no hay que poner el foco únicamente en los países donde se cometen las vulneraciones de DD. HH. sino al contrario, en los países donde se ubican las matrices. Así las cosas, es conveniente contar Ombudsman internacionales o, mejor dicho, transnacionales, que permitan el acceso a la justicia a víctimas ubicadas fuera del territorio del Estado.

En este punto puede ser interesante traer a colación la experiencia canadiense. Canadá cuenta desde 2017 con la figura conocida como Core (*Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise*) que se erige en un Defensor del Pueblo de Canadá para la Conducta Empresarial Responsable [59]. Pues bien, en un país como Canadá, que ya en varios pronunciamientos ha quebrado o superado

---

[57] Véase la propia descripción de la institución en la web del Defensor del Pueblo, de donde hemos extraído la informciónhttps://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/.

[58] Sobre ello, puede verse, entre otros, Valladares, L. «El *ombudsman* como canal de acceso a la justicia» *Revista IIDH*, vol. 32-33, año 2000-2001. También, en el concreto caso mejicano, Carpizo, J., «Principales diferencias entre el *ombudsman* español y el mexicano», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003.

[59] Véase su página web en castellano https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/about-a_propos.aspx?lang=spa.

el obstáculo del *fórum non conveniens* para asumir la competencia judicial ante la dificultad de que las víctimas, ya sea por corrupción sistémica de la jurisdicción del *locus delicti* como por la imposibilidad de que allí tengan un juicio justo [60], tengan acceso a la justicia y a una efectiva reparación, el Core se erige en un vigilante o supervisor del cumplimiento de los DD. HH. de las multinacionales canadienses en el extranjero.

En efecto, la actuación del CORE se desarrolla de un lado, ante el propio Canadá y, de otro, ante las compañías canadienses que operan internacionalmente. Su función, podríamos resumirla en la prevención, la investigación y la respuesta, tal y como seguidamente se relaciona.

a) Prevención: entre otras acciones, realizan formaciones, seminarios, etc. en materia de DD. HH.; desarrollan análisis sobre cómo afectan los abusos a los derechos humanos a diferentes sectores, regiones y comunidades; ofrecen información a las empresas sobre medidas que pueden tomar para el respeto de los DD. HH. [61].

b) Investigación: ante la denuncia de una vulneración de DD. HH., Core ofrece tres vías de investigación. La primera, sería una suerte de negociación entre ambas partes compartiendo en el Core, con el consentimiento de ambos, la información obrante en su poder sobre la infracción. La segunda, directamente consiste en un proceso de mediación cuando la empresa y el denunciante –en muchos casos, podríamos hablar directamente de víctima– aceptan una mediación ante un tercero independiente provisto por el ombudsman canadiense. La tercera y, en puridad, única vía estrictamente de investigación –pues entendemos que las otras dos se acercan más a la resolución del conflicto– se divide, a su vez, en dos vías de investigación de la denuncia; la primera, una investigación conjunta en la que el denunciante y la empresa trabajan junto a un facilitador en la recopilación de la información; y la segunda, en la que Core investiga la denuncia recibida de forma independiente y por su cuenta [62].

c) Respuesta: pero quizá lo más relevante estriba en la respuesta o reacción ante la constatación de una vulneración de DD. HH. por una empresa

---

[60] Véase, entre otros, los casos *Adolfo Agustín García et al. v. Tahoe Resources Inc*. 2014 o *Nevsun Resources Ltd v Araya 2020.*

[61] Tal y como se señala en el epígrafe 1.1 «Make recommendations including regarding courses of action to address human rights abuses, remedies for those impacted, changes to the practices and policies of Canadian companies and trade measures against Canadian companies». Véase https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/operating_procedures-procedures_exploitation.aspx?lang=eng.

[62] *Vid.* https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/fact_sheet_2-fiche_descriptive_2.aspx?lang=spa.

canadiense. Ante este escenario, el Core, tras hacer pública dicha vulneración, puede actuar ante la empresa así como ante el Estado. Respecto a la empresa, y habida cuenta no es un órgano jurisdiccional y no puede sancionarla, podrá recomendar que actúe de las siguientes formas: i) pagar compensaciones a las personas que fueron afectadas por un abuso a los derechos humanos; ii) disculparse públicamente por no respetar los DD. HH. de las víctimas; iii) reparar el daño, tanto económico a las víctimas como ambiental, restituyendo lo dañado a su estado previo a la vulneración (p. ej. limpieza de unas tierras por contaminación medioambiental); y iv) llevar a cabo los cambios operativos internos necesarios para evitar que la vulneración vuelva a suceder en el futuro. Huelga decir que las referidas recomendaciones, aunque no tengan efecto sancionatorio directo, son un elemento de presión muy relevante frente a empresas que, tanto por su proyección social como comercial, de no seguirlas o hacer caso omiso a las mismas, pueden sufrir daños reputacionales, económicos y pérdidas de futuros negocios. En relación al papel que desempeña Core frente al Estado tras una vulneración de DD. HH., la institución puede recomendarle: 1.º que deje de prestar apoyo comercial y/o diplomático a la empresa en el extranjero; 2.º negar apoyo financiero o económico; 3.º la judicialización de la denuncia recibida frente a la compañía ante los tribunales canadienses; y 4.º el cambio de las leyes y políticas de Canadá [63].

Sin embargo, más allá de los loables fines e interesantes instrumentos y soluciones que ofrece Core, lo cierto es que también ha sufrido algunas crisis. Sin ir más lejos, un año después de su creación, catorce representantes de la sociedad civil que integraban Core dimitieron ante la inobservancia, por parte de las autoridades, de la independencia que debía regir su labor y la ausencia de facultades reales de investigación. [64]

Así las cosas, y dejando a un lado los altibajos que haya podido tener la institución –lógicos, por otro lado– Core es una realidad que sigue realizando una importante labor y puede servir de referencia para los Defensores del Pueblo de otros países. [65]

[63] Véase https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/fact_sheet_3-fiche_descriptive_3.aspx?lang=spa.

[64] Es importante recordar que solamente dimitieron los responsables o el sector de la sociedad civil que en ese momento integraba CORE, no todos los miembros de la organización https://cnca-rcrce.ca/2019/07/11/news-release-government-of-canada-turns-back-on-communities-harmed-by-canadian-mining-overseas-loses-trust-of-canadian-civil-society/.

[65] *Vid.* Core en la actualidad, https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/index.aspx?lang=spa.

C) Inclusión de mecanismos de reparación en los modelos de *compliance*

Por otro lado, y en consonancia con el contenido de los Principios Rectores, las empresas debieran contar con instrumentos de contingencia o protocolos de reparación para la satisfacción de las responsabilidades causadas por su vulneración de DD. HH.

La gran mayoría de multinacionales cuenta con políticas de respeto a los DD. HH., aprobadas por sus respectivos Consejos de Administración, en las que se comprometen con el cumplimiento de los instrumentos internacionales de DD. HH. [66].

Sin embargo, tales políticas, si no se plasman o desarrollan de un modo concreto, no dejan de resultar una mera declaración de intenciones. Por ello, y en lo que al objeto del trabajo se refiere, deben traducirse en auténticos procedimientos de reparación, accesibles para las potenciales víctimas.

Pudiera servir como referencia y ejemplo para otras empresas, los mecanismos de reparación de REPSOL que, además, no distinguen de filiales o matrices sino que son globales pues, según indican, se gestionan a nivel local y se trasladan, como indica la compañía, al equipo experto en Relación con comunidades y Derechos humanos de la Dirección de Sostenibilidad para, en caso necesario, escalar a miembros del Comité Ejecutivo para su conocimiento y eventual gestión.

En efecto, más allá de la «Política de derechos humanos y relación con las comunidades» [67], la multinacional española, basándose en los propios Principios Rectores, cuenta con un sistema de «mecanismos de reparación» con una doble función: de un lado, como cauce para que los afectados puedan denunciar o comunicar la infracción a la compañía y; de otro, para que la entidad pueda ocuparse de los daños detectados y reparar sus consecuencias de una forma temprana y directa [68].

El proceso, que puede durar más o menos en función de la complejidad de la reclamación –el mínimo no suele ser menor de un mes– se divide en 10 etapas: (1) Identificar las quejas y reclamaciones; (2) Registrar, analizar y cla-

---

[66] Sin ánimo de exhaustividad, pueden verse la de Telefónica: https://www.telefonica.com/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/08/politica-de-DD. HH. -telefonica-mayo-2019.pdf; Iberdrola https://www.iberdrola.com/gobierno-corporativo/sistema-gobernanza-sostenibilidad/politicas-compromiso-social/politica-respeto-derechos-humanos u OHL https://media.ohla-group.com/wp-content/uploads/2021/04/07154720/politica-DD.HH.pdf.

[67] Disponible en el siguiente enlace: https://www.repsol.com/content/dam/repsol-corporate/es/sostenibilidad/documentos-sostenibilidad/politica-derechos-humanos-relacion-comunidades.pdf.

[68] Estos mecanismos pueden verse en el siguiente enlace: https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/derechos-humanos/mecanismos-reclamacion/index.cshtml.

sificar; (3) Alertar a los involucrados; (4) Investigar las causas; (5) Dialogar con el reclamante; (6) Analizar con los involucrados; (7) Generar opciones de solución y medidas de mejora; (8) Construir soluciones con el reclamante; (9) Acuerdo de solución para establecer compromisos; y (10) Reportar y hacer seguimiento.

Sin perjuicio de la eficacia real de estos mecanismos de reclamación, pues dejando a un lado los «casos de éxito» que expone la compañía en su web, esta no es fácil de comprobar; al menos marcan un camino, vía o instrumento concreto de comunicación-reparación propio de un sistema de autorregulación (*compliance*) en materia de DD. HH.

Por último, y aunque no debiera resultar el motivo principal para la implementación de verdaderas políticas de reparación por parte de la empresa, una rápida actuación en este ámbito puede suponer una aminoración o en algunos países exención de responsabilidad penal [69].

19.4 CONCLUSIONES

«No ver, no oír y callar». La sabiduría milenaria, reflejada en el dicho de los tres monos, refleja a la perfección la problemática planteada en el presente trabajo [70].

En efecto, aunque pudiera parecer elemental e incluso superado el respeto a los Derechos Humanos en las sociedades occidentales –y nos chocaría, por ejemplo encontrarnos situaciones de esclavitud en países como España– el problema estriba en su inobservancia fuera de nuestro territorio, ya sea directamente por parte de las empresas, a través de sus filiales, como con la complicidad de los Estados que suscriben los pactos internacionales, como el PIDESC o los Principios Rectores ONU Empresa-DD. HH. pero se desentienden ante su incumplimiento.

Bien es cierto que estos textos, principalmente los Principios Rectores, marcan el camino en el co-protagonismo Estado-empresas en el respeto a los DD. HH. y que están marcando las bases en las políticas de cumplimiento de DD. HH. en las empresas multinacionales, así como influyendo positiva-

[69] Tal y como se señala en el United States Attorney Manual 9-28-300, punto 7: «*the corporation's remedial actions, including, but not limited to, any efforts to implement an adequate and effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, or to pay restitution*».

[70] Sobre el conocido dicho, puede verse, de un modo ilustrativo, el artículo de Francesc Miralles disponible en el siguiente enlace: https://elpais.com/elpais/2017/03/26/eps/1490483155_149048.html.

mente en el Derecho internacional. Sin embargo, en el otro lado de la medalla, a nadie se le escapa que la ausencia de fuerza vinculante de los referidos textos hacia ambos actores posibilita tanto un cumplimiento aparente o «de escaparate» (*window dressing*) como, directamente, su incumplimiento.

Y ello lo encontramos reflejado en la práctica forense donde, tal y como hemos expuesto en el presente trabajo, empresas y Estados se escudan en distintos argumentos (relaciones sometidas a arbitraje*, forum non conveniens*, distinción personalidad jurídica matriz-filial,…) no solo para la elusión de hipotéticas responsabilidades penales o administrativas por vulneraciones de DD. HH. sino, y más reprochable todavía, para evitar la reparación del daño causado a las víctimas.

Ante este escenario de incertidumbre para las víctimas, es conveniente determinar, clasificar e incluso configurar vías de acceso y reparación.

Respecto de las judiciales, parece existir un avance hacia una mayor extraterritorialidad de la jurisdicción para ofrecer respuesta judicial desde el Estado donde se ubica la matriz frente a los desmanes –en muchos casos delitos– cometidos por su filial. Si bien la extraterritorialidad puede jugar un importante papel desde un enfoque preventivo (*compliance*), esto es, fomentando desde la legislación nacional planes de cumplimiento de DD. HH. transnacionales –como la referida Ley francesa de 2017–, la aplicación extraterritorial de la jurisdicción, implica la apuesta por un fuero subsidiario que puede comportar conflictos, tensiones o choques con la soberanía del Estado del *locus delicti* o *locus damni*. Así pues, podría resultar más razonable e incluso realista no tanto la detracción de la jurisdicción sino la cooperación del Estado de la matriz con el Estado donde acontece el daño, habida cuenta ello se traducirá en un mejor y más rápido acceso para la víctima (que no tendrá que desplazarse ni deberá actuar internacionalmente) como en una mayor confianza del ciudadano en su administración de justicia y el fortalecimiento de las instituciones del segundo país. Una visión expansiva –incluso imperialista o neocolonialista– de la jurisdicción, por ende, puede resultar una solución cortoplacista y que no casa correctamente con la simbología de la justicia que debiera acontecer en el lugar donde se produce el daño y donde se encuentra la víctima, de ahí que, como regla general, el fuero territorial prevalezca internacionalmente.

En lo que atañe a las soluciones extrajudiciales, algunas de ellas expuestas en este trabajo, se erigen sin duda en un mecanismo capaz de permitir el acceso y la reparación a las víctimas no solo con mayor prontitud, sino de un modo más sencillo e incluso amistoso que la vía judicial. En estas soluciones deben ostentar un rol protagonista tanto el Estado, trasladando el contenido de instrumentos internacionales a su legislación o incluso reforzando instituciones que

pueden influir y promover el respeto y cumplimiento de los DD. HH. –p. ej. los Defensores del Pueblo (Ombudsman)–, como las empresas, estableciendo no solo políticas de cumplimiento sino auténticos mecanismos de reparación por vulneraciones de DD. HH. en sus programas de *compliance*. Por ende, la vía de la reparación directa por la empresa mediante sus instrumentos de autorregulación se erige, más allá de los beneficios que ocasional y judicialmente pudiera reportarle –atenuación o exención de otra responsabilidad–, en la solución que mejor se cohonesta con los Principios Rectores y con una justicia más rápida y accesible para las víctimas.

Por lo anteriormente expuesto, deviene imprescindible articular mecanismos extrajudiciales rápidos y eficaces de acceso y reparación a las víctimas. Por último, pero no menos importante, tampoco cabe olvidar que la justicia, para ser efectiva, debe satisfacer otras finalidades tan importantes como lo es el ejercicio del *ius puniendi* y la depuración de responsabilidades penales o sancionadoras de quienes vulneran DD. HH., ya sean personas físicas o jurídicas. Cumplamos pues, entre todos, y con «todo» (los instrumentos posibles) con el respeto a los DD. HH.

20. FRANCIA VS. ESPAÑA: EMPRESAS TRANSNACIONALES Y FALTA DE ACCESO A LA JUSTICIA BREVE APROXIMACIÓN COMPARATIVA A LAS RESPUESTAS A LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS EN EL EXTRANJERO

Aintzane Márquez Tejón [1]
Universidad Carlos III de Madrid

20.1 INTRODUCCIÓN

Es una realidad innegable que, en la actualidad, las violaciones de derechos humanos [2] se producen en diferentes contextos y, en muchos de ellos, intervienen empresas. La respuesta a cuál es o debe ser la solución para prevenir, investigar y sancionar estos abusos ha sido variada. Desde el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal hay un abanico de diferentes aproximaciones legales (más o menos vinculantes) tanto dirigidas a las empresas como a los estados, sin que existan vías de armonización universales a pesar de la globalidad del problema [3].

---

[1] Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Abogada Senior en Women´s Link Worldwide.

[2] En la medida en que no existe una definición uniforme de qué son graves violaciones de derechos humanos, en el presente artículo se entiende como tales las violaciones de derechos humanos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, contenidos, entre otros y como mínimo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los derechos humanos laborales reconocidos en la Declaración de la OIT de los derechos fundamentales del trabajo. No se limitan, en consecuencia, a graves violaciones de derechos humanos como los referidos en el Estatuto de Roma.

[3] Algunos ejemplos más antiguos lo constituyen los daños al medio ambiente por parte de empresas en América Latina (como el caso Chevron/Texaco en Ecuador) similares a los casos relativos a los vertidos de residuos en algunas regiones de África (como los casos de Shell en el delta del Níger). Pero también

En España, como en otros muchos países, una de las respuestas al fenómeno ha estado en el ámbito de la legislación penal. Sin embargo, una de las dificultades en España radica precisamente en que, en el caso de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas españolas en el extranjero (entiendo por tales sucursales o filiales o integradas en entidades y sociedades financieras de capital español, sus empleados, agentes o por las empresas pertenecientes al grupo sobre las que se tenga control efectivo y suficiente)[4] es prácticamente imposible para las víctimas acceder a un recurso efectivo que les garantice el acceso a la reparación. Esto es así porque existen importantes obstáculos en el sistema de justicia español que dificultan e incluso impiden que las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas puedan obtener justicia y reparación, particularmente cuando las víctimas son extranjeras.

El presente artículo se centra en la respuesta que en nuestro país se ha dado al fenómeno. Fundamentalmente se busca exponer los obstáculos o limitaciones más significativos entre los que se encuentran las dificultades procesales penales que surgen para establecer la responsabilidad de las entidades españolas por su actividad en el extranjero. El objetivo es intentar dar respuesta a preguntas como ¿cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de vulneraciones de derechos por parte de empresas transnacionales? ¿Tienen los estados la obligación de desarrollar normas procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violaciones de las empresas en el extranjero?[5].

---

surgen esas violaciones en casos de financiación de organizaciones vinculadas con delitos de terrorismo en Oriente Medio (como el caso de la financiación de Hamás por parte del Banco árabe) o los casos relacionados con empresas textiles que desarrollan su actividad industrial en Asia (el incidente del Rana Plaza o el caso KiK en Pakistán).

[4] Ver: Blumberg, Philip I. «Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity», 24 *Hastings International and Comparative Law Review* (2004); Skinner, Gwynne. «Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries' Violations of International Human Rights Law», *Washington and Lee Law Review* 72.4 (2015): 1769-864.

[5] Sobre esta cuestión ver: De Schutter, Olivier. «Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations», *Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain* (2006), disponible en: https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutterreport-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf. Ver también: O'Brien, CMethven. «The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal', 3 *Business and Human Rights Journal*, 2018; McCorquodale, Robert, y Simons, Penelope. «Responsibility beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», *Modern Law Review* 70, no. 4 (2007); Broecker, Christen. «Better the Devil You Know: Home State Approaches to Transnational Corporate Accountability», *New York University Journal of International Law and Politics* 41, no. 1 (2008); Zerk, Jennifer. *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas* (Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University 2010); Bernaz, Nadia. «Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?», *Journal of Business Ethics* 117, no. 3 (2013).

Este último interrogante trae causa de que, en los últimos años, los organismos de vigilancia de los Tratados de Naciones Unidas se han referido en distintas ocasiones a que, como parte del derecho a un recurso efectivo, existe la obligación de los estados de defender a los individuos de los actos de terceros (en términos generales), señalando directamente a las empresas (también a las multinacionales que operan fuera del territorio del país) como esos potenciales terceros.

En ese sentido y a diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país, en otros países europeos la exigencia de responsabilidad penal a las empresas por violaciones de derechos cometidos en otros países ha podido llegar a los tribunales, aunque no ha sido exclusivamente con motivo del desarrollo de una norma a nivel nacional en particular [6]. En concreto, el presente trabajo examinará la respuesta del estado francés al fenómeno. La elección de la respuesta por parte de Francia trae causa de que en este país se ha permitido el acceso a los tribunales a las víctimas de las acciones de la multinacional Lafarge en su fábrica en Siria, pero, además, Francia ha promulgado una ley de diligencia debida a nivel estatal. Ambas realidades evidencian alguno de los distintos enfoques que los estados están adoptando para abordar las violaciones de derechos humanos por parte de empresas en el extranjero y ejemplifican, también, que las distintas respuestas legales a esta realidad no son excluyentes entre sí.

20.2 LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de los estados de garantizar el derecho al recurso efectivo [7]. Las empresas en

[6] En Reino Unido, por ejemplo, se promulgó la Modern Slavery Act en el año 2015, disponible en: https://www.gov.uk/government/collections/modern-slavery-bill. Además de la respuesta normativa, el Tribunal Supremo de Reino Unido a raíz del caso *Lungowe v Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 20*,* ha reconocido, en una decisión judicial sin precedentes, que las empresas matrices pueden incurrir en responsabilidad por falta de debida diligencia en el control de las operaciones de sus subsidiarias si ejercen sobre las actividades de esta cierta supervisión. Para un análisis en profundidad de la decisión ver: McCorquodale, Robert. *Vedanta v. Lungowe Symposium: Duty of care of Parent Companies*, 18 abril 2019, disponible en: http://opiniojuris.org/2019/04/18/symposium-duty-of-care-of-parent-companies/. En los Países Bajos, en febrero de 2017 se adoptó la Ley de Diligencia Debida en materia de trabajo infantil conocida como «Wet Zorgplicht Kinderarbeid». Para más información: Hoff, Anneloes. «Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence» (OxHRH Blog, 10 June 2019), disponible en: http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence. Además, en los tribunales, en los casos iniciados contra Shell se ha considerado la responsabilidad de la matriz por la contaminación en origen. Al respecto ver *Bright*, Claire. «The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the *Shell* Cases in the UK and in the Netherlands», en A. Bonfanti (ed.) *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges* (2018), 212.

[7] El derecho a un recurso efectivo está reconocido en muchos otros convenios internacionales, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8, el Pacto Internacional sobre Dere-

cambio no tienen obligaciones directas en el ámbito del derecho internacional. Ello es así por cuanto que no son reconocidas como sujetos sometidos al mismo y, en consecuencia, no pueden ser responsables por las violaciones de derechos humanos que cometan [8]. Sin embargo, en los últimos años y a través del desarrollo del estándar de diligencia debida [9] el marco normativo de responsabilidad de las empresas está emergiendo.

En el presente apartado se desarrollará si el acceso a mecanismos de reparación de violaciones de derechos humanos cometidos por parte empresas forma parte de esa obligación de los estados de garantizar el derecho a un recurso efectivo. Existen múltiples aproximaciones legales a este fenómeno global desde el derecho internacional de los derechos humanos. Desde normas jurídicas vinculantes a instrumentos voluntarios promulgados por organismos internacionales y regionales, así como por, entre otros, organizaciones intergubernamentales que definen qué deben hacer los estados y las empresas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos a propuestas de tratados internacionales sobre responsabilidad de las empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos.

20.2.1 **Estándares internacionales**

Inicialmente el marco normativo regulatorio de la responsabilidad de las empresas por vulneraciones de derechos surgió a partir de estándares internacionales puramente voluntaristas que pretendían visualizar el problema de la complicidad de terceros en dichos abusos y reconocer la importancia de prote-

chos Civiles y Políticos, artículo 2; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial, artículo 6; la Convención sobre los derechos del niño, artículo 39; la Convención contra la Tortura, artículo 14; y en los Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho a un Recurso y una Reparación para Víctimas de Graves Violaciones de la Legislación Internacional de derechos Humanos, adoptados por la Asamblea General en 2005.

[8] Lo anterior no significa que las empresas no deban respetar los derechos humanos (obligaciones negativas de no causar daño). Ramasastry, Anita. «Corporate Social Responsibility versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 14 *Journal of Human Rights* (2015), 237-59; Bernaz, Nadia. *Business and Human Rights: History, Law and Policy – Bridging the Accountability Gap* (2017). Fernández Liesa, Carlos R. «Los actores no estatales y el derecho internacional de los derechos humanos.», *Revista Derechos y Libertades* 41 (2019): 117-48.

[9] El estándar de diligencia debida tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente en el caso *Velasquez Rodriguez v. Honduras* [Serie C, Caso No. 4, (1988), pp. 172 y 176], donde se afirma que la falta de diligencia de un estado en la prevención o respuesta por parte de agente no estatal puede generar responsabilidad internacional. El concepto ha sido analizado en profundidad por la literatura académica y por organismos internacionales, entre otros, ver Martin-Ortega, Carmen. «Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last», 32 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2014) 44, pp. 55-57.

ger y respetar dichos derechos para evitar su comisión. Surgieron así normas o principios de *soft law* como los diez principios del Pacto Mundial de la Naciones Unidas adoptado en 1999 [10].

Como posterioridad al Pacto Mundial, concretamente en 2003, se elaboraron por parte de la subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos de Naciones Unidas las «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos» en cuyo preámbulo se establecía de que las empresas transnacionales debían respetar los tratados de Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales [11]. Las normas pretendían imponer, en consecuencia, obligaciones vinculantes a las empresas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos idénticas a las que los estados habían aceptado para sí mismos. Finalmente, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 2004 analizó estas normas y reconoció que contenían «elementos e ideas útiles para someterlos a la consideración» pero decidió no aprobarlas expresamente afirmando que «carecían de autoridad legal» [12].

Se rechazó la aprobación del citado instrumento pero se acordó, en 2005, designar al profesor John G. Ruggie como Representante Especial del Secretariado General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, quien eventualmente redactó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011 [13]. Los conocidos como

---

[10] En inglés UN Global Compact. Estos diez principios sobre derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción alientan a las empresas a respetar la protección de los derechos humanos en el ámbito de su influencia y se aseguren de que no son cómplices de violaciones de derechos humanos. Se basa en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Declaración de río sobre el medio Ambiente y el Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los principios están disponibles en: https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles.

[11] Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos» UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26, agosto 2003.

[12] Comisión de Derechos Humanos, 20 de abril de 2004, Decisión 2004/116, Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/decisions/E-CN_4-DEC-2004-116.doc.

[13] Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"», Doc. ONU A/HRC/17/31, 21 de marzo 2011. Los Principios rectores fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 17/4, «Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas», Doc. ONU A/HRC/RES/17/4, 6 Julio 2011. En la misma resolución se acordó establecer el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

«Principios Ruggie» o «Principios Rectores», reconocen que, en el contexto de su obligación de protección, los estados deben adoptar las medidas adecuadas para investigar, sancionar y reparar los abusos contra los derechos de particulares cometidos por las empresas en su territorio y/o jurisdicción. En concreto, el tercero de los pilares de los Principios Rectores se centra en el deber de los estados de reparar y la garantía del acceso a mecanismos de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas ya sean mecanismos estatales (judiciales o extrajudiciales) como en los mecanismos no estatales (creados por las empresas o por otros actores no estatales) [14]. Nótese que los Principios Rectores en ningún caso imponen una obligación a los estados de regular la actividad extraterritorial de las empresas domiciliadas en el mismo ni la obligación de establecer estos mecanismos de reparación y acceso a la justicia [15]. Es más, en su principio número 12, reconocen que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos debe ser diferenciada de la obligación legal o responsabilidad jurídica que se define por las normas nacionales de cada jurisdicción.

Además de los «Principios Ruggie» existen otros estándares internacionales relacionados con las empresas y derechos humanos. Algunos de los cuales provienen de organismos como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), Naciones Unidas [16] o el Banco Mundial [17]. En particular, las

[14] Los principios 25, 26 y 27 se centran en los mecanismos estatales mientras que los principios 28, 29 y 30 se centran en los mecanismos no estatales. En concreto, el principio número 25 dice lo siguiente: «Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces». Adicionalmente, el principio 26 dice lo siguiente, «Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación».

[15] Moltó, José. «Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar": ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?» *Anuario Español de Derecho Internacional* 27 (2011): 315-49.

[16] United Nations High Commissioner for Human Ritghs (OHCHR), «The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability», UN Doc A/HRC/38/20/Add.2, 1 June 2018. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). «Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales», Doc. ONU A/HRC/32/19, 10 de mayo de 2016. ACNUDH, «La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Guía para la interpretación» (Ginebra: Naciones Unidas, 2012). Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR. PUB.12.2_sp.pdf.

[17] Las políticas de salvaguarda del Banco Mundial (disponibles en: http://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-policies) son 11 normas que establecen los requisitos sociales y medioambientales que aplican a los proyectos financiados por el Banco para el sector público.

Convenciones de la OIT desempeñan un papel fundamental en los derechos de los trabajadores y fueron uno de los primeros instrumentos normativos a nivel internacional en incluir obligaciones para los estados respecto de la protección frente a violaciones por parte de empresas [18]. Es importante resaltar que los estados que ratifican los convenios de la OIT están obligados a desarrollar normativa específica que las implemente a nivel nacional [19].

De significativa relevancia son también las directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) [20] adoptadas en 2011. Estas directrices consisten en recomendaciones de los gobiernos que se adhieren a las mismas dirigidas a empresas multinacionales con actividad en los países adherentes o con este en estos. Se trata de principios, no vinculantes, sobre materias como derechos humanos, empleo y relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, consumidores, ciencia y tecnología, competencia y cuestiones tributarias. La diferencia de estas directrices con el resto de los instrumentos señalados anteriormente radica en los dos sistemas de control ideados por la OCDE para fomentar la eficacia y el cumplimiento de estas. El primero de ellos, los puntos nacionales de contacto, creados como punto de consulta sobre la interpretación de las directrices en los países adherentes, pero además utilizados como mecanismos de resolución de conflicto entre las empresas que han violado las directrices de la OCDE y los sujetos afectados. Sin embargo, es una instancia de conciliación y no tienen capacidad de investigación ni sanción [21].

---

[18] La Organización Internacional del trabajo cuenta, entre otros instrumentos, con la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Organización Internacional del Trabajo, modificada en última ocasión en el año 2017. Disponible en: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm (acceso el 5 de enero de 2020). Además, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en 1998 obliga a los estados a respetar y promocionar: (i) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios y derechos están igualmente recopilados en los 8 convenios principales de la OIT (todos ellos ratificados por España).

[19] Por ejemplo, los estados que hayan ratificado el Convenio número 29 de la OIT sobre trabajo forzoso están obligados a penalizar estas prácticas. En ese sentido, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso adoptado en Ginebra en 2014 recuerda a los estados miembro que han ratificado el Convenio «la obligación de cerciorarse de que el trabajo forzoso u obligatorio sea objeto de sanciones penales». Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:: P12100_ILO_CODE: P029.

[20] Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales, 2011. Disponibles en: http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf.

[21] Uno de los casos en los que se ha recurrido a este mecanismo en España y que a día de la fecha está pendiente de decisión ha sido el caso de Alianza por la Solidaridad frente a la mercantil Cobra (perteneciente al grupo ACS) por los supuestos daños al medioambiente y los impactos a los derechos de la población indígena por la construcción del proyecto hidroeléctrico llamado RENACE en Alta Verapaz,

En cuanto a la segunda particularidad, se trata del comité de inversión, un mecanismo de control encargado de la recepción de los informes anuales enviados por los puntos nacionales de contacto sobre la observancia de las directrices en cada uno de los países adheridos.

20.2.2 **Estándares regionales**

Una vez identificados los instrumentos de derecho internacional más relevantes, brevemente señalar que, en el ámbito regional, concretamente en el marco de la Unión Europea (en adelante, UE), los estados miembros han reconocido la importancia del cumplimiento de los «Principios Ruggie» en distintos instrumentos desde la Comunicación en Responsabilidad Social Corporativa en 2011 [22], hasta las conclusiones del Consejo de la UE sobre empresas y derechos humanos publicadas el 20 de junio de 2016 en las que insta a estados a desarrollar planes nacionales de empresas y derechos humanos y a promover la implementación de los principios y el Plan de Acción de la UE para los derechos humanos y la democracia [23]. En esta declaración se muestra el respaldo del Consejo a las Líneas Directrices de la OCDE para la Declaración Tripartita la OIT y se reconoce la importancia del Pacto Mundial de las Naciones Unidas y otros estándares como la norma ISO 26000 titulada Guía sobre responsabilidad social [24] y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible [25].

Guatemala. Más información sobre este caso puede ser consultada aquí: https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_508. Para más información sobre el funcionamiento de los Puntos Nacionales de Contacto y otros casos ver: OECD, «Structures and Procedures of National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises» (2018). Disponible en: http://mneguidelines.oecd.org/Structures-and-procedures-of-NCPs-for-the-OECD-guidelines-for-multinational-enterprises.pdf.

[22] Comisión Europea Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Estrategia renovada de la UE para el 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas», Bruselas, 25.10.2011, COM (2011) 681 final. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0681_/com_com(2011)0681_es.pdf. «El Plan de Acción de la UE para los derechos humanos y la democracia que abarca el período 2015-2019 insta a los estados a implementar los Principio Ruggie». Disponible (en inglés y francés) en: http://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/publications/eu-action-plan-on-human-rights-democracy/. Kirshner, Jodie. «A Call for the EU to Assume Jurisdiction over Extraterritorial Corporate Human Rights Abuses.» *Northwestern Journal of International Human Rights* 13.1 (2015): 1-26.

[23] Consejo de la Unión Europea, «Conclusiones del Consejo sobre las empresas y los derechos humanos», Bruselas, 20 de junio de 2016, 10136/16 COHOM 70 CONUN 113 DEVGEN 126 FREMP 109 COPS 186 CFSP/PESC 476. Disponible en: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10254-2016-INIT/es/pdf.

[24] Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es.

[25] Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/.

En el ámbito de la Unión Europea también se han promulgado distintas normas que desarrollan obligaciones de diligencia debida [26]. Entre estas, particularmente cabe recalcar la Directiva de la Unión Europea número 2014/95 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE [27] en lo que respecta a la divulgación de información no financiera que incluye cuestiones como la protección del medio ambiente, el respeto por los derechos humanos, diversidad en los órganos de administración, medidas de anticorrupción y soborno y responsabilidad social y trato de empleados por parte de determinadas grandes empresas y de determinados grupos.

Por último, hay que recalcar que, desde la promulgación del Reglamento de Bruselas I (ahora Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis) los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE son competentes en casos de responsabilidad civil presentados contra empresas si esta tiene la sede social en el estado miembro, con independencia de la nacionalidad del demandado o de los demandantes y, en casos de responsabilidad extracontractual, del lugar donde fue ocasionado el daño [28].

Por su parte, el Consejo de Europa, también ha promulgado distintas recomendaciones sobre derechos humanos y empresas con el objeto de que sus miembros cumplan con las obligaciones internaciones, incluyendo la im-

---

[26] El artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera. Texto pertinente a efectos del EEE hace referencia a sistemas de debida diligencia. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32010R0995 Es digno de mencionar el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017R0821.

[27] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=ES.

[28] Consejo de la Unión Europea (2001). Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE L 12 de 16 de enero de 2001. El Reglamento Bruselas I refundió el Convenio de la Comunidad Europea sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 en el derecho de la Unión. El reglamento Bruselas I bis, Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Ver: Arenas García, Rafael. «Del Reglamento Bruselas I Al Reglamento Bruselas I Bis.» *Revista Española de Derecho Internacional* 65.2 (2013): 377-82. Augenstein, Daniel, and Jägers, Nicola, «Access to Justice in the European Union For Corporate-Related Human Rights Violations: Jurisdictional Issues» (March 29, 2017). *Tilburg Law School Research Paper* No. 07/2017. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=2942674.

plementación efectiva de los «Principios Ruggie». Como ejemplo de lo anterior, el 16 de abril de 2014 el Comité de Ministros del Consejo de Europa publicó una declaración reconociendo la importancia de la Principios Ruggie [29]. En marzo del año 2016, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación sobre derechos humanos y empresas en la que reconocía que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos [30].

Además de los anteriores, varios convenios del Consejo de Europa establecen obligaciones para los estados de proteger los derechos de las personas en casos de violaciones de estos cometidas por empresas [31]. Por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece primero en su artículo 6 que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley [32]. En segundo lugar, establece en el artículo 13 que todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional cuando sus derechos y libertades hayan sido violados [33]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación del Convenio, ha reconocido que, conforme al artículo 4, los estados tienen la obligación de implementar las medidas regulatorias necesarias que aseguren que las empresas no utilizan a víctimas de trata o de trabajo forzoso [34].

---

[29] Disponible (en inglés y francés) en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000c6ee3.

[30] Disponible (en inglés y francés) en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4.

[31] Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 dispone en su artículo 3 la obligación de aplicar el Convenio a los ficheros y tratamiento automatizados de datos de carácter personal en los sectores público y privado. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447 El Convenio Penal sobre corrupción contiene provisiones específicas para sancionar la corrupción en el sector privado (artículos 7 y 8). Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135 También el Convenio contra la Ciberdelincuencia que incluye entre las definiciones de los proveedores de servicios al sector privado Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221.

[32] El artículo 6. 1 del CEDH afirma que: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

[33] El artículo 13 del CEDH establece que: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

[34] TEDH caso *Chowdury and Others v. Greece,* no. 21884/15, § 104, ECHR 2017.

En el ámbito del sistema interamericano, brevemente referir (por cuanto que no se trata de estándares aplicables en Europa) se han producido pronunciamientos destacables en la materia [35]. Particularmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha llevado a cabo sesiones en las que se ha hablado de casos concretos de derechos humanos y empresas [36], ha publicado opiniones consultivas al respecto [37] y ha elaborado informes sobre cuestiones relacionadas [38]. Estos pronunciamientos siguen la línea establecida por la Corte en el caso de Velásquez Rodríguez y han sido replicadas en decisiones como el caso de *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* [39]. En enero de 2020 se ha publicado un informe temático sobre «Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos» por parte de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión que ha trabajado en el informe al menos durante el último año y medio sobre la base de las consultas a la sociedad civil y con el apoyo del gobierno de España [40].

Por su parte la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos publicó una resolución sobre la «Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial» en 2014 en la que reconoce:

---

[35] Para información más detallada ver: Gonza, Alejandra. «Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System.», *Business and Human Rights Journal* 1.2 (2016): 357-65.

[36] Durante su 154.ª Periodo ordinario de sesiones celebrado del 13 al 27 de marzo de 2015 se debatió sobre «Industrias extractivas y derechos humanos del pueblo Mapuche en Chile», «Empresas, derechos humanos y consulta previa en América», «Construcción de canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua». Los vídeos de las sesiones pueden ser visionados aquí: http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/sesiones/154/default.asp.

[37] Corte IDH: (i) Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)». Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf; (ii) Opinión Consultiva OC23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. «Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal –interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–)» en la que se reconoce que existe un derecho humano a un medio ambiente sano y que los estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

[38] «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos». OEA/Ser. L/V/II., Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Disponible en: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm.

[39] Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. El caso se refiere a vulneraciones de derechos humanos contra pueblos indígenas por la actividad minera de la compañía BHP Billiton Suralco y reconoce la obligación del estado de proteger los derechos humanos, incluso frente a las actividades de terceros. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf.

[40] El informe está disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf.

«el importante apoyo que recibió en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de Naciones Unidas para «Proteger, Respetar y Remediar», que incluye los lineamientos que cuentan con el apoyo más amplio con respecto a la protección y promoción de los derechos humanos en todos los ámbitos donde las empresas realizan sus actividades» [41].

En el sistema africano, el Protocolo de Malabo, aprobado en junio de 2014 por los estados miembros de la Unión Africana modifica el estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y pretende extender su jurisdicción a crímenes internacionales y trasnacionales de los que las empresas podrán ser sujetos activos (artículo 46 C) [42]. Sin ánimo de exhaustividad por cuanto que se escapa del objeto del artículo, simplemente referir que se trata de una iniciativa que propone crear una suerte de Tribunal Penal Internacional a nivel regional que también tenga competencia sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en los países africanos que sean parte [43].

20.3 LA INTERPRETACIÓN DE LA DEBIDA DILIGENCIA DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON LOS AGENTES NO ESTATALES POR LOS ÓRGANOS DE VIGILANCIA DE LOS TRATADOS

Los organismos de vigilancia de los Tratados de Naciones Unidas se han referido en distintas ocasiones a que, como parte del derecho a un recurso efectivo, existe la obligación de los estados de defender a los individuos de los actos de terceros (en términos generales), señalando directamente a las empresas (también a las multinacionales que operan fuera del territorio del país) como esos terceros.

El Comité de Derechos Humanos fue uno de los primeros órganos de Naciones Unidas en pronunciarse en ese sentido. Así, la Observación General número 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los

[41] OAS, «Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial», aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AGRES_2840_XLIV-O-14.pdf.

[42] Disponible (en inglés) en: https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights.

[43] Para más información: Abe, Oyeniyi, and Ada Ordor. «Addressing Human Rights Concerns in the Extractive Resource Industry in Sub-Saharan Africa Using the Lens of Article 46 (C) of the Malabo Protocol», *Law and Development Review* 11.2 (2018): 843-7; Kyriakakis, Joanna. «Corporations before International Criminal Courts: Implications for the International Criminal Justice Project.», *Leiden Journal of International Law* 30.1 (2017): 221-40.

estados partes en el Pacto de 2004 se reconoce que: «solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas» [44].

En el año 2013 el Comité sobre los derechos del niño en la Observación general número 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) afirma que «deben establecerse leyes, reglamentos y directrices, junto con las asignaciones presupuestarias necesarias y con mecanismos de vigilancia y aplicación eficaces, para velar por que todos los miembros de la sociedad civil, incluido el sector empresarial, cumplan las disposiciones del artículo 31» [45].

Por su parte, el Comité CEDAW reconoció que los estados podían ser responsables por la conducta de agentes no estatales si no actuaban como la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar violaciones de los derechos de las mujeres o reparar cometidos por estos. En concreto, en 2010, en la Recomendación número 28 la CEDAW profundiza sobre los actores responsables de eliminar la discriminación de género incluyendo a las corporaciones nacionales y las que trabajan extraterritorialmente [46].

En sentido similar se pronuncia la Recomendación número 34 sobre los derechos de las mujeres rurales recopilando y ampliando lo dicho en el año 2010 por este Comité, manifestando expresamente que: «Los Estados parte deberían regular las actividades de los agentes nacionales no estatales dentro

---

[44] Comité de Derechos Humanos, 80.º período de sesiones, Observación general No. 31 [80], «Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187a sesión). Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrafo 8. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F21%2FRev.1%2FAdd.13&Lang=en.

[45] Comité de los Derechos del Niño, «Observación general núm. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño», 17 de abril de 2014, Doc. ONU, CRC/C/GC/16, párrafo 26. Disponible en: http://undocs.org/es/CRC/C/GC/16.

[46] Comité para le eliminación de la discriminación contra la mujer, CEDAW, 47° período de sesiones, Recomendación general No. 28, «Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer», aprobada el 16 de diciembre de 2010, Doc. ONU CEDAW/C/GC/28. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement Párrafo 36: «Las obligaciones que incumben a los Estados partes y les exigen establecer mecanismos de protección jurídica de los derechos de la mujer en pie de igualdad con el hombre, asegurar, mediante los tribunales nacionales y otras instituciones públicas competentes, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación y adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer por cualquier persona, organización o empresa también se extienden a los actos de las empresas nacionales que operan fuera del territorio del país».

de su jurisdicción, también cuando operan fuera del territorio del país. (…). Los Estados partes deberían cumplir sus obligaciones extraterritoriales con respecto a las mujeres rurales, entre otras cosas no interfiriendo, directa o indirectamente, en el disfrute de sus derechos; adoptando medidas reguladoras para evitar que cualquier agente bajo su jurisdicción, incluidas las personas físicas, las empresas y las entidades públicas, vulneren o abusen de los derechos de las mujeres rurales fuera de su territorio; y velando por que la cooperación internacional y la asistencia para el desarrollo, ya sean bilaterales o multilaterales, promuevan los derechos de las mujeres rurales fuera de su territorio. Las mujeres rurales afectadas deberían disponer de recursos adecuados y eficaces cuando un Estado parte haya incumplido sus obligaciones extraterritoriales» [47].

En su última Recomendación General, la número 37 publicada en el 2018, sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático [48] el Comité CEDAW vuelve a incidir en la materia y hacer referencia directa a los agentes no estatales y las obligaciones extraterritoriales manifestando que, de conformidad con los Principios Ruggie: «las empresas tienen la responsabilidad directa de respetar y proteger los derechos humanos, actuar con la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos humanos y proporcionar remedios eficaces para las violaciones de los derechos humanos relacionadas con sus operaciones» [49]. Se describe asimismo la obligación de los Estados parte de regular las actividades de los agentes no estatales dentro de su jurisdicción, incluso cuando operen extraterritorialmente [50] y de disponer de «remedios eficaces en los casos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades de agentes no estatales. Estas medidas deben aplicarse a las operaciones que se realicen tanto dentro como fuera del territorio del Estado parte de que se trate» [51].

---

[47] CEDAW, 63° período de sesiones, «Recomendación general No. 34 sobre los derechos de las mujeres rurales», 7 de marzo de 2016, Doc. ONU. CEDAW/C/GC/34, párrafo 13. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/34&Lang=en

[48] CEDAW, «Recomendación general No. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático», 13 de marzo de 2018, Doc. ONU. CEDAW/C/GC/37. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/37&Lang=en

[49] *Ibid.,* párrafo 41. Y añade este mismo párrafo: «Para que las actividades del sector privado en el ámbito de la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático respeten y protejan los derechos humanos de las mujeres, deben garantizar la rendición de cuentas y ser participativas, tener en cuenta el género y estar sujetas a una supervisión y evaluación periódicas fundamentadas en los derechos humanos».

[50] *Ibid.,* párrafo 42.

[51] *Ibid.,* párrafo 43. apartado D.

De singular relevancia es el contenido de la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que subraya la obligación de los estados de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto [52].

Este Comité ha reconocido que los Estados parte deben proporcionar medios adecuados de reparación a las personas o grupos cuyos derechos humanos hayan sido vulnerados por las empresas y asegurar la rendición de cuentas de estas empresas Preferiblemente, ello debería adoptar la forma de garantías de un acceso a órganos judiciales independientes e imparciales. En ese sentido, el Comité ha subrayado que «los demás medios [de asegurar la rendición de cuentas] utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales» [53]. Igualmente, los estados deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, limitando los obstáculos legales o del tipo que sea que puedan existir [54]. El Comité considera, además, que la obligación de reparar tiene, además, una dimensión extraterritorial. Los estados deben garantizar el acceso a mecanismos de reparación a las víctimas extranjeras de violaciones de derechos humanos en terceros países cometidas por empresas bajo jurisdicción del estado [55].

En ese sentido, el propio Comité en su último informe sobre España señaló con preocupación la «existencia de algunos vacíos normativos que no garantizan el cumplimiento de la obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas. Asimismo, le preocupa que la legislación del Estado parte no determine de manera adecuada la responsabilidad legal que puedan tener tanto las empresas que operan en el Estado parte como las domiciliadas en su jurisdicción, pero cuyas actividades se realizan en el extranjero, respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales

[52] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, Doc. ONU. E/C.12/GC/24 párrafo 16. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/24&Lang=en.

[53] *Ibid.,* párrafo 39.

[54] *Ibid.,* párrafo 26.

[55] *Ibid.,* párrafo 28.

y culturales» [56]. Por esta razón, en este mismo informe se recomienda al Estado español que «a) establezca mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violaciones de los derechos contenidos en el Pacto; b) fortalezca el marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero; c) refuerce los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes» [57].

Teniendo en cuenta lo expuesto esta ahora, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los estados tienen la obligación de proteger a los individuos no solo por los actos de los órganos estatales sino también de los daños producidos por agentes no estatales ya sean estos individuos o empresas. Los órganos de los tratados de derechos humanos exigen a los estados que desarrollen un marco jurídico que exija a su vez que las empresas ejerzan medidas de diligencia debida que identifiquen y mitiguen los riesgos de vulneraciones de derechos humanos, eviten su producción y, en el caso en el que se produzcan, existan medidas de respuesta ante las consecuencias negativas derivadas de sus operaciones y de sus decisiones, incluidas las de las entidades empresariales que controlas. Esto es, se considera que los estados incumplen con sus obligaciones cuando no ejercen la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar o reparar los daños cometidos por agentes no estatales, incluso cuando tales incumplimientos se produzcan en el extranjero. Estas medidas de reparación a las personas o grupos que se vean afectados deben incluir el acceso a órganos judiciales independientes e imparciales, limitando los obstáculos en el acceso. En definitiva, si los estados incumplen y no desarrollan estas obligaciones a nivel interno podría derivarse responsabilidad internacio-

[56] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, 25 de abril de 2018, Doc. ONU E/C.12/ESP/CO/6., párrafo 8 y 9. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ESP/CO/6&Lang=En.

[57] *Ibid.,* párrafo 9. Entre las organizaciones que remitieron informes sombra al Comité sobre la situación de España destaca el informe de Amnistía Internacional, «Submission to the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights», 29 March 2018, páginas 16-17, en el que se revisa el sistema de normas aplicables en España sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ESP/INT_CESCR_CSS_ESP_30353_E.pdf.

nal; responsabilidad que, a su vez, generaría otras problemáticas relativas a sus efectos jurídicos internos [58].

20.4 HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Si esa es la interpretación que debe acogerse sobre los derechos y obligaciones reconocidos en los principales tratados de derechos humanos promulgados por Naciones Unidas parecería entonces que los «Principios Rectores» no plantearon, o por lo menos no plantean en la actualidad, ninguna novedad en el marco internacional de los derechos humanos y las empresas y que, por tanto, no deben asumir un primer plano en la materia ¿o sí? ¿Tiene sentido seguir hablando del papel principal de los estándares de *soft law* habida cuenta de las líneas claras definidas por los órganos de los tratados? También podría argüirse que la dispersión de los pronunciamientos por parte de la comunidad internacional hace necesaria la complementariedad de estos con los estándares voluntarios como guía para que los estados cumplan con sus obligaciones.

En cualquier caso, existen incluso voces que consideran que los Principios Ruggie han demostrado ser insuficientes por su lenta implementación y su falta de fuerza vinculante siendo, en consecuencia, necesaria un mayor nivel de exigencia de responsabilidad a las empresas que no se encauce solo y/o necesariamente a través de la responsabilidad de los estados [59]. Estas voces abogan por un tratado internacional vinculante de derechos humanos y empre-

[58] El 17 de julio de 2018 la Sección 4.ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictó Sentencia 1263/2018 en el caso Ángela González Carreño en la que, por primera vez se calificaba un Dictamen adoptado por el Comité CEDAW como «vinculante/obligatorio» y «presupuesto válido para formular una reclamación patrimonial» contra el Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia. La sentencia está disponible aquí: https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf Sobre esta cuestión: Escobar Hernández, Concepción. «Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio», 71 *Revista Española de Derecho Internacional* 241-250 (2019). Disponible en: http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.3.01.

[59] Sobre cómo el desarrollo del marco Ruggie destaca por la interpretación restrictiva de los principios jurídicos que acompañan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la necesidad de evolucionar del marco formal de los sistemas de control *ad hoc* de la OIT, OCDE y ONU hacia un marco más sólido y mejor fundamentado ver: Hernández Zubizarreta, Erika González y Pedro Ramiro. «Lex mercatoria vs. derechos humanos. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad», *Revista de Economía Crítica*, núm. 28, 2019, p. 10. Disponible en: http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/JuanHernandez-ErikaGonzalez-PedroRamiro_Arquitectura-legal-de-la-impunidad.pdf.

sas que incluya responsabilidades por la actividad de empresas transnacionales [60]. Idealmente, la elaboración de este único tratado internacional podría ser la respuesta unificada a la cuestión que desarrolle y profundice en cuestiones como la naturaleza de la norma jurídica que regule la responsabilidad de las empresas por actos cometidos en el extranjero.

A día de la fecha, la realidad es que la elaboración de este tratado vinculante y su ratificación no parece siquiera que vaya a materializarse dado que cuenta con un apoyo limitado y múltiples críticas. La iniciativa fue propuesta por Ecuador y conllevó que en 2014 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas crease el grupo de trabajo intergubernamental en derechos humanos y empresa con el fin de elaborar un instrumento internacional jurídicamente sobre empresa transnacionales y otras empresas con respeto a los derechos humanos [61]. Tras las tres primeras sesiones del grupo en 2017 se elaboró un documento sobre los elementos que deben formar parte del borrador de tratado [62]. Este primer borrador (denominado como «Zero Draft» [63]) fue publicado el 16 de julio de 2018 y, un año después, el Grupo de Trabajo publicó una revisión del primer borrador [64].

Entre otras muchas cuestiones objeto de discusión, una de las principales se refiere a la falta de consenso sobre los derechos humanos que se incluirían en el texto vinculante. Téngase en cuenta que texto actual se refiere a

---

[60] Ver: Galán, Juan. «Búsqueda de consensos sobre empresas y derechos humanos: hacia un instrumento internacional vinculante», *American University International Law Review* 32.4 (2017): 819-57; De Schutter, Olivier. «Towards a New Treaty on Business and Human Rights», *Business and Human Rights Journal* 1.1 (2016): 41-67; Bilchitz, David. «The Necessity for a Business and Human Rights Treaty», *Business and Human Rights Journal* 1.2 (2016): 203-27.

[61] Consejo de Derechos Humanos, 26.º período de sesiones, Resolución 26/9, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, 14 de julio de 2014, Doc. ONU. A/HRC/RES/26/9 Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement Sobre la primera sesión del grupo de trabajo: Cantú Rivera, Humberto. «¿Hacia Un Tratado Internacional Sobre La Responsabilidad De Las Empresas En El ámbito De Los Derechos Humanos? Reflexiones Sobre La Primera Sesión Del Grupo De Trabajo Intergubernamental De Composición Abierta.» *Anuario Mexicano De Derecho Internacional* 16 (2016): 425-60.

[62] «Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», Presidencia del OEIGWG establecido por la Res. A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos, 29/09/2017. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf.

[63] Sobre el Borrador Cero ver, en particular: Ruggie, *Comments on the 'Zero Draft' Treaty on Business and Human Rights* (2018), Disponible en: https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-«zero-draft»-treaty-on-business-human-rights y López, Carlos. *Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I) and (Part II)*, Disponible en: http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/.

[64] «Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises: Revised Draft» (16 July 2019), Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

«todos los derechos humanos» (ver artículo 3.3 [65]). Por este motivo y a pesar de que en el preámbulo del borrador cero se enumeran los principales instrumentos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, el borrador ha sido objeto de múltiples críticas por la falta de claridad en los derechos substantivos que estarían incluidos (*ratione materiae*) [66]. El Segundo Borrador no parece haber solucionado ni este problema de falta de concreción en el alcance, ni otras imprecisiones del texto como la jurisdicción, el derecho aplicable, los derechos de las víctimas, la responsabilidad legal y la cooperación internacional según se deduce del diario de las sesiones del grupo de trabajo intergubernamental encargado de la elaboración del futuro texto vinculante. Algunas delegaciones incluso manifestaron que el proyecto se limita a reitera obligaciones y principios (en referencia a los Principios Rectores) de derecho internacional general que deberían ser suprimidas para evitar duplicidades innecesarias [67].

La falta de consenso generalizada sobre todos estos puntos es claramente ilustrativa de las dificultades de que el proyecto se materialice. En el caso de que sí que se llegara a un texto final, firmado y ratificado, si se mantuviera la redacción actual en lo que respecta a la actividad extraterritorial de las empresas, conforme al artículo 5.1, los estados parte del tratado deberán desarrollar normativa que requiera a las empresas «*in their territory or jurisdiction, to respect human rights and prevent human rights violations or abuses*» y, de acuerdo con el artículo 6, los estados parte deberán «*provide a system of legal liability for human rights violations or abuses in the context of business activities in their domestic law*». Parece entonces que se asume que las empresas no tienen personalidad jurídica limitada y que las obligaciones que se derivarían del tratado (en particular las obligaciones de diligencia debida de las empresas) dependerán de la implementación y desarrollo de normas a nivel nacional que regulen estas obligaciones por parte de los futuros estados firmantes.

---

[65] Artículo 3.3.: «This (Legally Binding Instrument) shall cover all human rights».

[66] Sobre el Borrador Cero ver, en particular: Ruggie, *Comments on the 'Zero Draft' Treaty on Business and Human Rights* (2018), Disponible en: https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-«zero-draft»-treaty-on-business-human-rights y López, Carlos. *Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I) and (Part II)*, Disponible en: http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/.

[67] Ver Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionacles y otras empresas con respecto a los derechos humanos durante su cuarto periodo de sesiones, 2 de enero de 2019, Doc ONU A/HRC/40/48*, párrafo 13. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/40/48.

20.5 LA RESPUESTA DE LOS ESTADOS A TRAVÉS DE SU NORMATIVA INTERNA: BREVE COMPARATIVA ENTRE ESPAÑA Y FRANCIA

A la espera del contenido, negociación y ratificación del potencial tratado internacional, y partiendo de la base de que, conforme se ha explicado más arriba, la diligencia debida ha sido tradicionalmente considerada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como una herramienta para asegurar en qué medida los estados cumplen con sus obligaciones internacionales y, más recientemente, abarca también la forma de los estados de abordar la conducta de agentes no estatales (entre estos, las empresas), la conclusión es que el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones a los estados de regular el comportamiento de estos terceros y, en caso incumplimiento de los estados por la falta de prevención, sanción o reparación por las acciones de los agentes no estatales, se originará la consecuente responsabilidad del estado.

A partir de esta primera conclusión, surgen nuevos interrogantes. Y es que, si el derecho internacional de los derechos humanos no puede establecer obligaciones a agentes no estatales, pero existe una obligación estatal de regular su conducta, ¿esa regulación de qué naturaleza debe ser? ¿Es suficiente con normativa nacional sobre diligencia debida que traslade estándares internacionales al ámbito nacional? ¿O, teniendo en cuenta la gravedad de las violaciones objeto de regulación, debemos hablar de responsabilidad penal de las empresas en el ámbito nacional?

20.5.1 **De la regulación nacional sobre diligencia debida: España vs. Francia**

Al margen de las posibles respuestas a estos interrogantes, la realidad es que los estados han interiorizado las obligaciones internacionales asumidas adoptando normas de naturaleza variada. En particular en Europa, todos los estados miembros de la Unión Europea han establecido Puntos Nacionales de Contacto de conformidad con lo recomendado en las directrices de la OCDE y, muchos de ellos, han adoptado planes nacionales de derechos humanos [68].

[68] Márquez Carrasco, C., «La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa,* 2015, núm. 20, pp. 65-66. Entre estos, Holanda, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Suecia, Italia, Noruega, Alemania, Polonia, Bélgica. Un análisis de los instrumentos elaborados puede ser

España, por ejemplo, aprobó en el año 2017 el Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos humanos [69], tres años después del inicio de su elaboración. Como aspecto positivo, el plan menciona en varias ocasiones el concepto de diligencia debida relacionando la misma con la esperable adecuación de las empresas a los «Principios Ruggie» tanto en España como en terceros países. Según el plan, ello conlleva actuar con la debida diligencia para identificar impactos derivados de su actividad sobre los derechos humanos, prevenirlos y en caso de provocarlos, rendir cuentas y mitigarlos.

No obstante, el plan no impone ningún cambio legislativo ni impone obligaciones a las empresas, no propone ningún cambio de políticas del estado en su relación con las empresas y tampoco adopta medidas efectivas para mejorar la reparación a las víctimas. Al contrario, el plan aborda la debida diligencia de las empresas desde un enfoque puramente voluntarista, de promoción de códigos de autorregulación, de incentivos y de divulgación de información sobre buenas prácticas para las empresas que se sometan voluntariamente a procesos de evaluación externa que tendrán carácter confidencial. Si bien se incluye la posibilidad de que se estudie y se realicen recomendaciones para la ampliación de los mecanismos extrajudiciales, no se incluye este compromiso con respecto a los mecanismos judiciales, esenciales para la efectiva reparación de las víctimas (entendida como restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición).

Para estos últimos únicamente hay previsto un «informe sobre los mecanismos jurídicos a través de los cuales resulta exigible la responsabilidad civil de las empresas que mediante sus actos causaren daño o perjuicios sobre los derechos humanos» (que tres años después aún no ha sido elaborado). Esto es, el plan no ha desplegado ninguna actividad desde su publicación a pesar de contemplar la creación de una Comisión de seguimiento encargada de la evaluación y la reformulación. En definitiva, el plan incluyó compromisos concretos que supuestamente avanzarían en la eliminación de los obstáculos tanto legales como en la práctica de acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas que han quedado en meros enunciados sin aplicación real.

---

consultado en el informe «Assessments of existing national action plans (naps) on Business and human rights» august 2017 update, publicado por las organizaciones Europe Colation for Corporte Justice y DeJusticia. Disponible en: http://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/nap_assessment_2017update_final.pdf.

[69] Plan Nacional de empresa y derechos humanos», aprobado en julio de 2017. Disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%2 Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf. Sobre el plan español: Moltó, José. «Planes de Acción Nacional Sobre Empresas y Derechos Humanos: La Imperiosa Complementariedad con Normas Vinculantes: Referencia al Plan Español», *Anuario Español de Derecho Internacional* 34 (2018): 729-51.

España también ha transpuesto la Directiva de la Unión Europea de información no financiera referida más arriba por medio del Real Decreto-Ley 18/2017 [70]. A pesar de que la Directiva constituye una norma de mínimos, el Real Decreto apenas desarrolla el contenido mínimo de la Directiva sin mayor profundidad. En la medida que se limita a trasponer la Directiva, la omisión del Decreto más significativa está en la falta de concreción de qué debe ser aquello sobre lo que deberán informar las empresas –aquellas entidades de interés público que cuenten con más de 500 empleados– en materia de medio ambiente, derechos humanos, derechos laborales, corrupción y sobornos.

Por último, reseñar que con fecha 9 de noviembre de 2017 se publicó la nueva Ley de Contratos del Sector Público por la que se transpone la Directiva 2014/24 sobre contratación pública y la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta norma prohíbe a la administración pública contratar con personas jurídicas cuando hubieran sido estas o sus administradores o representantes (ya que no todos los delitos pueden ser cometidos por las personas jurídicas conforme al Código Penal vigente), condenados por sentencia firme por la comisión de determinados delitos [71].

La nueva ley prevé también la prohibición de contratar con empresas sancionadas por un número de infracciones de carácter profesional, tributario, administrativo como por ejemplo, por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o cuando no se cumpla con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, entre otros. En algunos casos, la prohibición no se aplica si la empresa adopta medidas técnicas, organizativas y de personal aptas para evitar la comisión de infracciones administrativas de la misma naturaleza. Este mecanismo no es aplicable cuando la improcedencia de contratar deriva de un supuesto de los previstos por condena por sentencia firme en el ámbito penal, lo cual puede resultar muy positivo para la promoción de la adopción de programas de prevención de delitos conforme a los requisitos penales contemplados en el artículo 31 bis del Código Penal,

[70] El Real Decreto-ley 18/2017 modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

[71] Delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

reforzando su relevancia preventiva. Aun siendo destacable el avance que supone la promulgación de esta norma, la ley no contempla otras sanciones distintas a la prohibición de contratar con la administración a las empresas que no respeten de los derechos humanos. Tampoco hace de este respeto un criterio de selección ni condición para la contratación.

En definitiva, en España que las empresas españolas integren planes de vigilancia, control y prevención de abusos a los derechos humanos extensibles a todas sus actividades y a toda su cadena de suministros sigue siendo una opción completamente voluntaria [72]. No existen mecanismos judiciales o administrativos de supervisión o control de la adopción efectiva por parte de empresas de medidas de prevención o diligencia debida como refiere el plan nacional de derechos humanos y empresa, ni sanciones directas por la falta de implantación de dichos mecanismos. Esto es, no existe un marco regulatorio que imponga y controle la adopción de estos programas de cumplimiento y respecto de los derechos humanos o sancione su ausencia, (salvo en los casos específicos de delitos que, según se explicará más abajo, pueden acarrear sanción penal).

A diferencia de lo que ha ocurrido en España en Francia se promulgó, en marzo de 2017, una norma sobre diligencia debida [73] que impone a las empresas la obligación de tomar las medidas apropiadas para identificar y prevenir riesgos de atentados contra los derechos humanos derivados de las actividades de la empresa o de aquellas sociedades que controla directa o indirectamente. Sin ánimo de exhaustividad, además de Francia, otros países en el entorno europeo también están adoptando instrumentos legales similares al francés que se centran en el ejercicio de la debida diligencia por parte de las empresas en el territorio de la matriz, pero también en su actividad en el extranjero y a tra-

[72] Sin ánimo de exhaustividad toda vez que no se derivan de normas como las anteriores, señalar que España cuenta asimismo con una estrategia de Responsabilidad Social de las Empresas, una estrategia a seis años, 2014-2020, para empresas, administraciones públicas y el resto de las organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Para más información ver: http://www.mitramiss.gob.es/es/rse/eerse/index.htm. Por su parte, la Comisión Nacional de Mercado de Valores, realizó en el año 2015 una serie de recomendaciones dentro del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, en los que instaba a las empresas no cotizadas a seguir, en líneas generales, los pasos que demandaba la directiva de información no financiera. Disponibles aquí: https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf.

[73] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte. Las provisiones de esta ley han pasado a formar parte del Código de Comercio francés: Artículo L.225-102-4(I). Ver: Cossart, Sandra, Tiphaine Beau de Lomenie, and Jérôme Chaplier. «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All», *Business and Human Rights Journal* 2.2 (2017): 317-23.

vés de toda la cadena de suministros [74]. La particularidad de la ley francesa es que también regula los supuestos que provocan responsabilidad civil de las empresas por falta de debida de diligencia.

Pues bien, profundizando en el análisis del ejemplo francés, lo que legislación específica francesa establece (artículo 1 de la Ley de Diligencia Debida francesa) es la obligación a toda sociedad que, al final de dos ejercicios fiscales consecutivos, emplee a más de cinco mil asalariados en su seno y sus filiales –directas o indirectas–, con domicilio social en Francia o emplee al menos diez mil personas en su seno y en sus filiales con domicilio en Francia o en el extranjero, de desarrollar y poner en práctica un plan que contenga las medidas de «vigilancia razonable» [75] apropiadas para identificar y prevenir riesgos de atentados contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, daños corporales o ambientales graves, o bien riesgos sanitarios derivados de sus actividades o de aquellas sociedades que controla directa o indirectamente, así como de sus subcontratistas o trabajadores sobre los cuales ejerza una influencia determinante.

Inicialmente, la norma francesa preveía la posibilidad de imponer sanciones a aquellas compañías que no desarrollasen los planes de diligencia debida pero el Tribunal Constitucional francés dejó sin efecto estas sanciones aprobando la mayor parte de la ley [76]. Conforme a la redacción final, la responsabilidad de las empresas francesas surge porque, en ausencia de estos planes, los terceros legitimados pueden reclamar en la jurisdicción competente que la empresa debe tener estos planes de vigilancia y que estos deben ser publicados siendo así que, en caso de incumplimiento de una orden judicial en tal sentido, se podrán imponer multas. A pesar de que la respuesta francesa es sin duda un ejemplo a seguir, la implementación práctica de estas obligaciones está empezando a generar algunos problemas [77].

---

[74] Ver nota 6 y Business Human Rights Resource Center, «National Movements for Mandatory Human Rights Due Diligence in European Countries» (2019). Disponible en: https://www.business-humanrights.org/en/national-movements-for-mandatory-human-rights-due-diligence-in-european-countries.

[75] El mismo precepto establece que un plan de vigilancia debe incluir: (i) un mapeo de la actividad de la empresa que analice y gradúe los riesgos; (ii) políticas o procedimientos que evalúan de acuerdo con el mapa de riesgos, la situación de las subsidiarias o los proveedores con los que la empresa mantiene una relación comercial; (iii) acciones que sean apropiadas para mitigar o prevenir violaciones graves; (iv) un sistema de alertas que recoge riesgos actuales o potenciales identificados en conjunto con los sindicatos; (v) un sistema de monitoreo que controle las medidas implementadas y analice su eficiencia.

[76] Décision no. 2017-750 DC du 23 Mars 2017 du Conseil Constitutionnel. Disponible en: http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-750dc/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017.148843.html.

[77] Algunos casos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas francesas en el extranjero por incumplimiento de la Ley de diligencia debida están llegando a los tribunales. El primero de ellos, contra la empresa francesa Total por su actividad en Uganda ha sido de momento remitido desde los tribunales civi-

Pero, además, aquellos afectados por la falta de implementación de estos planes pueden demandar a la empresa y en el seno de un procedimiento sobre responsabilidad civil reclamar la reparación de los daños por las vulneraciones que la falta de desarrollo de estos planes les haya podido provocar. Esta responsabilidad, se determina conforme a los principios generales de responsabilidad civil del derecho francés y, más específicamente, de acuerdo con la responsabilidad civil extracontractual recogida en los artículos 1240 a 1241 del Código Civil francés que exige: incumplimiento, daño y relación de causalidad entre ambos [78]. Lo que en España equivaldría a la responsabilidad civil extracontractual por los actos de sus trabajadores si la empresa no ha actuado con diligencia «de un buen padre de familia» para prevenir el daño; si bien esa diligencia no está definida en nuestra normativa interna (artículo 1903 Código Civil Español) de la misma manera que la ley francesa o incluso el Código Penal español establecen qué requisitos debe cumplir un plan de vigilancia, como se expondrá en el siguiente apartado.

20.5.2 De la responsabilidad penal de las empresas por vulneraciones de derechos humanos: España vs. Francia

Desde diciembre del año 2010, con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español se produjo un gran avance en la responsabilidad de las empresas por graves vulneraciones de derechos humanos [79]. Y es que, a partir de entonces, en el ámbito jurisdiccional penal las víctimas pueden reclamar la responsabilidad de las personas jurídi-

---

les a los juzgados mercantiles por entender los primeros que no son competentes para conocer de la prevención de daños o violaciones que no han sido cometidos. Para más información ver: https://www.foei.org/no-category/total-abuses-uganda-french-high-court-of-justice-declares-itself-incompetent-duty-vigilance-law.

[78] La literalidad de los preceptos legales citados se encuentra disponible aquí: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F52B9E36AAD6001987A300980FB93916.tplgfr42s_1?idSectionTA=LEGISCTA000032021488&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200131 Para más información ver: Brabant, Stéphan and Savourey, Elsa: «France's Corporate Duty of Vigilance Law: A Closer Look at the Penalties Faced by Companies». (2017). Disponible en: https://www.business-human-rights.org/sites/default/files/documents/French%20Corporate%20Duty%20of%20Vigilance%20Law%20-%20Penalties%20-%20Int%2527l%20Rev. Compl_.%20%26%20Bus.%20Ethics_.pdf.

[79] La responsabilidad penal de las empresas se introdujo por primera vez el Código Penal en el año 2010 a través de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal habiéndose modificado posteriormente en el año 2015 a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y más recientemente por la Ley Orgánica 1/2019 de 20 de febrero. En el preámbulo de la reforma del 2010, disponible aquí: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953 se hacía referencia a que la misma obedecía a la necesidad de adaptar la norma penal a las obligaciones internacionales contraídas, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea.

cas. Dicha responsabilidad se regula ahora desde dos enfoques en la práctica jurisdiccional penal: 1.º por la responsabilidad penal de la empresa como ente por la comisión de un ilícito penal de los previstos en el catálogo de delitos que pueden cometer las personas jurídicas (sobre la cual se profundiza en este apartado); 2.º o bien, a través de la responsabilidad civil *ex delicto* que ya existía con anterioridad a la reforma del 2010.

Por tanto, a partir de esta reforma, una empresa puede ser penalmente responsable por la comisión de un número determinado de delitos que la misma ley indica [80]. Ello implica que no todas las vulneraciones de derechos humanos desarrolladas en el Código Penal como delitos pueden ser cometidos por la persona jurídica quedándose fuera del catálogo, entre otros, delitos contra los derechos de los trabajadores y otros delitos como las lesiones, secuestros y detenciones ilegales, amenazas, coacciones, extorsiones, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, contra la libertad de conciencia, la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural o las usurpaciones y allanamiento de morada.

Los criterios de imputación objetiva de delitos a las personas jurídicas se establecen en el artículo 31 bis del Código Penal (apartado 1) y se exige que, para que una persona jurídica sea responsable de los supuestos previstos en el Código, actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto. Se establecen así dos títulos de imputación. Primero se prevé que la persona jurídica responda si se constata la ejecución de un hecho típico por los representantes legales de la empresa o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; y, en segundo lugar, si se

[80] Los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas: tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP); trata de seres humanos (art. 177 bis CP); prostitución y corrupción de menores (arts. 187 a 189 bis CP); descubrimiento y revelación de secreto (art. 197, 197 bis y 197 ter CP); estafa (arts. 248 a 251 bis CP); frustración de la ejecución (arts. 257 a 258 bis CP); insolvencias punibles (arts. 259, 259 bis, 260 y 261 CP); daños informáticos (arts. 264, 264 bis y 264 ter CP); relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 a 277 CP); relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278 a 286 *quater* CP); blanqueo de capitales (arts. 301 CP); financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP) contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 310 bis CP); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP); delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319 CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 326, 326 bis y 330 CP); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (arts. 343 CP); delito de riesgo provocado por explosivos (art. 348 CP); contra la salud pública (arts. 359 a 365 y 368 y 369 CP); falsificación de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje (art. 399 bis CP); cohecho (arts. 441 y 427 CP); tráfico de influencias (arts. 429 y 430 CP); malversación (arts. 432 y 434 CP); incitación al odio y la violencia (art. 510 CP); organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis y ter CP); delitos de terrorismo (art. 571 a 580 bis CP); y ciertos casos de contrabando (Ley Orgánica de Represión del Contrabando).

comete un ilícito penal por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Dicha responsabilidad se origina, aunque no se haya podido individualizar la persona física o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella.

Expuestos los criterios de imputación, sin realizar una mención expresa a la debida diligencia en materia de derechos humanos, el Código Penal contempla como eximentes o atenuantes de responsabilidad la existencia de modelos de organización empresariales orientados a la vigilancia y control idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se está investigando [81]. Estos modelos de vigilancia y control idóneos pueden asemejarse a un proceso de debida diligencia para la prevención de abusos a los derechos humanos, tal como lo indican los «Principios Rectores» si bien su inexistencia no es sancionable en el ámbito penal, pero tampoco en el plano sancionador administrativo. La implantación de los planes es en consecuencia una opción completamente voluntaria de la empresa.

Expuesto brevemente la aproximación legal desde el punto de vista penal material, indicar que, entre los obstáculos o limitaciones más significativos de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España se encuentran las dificultades procesales que surgen para establecer la responsabilidad de las entidades por su actividad en el extranjero. Ello es así, en primer lugar, debido a la personalidad jurídica diferenciada de cada una de las entidades legales que generalmente componen los grupos empresariales cuando desarrollan su actividad en el extranjero. Al respecto, es importante distinguir que en el ordenamiento jurídico español existe la posibilidad de constituir empresas sucursales y filiales de la matriz o entidad que controla el grupo empresarial. Conforme al Derecho español, las sucursales carecen de personalidad jurídica, si bien existe la obligación de registrar las que constituya una persona

[81] Artículo 31 bis 2. «Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

jurídica, ya sea en territorio español, ya sea en territorio extranjero. En tanto que, desde ese momento, las sucursales se consideran como una suerte de representante-unidad más dentro del perímetro social, debe entenderse que de cualquier actuación desarrollada por la sucursal resultará responsable, directamente, la persona jurídica matriz. Así, asumiendo que la sucursal se encuentra debidamente registrada, esta tendrá la misma consideración que la propia sociedad y le será de aplicación el mismo régimen [82].

En otras palabras, la diferencia fundamental entre filial y sucursal es que, en el segundo caso, es la propia sociedad-principal la que ejerce su actividad a través de la sucursal. No se forma un patrimonio separado –la sucursal no tiene personalidad jurídica y la filial, en cambio, sí–. La anterior diferencia es importante en la medida que afecta a la responsabilidad de los entes. Mientras que la sucursal comparte la personalidad jurídica del establecimiento principal, la filial configura una persona independiente de la empresa matriz.

Todo ello debe ponerse en relación con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) introducida por la Ley Orgánica 1/2014, que limitó el alcance de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales penales españoles. Esta ley, hasta el año 2009, reconocía el principio de justicia universal absoluta y sus reformas (primero en el año 2009 y posteriormente en los 2014 y 2015) han restringido significativamente el acceso a la justicia penal española por parte de víctimas extranjeras sin arraigo en nuestro país y la posibilidad de dirigir la acción contra extranjeros que no tengan la nacionalidad española o no se encuentren en territorio nacional [83].

---

[82] Ver al respecto el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. En concreto, en el Capítulo XI: «De la inscripción de las sucursales y de los empresarios extranjeros» donde el artículo 295 define las sucursales como: «todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad». Por otro lado, el artículo. 81.1 j) y k) del mismo reglamento prevén la obligatoriedad de la inscripción de las sucursales de cualquier sociedad española cuya inscripción en el Registro Mercantil sea obligatoria, así como de las sociedades extranjeras que tengan reconocida personalidad jurídica conforme a su *lex societatis* y que tengan ánimo de lucro.

[83] Ver: Sánchez Álvarez, Eduardo. «La incidencia procesal de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo y su interpretación por el tribunal supremo (STS de 6 de mayo de 2015)», *Diario La Ley,* Núm. 8743, Sección Doctrina, 18 de abril de 2016, Ref. D-161, Editorial La Ley 1947/2016; Pérez Cepeda, Ana Isabel. «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de Punto Final del Principio de Justicia Universal en España», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* 3.1 (2015): 10-40; González de la Tajada, Izaskun. «Justicia Universal. Modelo limitado a que los responsables sean españoles o se encuentren en España: STS 797/2016, de 25 octubre 2016, JUR 2016, 231559.» *Revista Aranzadi Doctrinal* 1 (2017), Issue 1.

En concreto, los principios en los que se basa la regulación de la jurisdicción penal de los tribunales españoles respecto de delitos cometidos por personas jurídicas [84] conforme a lo previsto en el artículo 23 de la LOPJ son los siguientes:

Principio de territorialidad: los tribunales españoles conocerán, dentro del delito del listado *numerus clausus* atribuible a persona jurídica, aquellos que se cometan en territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

Teniendo en cuenta este principio cabría analizar si algunos de los delitos previstos en el catálogo podrían ser delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas y, además, si determinados delitos cometidos por sucursales de las empresas matrices podrían considerarse que se cometen en territorio español por ser la empresa matriz la responsable de la decisión o la beneficiaria indirecta o directa.

Principio de nacionalidad y personalidad activa: los tribunales españoles conocerán de los delitos cometidos en el extranjero cuando lo responsables sean españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española con posterioridad. Además de este requisito debe existir un delito análogo al cometido en el lugar de ejecución, que el Ministerio Fiscal o la víctima interpongan querella.

Además de los requisitos expuestos, es preciso tener en cuenta que este el principio de la personalidad activa queda recogido en el apartado 2.º del artículo 23, establece la competencia de la jurisdicción española cuando se trate de «españoles o extranjeros». De la dicción literal del precepto se desprende que el apartado 2.º está exclusivamente destinado a las personas físicas («españoles o extranjeros»), excluyéndose así la competencia internacional de los tribunales españoles por delitos imputables a personas jurídicas cometidos en el extranjero [85]. O bien, ¿podría alegarse que toda referencia a los sujetos acti-

[84] Sobre esta cuestión: Pedraz Penalva, Ernesto. «Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra personas jurídicas». *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 101 (2013). Zarzalejos Nieto, Jesús. «La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas». Parte del libro «*Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*», edición 1.ª, Editorial La Ley, Madrid, marzo, 2011.

[85] Téngase en cuenta que para la determinación de la nacionalidad española y, por consiguiente, saber cuándo la ley española es la *lex societatis*, se utilizan distintos criterios legales. Así, a las sociedades civiles y las mercantiles personalistas se les aplica el artículo 28 Código Civil y el artículo 15 del Código de Comercio, respectivamente, que señalan que son españolas las sociedades constituidas y domiciliadas en España. A las sociedades mercantiles de capital les resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que son españolas las sociedades domiciliadas en España con independencia del lugar de constitución. El domicilio de las sociedades es el lugar concreto elegido por las partes para la localización de su activi-

vos –españoles y extranjeros– contenida en los criterios de extraterritorialidad debería abarcar, a su vez, a personas jurídicas? ¿Supondrían ello una construcción analógica respecto del apartado 4.º, donde sí se dirige expresamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas? ¿En caso de establecerse dicha analogía se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9 de la Constitución Española por falta de norma expresa de atribución predeterminada de la competencia a los tribunales españoles?

Principio de especial protección: los tribunales españoles son competentes en atención al bien jurídico protegido e independientemente de la nacionalidad del autor del delito, siempre que se trate de determinados delitos que están relacionados con la protección del Estado Español. Indiferencia de nacionalidad. Requiere querella del Ministerio Fiscal (*ex* artículo 23.6 LOPJ).

Poniendo en relación este principio con el listado de delitos que pueden acarrear reproche para las personas jurídicas cabrían: falsificación de moneda (artículo 23.3.d de la LOPJ y artículo 386 del Código Penal); cualquier otra falsificación que perjudique al Estado (*ex* artículo 23.3.f de la LOPJ). Sobre este apartado, la única otra falsificación que recoge el Código Penal para personas jurídicas es falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (*ex* 399.bis del Código Penal). No parece aplicable porque no parece que estas falsificaciones puedan «perjudicar directamente al crédito o interés del Estado»; y delitos contra la Administración Pública (artículo 23.3.h de la LOPJ). Este inciso engloba delitos que pueden cometer las personas jurídicas como cohecho (artículo 427.bis, en relación con el artículo 424 del Código Penal) y tráfico de influencias (artículo 430 en relación 429 del Código Penal). El problema que surge en este apartado es el mismo que el referido en el anterior, a saber: el precepto se refiere a «españoles o extranjeros» ¿incluye entonces a las personas jurídicas o no?

Principio de justicia universal: los tribunales españoles conocerán de los hechos cometidos, por español o extranjero fuera del territorio español cuando estos sean susceptibles de tipificarse como determinados delitos y siempre que se cumplan una serie de requisitos.

A diferencia de lo previsto en los anteriores preceptos, expresamente se contempla, entre los delitos a los que es aplicable el principio de justicia uni-

dad jurídica, el cual ha de establecerse con rigurosa precisión en su documentación, tal y como se desprende del artículo 24 del Código de Comercio al estipular que «los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria harán constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturación, el domicilio…». Asimismo, la importancia de su determinación queda también reflejada en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que «las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio», siendo, por tanto, necesaria su determinación para fijar la competencia territorial de los tribunales y juzgados españoles para conocer sobre las controversias surgidas en torno a las personas jurídicas.

versal, la posibilidad de dirigir el procedimiento contra las personas jurídicas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad (a pesar de que el Código Penal no incluye este delito dentro del catálogo de delitos que pueden cometer las empresas), terrorismo (de las distintas conductas delictivas, solo sería aplicable la financiación del terrorismo prevista y penado en el artículo 576 bis del Código Penal), la trata de seres humanos y los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales. Se concreta además que las empresas deben tener su sede o domicilio social en España. Cabría analizar entonces si el hecho de que una sucursal se registre en el extranjero ello no significa que el domicilio social de la misma esté en el lugar del registro, sino que sea el de la matriz de la que depende su personalidad jurídica.

Asumiendo la anterior hipótesis como cierta y añadiendo a la misma que no puede realizarse una interpretación analógica del resto de preceptos, la conclusión sería que, conforme a la regulación procesal española únicamente serían perseguibles en España la financiación del terrorismo, la trata de seres humanos y la corrupción entre particulares o en las transacciones internacionales y solo respecto de las sucursales (y no las filiales) que tendrían como domicilio social el de la empresa matriz en España.

Por tanto, es evidente que esta regulación de la extensión de la jurisdicción penal impide el acceso a mecanismos de reparación por parte de víctimas que por ejemplo se ven afectadas otros de los delitos (y con los límites del catálogo cerrado del Código Penal) que pueden ser cometidos por las sucursales de empresas españolas en el extranjero. Pero además quedarían exentas de responsabilidad las acciones de las filiales de las empresas españolas en el extranjero ya que el domicilio social no estaría en España por tener personalidad jurídica propia en el país en el que se asienten, independientemente del control efectivo que la matriz tenga sobre la filial.

Todo lo anterior debe ponerse en relación con que la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, advierte (conclusión 8.ª)[86] que para considerar que las personas jurídicas cometen la acción típica, no es necesario «que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen inte-

[86] Circular Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af.

grados en el perímetro de su dominio social» lo cual aparentemente garantiza que las víctimas puedan dirigir la acción contra la empresa incluso aunque no sea la matriz la que provoque el daño inicial. No obstante, en la medida que las circulares de la fiscalía no son vinculantes para los tribunales, la conclusión es que, en la actualidad, la regulación penal en España (material y procesal) parece que restringe el acceso a la justicia de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas. Lo cierto es que, a día de la fecha, no existe ningún procedimiento iniciado en España contra una empresa española por su actividad en el extranjero por lo que se desconoce cuál va a ser la interpretación de los tribunales.

Siendo estos los principales obstáculos o carencias del sistema español a los que se enfrentarían las víctimas de violaciones de derechos humanos en España, pero, fundamentalmente, en el extranjero, a continuación, se analizará brevemente cuál es la normativa penal francesa aplicable y se profundizará en cuál ha sido su aplicación práctica en un caso concreto en que está involucrada una subsidiaria de una empresa con sede social en Francia: la multinacional Lafarge.

Empezando por la regulación de la responsabilidad penal de las empresas, el Código Penal francés contempla esta posibilidad desde 1994, ampliada en el año 2005 (tras la modificación del Código Penal francés en 2004). Conforme al artículo 121.2 del Código Penal francés cualquier persona jurídica de derecho privado o derecho público, a excepción del Estado, puede ser criminalmente responsable como consecuencia de los actos cometidos por parte de un órgano o representante legal realizados en beneficio de esta o, incluso pueden ser responsables a título de cómplices (artículos 121.6 y 121.7 del Código Penal francés) [87]. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas no siendo necesario la condena de una persona física en los casos de delitos imprudentes. En cambio, en los delitos dolosos, la responsabilidad penal de la persona jurídica debe: (i) estar reconocida en una norma extrapenal; y (ii) debe apreciarse dolo en la persona física a través de la cual la compañía ha actuado. En caso contrario no podrá ser condenada la persona jurídica, aunque sí se le podrán imponer medidas de seguridad.

Por otro lado, en Francia, no existen las mismas barreras legales adjetivas que en España para responsabilizar a las empresas por los crímenes cometidos en el extranjero. Y es que, la jurisdicción penal francesa se extiende más allá del territorio francés, tal y como se reconoce en el artículo 113 del Código

[87] Code pénal, Version consolidée au 1 janvier 2020. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719.

Penal Francés, que conforme al principio de personalidad activa determina que la responsabilidad penal alcanza a los delitos cometidos por parte de empresas o individuos con nacionalidad francesa fuera del territorio francés. Además, en Francia el principio de justicia universal, previsto en el artículo 689.1, de la ley de enjuiciamiento criminal francesa permite la persecución de crímenes internacionales cometidos por cualquier persona que se encuentre en territorio francés independientemente del lugar de comisión de los delitos contemplados en los artículos que siguen a dicho precepto en la norma. Más concretamente el artículo 689.10 reconoce la jurisdicción francesa de cualquier persona culpable de un delito de financiación del terrorismo y, el artículo 689.11 contempla la jurisdicción francesa para la persecución de los culpables de delitos reconocidos en el Estatuto de Roma que residan habitualmente en Francia, aunque el delito se haya cometido en el extranjero.

Como ejemplo del desarrollo en la práctica de la normativa francesa, se examina a continuación lo ocurrido con el caso Lafarge [88]. En noviembre del año 2016, 11 exempleados sirios de la compañía, junto con las organizaciones SHERPA y ECCHR presentaron una querella contra Lafarge, sus actuales y anteriores directores, por delitos contra los derechos de los trabajadores, financiación del terrorismo y complicidad en los crímenes cometidos por el denominado Estado Islámico en Siria. La empresa, entre los años 2013 y 2014, tenía una fábrica en la ciudad de Jalabiya, en el norte de Siria en un área controlada por el ISIS. Concretamente, los hechos de los que trae causa esta querella son las supuestas negociaciones de la empresa Lafarge y el ISIS por la compra de petróleo de la primera a los segundos, además de los pagos permitir el paso de los empleados de la empresa en las áreas controladas por ISIS y, así, asegurar la continuidad de la actividad de la fábrica donde, además, supuestamente no se garantizaban los derechos laborales más básicos.

Como consecuencia de la interposición de la querella, y en el seno de un procedimiento penal incoado fueron acusados cargos del más alto nivel dentro de la empresa tanto en la actualidad, como en el momento de la comisión de los hechos de la matriz y la subsidiaria en Siria por delitos de financiación del terrorismo (art. 421-2-2- del Código Penal francés) complicidad en delitos de guerra y crímenes contra la humanidad (arts. 161-1s y 2 s), poner en riesgo deliberado a las personas (art. 223-1), explotación laboral, trabajo forzado y condiciones laborales indignas (art. 225-13, 225-14-1 y 225-14-2) y violación

[88] La información sobre el caso ha sido obtenida de la página web del Centro Europeo de Derechos Humanos y Constitucionales (ECCHR): https://www.ecchr.eu/en/business-and-human-rights/lafarge-syria.html. Para un comentario del caso véase, en esta obra, Coteño Muñoz, A.: «La complicidad en crímenes internacionales a propósito del caso Lafarge».

de los embargos en la compra de petróleo. Las organizaciones que interpusieron la querella inicial interesaron que tanto la empresa como las personas físicas fueran también acusadas como cómplices de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad [89].

En noviembre de 2019, los cargos por complicidad de crímenes contra la humanidad finalmente no fueron admitidos. El órgano judicial que se encarga de la investigación confirmó la acusación contra la multinacional por el resto de los delitos, a saber: poner en riesgo deliberadamente la vida de los trabajadores de la empresa subsidiaria en Siria y violación de los embargos. Esta decisión fue recurrida por las organizaciones denunciantes siendo así que el caso sigue abierto en la actualidad [90]. Habrá que seguir la evolución de este y otros casos abiertos en otros países de Europa contra empresas por su actividad en el extranjero que sin duda sirven de ejemplo para evidenciar las carencias y obstáculos de la normativa en España y proponer soluciones [91].

20.6 CONCLUSIONES

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, es necesario que los estados establezcan los marcos jurídicos y políticos adecuados para que las empresas cumplan con su responsabilidad de prevenir, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos como parte y de garantizar el acceso a un recurso efectiva. Si bien el derecho de la responsabilidad internacional solo comprometería al estado, el que incumple la norma que origina esta responsabilidad estatal posterior sería la empresa. Se trata pues de que los estados promulguen marcos normativos en los que las violaciones de derechos humanos por parte de empresas tengan consecuencias jurídicas a nivel interno.

---

[89] Así lo han comunicado en una nota de prensa las dos organizaciones que interpusieron la denuncia inicial y que son parte en el procedimiento. La nota de prensa puede consultarse aquí: https://www.asso-sherpa.org/submission-from-sherpa-andecchr-on-an-indictment-of-lafarge-for-complicity-in-crimes-against-humanity.

[90] Para más información ver: https://www.business-humanrights.org/en/sherpa-and-ecchr-to-appeal-decision-in-lafargesyria-case-at-french-supreme-court.

[91] Para un análisis pormenorizado sobre otros casos de empresas europeas que hayan producido abusos de derechos como consecuencia de su actividad en el extranjero y que hayan llegado a los tribunales ver: European Parliament; Directorate-General for External Policies of the Union. «Access to Legal Remedies for Victims of Corporate Human Rights Abuses in Third Countries». Luxembourg: Publications Office, 2019. Disponible en: https://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2019/03/EXPO_STU2019603475_EN.pdf.

El desarrollo de esos marcos normativos en la práctica ha sido multidisciplinar. En España en particular, se han creado mecanismos que permitirían hacer efectivas, en parte, las obligaciones y/o sugerencias provenientes de la esfera internacional y regional. No obstante, el marco legal parece tener una implementación poco práctica en relación con el fenómeno que intenta regular, fundamentalmente por la falta de obligatoriedad en la adopción de medidas de diligencia debida y de previsión efectiva en lo que la actuación de las empresas en el extranjero se refiere.

De acuerdo con lo analizado en este trabajo, en España, podría argüirse que la implantación de políticas de diligencia debida es una opción voluntaria de las personas jurídicas y que existen importantes obstáculos en el sistema de justicia español que dificultan, e incluso, impiden que las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas puedan obtener justicia y reparación (particularmente cuando las víctimas son extranjeras). El primero de ellos, conforme se ha expuesto, es que no todos los delitos previstos en el Código Penal pueden ser cometidos por las empresas. El segundo de ellos, extensible a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la competencia o falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para investigar delitos cometidos en el extranjero por parte de empresas. Prueba de los límites a la jurisdicción española desde la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que no ha habido ningún pronunciamiento judicial al respecto, más allá de los múltiples sobreseimientos sobrevenidos como consecuencia de la misma (en relación con persona físicas, no jurídicas) [92].

A diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país, se ha expuesto como en Francia (también en otros países del entorno europeo) se han promulgado normas que exigen medidas de diligencia debida (con consecuencias prácticas en caso de no implementación) y, además, la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de derechos cometidos en otros países ha podido llegar a los tribunales. Siendo ello así, ¿significa que España no tiene un sistema normativo coherente con los estándares e instrumentos regionales e internacionales y Francia sí?

Si la respuesta es negativa ¿pueden entonces las empresas ignorar el respeto a los derechos humanos mientras no exista regulación específica que las obligue a hacerlo? Si la respuesta es positiva, ¿qué tipo de normas deben promulgarse? ¿cuáles son las vías jurídicas más adecuadas? ¿debe provenir la

[92] Sirva como ejemplo, lo ocurrido en el caso Tíbet: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 296/2015 de 6 mayo 2015, Rec. 1682/2014 (La Ley 56238/2015).

respuesta del derecho penal? Y, en segundo lugar, ¿tiene la obligación de reparar de los estados una dimensión extraterritorial? ¿cómo superar los obstáculos jurisdiccionales en los casos de empresas transnacionales? ¿tienen los estados que desarrollar normas procesales que garanticen la responsabilidad extraterritorial por violaciones de derechos humanos y el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violaciones de las empresas matrices? Nuevamente, ¿está la respuesta exclusivamente en el ámbito del derecho penal?

Las respuestas a estos interrogantes, deberá ser objeto de un análisis crítico y más profundo de las iniciativas legales que existen en el ámbito internacional y regional y en otros estados sobre responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos consecuencia de su actividad en el extranjero que orienten las propuestas normativas vinculantes que permitan a todas las víctimas acceder a vías de prevención, protección o reparación en caso de que se produzcan esas violaciones.

21. EMPRESAS Y GÉNERO: MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES TEMPORERAS EN EL SECTOR AGRÍCOLA EN ESPAÑA

Aintzane Márquez Tejón*
Universidad Carlos III de Madrid

21.1 INTRODUCCIÓN

A pesar de las disposiciones que impiden la discriminación por motivos de género a nivel internacional, regional y nacional, en la práctica las mujeres y las niñas de todo el mundo siguen enfrentándose a estereotipos de género y discriminación en todas las esferas de la vida, también en el acceso a la justicia [1].

En relación con los abusos de derechos humanos cometidos por empresas [2], las mujeres sufren tales violaciones específicamente por motivo de su género [3]. No solo eso, sino que se enfrentan a obstáculos adicionales en el acceso justicia [4]. Sin embargo, la experiencia única de las mujeres y las niñas y la discriminación estructural a la que se enfrentan cuando intentan acceder a la

* Abogada Senior en Women´s Link Worldwide. Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid.

[1] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 3 de agosto de 2015, CEDAW/C/GC/33, párr. 26.

[2] En el presente artículo se entiende como tales las violaciones de derechos humanos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, contenidos, entre otros y como mínimo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los derechos humanos laborales reconocidos en la Declaración de la OIT de los derechos fundamentales del trabajo. No se limitan, en consecuencia, a graves violaciones de derechos humanos como los referidos en el Estatuto de Roma o en Código Penal español.

[3] Barranco Avilés, M. C., «Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas | Vulnerability, human rights and business», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 34, 2016, pp.1-16.

[4] CEDAW, Recomendación General núm. 26 sobre trabajadoras migrantes, 5 diciembre 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, párr. 21.

protección jurisdiccional de sus derechos ha recibido poca atención en la mayoría de los marcos e iniciativas sobre empresas y derechos humanos, incluido en las estrategias de litigio de impacto que han impulsado el debate sobra la impunidad corporativa, como se verá a continuación.

Como se destaca en el informe de 2019 sobre las dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores) [5] del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de Naciones Unidas, «la mayoría de los Estados y empresas comerciales aún prestan poca o inadecuada atención a las diversas experiencias de las mujeres en el cumplimiento de sus respectivos deberes y responsabilidades bajo los Principios Rectores» [6]. A partir de este instrumento clave para el análisis de la materia desde la perspectiva de género e interseccional, otros mecanismos internacionales como por ejemplo la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE en adelante) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [7] o la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible [8] han abordado parcialmente este enfoque reconociendo la importancia de instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW) [9].

Siendo esta la hipótesis de partida, desde una metodología empírica basada fundamentalmente en una estrategia cualitativa centrada en las experiencias de las trabajadoras migrantes en el sector agrícola en el sur de España (Huelva) [10], el presente artículo busca realizar una aproximación preliminar

---

[5] Los Principios Rectores fueron aprobados por la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/4. Esta Resolución también creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

[6] Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 23 de mayo de 2019, A/HRC/41/43, párr. 44.

[7] Por ejemplo, en la nota sobre cómo integrar la perspectiva de género en la cadena de suministro de 2021. «Integrating a gender perspective into supply chain due diligence». OECD-FAO Paris. Disponible en: https://mneguidelines.oecd.org/Integrating-a-gender-perspective-into-supply-chain-due-diligence.pdf.

[8] Montesinos Padilla, C., «Los principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar», *Revista española de derecho internacional,* vol. 70, núm. 2, 2018, pp. 183-208. Véase también, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, «Manual para la incorporación de la perspectiva de género en la programación común a escala nacional», enero 2018.

[9] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983. Ver: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749.

[10] La información proporcionada en este artículo se basa, entre otros recursos, en la información que la autora tiene como abogada de Women's Link Worldwide en los procesos judiciales en curso que se analizan. Women's Link Worldwide es una organización trasnacional que utiliza el poder del derecho para

que aterriza el enfoque de género e interseccional en el debate sobre impunidad corporativa o falta de debida diligencia empresarial.

A partir de ahí el artículo pretende ilustrar, en primer lugar, la discriminación y los abusos de los derechos de las mujeres trabajadoras migrantes empleadas en la recolección de fresas y frutos rojos en la región [11]. En segundo lugar, utilizando un análisis interseccional, a través de los casos objeto de estudio, se pone de manifiesto cómo el género, así como otros factores como la raza, la situación socioeconómica y el estatus migratorio, suponen importantes barreras para el acceso a la justicia.

El objetivo último es exponer cómo el litigio de estos casos, desde el enfoque del litigio estratégico, ha conseguido evidenciar los impactos diferenciados de género en el contexto específico de empresas agrícolas en Huelva, pero también ha servido para favorecer cambios estructurales en los marcos de protección de los derechos de las trabajadoras temporeras con impacto social más allá de los tribunales.

21.2 EL ENFOQUE DE GÉNERO E INTERSECCIONAL EN LAS INICIATIVAS SOBRE DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL

21.2.1 **Algunas precisiones conceptuales**

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el enfoque de género se definió en 1997 como: «(…) una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros» [12]. A partir de esta definición y de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

promover el cambio social que favorezca los derechos de las mujeres y las niñas. Para más información sobre los casos objeto de análisis ver: https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/women-s-link-worldwide-pide-a-la-onu-que-investigue-de-manera-urgente-las-vulneraciones-de-derechos-humanos-que-sufren-las-trabajadoras-migrantes-de-la-fresa-en-espana

[11] Esta región es uno de los principales exportadores de fresas y otros frutos rojos a nivel mundial. «Andalucía bate récord de exportaciones en frutas y hortalizas, con 4.057 millones de euros y un alza del 5,1 %». Extenda, 8 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.extenda.es/noticias/andalucia-record-exportaciones-frutas-hortalizas-octubre-2020/

[12] Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 1997/2, Conclusiones convenidas, 18 de julio de 1997. Disponible en: https://www.refworld.org/docid/4652c9fc2.html

en 1995 [13] multitud de organismos internacionales de derechos humanos han llamado la atención sobre su relevancia, siendo el Comité CEDAW uno de los principales referentes en el desarrollo de estándares sobre su interpretación y aplicación [14].

En cuanto a la discriminación interseccional [15], por ejemplo, recientemente, el Parlamento Europeo, precisamente apoyándose en, entre otros instrumentos, en la Convención de la CEDAW, definía la discriminación interseccional como: «una situación en la que intervienen varios motivos de discriminación que interactúan entre sí, por ejemplo, el género junto con otros motivos de discriminación, como la raza, el color de piel, la situación étnica o socioeconómica, la edad, la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, las características sexuales, las características genéticas, la religión o las creencias, la nacionalidad, la situación de residencia, el origen inmigrante o la discapacidad, entre otros, de una manera indisociable y que produce tipos específicos de discriminación» [16].

En España, la recientemente aprobada Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación [17] incorpora en su artículo 6.3, b) una aproximación a cuándo se produce discriminación interseccional refiriendo que surge: «cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación». Causas que a su vez se concretan en el artículo 2.1, de la misma norma e incluyen: «por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

---

[13] Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, 27 de octubre de 1995. Disponible en: https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration.

[14] CEDAW, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, 26 de julio de 2017, CEDAW/C/GC/35, párr. 18.

[15] Crenshaw, K., «Mapping the margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», *Stanford Law Review*, 43, núm. 6, 1991, pp. 1241-1299.

[16] Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2022, sobre la discriminación interseccional en la Unión Europea: situación socioeconómica de las mujeres de origen africano, de Oriente Próximo, latinoamericano y asiático (2021/2243(INI)), apartado A. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0289_ES.html.

[17] Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589#:~:text=El%20art%C3%ADculo%2014%20de%20la,otra%20circunstancia%20personal%20o%20social.

21.2.2 **La (insuficiente) perspectiva de género en la justicia española**

Una vez hechas las anteriores precisiones conceptuales, la falta de enfoque de género en el acceso a la justicia española ha sido reconocida precisamente en el artículo 4.4. de la precitada Ley 15/2022. En ese sentido, el artículo 19.1 de la misma Ley subraya: «Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la supresión de estereotipos y promoverán la ausencia de cualquier forma de discriminación en la administración de justicia por razón de las causas previstas en esta ley».

La perspectiva de género en el ámbito del acceso a la justicia es un concepto que se ha empezado a analizar en España desde hace relativamente poco a partir de los pronunciamientos de mecanismos de derecho internacional de los derechos humanos que reconocen que la aplicación de las normas no es neutral [18].

Algunas de las expertas en la materia, como la Magistrada Gloria Poyatos Matas ha abordado en múltiples ocasiones este concepto en las sentencias de las que es ponente. Por ejemplo, en la Sentencia de 12 de marzo de 2019 núm. 255/2019, Recurso 19/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (ECLI: ES: TSJICAN:2019:3) donde se afirma lo siguiente: «El deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad *de facto* [arts. 2 f) y 5 a) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y artículos 10.2 o y 96 de la CE]. Como ya dijimos en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (AS 2017, 2155) (Rec.1249/2017), sentencia de 7 de marzo de 2017 (JUR 2017, 66383) (Rec. 1027/2016) y sentencia de 2 de mayo de 2017 (AS 2017, 255) (Rec. 1237/2016) entre otras, la integración de la perspectiva de género en la resolución judicial debe realizarse tanto en la fase de tramitación procesal, como en la valoración de la prueba, y también y sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas sustantivas».

También en el ámbito de la jurisdicción social −de relevancia para el presente artículo, por lo que se verá más adelante sobre los casos analizados− y sobre la importancia de integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas y qué significa esto, se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia (Sección 1.ª) de 8 de

[18] Martín Sánchez, M., *La perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos: Diálogo multinivel y deconstrucción de estereotipos*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2020. Ver también Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, *op. cit*. párr. 26, 27 y 28.

junio de 2021 núm. 197/2021, Recurso 3004/2018 (ECLI: ES: TS:2021:2410) que subraya: «Ante el tenor literal de las normas precitadas hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. Aparece así la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución».

Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha referido a la perspectiva de género en distintas sentencias, si bien lo ha hecho sin abordar una definición del concepto o la relevancia de la interpretación de las normas conforme a los estándares internacionales, sino asumiendo más bien la importancia de su aplicación a los tipos penales, en casos de violencia sexual o violencia de género. Por ejemplo, entre las distintas sentencias en la que ha sido ponente el Magistrado Vicente Magro Servet con este enfoque destacamos la Sentencia núm. 843/2021 de 4 de noviembre de 2021, Recurso 4682/2019 (ECLI: ES: TS:2021:4045) sobre el delito de acoso o *stalking* de género (art. 173.2 CP).

Lo anterior demuestra que algunos tribunales en España comienzan a integrar la importancia de aplicar la perspectiva de género en la interpretación de las normas, incluso la relevancia de las normas regionales e internacionales y la jurisprudencia o estándares que interpretan esas normas. Al hacerlo generalmente se refieren a que los tribunales deben tener en cuenta los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce lo establecido en los artículo 10.2 y el artículo 96 apartado 1 de la CE, el artículo 31 de la Ley Española 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y la jurisprudencia que los interpreta (por todas, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 11/2016 de 1 de febrero de 2016, ECLI: ES: TC:2016:11 y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.º, Sentencia núm. 1263/2018, Recurso 1002/2017 de 17 de julio de 2018, ECLI: ES: TS:2018:2747 [19]). En ese sentido, no podemos obviar que, si los estados incumplen y no desarrollan las obligaciones derivadas de los tratados internacionales a nivel interno, podría derivarse responsabilidad internacional; responsabilidad que, a su vez, generaría otras problemáticas relativas a sus efectos jurídicos internos [20].

[19] Escobar Hernández, C., «Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio», *Revista Española de Derecho Internacional,* núm. 71, 1, 2019, pp. 241-250.

[20] Fundación Abogacía Española., Guía práctica: «Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico Español», 2022.

En todo caso, como se verá a través de los casos de estudio del presente artículo, el enfoque de género en la justicia en España es todavía completamente residual prevaleciendo precisamente todo lo contrario [21].

21.2.3 **El enfoque de género e interseccional en la debida diligencia empresarial**

Cuando se habla de la necesidad de incorporar la perspectiva de género y el enfoque interseccional al fenómeno de la responsabilidad de las empresas por vulneraciones de derechos humanos las expertas en la materia, [22] las organizaciones [23] y mecanismos internacionales de derechos humanos [24] se refieren: (i) por un lado, a los impactos diferenciados que sufren las mujeres en los casos de abusos de sus derechos por parte de la empresas y cómo hacer frente a los mismos; y, (ii) por otro lado, a las barreras que ya existen derivadas de la situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan en general las mujeres debido a los estereotipos de género, a la discriminación interseccional y las formas cruzadas y múltiples de discriminación, a la feminización de la pobreza, la división sexual del trabajo y a la sobrerrepresentación de las mujeres en la economía informal, entre otros factores.

La respuesta normativa a esta problemática a nivel regional en el ámbito de Unión Europea ha sido insuficiente. Por ejemplo, todos los Estados miem-

---

[21] Salazar Benítez, O., «(In)Trascendencia constitucional de la perspectiva de género: Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW Condenatorias de España.», *Revista de Derecho Político*, núm. 111, 2021, pp. 77-108. Miguel C., Fernández, T., «La judicatura como garantía de protección de los derechos de las víctimas de trata*», Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Colección: Estudios de derecho constitucional. Comares, Madrid, 2017, pp. 61-76.

[22] Awori, S., Anumo, F., Cordova Montes, D., y Hughes, L., «A Feminist Approach to the Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises», *Business and Human Rights Journal* 3, núm. 2, 2018, pp. 285–90; Simons, P., y Handl, M., «Relations of Ruling: A Feminist Critique of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and Violence Against Women in the Context of Resource Extraction», *Canadian Journal of Women and the Law* 31, núm. 1, 2019, pp. 113-50.

[23] Feministas por un Tratado Vinculante., Informe «Recomendaciones clave sobre el tercer borrador revisado publicado el 17 de agosto de 2021 del instrumento jurídicamente vinculante para regular, en la legislación internacional sobre derechos humanos, las actividades de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales», 2021. Götzmann, N; Wrzoncki, N.; Kristiansson, L.; Heydari, E, Informe para el Instituto Danés de Derechos humanos «Las mujeres en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Identificación de temas que los Estados deben considerar en los procesos de implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas», 2018. Bourke Martignoni, J., y Umlas, E., Informe «Gender responsive due diligence for business actors human rights-based approaches», Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Geneva Academy), 2018.

[24] *Op. cit.* «Dimensiones de género de los Principios Rectores», para. 2.

bros han establecido puntos nacionales de contacto de conformidad con lo recomendado en las directrices de la OCDE y, muchos de ellos, han adoptado planes nacionales de derechos humanos, algunos de los cuales incluyen medidas desde la perspectiva de género. Ahora bien, la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad [25] que, en caso de aprobación, obligará a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a introducir normas nacionales vinculantes sobre diligencia debida, no incluye consideraciones específicas sobre los impactos de género y la discriminación interseccional [26].

En España en 2017 se aprobó el plan nacional sobre empresas y derechos humanos [27], en el que se contemplaba sucintamente la importancia de aplicar los Principios Rectores de manera no discriminatoria y se establecía el compromiso de desarrollar herramientas y guías de actuación dirigidas a las empresas sobre cómo abordar el riesgo de violencia sexual y violencia de género en situaciones de conflicto en aplicación del Principio Rector 7. No obstante, al momento de escribir estas líneas, el plan no ha sido ni evaluado [28], ni renovado [29].

Ahora bien, como aspecto positivo, se introdujo en el plan normativo y se abrió en febrero de 2022 un proceso de consulta pública sobre el Anteproyecto de Ley protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales [30]. Si bien la consulta pública previa hace referencia precisamente a las recomendaciones internacionales como la Agenda 2030 y las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos

---

[25] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, 23 de febrero de 2022, COM (2022) 72 final, 2022/0051 (COD). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52022PC0071&from=EN.

[26] Algunas coaliciones de organizaciones de derechos humanos han llamado la atención sobre esta cuestión. Ver carta enviada a la Unión Europea: «International Women Human Rights Defenders Day: Over 60 NGOs Urge EU to Ensure Gender-Responsive Due Diligence Law», 2021. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/OPEN-LETTER-Urgent-request-to-ensure-a-gender-responsive-SCGD.pdf.

[27] Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/14/pdfs/BOE-A-2017-10516.pdf.

[28] Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, Conmemorando (es un decir) el Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos (blog), 2 de octubre de 2018. Moltó, J. «Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes: Referencia al plan español», *Anuario Español de Derecho Internacional* núm. 34, 2018, pp. 729-51.

[29] Márquez Carrasco, C., Iglesias Márquez, D., y Domínguez Díaz. F., *El I Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos de España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

[30] Disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/220208_consulta_publica_definitiva.pdf.

Sociales y Culturales (Comité DESC) sobre la necesidad de mejorar el marco normativo aplicable a la materia en España [31], así como a los «obstáculos que impiden el adecuado ejercicio del derecho de las víctimas al acceso a la justicia ante los tribunales españoles, independientemente del lugar en el que se haya cometido la vulneración», no realiza ninguna diferenciación respecto a los distintos impactos y obstáculos para las mujeres y las niñas y cuáles serían las propuestas de solución a estos.

A la espera de conocer el contenido material de esta propuesta legislativa, en consonancia con el espíritu de la consulta pública, cualquier aproximación normativa integral a la materia deberá ser formulada desde un enfoque interseccional que garantice a las víctimas protección y posibilidad de reparación, yendo más allá de la dimensión de género y teniendo en cuenta que existen otros factores estructurales que interfieren en la discriminación de género, normalmente agravándola, como son la nacionalidad, raza, etnia, educación, religión o la situación socioeconómica, entre otros.

En ese sentido, deberá, además, estar alineada con otras normas ya vigentes que estén mínimamente conectadas, como la Ley 15/2022 referida más arriba, o de futuro desarrollo. Por ejemplo, con la propuesta de ley integral de trata de seres humanos [32]. La coordinación entre el contenido de ambas normas sería una oportunidad precisamente para abordar no solo qué significa la debida diligencia empresarial en las cadenas de suministro independientemente de dónde se haya cometido la vulneración –de manera similar a las leyes que operan en Reino Unido (*Modern Slavery Act 2015*) y Australia (*Modern Slavery Act 2018*)–, sino también a cómo regular la debida diligencia empresarial, incluido el acceso a formas de reparación, desde la perspectiva de género e interseccional siguiendo las recomendaciones de mecanismos internacionales expertos en la materia [33].

---

[31] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, 25 de abril de 2018, E/C.12/ESP/CO/6.

[32] Propuesta avanzada por el Ministerio de Justicia según fuentes del gobierno. Ver: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/290322-ley-contra-trata.aspx. El Ministerio de Igualdad también ha sometido a consulta pública esta propuesta de ley integral: https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/consultapublica/Paginas/2021/consulta-ley-integral-contra-la-trata.aspx.

[33] Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 6 de abril de 2020, A/HRC/44/45, para. 3 y 17. Informe del Relator Especial sobre formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, de 19 de julio de 2022, A/HRC/51/26, para. 45.

21.2.4 **Algunos ejemplos paradigmáticos sobre litigio estratégico y debida diligencia empresarial**

No existe una definición clara del concepto litigio estratégico, litigio de impacto o el litigio de interés público [34]. En la medida que el presente artículo se basa en la experiencia empírica de la autora a través del uso de esta herramienta como abogada de una organización experta en la materia, se utilizará como referencia la definición de Women's Link Worldwide para la cual el litigio estratégico es: «*that which not only aims to set progressive legal standards, but also shapes public opinion and bolsters social mobilization by actively creating opportunities for activists and civil society to organize and mobilize around a case. Through this process, legal victories enable the conditions for implementation. However, even without a legal victory, the conditions to solve the problem through other democratic avenues will improve, the movement will become stronger, and the public will be better informed*» [35]. En sentido similar, para Amnistía Internacional: «en el caso de los derechos humanos, el litigio es «estratégico» cuando está diseñado conscientemente para promover la aclaración, el respeto, la protección y la realización de los derechos. La idea es cambiar las leyes, políticas y prácticas, y obtener remedios o reparaciones tras violaciones de derechos humanos. El litigio estratégico también trata a menudo de concienciar a la población sobre una injusticia» [36].

La justificación de esta mínima aproximación al concepto de litigio estratégico se ampara en el entendimiento de que está siendo una herramienta fundamental para favorecer el avance en la concienciación de los impactos de las empresas en los derechos humanos, la necesidad de desarrollar normativa vinculante y que, en algunos casos, ha facilitado el acceso a mecanismos de reparación para las víctimas [37].

Sin ánimo de elaborar un listado exhaustivo de todos los litigios en curso, entre los casos más emblemáticos litigados en países del continente

---

[34] Pas, K., «Conceptualising Strategic Litigation». *Oñati Socio-Legal Series* 11, núm. 6, 2021, pp. 116-145.

[35] Roa., M. y Klugman. B., Women's Link Worldwide. Informe «Seeking Social Change in the Courts. Tools for Strategic Advocacy», 2018, p. 11.

[36] Definición extraída de la página web oficial de Amnistía Internacional.

[37] Bright, C., Pietropaoli, I., e Íñigo Álvarez, L., «Una mirada hacia los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de debida diligencia empresarial y cambio climático» en Zamora Cabot, F. Sales Pallarés J. L. y Marullo, M. C. *La lucha en clave judicial frente al cambio climático,* Aranzadi, 2022, pp. 71-92. Marx, A., Bright, C., y Wouters, J., «Access to legal remedy for victims of corporate human rights abuses in third countries», Estudio para el Parlamento Europeo, Sub-Comité de Derechos Humanos, 2019.

europeo lo constituyen los casos relativos a los vertidos de residuos en algunas regiones de África (como los casos de Shell en el delta del Níger) en el que, tras años de litigio recientemente han obtenido una sentencia favorable en los Países Bajos [38]. O los casos de Lafarge en Francia [39] o *Lungowe v. Vedanta* en Reino Unido [40].

Estos casos, litigados por organizaciones de derechos humanos que son referentes en el litigio estratégico en Europa –como *Sherpa* con sede en Francia, *Leigh Day* establecidos en Reino Unido y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) basados en Alemania–, han servido como una plataforma a nivel internacional para favorecer el debate sobre empresas y derechos humanos.

A diferencia de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, nuestros tribunales no se han visto hasta la fecha ni siquiera expuestos ante casos similares o al menos con esa relevancia pública sobre responsabilidad de multinacionales o empresas transnacionales por vulneraciones de derechos humanos cometidas fuera de España. Sí que se ha recurrido a mecanismos no judiciales, como son los puntos nacionales de contacto de la OCDE en dos casos con apenas impacto [41]. La ausencia de litigios de esta naturaleza ante los tribunales en España no significa que no existan ejemplos de empresas multinacionales españolas que no están siendo diligentes en la prevención de violaciones de derechos humanos en sus actividades en el extranjero. Muestra evidente de que esto no es así es, por ejemplo, el hecho de que Inditex esté siendo investigada en Francia por el supuesto uso de trabajo esclavo de

---

[38] Benoit. M., «The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation Milieudefensie v. Royal Dutch Shell District Court of The Hague (The Netherlands)», *Transnational Environmental Law*, 2022, pp. 1-12. Jacqueline, J., y Markey-Towler., R., «Recipe for Success?: Lessons for Strategic Climate Litigation from the Sharma, Neubauer, and Shell Cases», *German Law Journal* 22, núm. 8 2021, pp. 1484-98.

[39] Belhoste, N., «The Organization of Short-Sightedness: The Implications of Remaining in Conflict Zones. the Case of Lafarge during Syria's Civil War.» *Business & Society* 60, núm. 7, 2021, pp. 1573-1606.

Nota de prensa, ECCHR, 18 de mayo de 2022: https://www.ecchr.eu/en/press-release/charges-confirmed-against-lafarge-for-complicity-in-crimes-against-humanity-in-syria/.

[40] El Tribunal Supremo de Reino Unido a raíz del caso *Lungowe v. Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 20 reconoció que las empresas matrices pueden incurrir en responsabilidad por falta de debida diligencia en el control de las operaciones de sus subsidiarias si ejercen sobre las actividades de esta cierta supervisión. Para un análisis en profundidad de la decisión ver: Mccorquodale, R. (blog). «Vedanta v. Lungowe Symposium: Duty of care of Parent Companies», 18 de abril de 2019.

[41] Uno de los casos se inició por parte de Alianza por la Solidaridad frente a la mercantil Cobra (perteneciente al grupo ACS) por los supuestos daños al medioambiente y los impactos a los derechos de la población indígena por la construcción del proyecto hidroeléctrico llamado RENACE en Alta Verapaz, Guatemala. Más información sobre este caso puede ser consultada aquí: https://www.oecdwatch.org/complaint/alianza-por-la-solidaridad-v-grupo-acs-cobra/. El otro caso versaba la participación de empresas españolas en los territorios ocupados de Palestina que fue directamente rechazado. Ver: https://www.oecdwatch.org/complaint/comite-de-la-solidaridad-con-la-causa-arabe-v-construcciones-y-auxiliar-de-ferrocarriles-caf/.

población Uigur en China [42]; los recientes vertidos de Repsol en el Perú que han sido denunciados ante la Organización de Estados Americanos [43]; o los casos de Santa Cruz de Barillas en Guatemala y Buenaventura i el Quimbo en Colombia con involucración de empresas multinacionales con sede en España [44].

En ese escenario y, aunque en general hay pocos casos que podrían enmarcarse como litigios estratégicos ante los tribunales o mecanismos extrajudiciales sobre vulneraciones por parte de empresas enfocados en explorar en qué consiste un enfoque de género [45] e interseccional en el deber de debida diligencia empresarial, se destacan a continuación algunos asuntos por su relación con los casos que serán objeto de análisis.

El primero es el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil [46] sobre esclavitud y trata en contextos agrícolas y la responsabilidad del Estado por la conducta de empresas. En este procedimiento, litigado por la Comisión Pastoral de la Tierra y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –referente en el litigio estratégico ante el sistema interamericano–, la Sentencia de la Corte Interamericana subraya (párrafo 338): «el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas». En el caso

[42] EFE., «Francia investiga a Inditex y otras empresas textiles por el presunto trabajo forzado de la minoría uigur en China». *Público*, 2 de julio de 2021. Disponible en: https://www.publico.es/internacional/francia-investiga-inditex-y-otras-empresas-textiles-presunto-forzado-minoria-uigur-china.html.

[43] EFE., «Perú denuncia ante la OEA el daño ambiental causado por el vertido de petróleo de una refinería operada por Repsol», *El Mundo*, 3 de febrero de 2022. Disponible en: https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/medio-ambiente/2022/02/03/61fb92dcfc6c8319648b45eb.html.

[44] Sanz Domínguez, M., Informe: «Transnacionales vs. Dret de les dones» Investigació sobre els casos de Santa Cruz de Barrillas (Guatemala), Buenaventura i El Quimbo (Colòmbia) des d'una perspectiva feminista. CooperAcció, Barcelona, 2021.

[45] Con enfoque de género, destacamos los casos de la Corporación Miles litigados junto con Women's Link Worldwide sobre la existencia y distribución de píldoras anticonceptivas defectuosas con errores de composición en los centros de públicos de salud en el que se reclama la responsabilidad de las empresas farmacéuticas involucradas con sede en el extranjero y la responsabilidad del Estado chileno. Londoño. E., «Una falla en las píldoras anticonceptivas podría haber ocasionado decenas de embarazos en Chile». *NY Times,* 2 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.nytimes.com/es/2021/03/02/espanol/chile-pildoras-defectuosas.html. Como consecuencia de esta acción el gobierno chileno ha desarrollado una ley de específicamente destinada a responsabilizar directamente a los laboratorios. «Aprueban proyecto que responsabiliza a laboratorios por anticonceptivos defectuosos que causen embarazos no planificados». *El Mostrador*, 18 de julio de 2022. Disponible en: https://www.elmostrador.cl/braga/2022/07/18/aprueban-proyecto-que-responsabiliza-a-laboratorios-por-anticonceptivos-defectuosos-que-causen-embarazos-no-planificados/.

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. Excepciones Preeliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.

particular estas circunstancias se concretaban (párrafo 339): «en que algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización *(supra* párr. 41). Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños)». Se está reconociendo claramente la específica vulnerabilidad de las víctimas y la discriminación interseccional a la que se enfrentan.

De manera similar, aunque no idéntica, en el caso Chowdury y otros contra Grecia, litigado asimismo por una organización experta en litigio estratégico como es la *Open Society Justice Initiative*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó la especial vulnerabilidad de los demandantes, todos ellos trabajadores de temporada contratados para trabajar en explotaciones de fresas en Grecia, que fueron declarados víctimas de trata. En esta ocasión, el Tribunal reconoció que conforme al artículo 4 del Convenio Europeo de Derecho Humanos los Estados tienen la obligación de implementar las medidas regulatorias necesarias que aseguren que las empresas no utilizan a víctimas de trata o de trabajo forzoso [47].

Una vez abordado el plano teórico, a continuación se pretende profundizar, a través del estudio de casos concretos, en cómo el litigio estratégico con enfoque de género sirve de herramienta para visibilizar tanto los obstáculos en el acceso a la justicia para las mujeres trabajadoras temporeras de Huelva, como las posibilidades de cambio social más allá de los tribunales.

21.3 EL LITIGIO ESTRATÉGICO CON ENFOQUE DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA DE INCIDENCIA LEGAL PARA EL CAMBIO SOCIAL: EL EJEMPLO DE LAS TEMPORERAS DE HUELVA

Las trabajadoras migrantes se enfrentan a vulneraciones de derechos humanos antes de salir de sus países de origen, durante el tránsito y en su

[47] TEDH, *Chowdury and Others v. Greece*, núm. 21884/15, Sentencia 30 de marzo de 2017, para. 104. Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-172701.

país de destino [48], incluidas diferentes formas de violencia sexual [49] e incluso prostitución forzada [50], tanto por parte del Estado como de las empresas que las emplean. La Relatora Especial sobre la trata de personas en su informe de abril de 2022 sobre la trata de personas en el sector agrícola hace referencia a estos riesgos específicos y a la: «*escasa atención que prestan los tribunales y los fiscales a las intersecciones de la trata con fines de trabajo forzoso y la violencia sexual de que son objeto las mujeres, lo cual incluye la trata con fines de explotación sexual*» [51]. Este informe menciona igualmente cómo: «la discriminación, el estigma y los estereotipos nocivos limitan la aplicación y el cumplimiento de la legislación laboral y la identificación de las víctimas de la trata o de las personas expuestas al riesgo de trata, creando un clima de impunidad para los responsables de la trata y dejando a las víctimas sin asistencia ni protección» [52].

Como se explora en las siguientes líneas, los casos de las mujeres trabajadoras temporeras de Huelva son ejemplos paradigmáticos de todos estos indicadores.

21.3.1 Vulneración de los derechos humanos de las trabajadoras migrantes en el sector agrícola en España: los casos de Huelva desde una perspectiva comparada

Desde la firma del convenio bilateral entre España y Marruecos en 2001 [53] para la contratación en origen de mujeres marroquíes, esta práctica de migra-

[48] Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 3 de abril de 2014, A/HRC/26/35, párr. 40.

[49] Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de las personas migrantes sobre las prácticas de contratación, 11 de agosto de 2015, A/70/310, párrs. 26, 28 y 29.

[50] En su informe sobre la visita a España en 2013 de la Relatora sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racional, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, se hace especial alusión al viaje realizado a Almería, donde se comprobó la situación de particular vulnerabilidad de las mujeres migrantes que viven y trabajan en los invernaderos expuestas a violencia, incluyendo violencia sexual y prostitución. En este informe se refería a cómo esta situación era ilustrativa de una práctica sistemática en otras regiones con agricultura intensiva como Huelva. Informe sobre visita a España, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, párr. 39.

[51] Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, «Trata de personas en el sector agrícola: diligencia debida en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible», 25 de abril de 2022, A/HRC/50/33, párr. 8.

[52] *Ibidem*, párr. 33.

[53] Acuerdo sobre Mano de Obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, Madrid 25 julio de 2001. Disponible en: www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-17764.

ción circular ha sido objeto de análisis por múltiples actores desde la academia [54], hasta las organizaciones de derechos humanos [55] y organismos regionales [56] e internacionales [57].

En 2018, la realidad es que pasó a tener un mayor foco de atención como consecuencia de que distintos medios de comunicación extranjeros empezaron a publicar algunas de las historias sobre casos de explotación laboral y violencia sexual en Huelva [58].

A partir de ahí se han publicado múltiples noticias [59] y reportajes periodísticos [60], informes de investigación [61] y de las organizaciones que trabajan en la región [62], que evidencian que existe una situación de abuso sistemático de los derechos de las temporeras marroquíes en los campos de cultivo en Huelva. De acuerdo con los recursos analizados, se han identificado situaciones constitutivas de vulneraciones de los siguientes derechos (sin ánimo de calificación jurídica penal): el derecho a vivir libre de discriminación y violencia, incluido el derecho a vivir libre de violencia sexual; el derecho a vivir libre de explota-

---

[54] Reigada, A., «Las mujeres como protagonistas de las migraciones laborales. El caso de la agricultura industrial en España,» *Ra ximhai*, vol. 8, núm. 1, 2012. pp. 1.-6. Nieto, J. M. «Movilidad transnacional, trabajo y género: temporeras marroquíes en la agricultura onubense», *Política y sociedad*, vol. 49, núm. 1, 2012. pp. 123-140.

[55] FIDH., Informe «Importing Workers, Exporting Strawberries. Working Conditions on Strawberry Farms in the Huelva Province (Spain)», 2012.

[56] Palumbo. L., y Sciurba, A., Informe «The vulnerability of women migrant workers in agriculture in the EU: the need for a Human Rights and Gender based approach». Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 2018.

[57] Informe del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, párr. 39. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación sobre el derecho a la alimentación de los trabajadores agrícolas, 6 de julio de 2018, A/73/1641, párrs. 57 y 58.

[58] El principal detonante fue esta noticia: Müller, P., y Prandi. S. «Rape in the Fields», *Correctiv*, 30 de abril de 2018. Disponible en: https://correctiv.org/en/blog/2018/04/30/rape-in-the-fields.

[59] Babiker, S., «Mujeres en los asentamientos, cautivas en las afueras de todo derecho», *El Salto*, 23 de julio de 2021. Disponible en: https://www.elsaltodiario.com/migracion/mujeres-en-asentamientos-abandonadas-a-su-suerte; Vargas, J., «La cárcel de fresa de Fatima», *Público*, 12 de julio de 2020. Disponible en: https://www.publico.es/sociedad/temporeras-atrapadas-huelva-carcel-fresa-fatima.html; Kelly, A. y De Pablo, O., «Fresh abuse claims from women picking strawberries in Spain fo UK market». *The Guardian*, 29 de junio de 2019. Disponible en: https://www.theguardian.com/global-development/2019/jun/29/fresh-abuse-claims-from-women-picking-spain-strawberries.

[60] Rasmussen, S. B.; Pilgaard, R.; Mortensen, N. H., «Jordbærindustrien vil kun have yngre mødre: Små børn hjemme i Marokko skal sikre, at kvinderne rejser hjem igen», *Danwatch*, 9 de julio de 2021 (Investigación original en danés). Disponible en: https://danwatch.dk/undersoegelse/jordbaerindustrien-vil-kun-have-yngre-moedre-smaa-boern-hjemme-i-marokko-skal-sikre-at-kvinderne-rejser-hjem-igen/; Houmann Mortensen, N.; Prandi, S. «In Spain's strawberry fields, migrant women face sexual abuse», *Al Jazeera*, 10 de julio de 2021. Disponible en: https://www.aljazeera.com/news/2021/7/10/in-spains-strawberry-fields-migrant-women-face-sexual-abuse?fbclid=IwAR1-vaihWanzgoJTyk9eCKJUL0CfW9o4qfy2_wsggtnk6ttYnIkR8Zb0jAo

[61] Entre otros, Observatori de Dret's Humans i Empresas a la Mediterrània, «Desmontando la inmigración Ordenada: el trabajo de las temporeras de los frutos rojos», octubre de 2019.

[62] Jornaleras de Huelva en Lucha, «Informe campaña sindical 2021/2022», 29 de julio de 2022.

ción y otros abusos laborales; y el derecho a vivir en condiciones de vida y habitabilidad dignas y con acceso a servicios básicos como agua potable, saneamiento y a la asistencia sanitaria.

a. Selección discriminatoria y engaño en origen: limitaciones y riesgos en caso de denuncia

De acuerdo con la literatura existente y la oferta facilitada en origen a las mujeres que representa Women's Link Worldwide, el criterio de selección está basado en la edad y el estado familiar de las mujeres. La contratación es casi exclusiva de mujeres de entre 25 y 45 años, preferiblemente no casadas y con hijos menores a su cargo [63]. Además, el sistema se basa en una visión estereotipada sobre las mujeres y su forma de trabajar. La realidad es que las mujeres son seleccionadas, entre otros motivos, porque se las considera más dóciles, cuidadosas y con mayor capacidad de esfuerzo [64].

Estos criterios son una forma de discriminación interseccional de acuerdo con la definición más arriba explicada. Se imponen para garantizar el retorno a su país de origen al final de las campañas para cuidar de sus hijos pequeños y/o familias. Esta garantía de retorno se consolida con la firma de un documento de compromiso de retorno recogido en la normativa de aplicación [65] que asegura su posibilidad de optar a ser contratadas en las temporadas siguientes. Estos factores hacen que, una vez en España, en la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, sin conocimiento del idioma, aisladas en las fincas, en situación de dependencia absoluta de la empresa para continuar trabajando y garantizarse una vivienda, se vean expuestas a situaciones laborales abusivas y/o de violencia sexual que son muy difíciles de denunciar por miedo a perder el trabajo y los ingresos que necesitan para mantener a sus familias.

Además, las trabajadoras son informadas en su país de origen de unas condiciones laborales que, una vez en España, cambian radicalmente. Según las investigaciones realizadas y de acuerdo con la experiencia de las mujeres representadas por Women's Link Worldwide, las trabajadoras firman en origen un contrato del que no se les facilita copia –a pesar de lo preceptuado en el ar-

[63] Jiménez Sánchez, C., Doval Hernández, V., Zamora Gómez, C., «Los derechos humanos de las mujeres migrantes en Andalucía», Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad (WILPF), marzo 2021, p. 33.

[64] *Ibidem*., p. 34.

[65] Por ejemplo, en el artículo 4 de la Orden ISM/1289/2020 de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021, según el cual: «una vez finalizada la prestación laboral, deberán regresar a su país de forma inmediata y acreditar dicho retorno en tiempo y forma». Disponible ene. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17349

tículo 4.2 del acuerdo bilateral de aplicación [66]–. Se trata de un contrato temporal en el que se incluye una cláusula que garantiza que la persona contratada tendrá actividad continuada [67] durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar que, por lo general, se extiende desde enero o marzo hasta finales de julio. Las temporeras asumen que trabajarán hasta finales de julio de la campaña correspondiente y que cobrarán, por lo menos, el 75 % del tiempo de su contrato [68]. Cuando llegan a España firman otro contrato de distinta naturaleza generalmente con un periodo de prueba mayor del que se les comunica en origen, consistiendo esto en una contratación temporal encubierta [69].

En definitiva, lo que ocurre con los contratos firmados en origen es claramente ejemplificativo de que existe una ausencia manifiesta de información en Marruecos. Este incumplimiento determina que las trabajadoras desconocen plenamente sus derechos y las responsabilidades de los empleadores. Una vez que llegan a España de nuevo el desconocimiento de la lengua, el aislamiento en las fincas y unas condiciones laborales abusivas hacen que la mayoría de las trabajadoras migrantes desconozcan cuáles son los mecanismos de acceso a la justicia, lo cual acentúa su vulnerabilidad al dejarlas desamparas en la protección de sus derechos.

A lo anterior se añade que el sistema de ofertas nominativas hace que las empresas recontraten en las sucesivas campañas a las trabajadoras que ya estuvieron en la anterior. Esto implica que, aún en el caso de que las trabajadoras conocieran sus derechos y los mecanismos para hacerlos valer y denunciasen de manera efectiva cualquier vulneración de sus derechos, encontrarían un obstáculo: el riesgo de no ser contratadas en las campañas siguientes –lo cual les ocurrió a las mujeres a las que representa la autora de este artículo–. En cambio, las empresas que son denunciadas no se enfrentan a ningún impedimento para participar en la campaña de los años siguientes a esas denuncias.

Adicionalmente, en las comunidades de origen de las temporeras marroquíes, rurales y religiosas, cualquier conducta de naturaleza sexual fuera del ámbito familiar supone un rechazo de la comunidad, el entorno y la familia. Por estos motivos, entre otros, las mujeres no quieren denunciar.

---

[66] Iruarrizaga Ballesteros, L. (blog) «Los Derechos ignorados de las fresas marroquíes» *La Mar de Onub*a, 2021. Disponible en: https://revista.lamardeonuba.es/los-derechos-ignorados-de-las-freseras-marroquies/

[67] *Op. cit.,* WILPF., «Los Derechos Humanos de las mujeres migrantes temporeras en Andalucía», p. 48.

[68] Güell, B., Garcés-Mascareñas, B., «Agricultural seasonal workers in times of Covid-19 in Spain», Barcelona: CIDOB, 2020, p. 38.

[69] Filigrana García, P., Lalana Alonso, B., Martínez Moreno, C., Ramos Antuño, T., Informe de la Brigada feminista de observación «La Situación de las Jornaleras en los Campos de Fresa de Huelva», 2021, p. 17.

Desde el inicio de esta práctica de contratación en origen en Huelva, se ha podido constatar que cuando las trabajadoras son dadas de baja o despedidas antes de que finalice la temporada de recolección, quedan en una situación de riesgo que, en ocasiones, es aprovechada por las redes de trata de seres humanos [70]. Este riesgo se ejemplifica con el caso *Urofort* [71], el caso *Adelita* [72] o el caso *Yawari* iniciado en septiembre de 2020 sobre seis trabajadoras marroquíes, que después de trabajar como temporeras en Huelva, se desplazaron a Murcia buscando trabajo [73].

b. Condiciones laborales abusivas y acoso: acceso a la justicia en España

Las cuatro mujeres a las que representa Women's Link Worldwide denunciaron su situación ante la inspección de trabajo y los tribunales laborales, así como ante la policía y la guardia civil, fruto de lo cual se inició un procedimiento penal. En las diferentes acciones legales interpuestas se denunciaron: 1.º por un lado, los distintos episodios de acoso y abuso sexual sufridos por las denunciantes por parte del manijero de la finca; y, 2.º por otro lado, las condiciones de contratación y trabajo abusivas en la primera finca en la que fueron contratadas, así como el despido improcedente de la segunda finca −propiedad de la misma mercantil− donde fueron contratadas de nuevo después de haber denunciado.

A día de la fecha el proceso ante la inspección de trabajo está suspendido. No obstante, la inspección de trabajo elaboró un informe preliminar en el que se destaca la constatación de lo siguiente: 1.º falta de traducción de los contratos de trabajo al árabe; 2.º retribución salarial por debajo del convenio y la no retribución de horas extra; 3.º en materia de sanciones, se advierte que la empresa contravenía lo dispuesto en la normativa de aplicación por cuanto que en su regulación interna se establecía un régimen sancionador más gravoso que el permitido, imponiendo desproporcionadas sanciones vinculadas a la producti-

[70] Women's Link Worldwide., Informe «Los Derechos de las Mujeres Migrantes- Almería: la historia que nadie cuenta», 2011.

[71] Echevarría, P., «La operación Urofort contra la trata movilizó en Huelva a más de 300 guardias civiles, 20 traductores y efectivos de la Cruz Roja», *La mar de Onuba*. 2019, Disponible en: https://revista.lamardeonuba.es/la-operaci%C3%B3n-urofort-contra-la-trata-movilizo-en-huelva-a-mas-de-300-guardias-civiles-20-traductores-y-efectivos-de-la-cruz-roja/.

[72] Echevarría, P., «Operación Adelita: la Guardia Civil detiene a ocho personas y desmantela otra trama de explotación de trabajadores inmigrantes en Huelva, Segovia y Madrid», *La mar de Onuba*, 2019. Disponible en: https://revista.lamardeonuba.es/operacion-adelita-la-guardia-civil-detiene-a-ocho-personas-y-desmantela-otra-trama-de-explotacion-de-trabajadores-inmigrantes-en-huelva-segovia-y-madrid/.

[73] Vargas, J., «Operación Yawari»: «Si las temporeras no se acostaban con él, no trabajaban», *Público*, 29 de julio de 2020. Disponible en: https://www.publico.es/sociedad/agresiones-sexuales-temporeras-murcia-operacion-yawari-temporeras-no-acostaban-intermediario-no-trabajaban.html.

vidad; y 4.º por último, el cobro por los alojamientos facilitados por la empresa durante la campaña que, según la normativa de aplicación, han de ser gratuitos.

En cuanto al procedimiento ante la jurisdicción laboral, en este las demandantes reclamaban frente a la empresa: 1.º por un lado, el reconocimiento de la nulidad del despido del que habían sido objeto, al haberse producido vulnerando sus derechos fundamentales; y, 2.º por otro, también se denunciaba la situación de discriminación, acoso y abuso laboral al que habían estado sometidas durante toda su relación laboral con la empresa. En fecha de 24 de febrero de 2021, el Juzgado de lo Social de Huelva dictó sentencia desestimatoria de la demanda, reconociendo el despido de la segunda finca agrícola como procedente porque la temporada había terminado sin valorar el resto de las circunstancias concurrentes y vulneraciones denunciadas.

Por último, en el procedimiento penal se denunció la situación de acoso y abusos sexuales por parte del superior jerárquico de las trabajadoras en la primera finca en la que trabajaron, así como las condiciones laborales abusivas. El Juzgado de Instrucción consideró que las circunstancias laborales descritas en las declaraciones de las denunciantes, como el impago de salarios, jornadas de diez horas y malos tratos verbales y físicos, no eran constitutivas de delito. Además, afirmó que los hechos relacionados con las condiciones laborales no podían ser investigados en ese procedimiento porque existía un acuerdo entre España y Marruecos. Como si esto eximiera de la posibilidad de cometer vulneraciones que deberían ser consideradas delito de acuerdo con el artículo 311 del CP, cuanto menos, al no existir un delito autónomo de trabajo forzado.

Ahora bien, el proceso penal continuó en lo que a las conductas relativas a las vulneraciones a la libertad e indemnidad sexual se refiere y, en julio de 2020, se acordó la apertura de juicio oral frente al acusado y frente a la empresa como responsable civil subsidiaria por cuatro delitos de acoso sexual del artículo 184.1.º, 2.º y 3.º del CP, un delito de abuso sexual del artículo 181.1.º del CP en relación con los artículos 181.5 y 180.1.3.º y cuatro delitos contra la integridad moral previstos y penados en el artículo 173.1 del Código Penal. La petición de la responsabilidad civil subsidiaria de estos delitos se fundamentó en el hecho de que las infracciones ocurrieron en el lugar de trabajo, en horario laboral, por alguien ejerciendo sus funciones de gerente y aprovechándose de su cargo y jerarquía.

Por medio de Sentencia de fecha 25 de julio de 2022 el Juzgado de lo Penal absolvió al acusado por falta de prueba suficiente para acreditar los hechos objeto de acusación. La Sentencia –como ocurre en los casos en los que juzgan conductas de naturaleza sexual– analiza el testimonio de las víctimas y si se cumplen o no los requisitos de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación. En ese ejercicio, se produce una valora-

ción estereotipada sobre la falta de elementos objetivos de corroboración completamente innecesaria para el análisis de los hechos y que supone una muestra evidente de la falta de perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho por parte de los tribunales inferiores en línea opuesta a la práctica que viene siguiendo, por ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Por ejemplo, se cuestiona la credibilidad del testimonio de las denunciantes por la inexistencia de otras denuncias frente al mismo perpetrador en la finca llegando a afirmar que «a pesar del supuesto *modus operandi* del acusado ninguna trabajadora de las que permaneció en la empresa le denunció ni esa temporada ni en temporadas anteriores» y que «(l)lama la atención que, tras conocer la existencia de esa causa ninguna otra trabajadora de la misma empresa ni de la misma finca en los seis últimos años durante los cuales el acusado desarrolló sus funciones le denunciara por hechos similares y aprovechare la existencia de esta causa para contar algún comportamiento similar y ello a pesar del numeroso contingente de mujeres que trabajaban en dicha finca».

Aunque la Sentencia es absolutoria, en la misma se aborda en detalle la solicitud de la acusación particular de responsabilidad civil subsidiaria de la empresa en caso de condena para concluir que procede la condena en costas sobre la base de que «(se) ha hecho una utilización indebida y abusiva del proceso penal para el ejercicio de unas pretensiones económicas carentes de cualquier transcendencia criminal, faltando al respecto de la última ratio como principio fundamental del derecho penal».

El fundamento de dicha condena en costas se apoya en que no era ajustado a Derecho solicitar la responsabilidad civil subsidiaria en la medida en que «(e)l acusado, entre cuyas obligaciones podía estar el control de los trabajadores/trabajadoras, lleva a cabo unos supuestos delitos contra la libertad sexual, comportamiento totalmente ajeno al contenido de su relación laboral con la entidad mercantil (…). No puede en consecuencia afirmarse que los presuntos delitos que se atribuían al acusado en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y Acusación Particular guardasen relación alguna, al margen de las referidas coincidencias meramente de tiempo y lugar, con el «desempeño de sus obligaciones y servicios, con respecto a la relación laboral que le vinculaba con la citada empresa».

Esta aproximación es ciertamente contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en los últimos años, camina hacia una suerte de responsabilidad objetiva e interpretación amplia de los requisitos de la responsabilidad civil subsidiaria para procurar la debida protección de las víctimas (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2017, número 252/2017, recurso 1382/2016, ECLI: ES: TS:2017:1776 y la Sentencia de 28 de noviembre

de 2014 número 830/2014, recurso 1005/2014, ECLI: ES: TS: 2014:5203). La responsabilidad civil derivada de delito en casos en los que no se contempla la responsabilidad de la persona jurídica es la única alternativa para las víctimas frente a la impunidad de la falta de debida diligencia empresarial. La Sentencia ignora que, en los casos en los que se interesa la responsabilidad civil derivada de delito, no solo en conductas contra la libertad sexual y/o acoso laboral, obviamente siempre se produce una extralimitación de las funciones propias pues el ejercicio normal de las obligaciones laborales nunca incluirá la realización de acciones delictivas.

De cualquier modo, esta decisión ejemplifica las dificultades de acceso a la justicia de las mujeres temporeras y la ausencia de una interpretación con enfoque de género tomando en consideración las circunstancias concurrentes de las denunciantes y la situación de desamparo estructural y sistemática de las víctimas. Desafortunadamente, este no es el único caso ni en Huelva [74] ni en otras regiones de España [75] sobre mujeres temporeras y actos contra la libertad sexual, pero la falta de denuncia por parte de otras mujeres contra una misma persona no puede ser un criterio negativo de valoración del testimonio de las denunciantes.

c. La responsabilidad del estado y de las empresas de toda la cadena de suministro: el impacto del litigio estratégico

Como parte de la estrategia de litigio vinculada a los casos litigados en España y aprovechando la visita a Huelva en enero de 2020 del Relator de extrema pobreza de Naciones Unidas [76], en junio de 2020, Women's Link Worldwide y varias otras organizaciones presentaron una comunicación urgente [77] ante varios expertos y grupos independientes de las Naciones Unidas –procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos [78]–, inclui-

[74] Alami, A., «Workers in Spain strawberry fields speak out on abuse». *New York Time*s, 20 de julio de 2019. Disponible en: https://www.nytimes.com/2019/07/20/world/europe/spain-strawberry-fields-abuse.html.

[75] Valdés, I., «Un hombre que violó a una jornalera se libra de la cárcel por 6000 euros, las costas y un curso de educación sexual», *El País*, 3 de agosto de 2020. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-08-03/una-violacion-a-cambio-de-6000-euros-las-costas-y-un-curso-de-educacion-sexual-en-murcia.html.

[76] Declaración de Philip Alston, Relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, sobre su visita a España, 27 de enero-7 de febrero de 2020, Madrid, 7 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/statements/2020/02/statement-professor-philip-alston-united-nations-special-rapporteur-extreme?LangID=S&NewsID=25524.

[77] Las respuestas de los Estados español y marroquí y las empresas a las que se solicitó información están disponibles en el sitio web de las comunicaciones ante los mecanismos especiales con las referencias: AL OTH 36/2020, OTH 48/2020, OTH 49/2020, ESP 1/ 2020, ESP 2/2020 y MAR 1/2020: https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Mandates?m=21.

[78] Para más información sobre el mandato de estos mecanismos, véase: https://www.ohchr.org/es/special-procedures-human-rights-council.

da la Relatoría de extrema pobreza y el Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y empresas.

En esa comunicación, además de exponer la situación concreta de las cuatro trabajadoras representadas por Women's Link Worldwide explicada en el anterior apartado, se advertía de los riesgos que planteaba la pandemia de la COVID-19 para los derechos de las personas migrantes empleadas en la recogida de fresas y otros frutos rojos en Huelva. En respuesta a esta comunicación, los expertos independientes se pronunciaron sobre esta situación en un comunicado oficial [79]. Pero, además, enviaron solicitudes de información sobre los casos denunciados ante los tribunales y la situación en general a los estados español y marroquí, a la empresa española denunciada y a una de las empresas distribuidoras con sede en Reino Unido preguntándoles, entre otras cuestiones, sobre las medidas implementadas por parte de cada uno de los actores involucrados para el cumplimiento con los Principios Rectores.

Como consecuencia de estas comunicaciones, se puede comprobar cómo la distribuidora con sede en Reino Unido llevó a cabo una auditoría en Huelva y la empresa demandada reformó algunas de sus normas de funcionamiento, incluyendo todo un nuevo paquete de prácticas y políticas internas basadas en los Principios Rectores. En sentido similar, el Estado español en su contestación se compromete, entre otras cuestiones, a desarrollar acciones y campañas de sensibilización y formación sobre los Principios Rectores y acerca de cómo evitar las prácticas discriminatorias en las empresas públicas y privadas por razón de género, edad, origen étnico, raza, religión, discapacidad, afiliación política o sindical, orientación sexual, nacionalidad, estado civil, origen socioeconómico o cualquier otra distinción personal (discriminación interseccional). Asimismo, el gobierno se compromete en este documento a colaborar con las organizaciones de la sociedad civil en la difusión de los mecanismos de reparación existentes a disposición de las víctimas de abusos de derechos humanos causados por la actividad de las empresas.

Como se expone a continuación, el impacto de esta estrategia legal para promover la causa de las temporeras de Huelva a nivel internacional en conjunto con los procedimientos judiciales iniciados a nivel nacional y las comunicaciones públicas, investigaciones, campañas sociales y otras múltiples iniciativas de las distintas organizaciones involucradas han favorecido que,

[79] Comunicados de prensa: «España: Pasarse la pelota en el tema de los trabajadores migrantes víctimas de explotación debe terminar» 26 de junio de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx ?Noticias=26007&LangID=E. «Sus vidas corren peligro a menos que las condiciones de los trabajadores migrantes estacionales de España mejoren rápidamente», 24 de julio de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26122&LangID=E.

aunque la respuesta judicial en España haya sido desfavorable para los intereses de las mujeres representadas por Women's Link Worldwide, se haya generado un debate público que ha contribuido a que se produzcan ciertos cambios tanto por parte de las empresas involucradas en el sector agrícola en Huelva, como por parte del Estado español más allá de estos casos.

Varios cambios son ilustrativos de estos impactos.

— Por ejemplo, a nivel normativo, en 2020 justo después de los reportajes y las denuncias sobre acoso sexual de las campañas de 2018/2019 entró en vigor un nuevo convenio que incluyó por primera vez un protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso sexual y por razón de género (art. 36) [80].

— Como mecanismos de investigación, en mayo de 2020, el Ministerio de Trabajo impulsó una campaña intensiva a nivel nacional de inspecciones en explotaciones agrícolas en la que se identificaron casos de trata con fines de explotación laboral y delitos contra los derechos de los trabajadores [81]. Además, el Defensor del Pueblo habría iniciado una investigación de oficio sobre la situación de los temporeros y las temporeras en Huelva abierta con el Ministerio de Trabajo que por el momento sigue abierta [82].

— En términos del deber de protección y prevención por parte de las empresas que participan en el sector, una clara muestra de impacto es que la cadena alemana de supermercados Lidl, una de las mayores compradoras de frutos rojos procedentes de Huelva, anunció un plan de acción para exigir a sus proveedores que respetaran los derechos humanos de las trabajadoras después de llevar a cabo una evaluación sobre el terreno para analizar si se producían las vulneraciones de derechos denunciadas en las distintas investigaciones realizadas [83]. Otras empresas internacionales hicieron también investigaciones

[80] Convenio Colectivo de trabajadores del campo en la provincia de Huelva. Disponible en: https://www.convenioscolectivos.net/trabajadores-del-campo-de-la-provincia-de-huelva/.

[81] En conexión con esto y contestación a la solicitud de las relatorías especiales de Naciones Unidas el Estado español hace un listado (pp. 21 a 24) de los casos registrados por la Guardia Civil en 2020 indiciarios de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y otros delitos contra los derechos de los trabajadores. Disponible aquí: https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadFile?gId=35820.

[82] Defensor del Pueblo. Informe anual 2011. Volumen I. Informe de gestión. 2020. En dicho informe se hace constar que el objeto de la investigación número 18010037 es (páginas 274 y siguientes): «conocer los mecanismos existentes para la supervisión de las condiciones de contratación en origen y las condiciones en las que desarrollan su trabajo las trabajadoras temporeras marroquíes de la campaña de la fresa en la provincia de Huelva». Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/I_Informe_gestion_2019.pdf.

[83] Para más información sobre el análisis de riesgos y las acciones adoptadas por LIDL ver: https://corporate.lidl.co.uk/sustainability/human-rights/hria/hria/spanish-berry.

propias como consecuencia de las cuales dejaron de comercializar productos procedentes de Huelva [84].

— Por último, a nivel nacional, en Huelva la Patronal Interfresa desarrolló el Plan de Responsabilidad Ética, Laboral y Social [85] que introdujo, entre otras medidas, la figura del consultor de integración con la función de asesorar y apoyar a las personas trabajadoras –principalmente jornaleras– para resolver potenciales conflictos que surjan en el ámbito laboral.

Estos pequeños avances por si solos son insuficientes, pero reflejan las posibilidades de cambio social a través del litigio estratégico y la necesidad de involucrar en ese cambio a todos los actores involucrados, tanto estados como empresas, incluidas las que participan en la cadena de suministro. Es fundamental que las empresas del sector agrícola en Huelva sean conscientes de su deber de velar por el bienestar de sus trabajadores y trabajadoras y establezcan mecanismos que analicen el impacto de género de sus actividades.

Además, es fundamental que, una vez que las empresas pongan en práctica estas iniciativas, se acompañen de mecanismos de prevención, control, investigación y sanción por parte del Estado. Para ello, España necesita reforzar el marco legal aplicable desarrollando obligaciones de diligencia debida para las empresas y definiendo la consiguiente responsabilidad legal de las mismas cuando no la lleven a cabo, más allá de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En ese sentido, el acceso a recursos efectivos de reparación o indemnización es un componente clave para evitar la impunidad corporativa y la manera en que esta problemática se aborde no puede ser ajena a las formas de discriminación interseccional y la falta de perspectiva de género en el acceso a la justicia.

21.4 REFLEXIONES FINALES

A partir de los Principios Rectores, el derecho internacional de los derechos humanos y los estándares de *soft law* han sido y son una herramienta clave para interpretar la debida diligencia empresarial. A pesar de los avances normativos en la materia, sigue prevaleciendo la impunidad corporativa y la

[84] Hernández Solana, M. «Un grupo de supermercados danés deja de comprar fresas de Huelva por no respetar los derechos de las temporeras». *The Objective*, 19 de marzo de 2022. Disponible en: https://theobjective.com/economia/2022-03-19/fresas-huelva-dinamarca/.

[85] Interfresa., «Plan de Responsabilidad Ética, Laboral y Social de Interfresa (PRELSI)», Interprofesional de la Fresa Andaluza, julio 2017, pp. 8 a 14. Disponible en: https://www.interfresa.com/wp-content/uploads/2019/12/PRELSI.pdf.

falta de acceso a la justicia para las víctimas en casos de violaciones de los derechos humanos por parte de empresas.

A través de este artículo se ha podido constatar cómo los mecanismos que interpretan el derecho internacional de los derechos humanos, como son los expertos y expertas independientes de Naciones Unidas, además de favorecer los avances en la configuración teórica y práctica de las obligaciones de los estados y las empresas, son un recurso efectivo y eficiente para las víctimas de vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas. Precisamente por la aproximación a este fenómeno de algunos de estos mecanismos desde un enfoque interseccional y de género, estos estándares son utilizados por las organizaciones de derechos humanos impulsando su aplicación a nivel nacional, entre otras formas, a través del litigio estratégico.

Los casos de las temporeras de Huelva objeto de estudio en este artículo son una muestra clara de esta práctica. Aunque los resultados en instancias judiciales inferiores en España ejemplifiquen cómo los procesos judiciales son discriminatorios, los cambios normativos, los controles en la cadena de suministros por parte de empresa y supermercados extranjeros, los compromisos empresariales e institucionales y pronunciamientos por parte de organismos internacionales expuestos, demuestran los impactos que tienen o pueden tener los litigios estratégicos. Las acciones legales junto con las múltiples y varias estrategias de incidencia desarrolladas por la sociedad civil, han servido como plataforma para visibilizar los impactos diferenciados en los derechos de las mujeres, así como las formas de discriminación interseccional, pero también han sido un medio para impulsar las reformas de algunas de las normas sectoriales y políticas empresariales aplicables, así como para, cuanto menos, favorecer compromisos institucionales y empresariales de investigación y prevención de la vulneración de derechos humanos en Huelva por parte de distintos actores involucrados.

En último lugar, la realidad de las temporeras de Huelva explicados en este artículo trasciende del caso concreto y ejemplifica cómo las mujeres se enfrentan a efectos adversos de las actividades empresariales de manera específica a su género; o cómo debido a formas interseccionales de discriminación diferentes mujeres pueden verse afectadas de diferente manera por las actividades empresariales a causa de la clase, la raza o la situación migratoria en la que se encuentra. Además, estos litigios visibilizan los obstáculos adicionales a los que se exponen las mujeres cuando intentan acceder a los tribunales. En estos casos, los mismos factores de discriminación, dependencia y desigualdad que explican la existencia de vulneraciones en el sector, explican la dificultad de acceder a la justicia.

Por todo ello, estos casos reflejan la necesidad de reforzar la perspectiva de género en cualquier iniciativa sobre empresas y derechos humanos, independientemente de su naturaleza, de manera que informe todas las etapas de debida diligencia empresarial. Así, cualquier medida de evaluación, mitigación, seguimiento y reparación del daño que se adopte en respuesta a esta problemática debe ser analizada desde el enfoque de género y teniendo en cuenta formas de discriminación interseccional.

22. ALGUNOS RETOS PARA EL DESARROLLO DE UNA JUSTICIA RESTAURATIVA EMPRESARIAL

RAÚL CALVO SOLER [*]
Universidad de Buenos Aires

En el presente artículo pretendo identificar algunos de los retos que en estos momentos se avizoran en el horizonte para lograr un desarrollo amplio y completo de una Justicia Restaurativa Empresarial. Ahora bien, el análisis de este planteamiento lo voy a efectuar desde dos perspectivas: desde el foco en la lógica del discurso de la justicia (¿qué planteamiento se han de encarar desde el derecho y la justicia para configurar una Justicia Restaurativa Empresarial?) y desde el discurso del restaurativismo (¿qué retos debe encarar el discurso restaurativo para poder respaldar y avalar una Justicia Restaurativa Empresarial?)

Para ordenar esta presentación dividiré el artículo en tres partes. Comenzaré planteando una conceptualización de lo que entiendo por Justicia Restaurativa Empresarial. De hecho, este es, en sí mismo, un primer reto ya que la caracterización de aquello que ha de ser entendido bajo este concepto no es sencilla. Después analizaré, a partir de un conjunto de ámbitos amplios, algunos de los retos que considero se van a plantear en relación con este modelo jurídico de respuesta. Me interesa presentar como retos tanto consideraciones de tipo conceptual-filosófico como aspectos más pragmáticos de implementación. En todo caso, creo que no hay que perder de vista nunca que un problema pragmático puede requerir una revisión de los conceptos y una mala conceptualización tiende a generar enormes inconvenientes en la puesta en práctica

[*] Universidad de Buenos Aires, Argentina.

de los sistemas. En la última parte del artículo consideraré algunas conclusiones que surgen de la toma de conciencia de estos retos.

Creo que una buena estrategia para facilitar la comprensión de lo que aquí pretendo defender es poder trabajar estos retos en relación a un caso en particular. Pienso que esta ejemplificación va a servir para comprender las dificultades en toda su extensión.

22.1 CONCEPTUALIZACIÓN

Para presentar una noción de Justicia Restaurativa Empresarial dividiré mi propuesta en cuatro puntos; restaurativismo, sistemas o modelos restaurativos, Justicia Restaurativa y Justicia Restaurativa Empresarial.

— Restaurativismo.

Un primer aspecto general a tener en cuenta en la conceptualización de una Justicia Restaurativa Empresarial es el punto de partida del discurso restaurativo. Ya he señalado en diferentes trabajos que todo planteamiento acerca de la conceptualización de lo que significa el restaurativismo que sea presentada de manera limitada al discurso jurídico no nos permite comprender en profundidad el planteamiento de esta caracterización. Hablar de restaurativismo es hablar, en primer lugar, de una manera de entender las relaciones humanas; una manera de entender cómo pueden y deben relacionarse las personas. Esto, a su vez, presupone dos grandes ideas: una defensa de un positivismo antropológico y una puesta en valor de las habilidades de los individuos. El restaurativismo pone en cuestión aquellas conceptualizaciones que, como por ejemplo la teoría hobbesiana, parten de una caracterización del hombre en términos de agresor o destructor («*homo homini lupus*»). En la misma línea, frente a los discursos que caracterizan a los sujetos como incompetentes en la construcción de relaciones de ganancia conjunta, el restaurativismo sostiene que las personas pueden desarrollar relaciones positivas o, al menos, están en condiciones de aprender a hacerlo. Este punto de partida es determinante para comprender cómo y por qué este modelo propone que han de desarrollarse los procesos en este espacio. Sin este punto de partida, el discurso de la Justicia Restaurativa acabaría siendo básicamente un mero brindis al sol.

Esta perspectiva tiene dos aspectos a tener en cuenta. Por un lado, las personas pueden crear y desarrollar relaciones desde una lógica cooperativa y colaborativa. Y, por el otro lado, allí donde surjan relaciones de tipo conflictivo éstas también pueden interactuar de una manera positiva que implique la bús-

queda de ganancias conjuntas. Esto supone, por ejemplo, que es posible conceptualizar una perspectiva restaurativa en el ámbito empresarial tanto en un contexto de relaciones cooperativas entre empresas y clientes como en los ámbitos donde las dinámicas son puramente competitivas y conflictivas. En lo que sigue me voy a centrar en el impacto del discurso restaurativo en la lógica de las relaciones conflictivas. La razón principal es que en última instancia el correlato natural de una Justicia, en general, y de una Justicia Restaurativa, en particular, está fuertemente vinculado con la idea de resolver conflictos.

— Sistemas o modelos restaurativos.

Un segundo aspecto general a tener en cuenta en la conceptualización de una Justicia Restaurativa Empresarial es que la noción de sistema o modelo restaurativo puede ser presentada fundamentalmente de tres maneras: como un sistema de valores, como un tipo específico de proceso o como una producción de un resultado.

Según la primera acepción un modelo de construcción de las relaciones entre personas y/o instituciones es restaurativo sí, y solo sí, es coherente con un conjunto de valores. Entre estos hay que señalar conceptos como los de empatía, protagonismo, reconocimiento o responsabilización, entre otros. Por ejemplo, una empresa que se vincula con sus clientes desde una lógica de imposición de respuestas sin ningún tipo de empatía no estaría constituyendo una relación restaurativa empresarial.

Conforme a la segunda acepción un sistema es restaurativo en la medida en que busque la resolución de los conflictos a través de cierto tipo de procesos con determinadas características. Conceptos como cooperación, colaboración, auto-composición o no imposición son, entre otros, principios que definen a un proceso como restaurativo e informan la preparación, implementación y seguimiento de estos. Por ejemplo, una empresa que genera espacios para que los trabajadores puedan expresar sus conflictos y así ser parte de la construcción de la cultura empresarial estaría creando relaciones restaurativas internas.

La última de las acepciones caracteriza a la propuesta restaurativa en relación al modo en que ésta defiende que hay que superar las situaciones conflictivas, esto es, un sistema es restaurativo si busca resolver los conflictos desde una lógica composicional o basada en los acuerdos. Por supuesto, la lógica restaurativa no asume cualquier tipo de acuerdo sino que establece algunas características como exigibles. No me extenderé aquí sobre esta cuestión. Por ejemplo, una empresa responde a este planteamiento si busca desarrollar espacios de diálogo y composición para resolver los conflictos con otras

empresas antes que acudir a sistemas más adjudicativos como puede ser directamente el proceso judicial.

— Justicia Restaurativa.

El tercer aspecto general que me interesa señalar es el referido al impacto del discurso restaurativo sobre la idea y los modelos de justicia. En mi opinión, hablar de una Justicia Restaurativa es pensar en un marco jurídico general, no solo referido al ámbito Penal, en donde se aplican los valores y principios que defiende el discurso restaurativo.

La influencia del discurso restaurativo en un sistema jurídico-judicial puede observarse, al menos, en tres espacios. En primer lugar, en la construcción de instituciones jurídicas que responden a los valores del restaurativismo, por ejemplo, el diseño de concursos preventivos (suspensión de pagos) en donde la referencia del sistema no es dirimir la culpabilidad de lo sucedido sino encontrar, de manera dialogada entre acreedores y deudores, posibles vías de solución evitando la quiebra (daño antes que culpa). En segundo lugar, esta influencia puede observarse en la modificación del sistema procesal judicial para que sea posible la incorporación de dinámicas e instituciones restaurativas. Por ejemplo, la incorporación de instituciones como la *probation* (suspensión a prueba) o el desarrollo de espacios dentro del proceso judicial que conmine a las partes a lograr pactos y no esperar el dictado de la sentencia (protagonismo antes que imposición). Y, en tercer lugar, la posibilidad de crear procesos restaurativos paralelos al juicio. Estos pueden darse de manera simultánea (el juicio y el proceso restaurativo son independientes entre sí) alternativa (se elige entre un proceso u otro) o complementaria (en cada proceso se consideran cuestiones diversas) se trabaja a partir de la lógica puramente restaurativa. En cada uno de estos modelos los procesos pueden desarrollarse de manera independiente (cada uno sigue su propia lógica) o de manera en que se retro-alimentan (lo que ocurra en uno condiciona al otro y viceversa).

— Justicia Restaurativa Empresarial.

En base a los tres apartados anteriores es fácil ver que las relaciones entre empresa, justicia y restaurativismo pueden tener un mayor o menor grado de amplitud según el ámbito y criterios de los que se parta. Por ejemplo, si tomamos como referencia la noción empresa, es posible pensar un discurso restaurativo relacionado con la empresa y ajeno a la justicia (Una cultura empresarial restaurativa). También es posible pensar un discurso jurídico restaurativo en

relación a personas jurídicas con lo que se va más allá del discurso de la empresa (La responsabilidad de las personas jurídicas). Incluso es posible pensar un discurso de la justicia restaurativa empresarial limitado a aspectos relacionados con el incumplimiento normativo por parte de una de ésta institución (Delincuencia de cuello blanco).

En lo que sigue voy a poner el foco, para dar cuenta de los retos que plantea una Justicia Restaurativa Empresarial, en una relación empresarial conflictiva que es considerada por el derecho en tanto que un incumplimiento normativo y que genera daños a otras personas o instituciones de forma tal que es posible identificar la concurrencia de víctimas. La delimitación de este espacio plantea diferentes aspectos que cabe precisar.

En primer lugar, me interesa el ámbito del conflicto, esto es, una relación entre dos o más personas (físicas/jurídicas) cada una de las cuales entiende que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles con los del otro pero que se necesitan mutuamente para obtener lo que cada uno de ellos pretende. (Calvo Soler, 2014)

En segundo lugar, ese conflicto se presenta en un ámbito empresarial. Aquí es posible pensar un discurso de conflictividad empresarial a partir de, al menos, tres características no excluyentes: (a) un conflicto es empresarial si, al menos, uno de los sujetos es una empresa, (b) un conflicto es empresarial si la interacción entre los sujetos, más allá de la caracterización de estos, responde a una lógica de trabajo para la producción y/o la venta de bienes en un mercado y (c) un conflicto es empresarial si los intereses y objetivos de las sujetos participantes responden a una lógica de ganancias y pérdidas en el marco de una interacción puramente competitiva dentro de un mercado. La Justicia Restaurativa Empresarial de cuyos retos me ocuparé en este trabajo está vinculada a una relación empresarial en el sentido de la participación de, al menos, una institución que responde a la noción de empresa, en el marco de su propia práctica empresarial y en relación a la cual se genera un daño en los otros sujetos participantes de ese conflicto. Esta práctica dañina puede o no ser la expresión de una maximización de las ganancias o exacerbación de la competitividad. Lo importante es que éste se produce en el marco de la actividad definitoria de la empresa (por ejemplo, la explotación minera) o directamente vinculado con ella (por ejemplo, actividad de corrupción para lograr ganar la licitación para la explotación minera).

Y, en tercer lugar, la acción específica o conjunto de acciones específicas que en el marco de la práctica empresarial provocan el daño pueden ser caracterizados, al menos de manera tentativa, como una acción ilícita, esto es, como un incumplimiento normativo. Esto supone, más allá de cuestiones puramente

jurídicas, como la presunción de inocencia, que existe una referencia normativa en relación a ese comportamiento y la posibilidad o la pretensión de judicializar la respuesta a los damnificados para resolver ese conflicto.

Para poder caracterizar en la práctica los diferentes retos partiré de un caso. Mi intención no es hacer un desarrollo pormenorizado de éste, sino más bien usar ciertas referencias a él para mostrar dónde se encontraban los retos señalados y las dificultades que planteó su superación.

22.2 EL CASO

El dique de la minera Samarco se rompió y un mar de residuos tóxicos, concretamente 44 millones de metros cúbicos –el equivalente del contenido de agua de 17.600 piscinas olímpicas– acabó con la vida de 19 personas, la historia de 300 familias, y con el 80 % del ecosistema de la quinta mayor cuenca hidrográfica de Brasil. No sonó la sirena como debería hacer en estos casos. Tampoco se atendieron las advertencias de la Secretaría de Medio Ambiente sobre la fragilidad del dique que contenía los residuos tóxicos de la minera. Trabajaban sin haber obtenido la renovación de la licencia ambiental y no disponían de un plan de contingencia y de prevención de riesgos actualizado. Así fue como el 5 de noviembre de 2015 se cumplieron todos los pronósticos.

El tsunami de barro pilló desprevenido al pueblo de Bento Rodrigues (interior de Minas Gerais) que en cuestión de horas quedó sepultado. Dos días después las ciudades de Paracatú y Gesteira correrían la misma suerte y miles de habitantes de las comunidades de pescadores de la región vieron cómo su forma de vida, la única que conocían, desaparecía. En una semana el barro recorrió 655 kilómetros a través del río Doce hasta llegar al océano Atlántico, a la altura del estado de Espíritu Santo, al norte de Río de Janeiro.

El desastre medioambiental no ha puesto en cuestión el modelo de crecimiento de la región. El alcalde de Mariana reconoció en una entrevista que el pueblo necesitaba «recuperar la industria minera cuanto antes». Ni Samarco, ni Vale, ni Bhp Billiton han ofrecido a día de hoy una explicación clara sobre lo sucedido. Pero, al poco tiempo del colapso presentaron una petición en la Secretaría de Estado de Medio Ambiente de Minas Gerais para obtener un tipo de licencia operativa que les permita retomar algunas de sus actividades.

Dos años después del accidente de Samarco, muchas de las víctimas seguían sin recibir las ayudas prometidas, tampoco pudieron volver a su tierra, ni recuperar sus vidas. Sin embargo, las mineras brasileñas y extranjeras tuvieron mejor suerte con los tres decretos firmados por el Ejecutivo de Temer para li-

berar terrenos destinados a la extracción minera en reservas ecológicas y áreas indígenas. Sobre los habitantes de Bento Rodrigues, Paracatú y Gesteira, el presidente brasileño no se pronunció.

Con esta magnitud del desastre, se iniciaron diversas acciones en el ámbito judicial en busca de la reparación de los daños provocados y la responsabilización de las empresas implicadas. Tanto en el ámbito administrativo, civil y penal se iniciaron acciones (demandas y denuncias) para encontrar respuestas a los diferentes conflictos surgidos a partir del colapso de la represa.

Ahora bien, todas las acciones que se iniciaron jurídicamente generaron una gran cantidad de inconvenientes. Los más destacados fueron los siguientes:

Administrativo: En el ámbito administrativo se produjo el procesamiento de las empresas y la suspensión de sus actividades en la zona. Pero las multas impuestas a la empresa no lograron resolver el problema de la reducción de los puestos de trabajo en la zona por la paralización de las obras. Todo esto llevó, con el tiempo, a que los trabajadores solicitasen la vuelta de la empresa.

Penal: Se generaron acciones penales contra los responsables por crímenes contra el medio ambiente entre los cuales se destacaron delitos contra la fauna, la flora y crímenes por polución. Samarco y Vale también fueron acusadas por delitos contra la administración medioambiental. Sin embargo, el proceso fue suspendido 4 de julio del 2017, a petición de los responsables de la empresa, alegando la ilicitud del modo en que se obtuvieron las escuchas telefónicas que servían como pruebas en el proceso. Hasta 2021, el juicio penal siguió en la fase de instrucción.

Civil: La mayor concentración de acciones en el caso Samarco se desarrollaron en el ámbito civil en busca de lograr la reparación por los daños ocasionados. Ahora bien, también en este punto se generaron problemas importantes entre los que destacan los planteos vinculados a quiénes eran los Tribunales competentes, la participación de 22 acciones generadas por ONG, el tema de la identificación de quiénes eran realmente víctimas, el establecimiento de los daños y el tema de su constante cambio. Todo ello llevó a un proceso extremadamente complejo, lento y de difícil previsión en el resultado.

En un intento por avanzar hacia la pronta indemnización las autoridades negociaron y firmaron algunos acuerdos con las empresas. Sin embargo, pronto se generaron conflictos entre los estados provinciales, estados nacionales y el Ministerio Público Federal por los pactos firmados con las empresas. Básicamente, el argumento esgrimido por el Ministerio Público Federal, es que

algunas de las autoridades que habían negociado los acuerdos también tenían parte de responsabilidad en la tragedia.

La Fundación Renova fue la respuesta que encontraron los organismos públicos y las empresas causantes del desastre medio ambiental para encauzar los procesos indemnizatorios extrajudicialmente que, al tiempo, se encontraban ya totalmente colapsados y paralizados.

Sin embargo, los problemas con la modalidad de trabajo y los resultados generados por la fundación no tardaron en aparecer. Básicamente, la fundación trabajaba dos ámbitos de desarrollo. Por un lado, programas definidos por ellos con el objetivo de resolver los problemas de contaminación en diversas zonas del estado. Y, por el otro lado, las negociaciones directas con las víctimas para establecer un acuerdo sobre el monto indemnizatorio. Ambas acciones generaron dudas en términos de su legitimidad, su veracidad y su legalidad.

En el 2019 se produce un nuevo colapso de otra represa que también estaba siendo gestionada por la empresa Vale partícipe de la empresa Samarco. Todo esto volvió a avivar el debate entre la búsqueda de soluciones judiciales difíciles de sostener y el desarrollo de espacios negociables y composicionales entre víctimas y victimarios que habían sido también puestos en duda por el problema de su legitimidad e ilegalidad.

Eficiencia y eficacia se tensionaron nuevamente. Y otra vez se constituyó un nuevo acuerdo aprovechando la existencia de la Fundación Renova e intentando superar los problemas que se habían generado con anterioridad.

En cualquier caso es importante no obviar que el proyecto «Fundación Renova» ha sido uno de los intentos más sobresalientes y avanzados para llegar a poner en valor un encaje no puramente jurídico-judicial de un conflicto empresarial en el sentido que aquí estoy analizando.

En un nuevo paso de esta historia la empresa Samarco entró en concurso. Uno de los efectos de esta declaración es la suspensión del pago de las indemnizaciones previstas en todos los acuerdos y pactos firmados por el caso de la represa de Mariana en el 2015.

Veamos ahora los retos que se plantea para el despliegue completo de una Justicia Restaurativa Empresarial.

22.3 LOS RETOS

Cuando me refiero a la idea de los retos estoy pensando en una serie de situaciones que es posible presentar hoy y que dificultan, de alguna manera, el desarrollo e implementación de este modelo restaurativo en el ámbito de las

relaciones empresariales conflictivas tal y como las he identificado con anterioridad.

Ahora bien, uno podría preguntarse un reto ¿para quién? Y me parece que es posible plantear estas situaciones complejas desde diferentes puntos de vista. Por ejemplo, hay retos para una justicia que pretende dar cuenta de una respuesta restaurativa empresarial. Pero, también hay retos para un discurso restaurativo que pretende llegar a captar la lógica de la justicia empresarial. Hay retos para aquellas víctimas que son parte o pretenden serlo de un proceso restaurativo. Y también los hay para las empresas que pretendan poner en valor la respuesta restaurativa como parte de su cultura empresarial. En lo que sigue mi análisis intentará ser lo más amplio posible de forma tal que presente la noción de reto desde una multiplicidad de perspectivas.

22.3.1 **Del delito al conflicto**

Ya he mencionado anteriormente que este artículo se centra fundamentalmente en un discurso de la Justicia Restaurativa Empresarial vinculado a la idea de una conflictividad empresarial (al menos una empresa que en el ámbito de su práctica empresarial genera un daño a partir de una o varias acciones que pueden ser caracterizadas como de incumplimiento normativo). De entrada la caracterización del referente de la intervención en términos de conflictos ya plantea algunos retos importantes, especialmente, desde la lógica de su conexión con el incumplimiento normativo. Entre las diversas cuestiones podemos plantear las siguientes.

— Reto en el alcance.

Un primer reto importante es que la idea de conflicto trasciende la idea de caso jurídico. Si miramos la intervención desde el punto de vista del discurso jurídico, vamos a tener una ventana de análisis que es más pequeña que la que surgiría de observar la intervención desde la lógica del conflicto en el que está implicada la empresa. El resultado de este desencaje puede ser planteado de la siguiente manera. Si nos aproximamos a la intervención de una Justicia Restaurativa Empresarial exclusivamente desde la lógica del delito o del caso jurídico, entonces el restaurativismo va a considerar que nos quedamos muy cortos a la hora de comprender el alcance de la intervención restaurativa. Pero, si nos aproximamos a la intervención desde la lógica del conflicto empresarial, la cual tiende a asumir toda la extensión de la problemática, entonces el derecho

o la justicia va a visualizar la intervención como algo que va mucho más allá y que trasciende al discurso de las pautas jurídicas. En resumen, para el restaurativista el derecho se queda corto y para el jurista el restaurativismo se pasa de largo. Sin lugar a dudas, un reto fundamental de este tipo de intervenciones es lograr el equilibrio adecuado entre justicia y conflicto empresarial. Sin él las posibilidades de éxito se reducen sustancialmente.

Pienso que en el caso de Samarco ha habido algo de esta falta de equilibrio. Por un lado, la empresa pretendió parametrizar el daño desde una lógica de análisis jurídico. Pero esta perspectiva, y más allá de que la justicia consideró que no se había dado cumplimiento cabal a las preceptivas indemnizaciones y programas acordados, no alcanzaba para dar cuenta de aspectos importantes relacionados con la percepción del daño por parte de las víctimas. Las expresiones de éstas sirvieron para mostrar que no sólo se discutía la cuantía de las indemnizaciones sino también aquello que la empresa, en el marco de una caracterización jurídica del daño, había postulado en un puro juego de amenazas: «acepte esto por esto o si no, vaya a tribunales a hacer las reclamaciones del caso».

Este reto en el alcance tiene a su vez una sucesión de planteamientos que podemos mencionar como de segundo nivel. Si se limita el análisis al discurso del caso jurídico, se tenderá a no explorar en toda su extensión el conflicto empresarial. Consecuentemente se focalizará la intervención en, por ejemplo, solo aquellos sujetos o partes que son reconocidas como legítimas por el caso jurídico. Con ello quedarán excluidos de la intervención algunos sujetos que sin estar jurídicamente reconocidos son indiscutiblemente partes del conflicto. Por ejemplo, en el caso Samarco con el paso del tiempo adquirieron un papel muy importante las personas residentes en los pueblos que acogieron a los damnificados ya que ellos empezaron a sufrir una multiplicidad de daños colaterales (sobreexplotación de las ciudades y los servicios públicos, falta de trabajo, etcétera). La falta de espacios para que se expresasen con voz auténtica generó mayores niveles de tensión dentro del proceso. También esta observación restringida tenderá a hacer pensar los intereses y objetivos de los damnificados exclusivamente desde la óptica de lo reconocido normativamente, esto es, de los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo, en el caso en cuestión la propia empresa intentó imponer una lógica indemnizatoria sostenida, o al menos así se presentaba, solo desde pautas jurídicas. Pronto la empresa descubrió que muchas víctimas reclamaban una mirada de la situación que trascendía al relato estrictamente jurídico-judicial. El resultado final de esta mirada encajonada es que, más pronto que tarde, las partes comienzan a tomar conciencia de que el alcance de la respuesta es fuertemente deficitario.

— Reto de complejidad.

El segundo de los retos responde a una problemática que no es propia de todos los casos pero que suele aparecer en muchas de estas situaciones. En general, cuando la práctica empresarial produce este tipo de daños no es extraño que tenga un impacto en una gran cantidad y diversidad de sujetos e instituciones. Ésta amplitud lleva fundamentalmente a vincular este tipo de dinámicas con lo que se ha dado en llamar conflictos masivos. Un conflicto es masivo cuando el conjunto de sujetos implicados en él es realmente importante. Esto puede darse (a) porque hay dos partes bien definidas pero, al menos una, incluye una gran cantidad de personas implicadas o (b) porque concurren una gran cantidad de partes cada una de las cuales tiene intereses disímiles. El problema del carácter masivo a nivel de sujetos se plantea fundamentalmente a la hora de crear dinámicas en los procesos restaurativos. Ya he señalado con anterioridad la importancia para el restaurativismo de que en el proceso se otorgue protagonismo a las víctimas y victimarios en este tipo de interacciones. Ahora bien, cuando bajo la caracterización de víctima nos referimos a cientos de miles de personas que se han visto afectadas, directa o indirectamente, por la práctica de la empresa, la idea de hacerlos protagonistas del proceso restaurativo plantea algunos retos importantes. Además, no es sólo una cuestión de diseño del proceso sino que surge también el tema de cómo lograr que todos ellos se sientan protagonistas lo cual plantea un reto ulterior. Por supuesto, una posibilidad es asumir la lógica de una perspectiva representativa. Pero para el discurso restaurativo la idea de representatividad también plantea problemas importantes.

En el caso Samarco este problema se planteó con muchísima claridad y la Fundación Renova, es cierto que quizás en un momento ulterior, tomó conciencia de la necesidad de generar dinámicas dialógica con las personas y comunidades afectadas. Diferentes facilitadores conversaron con las víctimas para poder recabar sus expectativas, deseos y pretensiones. Pero, también es verdad que este proceso dialógico con víctimas no acabó de revertir en toda su extensión los programas y planes indemnizatorios. La prevalencia inicial de un catálogo de daños definidos y de cuantías prefijadas no ayudó a lograr generar este protagonismo que el restaurativismo reclama.

— Reto a nivel de identificación de intereses y objetivos (conflictos difusos).

Un segundo reto que a veces se vincula con el tema del carácter masivo del conflicto, pero que no necesariamente está relacionado con él, es la cuestión del carácter difuso. Un conflicto difuso es aquel en el que resulta comple-

jo la identificación de alguno o varios elementos. Especialmente importante en los conflictos empresariales son dos: la identificación de los intereses de los sujetos participantes y el tema del tiempo de concreción de esta conflictividad. A nivel de intereses los conflictos difusos plantean la cuestión de cómo concretar las pretensiones, deseos o expectativas de las partes implicadas. Este problema surge, especialmente, en los conflictos de la Justicia Restaurativa Empresarial a la hora de definir el margen indemnizatorio o el daño de referencia que se pretende indemnizar. El problema no es una cuestión de cuantificación que, en última instancia, no es más que una dinámica de intercambio dialogado o negociado sino el alcance de la respuesta a la cuestión de qué puede o no ser considerado como parte del impacto de la actividad ilícita de la empresa. Por ejemplo, volviendo sobre un aspecto ya mencionado del caso Samarco ¿pueden los municipios a los que fueron a vivir los residentes que habían perdido sus casas reclamar por las consecuencias de este desplazamiento dentro del proceso restaurativo? O en otro ejemplo ¿qué lugar ocupan los daños intangibles (afectación a un modo de vida, destrucción de tradiciones, eliminación de una cultura, etc.) dentro del proceso restaurativo? Nuevamente la tensión entre la mirada jurídica y la restaurativa se pone de manifiesto en este tipo de consideraciones.

Hay una segunda consideración desde el carácter difuso que se relaciona con el tema de la limitación temporal del daño. En la mayoría de este tipo de conflictos pareciera que tiene sentido un discurso del daño que tiene una lógica intergeneracional. La concurrencia de daños que perviven en el tiempo parece habilitar este tipo de consideraciones dentro de un proceso restaurativo. Ahora bien, la pregunta que surge es ¿hasta cuándo debe ser considerado? Esto es un reto que, nuevamente, dificulta la concreción y estructuración del diálogo dentro del conflicto, si es que se pretende desarrollar una respuesta restaurativa acorde a la situación de las víctimas presentes y futuras.

— Reto en la lógica del sujeto colectivo.

El tercer reto que quiero plantear está más conectado con el discurso de la justicia que con la mirada restaurativa. Me estoy refiriendo al tema de la construcción de un sujeto colectivo con una responsabilidad que trasciende a los sujetos individuales que lo componen. El discurso restaurativo, y de su acompañante la teoría de los conflictos, ha prestado atención desde hace ya tiempo a la idea de sujetos colectivos como entidades que no pueden ser presentadas, simplemente, como la mera suma de los sujetos individuales. Esto es importante porque para la lógica restaurativa una cosa es la intervención a nivel de sujetos individuales que conforman la empresa y otra bien distinta es la

referida al trabajo con el sujeto colectivo llamado empresa. El reconocimiento, identificación y modificación de una cultura de empresa que puede haber sido determinante en el acto ilícito y que va más allá de la responsabilidad individual de los sujetos es un elemento fundamental para la teoría del conflicto y para la propuesta de la intervención restaurativa. Por el contrario, a nadie escapa las dificultades que ha planteado y plantea en el ámbito del discurso normativo la idea de una responsabilidad penal de las personas jurídicas (Nieto Martín, 2008). Nuevamente aquí surge una tensión importante que no es fácil de sortear.

Estos tres elementos (masivo, difuso y colectivo) junto con otros plantean un reto enorme. Para la mirada jurídica todo esto se convierte en un inconveniente porque el proceso judicial no está pensado en sus fundamentos para este tipo de contextos con lo que se hace difícil comprender cuál es la lógica de la intervención restaurativa. Volveré posteriormente sobre esta dificultad al hablar del reto de la conexión entre ambos espacios.

22.3.2 **Retos a nivel del proceso**

La dinámica de intervención en conflictos masivos difusos colectivos no solo plantea un problema en la lógica de la mirada jurídica que dificulta pasar del discurso del caso jurídico al discurso del conflicto y viceversa. También aparece, como ya he mencionado anteriormente, un problema de diseño que genera un nuevo reto para la mirada restaurativa. De alguna manera, creo que si bien el restaurativismo está más preparado en su filosofía y fundamentos para comprender la necesidad de una mirada ampliada, esto no impide que acabe siendo todo un reto el diseño de un proceso restaurativo en este tipo de contexto.

— Reto del diseño.

Es un reto la necesidad de un proceso que ha de servir para enmarcar la intervención restaurativa. Muchas veces esto se pierde de vista dentro de la dinámica discursiva del restaurativismo cuando nos tendemos a enfocar, simplemente, en la concreción de las metodologías a utilizar en la intervención. Sin embargo, hablar de círculos restaurativos, de conferencias restaurativas, de mediación restaurativa, negociación, etc. no alcanza, en mi opinión, para comprender la trascendencia del diseño del proceso dentro del cual van a funcionar todas esta metodología.

Nuevamente el caso de Samarco es una buena lección sobre las enormes dificultades de trabajar en este tipo de espacios. Por ejemplo, cabe destacar, como he mencionado con anterioridad, el colapso del sistema judicial por el volumen de demandas presentadas en el ámbito civil. Las ONGs nacionales e internacionales que se presentaron como parte del proceso reclamaban un espacio que no podía ser ignorado en el desarrollo de la intervención restaurativa. Pero, crear una dinámica de este calibre requiere de una puesta en valor del proceso y de su diseño que no parece haber estado presente de manera íntegra en la Fundación Renova. No es condición suficiente para crear una dinámica indemnizatoria restaurativa la mera concurrencia de datos acerca del nivel de contaminación de las aguas, o del nivel de deforestación del terreno afectado. Es necesario trabajar en las dinámicas que permitan, a través del proceso restaurativo, estructurar estos datos dentro de las vivencias, consideraciones y respectivas de todas las partes implicadas en el conflicto empresarial.

Por lo tanto, no solo el diseño del proceso restaurativo es un tema fundamental que plantea una problemática específica sino que la mera toma de conciencia de la necesidad de este proceso es, en sí misma, un reto.

— Reto de la confusión.

Ahora bien, podríamos tener conciencia del proceso y de las dificultades para su diseño y acabar construyendo una dinámica que tiene más bien una lógica reparadora que restauradora. En mi opinión, la diferencia entre reparar y restaurar consiste, fundamentalmente, en que la reparación solo concibe una respuesta en términos de indemnización por los daños tangibles producidos por el acto ilícito. Por su parte, la restauración incorpora dos espacios más: los daños intangibles y la recomposición del vínculo entre empresa y víctimas.

Es todo un reto evitar confundir reparar con restaurar porque la fuerza del discurso jurídico, por un lado, y de la lógica de un malentendido «facilismo» en la intervención, por el otro lado, tienden a favorecer la zona de confort del acto de reparación por contraposición a la complejidad del acto restaurador. Sin embargo, creo que, y la historia está llena de ejemplos que así lo acreditan, las actividades reparadoras son corto-placistas y acaban mostrándose poco eficaces a la hora de reestructurar aquello que resultó afectado en la práctica empresarial.

El caso Samarco es un ejemplo paradigmático de la confusión entre procesos restauradores y reparadores. De alguna manera, la lógica de la empresa-victimaria no le permitió visualizar, por más que se ponga en valor todo aquello

que se hizo, la necesidad de acompañar el discurso reparador (parametrización de los daños tangibles) con herramientas que permitiesen expresar los intangibles que las víctimas consideraban habían resultado afectados por la práctica empresarial. Por esta razón, el proceso indemnizatorio no alcanza *per se* la categoría de proceso restaurativo.

— Reto a nivel de legitimación.

Otro reto es el relacionado con el debate en torno a la legitimación de este modelo de respuesta. Es importante no confundir legitimación con legalidad. La legalidad tiene que ver con la cuestión de si el proceso restaurativo cumple o no con las pautas y principios del sistema jurídico. La legitimación habla desde el punto de vista valorativo de la calidad deontológica de un proceso restaurativo. Por ejemplo, si alguien sostiene que el desarrollo de procesos restaurativos es, en última instancia, una manera de lograr diluir la responsabilidad de la empresa y reducir el coste total indemnizatorio, entonces esta persona está poniendo en cuestión la legitimidad más allá de si ese proceso restaurativo está previsto normativamente.

La idea de legitimación puede ser presentada desde diferentes ópticas. Pero, hay una de ellas que me parece especialmente destacable: la de la justicia punitiva. Básicamente el argumento sería el siguiente: lo que el proceso restaurativo permite es que la empresa-victimaria esquive la respuesta punitiva. Y esto supone, en última instancia, una validación de los comportamientos dañinos ilegales. Yo creo que es todo un reto para la intervención restaurativa ser capaz de, por un lado, crear las condiciones para lograr que la empresa-victimaria no termine reincidiendo en sus comportamientos ilícitos. Y, por el otro lado, lograr que las víctimas sientan que tuvo sentido y que valió la pena participar del espacio restaurativo. Finalmente, es un reto mostrarle a la justicia retributiva que estos modelos de respuesta pueden generar una reducción importante en la tasa de reincidencia de este tipo de comportamientos (prevención especial). Quizás merezca la pena recordar que en muchos de estos casos la respuesta punitiva a través de una sentencia condenatoria es, en el fondo, amortizable para la empresa con los beneficios del comportamiento contrario a Derecho.

En mi opinión, en el caso Samarco esto no ha sido posible. Por diversas razones, la conexión entre las respuestas implementadas por la Fundación Renova y las expectativas judiciales se ha visto constantemente obstaculizada apunto tal que los jueces han reclamado con insistencia el replanteamiento de los presupuestos y de la actividad indemnizatoria y reparadora.

22.3.3 **Retos a nivel de las características restaurativas**

Un punto importante de la intervención restaurativa es que busca constituir, tanto desde la perspectiva de la víctima como, especialmente, desde la perspectiva de la empresa-victimaria, una respuesta que surja desde la convicción y el compromiso. Para ello la intervención pretende conformar dos grandes fundamentos de la respuesta; el reconocimiento y la responsabilización. Aquí aparece ya un primer reto que es lograr que no se asuma la idea de que reconocer y responsabilizarse es admitir la culpabilidad de la empresa. Culpabilidad y responsabilidad son dos dinámicas que pueden o no surgir de manera concurrente en este tipo de supuestos. En todo caso cabe señalar, aunque volveré seguidamente sobre este tema, que un aspecto muy relevante de esta cuestión es el referido a los puentes existentes entre el proceso restaurativo y el judicial.

— Reto de la transformación.

Quizás, el aspecto más importante es que la construcción de procesos de reconocimiento requiere de un nivel de acción que implique convocar a la estructura, cultura y prácticas de la empresa. Por ejemplo, el caso Samarco es un supuesto paradigmático donde claramente no fue posible trabajar en el desarrollo de estos elementos restaurativos. En este sentido, la Fundación Renova pareció ser más bien una estrategia para lograr calma en las víctimas, en la comunidad y en los gobernantes pero despegando a la empresa titular de la represa (Samarco) y a las empresas propietarias de ésta (Vale y Bhp Billiton) de cualquier tipo de diálogo con víctimas, comunidades y/o terceros interesados. Sin esa llegada a los pilares de la empresa el proceso restaurativo tiene serios inconvenientes para cumplir con las metas y objetivos que definen su existencia.

En resumen, si se asume que un aspecto importante del resultado restaurativo es la reducción de las probabilidades de reincidencia en la producción del daño, esto sólo puede constituirse a partir de la transformación de aquellas variables que tanto dentro de la empresa como en su contexto llevaron a la producción de ese daño desde el incumplimiento normativo y dentro de su propia práctica empresarial. Y este es un aspecto fundamental del pensamiento restaurativo por oposición a los modelos tradicionales de respuesta para este tipo de situaciones. El mero acto indemnizatorio, reparador, punitivo, retributivo, etcétera no es transformador *per se* de la práctica del victimario y, consecuentemente, no asegura una bajada de la proba-

bilidades de reincidencia en este tipo de prácticas. Si queremos generar desarrollos sostenibles y respetuosos necesitamos generar procesos reflexivos entre empresas-victimarias y víctimas que generen una dinámica de ganancia conjunta.

— Reto del *Greenwashing*.

Sin lugar a dudas, el mundo empresarial de hoy es consciente del valor agregado que otorga una imagen de empresa sensible con el medio ambiente. Esto ha llevado a generar lo que se ha dado en llamar el *Greenwashing*, algo así como un lavado de cara verde. Se trata de una presentación superficial de las empresas que pone en valor en su discurso o en su imagen la responsabilización frente al medio ambiente sin que realmente esto trascienda hacia dentro como parte de una cultura empresarial. Es todo un reto lograr que la participación en los procesos restaurativos no sea, simplemente, un ejercicio más de *Greenwashing*. Se trata de usar el proceso restaurativo como una oportunidad para lograr la efectiva incorporación de una filosofía empresarial que haga a la cultura de la empresa, la asunción de una manera de entender la responsabilidad social de la empresa y el compromiso con la resolución de los conflictos de una manera positiva y de ganancia conjunta.

Pero, también hay que tener en cuenta que hay una especie de *Greenwashing* de las víctimas. No es extraño que en este tipo de supuestos algunas o varias víctimas hayan tenido comportamientos, directa o indirectamente, cómplices con las prácticas empresariales que condujeron a la producción de ese daño. La razones de este tipo de situaciones son múltiples y variadas y van desde cuestiones meramente utilitarista («Necesitamos el trabajo») pasando por cuestiones de desconocimiento (No entendieron bien el alcance de lo que estaban haciendo) hasta llegar a las situaciones en las que la práctica de la empresa generaba un mayor y mejor beneficio para los que ahora son víctimas de ésta (Se veían beneficiadas por la misma práctica ilegal). El espacio restaurativo ha de servir para crear no sólo una toma de conciencia de la empresa-victimaria sino también una reflexión de las víctimas y sus comunidades acerca del papel que están llamadas a jugar en el futuro dentro de este tipo de dinámicas. Por ejemplo, en algunos casos (Acta Dorissa) se ha incorporado dentro del proceso restaurativo y sus acuerdos medidas vinculadas a la capacitación de las víctimas por parte de la propia empresa-victimaria con el objetivo de construir una práctica conjunta sustentable y beneficiosa a corto, mediano y largo plazo para todos los participantes.

22.3.4 **Retos a nivel de seguimiento**

Una pauta que suele replicarse en muchos de estos casos es que el compromiso restaurativo que puede conducir a la constitución de un proceso y un acuerdo indemnizatorio se va diluyendo con el paso del tiempo y con ello se van relajando los criterios tanto de cumplimiento de los acuerdos establecidos como de las pautas pensadas para evitar la reincidencia. En este sentido, la relajación de los criterios acaba poniendo en cuestión en el medio y largo plazo el propio esfuerzo restaurativo. Sin lugar a dudas, un reto importante del discurso restaurativo es el sostenimiento de las pautas y del cumplimiento de los acuerdos con el paso del tiempo.

Es importante no perder de vista que el éxito en la lógica del mantenimiento de las pautas y de los acuerdos comienza a construirse en el diseño e implementación del propio proceso restaurativo. La Justicia Restaurativa Empresarial, que a diferencia de una justicia más tradicional pone en valor la mirada hacia el futuro, concibe la construcción de este tipo de procesos (paralelos, simultáneos, complementarios) entre otras cosas como una pauta lógica que ha de servir para lograr el sostenimiento de los acuerdos y la transformación de la práctica. En este sentido, se trata, en primer lugar, de un reto que afecta al proceso. Pero, tampoco hay que perder de vista la existencia de variables y situaciones imprevistas que pueden poner en cuestión la pervivencia de los acuerdos y de las prácticas resultantes del proceso restaurativo. Aquí toma valor la idea de que la Justicia Restaurativa Empresarial no puede quedar limitada a una lógica de reparación de daño y debe poner en valor la recomposición del vínculo entre víctimas y victimarios. Es esta recomposición de la relación la que va a permitir que, de alguna manera, las partes implicadas en el conflicto empresarial puedan volver a sentarse y revisar la nueva realidad para poder reconfigurar el espacio composicional.

En el caso Samarco esto no fue posible por diversas razones. Pero quizás, las más importante de todas ellas fueron dos. En primer lugar, como ya he mencionado con anterioridad, la lógica reparadora de la intervención escondió la necesidad de un trabajo a nivel de recomposición de vínculo. Este tipo de situaciones siempre detona con el tiempo en problemas ulteriores. Y, en segundo lugar, nuevamente la mala sintonía entre proceso reparador-restaurador y proceso judicial generó una constante tensión que tendía, más que a una armonización de las dinámicas, a un constante tironeo entre operadores judiciales y empresariales respecto al daño y a las víctimas.

22.3.5 **Retos del puente**

El último de los retos que quiero señalar en este trabajo puede ser presentado de la siguiente manera: es necesario pensar y establecer puentes que habiliten la conexión entre la lógica de la justicia y la lógica restaurativa. Obviamente, como mencioné al principio de este artículo, esto no sería un problema para aquellos sistemas normativos que incorporan instituciones restaurativas dentro de la propia práctica procesal judicial (Proceso judicial restaurativo). Ahora bien, sin posibilidades de extenderme en esta cuestión, creo firmemente que aunque es importante que el proceso judicial abandone lógicas retributivas para encarar dinámica restaurativas, siempre será mejor y más útil la construcción de procesos restaurativos en una lógica paralela o complementaria al proceso judicial. Hay mucho que ganar, como he intentado señalar anteriormente, si se apuesta a estas dinámicas sin que las mismas queden encorsetada en una ventana del caso jurídico.

Ahora bien, estas consideraciones plantean inmediatamente el problema de cómo deberían relacionarse estos dos procesos. Creo que, tentativamente, lo primero que es importante distinguir es el plano de la superposición del proceso restaurativo y el proceso judicial del de la alternatividad, esto es, el de aquellos aspectos que interesándoles al discurso restaurativo no son relevantes desde una lógica jurídico-judicial. El problema se plantea, fundamentalmente, en los primeros porque es necesaria la construcción de sistemas y de puentes que operen entre estos dos espacios. Para ello pienso que cabe prestar atención a una doble lógica. Por un lado, las pautas judiciales deben funcionar como limitantes del terreno de juego en el que se va a desarrollar el proceso restaurativo. Los principios y las normas jurídicas han de regir en los márgenes del espacio composicional respondiendo a la pregunta ¿qué no es aceptable que suceda?. Pero, por el otro lado, es necesario evitar que funcionen como limitadores, esto es, como pautas que terminan cercenando la posibilidad de desarrollos de ganancia conjunta para ambas partes. Junto al discurso de lo que no se puede es necesario que aparezca, también en el sistema normativo, las referencias acerca de los beneficios para la empresa en relación a lo que puede obtener al participar del espacio restaurativo.

Ahora bien, hoy la lógica de este tipo de dinámicas es bien distinta. Cuando una empresa decide participar en un proceso restaurativo corre dos grandes riesgos. El primero que todo aquello que se desarrolla dentro de ese espacio no sea reconocido por parte del proceso judicial como una dinámica indemnizatoria. Es muy importante en este punto distinguir el problema de la incertidumbre del problema de la superación de los límites dentro del pro-

ceso restaurativo. Por ejemplo, el debate en el caso Samarco no fue por un problema de incertidumbre para la Fundación Renova desde el proceso judicial. El problema es el reclamo desde la justicia conforme a la presunción de que la práctica restauradora de la Fundación Renova no era suficiente para dar cuenta de su responsabilidad por el daño producido. El segundo riesgo que corre una empresa que decide participar del proceso restaurativo es que la participación o sus acciones dentro del proceso puedan ser vistas desde la óptica judicial como un reconocimiento de la culpabilidad. En este segundo caso la empresa tiene mucho que perder dentro del proceso restaurativo y, por lo tanto, le es claramente más beneficioso pelear la culpabilidad en el proceso judicial, sin tener los costes de su implicación en el proceso restaurativo, que asumir ese riego.

Sin lugar a dudas, este reto es un aspecto fundamental tanto para el discurso restaurativo como para el judicial a los efectos de lograr una generalización de las prácticas restaurativas en estos ámbitos y una mejora a nivel de eficiencia y eficacia de las mismas.

22.4 ALGUNAS CONSIDERACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Pienso que una parte importante del rol que pueda jugar el discurso restaurativo en los próximos años está vinculado ineludiblemente a algunos presupuestos que aún hoy son parte de cierta controversia. Quizás los tres más importantes serían los siguientes:

1. Los modelos tradicionales de respuesta basados en una lógica retributiva punitivista están fracasando en lo que hace a una lógica de prevención especial (no reincidencia), al menos, en determinados tipos de situaciones. Un ejemplo paradigmático de éstas son los conflictos masivos-difusos-colectivos en los que se generan daños a partir de la propia práctica empresarial y en el espacio del incumplimiento normativo. No hay posibilidad de que la sanción pueda compensar los excepcionales márgenes de beneficios de las empresas en estas dinámicas, especialmente, en las vinculadas con la explotación del medioambiente y la vulneración de los derechos humanos.
2. Existe una cada vez mayor conciencia desde el punto de vista de los usuarios (mercado) respecto a la trascendencia de estas cuestiones. La mirada desde la sustentabilidad y el respeto al medio ambiente es cada vez más natural y empieza a ocupar un lugar importante en la valoración que hacen los clientes de las prácticas empresariales.

3. Las empresas asume cada vez con mayor naturalidad la idea de apartarse de una perspectiva maximizadora de las ganancias sin límites y explotadoras irrestrictas de todo lo que las rodea. Los empresarios se reconocen cada vez con mayor naturalidad como parte de una comunidad y aceptan la necesidad de crear dinámicas de explotación sustentable.

Por otro lado, creo que hay una serie de consideraciones que también hay que tener en cuenta a la hora de poner en valor lo que supone un sistema normativo que apuesta por una práctica restaurativa. En este punto señalaría lo siguiente:

4. La respuesta puramente sancionadora sólo puede ser pensada en el espacio en donde se renuncia a la prevención especial, esto es, en aquellos casos donde la práctica dañina ilícita se convierte en una pauta recalcitrante de comportamiento de la propia empresa. Pero allí donde queramos y pensemos en la trascendencia de la indemnización a las víctimas, de la recomposición del vínculo y, en general, de la reducción de las probabilidades de reincidencia es necesario generar una dinámica distinta. El restaurativismo no niega el valor de una respuesta en términos de fijación de límites (sanción). Lo que reclama es que ésta sea el resultado, o venga acompañada, de un proceso reflexivo de construcción entre víctima y victimario.

5. En este margen de interacción resulta fundamental la recomposición del vínculo, especialmente, para impedir dos tipos de consecuencias. La primera evitar los procesos de revictimización, esto es, los supuestos en que la víctima es damnificada dos veces: con el daño que le han generado y con las pérdidas colaterales, como por ejemplo, la pérdida del puesto de trabajo por el cierre de la empresa. La segunda evitar el surgimiento de círculos viciosos donde el actor indemniza a la baja para poder habilitar una vez más un nuevo acto de vulneración. La recomposición del vínculo a de permitir el paso del círculo vicioso al círculo virtuoso.

Finalmente, no hay que perder de vista que ante la posibilidad de desarrollar este tipo de respuestas será necesario encarar una multiplicidad de retos. Entre los cuales destacaría dos:

6. Siempre es mejor la construcción de modelos basados en el desarrollo de procesos restaurativo que la incorporación del discurso restaurativo dentro del proceso judicial. Esto requiere tomar conciencia también en el plano normativo de la complejidad del diseño de estos procesos y de su particular dinámica.

7. Es imprescindible crear puentes entre el proceso restaurativo y el proceso judicial de forma tal que el segundo sea limitante del primero pero no limitador.

23. JUSTICIA EMPRESARIAL RESTAURATIVA Y VÍCTIMAS CORPORATIVAS*

Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

23.1 VICTIMOLOGÍA CORPORATIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Este trabajo pretende introducir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas los conocimientos aportados recientemente por la denominada victimología corporativa [1], de la mano de planteamientos procedentes de la justicia restaurativa [2]. Hace ya tiempo señalaba que el debate sobre la responsabilidad

---

* Este trabajo fue publicado por primera vez en Galain Palermo, P./Saad Diniz, E, *Responsabiliadd empresarial, Derechos humanos y la agenda del Derecho penal coorporativo,* Tirant lo Blanch, 2021.

[1] *Vid.* al respecto las monografías de Forti G., (dir)., *Victims and Corporations. Legal Challanges and Empirical Findings*, Wolters Kuwer. Cedam, 2018; Hall M., *Victims of Environmental Harm. Rights, recognition and redress under national and international law*. Routledge, 2013; Saad Diniz E., *Victimología Corporativ*a, Tirant lo Blanch, 2019.

[2] En este punto, las ideas que aquí se exponen han sido ya sugeridas en otros trabajos anteriores, *vid.* Nieto Martín A. «Igualmente Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa», en Adán Nieto Martín/Luís Arroyo Jiménez, *Autorregulación y Sanciones,* Lex Nova, Valladolid, 2008 (2.ª edición, 2016); «Justice restaurative et sanctions pour un droit penal international de l'environnement», en *Des écocrimes à l`ecocide. Le droit pénala au secours de l´environnement*, Laurent Neyret (dir), Bruylant, 2015; «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*/coord. por Montserrat De Hoyos Sancho, 2017 (= en Saad Diniz E./Vitte de Laurentiz V., Corrupçao, direitos humanos e empresa, D'Placido, 2018).

Esta propuesta, que en un principio pudiera parecer un tanto «exótica», en cuanto que procedía fundamentalmente de experiencias tan ajenas en nuestro entorno como las australianas, ha sido profundizada en un reciente proyecto de investigación dirigida por la profesora Mercedes García Arán. En el marco de este proyecto, cabe citar los siguientes trabajos de muy reciente publicación: Baucells Lladós J., «Delincuentes socioeconómicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena», *Revista General de Derecho Penal,* vol. 34, 2020; Cuenca García, M. J. «La atenuante de reparación del daño como instrumento

penal de las personas jurídicas se había centrado prioritariamente en la discusión del modelo de imputación [3], relegando a un segundo plano lo que a la postre determina la eficacia de la intervención penal, como es el sistema de sanciones. En lo que afecta al sistema de penas, seguíamos anclados en las aportaciones que durante los años ochenta del pasado siglo realizaron los partidarios del análisis económico del derecho, las críticas que realizaron a este modelo los partidarios del denominado *structural model* y, finalmente, las nuevas propuestas que procedían de la teoría de la regulación, como el *enforcement* piramidal de John Braithwaite. Los estudios sobre victimología corporativa permiten dar una vuelta de tuerca al sistema de penas e incluso, yendo más allá, dar una respuesta a la criminalidad empresarial basada en los planteamientos realizados por la justicia restaurativa, como camino para dar entrada a los intereses de la víctima.

La victimología corporativa ha puesto sobre la mesa una serie de peculiaridades que afectan tanto a la victimización primaria como secundaria de las víctimas de las grandes corporaciones. La primera nota que distingue a las víctimas corporativas es su falta de consideración como víctimas. Se trata del revés de las teorías del etiquetamiento. Si estas demuestran cómo el sistema penal es selectivo a la hora de establecer quiénes son los autores del delito, mostrando sesgos que tienen que ver con la clase social del autor o el tipo de delito, el reverso de la moneda es que las víctimas de estos delitos quedan sin etiquetar. Para el sistema penal, las víctimas de los delitos corporativos son con frecuencia invisibles, como muestra el texto de la Directiva Europa sobre derechos de las víctimas y su proceso de gestación, donde ni se las menciona, ni se las ha tenido presentes [4].

---

de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020; Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020; García Arán M., *Punibilidad, procedibilidad y reparacion en la delincuencia económica,* Libro Homenaje al Prof. Zugaldía Espinar (en prensa); Guardiola Lago, M. J. (2020). «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40, 2020; Rodríguez Puerta M. J.; «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-14 (2020). Posteriormente, y con la participación del grupo de autores que acabo de indicar, estos planteamientos se han desarrollado en Nieto Martín, A./Calvo Soler R., *Justicia restaurativa empresarial,* Reus, 2024.

[3] Nieto Martín A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Iustel, 2008, p. 266. Posteriormente me he ocupado de esta cuestión en «Looking for A System of Sanctions for an EU Normative, Corporate Criminal Liability and Compliance Programs», vol. II, *Towards a Common Model in the European Union*, Fiorella A. (ed), Jovene Editore, 2012. Igualmente, «Autorregulación, *compliance* y justicia restaurativa», en Adán Nieto Martín/Luís Arroyo Jiménez, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008 (2.ª edición, 2016).

[4] *Vid.* Mazzucato C., «Victims of corporate violence in the European Union», en Forti G., (dir)., *Victims and Corportions. Legal Challanges and Empirical Findings,* Wolters Kuwer. Cedam, 2018, pp. 22 ss.

A la invisibilidad de las víctimas corporativas ha contribuido la propia teoría jurídica del delito, donde muchas veces hemos catalogado determinados delitos como la corrupción, los delitos contra el medio ambiente o el fraude fiscal, como delitos sin víctimas. La construcción teórica de los bienes jurídicos colectivos o institucionales ha ayudado a este proceso [5]. Reconducir normativamente la dañosidad social del delito a la lesión del bien jurídico, conlleva contemplar la realidad con unas anteojeras que dejan fuera de nuestro espectro muchos de los daños, probablemente los más importantes, que implican determinados tipos de criminalidad. El caso paradigmático quizás sea el de la corrupción. La imparcialidad de la administración de justicia, como bien jurídico protegido, dificulta incluir dentro del debate jurídico penal, que la corrupción también es un problema de gobernanza, de derechos humanos o de exclusión social [6]. La separación entre delitos y sanciones administrativas, vinculada también en gran medida a la elaboración del concepto de bien jurídico, coadyuva al proceso de invisibilidad. Las víctimas de sanciones administrativas son aún más invisibles, cuando el daño que experimentan puede ser similar [7].

La falta de visibilidad de las víctimas corporativas se debe igualmente a que ellas mismas en ocasiones no acaban de reconocerse como tales, no se identifican como víctimas de un delito. Las personas que carecen de servicios públicos esenciales como consecuencia del fraude fiscal o corrupción generalizados, lo más seguro es que no se sientan víctimas de ningún comportamiento delictivo [8]. Ni siquiera en supuestos de delitos ambientales, donde el daño es más visible, las personas que por sufren enfermedades respiratorias como consecuencia de determinadas emisiones pueden identificarlas como consecuencia de las mismas. En muchos casos, la identificación como víctimas solo surge mucho más tarde, cuando se demuestra la relación causal existente entre

---

[5] Sobre este particular, Guardiola Lago M. J., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40 (2020), pp. 537 ss; Rodríguez Puerta M. J., «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* RECPC 22-14 (2020), pp. 9 ss.

[6] *Vid.* las distintas contribuciones en Saad Diniz E./Vitte de Laurentiz V., *Corrupçao, direitos humanos e empresa,* D'Placido, 2018; Planchadell Gargallo A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XXXVI, 2016, pp. 1-77.

[7] En relación a los delitos contra el medio ambiente, Hall M, *Victims of Environmental Harm*, *op. cit*, pp. 25 ss. Visconti A., «Corporate Violence: Harmful consequences and victims' needs. An Overview», en Forti G., (dir)., *Victims and Corportions. Legal Challanges and Empirical Findings,* Wolters Kuwer. Cedam, 2018, p. 149 ss.

[8] *Vid.* Rodríguez Puerta M. J., *El Derecho de las víctimas colectivas en participar en acuerdos restaurativos*, pp. 25 ss.

una determinada substancia y la enfermedad que parecen, como ha ocurrido, por ejemplo, con las víctimas del amianto.

La segunda característica de las víctimas corporativas es que son a menudo víctimas dependientes económicamente del victimario. Dependen directamente o indirectamente de la empresa que les ha causado el mal, pues son sus trabajadores o viven en una región donde la empresa representa una de las principales fuentes de riqueza [9]. Esta dependencia conduce a la revictimización. Los trabajadores de una fábrica que utiliza productos tóxicos siguen expuestos a sus consecuencias, en cuanto que no les resulta fácil cambiar de actividad. Ante la disyuntiva de un peligro lejano, como una enfermedad cancerígena, o la pérdida cierta del trabajo que podría derivarse de las sanciones impuestas a la empresa, prefieren seguir expuestos al peligro.

La asimetría informativa existente entre víctima y victimario representa la tercera nota que distingue a las víctimas corporativas. La empresa puede tener conocimiento de la toxicidad de sus productos o procesos de producción muchos años antes de que las víctimas y el resto de la sociedad tengan noticias de ellos. Los resultados a largo plazo, en la denominada contaminación histórica, en casos como el amianto, al que antes se hacía ya referencia, son un buen ejemplo de este fenómeno [10]. Pero no es solo que la empresa albergue un mayor conocimiento sobre los factores del daño, sino que también por su poder tiene capacidad para imponer una determinada narrativa sobre el mismo. Una versión de los hechos que la desligue de la responsabilidad y que incluso llegue a responsabilizar a las víctimas.

Finalmente, la cuarta particularidad, vinculada también a la asimetría de poder, se manifiesta especialmente en el proceso judicial, donde las víctimas de las grandes corporaciones están particularmente indefensas. Mediante los procesos de deslocalización de la producción, los comportamientos lesivos suelen producirse en países singularmente débiles económicamente y con sistemas judiciales poco robustos, dominados en muchos casos por la corrupción [11]. Los derechos de las víctimas, que han ido apareciendo en la mayoría de los ordenamientos durante las últimas décadas, no están pensados para diferencias de recursos tan importantes como los que pueden existir entre una corporación y sus víctimas. La capacidad de defensa de la empresa puede hacer de cualquier proceso, incluidos los procesos penales, una historia intermi-

[9] Saad-Diniz E, *Victimología corporativa*, *op. cit*, pp. 172 ss.

[10] Sobre estos supuestos, Centonze F./Manacorda S, *Historial Pollution*, Springer, 2017.

[11] En este punto son especialmente importantes las contribuciones procedentes de la «criminología verde», *vid.* un excelente resumen de su planteamiento en Natali I., *Victimización medioambiental: una aproximación de criminologia verde* (en prensa).

nable, que deje sin recursos a las víctimas y que aplace *sine die* sus posibilidades de resarcimiento. Ello supone que, en estos casos, de manera prácticamente estructural, aparece una victimización secundaria.

Este rápido esbozo sirve ya para percatarse de lo ineficiente que puede resultar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si no se tiene presente desde el primer momento a sus víctimas. ¿Qué beneficio obtienen, por ejemplo, las víctimas que se han quedado sin infraestructuras básicas en un país del tercer mundo como consecuencia de la corrupción por el hecho de que la multinacional sea sancionada penalmente a través de una cuantiosa multa en el país donde tiene su centro de negocios? El derecho penal de las personas físicas fue construido en el momento histórico de máxima invisibilidad de la víctima, que comprende el siglo XIX y más de la mitad del siglo XX. Por esta razón, la introducción de las víctimas y de sus intereses en el sistema penal está rodeada de múltiples tensiones. El derecho penal de las personas jurídicas se ha empezado a construir por el contrario en un momento histórico bien diferente, en donde existe plena consciencia de esta equivocación, motivo por el cual sería imperdonable construir un sistema de responsabilidad sin atender a sus intereses.

El presente trabajo camina como apuntaba en esta dirección. El papel de las víctimas dentro del sistema de penas ha sido objeto de una discusión muy limitada en el marco de la responsabilidad penal individual, donde el debate sobre la reparación como alternativa juega un papel residual [12]. Sólo en tiempos recientes se ha comenzado a reflexionar acerca del papel de la víctima en relación con los fines de la pena [13]. En el caso de la responsabilidad de personas jurídicas, aunque tampoco existe una reflexión teórica importante, se aprecian tímidos signos de un mayor protagonismo de la reparación del daño. Más allá de la existencia de atenuantes de reparación, en las *Guidelines* norteamericanas, la reparación constituye el fin prioritario ante el que deben ceder otras finalidades cuando entren en contradicción. Igualmente, desde hace algún tiempo autores como Braithwaite vienen proponiendo la necesidad de introducir planteamientos procedentes de la justicia restaurativa [14]. Por esta razón, la

[12] Al respecto, las contribuciones fundamentales de ALASTUEY DOBÓN C.: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales,* Tirant lo Blanch, 2000; GALAÍN P., *La reparación del daño como equivalente funcional a la pena*, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, 2009; el mismo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, 2010.

[13] GIL GIL A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *Indret*, 4/2016.

[14] BRAITHWAITE J./BRAITHWAITE V., «Democratic Sentiment and Critical Markets in Vice»*, British Journal of Criminology,* 2006, 46, pp. 1110 ss (en relación al delito fiscal); BRAITHWAITE J., «Restorative Justice for Banks through negative licensing», *British Journal of Criminology,* 2009, (49), pp. 439 ss..; *ibidem, Flipping markets to virtue with qui tam and restorative justice*, Accounting, Organizations and Society, 2012, pp. 7 ss (ambos trabajos en el contexto de la crisis económica del 2008); igualmente el trabajo de su discípula PARKER C., «Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition

segunda parte de este trabajo se dedica a esbozar las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa, en lugar del modelo tradicional.

Las reflexiones que aquí se realizan se centran principalmente en un grupo de casos muy concretos, los supuestos de violencia corporativa [15] que pueden tener como resultado graves afectaciones al medio ambiente o a los derechos humanos. Con independencia de que la justicia restaurativa pueda aplicarse generalmente a todos los supuestos, graves y menos graves de delincuencia económica, los casos de violencia empresarial constituyen un marco especialmente adecuado para una primera reflexión [16].

23.2 SANCIONES ORIENTADAS A LAS VÍCTIMAS

La construcción de un sistema de sanciones orientado a la víctima tiene como objetivo básico evitar que las sanciones contra las empresas tengan efectos indirectos o daños colaterales que impidan, por ejemplo, la reparación del daño. En una extraña paradoja, las víctimas de un delito pueden ser en ocasiones afectadas colateralmente por la sanción. La multa impuesta puede afectar a las posibilidades de reparación o ser de tal envergadura que obligue a la

---

and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings», *The Modern Law Review*, 2004, 67 (2), pp. 209 ss. En el marco de las infracciones laborales también es de interés Johnstone, «De la ficción a la realidad. Repensar los mecanismos de la legislación en salud y seguridad, Políticas públicas en salud y seguridad: una estrategia para el siglo xx», Foro ISTAS de Salud Laboral. Madrid. Noviembre de 2005, pp. 25 ss.

La justicia restaurativa aplicada a los delitos económicos, fuera del círculo de estos autores, ha sido objeto de muy escasa atención en la literatura tanto continental y anglosajona Aersten I., «Restorative justice for victims of corporate violence», en Forti, G. (Ed.): *Victims and corporations*. *Legal Challanges and Empirical Findings,* Wolters Kuwer. Cedam, 2018; Gabbay, Z. D.: «Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime», *Journal of Conflict Resolution*, vol. 8.2, 2007; Luedtke D.: «Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America», *Brooklyn Journal of Corporate Financial and Commercial Law,* vol. 8, Issue 1, 2014.

[15] El concepto de violencia corporativa ha sido utilizado para designar casos en los cuales las víctimas del comportamiento de la empresa perdían la vida o sufrían graves lesiones como consecuencia de la actividad ordinaria de la empresa, al violar la normativa laboral o medioambiental. Lo importante de este concepto más que el tipo de daño, que podría ampliarse a otros muchos factores, es la reflexión sobre el concepto de violencia. Se trata de una violencia indirecta, que no requiere de contacto físico, ni siquiera una relación interpersonal. Es el resultado de una variedad de políticas, acuerdos, decisiones, órdenes de una organización. Igualmente es una violencia a distancia tanto temporal, como espacial. Estas decisiones se toman en lugares lejanos a donde se produce el daño, y en un momento que puede ser también muy anterior. No es, además, normalmente ni una violencia voluntaria. Las decisiones políticas y otras a las que hacía referencia no buscan en modo alguno causar un mal, sino que persiguen el incremento de los beneficios o la rentabilidad de un negocio. Respecto de este concepto, *vid.* Viscontin A., *Corporate Violencie*, *op. cit*, pp. 157 ss; Saad Diniz, *Victimología Corporativa*, *op. cit*., pp. 161 ss.

[16] *Vid.* sumariamente este planteamiento, en Nieto Martín A., *Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg*, en https://almacendederecho.org/.

restricción de puestos de trabajo. Esta contradicción me parece muy evidente en los casos de gran corrupción. Las sanciones que reciben las empresas multinacionales, por ejemplo, en aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act*, en nada benefician a los usuarios de las infraestructuras públicas que aumentaron estrepitosamente su precio o dejaron de hacerse. No deja, además, de ser un sarcasmo que las arcas públicas de los países occidentales que sancionan a sus empresas por hechos cometidos en el exterior se beneficien, además, en exclusiva de las multas gigantescas que imponen.

Superado este escalón básico, un segundo nivel debiera aspirar a diseñar sanciones orientadas a la víctima. Se trata de atender a sus intereses, sin descuidar otros fines de la pena como la prevención general o especial. Con este fin se propondrá una nueva generación de sanciones, que denominaré sanciones empoderativas, donde el «mal» que ocasiona la imposición de la pena será restar poder de decisión a sus administradores, para al mismo tiempo trasladar este poder por diversos mecanismos a las víctimas.

a) Sanciones y daños colaterales.

Tal como indicaba, el objetivo básico es el de evitar daños colaterales, que pueden derivarse tanto de la imposición de multas como de sanciones interdictivas (cierre de locales, prohibición de actividades, disolución…). Las sanciones interdictivas pueden ser especialmente perjudiciales para colectivos relacionados con la actividad de las empresas (trabajadores, acreedores) que a veces, además, pueden ser las víctimas del delito. Este tipo de sanción resulta muy agresiva con el desarrollo de la actividad normal de la empresa, puede dar lugar a despidos o incluso a la apertura de procesos concursales, lo que aleja el horizonte de la reparación. La forma más efectiva para evitar daños a las víctimas, y otros colectivos, es reducir el uso de este tipo de sanciones a lo imprescindible. Dejando de lado los supuestos de criminalidad organizada y empresas cuya actividad principal es la delictiva, ello se lograría eliminando de las sanciones interdictivas cualquier pretensión de prevención general y utilizarlas tan solo con fines preventivos especiales negativos o inocuizadores, reservándolas para aquellos casos en los que la actividad productiva pone peligro los intereses de trabajadores, consumidores o el medio ambiente.

Una concreción de esta propuesta se encuentra en el artículo 17 del *D. leg. 231* italiano, donde se señala expresamente que no se impondrán sanciones interdictivas cuando la empresa ha reparado el daño, eliminando las consecuencias dañosas de su comportamiento o ha emprendido acciones eficaces para evitar estas consecuencias, ha implantado o mejorado su sistema de cumplimiento y ha puesto el beneficio obtenido a disposición de las autoridades para su comi-

so [17]. Igualmente, en el artículo 66 bis del CP español, las penas interdictivas o la disolución, previstas en los apartados b) a f) del artículo 33 7, tienen como presupuesto comprobar «su necesidad para prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos». Este requisito exige reservar, tal como antes indicaba, las sanciones interdictivas para empresas peligrosas. No obstante, si de lo que se trata es de conjurar la peligrosidad de empresas viables económicamente, con el fin de que puedan seguir operando y a la vez evitar daños colaterales, la pena más idónea sería la intervención. El artículo 33. 7 f) del CP español regula esta pena señalando precisamente como su objetivo prioritario debe ser el atender a los intereses de los trabajadores y acreedores, que han podido ser víctimas del delito.

La multa es genuinamente la sanción que más entorpece los intereses de las víctimas. Si se quiere ser muy disuasivo imponiendo multas muy cuantiosas, al final las víctimas verán disminuida su posibilidad de ser indemnizadas. En el caso de que las víctimas sean trabajadores o acreedores, la multa puede contener también importantes daños colaterales, que afecten a sus intereses. Esta es precisamente una de las razones que siempre se han esgrimido contra la multa, la *overdeterrence*, tal como la conciben los partidarios de la teoría económica del derecho. El CP español resuelve desde antiguo esta cuestión haciendo una orden de prelación de pagos (art 126 CP). El patrimonio del penado se aplica primero a la reparación del daño, a satisfacer los intereses de la víctima, y solo posteriormente al pago de la multa [18]. En el caso de las personas físicas, esta regla no disminuye el carácter preventivo general de la multa. En la mayoría de los códigos penales, la multa siempre tiene una sanción de apoyo como es el arresto sustitutorio o los trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que reparación y prevención general no son fines que colisionen.

En el caso de las personas jurídicas, la compatibilidad de la multa con la reparación se pretende resolver (arts. 50.6 y 53.5 del CP) a través del fraccionamiento del pago. El artículo 53.5, que prevé un sistema específico para la persona jurídica, señala que el pago de multa puede suspenderse durante un período de hasta cinco años, «cuando su cuantía ponga probadamente en peli-

[17] Artículo 17. Reparación de las consecuencias del delito. 1. Restando la aplicación de las sanciones pecuniarias, las sanciones interdictivas no se aplican si antes de la declaración de la apertura del juicio oral, concurren las siguientes circunstancias: a) la persona jurídica ha reparado íntegramente el daño y ha eliminado las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o ha actuado de manera eficaz con este fin; b) la persona jurídica ha eliminado las carencias organizativas que han determinado el delito mediante la adopción e implantación de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos como el realizado; c) la persona jurídica ha consignado el beneficio conseguido con el fin de que sea confiscado.

[18] La LO 1/2015 que ha reformado este precepto ahonda más en la línea de primar los intereses de la víctima, dando preferencia al pago de las costas procesales en que haya podido incurrir la víctima del delito frente a la indemnización al Estado.

gro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general». Nuevamente este precepto permite tener en cuenta los intereses de un variado número de *stakeholders* de la empresa que va a ser sancionada, entre ellos sus víctimas, que pueden ser incluidas bajo la cláusula de interés general.

La tensión entre sanción y reparación se aborda también en las Directrices para la imposición de sanciones norteamericanas, que expresamente señalan que la primera finalidad de la sanción contra una persona jurídica es la reparación y luego el pago de la multa [19]. En los casos en que la organización, como consecuencia de esta medida, carezca de medios para pagar una multa calculada por el modo habitual, existe una forma alternativa de calcular la multa, la denominada multa para empresas insolventes. Incluso cuando se comprueba que la organización es o será incapaz de pagar la multa es posible prescindir de ella totalmente. Esta posibilidad se fundamenta en el *just desert* como teoría de la pena que, aunque de manera simplificada, se suele identificar con la retribución, incluye también la reparación de la víctima como fin prioritario de la pena.

Resulta también importante atender al modo en que las *Guidelines* aseguran la reparación del daño. La reparación en unos casos constituye una condición de la *probation*, lo que supone que el oficial de prueba tiene entre sus tareas supervisar el modo en que se efectúa la reparación [20]. En el caso en que la empresa sea condenada, la supervisión de la reparación se realiza mediante *supervised relase,* y corre a cargo de una persona designada por el juez. Esta modalidad de intervención resulta imprescindible para asegurar la eficacia de la reparación de la víctima, que constituye a su vez parte del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva.

Un problema hasta ahora no afrontado es cómo compaginar los intereses de las distintas víctimas o afectados por el delito, en cuanto que estos pueden ser contradictorios. Los intereses de los acreedores o de los trabajadores pueden resultar contrapuestos a las víctimas, por ejemplo, de la contaminación ambiental, en cuanto que su reparación efectiva puede poner en peligro el

[19] Guidelines for sentencing organizations § 8B 1.1. Remedying Harm from Criminal Conduct. Introductory Commentary: «As a general principle, the court should require that the organization take all appropriate steps to provide compensation to victims and otherwise remedy the harm caused or threatened by the offense. A restitution order or an order of probation requiring restitution can be used to compensate identifiable victims of the offense. A remedial order or an order of probation requiring community service can be used to reduce or eliminate the harm threatened, or to repair the harm caused by the offense, when that harm or threatened harm would otherwise not be remedied. An order of notice to victims can be used to notify unidentified victims of the offense».

[20] §8B1.2. Remedial Order y §8D1.1. Imposition of Probation – Organizations.

cumplimiento de las obligaciones de la empresa. En este sentido, debería existir la posibilidad de establecer mecanismos que armonicen la diversidad de intereses. El derecho de daños absolutiza la reparación de los afectados directos, lo que puede dejar de lado, por ejemplo, la reparación de intereses colectivos o de víctimas más difusas. Las *Guidelines* prevén disposiciones que permiten no solo aplazar la responsabilidad civil, sino también fraccionar el pago de las responsabilidades civiles o incluso atemperarlo. La responsabilidad civil satisface los intereses solo de una categoría de víctimas, aquellas cuyo daño se traduce en un perjuicio patrimonial, pero obviamente puede llegar a ser contraproducente para otras categorías de víctimas [21]. Este problema conduce en cualquier caso a una discusión mucho más amplia, muy importante por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente, donde la diferencia entre el concepto de víctima y el de perjudicado civil puede ser enorme. Aunque el CP español en los delitos contra el medio ambiente señala expresamente que los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado (art. 339) [22], no existe regulación alguna de cómo compaginar la reparación de daños medioambientales, los procedentes de la reparación civil y los que hayan podido experimentar otro tipo de víctimas.

b) Sanciones restaurativas o socializadoras.

Desde el punto de vista de la protección de las víctimas, resulta un objetivo muy modesto centrarse en un sistema de sanciones que simplemente pretenda evitar daños colaterales. La introducción de los intereses de la víctima dentro del sistema de penas debe ser más ambiciosa y aspirar a un segundo escalón en el cual sus intereses sean un objetivo prioritario a la hora de configurar la sanción [23]. Un ejemplo de este tipo de sanciones es el que en Estados Unidos se denomina *order to notice to victime* [24]. Se trata de una publicidad, a través de correo o de anuncios, restringida a las víctimas o afectados por deli-

[21] En este punto merece especial interés la propuesta que recientemente ha realizado Cuenca García, M. J. («La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020), con el fin de dotar de elementos restaurativos a la atenuante de reparación, dentro del marco de los delitos.

[22] *Vid.* Puente Aba, M.ª, «La reparación en el marco del derecho medioambiental», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 6.

[23] Se trata desde luego de ir más allá de dar estímulos a través del sistema de ejecución de las sanciones o de su determinación para la satisfacción de los intereses de la víctima. Este tipo de estrategia genera importantes distorsiones con otros fines de la pena, *vid.* Faraldo Cabana P., «Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado», *Estudios penales y criminológicos,* núm. 26, 2006, pp. 7-80.

[24] §8B1.4. Order of Notice of Victims.

tos de fraude con el fin de que sean conscientes de la sanción y facilitar la reparación [25]. Claramente, este tipo de sanción sirve para compensar las asimetrías informativas entre víctimas y autores a las que antes se hacía referencia.

Los servicios o trabajos en beneficio de la comunidad constituyen un tipo de sanción que con facilidad puede configurarse con el fin de atender a los intereses de la víctima de la infracción. Tal como se dispone en las *Guidelines*, esta sanción resulta especialmente apropiada cuando la empresa dispone del *know how* específico para reparar el daño causado por su comportamiento. La empresa no se limita pasivamente a aportar una cantidad que sufrague la reparación, sino que también debe emplear sus conocimientos técnicos, medios y trabajadores [26].

No obstante, la posibilidad de tener en cuenta los intereses de la víctima a la hora de conformar la sanción va más allá de estos supuestos, en donde la sanción está muy ligada a la reparación de daños tal como se entiende por el derecho civil. Es posible ser más imaginativos a la hora de proponer sanciones orientadas a la víctima, con una dimensión mucho más colectiva o social. En este sentido, una primera propuesta son las multas en beneficio de la comunidad que se inspiran en las previsiones del artículo 378 del CP español. En los años 80, cuando el consumo de drogas ocasionaba la muerte de miles de jóvenes, muchas madres encabezaron un movimiento social entre cuyas reivindicaciones se encontraba la necesidad de invertir los fondos obtenidos en la indemnización del daño u otro tipo de proyectos sociales. Y es que, ciertamente, resulta obsceno que el Estado se apropie de los bienes decomisados o de la cantidad pagada mediante multa mientras las víctimas continúan desatendidas. Fruto de esta presión es el actual artículo 378 del CP, que exclusivamente en materia de drogas, señala que tanto el comiso como la multa irán a parar a reparar el daño causado y a indemnizar los perjuicios. Desde luego, aunque el artículo 378 utiliza términos procedentes de la responsabilidad civil como indemnización o reparación, lo cierto es que estos conceptos pueden interpretarse de manera autónoma. Los delitos de tráfico de drogas son infracciones de peligro, es decir, dogmáticamente delitos sin víctimas, que no conllevan ningún tipo de reparación civil, por esta razón el artículo 378 permite emplear estos fondos en proyecto sociales que beneficien a un conjunto amplio e indeterminado de personas afectadas o que vayan destinadas a mejorar el entorno social.

---

[25] Básico en la configuración de todo este tipo de sanciones GRUNER, «Beyond Fines: Inovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Gudelines», 71 Wash. U. L. Q. 261 (1993).

[26] *Vid.* NIETO MARTÍN A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit*., p. 314; el trabajo de FISSE, «Community Service as Sanction Against Corporation», *Wis. L. Rev.* 970 (1981), pp. 970 ss.

Este tipo de previsiones podrían generalizarse a través de la figura de las multas en beneficio de la comunidad. La cuantía de la multa pasaría a formar parte de un fondo fiduciario que se destinaría a reparar los daños ocasionados por el delito en el seno de la comunidad. En su diseño resultaría conveniente establecer que la aplicación de los fondos no fuera decidida exclusivamente por el Estado, sino que las comunidades afectadas tuvieran voz en este proceso o incluso pudieran decidir en qué proyectos o acciones se invierten las cantidades que conforman el fondo fiduciario.

Igualmente debe pensarse en el establecimiento de la denominada *equity fine* o multa de capital propuesta por John Coffee [27] a principios de los años ochenta del pasado siglo y que se ha introducido en países como Australia [28]. Esta multa tenía en principio como objetivo evitar daños colaterales contra acreedores y trabajadores [29], por ello la multa, en lugar de traducirse en el pago de una cantidad de dinero, se articulaba de un modo algo más complejo: se reducía el valor nominativo de cada acción, a la par que la persona jurídica emitía nuevas acciones por un valor equivalente. En el diseño original de este tipo de sanción, estas nuevas acciones pasaban a ser propiedad del Estado, lo que suponía una modalidad alternativa al pago de la multa. En un modelo de multa de capital orientado a la víctima, estos paquetes de acciones irían a parar directamente a las víctimas. Al igual que en el caso anterior, las acciones podrían formar parte de un fondo fiduciario, que administrado por las propias víctimas o por un tercero en su nombre, sirviera para reparar el daño o desarrollara proyectos que beneficiaran a las comunidades afectadas.

La *equity fine* es como puede apreciarse una vía muy eficaz para aunar reparación –en un sentido más amplio que el que existe en la responsabilidad civil– y prevención general. La cuantía de la multa de capital no afecta a la capacidad productiva de la empresa, ni mucho menos pone en peligro su existencia, pero a la vez mantiene intacta o incluso incrementa su poder de disuasión. La intimidación no viene únicamente determinada por la cuantía a la que asciende la multa, sino también por la pérdida de poder, de control que puede surgir tras la reducción del valor de las acciones y la aparición de otro accionista –las víctimas o el Estado– con un poder relevante. Esta pérdida de control

[27] Coffee J., «No soul to dam no body to kick: An unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review,* 1981. Un desarrollo pormenorizado de esta propuesta en Kennedy, «Criminal Sentences for Corporations: Alternative Finding Mechanisms», *California Law Review*, vol. 73, 1985.

[28] Braithwaite J., «Strategic Socialism, strategic privatisation and crisis», *Australian Journal of Corporate Law* núm. 28 (2013), pp. 35 ss, especialmente pp. 51 ss, donde denomina gráficamente a este tipo de sanciones «*socialist sanctions*»

[29] *Vid.* Nieto Martín A, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, *op. cit*., p. 345.

debiera ser especialmente significativa, como consecuencia de la cuantía de la multa, en dos situaciones. En supuestos en los que el delito realizado sea extraordinariamente grave –una catástrofe ambiental o alimentaria, la participación en el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico por parte de una entidad bancaria, etcétera– o cuando la empresa sea multirreincidente. En estos supuestos, las sucesivas *equity fines* irán despojando a los socios mayoritarios de su control, produciéndose de manera progresiva una socialización de la empresa.

Una alternativa a la multa de equidad, pero funcionalmente equivalente, sería la de constituir directamente fondos fiduciarios, que en manos de un administrador independiente o incluso de la propia empresa, tendrían como cometido desarrollar acciones de reparación o proyectos sociales durante un determinado tiempo [30]. Este tipo de fondo vendría a ser una responsabilidad social corporativa obligatoria orientada a los perjudicados por el delito, que en realidad constituyen una categoría más entre los *stakeholders* de la entidad. Aunque no se tratara estrictamente de una multa, no está lejos de esta propuesta el fondo de integridad de $100 millones que el Banco Mundial obligó a crear a Siemens durante quince años, como parte de su acuerdo por los delitos de corrupción cometidos por la firma [31].

La participación de las víctimas en la sanción sería también posible a través de la sanción que denominaré pena de intervención comunitaria. Esta sanción debe ponerse también en relación con la responsabilidad social corporativa. En sus orientaciones más recientes, la responsabilidad social corporativa pretende integrar a los *stakeholders* en el sistema de gobierno de la empresa, con el fin de hacer más efectivos sus intereses en la toma de decisiones de la entidad. Esta vuelta de tuerca se debe a múltiples factores, desde la globalización a la utilización de la autorregulación, pero que confluyen en el aumento desmesurado de poder que hoy tienen las grandes corporaciones en la sociedad. Cuando las empresas se convierten en actores sociales y políticos, y no meramente económicos, con una capacidad de influencia en la vida de miles de personas, se hace necesario una mayor legitimación de sus decisiones, que se traduce en la necesidad de reformar sus sistemas de gobierno corporativo con el fin de institucionalizar la representación de los *stakeholders* [32].

---

[30] Howard M. L., «Charitable Contributions as a Condition of Federal Probation for Corporate Defendants: A Controversial Sanction Under New Law», *Notre Dame Law Review,* vol. 60. 3. 1985.

[31] *Vid.* http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0, contentMDK:22234573~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html.

[32] Al respecto, con ulteriores referencias, Nieto Martín A., Compliance programs: *de la gestión de la legalidad a la de la legitimidad* (en prensa).

La intervención comunitaria sería una sanción destinada precisamente a introducir la voz de los *stakeholders* afectados por los comportamientos delictivos de la empresa en el gobierno corporativo del ente, especialmente en aquellos órganos responsables del diseño, implementación y ejecución de los modelos de organización. Este papel activo de los *stakeholders* en la gestión del cumplimiento normativo podría articularse de tres maneras. La primera obligando a la entidad a que suministrara periódicamente información de su gestión al grupo de interés afectado, con el fin de que estos pudieran ejercer un mayor control sobre su actividad. La segunda, permitiendo además que los representantes de los grupos de interés participaran en la revisión del programa de cumplimiento, pudiendo visitar con este fin sus establecimientos, hacer entrevistas a su personal etcétera. La tercera sería incluir, de manera estable, a los grupos de víctimas dentro de los órganos de cumplimiento. Por ejemplo, en Italia y España, donde tenemos el órgano de vigilancia, sería un sitio ideal para ubicarlos.

La intervención comunitaria podría ser una medida mucho más efectiva que una intervención pública o judicial, para mejorar el sistema de cumplimiento de la entidad. Generaría una mejor comprensión por parte de la empresa de los problemas de cumplimiento que debe afrontar o, más aún, abriría las puertas a una *responsive self regulation* en el sentido que propone John Braithwaite [33]. Por otro lado, ayudaría a subsanar uno de los principales defectos de los programas de cumplimiento, la falta de legitimidad en la manera en que estos son implementados. Es lógico mirar con desconfianza un programa de cumplimiento diseñado e implementado en exclusiva por los dirigentes sociales, es decir, por aquellos que son los principales obligados o destinatarios del programa. La intervención de terceros en los programas de cumplimiento solventa este problema de legitimidad y eficacia. Por ello, la intervención en beneficio de la comunidad que se propone como sanción, en realidad debiera ser también una *best practices* con el fin de implementar programas de cumplimiento más efectivos y creíbles [34].

23.3 JUSTICIA RESTAURATIVA CORPORATIVA

La justicia restaurativa constituye un camino más ambicioso que el anterior para tener presente los intereses de las víctimas de comportamientos de violencia empresarial. Aunque *prima facie* puede resultar una propuesta nove-

[33] Braithwaite J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, *op. cit*., pp. 29 ss.

[34] Nieto Martín A., en Nieto Martín (dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch. 2015, pp. 123 ss.

dosa, existen ya una serie de iniciativas que apuntan en esta dirección. En el plano normativo cabría destacar en primer término la Directiva de la UE sobre derechos de las víctimas [35], donde se contempla la justicia restaurativa como un derecho más de cualquier víctima, lo que lógicamente incluye las víctimas corporativas. Desde el punto de vista de los derechos de las víctimas el acceso a este tipo de procedimientos requiere no solo que el autor reconozca los hechos, lo que constituye como veremos una *conditio sine qua non* de la justicia restaurativa, sino además que la víctima preste su consentimiento libre e informado. Igualmente resulta importante garantizar a las víctimas el acceso a los servicios de justicia restaurativa, lo que exige el que en estos servicios exista algún tipo de especialización que permita atender a las peculiaridades especiales de este tipo de víctimas [36].

En segundo término, y en el marco que particularmente nos interesa, el *soft law* de Naciones Unidas ha ido aproximándose a la justicia restaurativa como forma de compensación de las violaciones de derechos humanos, entre las que se incluyen también los graves atentados al medio ambiente. A diferencia del resto de violaciones al derecho internacional, donde la reparación tiene lugar entre estados, en estos casos las víctimas son las titulares directas del derecho a la reparación [37]. La primera norma en el tiempo es la Declaración de

---

[35] Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315/57, *vid.* especialmente el punto 46 de su preámbulo y su artículo 12.

[36] La monografía Forti G. (dir), *Victims and Corportions. Legal Challanges and Empirical Findings*, Wolters Kuwer. Cedam, 2018, recoge los resultados de un proyecto de investigación dedicado a analizar las peculiaridades de las víctimas corporativas en el marco de la Directiva europea. Además de los distintos trabajos que componen la monografía resulta de especial interés uno de los resultados del proyecto «Individual Assessment of Corporate Violence Need's. A practical Guide». April 2017, especialmente pp. 27 ss, donde se realizan interesantes propuestas sobre el desarrollo práctico de procedimientos restaurativos con víctimas de corporaciones.

En materia de daños medioambientales, desde el marco de la criminología verde se propone incluso un concepto de víctima no antropocéntrico, que incluya también como víctima a especies animales y vegetales, Varona, G., «Restorative pathways after mass environmental victimization: walking in the landscapes of past ecocides», Oñati Socio-legal Series, 2019 (https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1044). Más allá de si el concepto de víctima debe dejar de ser antropocéntrico, lo que es indudable es que los programas de justicia restaurativa por daño ambiental deben incluir también no solo la restauración de espacios protegidos, sino prestar especial atención a animales salvajes o domésticos dañados por la catástrofe medioambiental. En el caso de la Fundación Renova, que se citará posteriormente como una experiencia pionera, existe un programa especial de reparación para este tipo de «víctimas» (*vid.* https://www.fundacaorenova.org/programa/programa-de-assistencia-aos-animais/).

[37] *Vid.* sobre la reparación a las violaciones de víctimas de derechos humanos Tomuschat C, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations,* 10 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 157, 2002; Cruz L. M., «El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos», UNED. *Revista de Derecho Político,* núm. 77, enero-abril 2010, pp. 185 ss.

Naciones Unidas de 1985 relativa a las víctimas de abuso de poder, donde además de medidas de resarcimiento, se contemplan otras de indemnización, asistencia y acceso a la justicia, que toman como punto de partida un concepto de víctima mucho más amplio que el de perjudicados civilmente por el delito. La Resolución de la Asamblea General 60/147 sobre Principios básicos y directrices para la reparación a víctimas graves de derechos humanos, retoma el camino de la Declaración de 1985 y establece también un concepto amplio de reparación, próximo a lo restaurativo. Además de las medidas de reparación, indemnización, aun cercana a la noción de responsabilidad civil se incluye la garantía de no repetición o la satisfacción, con el derecho a la «revelación pública y completa de la verdad, 'una declaración oficial que restablezca la dignidad de la víctima» o «la petición de disculpas» [38].

Más allá de estos documentos generales, la práctica nos muestra supuestos de reparación con elementos de justicia restaurativa, si bien hasta la fecha los casos han tenido como protagonistas las violaciones de derechos humanos realizadas por los estados [39].

Los documentos anteriores se enmarcan claramente en un contexto de justicia de transición [40], es decir, de violaciones a derechos humanos ocurridas en conflictos bélicos o regímenes dictatoriales. Los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales establecen la aplicación de un concepto de reparación y víctima similares en un contexto distinto, en el que la violación de derechos humanos se produce como consecuencia de su activi-

[38] La resolución es obra fundamentalmente de Van Boven y del penalista Cheriff Bassioni. *Vid.* Van Boven T., «Principios y directrices básicos de las naciones unidas 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», United Nations Audiovisual Library of International Law.

[39] *Vid.* Martín Beristain C., *El derecho a la reparación en los conflictos ambientales,* Universidad del País Vasco, 2012, donde se dan cuenta de numerosos casos y experiencias prácticas. Es especialmente interesante el caso Chixoy. La presa Chixoy se construyó entre 1977 y 1985, inundando más de miles de hectáreas y haciendo desaparecer localidades, viviendas etc., lo que afectó 2.300 familias. Realizada durante la dictadura militar de Guatemala, no hubo consulta alguna con los afectados y, además, la Policía Militar no dudó en asesinar y arrasar poblaciones con el fin de acallar las protestas. A partir de 2006, se llegó a acuerdos entre el Gobierno de Guatemala y la Coordinadora de Comunidades afectados. En dicho marco se conformó la Mesa Política de Diálogo y Negociación con representantes del Gobierno, la Coordinadora, observadores internacionales y la Organización de Estados Americanos (OEA) como mediador. Se estableció también una Comisión Técnica de Verificación, que elaboró un informe de identificación y verificación de daños y perjuicios. En 2010, se firmó un acuerdo de reparación que incluye una perspectiva integral y mecanismos de verificación y seguimiento. Uno de los puntos de este acuerdo consistió exigía al Gobierno de Guatemala organizar una serie de encuentros con las comunidades afectadas en los que las autoridades daban a conocer el Informe de Identificación y Verificación de Daños y Perjuicios y el Plan. Igualmente tienen contenidos restaurativos los denominados toxi-tours, en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la amazonia ecuatoriana.

[40] *Vid.*, a partir de la experiencia brasileña, Saad-Diniz E., Justiça de transiçao corporativa: a nova geraçao de estudos transicionais, *Revista Brasileira de Ciencias Criminais,* 2020, 167 ss.

dad ordinaria. Aunque hasta el momento la diligencia debida –o cumplimiento normativo en derechos humanos– ha acaparado la mayor parte del debate, centrándose en este elemento las normas nacionales que se han elaborado en esta materia, la reparación entendida de manera amplia constituye un aspecto esencial y deja absolutamente claro que no constituye una obligación estatal, sino de las propias empresas multinacionales. La función del Estado consiste en establecer el marco legal oportuno para qué hacer que la reparación y el acceso a la justicia sean eficaces. El concepto de reparación de los Principios Rectores supera igualmente cualquier connotación civilista y se aproxima con claridad a contenidos restaurativos: «Puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo, multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición». Los Principios establecen igualmente que la necesidad de arbitrar mecanismos extrajudiciales, como la mediación, que pueden ser dejados en manos de las empresas por sí solas o conjuntamente con las partes interesadas.

Tal como señalábamos también en el terreno de la práctica han aparecido experiencias de reparación que, aunque en puridad no pueden ser calificadas de restaurativas, paulatinamente van abarcando contenidos que transcienden una visión, puramente civil y, por tanto, patrimonial, de reparación [41]. Ya en el núcleo duro del derecho penal internacional, las empresas que habían colaborado con el régimen nazi y fueron juzgadas en Nüremberg por utilización de trabajo esclavo crearon en 2000 la Fundación *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* [42], dotada de un fondo de 358 millones de euros, con los que financian proyectos de recuperación de la memoria, de protección de derechos humanos y de reparación a las víctimas del nacionalsocialismo.

En Brasil, recientemente se ha cerrado un acuerdo entre la Fiscalía y la empresa Volkswagen sobre la represión ejercida durante la dictadura, en la que la empresa se compromete a pagar 36,3 millones de reales a iniciativas de reparación en materia de derechos humanos. La iniciativa se ha articulado a través de una *Termo de Ajustamento de Conducta* (TAC), un acuerdo extrajudicial donde se establecen obligaciones para las empresas, que de cumplirse no darán lugar a acciones judiciales de naturaleza civil contra la compañía por complicidad empresarial con los órganos de represión estatales durante la dic-

[41] Sobre los fondos de reparación para víctimas con carácter general Lima L., «Fondos de Ayuda o reparación para víctimas de delitos o abuso de poder», *Revista de Victimología*, pp. 97-131 (DOI 10.12827-RVJV-1-04 | P. 97-131).

[42] https://www.stiftung-evz.de/start.html.

tadura brasileña (1964 y 1985). A las empresas se las investiga en concreto por haber colaborado con la tortura y la desaparición de empleados de la compañía. La empresa, además de pagar una compensación al fondo estatal destinado a la compensación por estos delitos, debe publicar en los dos periódicos de mayor tirada dos reportajes sobre los hechos investigados y hacer una donación de aproximadamente 2 millones de dólares a proyectos que promuevan la memoria histórica.

En el caso de violaciones contra el medio ambiente puede citarse el caso del fondo fiduciario de *British Petroleum* como forma de compensar a los damnificados por el vertido en el Golfo de México [43], pero sobre todo nos parece particularmente interesante la experiencia de la Fundación Renova en Brasil. Al igual que el acuerdo de Volkswagen, esta iniciativa parte de un acuerdo entre la empresa minera Samarco, filial de la empresa Vale –antigua empresa estatal privatizada– y de otras multinacionales canadienses y australianas, y el Ministerio Público de la Región de Minas Gerais, como medio alternativo a los procesos civiles contra la compañía. El acuerdo no ha afectado, sin embargo, los procedimientos penales abiertos contra la compañía y varios de sus empleados y dirigentes [44].

El origen de la Fundación Renova se encuentra en la catástrofe medioambiental ocurrida como consecuencia de la ruptura de una presa de residuos, que afectó a miles de hectáreas y además de muertes y lesiones, alteró significativamente la vida de miles de personas. Lo significativo del trabajo realizado hasta ahora por la Fundación es el desarrollo de más de cuarenta programas de reparación, agrupados en dos grandes bloques: programas socioeconómicos y medioambientales. Igualmente resulta de gran interés la discusión relativa a establecer un sistema propio de gobierno corporativo de la Fundación que pretende garantizar la participación de las diversas categorías de afectados en la gestión de los fondos. A diferencia del fondo de British Petroleum, que carecía de un control púbico, el sistema de gobernanza de la Fundación Renova permite una gran participación del Ministerio Público [45]. Al modelo de los fondos fiduciarios, pero en el ámbito de la corrupción, pertenece también el creado

[43] Este fondo se estructura de manera semejante al del 11 de septiembre e incluso se nombra a la misma persona como administrador. Su fundamento jurídico es una *class actions funds* y se aprueba judicialmente en el marco de procedimientos civiles. El fondo no ha tenido ningún tipo de supervisión judicial.

[44] Un completo estudio del caso puede verse en Arantes Prata D., *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do caso Samarco*, Libers Ars, 2020. Igualmente es muy valiosa la información que puede obtenerse en la web de la Fundación (https://www.fundacaorenova.org/).

[45] Mullenix L., «Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far», *Louisiana Law Review,* vol. 71, núm. 3, 2011, p. 819 (https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol71/iss3/3).

por Siemens al que antes se hacía referencia, como consecuencia de su acuerdo con el Banco Mundial. La creación de este fondo tenía como objetivo el que Siemens fuera excluida del sistema de *debarment*.

Ninguna de estas experiencias puede ser calificadas plenamente de restaurativas en el sentido estricto del término. En todas ellas faltan elementos esenciales de este modelo de justicia, como es la asunción de responsabilidades por parte del victimario, la petición de disculpas, su compromiso para emprender reformas estructurales que garanticen la no repetición, etcétera. En algunos de estos supuestos se tiene la sensación de que la creación de fondos fiduciarios ha sido la estrategia elegida por la empresa para desvincularse del conflicto ocasionado por la catástrofe medioambiental o la violación de derechos humanos, una manera de desconectar el daño causado de sus asuntos ordinarios y las preocupaciones principales de sus dirigentes. Quizás por todas estas razones, la creación de este tipo de fondos pese a las grandes sumas de dinero invertidas no ha servido para cerrar de manera definitiva el conflicto generado por el comportamiento empresarial. E igualmente tampoco han tenido gran repercusión en la esfera judicial. Lo importante de todos estos intentos es, sin embargo, la utilización de un sistema de reparación extrajudicial, basado en un concepto de reparación que en mayor o menor medida contiene elementos restauradores. Por esta razón, cabe suponer que la utilización de la justicia restaurativa aportaría una metodología mucho más sofisticada e idónea para solventar los conflictos originados por la violencia empresarial.

La justicia penal tiene un ritmo muy distinto al que plantean las necesidades de reparación de la víctima, que además por muchos derechos que se le hayan conferido, puede tener problemas insalvables de acceso a la justicia, sobre todo en aquellos supuestos en los que las empresas no van a ser juzgadas en el país donde ocurrieron los hechos y se sitúan las víctimas. Pero también la justicia restaurativa resulta de gran interés para las empresas. El esfuerzo que realizan, a través de mecanismos extrajudiciales de reparación, podría ser rentabilizado en los procesos penales abiertos y ser de utilidad para mitigar el daño reputacional que ha generado y poder seguir manteniendo su producción en las zonas afectadas.

a) ¿Una vía alternativa o complementaria?

El primer debate que debe plantearse a la hora de proponer una solución restaurativa para los casos de violencia empresarial es la relación entre los procesos restaurativos y la justicia penal ordinaria o retributiva. En lo que alcanzo, y hasta la fecha, no existe ningún supuesto en los que iniciativas como

las apuntadas anteriormente hayan tenido algún tipo de vinculación con el proceso penal.

Idealmente, las relaciones de la justicia penal con la restaurativa pueden, ciertamente, articularse de varios modos. Tal como muestran los casos que examinamos anteriormente, pueden actuar en planos diferentes, sin interferencias. No obstante, no es esta la única posibilidad. Como establece la reciente Recomendación del Consejo de Europa, la Justicia Restaurativa «puede emplearse en cualquier fase del proceso penal». Lo que significa que puede utilizarse dentro de la conformidad o de justicia negociada [46]; como forma de restitución que tenga incidencia en la sentencia como circunstancia atenuante, como circunstancia a tener en cuenta para la suspensión de la ejecución de la pena o incluso dentro de la ejecución penitenciaria [47]. Con independencia de que en diversos ámbitos de la delincuencia económica y corporativa sean convenientes vías distintas, la propuesta que aquí se hace, destinada a los casos de violencia corporativa que causan graves daños a los derechos humanos y al medio ambiente, es que la justicia restaurativa debe conformarse como una vía alternativa, y no simplemente complementaria, y que además debe ponerse en marcha desde el inicio del procedimiento penal (o sancionador) como mecanismo de *diversión*. De hecho, la recomendación del Consejo de Europa que antes citábamos, aunque deja la puerta abierta a varias formas de coordinación, pone un especial énfasis en la justicia restaurativa como vía alternativa al proceso penal.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayoría de los ordenamientos nos sitúa en un contexto nuevo a la hora de reflexionar acerca de las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa como alternativa. La responsabilidad conjunta de persona física y jurídica por unos mismos hechos, que es la regla en la mayoría de los ordenamientos, abre un nuevo escenario acerca de cómo alcanzar los fines de la pena. El que por un mismo hecho podamos sancionar a dos entidades diversas, pero a su vez co-

---

[46] *Vid.* en este punto los trabajos de Aguilera Morales M., «Víctima y conformidad: al encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir»; Castillejo Manzanares R., «Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas», ambos en Hoyos de Sancho M., *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales,* Aranzadi, 2017; Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa». *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40, 2020. En estos trabajos se da cuenta de los esfuerzos que hasta ahora se han hecho de vestir prácticas restaurativas con el inapropiado traje de la conformidad. Además de otras dificultades que ponen de manifiesto las autoras, en realidad la dinámica temporal de un procedimiento restaurativo no tiene que ver nada con la conformidad. En supuestos de delincuencia corporativa graves, como los que nos ocupan en este trabajo, los procesos restaurativos pueden durar años, en los que se desarrollen los distintos programas, etcétera. Es muy difícil encajar las dinámicas restaurativas en un espacio de tiempo mucho más circunscrito a un breve lapso como es el de la conformidad.

[47] Baucells Lladós J., «Delincuentes socioeconómicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 34, 2020.

nectadas de una manera distinta a la que están, por ejemplo, los coautores, permite establecer puentes e interacciones entre las diversas respuestas [48]. En el terreno que aquí nos interesa, permite por ejemplo establecer una estrategia conjunta para alcanzar los distintos fines de la pena, centrando los aspectos de prevención general o incluso retributivos en la persona física y dando prioridad en la respuesta a la persona jurídica a otros aspectos que también resultan imprescindibles para la superación del conflicto generado por el delito.

La preferencia por la persona jurídica, en lugar de la física [49], como sujeto del proceso restaurativo se fundamenta, de un lado, en su mayor capacidad para poner en marcha y ejecutar medidas que atiendan a las múltiples aristas de los conflictos sociales que generan los delitos económicos, sobre todo cuando pueden definirse como violencia corporativa y dan lugar a procesos de victimización complejos como los referidos en el apartado primero de este trabajo. La justicia restaurativa empresarial es especialmente útil para enfrentarse con supuestos graves de violencia empresarial, como graves delitos medioambientales o violaciones de derechos humanos, escenarios donde existe una situación de gran desequilibrio de poder entre víctimas y autores y unas necesidades de reparación que sobrepasan las que puede ofrecer el derecho penal, civil o administrativo a través de sus mecanismos habituales. Además, en la etiología de los delitos corporativos resultan de gran importancia los factores estructurales, que tienen que ver más con problemas propios de la corporación que con factores individuales, tal como pone de manifiesto el paradigma explicativo dominante de este tipo de delitos [50]. De esta manera, la garantía de no repetición que constituye un derecho básico de las víctimas solo puede asegurarse en el marco de un proceso reparador centrando en la empresa. Esto no excluye en ningún caso que de la reparación puedan desvincularse las personas físicas y muy especialmente los dirigentes empresariales. Como después veremos, la petición de disculpas, el oír las historias y los problemas de las víctimas, la asunción de responsabilidad, que constituye un momento esencial de los procesos restaurativos, solo puede hacerse a través de personas físicas que representen a la entidad.

---

[48] La muestra es, por ejemplo, el artículo 31 ter 1. del CP español que permite compensar ambas sanciones. El mejor estudio sobre las relaciones entre la responsabilidad individual y colectiva es Mongillo V., *La responsabilitá penal tra individuo ed ente colectivo,* Giappichelli Editore, 2018, quien propone un modelo interactivo y ponderado entre ambos tipos de responsabilidad (pp. 467 ss) que conectaría con la propuesta que aquí se realiza.

[49] Explorada por Guardiola Lago, M. J., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020.

[50] Cfr. Nieto Martin A, «Cumplimiento normativo, Criminología y Responsabilidad penal de personas jurídicas», en Nieto Martín A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 50 ss.

La objeción más importante a que la justicia restaurativa pueda conformarse como una alternativa a la justicia penal y que, además, opere de manera simultánea se centra en señalar que ambos tipos de «justicia» se mueven en planos diferentes [51]. Mientras que el derecho penal actúa en un plano de relaciones vertical: estado-ciudadano infractor, la justicia restaurativa, se mueven en un plano horizontal o interpersonal. Ambos planos son independientes y el conflicto que origina el delito en cada uno de ellos debe ser solventado de manera autónoma. Como muestra, por ejemplo, la institución del perdón, que se mueve en el plano horizontal, entre ambos pueden existir interrelaciones, pero cada uno de ellos obedece a una lógica diferente. Igualmente, la intervención penal debe llevarse a cabo sin que interfiera u obstaculice la posibilidad de solventar el conflicto horizontal [52]. El problema que ha planteado el renacer de la víctima es que precisamente sus intereses son el núcleo de esta relación.

Esta crítica no me parece, sin embargo, que tenga el peso suficiente. En primer lugar, tal y como ya señalamos, la dualidad persona física-jurídica debe resultar de utilidad para encontrar una solución que permitan resolver ambos conflictos simultáneamente. Mientras que la sanción penal individual solventa el conflicto vertical que genera el delito, posibilitar la justicia restaurativa empresarial, ayuda a solventar el conflicto horizontal. La justicia restaurativa está mejor situada para atender los intereses de la víctima, porque a diferencia del derecho penal, incorpora como elementos estructurales el arrepentimiento, la petición de disculpas, la reconciliación que son necesarias para resolver el conflicto horizontal. La justicia penal está asociada, además, al modelo de reparación patrimonial procedente del derecho civil, que no resulta idóneo para un modelo de reparación como el que proponen los instrumentos internacionales a los que antes se hacía referencia.

A esta suerte de doble vía podría objetarse que también en relación con la persona jurídica, una vez establecida su responsabilidad penal, existe un conflicto vertical que es independiente y que no puede ser solventado en exclusiva con la pena impuesta a la persona física. Ello resulta, por lo demás, una consecuencia lógica de la independencia de ambos injustos, lo que es incues-

[51] A superar esta diferencia de planos y enfoques no ayuda el que desde las filas de la justicia restaurativa se hable con frecuencia de justicia retributiva para referirse a la justicia penal. Dando por bueno que la retribución es fin de la justicia penal, lo cierto es que el derecho penal persigue finalidades muchos más complejas, como se deriva de la discusión de los fines de la pena, pero también del ingreso de la víctima en el sistema penal. Para una visión actualizada del debate de los fines de la pena, es imprescindible Rodríguez Horcajo D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad,* Marcial Pons, 2016.

[52] Cfr. Silva Sánchez J. M., *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal,* Atelier, 2018, p. 23 y pp. 215 ss.

tionable cuando hablamos de autorresponsabilidad o culpabilidad propia. Esta posible objeción no me parece, sin embargo, de peso. No es posible separar ambos conflictos de manera tajante, a no ser que se mantenga un riguroso retribucionismo [53] o una concepción autoritaria del derecho penal, donde la desobediencia a la norma y, por tanto, al mandato del soberano sea el núcleo de la infracción. La resolución del conflicto horizontal, a través el proceso restaurativo, disminuye la importancia del conflicto vertical en la mayoría de los casos, como prueba el que la reparación sea una circunstancia atenuante en la mayoría de los sistemas.

Lógicamente todo lo anterior no implica que la justicia restaurativa empresarial sea válida para resolver todo tipo de conflictos generados por la violencia corporativa grave. En este punto, la investigación futura tiene como reto principal identificar los conflictos que pueden ser resultados de manera más eficiente a través de este mecanismo alternativo [54] y en cuáles otros debe seguir apostándose por la vía del derecho penal.

b) El instrumento jurídico *de lege ferenda:* los acuerdos reparadores para diferir el procedimiento.

La instrumentalización práctica [55] de la propuesta que aquí se realiza vendría de la mano de una nueva tipología de acuerdos para diferir el procedimiento de naturaleza restauradora [56]. A diferencia de la conformidad, cuya finalidad principal es la gestión de la carga de trabajo de la administración de

---

[53] Lo cual parece ser la posición de Robinson D., «The Virtues of Restaurative Process, the Virtues of Restaurative Justice», *Utah Law Review,* 2003, 1, pp. 375 ss., que comparte Silva Sánchez J. M., *Malum passionis*, p. 217.

[54] Sobre los criterios de eficiencia y eficacia de los acuerdos restaurativos *vid.* Calvo Soler R., *Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña,* Gedisa, 2018, pp. 84 ss, quien precisamente plantea la noción de la alternatividad de la justicia restaurativa a partir de estas nociones. Raúl Calvo ha desarrollado, si bien no en el marco que ahora nos interesa, la ausencia de condiciones restaurativas en relación al victimario, las víctimas o la comunidad, *vid.* Calvo Soler R., *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación,* Ediciones Ned, 2018, pp. 89 ss.

[55] Como requieren las Recomendaciones del Consejo de Europa, es preciso articular mecanismos que coordinen el proceso restaurativo y el penal. Punto 22: «Si la justicia restaurativa es aplicada en el marco del procedimiento penal, se deben elaborar políticas de funcionamiento. Concretamente, estas deben abordar los procedimientos que contemplen la derivación de casos a justicia restaurativa y la gestión de casos después de la justicia restaurativa».

[56] Cuya inclusión en nuestro país cuenta con bastantes apoyos en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *vid.* por ejemplo, recientemente Gimeno Bevía J., «Hacia el principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas», en Calaza López M. S/Muinelo Cobo J. C.(dir.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial,* José María Asencio Mellado, 2020; Torras Coll J. M./ Gimeno Beviá J./Fortuny M., «Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos», *Diario La Ley,* núm. 9443, 2019.

justicia, los *Deferred Prosecution Agreements*, que existen en muchos países anglosajones y que empiezan a exportarse también a ordenamientos continentales, deben enmarcarse dentro de la *probation*. Procedentes del derecho penal juvenil, desde donde han saltado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tienen un fin resocializador. Si atendemos a la práctica norteamericana, las condiciones que se imponen en estos acuerdos como la reparación del daño, la mejora de los programas de cumplimiento o el cese de determinados directivos de la entidad atienden a esta finalidad. No resulta complicado el salto de unos acuerdos para diferir o finalizar el procedimiento resocializadores a otros de tipo restaurativo. Las condiciones resocializadoras que acabamos de mencionar pueden, por ejemplo, entenderse como condiciones necesarias para la no repetición.

Una ventaja de establecer en el comienzo del procedimiento la conexión entre justicia restaurativa y el proceso penal es que ello resulta más atractivo para las empresas. La inclusión, por ejemplo, de la justicia restaurativa como un atenuante en el momento de la determinación de la pena llegaría demasiado tarde. Es dudoso que una empresa decidiese embarcarse en un procedimiento restaurativo, cuando ya ha tenido que soportar un proceso penal. Este seguramente habrá generado nuevas tensiones y agrandado el conflicto con las víctimas, lo que hará más compleja la intervención restauradora. Una ventaja ulterior de los acuerdos restaurativos frente a los resocializadores es que servirían para eliminar una de las principales críticas que, al menos en EE. UU., se han efectuado contra los *deferred* y *non deferred prosecution agreements*: la falta de transparencia y el olvido de las víctimas [57]. Por su propia naturaleza, el procedimiento restaurador subsiguiente al acuerdo no incurriría en ninguno de estos dos defectos.

Lógicamente los acuerdos de no persecución de restaurativos tendrían que partir de la aceptación tanto por parte de las víctimas como de los autores. Igualmente sería necesario que estos asumieran, como punto de partida la responsabilidad de los hechos. No obstante, esta asunción de responsabilidad debe producirse de acuerdo con las propias reglas y la dinámica propia del proceso restaurado. Como atinadamente ha señalado Daniela Gaddi, de lo que se trata fundamentalmente es de reconstruir entre ambas partes «el sentido del evento delictivo de manera que pueda ser compartido por todos los protagonis-

[57] Cfr. Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 1010 ss. *Vid.* además el fundamental estudio en este punto de B. L. Garret, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations,* Belknap Press, 2014.

tas y, sobre esa base, establecer conjuntamente la forma mejor de reparar sus consecuencias» [58].

Descendiendo a un plano más técnico, los principales problemas a la hora de diseñar estos acuerdos surgen en el momento de articular sus relaciones con el proceso penal. El primer aspecto complejo radica en establecer qué ocurre cuando el proceso restaurador fracasa y qué reflejo tiene en el proceso penal o en la pena [59]. Aunque no es sencillo determinar cuándo puede decirse que un proceso restaurativo ha fracasado esta decisión debe corresponder al fiscal (o juez de instrucción) que admitió la derivación del proceso, quien dotado de un margen de discrecionalidad inevitable debiera decidir acerca de qué hacer en estos casos. La decisión a tomar no debiere ser desde luego binaria (blanco/negro) y debiere permitir gran variedad de grises. Un gran esfuerzo de la empresa pese a la insatisfacción de las víctimas podría considerarse suficiente y no dar lugar a la apertura del proceso penal. En caso contrario, la atenuante de reparación podría servir en nuestro ordenamiento para articular una rebaja substancial de la pena, que tuviera en cuenta el esfuerzo reparador realizado, pese al posible fracaso.

A diferencia de lo que ha ocurrido en algunas experiencias prácticas como la de la Fundación Renova que antes comentaba, el papel del fiscal/juez de instrucción, en los procesos reparadores debe limitarse a ser un mero observador externo con el fin de, en consonancia con lo que acabo de indicar, analizar los efectos sobre un posible proceso penal [60]. Su participación, representando los intereses del estado, podría desvirtuar el procedimiento restaurativo, cuyo desarrollo debe llevarse a cabo por un nuevo tipo de experto, con habilidades y conocimientos bien diferentes: el facilitador y los servicios de justicia restaurativa [61].

Un problema ulterior es la regulación de la transmisión de información entre el proceso restaurador y el proceso penal. En el modelo que aquí se propone, el proceso penal seguiría en relación a las personas físicas responsables del delito. Como es bien sabido, los *Deferred Prosecution Agreement* en la práctica norteamericana han sido utilizados a veces como un mecanismo casi

---

[58] Cfr. nuevamente Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, p. 1024.

[59] En este punto son escasas las indicaciones que aportan las Recomendaciones del Consejo de Europa: «35. Si un caso vuelve a remitirse a las autoridades judiciales sin que las partes hayan llegado a un acuerdo o después de no aplicarse dicho acuerdo, la decisión sobre cómo proceder debe tomarse sin demora alguna y conforme a las garantías procesales y legales que contempla la legislación nacional».

[60] Este papel, como mero supervisor, es el que también se desprende de las Recomendaciones del Consejo de Europa: «7. La necesidad de una supervisión judicial es mayor si la justicia restaurativa va a afectar a las decisiones judiciales, como cuando la interrupción del enjuiciamiento depende de una conformidad, o cuando el acuerdo restaurativo se eleva al tribunal como orden o resolución recomendadas».

[61] *Vid.* Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 1029 ss, quien aboga también por una intervención mínima del Ministerio Fiscal.

extorsivo para obtener información de la empresa con la que condenar a las personas físicas implicadas. Lo que debilita enormemente sus derechos de defensa. Enfrentarse a la vez al *ius puniendi* estatal y a la maquinaria jurídica puesta en marcha por una gran empresa multinacional no es sencillo. Por esta razón, la colaboración con la administración de justicia debiera articularse, por ejemplo, a través de un sistema garantista de investigaciones internas como el propuesto recientemente por el proyecto de ley alemán sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas [62].

En este punto, y en general a la hora de establecer la posible comunicación de informaciones entre el proceso restaurativo y el penal, debería partirse de la regla de «autonomía informativa» de cada uno de los procesos. Esta regla resulta coherente con la confidencialidad que debe ser la norma general en los procesos restaurativos, tal como se establece en la Recomendación del Consejo de Europa [63]. Coherente con esta propuesta de independencia o autonomía informativa es también lo establecido en el punto 30 de las Recomendaciones: «La participación en la justicia restaurativa no debe utilizarse como prueba del reconocimiento de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores». De este modo, se blinda el que pueda ser utilizado como elemento probatorio un aspecto esencial del proceso restaurador, que es el reconocimiento voluntario de la verdad y de los hechos. La no utilización de la declaración del responsable en su perjuicio como elemento de prueba no es ni más ni menos compleja que, por ejemplo, lo que sucede en los casos de prueba prohibida, cuando existen pruebas que soportan la culpabilidad, pero no pueden ser tomadas en cuenta.

c) El desarrollo de los procedimientos de justicia restauradora empresarial: algunas ideas.

Más allá de establecer la herramienta que permita la articulación entre el proceso restaurativo y el penal, el aspecto sin duda más complejo de todos es adaptar la práctica de los procedimientos restaurativos, procedentes del derecho penal del menor o de jóvenes y de supuestos no graves, a los casos de

[62] Para una descripción breve de este sistema, Nieto Martin A., *Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas* (https://almacendederecho.org/). Sobre la relación de los acuerdos procesales en Estados Unidos con los derechos de defensa, Gimeno Bevia J., *El proceso penal de las personas jurídicas,* Thomson, 2.ª Ed, 2016.

[63] Recomendación 17: «La justicia restaurativa debe prestarse de manera confidencial. Los debates en el contexto de la justicia restaurativa deben ser confidenciales y no pueden utilizarse posteriormente, excepto si lo acuerdan las partes afectadas». La única excepción a la regla de la confidencialidad es la que se contempla en el punto 49 de las Recomendaciones: «Más allá del principio de confidencialidad, el facilitador debe facilitar a las autoridades competentes información sobre delitos inminentes o graves que puedan salir a la luz mientras se aplica la justicia restaurativa».

violencia corporativa grave contra los derechos humanos o el medio ambiente [64]. Con el fin de visualizar de la mejor manera en qué pueden consistir las prácticas restaurativas, se expondrán en primer lugar sus rasgos principales [65], para intentar después mostrar las herramientas y técnicas de un posible plan de justicia restaurativa empresarial.

Una buena forma de entender la diferencia entre la justicia penal y la restaurativa es contraponer los elementos estructurales de cada una de ellas. El derecho penal material pivota sobre los conceptos de injusto/tipicidad y culpabilidad, mientras que la justicia restaurativa en lugar de estos conceptos utiliza respectivamente los de daño, conflicto y responsabilización por el daño. El escurridizo concepto de conflicto tiene unas pretensiones bien diversas a la tipicidad penal [66]. Mientras este es un concepto que reduce la complejidad de los casos, para hacerlos manejables procesalmente y permitir una descripción de los comportamientos conforme con el principio de legalidad, los conceptos de daño y conflicto tienen como finalidad describir quién y qué resultó dañado y las relaciones que se han visto afectadas por el comportamiento del victimario.

Este cambio de perspectiva hace que para la justicia restaurativa carezca de sentido plantearse la existencia de delitos sin víctima, una de las objeciones más frecuentes cuando se plantea su utilización en el ámbito de la delincuencia económica o corporativa. La expresión «delitos sin víctima» solo tiene sentido a la luz del concepto de bien jurídico, que reduce el delito a la lesión de un derecho, un valor o institución. Desde una visión más amplia y mucho más realista como la que se desprende de las nociones de daño y conflicto, la existencia de delitos sin víctimas carece de sentido. No hace falta detenerse en demostrar que los delitos ecológicos, fiscales o la corrupción generan un daño social, más allá de la lesión al bien jurídico protegido, y que por tanto existan diversos perjudicados o víctimas. Cuestión distinta, y de ello nos ocuparemos más adelante, es cómo articular la participación y representación de los diversos afectados y víctimas en el procedimiento restaurador.

---

[64] Recientemente han aparecido propuestas en torno a cómo materializar este tipo de encuentros, *vid.* especialmente Guardiola Lago, M. J. (2020). «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 565 ss; Rodríguez Puerta M. J., «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos», *RECPC* 22-14 (2020), (http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-14.pdf), pp. 30 ss; Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa», *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40, 2020.

[65] Al respecto, *vid.* por todos Calvo Soler R., *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas,* NED, 2020, 2018; Tamarit Sumalla J. M., *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Comares, Granada, 2012.

[66] Ampliamente sobre el concepto de conflicto, Calvo Soler R., *Mapeo de conflictos. Técnicas para la exploración de los conflictos*, 2014, Gedisa, pp. 33 ss.

En el derecho penal la culpabilidad atribuye al autor la responsabilidad por el hecho tras imputar objetiva y subjetivamente el delito. En la justicia restaurativa, el concepto clave es la responsabilización. Se trata de un camino que debe recorrer el victimario, quien después de reconocerse como autor, debe responsabilizarse de las consecuencias de su comportamiento. Una de las finalidades básicas de los procesos restaurativos es que creen el clima oportuno para que el autor entienda lo que hizo y el daño que originó a otras personas. La responsabilización como uno de los objetivos del proceso explica la importancia que en él tiene la petición de disculpas. Responsabilizarse y sentirse obligado a reparar constituyen ya, por ello, un comienzo de reparación del daño.

Las diferencias entre ambos tipos de justicia no se acaban en el plano material, también son decisivas las diferencias entre ambos procesos. El proceso penal, ya se conforme como inquisitivo o acusatorio, es una lucha entre dos partes principales: acusación y defensa. Los procesos restaurativos por el contrario se basan en el diálogo entre las diversas partes afectadas. La definición más usual de la justicia restaurativa en las normas internacionales, ya sean de *soft law* como la Recomendación del Consejo de Europa o vinculantes como la Directiva europea sobre derechos de las víctimas, insiste en describirla como un proceso en el que participan activa y libremente las personas dañadas por el delito y las personas responsables del daño, de la mano de un facilitador. Esta figura, a diferencia del juez penal, tiene como función principal propiciar el diálogo entre víctima y victimario, con el fin de que cada una exponga los intereses que conforman el conflicto. Se habla en este sentido con frecuencia de un diálogo deliberativo, un espacio de habla no dominado por ninguna de las partes y respetuoso [67].

Los procesos restaurativos, a diferencia del proceso penal, son además abiertos; en ellos participan no solo las víctimas, sino la totalidad de partes afectadas por el conflicto o que tienen un interés legítimo en el mismo. La justicia restaurativa es justicia comunitaria. Su pretensión, como es bien conocido, es devolver el conflicto a la comunidad, para que participe en su resolución. En el discurso de la justicia restaurativa, late la vieja idea abolicionista de que el derecho penal estatal, que aparece con las monarquías absolutas que convierten cualquier delito en una ofensa contra el rey, roba el conflicto a la sociedad, lo que a su vez supone que esta se desentienda del delito, delegando en el estado la tarea de su prevención. Por ello uno de los objetivos de la restauración es el fortalecimiento de la comunidad, para que sea capaz de alcan-

[67] Respecto de este carácter deliberativo, *vid.* los comentarios de Gaddi D., «Materiales para una conformidad restaurativa». *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40, 2020, pp. 1023 ss.

zar un mayor protagonismo en la resolución de conflictos y sea capaz de evitarlos en el futuro.

La diferencia final se encuentra en el resultado del proceso: la pena frente al acuerdo reparador. La reparación, tal como señala Naciones Unidas, debe ser entendida de forma amplia: desde luego incluye los daños económicos, pero también trata de abordar la totalidad de efectos negativos que ha producido la conducta, como las relaciones sociales que se han visto afectadas. Un aspecto esencial de la reparación es evitar la reiteración de conductas similares por parte del victimario. La resocialización no es, pues, extraña a los procesos restaurativos y comienza con el proceso de reconocimiento del daño, pero también con la necesidad de afrontar los factores que han llevado a la aparición de los comportamientos delictivos.

Vistos los rasgos principales de la justicia restaurativa, abordaré a continuación el cómo esta puede hacerse operativa en el marco de los casos que nos ocupan.

A diferencia de lo que puede ocurrir en los casos hasta ahora resueltos a través de prácticas restaurativas, los supuestos de violencia empresarial suelen generar daños y conflictos complejos de entender y cuyas causas y efectos ocupan un mayor espacio temporal. Por ello, el éxito del proceso restaurador depende de que en el mismo se hayan debatido y abordado los problemas más importantes generados por el delito; por esta razón, el primer paso debe consistir en el mapeo o cartografía del conflicto [68]. Se trata de una actividad destinada a descubrir las personas que se han visto afectadas, de qué modo lo han sido y cuáles son sus intereses. Cuando existen colectivos de víctimas y perjudicados, habrá que analizar también cuáles son sus posibles interlocutores. El mapeo en este primer momento debe ser realizado por el facilitador, ayudado por un grupo de expertos, como paso previo a cualquier tipo de encuentro restaurativo. Una vez que estos encuentros vayan desarrollándose se irán perfilando o corrigiendo la cartografía originaria. No obstante, avanzado el proceso restaurador resultaría conveniente que terceros independientes evalúen cómo están incidiendo las distintas medidas adoptadas en la resolución del conflicto. La resolución del conflicto afecta a su conformación, de ahí la necesidad de medirlo constantemente.

Una segunda actividad absolutamente necesaria en la justicia restaurativa empresarial debe ser la investigación interna que ha de desarrollar la organización. Se trata de una investigación interna peculiar que no se ajusta a su tipo-

[68] Ampliamente Calvo Soler R., *Mapeo de conflictos. Técnicas para la exploración de los conflictos,* 2014, Gedisa.

logía usual [69]. Las investigaciones internas sirven a la empresa normalmente para trazar cuál será su estrategia en el proceso penal, señalar a los responsables de la infracción e imponer sanciones disciplinarias. Son, además, normalmente secretas y en ningún caso la empresa tiene la obligación de hacerlas públicas. Las investigaciones internas restauradoras, por el contrario, deben conformarse como el mecanismo principal a través del cual la empresa se responsabiliza por los hechos.

De este modo, la complejidad para entender el conflicto se afronta con dos herramientas complementarias: el mapeo del mismo, que realizará el facilitador, de la mano de expertos independientes, y la investigación interna restauradora, que como a continuación va a analizarse constituye una tipología específica, con rasgos propios, dentro de las investigaciones internas.

Es desgraciadamente usual que la investigación interna asociada al proceso penal sirva para construir un relato de los hechos que desvincula a los dirigentes de la organización. Este riesgo debe evitarse a toda costa en la investigación interna restauradora, cuyo primer objetivo debe ser el desvelar las estrategias y decisiones que han llevado a la causación del daño, señalando a las personas responsables del mismo. Por esta razón, la investigación interna necesita, primero, ser conducida por un tercero ajeno a la organización y, segundo, contar con el máximo compromiso de sus dirigentes. Lo que debe traducirse en que alguien con una autoridad relevante dentro de la empresa debe estar activa y directamente implicado en su desarrollo, con el fin, por ejemplo, de evitar cualquier tipo de obstáculo. La investigación restauradora tiene como uno de sus cometidos principales mostrar los defectos del programa de cumplimiento o medidas de prevención, empezando por los déficits que puedan existir en la cultura de legalidad de la organización. Un rasgo esencial de las investigaciones internas restauradoras es que están destinadas a hacerse públicas, pues constituyen la expresión de la voluntad de la empresa asumiendo y responsabilizándose por el mal realizado. Lo que exige desvelar públicamente cuáles han sido los defectos, las decisiones estratégicas causas del comportamiento delictivo [70].

La investigación interna constituye el comienzo de responsabilización por el daño y la petición de disculpas, pero aún son precisas actividades ulteriores. La petición de disculpas exige un contacto directo entre los responsables de la organización y las víctimas. Habíamos indicado cómo los diversos

[69] Sobre las investigaciones internas, me remito a mi trabajo Nieto Martín A., «Investigaciones internas», en Nieto Martín A. (dir), *Manual de cumplimiento penal en la empresa,* Tirant lo Blanch, 2013.

[70] Un ejemplo de cómo articular este tipo de investigaciones es el que la SEC encargó en los años setenta a la compañía Shell, acusada de numerosos casos de corrupción. Una persona independiente se encargó de su realización y finalmente se publicaron los resultados de la misma.

fondos fiduciarios que hasta la fecha se han creado, dan la impresión de que más que una forma de responsabilización, son un modo de apartar el conflicto y las víctimas de las preocupaciones de sus dirigentes. Al igual que en el cumplimiento normativo es importante el *tone from the top*, en la justicia restaurativa empresarial lo es que los miembros de los órganos de dirección visiten los lugares afectados y oigan los relatos de las víctimas [71]. Igualmente, la responsabilización requerirá normalmente que la organización adopte medidas contra los responsables individuales y cambios en la organización. El derecho disciplinario, parte esencial de los programas de cumplimiento, resulta por ello también esencial dentro de los procesos restauradores. Esta medida es frecuente en la mayor parte de los acuerdos procesales norteamericanos, si bien en el caso de la justicia restaurativa se trata de una iniciativa que debe adoptar la propia organización.

En este punto conviene no confundir, en cualquier caso, el proceso de responsabilización de la organización y de los responsables individuales del daño. La dificultad existente para que los autores individuales reconozcan los hechos se ha indicado como uno de los mayores problemas a la hora de aplicar la justicia restaurativa en el marco de los delitos económicos [72]. Desde la formulación de la teoría de la asociación diferencial, se viene señalando como uno de los factores etiológicos más importantes de la delincuencia económica la existencia de técnicas de neutralización, que permiten a los autores justificar su comportamiento, negar el daño y a la víctima, etcétera. La responsabilización, que empieza con la investigación interna, debe conformarse como el mecanismo que permita ir desmontando este tipo de razonamientos, como forma de recuperar la cultura de la legalidad en la organización, lo que no implica necesariamente que los responsables individuales modifiquen su visión.

Otro de los frutos de la investigación interna y del proceso restaurador debe ser una profunda reforma –o en su caso adopción– del programa de cumplimiento. No obstante, en el marco de los procesos restaurativos, este tipo de cambios deben operarse propiciando la participación de las víctimas y afectados en su gestión. Como ya explicamos anteriormente, al exponer las sanciones restaurativas, las víctimas y afectados son *stakeholders* de la entidad, que en la era del *stakeholders capitalism* deben pasar a desempeñar un papel significativo dentro del sistema de gobernanza de la organización. La justicia

[71] Es interesante, por ejemplo, la experiencia, a la que ya hicimos referencia anteriormente, de los *Toxi-tours*, en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la amazonia ecuatoriana al respecto, Martín Beristain C., *El Derecho a la reparación, op. cit.*, pp. 285 ss.

[72] Cfr. Guardiola Lago J. M., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», en *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. 40, 2020, pp. 565 ss.

restaurativa constituye también una herramienta de empoderamiento, decisión y control para las personas que han experimentado un daño. Tener por ello algún tipo de participación en la gestión de una organización que ha generado una alteración notable en sus vidas obedece a este procedimiento. Ya expusimos el modo en que esta participación puede darse, desde ser miembros del órgano de vigilancia –en el caso del artículo 31 bis del CP español– a tener derecho a recibir información periódica sobre el desarrollo del programa. La reforma en profundidad del programa de cumplimiento y la mejora de la cultura de la legalidad entronca igualmente con otro de los objetivos esenciales de todo proceso restaurador como es evitar la revictimización. Recordemos, además, que las víctimas corporativas son en muchas ocasiones víctimas dependientes del victimario. Sus vidas no solo han sido condicionadas por este como consecuencia de su comportamiento, sino que entre ambos existe una relación más estrecha y continuada que hace especialmente importante asegurar la garantía de no repetición.

Un aspecto tremendamente discutido es el papel de las víctimas en los acuerdos restaurativos y si estas deben estar representadas colectivamente –por ejemplo, por asociaciones de víctimas– o deben asistir individualmente. Tal como ya se ha indicado, dentro de la justicia restaurativa la expresión delitos sin víctimas carece, *per se,* de sentido. Todo conflicto tiene víctimas y afectados, por muy supraindividual que sea el bien jurídico protegido. Será función del mapeo del conflicto descubrir quiénes son las víctimas más directas y los afectados. La justicia restaurativa es diálogo, reconciliación y petición de disculpas. Resulta imposible cerrar el conflicto sin oír las historias y el punto de vista de las víctimas «en carne y hueso». Su papel en modo alguno puede reducirse, en consonancia con lo que después se dirá respecto del peligro de burocratización, a ser meros solicitantes de ayudas o indemnizaciones económicas. Esto es lo que ocurre en alguna de las experiencias prácticas a las que antes se hacía referencia. Otra cosa es que, al margen de estos encuentros personales destinados a propiciar la restauración emocional y a la recomposición de las relaciones rotas, no existan otros espacios destinados a la participación de comunidades u otras categorías de afectados.

En catástrofes graves, medioambientales o de derechos humanos, la restauración es tan compleja y costosa de administrar que se necesita un entramado institucional potente, para que la gestione y organiza. El modelo de los fondos fiduciarios a que antes se hacía referencia debe formar parte de una justicia restaurativa, que evidentemente también es «cuestión de dinero». En la gestión de estos fondos y en articular los programas restaurativos destinados a la comunidad y a otros afectados sí que debe existir espacio para asociaciones, colectivos

de víctimas e incluso representación de órganos estatales. Este aspecto institucional no debe, sin embargo, ni oscurecer ni relegar los aspectos singularmente restaurativos, eminentemente personales, a que antes se hacía referencia.

La experiencia de la Fundación Renova a la que antes se hacía referencia ofrece un ejemplo de cómo los aspectos emocionales y puramente restaurativos se han olvidado, pero también es un buen ejemplo de cómo organizar estos otros aspectos más comunitarios, sociales y económicos de la restauración. Uno de los aspectos más innovadores de este proceso ha sido la elaboración de un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación, con la finalidad de propiciar la participación de todos los sectores implicados según su peso [73].

Una de las cuestiones más complejas dentro de la justicia restaurativa empresarial resulta, a mi juicio, cómo conseguir que no degenere el diálogo entre víctima, victimario y afectados. Existen en este punto dos grandes retos. El primero es cómo garantizar un diálogo equilibrado o deliberativo, impidiendo que sea la gran multinacional la que domine todo el procedimiento. El segundo es evitar que las víctimas y afectados no acaben percibiendo el procedimiento restaurador como una suerte de burocracia ante la cuál plantean sus demandas y pretensiones de reparación. Para evitar estos problemas me parece esencial la existencia de una serie de controles públicos sobre el proceso restaurador, que debe articularse fundamentalmente a través de la formación y puesta a punto de servicios públicos de justicia restaurativa, que contemplen también este tipo de casos diferentes y más complejos de gestionar.

La comunicación constituye, por ejemplo, uno de los retos singulares de este tipo de procesos restaurativos. La pluralidad de víctimas y colectivos afectados por el daño requieren una política de comunicación, que es también necesaria para que la comunidad juegue un papel significativo dentro del procedimiento y que la organización vuelva a recuperar su legitimidad. Para la empresa, el procedimiento restaurativo no es sino una parte peculiar de su política de responsabilidad social y, por tanto, un medio para recuperar su legitimidad en un entorno, donde esta se ha visto seriamente afectada por

[73] Realizar un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación que administra el fondo, fue una de las tareas que ocupó la primera parte de los trabajos de la Fundación Renova. Ello concluyó con un acuerdo en 2018 (TAC Gobernanza) donde se establecen una serie de órganos que administran y deciden los distintos programas reparadores. Este entramado institucional no debe, sin embargo, desplazar –y quizás aquí ha radicado uno de los defectos del experimento Renova– la existencia de encuentros verdaderamente restaurativos con las víctimas directas de la tragedia, en los que también hayan tenido que participar los responsables de las empresas. El aspecto organizativo y reparador en este gran experimento ha sepultado al aspecto restaurativo y emocional, pero hay lecciones que aprender de este proceso, sobre todo en lo tocante a cómo se organiza un fondo de compensación y su gestión, *vid.* sobre la gobernanza la información de la web de la Fundación: https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/.

la comisión del delito. Este aspecto del proceso restaurador es probablemente uno de los que mayor interés tenga para la empresa, en cuanto que le permite compensar el coste reputacional ocasionado por el delito y para ello es necesario que la comunidad perciba correctamente los avances del proceso restaurador.

Otro aspecto singularmente importante es el papel de las sociedades matrices y el lugar de la realización de los encuentros restaurativos. Ambas cuestiones están entrelazadas. Los supuestos de los que nos ocupamos responderán frecuentemente a la siguiente tipología: la filial de una gran empresa multinacional en un país del tercer mundo realizará un comportamiento delictivo que afecte gravemente a los derechos humanos o al medio ambiente. Como ocurre ya en el marco de la corrupción y está empezando a acaecer en otras materias como el trabajo infantil o las nuevas formas de esclavitud [74], es probable el proceso acabe teniendo en una jurisdicción distinta a aquella en la que ocurrieron los hechos, invocando por ejemplo el principio de personalidad activa. Si una crítica tradicional hacía la justicia penal es que alejaba el conflicto de la sociedad, en estos grandes casos de delitos corporativo es posible que ello ocurra con más frecuencia e intensidad.

Una de las funciones y bondades de la utilización de procedimientos restaurativos en esta tipología de casos es que permitirá devolver la solución del conflicto en la sociedad afectada. El proceso restaurativo, aunque proceda de un procedimiento penal situado en un país desarrollado, habrá de tener lugar principalmente en el país donde los hechos tuvieron lugar, pues es allí donde se encuentran la mayoría de las víctimas. Este tipo requerirá algún tipo de acuerdo de cooperación entre los servicios de justicia restaurativa correspondiente y la necesidad de permitir que las autoridades judiciales del país del que procede el proceso penal puedan estar presentes durante el proceso restaurativo [75].

Un punto tremendamente discutido en el sistema jurídico es la responsabilidad ya sea civil, ya sea penal de las empresas matrices por los comportamientos realizados por las filiales [76]. Hasta ahora el centro de imputación den-

[74] Al respecto de la importancia del principio de personalidad activa, también aplicado a las personas jurídicas en los casos de violaciones de derechos humanos o medioambientales, *vid.* Nieto Martín, A., *Cambio climático y derecho penal internacional del medio ambiente,* Jueces para la Democracia, 2020, pp. 61 ss.

[75] Entiendo que esto último, desde el punto de vista de la soberanía, es mucho más sencillo y factible de realizar que, por ejemplo, autorizar a una autoridad judicial nacional a que desarrolle actos procesales *strictu sensu* en otro país. El asistir como supervisor u observador a un proceso independiente de justicia restaurativa, realizado por autoridades locales, no es ningún acto que represente el ejercicio de la soberanía en el territorio de otro Estado.

[76] *Vid.* sobre este particular y en relación a la materia civil, el monográfico «Empresas y Derechos Humanos», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63/2020 (http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020);

tro del derecho penal corporativo sigue siendo la persona jurídica que ha cometido el delito, sin que ello quiera decir que en algunos supuestos la responsabilidad salte a la multinacional. Con independencia del resultado de este debate en el plano estrictamente jurídico, en el marco de un procedimiento restaurativo la separación filial-matriz carece de sentido. La «responsabilización» del ente implica ser conscientes de las causas estructurales que han dado lugar al daño y en este ejercicio que debe hacer la empresa, la existencia de distintas personas jurídicas resulta irrelevante. Lo decisivo será ver si materialmente las causas del daño tienen su origen de algún modo en las políticas y decisiones de grupo. En el plano puramente restaurador, el haberse beneficiado de los rendimientos económicos, por ejemplo, de la explotación minera que realiza la filial sin haber impulsado ningún tipo de medida protectora del medio ambiente o no haber mostrado ningún tipo de preocupación, debería ser suficiente para que la matriz se implicase en el proceso restaurador. Probablemente este particular deba ser uno de los aspectos sobre los cuales los fiscales y jueces deban insistir antes de dar paso a un acuerdo.

en materia penal, la jurisprudencia es especialmente interesante en Italia, donde existe cada vez una mayor tendencia en responsabilizar a la empresa cabecera de grupo. Este hecho propicia, desde luego, una mayor eficacia de todo el sistema de responsabilidad y permite sobre todo acudiendo al principio de personalidad activa, allí dónde es aplicable a las personas jurídicas, situar los procesos bajo la jurisdicción italiana. El problema que plantea tal como apuntamos es que situar el proceso en el foro de la empresa matriz dificulta el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación.

IV. EMPRESAS, ACTIVIDADES Y ZONAS DE ALTO RIESGO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

24. EL COMERCIO EXTERIOR DE ARMAS CONVENCIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN RETO NORMATIVO DEL MUNDO GLOBALIZADO

Ana M. Garrocho Salcedo*
Universidad Carlos III de Madrid

24.1 SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR DE ARMAS

La *violencia armada* es uno de los factores que impide el desarrollo y el bienestar humano, aumenta la criminalidad y favorece los conflictos armados [1]. La proliferación de armas genera además innumerables problemas vinculados a la seguridad de las personas, al orden público, la corrupción [2] y a la

* Profesora de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid (Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho). El presente trabajo se ha desarrollado en el ámbito del Proyecto de Investigación REPMULT (DER2017-85144-C2-1-P) del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad de España, liderado por los profesores Jacobo Dopico Gómez-Aller y Adán Nieto Martín, y del que soy miembro del equipo de investigación.

[1] Por todos, Sánchez Legido, Á., *Hacia una regulación global del comercio internacional de* armas, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 17-20; Lustgarten, L., «The Arms Trade Treaty: Achievements, Failings, Future», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, núm. 3, 2015, p. 572 *passim*; Nave, E., «The Importance of the Arms Trade Treaty for the Implementation of the Sustainable Development Goals», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 24 núm. 2, 2019, pp. 297-298; Stelmach, M., «Armas de fuego e inseguridad en América Central en el siglo xxi», *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, vol. 7, 2019, pp. 314 ss.

[2] Sobre la vinculación entre el comercio de armas y la corrupción, Feinstein, A. & Holden, P., «The Failure of Regulation of the Global Arms Trade as a Consequence of High-Level Conflicts of Interest», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XXVII, Issue 1, 2020, pp. 13 ss., documento en línea: https://www.sipri.org/sites/default/files/SIPRIYB1101.pdf, consultado 26-10-2022. En este documento, se resalta la vinculación fáctica entre el soborno, el conflicto de intereses y las llamadas «puertas giratorias» con el comercio de internacional de armas. Para estos autores (p. 17) las características del comercio de armas que facilitan la corrupción son: (a) el secreto relacionado con la seguridad nacional y la confidencialidad comercial; (b) la intimidad concomitante de los compradores, los proveedores y sus intermediarios; (c) la sofisticación, la fragmentación y, en muchos casos, la opacidad de las redes e instrumentos

violación de derechos humanos. Adicionalmente a ello la comisión de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional requiere el empleo de armas, de modo que la prevención de estos delitos exige una seria reflexión acerca de la disposición del armamento y el control de su exportación. El suministro de armas a Estados que están cometiendo violaciones de derechos humanos o crímenes internacionales puede generar, en determinados casos, la responsabilidad penal de los funcionarios y los directivos de las empresas que los suministran, siempre que pueda acreditarse el dolo de intervención requerido [3]. Con independencia de la responsabilidad penal, el Estado que facilita una exportación irresponsable puede igualmente incurrir en *responsabilidad internacional del Estado* por favorecer hechos ilícitos de terceros [4].

En este contexto debe tenerse presente que la producción y exportación de armas suele proceder de países desarrollados, mientras que la importación de las mismas la suelen efectuar (aunque no solo) países menos desarrollados, donde el umbral de protección de los derechos fundamentales es más limitado, y, en ocasiones, en zonas de inestabilidad manifiesta por estar inmersas en algún tipo de conflicto armado. Según el *Stockholm International Peace Research Institute* (en adelante, SIPRI), entre los años 2016-2021, los principales países exportadores fueron: Estados Unidos, Rusia, Francia, China, Alemania y Reino Unido [5], mientras que los mayores importadores de armas fueron: India, Arabia Saudí, Egipto, Australia, China [6].

El presente estudio pretende presentar la problemática del comercio internacional de armas convencionales, diferenciándose de las armas químicas [7]

---

de producción, transporte y financiación mundiales; (d) la especificidad técnica del producto; (e) las presiones de adquisición; y (f) las elevadas recompensas financieras, de modo que se genera un espacio de impunidad notable. En sentido parecido, lo destaca también, LUSTGARTEN, L., *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 3, 2015, p. 574.

[3] Recuérdese que toda conducta de participación dolosa en cualquier crimen internacional, incluyendo el «suministro los medios para su comisión», resulta una conducta expresamente prohibida y punible de conformidad con el artículo 25.3 c) Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI), generando responsabilidad penal para quien así actúa, acreditado, por lo demás, el dolo, o el conocimiento del agente de que su actuación –consistente en suministrar armas– se incardina en la intervención de un crimen internacional ejecutado por terceros.

[4] Debe tenerse presente el artículo 16 del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, anexado a la Resolución de la Asamblea General de Naciones, A/RES 56/23, de 28 de enero de 2002, establece categóricamente que «el Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia».

[5] Véase https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php consultado 26-10-2022.

[6] https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php consultado 26-10-2022.

[7] Véase la Convención sobre Armas Químicas, en vigor desde el 29 de abril de 1997, cuyo cumplimiento es verificado por la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ). La adhesión a este tratado es absolutamente mayoritaria y actualmente 193 Estados han ratificado la convención.

y nucleares [8], que merecen un análisis separado, y que, por su altísima lesividad, su fabricación y posesión han sido mucho más limitadas normativamente por la Comunidad Internacional. No obstante, atendiendo a la peligrosidad potencial de las armas convencionales, su producción y venta pertenece desde antiguo a los sectores regulados por el Estado [9], Dicho control estatal en la fabricación, adquisición y ulterior proliferación de armas se efectúa tanto hacia dentro de su territorio, como hacia fuera de sus fronteras cuando se exporta el armamento a terceros Estados.

En el ámbito interno, el control de armas suele plantear menos problemas, puesto que todo Estado está interesado en la persecución del depósito, fabricación, comercialización, tráfico y tenencia ilícita de armas para evitar los innumerables problemas que un descontrol de esta clase comporta en el orden público interno. La principal muestra de ello es que los Estados norman a través de disposiciones penales la tenencia, el tráfico y el depósito de armas y explosivos, y sancionan el delito de contrabando [10]. Asimismo, los Estados re-

[8] Véase el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares (TNP), en vigor desde el 5 de marzo de 1970, a través del cual los Estados poseedores de armas nucleares se comprometen a no traspasarlos a terceros, y a no inducir su fabricación o adquisición a Estados no poseedores (art. I); asimismo los Estados no poseedores se comprometen a no recibir de nadie ningún traspaso nuclear, ni a fabricar o adquirir dicho material (art. II). El cumplimiento de las obligaciones presentes en el tratado es verificado por la Organización Internacional para la Energía Atómica (OIEA), y cuenta con la ratificación de 173 Estados, destacando la ausencia de la República Popular de Corea del Norte, que abandonó el tratado en 1994.

[9] En lo que concierne a España por expreso mandato constitucional del artículo 149.1.26.ª de la Constitución española de 1978, el Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen de «producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos». Especialmente, le corresponde al Gobierno la regulación y el control sobre la fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, tenencia y utilización de armas, piezas fundamentales y explosivos (art. 28. 1 de la LO 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, en adelante LSC). La intervención de armas y explosivos le corresponde en España al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de la Guardia Civil, cuyos servicios están habilitados para realizar, en cualquier momento, las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los espacios que estén destinados a su fabricación, depósito, comercialización o utilización (art. 28.2 LSC). La fabricación, comercio y distribución de armas y explosivos es un sector regulado en materia de derecho de establecimiento, correspondiendo a los Ministerios de Defensa, Interior y de Industria, Energía y Turismo el ejercicio de las competencias de supervisión y control (art. 29 LSC).

[10] En España ténganse en cuenta los delitos previstos en los artículos 563-570 del CP, sobre tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos entre los delitos contra el orden público (Título XXII, CP). Asimismo la LO 12/1995, de 12 de diciembre, sobre represión del contrabando, que sanciona concretamente [art. 2.2 c) 1.º] la importación, exportación, introducción, expedición o la realización de cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, otro material o productos y tecnologías de doble uso, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o de cualquier otro modo ilícito. Sobre el sistema chileno de control de armas interno, véase recientemente la valiosa aportación de Bobadilla Barra, C., «El delito de tráfico de armas del artículo 10 de la Ley No 17.798. Especial referencia a la interpretación de las conductas de ofrecer y celebrar convenciones», *Política Criminal*, vol. 16, núm. 32, 2021, pp. 681 ss.

gulan de forma exhaustiva lo que afecta a la tenencia y fabricación interna de armas, sometidas a un férreo régimen administrativo de control [11].

Sin embargo, el control del Estado frente a las exportaciones armamentísticas a terceros países encuentra mayores resistencias, puesto que el comercio de armas es un fenómeno extraordinariamente lucrativo [12], que genera bienestar en la economía interna, y cuyas consecuencias de violencia y subdesarrollo no se vivencian internamente, por lo que el control estatal de las exportaciones es más limitado. De hecho, hasta hace relativamente pocos años, la regla general en el ámbito internacional sobre comercio de armas convencionales se caracterizaba por la *desregulación* normativa [13].

Como destaca Erickson, «los Estados han protegido durante mucho tiempo su derecho a elegir sus socios en el comercio de armas como una cuestión de autodefensa, y las armas convencionales se reconocen como instrumentos esenciales de la seguridad nacional e internacional (…), de modo que sigue siendo un campo de interés esencial en la política comercial mundial» [14]. El comercio de armas es, por tanto, un instrumento de política exterior y económica, es un símbolo de autosuficiencia y fortaleza nacional, y es una vía de intercambio y de buenas relaciones internacionales [15].

El comercio internacional de armas es una actividad reglada donde se evidencian notables contradicciones entre los principios e intereses que orientan dicha actividad [16]. Por un lado, los Estados son soberanos, tienen reconocido su derecho a la legítima defensa [17] y a efectuar operaciones de manteni-

[11] En relación con España, véase el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, en cuyo artículo 9 se consigna que el Registro Nacional de Armas radicará en la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Dirección General de la Guardia Civil; en dicho registro se contendrá toda la información relativa al arma (tipo, marca, modelo, calibre y número de serie) y el proveedor y poseedor del arma, entre otros muchos datos. La tenencia y fabricación de armas está sometida a un régimen estricto de control estatal como evidencian las disposiciones de este Reglamento de Armas.

[12] Lustgarten, L., *International and Comparative Law Quarterly,* núm. 3, 2015, p. 570.

[13] Sánchez Legido, A., 2014, pp. 21 ss., señala que el Derecho internacional se ha venido mostrando tradicionalmente como un orden exquisitamente liberal en lo que a la tenencia y transferencia de armamentos se refiere, salvedad hecha de algunas disposiciones de Derecho Internacional Humanitario que han proscrito la proliferación de un cierto tipo de armas. Terradillos Basoco, J., «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», *Nuevo Foro Penal*, núm. 70, 2006, p. 95, destaca que la globalización impulsa una desregulación parcial, planteándose con ello una doble tendencia política criminal, caracterizada –en ciertos ámbitos– por su rigidez punitiva y por su absentismo en otros.

[14] Erickson, J. L., «Dangerous trade. Arms exports, human rights and international reputation», *Columbia University Press*, 2015, p. 2.

[15] Erickson, J. L., *Columbia University Press*, 2015, pp. 5-6 con ulteriores referencias.

[16] Lustgarten, L., *International and Comparative Law Quarterly,* núm. 3, 2015, p. 570. También Feinstein, A.; Holden, P., *The Brown Journal of World Affairs,* vol. XXVII, Issue 1, 2020, pp. 24 ss.; Stavrakis, A., «Legitimising Liberal Militarism: Politics, law and war in the Arms Trade Treaty», *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 5, 2016, pp. 845 ss.

[17] Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

miento de paz, así como el derecho a preservar los legítimos intereses comerciales de fabricación e intercambio de armas convencionales. Junto a estos intereses coexisten otros que, en ocasiones, pueden colisionar con ellos y que redundan en la protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y la solución pacífica de controversias. La conciliación y ponderación de todos los intereses mencionados en el proceso de la comercialización exterior de armas es una tarea muy compleja, aún pendiente de un control eficaz por parte de la Comunidad Internacional. [18]

En este contexto resulta evidente que el *desarme* de armas convencionales plantea un horizonte absolutamente quimérico [19]. A lo sumo pueden intentar trazarse limitaciones a las exportaciones de armas que acarrean riesgos para la paz, la seguridad y los derechos humanos. No obstante, a pesar de las presiones de «no-regulación» de los principales operadores –Estados y empresas– existen normas internacionales que limitan las exportaciones de armas a países en escenarios de tensiones internas o conflictos armados [20]. Aunque no han tenido la eficacia que debieran, dichas normas aumentan la transparencia y el control estatal de las exportaciones armamentísticas, al menos en lo que afecta a la Unión Europea [21]. El control de las exportaciones de armamento proviene de la necesidad de favorecer la paz y los derechos humanos, de prevenir el desvío de armamento hacia la criminalidad organizada, y de la evitación de los «daños reputacionales» a empresas y a Estados exportadores [22].

Una de las cuestiones que pretendo evidenciar con esta contribución es la necesidad de que los Estados estudien la conveniencia de incorporar nuevos delitos en materia de exportación de armamento como parte del Derecho Penal

---

[18] Sobre las difíciles ponderaciones de índole moral que pueden tener que hacerse en las exportaciones de armamentos hacia Estados dictatoriales, Christensen, J., «Arming the Outlaws: The moral limits of the Arms trade», *Political Studies*, vol. 67, núm. 1, 2019, pp. 120 ss.

[19] Crítica por abandonar esta posición, Stavrianakis, A., *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 5, 2016, pp. 841 ss. *passim*.

[20] No obstante, algún autor ha señalado que el TCA puede ser catalogado como un tratado de desarme *latu sensu*, por ejemplo, Fukui, Y., «The Arms Trade Treaty: Pursuit for the Effective Control of Arms Transfer», *Journal of Conflict & Security Law*, 2015, p. 311.

[21] Erickson, J. L., *Columbia University Press*, 2015, pp. 143 ss.; Stavrianakis, A., *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 5, 2016, p. 845.

[22] Ello lo demuestra en su estudio Erickson, J. L., *Columbia University Press*, 2015, pp. 7*,* 140-143 *passim,* destacando las presiones sociales (de la ciudadanía, ONG, medios de comunicación) a las que se exponen las democracias más consolidadas si realizan políticas de exportación de armas irresponsables o no sometidas a los adecuados controles humanitarios. De hecho, Erickson sostiene en su análisis politológico que cuando la reputación estatal se ve amenazada por un escándalo, los gobiernos suelen ajustar sus prácticas para contrarrestar las afirmaciones negativas, a nivel nacional y también a nivel internacional y diplomático. La reputación proporciona, pues, a los Estados un incentivo social para actuar, a pesar de los costos materiales de hacerlo, aunque dicho incentivo no es ni mucho menos definitivo en acomodar la praxis «irresponsable» a la política «responsable» con respecto a la exportación de armas convencionales.

de la globalización [23]. La regulación estatal en materia de comercio exterior de armas es vital para ordenar el fenómeno. A tal efecto las normas administrativas sistematizan el modo en que debe procederse a la exportación de armas convencionales y material de doble uso, sometiendo dicha actividad a la preceptiva concesión de licencia estatal (*sistema administrativo preventivo*) [24]. España cuenta para ello con la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, y con el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se prueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa y doble uso. Sin embargo, al margen de la regulación administrativa, creo que conviene incorporar *de lege ferenda* nuevos delitos cometidos por directivos empresariales y funcionarios en el proceso de exportación de armas con un claro impacto en el extranjero. Estas propuestas serán analizadas *infra* (apartado IV) en las consideraciones conclusivas de este trabajo.

También resulta oportuno recordar las disposiciones de *soft law* internacional, que ahondan en las políticas de *due diligence* de las empresas en materia de protección corporativa o empresarial de los derechos humanos desde hace más de una década. A este respecto debe atenderse a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Resolución 17/4, 16 de junio 2011) [25] y a las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE (25 de mayo de 2011). Todas ellas contienen principios y recomendaciones para los Estados y las empresas, de carácter no vinculante, a través de las cuales se pretende lograr una «conducta empresarial responsable» en el marco del mercado globalizado con respecto a los Derechos Humanos (en adelante, DD. HH.) y el medio ambiente.

---

[23] Entre otros, Vogel, J., «Derecho penal y globalización» (Trad. Manuel Cancio Meliá), *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, p. 120, haciéndose eco de las reflexiones que, en relación con el Derecho Penal de la globalización, estiman oportuna la expansión para proteger bienes jurídicos que ya no pueden ser efectivos por los Estados nacionales (medio ambiente, derechos humanos), y donde el Derecho Penal en este ámbito se contempla como algo más bien demasiado poco globalizado.

[24] Emplea el término Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Buenos Aires (BdF), 2011, pp. 151-152, para referirse a esas tareas que el Estado efectúa como policía o elemento de prevención de riesgos propio de las sociedades de la globalización.

[25] *Grosso modo* dichos Principios Rectores establecen, de un lado, obligaciones estatales de protección activa y promoción de los DD. HH. mediante políticas públicas para su respeto, y la debida investigación y sanción en su caso ante violaciones de los mismos, y, de otro, deberes para toda clase de empresas de respeto efectivo de derechos humanos en sus actividades, y asunción de responsabilidad ante las consecuencias negativas derivadas de su actuación empresarial. Especialmente relevante para la rendición de cuentas de las empresas son la implementación de «procesos de diligencia debida» en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos (Principio 17).

Por otro lado, la Directiva 2013/34/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos –modificada por la Directiva 2014/95– exige a las empresas de más de 500 empleados que incluyan en el *informe de gestión* (que acompaña a las cuentas anuales) un estado no financiero que contenga «información (…) relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno» (art. 19). Dicha Directiva destaca la necesidad de asentar la oportuna transparencia en las empresas en relación con la actividad no financiera, subrayándose con ello el deber general de respeto y protección de los derechos humanos y al medio ambiente y el compromiso contra la corrupción [26].

Asimismo, el 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad [27]. Con ella la UE pretende evaluar su actividad con respecto a los derechos humanos y el medio ambiente, remarcando la responsabilidad empresarial sobre su cadena de suministros, para lo cual las empresas deberán identificar y prevenir los efectos adversos, potenciales y reales, que su filiales y cadenas de valor representen para los derechos humanos y el medio ambiente.

En este contexto, y cuando la Directiva entre en vigor, toda actividad empresarial vinculada al comercio exterior de armas deberá contar con un *programa de diligencia debida*, que identificará los riesgos que dicha actividad comporta para los derechos humanos y el medio ambiente [28]. Asimismo,

---

[26] La transposición de esta Directiva se efectuó en España a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, y la Ley de Auditoría de Cuentas, sobre información no financiera y diversidad. Como afirma el artículo 1 de la mencionada Ley, las Sociedades deberán incluir un informe de gestión donde se incluya «información no financiera» que incluirá, entre otros extremos, «información sobre el respeto de los derechos humanos: aplicación de *procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos; prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos* y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil». Cursiva añadida.

[27] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071.

[28] Sobre ello *in extenso*, Guamán Hernández, A., «El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 88, 2022, sin paginación disponible en consulta electrónica, *passim*; Guamán Hernández, A., *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, (Tirant Lo Blanch), 2021, pp. 118 ss.

la Directiva prevé que el Estado designe «autoridades de control» independientes e imparciales, coordinadas por una red europea, que estarán encargadas de verificar el debido cumplimiento de estas obligaciones de *due diligence* por parte de las empresas (art. 17). Estas autoridades de control tendrán obligaciones de investigación e inspección, capacidad sancionadora a través de sanciones pecuniarias, además de deberes de evitación o aminoración de riesgos (art. 18.5). Es de esperar, por consiguiente, que esta Directiva mejore el debido control que empresas y Estados deben efectuar sobre actividades empresariales complejas, fuera de nuestro territorio, que tienen, sin embargo, un alto impacto en los derechos humanos más elementales y en el medio ambiente.

En todo caso, con esta propuesta de Directiva, se pone el foco en la necesidad de que toda empresa identifique bien los riesgos que su actividad empresarial comporta en la cadena de suministros, y se implique en la evitación de los peligros reales y potenciales que su actividad conlleva. Dicho deber no deja de ser una prolongación del principio general *neminem laedere* por el que las personas deben asegurarse de no perturbar con su comportamiento o actividad la esfera de los terceros. Trasladado este principio a la actividad empresarial, los directivos de estas deben velar porque de su actividad no se deriven peligros para los derechos humanos y el medio ambiente, y ello incluye deberes con respecto a la amplia cadena de suministro que emplean o ponen en marcha con su actividad para llevar a cabo su objetivo de negocio.

A continuación se ofrecerá una aproximación al marco regulatorio internacional [29] del comercio responsable de armas, centrando la atención en los dos instrumentos internacionales más avanzados, que introducen las mayores restricciones a la transferencia de armamento: el Tratado de Comercio de Armas (TCA), firmado el 2 de abril de 2013, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, y la Posición Común del Consejo de la UE 2008/944/PESC, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares en el seno de la UE. Posteriormente esbozaré los grandes lineamientos de la política de exportación de armas convencionales en España con objeto de identificar algunos de los problemas del marco regulatorio español y algunos de los retos que nos plantea el futuro.

[29] Marrero Rocha, I., «El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 669 ss. Sobre una perspectiva más general en el ámbito internacional, solo, Sánchez Legido, A., 2014, pp. 29 ss.

24.2 LÍMITES INTERNACIONALES A LA EXPORTACIÓN DE ARMAS

24.2.1 **Ámbito global: El Tratado de Comercio de Armas, de 2 de abril de 2013**

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Tratado sobre Comercio de Armas (en adelante, TCA) el 2 de abril de 2013, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, pasados los 90 días preceptivos desde el depósito de la quincuagésima ratificación [30]. España depositó el instrumento de ratificación el 2 de abril de 2014 en la sede de la ONU en Nueva York. El TCA ha sido ratificado por todos los Estados de la Unión Europea, muchos de los cuales son las principales potencias exportadoras (Francia, Alemania, Italia y España). No obstante, el tratado cuenta con ausencias notables, como, por ejemplo, EE. UU., Rusia, Afganistán, China, Arabia Saudí, Canadá, India, Turquía, Irak, Irán, Israel, Siria, Yemen, Qatar, Myanmar, Corea del Norte y Corea del Sur, algunos países de Centroamérica, como Nicaragua, Guatemala y Honduras, y de América del Sur, como Chile, Colombia y Brasil. Ello evidencia el escaso interés de algunos Estados en limitar el comercio internacional de armas, destacando especialmente la ausencia de EE. UU., Rusia y China que son las principales potencias exportadoras de armas a nivel mundial [31].

El objeto declarado del TCA consiste en establecer normas lo más estrictas posibles para regular el comercio de armas, prevenir su tráfico y su desvío, así como «contribuir a la paz, la seguridad (…) reducir el sufrimiento humano, y promover la cooperación, la transparencia y la actuación responsable de los Estados» en el comercio de armas convencionales (art. 1 TCA). La regulación internacional adquiere, por tanto, un carácter bifronte, estableciendo una *dimensión securitaria* (para prevenir el tráfico ilícito de armas e impedir su desvío hacia el crimen organizado) y una *dimensión humanitaria* (de fomento de la paz, la estabilidad y la protección de los derechos humanos) [32]. Este doble enfoque es esencial para vertebrar el marco regulatorio internacional del comercio de armas, pues, en no pocos casos los Estados están involucrados en la

[30] Sobre los trabajos preparatorios a la adopción del Tratado sobre Comercio de Armas, véase el sólido resumen efectuado por Sánchez Legido, A., 2014, pp. 65-83.

[31] Lustgarten, L., 2015, p. 577, considera que los Estados clave de ambos lados del comercio de armas siguen siendo «poco entusiastas» con el Tratado de Comercio de Armas.

[32] A este respecto, como indica Janer Torrens, J. D., «Política europea de control de las exportaciones de armas convencionales y seguridad humana: mecanismos para fomentar el respeto de los Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 53 ss., la UE fue la primera en incluir nociones y criterios humanitarios para limitar las exportaciones de armas a partir del año 2000, con ulteriores referencias a los detalles normativos a los que esto afecta.

comisión de violaciones de derechos humanos [33] por lo que es esencial controlar los flujos de armamentos hacia esos países.

El TCA destaca dos ámbitos concretos sobre los que operan sus restricciones; de un lado, el tratado emite una serie de *prohibiciones* muy concretas en materia de transferencia de armas (art. 6 TCA), y, de otro lado, ofrece una serie de *pautas generales* de cómo ordenar la transferencia de las armas convencionales a terceros Estados (arts. 5, 7-9 TCA). Veamos a continuación cada una de ellas.

a) Las prohibiciones a la exportación (art. 6)

En lo que importa a las *prohibiciones* (art. 6 TCA), el tratado declara que los Estados no autorizarán una exportación de armas en tres situaciones muy singulares:

1) cuando la exportación contravenga las «obligaciones emitidas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en virtud del artículo VII de la Carta de Naciones Unidas, esencialmente, los embargos de armas»;

2) cuando ella viole las obligaciones internacionales contraídas por el Estado sobre la «transferencia internacional o el tráfico ilícito de armas convencionales» [34]; y

3) cuando las armas «puedan utilizarse» para cometer crímenes nucleares de Derecho penal internacional (en concreto «genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas como tales, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte») [35], dejando al margen de las prohibiciones el crimen de agresión (art. 8 bis ECPI), que normalmente dará lugar a que la comunidad internacional decrete un embargo internacional a este respecto.

---

[33] Álvarez Martínez, B. Á., «A Balance of Risks: The Protection of Human Rights in International Arms Trade Agreements», *Security and Human Rights*, núm. 12, 2018, pp. 201 ss.

[34] Posiblemente la norma más importante a este respecto es el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 31 de mayo de 2001. Véase sobre las diversas obligaciones internacionales en esta materia, Brehm. M., «The arms Trade and States´ Duty to ensure respect for humanitarian and Human Rights Law», *Journal of Conflict and Security Law,* vol. 12, núm. 3, 2007, pp. 362 ss. Como indica Lustgarten, L., 2015, p. 587, dicha violación de una obligación internacional debe estar relacionada con acuerdos específicamente suscritos por un Estado. Esto excluiría el derecho internacional consuetudinario, incluidas las normas imperativas.

[35] Nótese que la definición de crímenes de guerra ofrecida en el TCA no es la misma que la contenida en el artículo 8 del ECPI, siendo la recogida en el TCA más restrictiva, pues esta solo se refiere a violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949), ataques contra personas y bienes protegidos, u otros crímenes de guerra tipificados en los Convenios internacionales de los que se sea parte.

Como puede observarse, el tratado emite dos clases de prohibiciones a la exportación de naturaleza distinta.

De un lado, se prohíben las exportaciones que contravengan una obligación internacional decretada por el Consejo de Seguridad (esencialmente, embargos), o una obligación instaurada a través de un tratado en materia de transferencia de armas. En estas situaciones el Estado debe limitarse a adecuar su comportamiento exportador a la legalidad internacional en ese momento dado, y no autorizar las exportaciones que la violen. Son lo que denomino «exportaciones de adecuación normativa», donde lo importante es verificar la concurrencia o no de una obligación internacional que impida la exportación, por concurrir un embargo o por oponerse a alguna disposición de un tratado. Las prohibiciones recogidas en los artículos 6.1 y 6.2 del TCA son, por tanto, fácilmente verificables, puesto que solo deben comprobar la existencia de limitaciones internacionales, y, en caso negativo, la exportación podrá autorizarse. Sin ánimo de exhaustividad, actualmente la ONU y la UE [36] han decretado un embargo de exportación de armas sobre Afganistán, Bielorrusia, Corea del Norte, Costa de Marfil, Irak, Líbano, Libia, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Rusia, Siria, Sierra Leona, Sudán, Sudán del Sur, Somalia y Yemen.

De otro lado, el art 6.3 TCA prohíbe la exportación de armas que *puedan* ser utilizadas en la comisión de algunos crímenes de Derecho penal internacional. Ante este tipo de escenarios el proceso de autorización de la exportación es más complejo e incierto, porque requiere que el Estado evalúe los riesgos (¡no la acreditación!) de la utilización de las armas en la ejecución de estos graves crímenes internacionales. En este punto debe destacarse que, lamentablemente, no existe ningún organismo internacional que valore los riesgos de utilización de las armas exportadas a terceros Estados para la comisión de crímenes internacionales, lo cual otorgaría una mayor coherencia al sistema común de control de armas.

Para evaluar dicho riesgo –y aunque el TCA no lo especifica– los Estados deben atender a diversas fuentes de información. Para ello resultan cruciales los informes de las principales Organizaciones Internacionales (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Cruz Roja, o Corte Penal Internacio-

[36] Véase https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/international-relations/restrictive-measures-sanctions/overview-sanctions-and-related-tools_en. Véase la actualización oficial sobre embargos vigentes a fecha de abril de 2020, https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Sanciones/Documents/Embargosvigentes27_4_20.pdf, consultado 26-10-2022. Véase también el Reglamento UE 2022/328, del Consejo, de 25 de febrero de 2002, por el que se modifica el Reglamento núm. 833/2014 relativo a medidas restrictivas a Rusia motivadas por acciones que desestabilizan la situación de Ucrania.

nal) y las ONG de reconocido prestigio (*v. gr. Human Rights Watch, Oxfam,* Amnistía Internacional) [37]. Asimismo, será relevante la información facilitada por parte de las Embajadas presentes en el Estado de importación y la que trasladen los medios de comunicación sobre estas cuestiones que afectan a la criminalidad masiva. Ante estos escenarios, el Estado exportador debe denegar toda transferencia de armas o municiones que evidencie un *riesgo* de que sean usadas para cometer crímenes internacionales por parte de sus destinatarios, estatales o particulares. Si el riesgo es conocido una vez la licencia de exportación se ha otorgado, el art 7.7 del TCA se limita a alentar a dicho Estado a que «reexamine la autorización tras consultar, en su caso, al Estado importador». El asunto de la *reexaminación* de la exportación es de máxima relevancia ante posibles exportaciones fraudulentas por mediar una conducta falsaria por parte de la empresa o el Estado importador o por devenir la entrega de armas, con posterioridad, en una exportación claramente irresponsable. Sobre ello se volverá más tarde *infra* cuando se aborde la regulación de la revocación o suspensión de licencias en España.

Otra cuestión que suscita la prohibición del artículo 6.3 TCA es la referida a la determinación del «umbral de gravedad» de los hechos, que deben ser susceptibles de calificarse como genocidio, un crimen de lesa humanidad o infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949. Para ello podríamos partir de la propia actividad jurisdiccional de la CPI que implementa un test de gravedad (art. 17.d ECPI) para poder acceder a la investigación de un caso por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares [38].

Así pues, parece evidente que no deben exportarse armas a un país cuya implicación estatal esté siendo investigada por la CPI o allí donde haya un claro riesgo de desvío hacia fuerzas rebeldes implicadas en una situación investigada. Normalmente, ante esa clase de escenarios, suele pender un embargo de armas, como sucede actualmente en el caso de Libia, Sudán, República Democrática del Congo y República Centroafricana, pero no siempre es así.

---

[37] De hecho, en la sentencia de apelación del tribunal de Reino Unido, emitida el 20 de julio de 2019 contra la autorización de exportación de armas a Arabia Saudí que efectúo el Secretario de Estado de Comercio británico, se consideró, que aunque el Secretario no estaba obligado a aceptar las conclusiones de los informes, la racionalidad exigía que las aceptara o que formulara razones adecuadas para rechazarlas; véase al respecto, MILLER, J., «The Queen (on the Application of Campaign against Arms Trade) and the Secretary of State for International Trade and Others [2019] EWCA Civ 1020 ('CAAT v SOS') Case Note», *Australian International Law Journal,* núm. 26, 2019, p. 198

[38] Entre las cuestiones previstas por el Estatuto de Roma para resolver sobre la admisibilidad o no de un asunto, se prevé, junto a la cosa juzgada y a la existencia de una investigación penal en sede nacional en el artículo 17 del Estatuto de Roma, que el asunto no sea de «gravedad suficiente». Por ello, la apertura de una investigación preliminar por parte de la CPI es ya un dato fiable de la concurrencia objetiva de comisión de un crimen de DPI.

Adicionalmente debe valorarse si la ausencia de una investigación por parte de la CPI proviene de alguna de las limitaciones materiales a la jurisdicción de la CPI (*v. gr.* que la jurisdicción penal nacional esté ya investigando, *ex* artículos 17 y 20 ECPI), puesto que ello no afecta *per se* al riesgo de comisión de un crimen internacional, sino que atiende a las limitaciones procesales con las que opera la jurisdicción de la Corte. En ese caso, el Estado debe entrar sobre el fondo del asunto valorando el riesgo de comisión de un crimen de estas características sin vincularse por el propio ejercicio de la jurisdicción por parte de la CPI.

Con respecto a Estados importadores que no son parte en el ECPI deberá denegarse toda exportación a un país implicado en la comisión de esta clase de crímenes (dentro o fuera de sus fronteras), bastando para ello la sospecha de utilización de las armas, siempre que el destinatario de las armas esté implicado *indiciariamente* en el crimen [39] o haya un riesgo de desvío hacia los agentes paraestatales implicados. Con respecto a ellos, la evaluación del riesgo debe partir de la única fuente fidedigna disponible: los informes oficiales de Organizaciones Internacionales de derechos humanos y de las ONG que denuncian la comisión de esta clase de crímenes. Como es sabido, la jurisdicción de la CPI ante Estados no parte es muy limitada; solo podrá abrirse una investigación si el Estado en cuestión acepta la jurisdicción para un caso en concreto (caso Ucrania, art. 12.3 ECPI), o si el Consejo de Seguridad remite la situación a la Fiscalía de la CPI (art. 13 b ECPI), como ha ocurrido en la situación de Darfur-Sudán (Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1593/2005) y en la de Libia (Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1970/2011). Por esta razón, ante la excepcionalidad de esta clase de remisiones del Consejo de Seguridad, los informes oficiales de derechos humanos y de las ONG serán el indicador clave para denegar las exportaciones de armas a estos países, tal y como ha ocurrido en el caso de Yemen y la guerra que mantiene contra la coalición liderada por Arabia Saudí [40].

En cualquier caso, es evidente que la valoración acerca de la posible utilización de las armas en estos escenarios de macrocriminalidad resulta un ex-

[39] Al respecto téngase en cuenta la denuncia a la Fiscalía de la CPI efectuada por varias ONG europeas (ECCHR/Mwatana, Centro Delás por la Paz, Control Armi, The Campaign against Arm Trade, Amnistía Internacional) contra la exportación de armas de empresas europeas a Yemen [concretamente contra Airbus Defence and Space S. A.(Spain), Airbus Defence and Space GmbH (Germany), BAE Systems Plc. (UK), Dassault Aviation S. A. (France), Leonardo S.p. A. (Italy), MBDA UK Ldt. (UK), MBDA France S. A. S. (France), Raytheon Systems Ltd. (UK), Rheinmetall AG (Germany) through its subsidiary RWM Italia S.p. A. (Italy), y Thales (France)], disponible en línea: https://mwatana.org/en/made-in-europe-bombed-in-yemen-case-report.

[40] Sobre esta problemática, Ambos, K., «¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministro (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de cadenas de suministro», *Política Criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 370-371, con ulteriores referencias.

tremo muy incierto, pues implica un juicio valorativo, de carácter político, donde se acentúa la discrecionalidad de los Estados en su apreciación y donde entran en juego numerosos intereses [41]. Por ello, es imprescindible que el expediente de licencia de la exportación pueda ser –como mínimo– objeto de control jurisdiccional, de modo que se expongan y evalúen los riesgos y evitar así exportaciones irresponsables que claramente fomentan la comisión de crímenes de Derecho Penal Internacional, y que son abiertamente contrarias a la legalidad. Sobre ello se volverá más adelante *infra* cuando se aluda al caso español. A continuación, debe proseguirse con la evaluación del marco jurídico internacional que dispone el Tratado de Comercio de Armas.

b) El deber estatal de evaluar el riesgo de la exportación (art. 7)

Una vez comprobada que la exportación no conculca las *prohibiciones*, el artículo 7 del TCA enumera una serie de «marcadores» que los Estados deben evaluar de forma objetiva y no discriminatoria para efectuar un control más exhaustivo del destino de las armas. Con ello, el tratado favorece que los países exportadores se impliquen y se pronuncien sobre si las armas «pueden» eventualmente utilizarse en determinados escenarios que comportan un riesgo para la paz y la seguridad, o la protección de los DD. HH. Si tras la evaluación estatal se revela que existe un «riesgo preponderante» de que las armas se empleen para cometer delitos (terrorismo, criminalidad organizada, violaciones contra los DD. HH. o contra el DIH), el artículo 7.3 del TCA *obliga* a los Estados a denegar esas exportaciones.

El primer marcador [art. 7.1 a) TCA] que deben evaluar los Estados hace referencia al riesgo de que dicho suministro «contribuya o menoscabe la paz y la seguridad», por lo que –entre otros– debe incluirse muy singularmente el riesgo de comisión de un acto de agresión de un Estado a un tercer Estado.

Junto a ello, en el art 7.1 b), se establece que los Estados deben valorar si hay riesgo de que las armas exportadas *puedan utilizarse* para cometer violaciones graves de DD. HH. y del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), o se empleen para cometer delitos de terrorismo o delitos de organización (crimen organizado), estos dos últimos más propios del ámbito de los desvíos. Estos marcadores obligan a los Estados a pronunciarse sobre el riesgo de que las armas se empleen para cometer violaciones contrarias al *ius cogens* internacional, o constituyan delitos de terrorismo o delitos de organización, en virtud de las convenciones a las que esté vinculado el Estado exportador. Con

[41] Decididamente, Stavrianakis, A., *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 5, 2016, pp. 849-850, *passim*.

ello se subraya la importantísima doble dimensión a la que hacía alusión con anterioridad, evitando violaciones de derechos humanos y desvíos peligrosos que faciliten el terrorismo y la criminalidad organizada.

Al igual que ocurre con la evaluación de las prohibiciones conectadas con la comisión de crímenes de Derecho Penal Internacional (art. 6.3 TCA), el artículo 7 otorga a los Estados un importante margen de discrecionalidad en la valoración del riesgo de utilización de las armas exportadas para menoscabar la paz o la seguridad o para la comisión de delitos graves [42]. Ello puede desembocar en la concesión de autorizaciones irresponsables de armas a Estados que no son fiables; asimismo puede generar cierta ambivalencia en la concesión de las licencias, pudiendo los países ser permeables a posiciones geoestratégicas determinadas, sin evitar de forma genuina la trasferencia de armas a un país en el que se cometen violaciones masivas del DIH [43] o de los DD. HH., o respecto a los cuales haya riesgo de desvío. Por esta razón, de nuevo, es esencial que los Estados consignen en documentos oficiales y accesibles las razones que los llevan a autorizar una determinada exportación de riesgo; de otro modo se dificulta enormemente el control sobre esta actuación estatal, por lo que el sector pretendidamente regulado se vuelve difícilmente permeable al control ciudadano de los expedientes de exportación de armamento.

Por otra parte, el artículo 7.2 TCA prevé la adopción de las denominadas «medidas de atenuación del riesgo» (*mitigations measures*) cuando el Estado exportador haya constado la «posibilidad» de que las armas se utilicen para cometer violaciones del DIH, de DD. HH. o para cometer los delitos de organización. Ante esas situaciones, el Tratado faculta a los Estados a implementar medidas de mitigación del riesgo para «fomentar la confianza» o la instauración de «programas conjuntos» para efectuar el seguimiento. Ello sirve, como advierte oportunamente Sánchez Legido (2014, pp. 173-174), de cajón de sastre en el que pueden escudarse los Estados para autorizar una exportación de riesgo o directamente una exportación «irresponsable», y luego efectuar un pretendido seguimiento que, por lo general, es cosmético e ineficaz.

Con respecto al problema de los desvíos, en los que las armas lícitamente exportadas a otro Estado acaban en manos del mercado negro o de operadores poco fiables en el uso, el artículo 11 del TCA impone el deber a los Estados de evitar los desvíos, dejando total discrecionalidad a estos para implementar su

[42] Nave, E., *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 24, núm. 2, 2019, p. 313; Stavrianakis, A., *Third World Quarterly*, vol. 37, núm. 5, 2016, pp. 849-850, insistiendo en la naturaleza eminentemente política de concesión de la exportación, mostrándose escéptica sobre la eficacia que esta evaluación de riesgos pueda tener en la praxis, estimando que el enfoque basado en el riesgo es más legitimador que restrictivo.

[43] Brehm, M., *Journal of Conflict and Security Law,* vol. 12, núm. 3, 2007, pp. 375 ss.

política nacional de prevención de los mismos. Una de las formas de prevención de los desvíos indeseables es el *intercambio de información* entre todos los operadores estatales de la cadena de suministro (exportadores, países de tránsito e importadores). Esta forma de cooperación se prevé en el artículo 11.5 del TCA, e incluye la entrega o intercambio de los datos que afecten a las «actividades ilícitas, incluida la corrupción, rutas de tráfico internacional, intermediarios ilegales, fuentes de suministro ilícito, métodos de ocultación, puntos comunes de envío o destinos utilizados por grupos organizados que se dedican al desvío».

En todo caso, los países signatarios del TCA deben efectuar un registro nacional de las autorizaciones de exportación emitidas, así como de las actividades de trasferencia o trasbordo desde su territorio como destino final o trasbordo. Igualmente se insta a los Estados a detallar la cantidad, el valor y el modelo o tipo de armas trasferidas, así como los datos precisos sobre los Estados exportadores, importadores, de tránsito y transbordo y sobre los usuarios finales, debiéndose conservar el registro durante, al menos, 10 años (art. 2 TCA).

24.2.2 Ámbito de la Unión Europea: La Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares

Por su parte, el Derecho de la Unión Europea también se ha hecho cargo de la necesidad de limitar la transferencia de armas, siendo la normativa más detallada la contenida en la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, modificada por la Decisión (PESC) 2019/1560 del Consejo de 16 de septiembre de 2019. Dicha normativa es más ambiciosa que la recogida en el Tratado de Comercio de Armas (2013), y su antecedente fue el «Código de Conducta» aplicable a las exportaciones de armamento a terceros países, aprobado por el Consejo de Ministros de la UE, el 8 de junio de 1998.

La Posición Común va referida a la exportación de «tecnología y equipos militares», que incluye el material de doble uso, en virtud del artículo 6 PC, por lo que el ámbito material es más amplio que el ofrecido por el TCA, que excluye el material de doble uso [44]. Para dotar de contenido el ámbito material de la

[44] Crítico con la exclusión del material de doble uso del Tratado de Comercio de Armas, por ejemplo, Lustgarten, L., 2015, pp. 582-583.

Posición Común, se debe recurrir a la *Lista Común Militar* de la Unión Europea, actualizada por el último Consejo el 17 de febrero de 2020, tal y como dispone el artículo 1.1 de la PC. En dicha lista se detallan con total profusión una serie de equipos, armas y sustancias que deben ser sometidas a control en la transferencia a terceros Estados. Por otro lado, en 2009, se publicó la Guía del usuario de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, Doc. 9241/09, de 29 de abril de 2009, que sirve de orientación concreta a los funcionarios en los expedientes de exportación.

La denegación de una exportación debe comunicarse confidencialmente al resto de Estados, en aras de favorecer la transparencia e impedir una suerte de *forum shopping* comercial entre los Estados importadores (arts. 4 y 7 PC). De hecho, si un Estado pretende autorizar una exportación que ha sido previamente denegada por otro Estado miembro en los tres años anteriores, deberá consultar al Estado denegante antes de emitir la autorización administrativa, detallando los motivos por los que se autoriza la exportación. Igualmente, la PC obliga a los Estados miembros a informar anualmente al *Servicio Europeo de Acción Exterior* sobre las exportaciones de equipos y tecnología militar, y a publicar un informe nacional sobre sus exportaciones (art. 8 PC). Con ello, se favorece la transparencia y una rendición de cuentas de carácter interno entre los países de la UE, fortaleciéndose el sistema de control de exportaciones de armas en el espacio común europeo.

En todo caso, el artículo 5 de la PC recuerda que las licencias de exportación únicamente se concederán «cuando exista «conocimiento previo fiable» del uso final en el país de destino final», por lo que en caso de dudas procede la denegación de la exportación de armamento. Para comprobar dicho uso final de las armas, se requiere el certificado de destinatario final de las mismas y otra documentación anexa.

24.3 **Los criterios para evaluar la exportación por parte de los Estados de la Unión Europea (art. 2 de la PC)**

Las limitaciones que plantea el artículo 2 de la PC a la exportación de armas y material de doble uso son, *grosso modo*, de cuatro tipos:

1.º Limitaciones de carácter humanitario y de respeto a la legalidad internacional (criterios 1, 2 y 3).

2.º Restricciones relacionadas con el mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regional, la seguridad nacional de los países de la UE y sus aliados (criterios 4 y 5).

3.º Limitaciones que afectan a la necesidad de preservar el desarrollo sostenible del país receptor (criterio 8); y finalmente,

4.º Restricciones a la exportación que tratan de prevenir los desvíos ilícitos, empleados por el crimen organizado y las organizaciones terroristas (criterios 6 y 7).

En todo caso, el artículo 10 de la PC establece una importantísima *regla de prevalencia* por la que los intereses económicos, sociales, comerciales e industriales de los países de la UE no afectarán a las limitaciones plasmadas en el artículo 2 de la PC. Es decir: el interés nacional no puede imponerse sobre las limitaciones humanitarias, de paz y seguridad, pues la soberanía estatal y sus consiguientes intereses económicos o comerciales no pueden estar por encima de la preservación de la paz y seguridad humana [45], que, lógicamente, afecta más a los países en vías de desarrollo hacia los cuales se deriva el armamento exportado.

A continuación, se expondrán sumariamente los criterios que ha delineado la PC de la UE.

a) Los criterios de respeto a la legalidad internacional y de protección de derechos humanos.

En lo que afecta a las limitaciones de carácter humanitario y de respeto a la legalidad internacional son esenciales los criterios números 1, 2 y 3 recogidos en el artículo 2 de la PC. Dichos criterios pretenden que toda exportación cumpla con la legalidad internacional en materia de embargos y sanciones de la ONU, UE y la OSCE (criterio 1) y otras obligaciones convencionales, y favorezca la protección de los derechos humanos (criterios 2 y 3), debiéndose denegar toda exportación que contravenga la normativa internacional o que suponga un riesgo *manifiesto* de represión interna o de violaciones graves de derechos humanos.

En relación con el criterio 1, se trata, de nuevo –y como ocurriese en los artículos 6.1 y 6.2 TCA– de que los Estados de la UE efectúen una «evaluación de adecuación normativa» de la exportación con la legalidad internacional en la materia [46] y las contramedidas, sanciones o embargos decretados internacionalmente.

---

[45] Asimismo, Janer Torrens, J.D., *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, p. 56.

[46] En concreto, la Posición Común de 2008 hace referencia a varias normas internacionales cuyo contenido debe ser respetado por la exportación a autorizar, a saber: el Tratado de no proliferación de armas nucleares, la Convención sobre armas bacteriológicas y toxínicas, la Convención de armas químicas,

En relación con los criterios 2 y 3, que contemplan las limitaciones de carácter humanitario, el artículo 2 de la PC detalla tres clases de riesgos que los Estados deben analizar para poder autorizar una exportación [47]. Para ello deben atender a la «actitud del país receptor» hacia la legalidad internacional protectora de los derechos humanos (*v. gr*. ratificaciones, cumplimiento, lucha contra la impunidad, cooperación internacional). La PC distingue tres riesgos posibles: *a)* existencia de un riesgo manifiesto de represión interna; b) concurrencia de riesgo de violaciones graves de los derechos humanos; y c) existencia de un riesgo manifiesto de violaciones graves del DIH [48].

En lo que afecta al riesgo de represión interna, la Posición Común prescribe que los Estados denieguen toda exportación cuando concurra un riesgo *manifiesto* de que el material «pueda utilizarse» para la represión interna (criterio núm. 2 a) del artículo 2 PC). Así, pues, los Estados de la UE deben valorar el grado de riesgo, y si este es evidente o manifiesto procederá de plano la denegación. Por «represión interna» la PC ofrece una interpretación auténtica (art. 2, criterio 2 *in fine*), entendiendo por tal «la práctica de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, las desapariciones y detenciones arbitrarias, así como toda violación grave de los derechos humanos, incluida, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)».

Asimismo, de conformidad con el criterio 2 c) del artículo 2 de la PC, debe denegarse toda exportación cuando haya un riesgo manifiesto de violación grave del DIH, que básicamente coincidirá con las violaciones graves de alguno de los Convenios de Ginebra, que conforman, en la mayoría de los casos, crímenes de guerra *ex* artículo 8 ECPI.

---

la Convención sobre ciertas armas convencionales y los protocolos anejos pertinentes, el TCA, la Convención sobre la prohibición, empleo almacenamiento, producción de minas antipersonas sobre su destrucción, el Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el Tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras, y los compromisos de los Estados de la UE en el marco del Grupo de Australia, el Régimen de Control de la Tecnología de Misiles, el Comité Zangger, el Grupo de Suministradores Nucleares, el Arreglo de Wassenaar, el Código de Conducta de La Haya contra la Proliferación de Misiles Balísticos, la Convención sobre armas convencionales y protocolos y el Tratado de Comercio de Armas.

[47] Como destaca Marrero Rocha, I., *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 683-684, salvo en el caso de sanciones internacionales, el resto de criterios de la PC son claramente interpretables por los Estados, lo que da lugar a una praxis de exportación muy heterogénea.

[48] Atendiendo a los datos estadísticos sobre exportaciones en 2021 ofrecidos por la Secretaría de Estado de Comercio, las denegaciones efectuadas se produjeron ante posibles desvíos indeseados (criterios 6 y 7 PESC) de material de doble uso; véase datos en: https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Material%20Defansa%20Doble%20Uso/2021/XMDDU2021I.pdf (pp. 2 ss.). Para ver los datos de otros años, cfr. la información pública disponible en https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Paginas/Hitorico_Material_Defensa.aspx.

Al margen de los escenarios de represión policial interna o de riesgo manifiesto de violación grave del DIH, el criterio 2 b) del artículo 2 PC exige que los Estados ponderen con detenimiento la autorización de la exportación a un tercer Estado con respecto al cual los organismos competentes (ONU, la UE, o el Consejo de Europa) «hayan constatado» violaciones graves de los derechos humanos. En materia de violaciones de DD. HH., lo que se exige a los Estados de la UE es un «ejercicio de ponderación» para evaluar si ante la constatación oficial de violaciones graves de los DD. HH., es pertinente exportar sin que proceda en este caso la denegación de plano de la autorización.

Nótese como la denegación solo es obligatoria ante el riesgo *manifiesto* de represión interna [49] o de violación grave del DIH, pues ante graves violaciones de los derechos humanos, se permite a los Estados ponderar la situación para denegar o autorizar la licencia, que por lo demás será el escenario más habitual que nos presente la praxis.

En cualquier caso, las restricciones a la exportación de índole humanitaria entroncan en sentido amplio –o de forma difusa– con los deberes convencionales de protección jurídica de los derechos fundamentales que los Estados deben satisfacer [50], con el Derecho de la UE, y con los principios de *soft law* en materia de derechos humanos y empresas [51]. La distinta fundamentación de los deberes de Estados y empresas en la protección de los derechos humanos no puede desarrollarse en este trabajo, y por ello tan solo es apuntada.

En relación con los Estados, es evidente que las normas convencionales de protección de derechos humanos subrayan la necesidad de que estos legislen y fomenten la protección los derechos de las personas de forma eficaz, y

[49] Con respecto a la existencia de «riesgo manifiesto», la Guía de Usuario (p. 41) establece que «cualquier análisis del riesgo manifiesto debe basarse en una consideración individualizada de las pruebas disponibles a partir de la situación pasada y presente del país receptor y del usuario final propuesto, y en el análisis de todas las tendencias o acontecimientos futuros que puedan razonablemente precipitar condiciones conducentes a una actuación represiva», donde resultará de especial importancia las declaraciones o conclusiones del Consejo de la UE, las inquietudes mostradas por los jefes de misión de la UE, la ONU, Consejo de Europa y OSCE, así como la información de las ONG.

[50] El deber de proteger los derechos humanos de los Estados a través de la adecuada regulación legal y el necesario acceso al proceso se deriva –entre otros– de los artículos 2.2. y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

[51] El Principio Rector 1 sobre empresas y DD. HH. (ONU, 2011) dispone que: «Los *Estados deben proteger* contra las violaciones de los derechos humanos *cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros*, incluidas las empresas. A tal efecto deben *adoptar las medidas apropiadas* para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia». Adicionalmente, el Principio Rector 25 establece la reparación del daño como parte del deber de proteger estatal, cuando recoge que: «Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para *garantizar*, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a *mecanismos de reparación eficaces*». Cursiva añadida.

procuren el acceso al proceso en caso de violación de los mismos. En este punto, la protección de los derechos humanos no debe restringirse en exclusiva a la protección de lesiones *directas* contra los derechos humanos, sino también vincularse con la necesidad de implementar políticas públicas que los protejan más mediata o indirectamente, como ocurre, por ejemplo, con el control de armas, pero no solo [52]. Los Estados deben, por tanto, asumir el control del respeto de los derechos humanos, impulsando los oportunos controles de los sujetos sometidos a su jurisdicción, diversificándose en niveles distintos, donde la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo explica dicha protección escalonada de los derechos humanos.

Por su parte, las empresas (sus directivos) deben no dañar a los demás a través de su actividad empresarial (*neminem laedere*) [53], al igual que toda persona no puede con su comportamiento personal lesionar intereses ajenos. Por esta razón, si una empresa suministra armas a un tercero, *conociendo* que este está cometiendo crímenes internacionales, podrá castigarse dicha conducta como una conducta de participación en el hecho ajeno [art 25.3 c) ECPI], siempre que se cumplan los elementos requeridos. Pero con independencia de esta situación –y, sobre todo, de su difícil prueba– el Derecho supranacional (Principios Rectores ONU, Directiva sobre información no-financiera, y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida) viene subrayando la necesidad de que las empresas rindan cuentas y controlen sus amplias cadenas de suministro cuando de su actividad se deriven serios riesgos para los derechos humanos más elementales. Es decir, con independencia de la posible responsabilidad penal *directa* de los directivos de la empresa por delitos contra bienes jurídicos elementales, estos deben también evitar la creación de escenarios de riesgo más genéricos para los derechos humanos con su actividad empresarial [54]. No obstante, en lo que afecta al comercio exterior de armamento, este

[52] Sobre la vinculación entre «seguridad colectiva» y «protección de la vida e intereses individuales» en la actividad estatal *ad intra* de control de las armas, véase Bobadilla Barra, C., *Política Criminal*, vol. 16, núm. 32, 2021, pp. 685-686.

[53] Esto es recalcado por el Principio Rector 11 (ONU, 2011) que afirma que: «las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación».

[54] A este respecto, la inclusión de obligaciones de diligencia debida para las empresas que comercializan armas permitiría superar el escenario de clara «desregulación», y delimitaría el riesgo permitido de dicha actividad empresarial. Ello ayudaría a determinar qué conductas de empresa con respecto al comercio de armas están prohibidas y cuáles están permitidas, cumplidos ciertos requisitos. Esta clarificación en torno al riesgo permitido contribuiría a aclarar el espinoso asunto de cómo calificar ciertos suministros de armas totalmente irresponsables. En sentido parecido, aunque con alcance general, también Nieto Martín, A., «Hacia un derecho penal económico de los Derechos Humanos», *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 148, 152.

deber empresarial de evitar riesgos para los derechos humanos es algo más matizado, puesto que la exportación de ese material exige licencia estatal previa, por lo que el Estado es el encargado último de controlar dicha actividad de exportación de esas mercancías.

Por las razones antedichas, los límites humanitarios en materia de comercio de armas subrayan, de un lado, la importancia de que los Estados protejan los derechos humanos frente agresiones dentro de su jurisdicción (más amplia que la circunscrita a su territorio) controlando las autorizaciones de exportación que conceden, y, de otro lado, la necesidad de que los directivos de empresas no promuevan con su actividad negocial el suministro de armas a terceros que las emplean para cometer violaciones graves de derechos humanos o crímenes internacionales. Ambos deberes de protección humanitaria –estatales y empresariales– son independientes entre sí[55], y tienen fundamentos muy diferentes en su genealogía, por lo que el tratamiento penal que de ellos pueda extraerse de cara a la eventual responsabilidad penal por el suministro de armas a terceros debe, en cualquier caso, ser diferenciado.

b) Los criterios referidos al riesgo de prolongación o provocación de un conflicto armado o tensiones internas, criterios relacionados con el mantenimiento de la paz, la seguridad, y la estabilidad regional.

El criterio 3 hace referencia a la «situación interna» del país de destino final en relación con la existencia de tensiones o de conflictos armados. Los Estados de la UE deben denegar de plano el expediente de exportación allí donde la transferencia de equipos militares «provoque o prolongue» un conflicto armado o agrave las tensiones en el país de destino final. En este caso, la PC no hace referencia a ninguna evaluación del umbral de gravedad de la tensión interna o el conflicto bélico, sino que acoge esta amplia fórmula a través de la cual los Estados deben denegar una transferencia de armas al exterior. Este criterio es uno de los más espinosos y evidencia notables contradicciones entre los principios que orientan el comercio internacional de armas (entre otros, el derecho a legítima defensa y a defender los intereses exteriores propios vs. la protección de los derechos humanos). Así, pues, las razones de política exterior o geoestratégicas pueden ser determinantes a la hora de autorizar un envío de armas al exterior. Ello se ha evidenciado recientemente con el conflicto ruso-ucraniano, donde los países de la UE han enviado multitud de equipamientos militares y armamento para repeler el acto de agresión rusa, que, como es bien sabido, sigue afectando a Ucrania, pero donde claramente el

[55] En sentido parecido también Ambos, K., *Política Criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 371, 373.

envío de armas prolonga el conflicto irremisiblemente [56], donde además hay riesgo de desvío de las armas hacia el mercado negro [57], como también ocurrió con la retirada de EE. UU. de Afganistán sin controlar el armamento que se dejó al abandonar el territorio [58].

Los criterios 4 y 5 aluden respectivamente al «mantenimiento de la paz, seguridad y estabilidad regional» y a la «seguridad nacional de los países de la UE, incluidos territorios de ultramar, así como de países "amigos y aliados"».

Con respecto al criterio 4, la PC obliga a la denegación de la licencia de exportación cuando haya «riesgo manifiesto» de que los equipos puedan ser empleados en la realización de un acto de agresión a un tercer país, o para imponer una reivindicación territorial. Para evaluar dichos riesgos, la PC establece cuatro criterios a tener en cuenta, entre otros posibles concurrentes (*numerus apertus*). Ellos son los siguientes: a) que haya un conflicto armado entre el país receptor y otro país, o haya probabilidad de que lo haya; b) que haya un territorio reivindicado de un país vecino por parte del país de destino de las armas; c) que haya probabilidad de que el material exportado sea utilizados con fines distintos a la «seguridad nacional y legítima defensa»; y d) que haya necesidad de no perjudicar de «forma importante» la estabilidad regional.

De todos los elementos enunciados, los dos primeros (a y b) y el cuarto (d) obedecen a extremos más o menos objetivos, y fácilmente verificables. El aspecto más problemático es el que afecta al tercer elemento (c), que alude al *destino final espurio* del material armamentístico exportado, cuando su uso no se adecue ni a la preservación de la legítima defensa, ni a la seguridad nacional del Estado receptor. Entrando en estas consideraciones, no es descartable que el país receptor asegure que su uso será lícito, entregando documentación fidedigna, y posteriormente ese uso se intensifique o se derive a conductas prohibidas o excesivas en intensidad en el contexto de la legítima defensa. Esta situación evidencia –a mi juicio– uno de los mayores problemas de las exportaciones de armas, cual es el de la debida verificación del uso final de las armas objeto de exportación, y su posible *revocación* en caso de constatarse un

[56] Sobre las medidas adoptadas por la EU en relación con la invasión rusa de Ucrania, véase sintéticamente https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729301/EPRS_ATA(2022)729301_EN.pdf y https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/. Sobre las armas enviadas por países, véase solo https://www.forumarmstrade.org/ukrainearms.html.

[57] Al respecto *vid*. la información publicada en (https://www.theguardian.com/world/2022/jun/02/ukraine-weapons-end-up-criminal-hands-says-interpol-chief-jurgen-stock) cuando el jefe de Interpol, Jürgen Stock, ha alertado en junio de 2022 a los países de evitar los desvíos indeseados una vez termine el conflicto en Ucrania para lo cual les insta a efectuar estrategias de trazabilidad.

[58] Mehra, T.; Wentworth, M., «The Rise of the Taliban in Afghanistan: Regional Responses and Security Threats», en línea: https://icct.nl/publication/the-rise-of-the-taliban-in-afghanistan-regional-responses-and-security-threats/, 2021.

uso indebido de las armas, que se analizará sumariamente *infra* cuando se aluda a la posible revocación de estas licencias en el caso de España, y en las conclusiones de este trabajo.

Por su parte el criterio 5 obliga a los Estados de la UE a analizar la posible afectación de la exportación de las armas a la «seguridad nacional» de los Estados miembros, sus amigos o aliados. Este criterio atiende a cuestiones centrales de geopolítica y geoestrategia y puede plantear alguna fricción con el criterio 3; ello es así puesto que este último obliga a «no intensificar» un conflicto armado, pero el 5 podría venir a subrayar la necesidad de exportar para defender a algún Estado de la UE, o a un aliado o amigo, por lo que ambos criterios pueden entrar en colisión, sin que se den más pautas a los operadores, ampliándose con ello el ámbito de la discrecionalidad para conceder o no la exportación.

c) Los criterios referidos a la prevención de los desvíos ilícitos de los equipos militares.

Los criterios 6 y 7 (art. 2 de la PC) aluden al riesgo de desvío de las armas a destinatarios indebidos, para lo cual la PC concreta algunos elementos que deben verificarse antes de otorgar la licencia. Como puede comprobarse, y en la misma línea que los criterios anteriores, se trata de un parámetro valorativo del riesgo de desvío, que dota a los Estados de la UE de una notable facultad discrecional para la concesión de la licencia. No obstante, la Posición Común determina ciertos elementos para efectuar dicha valoración que deberán ser atendidos *in casu* por los Estados. La finalidad de imponer esta limitación normativa a la exportación de armas abunda, en sentido amplio, en la prevención de delitos de terrorismo y de la criminalidad organizada, evitando que las armas acaben en poder de los grupos dedicados a estas actividades [59].

Por un lado, para poder evaluar positivamente la autorización de exportación, el criterio 6 hace referencia a la «actitud frente el terrorismo», la «naturaleza de las alianzas» y el «respeto al Derecho internacional» por parte del comprador. Para realizar dicha evaluación los países exportadores de la UE tendrán en cuenta –entre otros aspectos– los siguientes marcadores: a) el apoyo o fomento del terrorismo y el crimen organizado internacional por parte del comprador; b) el respeto a la no utilización de la fuerza y el respeto al DIH; y c) su compromiso en la no proliferación de armas y compromiso con el desarme, en especial en lo que afecta a las convenciones contra la proliferación de armas nucleares, químicas y armas bacteriológicas y toxínicas.

[59] Sánchez Legido, A., 2014, p. 195.

Por su parte, el criterio 7 alude al «riesgo» de que las armas se desvíen en el territorio del comprador o se reexporten en «condiciones no deseadas». Para efectuar el análisis sobre el riesgo de desvío, el criterio 7 enumera taxativamente seis elementos: a) los intereses de defensa y seguridad nacional del receptor; b) la capacidad técnica de utilizar dicha tecnología; c) la capacidad de controlar de forma efectiva la exportación de ese material; d) el riesgo de reexportación indeseada y el historial de cumplimiento de dicho Estado importador; e) el riesgo de desvío en concreto hacia organizaciones terroristas o sus miembros; y, finalmente, f) el riesgo de «compilación inversa o de transferencia de tecnología no deseada», es decir: profundizar en el estudio de su funcionamiento, hasta el punto de que se pueda llegar a entender, modificar y mejorar el funcionamiento del equipo o tecnología militar objeto de transferencia.

d) Los criterios que afectan a la preservación del desarrollo sostenible del país receptor.

Finalmente, el criterio 8 insta a los Estados de la UE a evaluar la compatibilidad de las exportaciones de armas a un Estado con sus necesidades legítimas de seguridad y defensa nacional, sin efectuar un gasto militar inadecuado a sus necesidades. Como ha destacado la doctrina, este aspecto está altamente asociado a prácticas de corrupción trasnacional, donde algunos Estados menos desarrollados adjudican contratos muy lucrativos a empresas armamentísticas extranjeras mediando prácticas corruptas de soborno, que aumentan el empobrecimiento del país importador.[60] Para efectuar dicha evaluación, el criterio 8 obliga a que la ponderación se efectúe atendiendo a la información del «Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los informes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos», para comprobar si la exportación «obstaculizaría de forma importante el desarrollo sostenible del país receptor».[61] Asimismo, el criterio prescribe tener especialmente en cuenta dos parámetros: los niveles relativos de gasto militar y social y la existencia de ayudas bilaterales o de la UE.

Con todo, la ausencia de una definición concreta sobre qué debe considerarse «desarrollo sostenible» amplía notablemente el criterio de valoración, que exigirá en todo caso una adecuada ponderación entre intereses presentes y

[60] Lustgarten, L., 2015, pp. 574-575.

[61] A este respecto Nave, E., *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 24 núm. 2, 2019, pp. 320 ss., subraya la importancia y la pertinencia de incluir una directriz en materia de desarrollo sostenible a los Estados que vayan a conceder una licencia de exportación de armas a un tercer Estado.

futuros. Esta indefinición es, sin duda, uno de los principales escollos para que los Estados efectúen una adecuada valoración de este expediente. [62]

A continuación, analizaré el marco regulatorio español en materia de comercio exterior de armas, para señalar los principales problemas que este plantea y proponer *de lege ferenda* algunas reformas legislativas, también en materia penal.

24.4 EL RÉGIMEN LEGAL SOBRE LA EXPORTACIÓN DE ARMAS EN ESPAÑA

24.4.1 **La autorización administrativa previa**

Conforme a los datos presentados por la Secretaria de Estado de Comercio en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, el 24 de junio de 2021 [63], las expediciones a los países de la EU representaron un 70,8 % del total y en valor supusieron 2.565,1 millones de euros. Las licencias concedidas estuvieron distribuidas principalmente en: Países Bajos, Alemania, Francia y Reino Unido. El comercio exterior con estos cuatro países se concentró sobre todo en transferencias de productos, pero también de tecnologías en materia de defensa. En relación con las exportaciones a los países OTAN, estas supusieron un 75,7 %, con 2.744 millones de euros, y las ventas restantes (una vez descontadas las exportaciones a países de la UE y a países OTAN no de la UE) representaron cerca de un 24 %. Si sumamos Australia y Singapur a los Estados de la UE y a los países OTAN no de la UE, las exportaciones realizadas supusieron un 90 % del total, por lo que las exportaciones españolas son en su mayoría hacia destinos indiciariamente seguros.

La praxis de exportación de armas en España es regulada por la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, y, por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, que contiene el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, recientemente modificado parcialmente por el RD 494/2020, de 28 de abril. En España toda transferencia de armas y material y productos de doble uso requiere una autorización administrativa (art. 4), salvo algunas excepciones contempladas en el artículo 5 de la Ley 53/2007, cuando se trate de armas emplea-

[62] Sobre el proceso de debate de este criterio y su exclusión sobre exportación y desarrollo sostenible en las negociaciones del Tratado de Comercio de Armas, véase solo Sánchez Legido, A., 2014, pp. 184-187.

[63] Véase Comisión de Defensa, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 24 de junio 2021, p. 4, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444. PDF.

das por las fuerzas armadas españolas o por los ejércitos de otros países en maniobras combinadas.

El órgano competente para resolver dicha autorización es la Secretaría de Estado de Comercio. Para ello dispone de un plazo máximo de 6 meses (art. 7 de la Ley 53/2007), surtiendo el silencio negativo un efecto desestimatorio de la autorización solicitada. Antes de otorgar una licencia de exportación de armas, es obligatoria la previa inscripción registral en el Registro Especial de Operadores de Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (REOCE) por parte de los operadores (personas físicas o jurídicas) que tengan residencia en España (art. 12 Ley 53/2007).

La vulneración del «sistema de licencia», exportando o importando armas sin la debida licencia, o hacerlo presentando datos falsos sobre la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito, constituye un delito de contrabando, si el valor de las armas es igual o superior a 50.000 euros [art. 2.2 c) LO 12/1995, de 12 de diciembre].

En todo caso, la autorización administrativa de transferencia de armas (así como su eventual revocación, rectificación o suspensión) debe estar previamente informada de *forma preceptiva y vinculante* por parte de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (en adelante, JIMDDU) [64]. Cualquier autorización administrativa que tenga por objeto la transferencia de armas debe ir acompañada de «documentos de control» –básicamente, el certificado de importación y los certificados y la declaración de último destino– para que quede suficientemente garantizado que el destino y el uso final de los materiales está dentro de los límites de la correspondiente autorización.

Desde el 29 de abril de 2020 [65], España cuenta con un nuevo «certificado de último destino de control *ex post»* que pueden emitir las autoridades competentes del país importador o introductor para exportaciones y expediciones de material de defensa y otro material incluidas en los anexos I y II del Reglamento. Dicha actividad de control *ex post* es solo una *facultad* nueva y excepcional, no una obligación, de la que dispone la JIMDDU, que hasta ahora solo se ha aplicado con respecto a exportaciones de armamento hacia Arabia Saudí y a Emiratos Árabes Unidos [66]. Dicho certificado de control *ex post* comprende

[64] En España dicho organismo depende funcionalmente del Ministerio de Economía y Competitividad; véase su composición en el artículo 17 Reglamento 679/2014, de 1 de agosto.

[65] Artículo 30.1 e) del Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, por el que se modificaba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa y tecnologías de doble uso.

[66] Véase Comisión de Defensa, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 24 de junio 2021, p. 3, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444. PDF.

eventuales mecanismos de «verificación, seguimiento y colaboración» de la mercancía exportada con la colaboración del gobierno del país importador, para lo cual se deberá iniciar un expediente en el que se definirán todos los términos de la verificación (art. 18.11 del Reglamento). En dicho documento, el Estado receptor se compromete a colaborar con las autoridades españolas para establecer mecanismos de verificación y seguimiento, que reconozcan un control de la mercancía exportada, permitiendo, *si fuera necesario*, «el acceso a las instalaciones donde se encuentra la mercancía, la identificación del usuario final y facilitando toda la información y documentación requeridas por el equipo de verificación», tal y como se dispone en el documento anexo que acompaña al Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso.

Asimismo, la Ley 53/2007 (art. 15) y el Reglamento 679/2014 (art. 9) prevén la *inspección* de los autorizados para exportar por parte de los órganos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, concretamente el Servicio de Aduanas. Para ello se obliga a los autorizados a conservar todos los documentos de las operaciones que no obren ya en poder de la Administración hasta que transcurran cuatro años desde la fecha de extinción del plazo de validez de la autorización.

A este respecto podría plantearse la pertinencia *de lege ferenda* de introducir en la legislación penal de los países de la UE (cuestiones de ubicación sistemática aparte) un delito de omiso control tras la exportación, donde los destinatarios rindiesen cuentas a los exportadores (tanto a las empresas como a los Estados que han autorizado la transferencia de armas) sobre el «uso final» del material entregado. Lógicamente, ello exigiría afianzar serios controles administrativos de control tras la exportación, donde *todos* los operadores de la cadena se comprometan en la rendición de cuentas respecto al uso final de las armas. Y es, precisamente, en este contexto, donde puede ser interesante valorar la necesidad de incluir un delito de omisa verificación, inspección, o control *ex post facto* acerca del uso que se realiza sobre el material exportado.

La competencia primaria de ese control *ex post* debería descansar, a mi juicio, en la empresa, que es quien se ha beneficiado económicamente de la operación de transferencia. No obstante, la revocación de la licencia de exportación es un extremo que compete en exclusiva al Estado exportador, por lo que también conviene involucrar al Estado en dicha operación de verificación final del uso del armamento. Tomarse en serio el control sobre el *uso final* de las armas es esencial para evitar desvíos indeseados y para prevenir su utiliza-

ción letal para la vida e integridad de las personas. Carece de sentido normar el proceso de transferencia y de exportación, evaluando riesgos y situaciones de potencial riesgo de desvío, para posteriormente desentenderse en la fase más importante de todo el proceso de transferencia cual es la que afecta al uso y utilización final de las armas. Por motivos de espacio, me limito a apuntar la posibilidad de valorar este tipo de infracciones por si pudieran resultar de utilidad en el ámbito objeto de este estudio, resultando, por lo demás, evidente la imperiosa necesidad de una verificación posterior acerca de la utilización del material exportado a nivel administrativo.

24.4.2 Los límites normativos a la transferencia de armas y otros materiales en España conforme a la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, y al Reglamento 679/2014, de 1 de agosto, sobre control de comercio exterior de material de defensa y productos y tecnologías de doble uso

En un sentido muy próximo a lo establecido por las prohibiciones del artículo 6 del Tratado de Comercio de Armas (2013) y a los criterios del artículo 2 de la Posición Común (2008), el artículo 8 de la Ley 53/2007 sobre el control del comercio exterior de material de defensa y doble uso, detalla una serie de criterios que el Estado debe emplear para *denegar* una autorización de exportación de armas, *suspender* una ya concedida, o *revocarla* en su caso.

Según el artículo 8 el Estado debe denegar toda autorización de exportación (o debe suspenderla o revocarla) cuando dicha transferencia suponga un riesgo para la paz y la seguridad mundial o regional, cuando pueda emplearse para violar derechos humanos o efectuar represiones internas, o cuando tengan como destino países con riesgo de desvío («criterio humanitario», letra a). Asimismo, se debe denegar toda autorización que contravenga los intereses generales de defensa nacional y de la política exterior del Estado («criterio de interés nacional», letra b), o que contravenga las directrices emitidas por la UE o de la OSCE («criterio comunitario», letra c). Finalmente, la ley obliga a denegar o a revocar una autorización que incumpla las obligaciones del Derecho internacional, esencialmente los embargos decretados por la ONU o la UE («criterio de adecuación normativa», letra d).

Por su parte, el Reglamento 679/2014, de 1 de agosto, de control de comercio exterior de material de defensa y productos y tecnologías de doble uso, desarrolla el contenido de las limitaciones que contempla la Ley 53/2007. Dichos criterios atienden, *grosso modo,* a criterios humanitarios y de preserva-

ción de la paz (art. 7.1 a), así como a la posible contravención de «intereses generales de seguridad, de la defensa nacional y de la política exterior del Estado» (art. 7.1.b). Además, los apartados c), d) y e) del artículo 7.1 hacen referencia explícita a respetar las prohibiciones y obligaciones previstas en los artículos 6 y 7 del Tratado de Comercio de Armas, los criterios enumerados en la Posición Común de 2008 y los criterios de la OSCE, y las obligaciones de Derecho Internacional y del Derecho de la UE en materia de embargos y sanciones. Finalmente, el artículo 7.1 f) del Reglamento dispone que se podrán revocar las autorizaciones de licencias de transferencia de material de defensa intracomunitarias (art. 28 Reglamento) por razones de protección de los «intereses esenciales de seguridad nacional o de orden público».

En cualquier caso, tanto la Ley 53/2007, como el Reglamento 679/2014, prevén la revocación obligatoria de toda licencia concedida cuando se *incumplan* las condiciones de autorización de la exportación, o cuando haya existido una *omisión o un falseamiento de datos* por parte del país receptor (arts. 8.2 y 7.2 respectivamente), [67] que precisará la tramitación del oportuno expediente administrativo en el que será preceptivo la audiencia del interesado. Nótese que, de conformidad con el artículo 2.2 c) de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, constituye un delito de contrabando quien exporta armas o material de defensa por más de 50.000 euros sin la oportuna licencia, o a quien, habiéndola obtenido, lo ha hecho mediante la declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos, o de cualquier otro modo ilícito [68].

---

[67] Adviértase que el incumplimiento con respecto al uso de las armas, conocida por el Estado exportador y/o la empresa productora, o la detección por parte del Estado de que se han falseado datos por parte del país receptor, son elementos que podrían, eventualmente, tener un claro impacto en la imputación de la complicidad en crímenes internacionales del Estado y/o la empresa según sean los casos. La actividad de comercio de armas, que es ciertamente peligrosa, está en principio autorizada siempre que se cumplan los estándares legales dados, y no haya una evidencia del riesgo inminente de uso delictivo de las armas. El conocimiento por parte de los operadores de exportación de un eventual incumplimiento en el uso por parte del usuario final de las armas sin la adopción de medidas de revocación (omisión), puede provocar la desvaloración penal de esas conductas como posible complicidad por omisión en un crimen internacional atendidas las circunstancias del caso. En este punto, solo puedo apuntar la interesante problemática que aquí cabe suscitar, aunque ella excede el objeto de la presente contribución. Sobre ello véase *in extenso* Saage-Maaβ, M.; Bryck, L.; Simanovski, S., «Individuelle strafrechtliche Verantwortung für Waffenexporte unter dem Rom-Statut. Eine Fallstudie zu europäischen Rüstungsexporten an Mitglieder des von Saudi-Arabien geführten Militärbündnisses, welche die Waffen im mutmaßlichen Krieg im Jemen einsetzen», *Criminal Law Discourse of the Interconnected Society*, 2020, pp. 230-237.

[68] Martínez Buján, C., *Derecho penal económico de la Empresa,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 502-503; también Vázquez- Portomeñe Seijas, F., *El delito de contrabando*, Madrid (Dykinson), 2022, pp. 224 ss. La doctrina reconoce –con toda razón a mi juicio– que esta modalidad de contrabando se asocia con el peligro de la proliferación descontrolada de armas para la seguridad exterior del Estado y de terceros países, donde también se resalta que, con la incriminación del contrabando, se protegen mediatamente bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad moral.

En lo que sigue, me centraré exclusivamente en el criterio humanitario y de mantenimiento de la paz, ampliamente redactado en el art 7.1 a) del Reglamento de 2014, por resultar los demás criterios reiterativos o de menor interés para el objeto de este estudio.

Bajo dicho «paraguas humanitario», el Estado debe denegar una exportación cuando concurran «indicios racionales» de que las armas o el material a transferir:

— «puedan ser empleados en acciones que perturben la paz, la estabilidad o la seguridad en un ámbito mundial o regional,

— puedan exacerbar tensiones o conflictos latentes,

— puedan ser utilizados de manera contraria al respeto debido y la dignidad inherente al ser humano, con fines de represión interna o en situaciones de violación grave del derecho internacional de los derechos humanos o del DIH, o,

— cuando tengan como destino países con evidencia de desvíos de materiales transferidos o que puedan vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España».

Resulta digno de mención que tanto la Ley 53/2007, como el Reglamento 679/2014, incorporan expresamente los documentos que deben ser atendidos por el Estado para efectuar la evaluación de esos «indicios racionales» de riesgo de que el material que pretende ser transferido conculque los estándares humanitarios mencionados. A tal efecto, los artículos 8.1 a) de la Ley y el artículo 7.1 a) *in fine* del Reglamento, consignan que dicha evaluación atenderá a:

— Los informes sobre transferencias emitidos por organismos internacionales en los que participe España.

— Informes de los órganos de derechos humanos y otros organismos de la ONU.

— Información facilitada por organizaciones y centros de investigación de reconocido prestigio en el ámbito del desarrollo, la paz y la seguridad, el desarme, la desmovilización y los derechos humanos; y

— Las mejores prácticas actualizadas descritas en la Guía del Usuario de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008.

A pesar de la amplitud con la que se formula el criterio humanitario, que otorga gran discrecionalidad al Estado para su concesión o denegación, y de la concreción de la información que debe ser atendida por la Administración, la

praxis denegatoria en España es limitada [69], y muchas veces adoptada sobre la base de la existencia de un embargo internacional sobre el Estado importador. Lógicamente el cumplimiento de las obligaciones internacionales y el respeto de los embargos impuestos es el límite más taxativo y concreto que las autoridades deben respetar. Sin embargo, no es el único criterio atendible de conformidad con la legalidad, pues esta fija –como se acaba de exponer– amplios criterios que permiten a los Estados evaluar *in casu* la pertinencia de efectuar la autorización, o la necesidad de su suspensión o revocación. Indiscutiblemente, muchos de los criterios normativos que pueden limitar la exportación de armas son porosos y permiten amplia discrecionalidad a las autoridades públicas, por lo que la transparencia de todo este proceso de autorización de transferencia de armas es la única herramienta de genuino control a la Administración en este segmento de actividad.

Con ello, damos paso a abordar el problema añadido que la legislación española tiene al haber declarado *secretas* en 1987 las actas e informes de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU), que, como se ha indicado arriba, son obligatorias y vinculantes en todo expediente de autorización de una exportación de armamento.

24.4.3 **El secreto de las actas e informes de la Junta Interministerial reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso y su posible control jurisdiccional**

El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de marzo de 1987, declaró materia clasificada las actas de la JIMDDU, de modo que su contenido no puede comunicarse, difundirse o utilizarse fuera de los límites legales (art. 13 Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (LSO). Por su parte, el artículo 2 de la LSO establece que se podrán «declarar materias clasificadas los asuntos, actos, documentos (…) cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la «seguridad y defensa» del Estado», si bien dicha clasificación no afectará a las Cortes Generales, «que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas» (art. 10.2 LSO).

[69] Véase, por ejemplo, para ver algunas de las denegaciones de los últimos años, (https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Material%20Defansa%20Doble%20Uso/2020/estadisticas2020I.pdf; https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444. PDF). Cfr. asimismo en Melero Alonso, E., *b): La política gubernamental de fomento de las exportaciones de armamento*, Font T./Melero E., (Coords.), *Armas, negocio, política y opacidad. Exportaciones españolas de armamento 2005-2017*, Barcelona (Icaria), 2020, p. 116.

Dada la paradoja de que las actas e informes de la JIMDUU son secretas desde el año 1987, y además obligatorias y vinculantes para la concesión de una licencia de exportación de armas [70], el control sobre dichas autorizaciones se haya en España fuertemente comprometido, cuestión que no es baladí si tenemos en cuenta que España se encuentra entre las diez potencias exportadoras de armamento del mundo [71].

De hecho, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 53/2007, el Gobierno debe enviar semestralmente al Congreso de los Diputados la información sobre las exportaciones de armamento, indicando al menos «el valor de las exportaciones por países de destino, las categorías descriptivas de los productos, las asistencias técnicas, el uso final del producto, la naturaleza pública o privada del usuario final, así como las denegaciones efectuadas» [72]. Por su parte, el Secretario de Estado de Comercio comparecerá anualmente ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para informar sobre las estadísticas del último período de referencia (art. 16.2 Ley 53/2007).

Uno de los principales problemas que tiene el control parlamentario es que este se produce *a posteriori* de que las autorizaciones se hayan formalizado, por lo que no tiene ningún impacto en la posible modificación de las mismas. Se trata de un trámite informativo posterior que no trascurre en paralelo –ni siquiera próximo en el tiempo– tal y como algunos grupos parlamentarios del Congreso han recalcado (entre otros PP, PNV, EH-Bildu y ERC) [73]. En este contexto, y teniendo en cuenta el limitado control parlamentario sobre las exportaciones, la ciudadanía solo dispone del control jurisdiccional como única vía para comprobar el estado de juridicidad de la licencia de exportación de armas. A este respecto el control judicial puede efectuarse de dos formas. Por un lado, se podría atacar el «acto de clasificación» en sí que declaró secretas las actas de la JIMDDU y que proviene del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 1987. Y, por otro lado, se podría impugnar el concreto expediente de autorización de licencias de armas por parte del cualquier administrado con interés legítimo.

---

[70] Artículo 14 de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

[71] Véase la tabla completa en SIPRI https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php (consultado el 26-10-2022).

[72] Téngase en cuenta a este respecto que el artículo 12 del Tratado de Comercio de Armas obliga a los Estados parte a llevar registros nacionales de las autorizaciones de exportación emitidas. Asimismo, el art. 12.3 *alienta* a los Estados parte a incluir en esos registros información acerca de «la cantidad, el valor y el modelo o tipo de armas» objeto de transferencia.

[73] Véase las posiciones de estos Grupos Parlamentarios, véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, XIV Legislatura, núm. 121, de 29 de junio de 2020, pp. 7 ss.

En relación con los actos de clasificación en sí, España cuenta con la histórica sentencia de los papeles del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), relacionados con la trama GAL (terrorismo de Estado en el marco de la lucha contra el terrorismo etarra), STS 2391/1997, de 4 de abril, en la que se posibilitó el control judicial de los actos de clasificación. En esta sentencia, el Tribunal Supremo (TS) español declaró que, a pesar de que los actos de clasificación del Consejo de Ministros puedan ser *actos políticos*[74] ello no obsta para que los tribunales, en virtud de una lectura conjunta de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española (que propugnan la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la tutela judicial efectiva respectivamente) asuman aquel control «cuando el legislador haya definido, mediante conceptos judicialmente asequibles, los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política…». En esos casos –prosigue el TS– los tribunales deben «aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Por tanto, los actos de clasificación de información, como el que afecta a las actas e informes de la JIMDDU, son susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo español. En ese caso, el TS podría evaluar si el acto de clasificación se ha llevado a cabo de conformidad con los parámetros ofrecidos por el ordenamiento jurídico, ponderándose, en todo caso, los diversos intereses en liza, sobre todo en lo que afecta a los derechos fundamentales y a la preservación de la «defensa y seguridad nacional». No obstante, tiene razón la doctrina administrativista cuando advierte que el control jurisdiccional a este respecto es limitado, puesto que lo que afecta a la «seguridad y defensa nacional» es un concepto jurídico indeterminado sometido, por tanto, a un notable grado de indeterminación y discrecionalidad[75].

---

[74] Sobre el debate en el ámbito administrativo de qué naturaleza ostentan los actos de clasificación, véase *in extenso*, Melero Alonso, E., «El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales. Las razones por las que los datos de las exportaciones de armas deben hacerse públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, pp. 229-267; Melero Alonso, E., «El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento», *Opinión Jurídica*, vol. 7, núm. 14, 2008, pp. 18-19. Asimismo, Bacigalupo Sagesse, M., «El control judicial de los actos del gobierno por los que se acuerda clasificar o no descalificar secretos oficiales. (A propósito de las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997)», *Boletín Oficial de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 13, 1998, pp. 206 ss., notas 6 y 7.

[75] Melero Alonso, E., *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, p. 250; Lozano Cutanda, B., «En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado», *Jueces para la Democracia*, núm. 29, 1997, pp. 23-24, señalando que a pesar de que los actos de clasificación hayan sido calificados por el TS como actos de dirección política, susceptibles de cierto control jurisdiccional, en realidad, se trata de actos administrativos discrecionales.

Por otro lado, la otra vía de control judicial es evaluar la juridicidad de un concreto expediente de autorización de una exportación de armas acudiendo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como ha ocurrido recientemente con *Greenpeace España* con las exportaciones de armamento a Arabia Saudí. En este caso la ONG española interpuso un recurso contencioso-administrativo –tramitado por el procedimiento especial de derechos fundamentales, en este caso para salvaguardar el derecho a recibir una información veraz (art. 20 d) de la Constitución Española)– contra la resolución denegatoria de información del Director General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 15 de septiembre de 2020. En dicha resolución se rechazó el acceso a la información sobre la exportación a Arabia Saudí de portamorteros Alakran 120 mm de la empresa *New Tecnologies Global Systems* (NTGS., S. L), atendiendo a los límites expresos que imponen la Ley de Transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre) [76] y el secreto de las actas e informes de la JIMDDU en materia de seguridad y defensa nacional y protección de intereses económicos y comerciales.

Dicha denegación fue asimismo convalidada por los tribunales de instancia, aunque el TS ha admitido el recurso contencioso-administrativo (ATS 7532/2022, de 11 de mayo), considerando el pleno interés casacional de la causa. En esta oportunidad la Sala Tercera del TS podrá pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho fundamental a recibir información veraz con los límites derivados de la Ley de Transparencia y de la clasificación de las actas de la JIMDDU, basados en razones de defensa y seguridad nacional.

A este respecto parece oportuno valorar si, de *lege ferenda,* es admisible que en un Estado de Derecho las actas e informes de la JIMDDU sean de plano clasificadas como secretas en todos sus extremos, sobre todo en lo que afecta a la *motivación* que los miembros de la Junta Interministerial deben efectuar para autorizar una exportación de armas de conformidad con los límites comentados con anterioridad. Atendiendo a los riesgos manifiestos que toda exportación comporta, el control estatal de la transferencia de armamento se realiza de conformidad con las normas nacionales (Ley 53/2007 y el Reglamento 679/2014 sobre comercio exterior de armas) en consonancia con los límites normativos que nos imponen las normas internacionales (Tratado de Comercio de Armas, 2013 y la Posición Común de la UE, 2008). La actividad de control estatal se encuentra así fuertemente delimitada por las leyes, y no es de recibo que dicha actividad administrativa de control esté fuera de todo

[76] Concretamente los límites se localizan en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, 19/2013, de 9 de diciembre.

escrutinio público, si no es pasando por el control jurisdiccional que exige plantear un recurso contencioso-administrativo para intentar desclasificar una información secreta [77].

En relación con esto la cuestión no es solo que podamos controlar judicialmente la información clasificada (pues lo contrario es incompatible con la Constitución Española), sino si dicha clasificación es admisible en sí misma considerada. En materia de exportación de armas y otro material de doble uso, las normas jurídicas (nacionales e internacionales) regulan la actividad estatal de concesión de una exportación de armas, dotándola de amplio margen de discrecionalidad, por lo que, a mi juicio, carece de sentido normar la actividad administrativa de control sobre las exportaciones para acto seguido declarar *secretas* las actas y los informes que provienen de la junta interministerial, impidiendo así conocer las razones que avalan o no la concesión de la licencia de exportación de las armas.

La exportación de armamento es una actividad que, por su propia naturaleza, implica no pocos riesgos para la paz, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas, donde además confluyen múltiples intereses económicos, sociales y comerciales que pueden entrar en conflicto con la debida protección de los derechos humanos de terceros localizados lejos de nuestras fronteras [78]. Por esta razón, cuando se pretende regular la exportación de armamento, no atender a ese evidente conflicto de intereses que requiere la debida transparencia y control por parte de la sociedad civil [79], solo puede conducir a

[77] En sentido parecido también, Janer Torrens, J. D., *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 69 ss.

[78] Se hace eco de ello, expresamente, el preámbulo del TCA (2013) reconociendo «los intereses legítimos de orden político, económico, comercial y de seguridad de los Estados en relación con el comercio internacional de armas convencionales…». Por su parte debemos recordar la importante regla de prevalencia que recoge la PC (2008) en su artículo 10, cuando establece que: «Si bien los Estados miembros, cuando proceda, podrán también tener en cuenta el efecto de las exportaciones propuestas en sus propios intereses económicos, sociales, comerciales e industriales, estos factores no afectarán a la aplicación de los criterios anteriores» (entre los que se encuentran los criterios humanitarios). De ese modo, desde el plano jurídico, los criterios humanitarios están por encima de los intereses comerciales o económicos, y no a la inversa como, en ocasiones, muestra tozudamente la praxis. En sentido crítico, véase Melero Alonso, E., «a) La regulación legal sobre el control de las exportaciones de armamento», Font T./Melero E. (Coords.), *Armas, negocio, política y opacidad. Exportaciones españolas de armamento 2005-2017*, Barcelona (Icaria), 2020, pp. 102 ss. *passim*.

[79] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2013, sobre las exportaciones de armamento, 2013/2657(RSP), numeral 4, donde se reconoce que «los parlamentos nacionales (…) deben garantizar un control eficaz de la aplicación y la ejecución de las normas recogidas en la Posición Común en el ámbito nacional y de la UE, y en relación con el establecimiento de un sistema de control transparente que incluya una obligación de rendir cuentas». En 2020 el Parlamento Europeo ha señalado la pertinencia de crear «mecanismos de sanción» para Estados de la UE que realicen exportaciones que sean «claramente incompatibles» con los ocho criterios de la PC; véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC (2020/2003(INI)), numeral 19.

autorizar exportaciones irresponsables y a convertir los límites legales en algo netamente cosmético.

Adicionalmente a ello, comparto la opinión del profesor Melero Alonso que considera que el acto de clasificación de 1987 de las actas de la JIMDDU podría ser ilegal atendiendo a dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no parece haber una verdadera conexión entre el comercio de armamento y la seguridad nacional y sí entre la venta de armas y los intereses de la industria armamentística española [80]. Y, en segundo lugar, porque como expone Melero Alonso mucha información sobre exportación de armas ya trasciende a la opinión pública, por lo que la transparencia en esta materia difícilmente compromete la seguridad nacional, pues, si así fuese, la propia Administración debería proteger el secreto de dicha información en aplicación del artículo 9.2 de la LSO cuando el material clasificado llegase a los medios de comunicación, cosa que –como se observa en la praxis– no parece suceder [81]. Nótese además que tanto el TCA (art.12) como la PC (art. 8) abogan por una «política de transparencia y convergencia» en la concesión de las exportaciones, en la que se detalle el valor y el tipo de armas exportadas y los destinatarios, por lo que el secreto a este respecto resulta excesivo y no parece tener ninguna justificación racional, sobre todo en lo que afecta al análisis y motivación que la Administración pública debe realizar en el proceso de concesión de la exportación de armas.

En cualquier caso, y unido a lo anterior, debe mencionarse que las Cortes Generales han recibido recientemente el Proyecto de Ley (PL) sobre Información Clasificada, auspiciado por el Ministerio de la Presidencia y Memoria Democrática en el mes de agosto de 2022. Dicho Proyecto de Ley contiene algunos aciertos, pero notables problemas, pues, por un lado, amplía las materias susceptibles de clasificación, y además ensancha también el círculo de personas que pueden decretar la clasificación de una información respecto a la ley actual vigente [82], por lo que la situación de la información clasificada en España, lejos de mejorar puede empeorar notablemente.

---

[80] Melero Alonso, E., *Opinión Jurídica*, vol. 7, núm. 14, 2008, p. 25 *passim.*

[81] Melero Alonso, E., *Opinión Jurídica*, vol. 7, núm. 14, 2008, pp. 26-29.

[82] En el mismo sentido, Puente Rodríguez, L., «Comentario urgente al anteproyecto de ley de información clasificada», *Diario La Ley,* núm. 10130, 2022, pp. 3, 8-9, 11, considerando que la regulación proyectada en 2022 puede resultar inconstitucional por ampliar en exceso las materias objeto de clasificación, y por la amplitud de personas que pueden clasificar la misma. Sobre las críticas doctrinales a los diversos intentos fallidos de reforma de la LSO en los años noventa, Bacigalupo Sagesse, M., *Boletín Oficial de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 13, 1998, pp. 222, 227 ss. y notas concordantes, evidenciando que la doctrina se ha mostrado muy reacia a la inclusión de una lista cerrada de materias susceptibles de clasificación por entrar precisamente en liza con el artículo 105 CE, que resalta expresamente que la clasificación solo es posible cuando la información afecte a la «seguridad y defensa nacional». También Otero González, P., *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales,* Valencia, (Tirant lo Blanch), 2000, p. 53, nota 91.

En lo que afecta a las materias clasificadas, la norma proyectada dimensiona notablemente las materias que pueden ser clasificadas como secreto (art. 3 PL), entre las que se incluyen los «intereses económicos o industriales de carácter estratégico» o «*cualquier* otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección». Asimismo, el PL amplifica enormemente la competencia subjetiva para decretar la clasificación de material «restringido» y «confidencial», pues entre otros aparecen los titulares de las Secretarías de Estado y Subsecretarías (…) y Director de Instituciones Penitenciarias (art. 4.2), aunque la clasificación como «alto secreto» o «secreto» seguirá recayendo en exclusiva en el Consejo de Ministros. Para evitar toda posible inconstitucionalidad ante la desmesurada posibilidad de clasificación, el PL sobre Información Clasificada prevé que los ciudadanos con «derecho o interés legítimo» puedan interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del TS contra el acto o diligencia de clasificación (art. 37). Adicionalmente, también se contempla el acceso a la información clasificada en el seno de un proceso judicial, donde los jueces competentes –de cualquier orden– puedan solicitar a la Sala Tercera del TS la información clasificada, siempre que ello resulte «indispensable para el desarrollo de las actuaciones o la resolución del asunto» (art. 38).

En cualquier caso, y al margen de las acertadas críticas que se han vertido sobre este PL, el problema del secreto de Estado no es solo el de su control judicial, que desde la histórica sentencia de los papeles del CESID del año 1997 se podía llevar a cabo, si no el del delicado asunto de su uso. El Estado debe emplear con total mesura las materias e informaciones que declara secretas, haciendo de dicha actividad la *excepción* y no la regla. La idea de ciudadanía libre y comprometida, la propia noción de Estado de Derecho debe vincularse fuertemente con la idea de transparencia y rendición de cuentas, por lo que el secreto de Estado que compete al Poder Ejecutivo debe ser muy limitado y siempre susceptible de control jurisdiccional.

Con independencia del atávico problema del secreto de las actas e informes de la JIMDUU, podría plantearse una eventual querella por delito de prevaricación administrativa (art. 404 Código penal español), toda vez que se considere que una concreta licencia de exportación es abiertamente ilegal a tenor de los límites jurídicos que las normas nacionales e internacionales imponen al Estado en materia de exportación de armamento.

Dicha querella debería eventualmente dirigirse contra el titular de la Secretaría de Estado de Comercio, que es la autoridad encargada de conceder o denegar la licencia de exportación de armas (art. 5.1 Reglamento 679/2014). El delito de prevaricación administrativa de un determinado expediente de exportación podría plantearse cuando se trate de una concesión arbitraria, bien por la «omi-

sión de trámites esenciales», bien por la «falta de competencia» para resolver, o por el «propio contenido sustancial de la resolución», esto es, que la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable. [83] Asimismo, el tipo penal del delito de prevaricación exige que la autoridad actúe «a sabiendas de su injusticia», que para la jurisprudencia consiste en «que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar *contra* los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión». [84] Con ello, se resalta, pues, que toda prevaricación persigue no la mera ilegalidad, sino la pura arbitrariedad de los funcionarios o autoridades que se desvían de la práctica administrativa normal de una manera «flagrante, notoria y patente», donde el autor dicte una resolución que (…) provenga «pura y simplemente de una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad» [85].

A pesar de que la admisión de este tipo de querellas por delito de prevaricación será muy residual, ello no puede desdeñarse de plano; en ese ámbito es donde puede revitalizarse la necesidad de visar el expediente completo, donde el juez de instrucción solicitará el levantamiento del secreto de las actas e informes de la JIMDDU en las que se basa directamente la ulterior concesión de la licencia de exportación contraria a Derecho.

A este respecto, y atendiendo a los criterios analizados anteriormente, parece que una exportación concedida contraviniendo la existencia de un embargo o en violación de alguna obligación internacional podría ser constitutiva de una prevaricación administrativa, cumplidos, por lo demás, todos los requisitos objetivos y subjetivos que el tipo requiere. Sin embargo, en otro tipo de expedientes, en los que la eventual concesión de la exportación pueda colisionar con la protección de los DD. HH. o con el DIH, la discrecionalidad aumenta y la autoridad deberá atender al grado de riesgo que la operación comporte de cara al empleo del armamento para atentar contra los DD. HH., el DIH, o para favorecer un desvío indeseado. En esos casos, a medida que aumenta la discrecionalidad administrativa (margen de decisión plural), disminuye la posibilidad de calificar como prevaricación la concesión de una licencia de exportación de armas, pues esta se circunscribe a ilegalidades manifiestas.

No obstante, lo anterior no debe impedir la calificación como *ilícita* de toda exportación concedida en abierta confrontación con algunos de los criterios analizados, y podrá tildarse como una exportación claramente irresponsa-

[83] Por todas, STS 657/2021, de 28 de julio.
[84] SSTS 657/2021, de 28 de julio; 1021/2013, de 26 de noviembre; 443/2008, de 1 de julio.
[85] Entre otras, STS 908/2021, de 24 de noviembre.

ble. Ello es precisamente lo que sucede con las exportaciones de armas a Arabia Saudí, criticadas tanto por el Parlamento europeo,[86] como por los expertos.[87] Recuérdese a este respecto que un tribunal administrativo de apelación de Reino Unido anuló una exportación de armamento concedida a Arabia Saudí ante la petición de importantes ONG[88], considerando que esta no podía justificarse atendiendo al riesgo de utilización de las armas por Arabia Saudí en el conflicto armado en Yemen.

24.5 CONCLUSIONES Y PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

Ante las actividades potencialmente peligrosas que impulsa el mundo globalizado, los Estados cumplen un importante papel de control y seguridad de las actividades de las empresas y de los particulares sometidos a su jurisdicción.

---

[86] Por un lado, la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 instó, a todos los Estados de la UE a que se abstengan de «vender armas y cualquier equipo militar a Arabia Saudí, a los Emiratos Árabes Unidos y a cualquier otro miembro de la coalición internacional, así como al Gobierno yemení y a otras partes del conflicto». Adicionalmente, el Parlamento destacó «la oportuna decisión de los Gobiernos de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, los Países Bajos y Finlandia de aplicar restricciones a sus exportaciones de armas a países que formen parte de la coalición dirigida por Arabia Saudí implicada en la guerra del Yemen», y recuerda que dichas exportaciones violan claramente la Posición Común; véase Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC (2020/2003(INI)), numerales 10 y 11. Por otro lado, en 2021 el Parlamento ha subrayado que «los exportadores de armas que alimentan el conflicto en Yemen incumplen varios criterios de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo sobre las exportaciones de armas, jurídicamente vinculante; y solicita una vez más (…) la prohibición a escala de la Unión de la exportación, la venta, la actualización y el mantenimiento de cualquier tipo de equipamiento de seguridad para los miembros de la coalición, en particular Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos, habida cuenta de las graves vulneraciones del Derecho internacional humanitario y en materia de derechos humanos cometidas en Yemen»; Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2021, sobre la situación humanitaria y política en Yemen (2021/2539- RSP), numerales 12 y 13.

[87] Véase, entre otros, el informe elaborado por expertos sobre la muy discutible legalidad de toda exportación de armas a Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y otros miembros de la coalición que actúa en Yemen, David/Turp/Wood/Azarova (2019) «Opinion on the Legality of Arms Transfers to Saudi Arabia, The United Arab Emirates and other members of the coalition militarily involved in Yemen», en línea: https://ipisresearch.be/wp-content/uploads/2019/12/191209-Yemen-EN_WEB-2.pdf; véase también el informe presentado por Amnistía Internacional, FundiPau, Greenpeace, y Oxfam sobre «Armas sin control. Un oscuro negocio marca España» de septiembre de 2017. Asimismo el informe detallado de Amnistía Internacional de diciembre de 2015 sobre bombardeo a civiles en Yemen tanto por las fuerzas nacionales yemeníes y la coalición liderada por Arabia Saudí, y las fuerzas huzíes; texto disponible en línea, https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3130262015ENGLISH. PDF.

Véase al respecto, por ejemplo, el amplísimo informe de la ONG estadounidense, Human Rights Watch (HRW) «Hidind behind the coalition. Failure to Credibly Investigate and Provide Redress for Unlawful Attacks in Yemen» de agosto de 2018, disponible en línea https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/yemen0818_web.pdf.

[88] Court of Appeal, the Queen (on the application of Campaign against Arms Trade) vs. secretary of State for International Trade and others 20-6-2019, EWCA Civ 1020; https://advocatetanmoy.com/2019/06/30/the-queen-on-the-application-of-campaign-against-arms-trade-v-secretary-of-state-for-international-trade-and-others-20-6-2019 / Para un resumen del fallo, Miller (2019), pp. 195-201.

En este texto se han resaltado los peligros para la paz y seguridad humana que la exportación de armas acarrea, y se han analizado los límites normativos que se imponen a la exportación de armas y material de doble uso. Adicionalmente, la necesidad de limitar el comercio de armas proviene también de los notables intereses contrapuestos, donde la paz y la seguridad pueden colisionar con importantes intereses económicos, sociales e industriales de los Estados. Por este motivo, y partiendo de la indiciaria prevalencia que la legislación internacional otorga a los intereses humanitarios y securitarios frente a los puramente económicos y sociales, [89] es esencial que la labor de control estatal quede consignada en documentos que permitan una mínima rendición de cuentas ante la ciudadanía. De poco sirve que existan límites legales a las exportaciones si se sustraen del control general al justificarse a través de documentos secretos, inaccesibles al escrutinio público, como ocurre en España. Como ha destacado Janer Torrens, el secretismo de las actas de la JIMDDU agudiza sobremanera la ausencia de un control efectivo sobre el cumplimiento de los límites normativos a la exportación. [90]

Por lo demás, la normativa española que regula las exportaciones de armas y el material de doble uso está en consonancia con la normativa internacional vinculante para España, y parece lo suficientemente clara y amplia para efectuar, en principio, una ordenación razonable sobre el comercio exterior de armas. Sin embargo, el amplio margen de discrecionalidad estatal para la autorización de exportaciones [91] unido al problema mencionado del secreto de las actas de la Junta Interministerial, genera un exiguo control de la actividad de la Administración en esta materia.

Por esta razón, *de lege ferenda* sería deseable acabar con el secreto de las actas, o, al menos, matizarlo de manera que trascendiese –al menos– la *valoración estatal* sobre los límites que imponen el TCA y la PC, para así favorecer la transparencia y la rendición de cuentas en este concreto ámbito. La discrecionalidad estatal que la ley permite a las autoridades españolas puede tornarse en proscrita arbitrariedad, si no existe la adecuada rendición de cuentas de la Administración ante ciertas exportaciones de riesgo cuando no flagrantemente irresponsables. Coincido, por tanto, con Melero Alonso en que la transparencia en materia de exportación de armas no afecta genuinamente a la defensa y seguridad nacional, en la medida que *de facto* dicha información sí trasciende a la ciudadanía, que conoce lo que se vende y hacia dónde se vende,

[89] Artículo 10 de la PC de 2008.
[90] Janer 2016, p. 68.
[91] En el mismo sentido, Marrero Rocha, I., *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 683-685.

por lo que el secreto de las actas de la JIMDDU no parece estar justificado. A este respecto téngase en cuenta que la normativa de la UE obliga a presentar, al menos, la cantidad y el valor totales tanto de las licencias concedidas como de las exportaciones reales, desglosadas por país de destino y categoría de la Lista Militar de la UE, de modo que difícilmente puede tratarse de una información que necesite ser clasificada en toda su extensión [92].

En relación con el Derecho penal, y desde la perspectiva de *lege lata*, no es descartable que entren en consideración varios delitos. En lo que afecta al Estado, como único y principal organismo de control de las exportaciones, podría considerarse el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP), aunque aparecen los problemas antedichos para su consideración, puesto que el amplio margen de discrecionalidad dificulta enormemente la apreciación del delito. En relación con los particulares, podrá considerarse el delito de contrabando [art. 2.2 c) LO 12/1995, de 12 de diciembre] siempre que los operadores exporten sin licencia administrativa previa, o presenten ante la Administración datos falsos sobre la naturaleza o destino de las armas, o exporten de otro modo ilícito. Asimismo, podría construirse una eventual (¡aunque difícil!) responsabilidad penal por participación en un crimen internacional [art. 25.3 c) ECPI] cuando pueda probarse que el suministro de armas se hizo de forma intencional para favorecer un crimen ajeno, donde aparecerá el problema del doble dolo y su prueba. A este respecto deberá calibrarse qué responsabilidad le corresponde al Estado, como organismo autorizante y de control, y qué responsabilidad transcurre en paralelo, aunque de forma independiente, para la empresa española que exporta las armas.

Desde la perspectiva *de lege ferenda*, convendría estudiar si el Derecho Penal de la globalización, fundamentalmente de los países de la Unión Europea, debe castigar las conductas de los funcionarios y de los directivos de las empresas que no efectúan el adecuado control y seguimiento de las armas exportadas una vez están son suministradas al país de destino (deberes de control post-exportación) [93], a modo de un delito de omisión pura de garante. Más allá

[92] *Vid*., Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC (2020/2003(INI)), numerales 4, 5.

[93] Recuérdese a este respecto que, por ejemplo, el CP español cuenta con prevaricaciones especiales de funcionarios en materia de ordenación del territorio (art. 320.1) y medio ambiente (art. 329 CP), sancionadas con penas de prisión y multa y accesorias de inhabilitación especial, cuando los funcionarios informan favorablemente licencias a sabiendas de su injusticia que incumplen la legislación vigente, o que con motivo de la inspección, silencian la infracción de dichas normas, o cuando no hayan realizado (hayan omitido) la realización de inspecciones obligatorias. Salvando las distancias oportunas con los fenómenos que afectan a la ordenación del territorio o al medio ambiente, de las que soy plenamente consciente, es evidente que, en el comercio exterior de armas, confluyen muchos intereses en juego, industriales y económicos, y donde la obligatoriedad de la concesión de la oportuna licencia administrativa de exportación

de los clásicos delitos de comercialización o depósito ilegal de armas como delitos contra el orden público, la evitación del desvío indeseado hacia grupos criminales y la comprobación del uso final de las armas son deberes irrenunciables de los Estados y de los operadores privados, cuya infracción podría generar responsabilidad penal en el sentido antedicho *de lege ferenda*.

Estados y empresas deben asegurar en la medida de lo posible un uso responsable del armamento letal puesto a disposición de terceros. La realización de dichas conductas de control *ex post* protegerá intereses colectivos esenciales, y favorecerá de forma difusa los DD. HH., la paz y la seguridad mundial y evitará algunos desvíos de armas hacia el crimen organizado [94]. Como se ha mencionado anteriormente, el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento sobre control del comercio exterior de armas y material de doble uso, prevé expresamente en su artículo 7 la posible «suspensión y revocación» estatal de licencias de exportación por parte del titular de la secretaría de Estado de Comercio. Para que el Estado pueda revocar o suspender una licencia es necesario que ello venga precedido de un adecuado control y seguimiento de lo exportado, donde las autoridades y los operadores privados comprueben y verifiquen que las armas han llegado al destino y se emplean para aquello que han sido exportadas. Por esta razón, pareciese oportuno sancionar *de lege ferenda* a quienes, habiendo exportado armamento a terceros, no realicen el adecuado control y seguimiento del mismo una vez este llega a su destino. Dicho deber de control y seguimiento le compete primariamente al impulsor del expediente, quien debe reportar el Estado, para que este, en su caso, resuelva sobre el expediente de suspensión o revocación de esa licencia.

La protección de la paz y de los derechos humanos exige la creación de escenarios de control sobre el uso final de las armas y el material de doble uso,

---

de armas (como ocurre también en la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio) coloca a los funcionarios ante deberes especiales de actuar para evitar que los particulares (dedicados profesionalmente a los sectores de producción de armas convencionales y material de doble uso) efectúen exportaciones antijurídicas en escenarios de riesgo manifiesto.

[94] Véase en sentido próximo, Nieto Martín, A., *InDret*, núm. 2, 2020, p. 161, quien plantea la necesidad de que el Derecho penal económico europeo se haga cargo de la dimensión humanitaria que los delitos económicos pueden conculcar. A este respecto destaca Nieto Martín que es discutible que el delito de contrabando capte el desvalor que el comercio de cierto material conlleva, por lo que estima que «es preciso reflexionar sobre una nueva generación de infracciones que tengan en cuenta los avances de la regulación, estableciendo obligaciones positivas de protección de los derechos humanos y que complementen las ya clásicas de Derecho penal internacional». En todo caso el profesor Nieto Martín considera que la receptación de bienes producidos mediante la violación de DD. HH. sería uno de los delitos más importantes al respecto, apuntando como bien jurídico general el «comercio internacional libre de violaciones de derechos humanos» en concomitancia con el bien jurídico de «competencia leal entre competidores en el mercado. En sentido parecido, también, Muñoz de Morales, M., «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020, p. 983.

puesto que ellos son instrumentos empleados para cometer delitos muy graves contra las personas. El comercio de armas presupone para su licitud que los terceros hagan un uso adecuado del mismo para defenderse o para realizar actividades lícitas (dentro del riesgo permitido), pero por su potencial letal deben establecerse cautelas adicionales, que no concurren en la compraventa de productos inocuos o de menor lesividad. Por ello, y frente a actividades peligrosas, se articulan las vías estatales de control administrativo anteriormente analizadas para valorar la pertinencia de una autorización de una exportación de armamento determinada. En la medida que la protección de los derechos humanos compete de forma independiente y autónoma al Estado y a los particulares, parece necesario ampliar la protección penal más allá del delito de contrabando, e incriminar la conducta de la omisa inspección o control del uso empleado de las armas tras la exportación. Este expediente debe valorarse en el contexto del Derecho punitivo de un mundo globalizado, donde particulares y empresarios deben comprometerse en la verificación del uso final del material objeto de exportación y, en su caso, reportar al Estado para que este proceda a la revocación de la licencia de exportación.

25. EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA. LA AUTORREGULACIÓN COMO ESTRATEGIA FRENTE A LOS ABUSOS Y VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Beatriz López Lorca*
Universidad de Castilla-La Mancha

25.1 INTRODUCCIÓN

La participación de empresas militares y de seguridad privada en conflictos armados en África y Oriente Medio, su estrecha colaboración con algunos gobiernos y empresas transnacionales en el control de zonas con valor geoestratégico para facilitar la explotación de recursos naturales, su actividad en lugares de detención, su participación en la gestión de la inmigración y las fronteras, o su papel en el sector marítimo [1], son solo una muestra de cómo el

* Profa. Contratado Doctor de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha. Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente» (DER2017/85144-C2-1-P). Este proyecto está coordinado por la Universidad Castilla-La Mancha y la Universidad Carlos III de Madrid y está dirigido por los profesores Adán Nieto Martín y Jacobo Dopico Gómez-Aller.

[1] *Vid.* UN Doc. A/77/268, 4 August 2022, Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination; Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination; UN Doc. A/75/259, 28 July 2020, Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. The evolving forms, trends and manifestations of mercenaries and mercenary-related activities; UN Doc. A/HRC/45/9, 9 July 2020, Impact of the use of private military and security services in immigration and border management on the protection of the rights of all migrants Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination; UN Doc. A/HRC/42/42, 29 July 2019, Relationship between private military and security companies and the extractive industry from a human

uso legítimo de la fuerza hace décadas que dejó de ser una atribución exclusivamente estatal y, al mismo tiempo, del amplísimo mapa de riesgos asociado a la actividad de este tipo de empresas. Sin embargo, no se ha logrado consolidar un sistema de *accountability* en el que se pueda hacer responder a estas empresas de los posibles abusos y violaciones de derechos humanos derivados de la prestación de sus servicios, lo que ha permitido, y continúa permitiendo, que las empresas militares y de seguridad privada operen, a nivel global, con amplios márgenes de impunidad.

Desde la perspectiva del Derecho internacional, el escenario legal resulta insuficiente. Por ejemplo, la Convención Internacional contra la contratación, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios de 1989 está pensada únicamente para la utilización de mercenarios en el sentido indicado en su artículo 1 y no abarca las actividades desarrolladas por empresas militares y de seguridad privada. Y, por otro lado, aquellas propuestas que defienden la posibilidad de que el Estado pueda ser declarado internacionalmente responsable en base al criterio de atribución de responsabilidad del artículo 5 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por un Hecho Internacionalmente Ilícito, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en el año 2001, entendiendo que una empresa militar y de seguridad privada está desarrollando una función estatal bajo la dirección o control de un Estado, no resultan factibles [2].

Por ello, en el año 2010, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas creó el primer Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas [3]. En el año 2011, presentó una primera propuesta de Proyecto de una posible convención sobre

rights perspective. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination; y UN Doc. A/72/286, 4 August 2017, Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the rights of peoples to self-determination. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination.

[2] *Vid.*, por ejemplo, Ballesteros Moya, V., «Las empresas militares y de seguridad privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 25, 2013, pp. 1-43.

[3] UN Doc. A/HRC/RES/15/26, 7 October 2010. Este Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta es diferente al Grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, al que corresponde la autoría de los informes citados en la nota anterior, aunque sus mandatos se encuentran, en cierto modo, solapados. Este Grupo de trabajo fue inicialmente creado en el año 2005 (UN Doc. E/CN.4/RES/2005/2, 7 April 2005), como continuación al mandato que desde 1987 se había conferido al Relator Especial sobre la utilización de mercenarios, y, desde entonces, ha renovado su mandato en varias ocasiones, la última en el año 2022 por un periodo de tres años (UN Doc. A/HRC/RES/51/13, 12 October 2022).

las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas [4]. El Proyecto se encuentra, actualmente, en fase de discusión de su segunda versión [5], avanza lentamente, y, si bien su aprobación será positiva, sigue un modelo clásico de *accountability* que descansa, esencialmente, en la responsabilidad estatal. Es decir, la obligación de respetar y proteger los derechos humanos y, por extensión, la obligación de garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas militares y de seguridad privada se hace corresponder al Estado [6] y, con ello, los problemas habituales que comporta la implementación del Derecho internacional convencional también se trasladan al ámbito de la regulación y supervisión de las empresas que operan en el sector militar y de seguridad de privada. Por ello, autores como White se muestran muy críticos con la futura eficacia de este tratado: «Effective regulation of PMSC activities cannot be undertaken by a UN sponsored, treaty-based Oversight Committee operating at the international level; such a body primarily facilitates the implementing of common international standards, with some limited accountability. Rather, effective control and accountability of PMSCs is dependent on a system of national regulation and enforcement» [7].

Del mismo modo, este es el enfoque que sigue el proyecto del Legally Binding Instrument to Regulate, International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises [8], también

[4] UN Doc. A /HRC/WG.10/1/2, 13 May 2011. Para un análisis de este proyecto, *vid.*, entre otros, Gómez Del Prado, J. L., «Private military and security companies and the UN Working Group on the use of Mercenaries», *Journal of Conflict and Security Law,* vol. 13(3), pp. 4-80.

[5] La segunda versión del Proyecto puede consultarse en https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/pms-cs/igwg-index1 (30 enero 2023). Desde el año 2017, la elaboración de este instrumento normativo ha sido asumida por un nuevo Grupo de Trabajo Intergubernamental, que sucede al anterior (UN Doc. A/HRC/RES/36/11, 9 October 2017).

[6] «[Signatory States][States Parties] recognise their obligation to respect, protect and fulfil human rights and to respect and ensure respect for International Humanitarian Law and to ensure the respect of human rights and International Humanitarian Law by Private Military and Security Companies and their personnel within their jurisdiction (art. 4.1 del Second draft instrument on an international regulatory framework on the regulation, monitoring of and oversight over the activities of private military and security companies).

[7] White, N. D., «The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group's Draft Convention», *Human Rights Law Review*, vol. 11:1, 2011, p. 143. *Vid.*, igualmente, Spagnolo, A., «To What Extent Does International Law Matter in the Field of Business and Human Rights?», Buscemi, M., Lazzerini, Ni, Magi, L., Russo, D. (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill Nijhoff, 2020, pp. 74-96.

[8] «The purpose of this (Legally Binding Instrument) is: a. To clarify and facilitate effective implementation of the obligation of States to respect, protect, fulfill and promote human rights in the context of business activities, particularly those of transnational character (art. 2.1.a correspondiente a la tercera versión de este Proyecto, UN Doc. A/HRC/49/65/Add.1). Este proyecto ha sido elaborado por el Grupo de Trabajo creado por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2014 (UN Doc. A /HRC/RES/26/9, 14 July 2014) que, actualmente, se encuentra en activo y continúa los trabajos de preparación del proyecto de

elaborado por Naciones Unidas, que, aunque se trata de un proyecto que ha de tenerse en cuenta por su ámbito de aplicación, continúa asentado en un modelo de responsabilidad estatal y, por tanto, incidiendo en un sistema de *accountability* con un dinamismo y una eficacia limitada [9].

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho interno, el escenario legal se ha visto lastrado por el tradicional principio de *societas delinquere non potest*. Si bien articular una solución penal para afrontar la responsabilidad penal de las empresas militares y de seguridad privada permitiría sellar un sistema de *accountability* para estas empresas porque, en principio, aseguraría un *enforcement* real, resulta una vía técnicamente muy compleja [10] y puede no ser una opción tan eficaz como puede presuponerse. Por ejemplo, aunque en algunos sistemas jurídicos no existe ninguna limitación en relación con los delitos que pueden ser realizados por una persona jurídica [11], en otros sistemas, como es el caso español, los delitos interconectados con la actividad principal de las empresas militares y de seguridad privada están excluidos del catálogo de delitos que pueden cometer las personas jurídicas, y, con ello, se precluye toda posibilidad de hallar penalmente responsable a una empresa que opere en este sector. Del mismo modo, habría que resolver qué criterios de imputación permiten atribuir de la manera más satisfactoria los abusos y violaciones de derechos humanos a la empresa militar y de seguridad privada, e, igualmente, habría que reevaluar si las personas jurídicas pueden ser responsables de delitos cometidos por imprudencia, fórmula que parece la más adecuada en casos de abusos y violaciones de derechos humanos [12], así como qué tipo de penas permitirían cubrir el desvalor del injusto originado por esta clase de comportamientos tan graves.

---

convenio que, como se ha indica, va por su tercera versión. Las sesiones de trabajo de este Grupo pueden consultarse en https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc (30 de enero de 2023). *Vid.*, igualmente, Forcada Barona, I., «Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos», Demetrio Crespo, E., y Nieto Martín, A. (Dirs.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 53-85; y De Schutter, O., «The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors», De Schutter, O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing Law, 2006, pp. 1-40.

[9] Sobre este proyecto, *vid.*, entre otros, Fasciglione, M., «A Binding Instrument on Business and Human Rights as a Source of International Obligations for Private Companies: Utopia or Reality?, Buscemi, M., Lazzerini, Ni, Magi, L., Russo, D. (eds.), 2020, pp. 31-51.

[10] *Vid.* Muñoz de Morales Romero, M., «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020, pp. 954-955.

[11] *Vid.* Pieth, M. and Ivory, R., «Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview», Pieth, M. and Ivory, R. (ed), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2011, pp. 17-21.

[12] *Vid.* Momsen, C. and Schwarze, M., 2018, pp. 592-593; y Ryngaert, C., «Accountability for corporate human rights abuses: lessons from the possible exercise of Dutch national criminal jurisdiction over multinational corporations», *Criminal Law Forum*, vol. 29, 2018, p. 4.

Además, incluso aún resueltas estas cuestiones, todavía sería necesario consensuar qué tipo de servicios son los que se regularían [13], es decir, determinar el ámbito de aplicación de la norma, y encontrar una solución adecuada a los problemas de extraterritorialidad [14] que permitiera la persecución y enjuiciamiento de las conductas delictivas, aspecto del que, en última instancia, depende la eficacia de todo sistema de *accountability* en el que el actor opera a escala transnacional. Los casos verdaderamente problemáticos son aquellos abusos y violaciones de derechos humanos que se cometen cuando las empresas militares y de seguridad privada realizan sus actividades fuera del Estado de origen y, aunque algunos sistemas legales están avanzando hacia la aplicación extraterritorial de su derecho interno, no se trata de una fórmula muy extendida en el Derecho comparado y, aun aceptándose, no todas las opciones legislativas se adaptan a la problemática de las empresas del sector militar y de la seguridad privados.

Este sería, por ejemplo, el caso de Italia, donde se está estudiando la aplicación del principio de jurisdicción universal a los delitos considerados de carácter internacional cometidos por empresas pero que, por el amplísimo mapa de riesgos asociado a las empresas militares y de seguridad privada, continuará posibilitando amplios espacios de impunidad. Por el contrario, más adecuada se perfila la legislación de Sudáfrica específicamente elaborada para las empresas militares y de seguridad privada, según la cual todo delito que se cometa fuera del país es considerado realizado dentro de su territorio [15]. La legislación de Suiza también puede considerarse como un ejemplo de buenas prácticas en la medida en que su ámbito de aplicación abarca no solo las actividades de las empresas de seguridad privada nacionales, sino también los servicios de empresas nacionales o extranjeras contratadas por el Gobierno o por otras empresas en el exterior [16]. Más compleja es la normativa vigente en Estados Unidos, que permite extender la jurisdicción penal federal a parte del personal contratista y a los contratistas contratados por otras agencias que prestan asistencia al Departamento de Defensa [17], y Australia, donde es posible

[13] En este punto, ha de tenerse en cuenta que la mayoría de los derechos internos únicamente regulan las actividades de las empresas de seguridad privada pero no la de las empresas militares.

[14] Para una aproximación a esta cuestión, *vid.* MILUNA, I., «Jurisdictional Competence and Applicable Criminal Law with Regard to Private Military and Security Companies», BAKKER, C., and SOSSAI, M. (eds.), *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors. The Interplay between International, European and Domestic Norms*, Hart Publishing, 2012, pp. 529-558.

[15] *Vid.* Concordat on the Services of Private Security Companies of 2010.

[16] *Vid.* Ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité privées par la Confédération, de 2007. Vid, igualmente, Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, de 2015.

[17] *Vid.* Secciones 3261 a 3267 de la Military Extraterritorial Jurisdiction Act (18 U. S. Code, sects. 3261-3267).

enjuiciar a los contratistas del Departamento de Defensa y a las empresas militares y de seguridad privada contratadas por otras agencias que cometen delitos en el extranjero [18].

Junto a las cuestiones jurídicas de naturaleza estrictamente penal que acaban de señalarse, las características específicas de la actividad y servicios de las empresas militares y de seguridad privada también exige que los derechos internos colmen lagunas normativas o perfeccionen la legislación relativa, entre otros aspectos, la concesión de licencias, autorización y registro de estas empresas; la selección y formación de su personal, las normas sobre la adquisición de armas; el uso de la fuerza y la utilización de las armas de fuego y los mecanismos de rendición de cuentas [19].

Finalmente, por su parte, el Derecho penal internacional tampoco ha proporcionado, por el momento, una solución al enjuiciamiento de comportamientos empresariales que derivan en un abuso o violación de derechos humanos [20], por lo que, a pesar de que un sistema de *accountability* para las empresas militares y de seguridad privada debería también incluir la opción de la justicia penal internacional, se trata de una vía incipiente que necesitará un largo proceso de maduración.

Frente a los obstáculos de carácter jurídico a los que se enfrenta la consolidación de un sistema de *accountability* construido sobre *hard law*, se han alzado otras vías de regulación y control complementarias para garantizar que las empresas militares y de seguridad privada realizan su actividad de manera respetuosa con los derechos humanos. La primera de ellas consiste en un *standard setting approach*, es decir, en la elaboración de estándares internacionales mediante piezas de *soft law*. Aunque las empresas no pueden constituirse en sujetos de Derecho internacional, se acepta que pueden ser titulares de derechos y obligaciones derivados del Derecho internacional de los derechos humanos [21], fundamento sobre los que se vertebran los United Nations Guiding

[18] *Vid.* Secciones 9 y 61 de la Defence Force Discipline Act, de 1982, y la Crimes (Overseas) Act, de 1964.

[19] *Vid.* UN Doc. A/HRC/36/47, 20 July 2017, Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, pp. 9-16.

[20] *Vid.*, sobre esta cuestión, Muñoz de Morales Romero, M., 2020, pp. 960-966.

[21] *Vid.*, por ejemplo, Ratner, S. R., «Corporations and Human Rights. A Theory of Legal Responsability», *The Yale Law Journal*, vol. 111, 2001; Momsen, C. and Schwarze, M., «The changing face of corporate liability – new hard law and the increasing influence of soft law», *Criminal Law Review*, vol. 29, 2018, p. 569; Carrillo-Santarelli, N., «A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations», Letnar Cernic, J., and Carrillo-Santarelli, N. (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Ed. Intersentia, 2018, pp. 33-62. Por otra parte, no puede dejar de señalarse que la posibilidad de que una persona jurídica sea víctima de una violación de derechos humanos y que, en ese caso, el Derecho internacional de los dere-

Principles on Business and Human Rights [22]. En este sentido, si bien los United Nations Guiding Principles hacen descansar la protección de los derechos humanos en el Estado en el marco del denominado primer pilar (Principio 1: «Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia»), y, en cierto modo, continúan apostando por la responsabilidad estatal, en el segundo pilar se introduce un elemento corrector que permite reequilibrar el sistema de responsabilidad internacional clásico al establecer de manera inequívoca que «Las empresas deben respetar los derechos humanos», precisando que «Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación» (Principio 11) [23].

Sin embargo, en la medida en que esta importante pieza de *soft law* tiene un enfoque genérico sobre los comportamientos empresariales que inciden sobre los derechos humanos, no resuelve la problemática específica que se deriva de la actividad de las empresas militares y de seguridad privada, de forma que, aun ocupando un espacio relevante en el sistema de *accountability* para las empresas de este sector, no lo completa del todo. Con ello, y aun compartiendo la opinión del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de

chos humanos puede proporcionarle protección, también ha sido planteada. *Vid.*, por ejemplo, Emberland, M., *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, 2006; y Van Kempen, P. H., «The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?», Pieth, M. and Ivory, R. (ed), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2011, pp. 355-389.

[22] *Vid.* UN Doc. A//HRC/17/31, 21 March 2011, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». Los United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights han sido asumidos por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la Resolución *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. UN Doc. A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011. Para una crítica sobre esta estrategia, *vid.*, por ejemplo, Pieth, M., «Corporate compliance and human rights», *Criminal Law Review*, núm. 29, 2018, pp. 597-598. El *standard setting approach* es también la estrategia de otros actores internacionales. *Vid.* OCDE Guidelines, la norma ISO 26000 sobre responsabilidad social, y la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo que, por otro lado, informan la Estrategia Europea sobre responsabilidad social corporativa.

[23] Sobre los United Nations Guiding Principles, *vid.*, entre otros, Esteve Moltó, J. E., «Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 317-351.

los pueblos a la libre determinación cuando señala que «la autorregulación y las iniciativas voluntarias no pueden garantizar por sí solas que los autores de violaciones de derechos humanos se responsabilicen plenamente de sus actos ni que se otorgue recursos efectivos a las víctimas. Esto se logrará únicamente si se cuenta con normas jurídicas claras acompañadas del control del cumplimiento por el Estado» [24], en el actual escenario legal, la autorregulación de las empresas militares y de seguridad privada se perfila como una estrategia idónea y plausible no solo para completar el sistema de *accountability*, sino también para garantizar que la actividad de las empresas de este sector se lleva a cabo de manera respetuosa con los derechos humanos.

La mejor muestra de ello es, precisamente, la iniciativa de las propias empresas del sector, que ha emergido como un interesantísimo ejemplo de autorregulación a nivel global [25]. Y es, desde este punto, de donde parte este artículo. En primer lugar, y aun reconociendo la trascendencia del denominado Documento Montreux [26], se revisa el modelo de código de conducta más representativo que existe hasta el momento, el Código Internacional de Conducta para los prestatarios de servicios de seguridad privada (International Code of Conduct for providers of private security services, ICoC en sus siglas en inglés), y, en conexión con ello, el sistema de certificación que se ha diseñado de manera paralela, describiendo cuáles son sus elementos esenciales y llevando a cabo una aproximación a su compleja estructura.

A continuación, se profundiza en el concepto de legitimidad empresarial como fundamento de la autorregulación, fórmula que permite a las empresas desarrollar su versión de *good corporate citizen* en materia de derechos humanos [27], y, finalmente, se lleva a cabo una aproximación a la fórmula de la autorregulación regulada como una vía que posibilitaría perfeccionar el sistema de *accountability* de las empresas militares y de seguridad privada. Para ello, como ejemplo práctico, se examina la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que, a nivel interno, podría constituirse en la pieza normativa en la que incorporar obligaciones de diligencia debida para las empresas del sector,

[24] *Vid.* UN Doc. A/HRC/36/47, 20 July 2017, Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, par. 21.

[25] En el mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, Richemond-Barak, D., ¿«Can Self-Regulation Work? Lessons from the Private Security and Military Industry», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, 2014, pp. 776 y 525.

[26] Documento de Montreux sobre las Obligaciones Jurídicas Internacionales Pertinentes y las Buenas Prácticas de los Estados en lo que Respecta a las Operaciones de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas Durante los Conflictos Armados.

[27] «The corporate-initiated code of conduct represents industry's most public response to the claims leveled against corporations in the area of human rights». *Vid.* Ratner, S. R., 2001, p. 531.

con independencia de que la finalidad originaria de esta norma sea otra muy distinta. Dada la irreversibilidad del daño que implica una violación o abuso de un derecho humano, interesa especialmente que el sistema de *accountability* que se diseñe para las empresas militares y de seguridad privada permita equilibrar la reacción punitiva con medidas de carácter preventivo que coadyuven a que la actividad empresarial se lleva a cabo de forma responsable.

25.2 LA AUTORREGULACIÓN DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA

25.2.1 **El Código Internacional de Conducta para los prestatarios de servicios de seguridad privada.**

El ICoC, redactado en el año 2010 y revisado en el año 2021 [28], es el código de conducta de referencia a nivel global para las empresas de seguridad privada [29]. A este respecto, por ejemplo, resulta más que significativo que en el Proyecto de Naciones Unidas de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas se haga expresa referencia a la contribución que el ICoC ha supuesto a la hora de regular las actividades de las empresas del sector y contribuir a que presten sus servicios de manera respetuosa con los derechos humanos [30]. Se trata de un código de conducta que presenta una fuerte legitimidad de origen en la medida en que, en su proceso de elaboración, se ha implementado un enfoque *multi-stakeholder* amplio y verdaderamente transversal [31]. En la re-

[28] El ICoC fue revisado y aprobado por la Asamblea General de la ICoCA en la asamblea general ordinaria del año 2021 en base a lo dispuesto en el artículo 15 del propio ICoC y los artículos 6.5 y 6.8 de los AoA, los estatutos de la Asociación a la que se hará referencia en el siguiente epígrafe.

[29] Para un análisis sobre el ICoC, *vid.*, entre otros, Prem, B., *Private Military and Security Companies as legitimate Governors. From Barricades to Boardrooms*, Routledge, 2020; Seiberth, C., *Private Military and Security Companies in International Law. A Challenge for Non-binding Norms: the Montreux Document and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, Interesentia, 2014, pp. 161-190; y Buzatu, A. M., «Towards an International Code of Conduct for Private Security Providers: A View from Inside a Multistakeholder Process», SSR Paper, vol. 12, 2015, pp. 4-44.

[30] Del mismo modo, Estados Unidos, uno de los países en los que existen más empresas de seguridad de seguridad, recomienda oficialmente la adhesión al ICoC y la obtención de la certificación de la ICoCA (OSCE Doc. FSC. DEL/141/20, 24 June 2020).

[31] *Vid.* Tramontana, E., «Multi-stakeholder Initiatives and New Models of Co-regulation in the Field of Business and Human Rights», Buscemi, M., Lazzerini, N., Magi, L., Russo, D. (eds.), 2020, pp. 145-170.

Momsen, C., and Schwarze, M., 2018, p. 583. En sentido amplio, sobre los modelos de código de conducta, *vid.* Jenkins, R., *Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy*, United Nations Research Institute for Social Development Programme Papers on Technology, Business and Society, 2001, p. 20.

dacción del ICoC se han integrado gobiernos, representantes de la industria y representantes de la sociedad civil, los denominados tres pilares del ICoC, un *top-down-bottom-up approach* que ha permitido que su contenido vaya más allá de una reafirmación de la legalidad vigente y supere una reformulación de compromisos legales ya existente para incorporar responsabilidades y obligaciones específicas para las empresas que operan dentro del sector de la seguridad. Por ello, el ICoC es un ejemplo de autorregulación, pero también de coregulación, que lo diferencia de aquellos otros códigos que son únicamente redactados por las empresas del sector [32], y que alguna autora ha denominado un ejemplo de «autorregulación plus» (*self-regulation plus mechanisms*) [33].

El ICoC define su finalidad como «to set forth a commonly-agreed set of principles for PSCs and to establish a foundation to translate those principles into related standards as well as governance and oversight mechanisms» (A. Preámbulo, punto 5 [34]). Es decir, el Código se concibe como una expresión de autorregulación que combina los compromisos legales específicos a los que se comprometen las empresas del sector que se adhiera al ICoC con mecanismos de control de su implementación y cumplimiento. Es decir, el Código está configurado para convertirse en un instrumento de gobernanza [35], *compliance* y *accountability* («this Code recognize that this Code acts as a founding instrument for a broader initiative to create better governance, compliance and accountability», A. Preámbulo, punto 7), lo que se aprecia bien en las definiciones contenidas en el apartado B, donde se han insertado los términos de *auditing*, *certification*, *competent authority*, *grievance procedure*, *implementation*, *monitoring*, *reporting*, *whistleblowing procedure*. En definitiva, se trata de proveer servicios de seguridad de manera responsable, lo que, en palabras del ICoC, implica respetar el Estado de Derecho, los derechos humanos y pro-

[32] Véase el caso de la International Peace Operators Association (IPOA) (actualmente, la International Stability Operations Association), una de las asociaciones más significativas de las empresas de seguridad, en relación con el episodio en la Plaza Nisour en Bagdad (Irak) que implicó a miembros de la conocida empresa estadounidense Blackwater, donde se evidenciaron las deficiencias que puede llegar a presentar un sistema de *accountability* basado en códigos de conductas diseñados únicamente por la industria del sector.

[33] Mcleod, S., «Private Security Companies and Shared Responsibility: The Turn to Multistakeholder Standard-Setting and Monitoring through Self-Regulation-'Plus', *Netherland International Law Review*, vol. 62, 2015, 2015, p. 128.

[34] El texto completo del ICoC puede consultarse en. Existes diferentes versiones lingüísticas del ICoC, incluido el español, pero, no obstante, se han encontrado diferencias importantes entre las distintas versiones que aconsejan su consulta en el idioma original en el que ha sido redactado. Por ello, se utilizará la versión del ICoC en inglés.

[35] Cfr. Prem, B., «The regulation of private military and security companies: Analyzing power in multi-stakeholder initiatives», *Contemporary Security Policy*, vol. 42(2), 2021; y de la misma, «The False Promise of Multi-stakeholder Governance: Depoliticising Private Military and Security Companies», *Global Society*, vol. 17(4), 2020.

teger igualmente los intereses de los clientes («Member and Affiliate Companies commit to the responsible provision of Security Services so as to support the rule of law, respect the human rights of all persons, and protect the interests of their clients», A. Preámbulo, punto 3).

El ámbito de aplicación del ICoC se circunscribe a lo que se denominan «entornos complejos», que constituye una de las principales diferencias con respecto al Documento Montreux y que queda definido de la siguiente forma: «any areas experiencing or recovering from unrest or instability, whether due to natural disasters or armed conflicts, where the rule of law has been substantially undermined, and in which the capacity of the state authority to handle the situation is diminished, limited, or non-existent» (B. Definiciones) [36]. Esta definición se complementa con el artículo 13 en el que se precisa que «This Code articulates principles applicable to the actions and operations of Member and Affiliate Companies while performing Security Services – including when operating in complex and otherwise high risk, unstable or fragile environments – where there is a risk of human rights abuses and/or violations of international humanitarian law and/or civilian harm» (D. Disposiciones Generales). Sendas cláusulas abordan una de las cuestiones más problemáticas de la regulación de las empresas militares y de seguridad privada y, como puede apreciarse, aunque parece excluir a las empresas de carácter militar en sentido estricto, la referencia a escenarios en los que existe un conflicto armado *sensu lato*, parece indicar que se supera la diferenciación entre uno y otro tipo de empresa. Así se infiere también de los conceptos de «Compañías de Seguridad Privada y Proveedores de Servicios de Seguridad Privada» y «servicio de seguridad» utilizados en el ICoC.

Por «Compañías de Seguridad Privada y Proveedores de Servicios de Seguridad Privada» ha de entenderse toda empresa «any Company (as defined in this Code) whose business activities include the provision of Security Services either on its own behalf or on behalf of another, irrespective of how such Company describes itself» (B. Definiciones), definición de carácter formal que se completa con la delimitación del concepto de «servicio de seguridad». Mientras que en la versión del ICoC de 2010, el servicio de seguridad se definía como «la vigilancia y protección de personas y objetos, como los convoyes, las instalaciones, lugares designados, las propiedades u otros lugares (ya sea con armas o sin armas), o cualquier otra actividad en la que el personal de las empresas esté obligado a transportar o a accionar un arma en el ejercicio de sus funciones», en

[36] Por su parte, el Documento Montreux, elaborado por iniciativa del Gobierno suizo en el año 2008, únicamente reafirma las obligaciones estatales que, en el marco de un conflicto armado, se derivan del Derecho internacional humanitario.

la versión revisada y vigente de 2021, el ámbito de aplicación del ICoC se amplía considerablemente para abarcar la multitud de funciones que, en el mundo actual, desarrollan las empresas del sector, incluidas aquellas que tienen un carácter militar En concreto, los servicios de seguridad «include but are not limited to: guarding and protection of persons and objects, such as convoys, facilities, designated sites, property or other places (whether armed or unarmed); guarding and transporting prisoners, operating prison facilities and assisting in operating camps for prisoners of war or civilian detainees; the checking, detention, or searching of persons, searching of premises or containers, and seizure of objects; counter-piracy services, armed or unarmed maritime escorts or onboard vessel protection; operational and logistical support for armed or security forces, including training and advice, intelligence, surveillance and reconnaissance activities; crowd management; operating and maintaining weapons systems; guard dog services; the recruiting and training of security personnel, directly or as an intermediary, for a company that offers private security services, and any other protective activity for which the personnel of companies are required to carry or operate a weapon in the performance of their duties» (B. Definiciones).

Desde el punto de vista de su estructura interna, el ICoC está diseñado como un mecanismo de *accountability* articulado sobre cuatro elementos fundamentales. Como punto de partida, se reafirma el compromiso con la legalidad vigente, tanto a nivel nacional como internacional [37], se declara expresamente la adhesión del ICoC al Documento Montreux y a los United Nations Guiding Principles (A. Preámbulo, punto 3), y, como resulta habitual en los códigos de conducta, y también en otras piezas de *soft law*, en el ICoC se incluye una cláusula por la que se establece que «This Code complements and does not replace the control exercised by Competent Authorities, and does not limit or alter applicable international law or relevant national law. The Code itself creates no legal obligations and no legal liabilities on the Member and Affiliate Companies, beyond those which already exist under national or international law. Nothing in this Code shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law» (D. Disposiciones Generales, punto 14). En segundo término, se prevé la creación de mecanismos de *compliance* [38]; en tercer lugar, se prevé la creación de un me-

[37] «Member and Affiliate Companies commit to the following, as set forth in this Code: […] b) to operate in accordance with applicable laws and regulations, and in accordance with relevant corporate standards of business conduct» (A. Preámbulo, punto 6.b).

[38] «Member and Affiliate Companies commit to the following, as set forth in this Code: […] d. to take steps to establish and maintain an effective internal governance framework in order to deter, monitor, report, and effectively address adverse impacts on human rights» (A. Preámbulo, punto 6.d).

canismo interno de queja [39] y, finalmente, un mecanismo de vigilancia y control [40] que, en cualquier caso, tiene un carácter subsidiario con respecto a los mecanismos nacionales de supervisión [41].

El ICoC cuenta con un bloque específico en el que se detallan las obligaciones generales a las que se comprometen las empresas firmantes. Estas obligaciones parten de un compromiso básico o fundacional de respeto al articulado del ICoC que incluye a las propias compañías, su personal y los subcontratistas [42] a partir del cual se incorporan varias cláusulas orientadas a garantizar la implementación efectiva de esta obligación. En este sentido, puede distinguirse, por un lado, entre un enfoque *ad intra* de la obligación básica de actuar conforme a los principios del ICoC, que se materializa en cláusulas que exigen el cumplimiento del Código al personal de la empresa («Member and Affiliate Companies will require that their Personnel […]», punto 16; «Member and Affiliate Companies will implement appropriate policies and oversight with the intent that the actions of their Personnel comply at all times with the principles contained herein», punto 17). Y, por otro, un enfoque de *compliance beyond the firm* de acuerdo con el cual la empresa debe exigir el cumplimiento del ICoC al personal subcontratado o a terceros que presten servicios de seguridad («Member and Affiliate Companies will require […] all subcontractors or other parties carrying out Security Services under Member and Affiliate Company contracts […]», punto 16). Aquí cabría adscribir igualmente la cláusula del punto 22 en la que se establece de manera expresa la obligación de «not to contract with, support or service any government, person, or entity in a manner that would be contrary to United Nations Security Council sanctions».

---

[39] «Member and Affiliate Companies commit to the following, as set forth in this Code: […] e. to provide a means for responding to and resolving allegations of activity that violates any applicable national or international law or this Code» (A. Preámbulo, punto 6.e).

[40] «7. Those establishing this Code recognize that this Code acts as a founding instrument for a broader initiative to create better governance, compliance and accountability. Recognizing that further effort is necessary to implement effectively the principles of this Code, Member and Affiliate Companies accordingly commit to work with states, other Member and Affiliate Companies, Clients and other relevant stakeholders after initial endorsement of this Code to, within 18 months: […] b. Establish external independent mechanisms for effective governance and oversight, which will include Certification of Member and Affiliate Companies' compliance with the Code's principles and the standards derived from the Code, beginning with adequate policies and procedures, Auditing and Monitoring of their work in the field, including Reporting, and execution of a mechanism to address alleged violations of the Code's principles or the standards derived from the Code».

[41] «This Code complements and does not replace the control exercised by Competent Authorities» (D. Disposiciones Generales, punto 14).

[42] «Member and Affiliate Companies agree to operate in accordance with the principles contained in this Code. Member and Affiliate Companies will require that their Personnel, and all subcontractors or other parties carrying out Security Services under Member and Affiliate Company contracts, operate in accordance with the principles contained in this Code»(E. Obligaciones Generales, punto 16).

Paralelamente, la obligación básica del punto se blinda con una cláusula de carácter laboral que exige a la empresa «make compliance with this Code an integral part of contractual agreements with Personnel and subcontractors or other parties carrying out Security Services under their contracts» (punto 18) y, paralelamente, con una cláusula de salvaguarda por la que las empresas se ven obligadas a respetar el ICoC «even when the Code is not included in a contractual agreement with a Client» (art. 19), de lo que *sensu contrario* puede deducirse que existe una obligación formulada en sentido negativo de introducir una cláusula análoga a la del punto 18 en relación con el cliente que contrata los servicios de seguridad. En esta línea ha de situarse la cláusula del punto 20 en la que se reafirma, por un lado, que «Member and Affiliate Companies will not knowingly enter into contracts where performance would directly and materially conflict with the principles of this Code», y, por otro, que las empresas firmantes «are not excused by any contractual obligation from complying with this Code». Finalmente, se incluye una última disposición por la que las empresas firmantes se comprometen a interpretar y ejecutar los contratos «in a manner that is consistent with this Code» aunque únicamente «To the máximum extent possible». Desde el punto de vista contractual, este conjunto de obligaciones se blinda con una suerte de principio de no excepcionalidad con relación al mapa de riesgos de las empresas del sector. Así, en el artículo 23, el ICoC establece que «Member and Affiliate Companies will not, and will require that their Personnel do not, invoke contractual obligations, superior orders or exceptional circumstances such as an armed conflict or an imminent armed conflict, a threat to national or international security, internal political instability, or any other public emergency, as a justification for engaging in any of the conduct identified in paragraph 22 of this Code».

La defensa de la legalidad internacional y nacional es la segunda obligación básica que se apuntala a través de diversas cláusulas [43]. La más relevante de ellas es la establecida en el punto 21 que exige a las empresas firmantes den cumplir y exigir a su personal el cumplimiento de «with applicable law which may include international humanitarian law, and human rights law as imposed upon them by applicable national law, as well as all other applicable international and national law», lo que incluye un deber de diligencia a la hora de garantizar el cumplimiento de la legalidad y las disposiciones del ICoC, así como el respecto de los derechos humanos de todas las personas con las que se entre en contacto, haciéndose especial referencia a la libertad de expresión,

[43] *Vid.*, igualmente, puntos 6.b y c del Preámbulo.

asociación, y reunión y a la necesidad de actuar evitando injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada o la privación de la propiedad. Este deber se complementa con el punto 25 donde se establece el deber de adoptar «reasonable steps to ensure that the goods and services they provide are not used to violate human rights law or international humanitarian law, and such goods and services are not derived from such violations». En cualquier caso, si existiese «cualquier sospecha fundada o razonable» («known or reasonable suspicion») sobre la realización de cualquiera de estas conductas, se incorpora un deber de denuncia. Esta obligación recae, por una parte, en el cliente, y, por otra, en la autoridad nacional que, de acuerdo con el punto 24, puede ser la autoridad nacional competente del lugar donde se ha producido el hecho, de la nacionalidad de la víctima o de la nacionalidad del autor.

Por último, en el bloque de las obligaciones generales también se han incluido tres disposiciones de contenido diverso. En el artículo 22 se establece que «Member and Affiliate Companies will not, and will require that their Personnel do not, participate in, encourage, or seek to benefit from any national or international crimes including but not limited to war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, enforced disappearance, forced or compulsory labour, hostage-taking, sexual or gender-based violence, human trafficking, the trafficking of weapons or drugs, child labour or extrajudicial, summary or arbitrary executions». En el artículo 26 se incorpora una cláusula extensa en la que, en esencia, se establece la obligación de no realizar o participar en conductas que sean constitutivas de prácticas de corrupción [44]; y, por último, se incluye la obligación de fomentar una cultura empresarial basada en la sensibilización y adhesión del personal a los principios del ICoC, a través, fundamentalmente, de acciones formativas (punto 27).

Junto al bloque de obligaciones generales (puntos 16-27), el ICoC se completa con un catálogo de principios específicos relacionados con la conducta de su personal (puntos 28-43) y un conjunto de compromisos u obligaciones específicas en materia de gestión y gobernanza (puntos 44-69). Los principios específicos conforman las directrices básicas que han de imple-

[44] «Member and Affiliate Companies will not, and will require that their Personnel do not, consistent with applicable national and international law, promise, offer, or give to any official, in the public or private sectors, directly or indirectly, anything of value for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties if such inducement is illegal under the law where the company is operating or incorporated. Member and Affiliate Companies will not, and will require their Personnel do not, solicit or accept, directly or indirectly, anything of value in exchange for not complying with national and international law and/or standards, or with the principles contained within this Code». Este artículo fue revisado en la versión de 2021 para incluir prácticas de corrupción entre personas privadas.

mentarse por el personal de las empresas de seguridad en el desarrollo de sus actividades y, en este sentido, estos principios específicos pueden leerse como un mapeo de las principales zonas de riesgo de las empresas de seguridad privada [45]. De acuerdo con lo dispuesto en los puntos 43 a 69 del ICoC, la zona de riesgo quedaría integrada por todas aquellas acciones que pueden tener un impacto en el respeto de la humanidad, dignidad y vida privada de las personas y, en estrecha relación con ello, el uso de la fuerza, detenciones, arrestos, así como la identificación del personal y registro de sus materiales, y, por otro lado, un conjunto de delitos articulados, en este caso, como prohibiciones. Así, se incorpora la prohibición de actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes [46], de explotación sexual y de abusos o violencia de género, la trata de seres humanos, la esclavitud y el trabajo forzado, la prohibición de «las peores formas» de trabajo infantil, y la discriminación. Las obligaciones específicas establecidas en la primera parte de este bloque se perfilan como una suerte de principios generales de actuación que, de nuevo, reiteran, en esencia, el contenido del Derecho internacional de los derechos humanos mientras que, por su parte, las obligaciones específicas en relación a las conductas delictivas se articulan, en lo fundamental, a través de una doble obligación de no realización ni participación en conductas de esa naturaleza y de denuncia ya sea por parte de la propia empresa o de su personal.

Finalmente, el ICoC incorpora unos compromisos específicos en materia de gestión y gobernanza que incluyen los siguientes aspectos: la incorporación del Código en las políticas de la empresa, la selección y comprobación de los antecedentes del personal y también del personal subcontratado, las políticas de la empresa y los contratos del personal, la formación del personal, el control de armas, el entrenamiento para armas de fuego, la gestión del material de guerra, la notificación de incidentes, la creación de un entorno de trabajo seguro y saludable, la prohibición del acoso, un procedimiento de reclamación y el cumplimiento de las obligaciones.

---

[45] Cfr. Saura Estapà, J., «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010, pp. 9-12.

[46] En este punto, el ICoC opera una extensión del concepto jurídico internacional de tortura: «Member and Affiliate Companies will not, and will require that their Personnel not, engage in torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. For the avoidance of doubt, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, as referred to here, includes conduct by a private entity which would constitute torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment if committed by a public official» (F. Obligaciones Específicas, punto 35).

25.2.2 La International Code of Conduct for Security Services Providers' Association

Como se ha indicado, desde la elaboración del ICoC en el año 2010, se contemplaba la creación de un mecanismo de gobernanza y supervisión para «lograr la aplicación efectiva de los principios» plasmados en el Código. En concreto, en el punto 7.b del ICoC se preveía el establecimiento de «mecanismos externos independientes para una gestión y supervisión eficaces», haciéndose ya referencia a la creación de un sistema de certificación del cumplimiento del ICoC[47]. Aunque, inicialmente, estaba previsto que este mecanismo se crease dentro de los 18 meses siguientes a la aprobación del ICoC, el mecanismo de supervisión se constituyó finalmente en el año 2013 bajo la denominación de International Code of Conduct for Security Services Providers' Association (ICoCA)[48]. Desde el punto de vista de su diseño, comparte con el ICoC el enfoque *multi-stakeholder* de espectro amplio, perspectiva que, además, también se ha trasladado a su estructura organizativa (art. 3.1 de los AofA) con las garantías establecidas en los artículos 3.3.2 y 3.3.3 de los AoA en relación con los Estados y organizaciones intergubernamentales y organizaciones de la sociedad civil que quieran formar parte de la Asociación. La ICoCA, que tiene su sede en Ginebra (Suiza), se articula en base a una Asamblea General, que conforma el órgano de gobierno de la Asociación y que también despliega funciones de control; un Consejo de Administración, que constituye el órgano de decisión y ejecutivo, y, finalmente, un Secretariado presidido por un Director Ejecutivo, que se encarga de la gestión y administración diaria de la Asociación (arts. 5.1, 6.1, 3 y 4, 7.1, 9.1 de los AoA).

Originariamente, como se deriva del propio ICoC, la finalidad de la Asociación es vigilar y monitorizar la implementación del ICoC, pero ese mandato inicial se ha ampliado a la promoción y gestión de la aplicación del Código y a la promoción de una prestación responsable de servicios de seguridad y respetuosa con los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en el ICoC (art. 2 del AoA). En este sentido, la visión de la ICoCA es ambiciosa ya que aspira a convertirse en la entidad líder de gobernanza en el sector de los

[47] La redacción del punto 7.b del ICoC es la siguiente: «Establish external independent mechanisms for effective governance and oversight, which will include Certification of Member and Affiliate Companies' compliance with the Code's principles and the standards derived from the Code, beginning with adequate policies and procedures, Auditing and Monitoring of their work in the field, including Reporting, and execution of a mechanism to address alleged violations of the Code's principles or the standards derived from the Code».

[48] Para un análisis sobre la ICoCA, *vid.* Seiberth, C., pp. 191-228; y Buzatu, A. M., pp. 45-63.

servicios de seguridad y crear una marca reconocida por su eficacia y credibilidad [49].

De acuerdo con lo previsto inicialmente en el ICoC, en los estatutos de la Asociación se configura en un sistema de certificación, un sistema de vigilancia y supervisión, y un sistema de quejas. Mientras que, durante los primeros cinco años de andadura, la actividad de la Asociación ha estado centrada en consolidar su viabilidad como mecanismo de gobernanza y vigilancia del ICoC, en el Plan Estratégico 2019-2023 se definen más claramente los objetivos clave en los que se traduce, en la práctica, su finalidad y, en definitiva, la estrategia para la consecución de su misión. Entre los cuatro objetivos estratégicos marcados para este periodo resulta especialmente relevante el segundo de ellos, que se orienta a la construcción y desarrollo de mecanismos de evaluación del cumplimiento del Código eficaces, incluido el fortalecimiento del mecanismo de quejas interno [50]. Para la consecución de este objetivo, las acciones a implementar se centran en la puesta en marcha de un sistema de monitoreo y evaluación basado en las evidencias obtenidas, entre otros, a través de reuniones con las empresas, autoevaluaciones de las empresas, visitas de campo, entrevistas, y evaluaciones de misión (Objetivo 2. A), donde se confiere, además, un importante papel a la participación y colaboración con la sociedad civil (Objetivo 2. B). Por otro lado, de manera complementaria a la consolidación de la ICoCA como mecanismo de vigilancia, se presta especial atención al mecanismo de quejas, que se pretende hacer «robusto y accesible» (Objetivo 2. C), para lo que se considera esencial transmitir a los proveedores de servicios de seguridad la importancia de la existencia de este tipo de mecanismos y coadyuvar a estas empresas a configurar sus propios mecanismos internos de queja de acuerdo con los estándares previstos en el ICoC.

---

[49] International Code Of Conduct Association: *Strategic Plan 2019-2023*, 2019, p. 2. Por el momento, a principios de 2023, siete gobiernos se han adherido a la Asociación: Australia, Canada, Estados Unidos, Noruega, Reino Unido, Suecia y Suiza. Los países que se han integrado en la ICoCA mantienen la posición oficial de que esta acción es suficiente para cumplir con el deber de diligencia debida exigido por los United Nations Guiding Principles, y así lo considera también McLeod aunque esta autora precisa que es necesario que los Estados garanticen la efectividad de los procesos de certificación internos. Es decir, formar parte de la ICoCA no debe interpretarse de manera automática como un cumplimiento del deber de diligencia de respetar los derechos humanos pero serviría como un indicio fundado de su existencia. MCLEOD, S., 2015, pp. 122, 129 y 132-133. De la industria del sector, a nivel global, 114 empresas de seguridad y 50 organizaciones de la sociedad civil también se han afiliado a la Asociación. Por otro lado, posteriormente a su constitución, se ha admitido la posibilidad de incorporar Observadores a la ICoCA y, actualmente, existen 65 Observadores, incluyendo entidades de la sociedad civil y personas individuales. Por el momento, ninguna entidad de origen español forma parte de la ICoCA y, según los registros de la Asociación, ninguna empresa española ha sido certificada por esta Asociación.

[50] *Ibidem* pp. 6-8.

En cuanto al mecanismo de certificación, la Asociación es la encargada de certificar que una empresa cumple con los principios y estándares del ICoC, es decir, la ICoCA se constituye como agencia de certificación única (art. 11.1 de los AoA). No obstante, aunque la certificación que emite la ICoCA se autodenomina la *gold certification* del sector, se reconocen otros sistemas de certificación siempre que estén acreditados por organismos de certificación independientes. En concreto, la Asociación aceptaría como homologables a sus estándares el *Management System for Quality of Private Security Company Operations* (ANSI/ASIS PSC.1-2012), que se corresponden con los estándares de Estados Unidos para las compañías proveedoras de seguridad que prestan sus servicios en tierra, estándares que serían reconocidos por ICoCA cuando estén certificados por Intertek o MSS Global. En segundo lugar, se acepta el *Management system for private security operations - Requirements with guidance for use*, que integran los estándares de la norma ISO 18788:2015 para las empresas proveedoras de seguridad que desarrollan sus actividades también en tierra y que, en este caso, deben venir certificados por la Asociación de Empresas Seguras (AES), Intertek o MSS Global. Y, por último, se reconocen las *Ships and Marine Technology Guidelines for Private Maritime Security Companies (PMSC) providing privately contracted armed security personnel (PCASP) on board ships and pro forma contract*, estándares correspondientes a la norma ISO 28007:2015 que fijan las directrices de empresas internacionales que prestan servicios de seguridad en el medio marítimo y que deben estar certificadas por LRQA o MSS Global [51].

La certificación concedida por la Asociación tiene un doble significado: implica que la empresa de seguridad opera de acuerdo con los principios y estándares del ICoC y, además, que la empresa se encuentra sujeta al monitoreo, auditoría y verificación por parte de la ICoCA (art. 11 de los AofA). El sistema de certificación diseñado por el ICoCA se articula en base a dos procedimientos. Por un lado, se prevé un Reconocimiento de Estándares (*Board Recognition of Standards*), que se configura como un sistema de certificación por homologación; y, por otro lado, la Certificación de Empresas (*Certification of Individual Companies*), que regula la obtención de la certificación de la ICoCA que, en todo caso, queda circunscrita al estándar para el que se solicitó la certificación y con relación al lugar y las actividades concretas que hayan sido auditadas con una validez de tres años, periodo tras el cual, el proceso

[51] No obstante, si la certificación de estos estándares no es accesible, la ICoCA también acepta la certificación de ISO 17021 cuando las entidades certificadoras cumplan los requisitos de independencia y transparencia establecidos por la Asociación.

debe iniciarse de nuevo para renovar la certificación [52]. Cuando se logra la certificación de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de los AofA, la empresa alcanza la categoría de Miembro certificado por la ICoCA (art. 3.3.1.1 de los AoA), categoría que ha de distinguirse de la otra categoría de empresa que se reconoce por la Asociación, el denominado Miembro Transitorio (art. 3.3.1.2 de los AoA). Esta membresía tiene una duración de tres años y está pensada como un estadio previo a la obtención de la certificación del artículo 11 de los AoA, pero si durante este periodo de tiempo no se logra alcanzar la categoría de Miembro certificado, la empresa solo podrá ser elegible como Miembro afiliado si se demuestra que se ha completado de manera satisfactoria la llamada Autoevaluación de Empresa y existe una renovación expresa del compromiso de continuar operando de acuerdo a los principios del ICoC (art. 3.3.1.2.2 de los AoA). Las empresas catalogadas como Miembro Transitorio tienen la obligación de demostrar la consecución de «objetivos sustantivos y procedimentales» en relación con los estándares del ICoC, de forma que, si se entendiese que no se está actuando de buena fe, el Consejo de Administración puede cancelar automáticamente su categoría de Miembro Transitorio (art. 3.3.1.2.3. de los AoA), aunque no se precisa si eso puede o no desembocar en una expulsión de la Asociación.

Los aspectos básicos del sistema de monitoreo, auditoría y verificación están regulados en el artículo 12 de los AoA y, como en el caso del sistema de certificación, se prevé que sean desarrollados más en profundidad por el Consejo de Administración y, posteriormente, aprobados en la Asamblea General (art. 12.2 de los AoA). Para verificar el cumplimiento del ICoC se han diseñado tres tipos de evidencias (arts. 12.2.1-12.2.3 de los AoA). La primera de ellas consiste en la información enviada directamente por el Secretariado por parte de cualquier actor; la segunda, la autoevaluación que las propias empresas deben redactar por escrito de acuerdo con unos indicadores de transparencia; y la tercera, la denominada Revisión sobre el terreno que realiza el Director Ejecutivo bien de oficio, bien a petición de un Miembro de la Asociación. Toda esta información se centraliza en el Secretariado, donde es analizada (art. 12.2.4 de los AoA), y que, en su caso, iniciará un proceso de diálogo con la empresa miembro para mejorar su cumplimiento del Código (art. 12.2.5 de los AoA). El Director Ejecutivo informará regularmente al Consejo de Administración acerca de los incumplimientos del ICoC, el cual también podrá realizar observaciones y recomendaciones y, en el caso de que

[52] International Code Of Conduct Association: *ICoCA Certification Principles and Procedure*, pp. 2-4.

considere que se precisa la puesta en marcha de «acciones correctivas», se lo comunicará a la empresa para que implemente las mejoras necesarias en un periodo de tiempo determinado (arts. 12.2.6-12.2.7 de los AoA). Si se observa mala fe o no se implementan acciones correctivas razonables, el Consejo puede iniciar un procedimiento de suspensión contra el Miembro incumplidor, aunque no se detalla, por el momento, cuáles son los efectos de este procedimiento. Por otro lado, de especial interés son las disposiciones introducidas en los artículos 12.2.10 y 12.3 de los AoA, que prevén, respectivamente, que la Asociación respetará cualquier investigación o procedimiento legal que se esté desarrollando de manera paralela a la implementación del artículo 12 sin que ello implique necesariamente la suspensión de las funciones atribuidas a la Asociación de acuerdo a este artículo, y el deber de informar públicamente, al menos una vez al año, de las acciones que se han derivado del artículo 12.

En relación con el sistema de quejas, se ha diseñado también una doble vía. Por un lado, de acuerdo con los puntos 66-68 del ICoC, a los que ya se ha hecho referencia anteriormente, la propia empresa de seguridad privada está obligada a implantar procedimientos de reclamación –en plural, es decir, es posible que puedan ponerse en marcha varios mecanismos de queja– para atender a las quejas o reivindicaciones interpuestas tanto por el propio personal de la empresa como por terceros, procedimientos que deben ajustarse a los principios establecidos en el punto 67.a del ICoC [53]. La denuncia podrá recaer ante conductas que ya se han producido o que puedan producirse, aspecto que incide en el carácter preventivo del *compliance*, y el contenido de la denuncia no solo podrá hacer referencia a los incumplimientos del ICoC, sino también a cualquier conducta de carácter ilegal o inadecuado. Finalmente, se prevé también la adopción de medidas disciplinarias apropiadas de carácter interno, que podrán incluir el despido (art. 67.g del ICoC), y

[53] De acuerdo con esta disposición, los procedimientos «uch procedures must be fair, accessible, and offer effective remedies, including recommendations for the prevention of recurrence» y deben poder realizarse ante personal designado y concreto en la propia empresa, sin perjuicio de que pueda acudirse a las autoridades competentes. Toda la información relativa al procedimiento de reclamación deberá ser convenientemente publicitado en una página web de acceso público (art. 67.b). En cuanto a la tramitación del procedimiento, se hace referencia a un procedimiento ágil sin demoras, imparcial y confidencial («investigate allegations promptly, impartially and with due consideration to confidentiality», artículo 67.c), y a la obligación de crear un registro de procedimientos, en el que figuren las denuncias, el sentido de la resolución y las medidas disciplinarias adoptadas, registro que deberá estar a disposición de la autoridad competente que, en su caso, lo solicite (art. 67.e). En este sentido, la cooperación con las autoridades se prevé de forma expresa, añadiéndose una cláusula por el que las empresas firmantes del ICoC «[will] not participate in or tolerate from their Personnel, the impeding of witnesses, testimony or investigations» (art. 67.f del ICoC).

de medidas de protección contra posibles represalias ante la formulación de denuncias [art. 67.h del ICoC]. En todo caso, la Asociación desarrollará una labor de asistencia para ayudar a las compañías miembros y afiliadas a implementar las obligaciones que se derivan de estas disposiciones (arts. 13.1 y 13.3 de los AoA).

De manera paralela a este sistema de quejas al que queda obligado cualquier empresa de seguridad privada que se adhieran al ICoC, el artículo 13 de la AoA también prevé la creación de un sistema de denuncia en la propia Asociación, centralizado en el Secretariado, que se encargará de tramitar quejas centradas de manera exclusiva en un incumplimiento del ICoC (art. 13.2.1 de los AoA) [54] y de informar al denunciante de los sistemas de queja que pueden ofrecerle una solución efectiva, incluidos los procedimientos de denuncia existentes en las propias empresas aunque, en tales casos, la Asociación adoptará una posición de neutralidad. No obstante, si el denunciante alega que el sistema de quejas de la compañía no es justo o accesible, no ofrece una solución efectiva, o no se ajusta a lo previsto en el artículo 67 del ICoC, entonces, el Secretariado podrá examinar la denuncia (art. 12.2.3 de los AoA). A partir de este momento, el Secretariado inicia un proceso de diálogo con la compañía y el denunciante para encontrar un procedimiento adecuado para tramitar la denuncia y conseguir una solución satisfactoria (art. 12.2.4 de los AoA) y, en función de la información transmitida por el Secretariado, el Consejo de Administración puede recomendar que el denunciante opte por otro canal de denuncia más afectivo, así como recomendar a la empresa de seguridad privada que adopte acciones correctivas en un periodo determinado de tiempo (art. 12.2.5 de los AoA). Si la empresa no pone en marcha ninguna medidas para mejorar su sistema de denuncia, la Asociación podrá suspender la condición de Miembro e, incluso, expulsar a la empresa de la Asociación (art. 12.2.7 de los AoA) [55].

[54] El contenido y forma que debe adoptar la denuncia está detallado en la disposición II del Procedures for receiving and processing complaints under article 13, que amplía y desarrolla el contenido del art 13 de los AoA. En el caso de que los hechos a los que se refiere la denuncia sean constitutivos de un comportamiento delictivo, el Secretariado deberá determinar qué autoridad tiene jurisdicción penal para investigar los hechos y no se continuará con la tramitación de la denuncia hasta que el Consejo de Administración informe de cual es el resultado del procedimiento penal o de otros procedimientos de distinta naturaleza que pudieran iniciarse (disposición III. D del Procedures for receiving and processing complaints under article 13).

[55] Como en el caso del procedimiento de queja o denuncia que las empresas miembros deben implantar, el procedimiento que se inicie en el seno de la Asociación no se considera incompatible con otras investigaciones o procedimientos de carácter legal y aunque, en este caso, la redacción del artículo 13.2.10 presenta importantes diferencias con respecto al artículo 67.e del ICoC, se prevé la posibilidad de que el Consejo de Administración suspenda o limite el procedimiento de queda cuando sea necesario y apropiado para evitar ocasionar un «perjuicio serio» al desarrollo de aquellas actuaciones.

25.3 AUTORREGULACIÓN, *COMPLIANCE* Y LEGITIMIDAD EMPRESARIAL

En un escenario legal caracterizado por un sistema de *accountability* débil, la autorregulación constituye no solo una vía factible ya explorada por las empresas del sector, sino, además, en una estrategia fundamental para garantizar que los proveedores de servicios militares y de seguridad desarrollan su actividad de manera responsable y respetuosa con los derechos humanos. Braithwaite afirmó, en su momento que, «corporations may be more capable than the government of regulating their business activities» [56], y, como acaba de verse en el epígrafe anterior, el ICoC y la ICoCA son un ejemplo de ello. Sin embargo, como ya advertía este autor, la principal debilidad que presenta la autorregulación empresarial es su carácter voluntario [57], por lo que resulta fundamental encontrar razones que fomenten que las empresas militares y de seguridad privada se adhieran a iniciativas como el ICoC y la ICoCA o, alternativamente, exploren su propio camino hacia la autorregulación. Los legisladores nacionales utilizan diferentes fórmulas para promover la autorregulación empresarial, pero, en este punto, además de razones pragmáticas, se perfila de especial trascendencia encontrar razones de fondo. La legitimidad empresarial es una de estas razones, especialmente en el caso de las empresas militares y de seguridad privadas, muy denostadas y erosionadas, en términos generales, a nivel global.

La legitimidad empresarial, siguiendo el trabajo clásico de Suchman, puede definirse como el proceso a través del cual la empresa se adapta al entorno, tanto interno como externo [58]. Se trata de un concepto dinámico que permite entender cuál es el posicionamiento que cada empresa decide asumir en la sociedad, cuestión que, por otro lado, se encuentra inherentemente relacionada con cuál es la finalidad de la empresa. Si bien existe un concepto de legitimidad empresarial asociado a una empresa económica y legalmente responsable en la que su valor está definido por el éxito económico en sentido estricto y por un cumplimiento del sistema legal a nivel formal [59], se trata de un

[56] Braithwaite, J., «Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control», *Michigan Law Review*, vol. 80,1982, p. 1.469.

[57] *Ibidem*.

[58] Suchman, M. C., «Managing legitimacy: strategic and institutional approaches», *Academic Management Revue*, vol. 20(3), 1995, p. 571.

[59] Rendtorff, J. D., «The Concept of Business Legitimacy: Corporate Social Responsibility, Corporate Citizenship, Corporate Governance as Essential Elements of Ethical Business Legitimacy», Crowther, D. and Shahla, S., and Wond, T. (eds.), *Responsibility and Governance. The Twin Pillar of Sustainability*, Springer, 2019, p. 53. *Vid*., igualmente, Kurucz, E. C., Colbert, B. A. and Wheeler, D., «The Business Case for Corporate Social Responsibility», Crane, A., Mcwilliams, A., Matten, D. and

modelo en el que no es posible desarrollar un sistema de *accountability* porque la empresa actúa como un ente neutro dentro del sistema. Por ello, cuando se indica que el fortalecimiento de la legitimidad empresarial puede desempeñar una función de motivación a la hora de estimular la autorregulación de las empresas militares y de seguridad privada, ha de acudirse a otros modelos de legitimidad más evolucionados. Aunque la obtención de un beneficio económico es, indudablemente, el principal objetivo de la gestión de toda empresa, como ente organizacional, la empresa presenta otras dimensiones que interactúan entre sí en el desarrollo de su actividad [60] determinando que aquellas posiciones que siguen incardinando a la empresa dentro de los estrictos límites del clásico planteamiento de Friedman, que consideraba que la «única responsabilidad social de la empresa es incrementar sus beneficios» [61], no se ajusten a la realidad del *management* empresarial actual. Una prueba de ello es que en el Plan Estratégico 2019-2023 de la ICoCA se indica que «Commercial cost-benefit prioritisation has been seen to undermine efforts to ensure that security companies take the necessary measures to fully incorporate the International Code of Conduct and other international standards into their procedures and operations» [62].

Un estadio intermedio en el desarrollo de la legitimidad empresaria es aquel en el que la empresa, además de ser económica y legalmente responsable, incorpora una responsabilidad adicional de carácter ético y social, fundamentalmente, a través de la responsabilidad social corporativa [63], que le permitiría avanzar hacia un modelo de empresa en el que su legitimidad se

---

Seigel, D. (eds.), *The Oxford Handbook on Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, 2008, pp. 83-112.

[60] *Vid.* Rock, E., «For Whom Is the Corporation Managed in 2020? The Debate over Corporate Purpose», *The Bussiness Lawyer*, vol. 76, 2021, pp. 363-395; y Ferrarini, G., «Redefing Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer». Busch, D., Ferrarini, G. and Grünewald, S. (eds.), *Sustainable Finance*, Palgrave MacMillan, 2021, pp. 85-150.

[61] Friedman, M., «The social responsibility of business is to increase is profits», Zimmerli W. C., Holzinger M., Richter K. (eds): *Corporate ethics and corporate governance*. Springer, 2007, pp. 173-178. En este punto, merece la pena recordar que, en este conocido artículo, el Premio Nobel de Economía también afirmaba que «los hombres de negocios que hablan de esta manera [en referencia a que las empresas tienen responsabilidad por violaciones de derechos humanos] son, sin saberlo, las marionetas de las fuerzas intelectuales que han estado socavando las bases de la sociedad libre durante las últimas décadas».

[62] International Code Of Conduct Association: 2019, p. 4.

[63] De acuerdo con el modelo clásico propuesto por Carrol, la responsabilidad social corporativa se compone de cuatro tipos de responsabilidades: una responsabilidad económica y otra legal, que constituirían dos tipos de responsabilidades obligatorias para las empresas, y una tercera responsabilidad ética y una cuarta responsabilidad filantrópica que, a diferencia de las anteriores, son de carácter voluntario. *Vid.* Carroll, A. B.: «A Three-Dimensional Model of Corporate Social Performance», *Academy of Management Review*, vol. 4, 1979, pp. 497-505; y, del mismo, «The Four Faces of Corporate Citizenship», *Business and Society Review*, vol. 100/101, 2003, pp. 1-7. Este modelo resulta coherente con la conceptualización de legitimidad corporativa de Rendtorff utilizada en este trabajo.

fundamenta en la búsqueda proactiva de los estándares más elevados de *corporate citizenship*[64]. La responsabilidad social corporativa, como pilar esencial del gobierno corporativo[65], es una muestra de que la empresa está preparada para responsabilizarse de manera voluntaria por los efectos perjudiciales que se deriven de su actividad, o, dicho de otro modo, la responsabilidad social corporativa expresa el compromiso de las empresas a la hora de asumir su impacto en la sociedad[66]. Inicialmente, la responsabilidad social corporativa ha estado asociada al desarrollo de la actividad empresarial de manera respetuosa con el medio ambiente o con prácticas laborales más justas, pero, actualmente, abarca todos aquellos aspectos en los que las empresas pueden asumir un papel proactivo a la hora de operar de una manera ética y socialmente responsable, entre los que destaca como ámbito de atención preferente el respeto a los derechos humanos[67]. En este sentido, algún autor considera que el nivel más elevado de legitimidad empresarial solo se alcanza mediante un comportamiento empresarial respetuoso con los estándares de derechos humanos[68], y que, en consecuencia, el valor de la empresa ha de valorarse desde una óptica comprensiva que trasciende con mucho la simple perspectiva económica[69].

De lo anterior se desprende que, como parte de una estrategia integral de gestión empresarial, la responsabilidad social corporativa no solo consiste en adecuar el comportamiento empresarial a la legalidad vigente, sino en ir un paso más allá y responsabilizarse del impacto social de la actividad que se realiza, alcanzando, con ello, el máximo grado de legitimidad de ejercicio posible, dimensión donde ha de contextualizarse el *compliance*.

---

[64] Rendtorff, J. D., 2019, pp. 54-55. Sobre el concepto de *good corporate citizenship*, *vid.* Crane, A., Matten, D. and Moon, J.: «The emergence of corporate citizenship: historical development and alternative perspectives», *Handbook of research on global corporate citizenship*, pp. 25-49; y Crane, A., Matten, D. and Chapple, W., «Behind the mask: revealing the true face of corporate citizenship», *Journal of Business Ethics*, vol. 44, 2003, pp. 109-120.

[65] *Vid.* Griffith, S. J., «Corporate Governance in an Era of Compliance», *William & Mary Law Review*, vol. 57, 2016, p. 2.075.

[66] *Vid.*, por ejemplo, en este sentido, European Commission: *Communication from the Commission to the European Parliament the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions. A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, COM/2011/0681 final, apartado 3.1, en el que se establece que la responsabilidad social corporativa es «the responsibility of enterprises for their impacts on society». Por su parte, la OCDE adopta como terminología alternativa la expresión conducta empresarial responsable pero que puede entenderse como asimilable a la responsabilidad social corporativa.

[67] *Vid.*, por ejemplo, el enfoque y diseño de las medidas englobadas en la norma ISO 26000 y la estrategia de la Comisión Europea en materia de responsabilidad social corporativa.

[68] *Vid.* Brinkmann, J., and Kochupillai, M.: «Law Business, and Legitimacy», Rendtorff, J. D. (ed.), *Handbook of Business: Legitimacy, Responsibility, Ethics and Society,* Springer, 2020, pp. 494-496. En sentido muy similar, Enderle, G.: *Corporate Responsibility for Wealth Creation and Human Rights*, Cambridge University Press, 2021, pp. 159-216.

[69] Enderle, G.: «Wealth Creation, Human Rights, and Business Legitimacy», Rendtorff, J. D. (ed.), *Handbook of Business: Legitimacy, Responsibility, Ethics and Society,* Springer, 2020, p. 528-531.

El *compliance* supone no solo una reafirmación del compromiso de la empresa con la legalidad vigente y la propia ética empresarial, conceptualización vinculada a la función inicial del *compliance* [70], sino también, y, sobre todo, la implementación de una estrategia preventiva *ad hoc* que, articulada mediante programas de cumplimiento normativo, se orienta a impedir comportamientos delictivos con la finalidad de lograr que la empresa actúe como un *good corporate citizen* [71]. Esta doble dimensión del *compliance* se plasma en algunas de las definiciones más conocidas de este término como, por ejemplo, la de Huff, que indica que los «corporate compliance programs, which can be defined broadly as any program that seeks to ensure a corporation's compliance with the law […] compliance programs range from codes of conduct stating general corporate ethical guidelines to very specific policies intended to prevent employees from committing particular types of crimes» [72]; o la de Baer, que, en clara conexión con la responsabilidad social corporativa, entiende el *compliance* como el «system of policies and controls that organizations adopt to deter violations of law and to assure external authorities that they are taking steps to deter violations of laws. General compliance programs address the overall conduct of business in accordance with prescribed legal, and increasingly ethical and cultural, norms» [73].

En la misma línea se situaría, con algún matiz, la definición de Ferré Olivé, para quien el doble objetivo del *compliance* se concreta en «el cumplimiento de la ley en sentido estricto más la defensa de normas éticas que conducen a controlar el impacto social de sus actuaciones» [74]. Este autor, partiendo de la base de que el *compliance* es un mecanismo de prevención de riesgos [75], considera el cumplimiento normativo una fuente generadora de normas a través de la cual «se busca la creación de una cultura empresarial de fidelidad al derecho, dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de

[70] En este sentido, *vid.* la definición de Bock en la que se indica que el *compliance* es un sistema de cumplimiento de las obligaciones generales y de directrices internas de funcionamiento a las que queda obligada toda empresa. Cit. por Nieto Martín, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», Montiel, J. P., Kuhlen, L., y Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 173.

[71] *Ibidem*, p. 176.

[72] Huff, K. B., «The role of corporate compliance programs in determining corporate criminal liability: suggested approach», *Columbia Law Review*, vol. 96(5), 1996, pp. 1.252-1.298.

[73] Baer, M., «Governing corporate compliance», *Boston College Law Review*, vol. 50(4), 2009, p. 958.

[74] Ferré Olivé, J. C., «Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la Empresa», *Revista Penal*, núm. 44, 2019, p. 67.

[75] *Vid.*, igualmente, Griffith, S. J., 2016, p. 2.075, que a pesar de entender que «the overlap between compliance and governance is clear: both compliance and governance lay claim to internal mechanisms of control», matiza, muy acertadamente, que «Compliance and governance come from different places and serve different interests».

la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación. El *compliance* potencia el respeto al derecho dentro de la empresa, la confirmación de la vigencia de la ley, pero que incluso va más allá, pues abarca compromisos que las empresas eligen cumplir sin que su ausencia resulte reñida con la legalidad vigente» [76]. En el marco de esta función preventiva del *compliance*, articulada a través de programas de cumplimiento, adquiere también gran relevancia el matiz introducido por Griffith y Baer, quienes consideran que esta función de prevención debe incluir mecanismos de detección [77]. Esta dimensión es también compartida por Kuhlen que, además, a la hora de conceptualizar el *compliance*, da un paso más allá y precisa que la función preventiva del *compliance* exige incorporar también mecanismos internos de *enforcement*: el *compliance* es el conjunto de «medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen» [78].

El efecto de generación normativa derivado de la función preventiva del *compliance*, también identificado por Haught [79] y Baer [80], hace del cumplimiento normativo un instrumento de control social formal [81] cuya potencial eficacia cobra especial significado en el actual contexto de la pérdida del monopolio estatal en la producción normativa y, paralelamente, también en el uso de la fuerza, dos factores de enorme trascendencia que enmarcan el debate sobre la autorregulación de las empresas militares y de seguridad privada. Por ello, como señala Nieto Martín, «en un mundo globalizado, donde la capacidad reguladora y sancionadora de los Estados desgraciadamente se ha debilitado, el cumplimiento normativo es un instrumento de gobernanza global o de global law» [82] que adquiere una trascendencia esencial en la intersección entre la actividad empresarial y los derechos humanos a la que la dinámica de las empresas militares y de seguridad privada no escapan. Y es precisamente esta dimensión de la autorregulación la que evidencia su idoneidad para construir y fortalecer un mecanismo de *accountability* para este tipo de empresas cuando operan en entornos jurídicos, ya sea a nivel interno y/o internacional, en los

---

[76] *Op. cit*., p. 69.

[77] *Op. cit*., p. 2.096.

[78] Kuhlen, L., «Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal», Montiel, J. P., Kuhlen, L., y Ortiz De Urbina Gimeno, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 51.

[79] Haugh, T., «The criminalization of compliance», *Notre Dame Law Review*, vol. 92(3), 2017, p. 1.221-1.222.

[80] Baer, M., 2009, p. 96.

[81] Rotsch, T., «Criminal Compliance», *Indret*, 1/2012, pp. 9-10.

[82] Nieto Martín, A., 2013, p. 173.

que, como se ha visto, existen vacíos normativos que favorecen su impunidad. Dicho de otro modo, la autorregulación de la empresa militar y de seguridad privada permitiría colmar, aunque sea transitoriamente, las lagunas normativas del sistema legal a nivel global [83].

Por otra parte, en este punto, adquiere especial relevancia el concepto de *compliance beyond the firm*, que, al proyectar el *compliance* a la interacción con otras empresas, exigiría la adopción de medidas adecuadas para garantizar que no se están participando de manera indirecta en violaciones de derechos humanos. Este aspecto debe ser específicamente tenido en cuenta por las empresas militares y de seguridad privada no solo en el marco de las cadenas de suministro de los bienes que se utilizan para desarrollar su actividad (armamento, esencialmente), ámbito donde suele emplearse este término, sino también como proveedoras de servicios a determinados Estados y a determinadas empresas. En este sentido, como ya se ha indicado, en el ICoC se han introducido varias disposiciones que, precisamente, se sitúan en esta dirección.

Como se deriva de lo anterior, el *compliance* permite concretar de qué forma específica actúa la empresa en relación con los valores y principios que integran la responsabilidad social corporativa. Dicho de otro modo, el *compliance* opera desde los parámetros determinados en el ámbito de la responsabilidad social corporativa [84] y no se agota en el establecimiento de pautas de actuación generales conectadas con el objetivo económico-financiero de la empresa, sino que, en su versión más acabada, crea un sistema de cumplimiento normativo de carácter holístico que expresa cómo la empresa se adapta y responde a la legalidad vigente [85]. Por esta razón, como señala Ferré Olivé, el *compliance* «ha permitido una nueva visualización y transparencia de los compromisos sociales asumidos por la empresa, que se presentan como un espacio nuevo de responsabilidades empresariales» [86]. Es decir, el *compliance* trasciende el carácter de mecanismo interno de control de riesgos que pueden tener otros instrumentos de gestión de riesgos a nivel empresarial [87] al integrar un sistema normativo construido sobre el mapa de riesgos empresarial que se inserta en el gobierno corporativo de la empresa.

Por ello, a pesar de que existe cierta tendencia a enfocar la autorregulación de la persona jurídica desde una perspectiva estrictamente penal por el

---

[83] Cfr. Haugh, T., 2017, p. 1.220.

[84] Wittig, P., 2020, p. 398; y Pieth, M., «Corporate compliance and human rights», *Criminal Law Review*, núm. 29, 2018, p. 598.

[85] *Vid.*, en esta línea, Griffith, S. J., 2016, p. 2.078.

[86] Ferré Olivé, J. C., 2019, p. 68.

[87] *Vid.*, en sentido similar, *op. cit*., p. 2.083.

efecto atenuante e, incluso, eximente, que se ha conferido a la puesta en marcha de programas de cumplimiento normativo en diversos sistemas jurídicos [88], el *compliance* es, en realidad, un instrumento interno de gestión empresarial de mayor alcance y puede convertirse, como evidencian el ICoC y la ICoCA, en un instrumento clave de gobernanza global. Es decir, ha de evitarse el denominado *criminalized compliance*, término que describe una técnica de diseño de los programas de cumplimiento basada en una perspectiva penal y no en la responsabilidad social corporativa con la finalidad de, llegado el caso, estar mejor posicionado para evitar una posible responsabilidad penal [89], lo que ha llevado a indicar a algún autor que el sentido de los programas de cumplimiento normativo ha sido «secuestrado» [90]. Sin embargo, no solo el mapa de riesgos de las empresas militares y de seguridad privadas desaconseja de manera especial este enfoque, sino también el impacto que la técnica del *criminalized compliance* puede tener en el *compliance* como medio de control social: el *compliance* pasaría de ser un mecanismo interno de control de riesgos a un instrumento en que la cultura de cumplimiento no se derivará del proceso voluntario por el que la empresa decide responsabilizarse de los efectos de su actividad, sino de una fuente ajena a la voluntad de la empresa, el Derecho penal, pervirtiendo esta vía de todo sistema de *accountability*. Es decir, el *criminalized compliance* deslegitima la función del *compliance* y socava su función preventiva en la medida en que este no será el resultado de un proceso de autorreflexión voluntariamente asumido por la empresa, como lo evidencian, por otro lado, los *paper compliance programmes* [91]. En definitiva, resulta esen-

[88] *Vid.*, en este sentido, el artículo 8.6 del Legally Binding Instrument to Regulate, International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises elaborado por Naciones Unidas, en el que se establece que «The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards».

[89] Haugh, T., 2017, p. 1218.

[90] Pieth, M., 2018, p. 600. En concreto, este autor indica que «whereas CSR and compliance started off as tools to safeguard reputation and to ensure that employees understood company values, this preventive goal has been hijacked by a legal interest: to limit ones liabilities». Esta técnica también ha llegado a nuestro derecho interno, como ha subrayado la Fiscalía General del Estado: «sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal […] se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal». Fiscalía General del Estado: *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, pp. 39-40.

[91] «criminalized compliance suffers from an inherent flaw: […] By virtue of its origins in and fidelity to the criminal law, criminalized compliance imports many of the criminal law's delegitimizing features into the corporation – from vague and overlapping rules, to aggressive and onerous monitoring, to inconsistent enforcement and adjudication». Haugh, T., 2017, p. 1.218. Dicho de forma más directa, el *compliance* no es Derecho penal: «La relevancia penal [del compliance] es, en definitiva, secundaria. O, dicho en otros términos, el compliance en esencia no es Derecho penal, sino un mecanismo de gerencia-

cial comprender los beneficios del «*behavioral compliance*» [92] que, como demuestra el ICoC y la ICoCA, es el camino a seguir para fortalecer la legitimidad empresarial [93].

25.4 DE LA AUTORREGULACIÓN A LA AUTORREGULACIÓN REGULADA DE LAS EMPRESAS MILITARES Y DE SEGURIDAD PRIVADA. UNA MIRADA A LA LEY 5/2014, DE 4 DE ABRIL, DE SEGURIDAD PRIVADA.

Hasta ahora se ha mantenido que, teniendo en cuenta el escenario legal en el que se desenvuelven las empresas militares y de seguridad privada a nivel global, la autorregulación constituye una vía complementaria, idónea y plausible para garantizar cierto grado de *accountability* en caso de violaciones y abusos de derechos humanos cometidos por parte de este tipo de empresas. Sin embargo, esta vía presenta sus debilidades y riesgos [94], por lo que, sin abandonar la solución de la autorregulación, resulta interesante explorar fórmulas cercanas que continúen incidiendo en el fortalecimiento de la legitimidad empresarial. En este sentido, en la medida en que son los derechos internos los que, en la práctica, pueden y tienen que responder al desafío que plantean las violaciones y abusos de derechos humanos cometidas por las empresas del sector militar y de la seguridad [95], lo más lógico es que los legisladores nacionales adopten medidas que fortalezcan el sistema de *accountability* a nivel interno [96] sin que ello implique necesariamente implementar como solución única la vía

miento de riesgos basado en reglas técnicas de gestión corporativa, interesándose el Derecho penal por alguno de esos sectores en la medida en que exista afección a bienes jurídicos». Ferré Olivé, J. C., 2019, p. 69. *Vid.*, igualmente, León Alapont, J., «Los programas de cumplimiento penal. Aspectos generales». Revista Boliviana de Derecho, núm. 31, 2021, p. 374.

[92] Haugh, T., 2017, p. 1.265, y nota 375, p. 1269.

[93] Cfr. Treviño, L. K. *et al.*, «Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts», *California Management Review*, vol. 41, 1999, pp. 135-139; y Hess, D, «Chipping Away at Compliance: How Compliance Programs Lose Legitimacy and Its Impact on Unethical Behavior», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, vol. 14, n. 1, 2019, pp. 11-12, 14-15.

[94] *Vid.* Seiberth, C., pp. 257-260.

[95] Así lo subrayan, entre otros, White, N. D., 2011, p. 143; Ryngaert, C., 2018, p. 6; y Ambos, K, «International Economic Criminal Law The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», *Criminal Law* Forum, vol. 29, 2018, pp. 565-566, autor que incluso apuesta porque el Derecho penal internacional tenga carácter subsidiario. En la misma línea, Wittig, P., «Corporate Responsibility for Transnational Human Rights Violations under German Criminal Law - Review and Outlook», *European Criminal Law Review*, vol. 10, 3/2020, p. 198, nota 224.

[96] Cfr. Macchi, C., and Bright, C., «Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirement in Domestic Legislation», Buscemi, M., Lazzerini, Ni, Magi, L., Russo, D. (eds.), 2020, pp. 218-247.

penal [97]. Más bien al contrario, como se infiere de este trabajo, el sistema de *accountability* para las empresas militares y de seguridad privada avanza hacia un sistema multinivel y sigue el modelo de la gobernanza global.

La autorregulación regulada, fórmula intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal [98] y cuyos beneficios ya fueron identificados en su momento también por Braithwaite [99], es una solución normativa que, como ya ha ocurrido en otros sectores de actividad, permitiría perfeccionar el sistema de *accountability* de las empresas militares y de seguridad privada al permitir introducir obligaciones de diligencia debida. Este tipo de disposiciones pueden implementarse, por ejemplo, como en el modelo francés, es decir, mediante la elaboración de una ley genérica de diligencia debida [100], o, alternativamente, se podría redactar una norma *ad hoc* que se adecúe a los desafíos que la actividad de las empresas militares y de seguridad privada supone para los derechos humanos. En cualquier caso, limitar este tipo de obligaciones, como resulta habitual en el Derecho comparado, a grandes empresas multinacionales o al control sobre la cadena de suministro, no parece el enfoque más adecuado. Dicho de otro modo, la especificidad del mapa de riesgos de las empresas militares y de seguridad junto con el escenario legal en el que operan debe servir como fundamento para superar un enfoque de las obligaciones de diligencia debida sustentada en el tamaño de la empresa o centrado en la cadena de suministro como única actividad potencialmente lesiva de los derechos humanos. Esta es, precisamente, la línea que se sigue en los United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights cuando se afirma «The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure» (Principio 14).

---

[97] Como ya se ha indicado al inicio de este trabajo, la vía penal no es el modelo preferente a la hora de diseñar un sistema de *accountability*. En esta misma línea, Muñoz de Morales precisa que «Aunque las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales son muy graves y, por tanto, son constitutivas de delito, la vía penal no es el único (ni siempre el más conveniente) camino para hacerlas responsables». Muñoz de Morales Romero, M., 2020, p. 953.

[98] *Vid.*, por ejemplo, Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, p. 231; Sieber, U., «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en AA. VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 77; y Navarro Cardoso, F., «A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas», Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Derecho penal económico y Teoría del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 271-272.

[99] Braithwaite, J., 1982, pp. 1474-1483.

[100] *Vid.* Loi núm. 2017-399, du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. *Vid.*, igualmente, la ley alemana sobre diligencia debida corporativa en las cadenas de suministro aprobada en marzo de 2021, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten.

Desde el punto de vista de su contenido, con independencia del soporte normativo seleccionado por los legisladores nacionales a la hora de explorar la vía de la autorregulación regulada, los estándares que los UN Guiding Principles prevén de forma genérica para que las empresas desarrollen su actividad de forma respetuosa con el Derecho internacional de los derechos humanos deberían combinarse con los estándares específicos regulados en el ICoC, que, como ya se ha indicado, constituye la normativa sectorial de referencia a nivel global para esta tipología de empresas y establece un conjunto de obligaciones muy precisas que entran de lleno en el ámbito de la diligencia debida. A este respecto, el artículo 6.3 y 6.3 del Legally Binding Instrument to Regulate, International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises de Naciones Unidas constituye una buena guía para sistematizar las obligaciones de obediencia debida.

Por otro lado, desde la perspectiva europea, si bien no existe ningún instrumento jurídico en el que se prevean medidas de diligencia debida para las empresas militares y de seguridad privada, como ocurre, por el contrario, en otros sectores de actividad [101], habría que tener en cuenta las normas que, sobre la base de los servicios que prestan estas empresas, pueden tener incidencia directa en su sistema de *accountability* [102].

En el caso español, la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada podría convertirse en el marco de referencia en el que insertar obligaciones de diligencia debida para las empresas del sector aunque ello exigiría algunos ajustes técnicos, ya que la *ratio legis* de esta norma es muy distinta a la problemática de la violación y abusos de derechos humanos por parte de esta tipología de empresas [103]. Si bien la Ley 5/2014 regula «la realización y la prestación por personas privadas, físicas o jurídicas, de actividades y servicios de seguridad privada que, desarrollados por estos, son contratados, voluntaria u

[101] *Vid.*, por ejemplo, en esta línea, el Reglamento (UE) 2017/821 sobre los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, y el Reglamento (UE) 995/2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera.

[102] *Vid.*, por ejemplo, el Reglamento (CE), de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (versión refundida), la Posición Común 2008/944/PESC, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares y la Posición Común 2003/468/PESC, de 23 de junio de 2003, sobre el control del corretaje de armas. Sobre esta cuestión, *vid.* Krahmann, E., and Bzhaparova, A., «The Regulation of Private Military and Security Services in the European Union: Current Policies and Future Options», *EUI Working Papers*, AEL 2010/8, pp. 12-16.

[103] Por ejemplo, ha de tenerse en cuenta que el término empresas militares y de seguridad privada utilizado en este trabajo tiene un alcance más amplio que el de empresas de seguridad privada empleado en la Ley 5/2014.

obligatoriamente, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, para la protección de personas y bienes […]» (art. 1), tal y como se establece en su Exposición de Motivos, su sentido es el de profundizar en un modelo de seguridad privada «complementaria, subordinada, colaboradora y controlada por la seguridad pública» en la línea marcada por la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Es decir, se trata de una norma que se orienta a la ordenación administrativa de la actividad prestada por las empresas de seguridad privada. En este sentido, si se revisan las obligaciones generales a las que quedan sujetas las empresas de seguridad privada (art. 21), puede observarse que ninguna de ellas introduce elementos orientados a garantizar que estas empresas desarrollen su actividad de manera respetuosa con los derechos humanos, más allá de lo dispuesto de forma genérica en el artículo 30 de la Ley 5/2014 [104]. No obstante, existe una disposición interesante, el artículo 21.1.e) de la Ley 5/2014, donde se establece el deber de «Presentar cada año al Ministerio del Interior o al órgano autonómico competente un informe sobre sus actividades y el resumen de las cuentas anuales, debidamente auditadas cuando sea preceptivo, con la información y datos que reglamentariamente se determinen».

Si bien el actualmente vigente Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, no contiene ninguna disposición que permita entender que el informe de actividades al que hace referencia el artículo 21.1.e) de la Ley 5/2014 incorpore un deber de información sobre el impacto de la actividad o de la política de responsabilidad social corporativa [105], en un futuro próximo, estas empresas podrían quedar obligadas a redactar y presentar un informe no financiero, o de sostenibilidad. En el borrador del Real Decreto del Reglamento de Seguridad Privada, presentado a exposición pública en el año 2018 por el Ministerio de Interior, se introduce la obligación de incorporar «Una exposición real sobre la evolución de las actividades empresariales y la situación de la empresa, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta en el futuro más inmediato» en la memoria anual de la empresa (art. 228.f del borrador). Por otro lado, ha de subrayarse que el informe al que se hace referencia en el artículo 228.f del borrador del Real Decreto sería verificado por la Direc-

[104] En el artículo 30 se establecen los principios de actuación del personal de seguridad privada e incluye, entre otros, la legalidad, la integridad y la proporcionalidad de sus actuaciones y la corrección en el trato.

[105] Por el momento, no se ha dictado una norma reglamentaria que desarrolle el contenido de la Ley 5/2014, por lo que, de acuerdo con lo previsto en su Disposición Derogatoria Única, el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, continúa vigente en todo lo que no se oponga a esta Ley.

ción General de Policía, u órgano autonómico competente, y que en caso de que la información esté «incompleta, mal cumplimentada o no se ajuste al contenido exigido», se consideraría como constitutiva de la falta grave recogida en el artículo 57.2.i *in fine* de la Ley 5/2014 [106], cuestión que remite a la problemática a cómo ha de articularse el tratamiento jurídico de la falsedad en información no financiera.

Con su redacción actual, y en caso de aprobarse el Real Decreto del Reglamento de Seguridad Privada, el artículo 228.f tendría un impacto reducido como obligación de diligencia debida. Aunque esta disposición se sitúa en la línea de la obligación de divulgar información no financiera y de diversidad introducida por Ley 11/2018, de 28 de diciembre [107], es evidente que no impone una auténtica obligación de reportar información no financiera, sino únicamente la obligación de identificar el mapa de riesgos a los que se enfrenta la empresa. Y, desde luego, tampoco exige que la descripción de la zona de riesgo vaya acompañada del diseño de políticas *ad hoc* para controlar el impacto de la actividad o de una evaluación de sus resultados, como dispone el artículo 49.6 del Código de Comercio. Sin embargo, el artículo 228.f despeja la vía de la autorregulación regulada para las empresas militares y de seguridad privada al brindar un soporte normativo suficiente para integrar tanto obligaciones de *reporting* como de *compliance*, con independencia de que un Real Decreto no se perfile, por su rango normativo, como el instrumento más adecuado para introducir medidas de esta naturaleza. Ambos tipos de obligaciones fortalece-

[106] En el artículo 228.3 del borrador del Real Decreto, por el contrario, solo se hace referencia a la no presentación de la memoria de actividades al órgano competente.

[107] La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, es una norma derivada de la transposición de la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Para una aproximación general a esta cuestión, *vid.* Del Val Talens, P., «Responsabilidad social corporativa e información no financiera», en Boldó Roda, C. (dir.), *Responsabilidad social corporativa: Nuevos retos, nuevas soluciones*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 103-122; y González Sánchez, S., «Praxis y regulación de la divulgación de información no financiera en España», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, vol. 38-153, 2019, pp. 177-194. De esta regulación se infiere que las empresas militares y de seguridad privada españolas solo tendrán la obligación de divulgar información no financiera si son sociedades de capital (art. 1.1 de la Ley de Sociedades de Capital) cuando concurran los tres requisitos que se recogen en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades de Capital. Las sociedades que tengan el carácter de entidades de interés público también están obligadas a divulgar información no financiera pero esta tipología de entidades no se adecúa a la naturaleza de las funciones que desempeñan las empresas militares y de seguridad privada. Y, por su parte, la obligación de divulgar información sobre la política de diversidad implementada en el Consejo de Administración únicamente recae sobre las sociedades anónimas cotizadas (art. 540.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

rían la vía de la autorregulación que ya han explorado a nivel global las empresas militares y de seguridad privada, permitiéndoles, al mismo tiempo, avanzar hacia niveles más elevados de legitimidad corporativa.

25.5. REFLEXIÓN FINAL. UN SISTEMA DE *ACCOUNTABILITY* MULTINIVEL Y DE GOBERNANZA GLOBAL

El Principio 11 de los UN Guiding Principles establece que «Las empresas deben respetar los derechos humanos […]», y, como se indica en el comentario a ese principio, «Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos» [108]. Es decir, las empresas no pueden actuar como entes neutros dentro del sistema y situarse en niveles intermedios de legitimidad empresarial, sino que, además, de responsabilizarse por los efectos negativos que se puedan derivar de su actividad, en materia de derechos humanos, se les está exigiendo algo más. Siguiendo el modelo de Suchman, los estándares internacionales están exigiendo que, cuando se trata de los derechos humanos, las empresas se sitúen en los niveles más elevados de legitimidad empresarial y se conviertan en un ente pro-activo, en un *good corporate citizen*. Las empresas son, por tanto, parte esencial de la solución y un discurso netamente punitivo o coercitivo en este punto está condenado al fracaso.

La propia empresa militar y de seguridad privada es la que se encuentra mejor posicionada para detectar cuáles son los riesgos específicos que pueden derivarse de su actividad y para implementar mecanismos de prevención, vigilancia y control sobre sus actuaciones, y el ICoC, y correlativamente, la ICoCA, son el mejor ejemplo de ello. Y aunque, como códigos de conducta, el modelo del ICoC no agota otros enfoques, se trata, por el momento, de la propuesta de autorregulación más acabada y representativa del sector tanto por su contenido como por su proceso de creación, y el que una empresa militar y de seguridad privada valore la adhesión a estos estándares es un comienzo más que adecuado para adentrarse en la senda de la autorregulación y comprometerse con el

[108] En concreto, en el comentario que acompaña al Principio 11 se precisa que «La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, donde quiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos. Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas». UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March 2011.

desarrollo de una actividad empresarial respetuosa de forma activa con los derechos humanos [109].

Momsen y Schwarze señalan que, a la hora de afrontar los problemas de regulación en esta materia, el foco debe situarse en cómo los abusos y violaciones de derechos humanos que cometen las empresas pueden ser abordados de la manera más efectiva y, a este respecto, estos autores entienden que «The question is also whether this should be done through "soft" or "hard law", through national legislation or through international criminal law» [110]. Sin embargo, no parece del todo adecuado que un sistema de *accountability* se plantee desde una perspectiva excluyente de las distintas vías que pueden integrarlo. Al contrario, la dinámica normativa actual se sitúa dentro de modelos de *accountability* multinivel en los que se incorporan elementos de gobernanza global, y el sistema de *accountability* que se defiende en este trabajo para las empresas militares y de seguridad privada se sitúa también en esta misma línea. Es decir, en la del diseño de un sistema de *accountability* multinivel y de gobernanza global en el que la fórmula de la autorregulación y la autorregulación regulada desempeñan una función de prevención y control de gran trascendencia. Este parece ser el modelo de sistema que subyace a la opinión del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios, a la que se ha hecho referencia al comienzo de este trabajo y que resume bien la posición que aquí se sostiene: «la autorregulación y las iniciativas voluntarias no pueden garantizar por sí solas que los autores de violaciones de derechos humanos se responsabilicen plenamente de sus actos ni que se otorgue recursos efectivos a las víctimas. Esto se logrará únicamente si se cuenta con normas jurídicas claras acompañadas del control del cumplimiento por el Estado» [111].

Las empresas militares y de seguridad privada no son una tipología de empresas más. Son las que desarrollan la actividad que colisiona más directamente con los derechos humanos y la atención a su problemática específica debe ser prioritaria. En un entorno global en el que la conflictividad no cesa y donde el uso de la fuerza es compartido de forma irreversible con actores de carácter privado, la búsqueda e implementación de soluciones que refuercen las garantías de su utilización y el *accountability* es una cuestión más que urgente.

---

[109] En este sentido, McLeod considera que la adhesión al ICoC es una garantía de que la empresa de seguridad privada cumple con los estándares internacionales de respeto de los derechos humanos. Mcleod, S., 2015, p. 122.

[110] Momsen, C., and Schwarze, M., 2018, p. 13.

[111] *Vid.* nota 24 *ut supra*.

26. LA COMPLICIDAD EN CRÍMENES INTERNACIONALES: A PROPÓSITO DEL CASO LAFARGE

Alejandro Coteño Muñoz
Universidad Carlos III de Madrid

26.1 INTRODUCCIÓN

El denominado «Caso Lafarge» ha puesto sobre la palestra la responsabilidad de las empresas transnacionales en los crímenes internacionales y las graves violaciones de Derechos Humanos que se cometen día tras día a nivel global, tanto en contextos de conflicto armado como en climas de relativa paz. Aunque es cierto que la querella que fundamenta el caso ha sido presentada en Francia y no ante un tribunal internacional, los hechos que se investigan, así como los delitos que se imputan, abren la puerta a una amplia reflexión.

En un mundo globalizado donde las multinacionales ostentan un poder que, en ocasiones, supera al de muchos Estados, Lafarge, primera productora mundial de cemento y otros materiales para la construcción, es la primera empresa de este calibre que resulta imputada por la comisión de crímenes internacionales (Sherpa, 2016: 4). Esta imputación es un reflejo de la importancia de la actuación de las personas jurídicas en el comercio mundial. Sin embargo, esta importancia no se ha visto reflejada, hasta el momento, en los tratados que rigen la actuación de los tribunales internacionales más importantes.

Esto es así, debido a que ninguno de estos tribunales contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cierto es que, desde los Tribunales de Nuremberg, los distintos tribunales internacionales han aludido a la función de la empresa dentro de las dinámicas de comisión de multitud de crímenes internacionales, como por ejemplo en los casos *Farben y Krupp* (Ca-

sasola Gómez-Aguado, 2018: 47-49) [1], sin embargo, se ha seguido manteniendo la concepción de que solo puede considerarse culpable a una persona física, por cuanto es la persona física, dentro de la persona jurídica, la que decide adecuarse o no a la norma. Por esta razón, casos como los mencionados, donde se describe el papel de la empresa en si dentro de la comisión de los crímenes, siempre han finalizado con la condena única de sus directivos.

No obstante, aunque este es el problema más importante, al menos de inicio, subyacen otros problemas bajo la superficie, ante los cuales la solución requiere de un análisis más profundo y detallado. A este respecto, uno de los más importantes deriva de la concepción que se maneje de la complicidad en crímenes internacionales, ya que algunas empresas facilitan la actuación de los autores principales de dichos crímenes con un objetivo meramente económico sin coincidir en sus intereses con los de dicho autor.

Por esto, y porque la concepción que maneja la Corte Penal Internacional parece ser divergente a la del resto de tribunales internacionales, en este trabajo se utilizan los hechos probados del Caso Lafarge a fin de ilustrar cuál es la postura de esta Corte y compararla con la de otros tribunales. Con todo ello, además, se analiza si la posición de la Corte Penal Internacional pudiera dar lugar a alguna laguna de impunidad.

Así las cosas, en primer lugar, se describen los hechos probados del caso, así como los delitos que se le imputan a la persona jurídica Lafarge y a los diferentes directivos tanto de la matriz francesa como de su filial en Siria. De esta manera, tras esta exposición, quedan perfectamente fijados los hechos que se utilizarán para el subsiguiente análisis de la complicidad tanto en los crímenes de guerra como en los crímenes contra la humanidad cometidos por DAESH.

Posteriormente, se realiza un estudio detallado tanto del tipo objetivo como del subjetivo de la complicidad, aplicando las conclusiones al caso que se describe. En primer lugar, se analiza la complicidad del apartado c) del artículo 25.3 ER estudiando para ello la contribución sustancial que se exige en el tipo objetivo y los test del propósito y del conocimiento relativos al tipo subjetivo.

Después, ante la imposibilidad de incardinar todas las acciones de la empresa bajo este precepto, se estudia el apartado d) del mismo artículo. Dentro de este segundo análisis, en primer lugar, se estudia la exigencia de una contribución significativa y su posible relación con las acciones neutrales y, en segundo lugar, se analiza la contribución intencional exigida en el tipo subjetivo.

[1] Las sentencias de ambos casos disponen que los directivos de la empresa usaron la figura de la propia empresa para ayudar a la comisión de crímenes internacionales. Esto es importante porque este es el fundamento actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, esta idea todavía no se ha positivizado en ningún tratado de ningún tribunal penal internacional.

Y para finalizar, se aportan una serie de conclusiones que pretenden clarificar la actual Jurisprudencia con el fin de determinar unos criterios para el análisis de casos similares en el futuro y para, asimismo, evitar la existencia de lagunas de impunidad que permitan a la empresas dotar de mayores y mejores medios a los autores de crímenes competencia de la Corte.

26.2 EL «CASO LAFARGE»

El caso del que vamos a hablar se presenta ante los tribunales franceses en noviembre de 2016 cuando Sherpa [2], junto con el European Center for Constitutional and Human Rights (en adelante, ECCHR) y once exempleados sirios de la compañía Lafarge presentan una querella contra Lafarge-Holcim (la matriz), el director ejecutivo en la época en la que los hechos ocurrieron, Bruno Lafont, la filial Lafarge Cement Siria, el director ejecutivo de la misma hasta junio 2014, Bruno Pescheux, y el director ejecutivo de la filial desde ese mismo mes, Frédéric Jolibois, acusándoles de los siguientes delitos: a) financiación del terrorismo; b) complicidad en crímenes de guerra; c) complicidad en crímenes contra la humanidad; d) puesta en peligro de trabajadores de forma deliberada; y e) explotación de trabajadores y realización de trabajos forzosos (ECCHR, 2016: 1).

En esta querella se describe cómo la multinacional francesa operó en su planta de Jalabiya (Siria) durante la guerra civil siria negociando con los diferentes grupos armados que iban periódicamente tomando el control de la zona a fin de mantener su producción, comprándoles materias primas, vendiéndoles su producto y poniendo en peligro a sus empleados. Teniendo en cuenta esta información, así como la que posteriormente se ha ido publicando y, también, el informe de la investigación interna realizada por la compañía [3], seguidamente, se relatan los hechos que fundamentan el presente caso [4].

---

[2] Sherpa es una asociación fundada en 2001 y con sede social en París que se dedica a defender a víctimas de delitos económicos relacionados con la globalización. Es por ello que gran parte de su trabajo se ha focalizado en las violaciones de Derechos Humanos perpetradas por grandes multinacionales. Para más información, véase www.asso-sherpa.org.

[3] En abril de 2017, Lafarge-Holcim publicó un resumen de la investigación interna que se había realizado, el cual se puede encontrar en: https://www.lafargeholcim.com/summary-syria-investigation-findings. Es importante resaltar que esta investigación no debe confundirse con la realizada previamente por la firma de abogados Baker & McKenzie, que no se halla publicada en sí, sino únicamente algunos de los datos que ella contiene, como podemos ver, por ejemplo, en la siguiente noticia: https://www.reuters.com/article/us-lafargeholcim-syria-sherpa/lafarge-paid-13-million-euros-to-armed-groups-to-keep-operating-in-syria-rights-group-idUSKBN1E62OM.

[4] Debemos añadir que, más allá de los hechos que se relatan en la querella, el 28 de mayo de 2018, Lafarge fue imputada por la complicidad en estos crímenes, si bien el 7 de noviembre de 2019, en apelación, se desestimó dicha imputación. Finalmente, el 7 de septiembre de 2021, el Tribunal de Casación

Lafarge inaugura su planta de Jalabiya en mayo de 2010 y, hasta finales de 2011, opera de manera normal y ordinaria. Sin embargo, tras el estallido de la guerra en Siria, tanto los directivos como los propios empleados del complejo perciben un deterioro en las condiciones de seguridad de la zona (Faytre, 2018: 3; France 2, 2018). Es entonces cuando Lafarge decide negociar con los grupos armados presentes en la zona a fin de proteger su producción y obtener seguridad.

En un primer momento, a partir del verano de 2012, se soborna a las milicias kurdas (YPG) a cambio de protección (Faytre, 2018: 2) y se decide expatriar a todos los trabajadores franceses manteniendo a los empleados sirios en sus puestos de trabajo a pesar de la enorme amenaza que esto suponía para su seguridad (Sherpa, 2016: 7). Esta amenaza se ve materializada en octubre de 2012, cuando un grupo armado [5] secuestra a nueve empleados chiíes alauíes, ante lo cual Lafarge decide abonar su rescate, que ascendió a 200.000 €.

Posteriormente, el 27 de marzo del año siguiente, diez nuevos empleados de la compañía son secuestrados, lo cual no disuade a la dirección de seguir operando en Siria, sino que, en aras de mantener su actividad, se llega a plantear la posibilidad de exportar el cemento vía Irak (Halissat, 2018). En consecuencia, con esta posibilidad y ante el aumento del poder ostentado por DAESH en la zona, el 15 de abril de 2013, se firma un primer acuerdo con este grupo a fin de comprarles petróleo que permitiera a la planta continuar su actividad (Sherpa, 2016: 7). Informalmente, además, se consigue que DAESH acepte que las mercancías de Lafarge puedan circular por el territorio que estos controlaban.

Así las cosas, hasta julio de 2014, Lafarge produce en condiciones normales –teniendo en cuenta el conflicto armado presente en el país–. Es entonces cuando DAESH intensifica los ataques en la zona y Lafarge decide detener temporalmente su producción. Será un mes después cuando la fábrica vuelva a la actividad gracias a un nuevo acuerdo suscrito con este grupo armado (Faytre, 2018: 3-4). No obstante, este pacto no se respetará mucho tiempo, pues el 19 de septiembre de 2014 la planta es finalmente tomada por DAESH, te-

francés ha anulado esta última decisión aludiendo a que se puede ser cómplice incluso si no se tiene la intención de estar asociado a la comisión de dichos crímenes.

[5] Mientras Sherpa y ECCHR no apuntan a ningún grupo armado concreto como responsable de este secuestro, *New York Times* afirma que las propias milicias kurdas fueron quienes secuestraron a estos empleados (véase: https://www.nytimes.com/2018/03/10/business/isis-is-coming-how-a-french-company-pushed-the-limits-in-war-torn-syria.html).

niendo que escapar los últimos trabajadores por sus propios medios sin gozar de protección alguna por parte de la empresa (Sherpa, 2016: 7)[6].

Por todo ello, los demandantes consideran que, como ya se ha mencionado, Lafarge ha financiado el terrorismo, obligado a sus trabajadores a realizar trabajos forzosos, poniéndoles además ante una situación de elevado peligro, y es cómplice en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Tal y como se ha mencionado en la introducción, en el presente artículo se va a analizar la complicidad en crímenes internacionales, por lo que dejaremos a un lado tanto la financiación del terrorismo, como la puesta en peligro de los trabajadores y su explotación.

Así pues, en lo relativo a la complicidad en los crímenes de guerra y contra la humanidad, lo primero que se debe realizar es constatar que estos crímenes efectivamente han existido, pues no se puede apreciar complicidad sin que se haya cometido el crimen principal o subyacente. Sin embargo, debido a que la cantidad de estos crímenes cometidos por el Estado Islámico es de dominio público y numerosísima[7], además de que este estudio no versa sobre ello, lo daremos por hecho y nos centraremos en el hecho de la complicidad.

La complicidad en el caso que nos ocupa se fundamenta en las negociaciones llevadas a cabo con DAESH a fin de comprarles sus materias primas, así como poder transportar libremente las mercancías por su territorio. Por otro lado, es fácilmente constatable que Lafarge conocía que esta organización terrorista estaba cometiendo estos crímenes en el momento en que desarrolló las actuaciones que se acaban de mencionar y que fundamentan materialmente la complicidad. En este sentido, el secuestro de los nueve trabajadores, las afirmaciones realizadas en diferentes Comités de Seguridad y todos los correos electrónicos que muestra France 2 (2018) en su reportaje prueban el conocimiento por parte de la firma.

Siendo estas las actuaciones que fundamentarían la complicidad, junto con la prueba del conocimiento por parte Lafarge de la comisión de estos crímenes, a continuación, se estudiará la complicidad en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma y las consecuencias para el Caso Lafarge de cada una de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

---

[6] Los correos electrónicos que evidencian este abandono por parte de la empresa se pueden encontrar en http://www.voltairenet.org/article195743.html.

[7] En relación con los crímenes contra la humanidad, véase, a modo de ejemplo, http://www.uniraq.org/images/factsheets_reports/Mosul_report%2017Oct2016-10Jul201731%20October_2017.pdf. Por otro lado, con respecto a los crímenes de guerra, véase, también como ejemplo, https://es.unesco.org/news/directora-general-unesco-condena-firmemente-destruccion-del-templo-antiguo-baalshamin-palmira, en relación con la destrucción de Palmira.

Figura 1. Eventos a tener en cuenta en el examen de la complicidad

Fecha	Evento
Junio de 2012.	Correos electrónicos entre Bruno Pescheux (CEO de Lafarge Cement Siria) y Christian Herrault (director general adjunto de Lafarge) donde se acepta un soborno excepcional de 50.000 € por parte de las milicias kurdas para proteger la seguridad de la fábrica.
Octubre de 2012.	Nueve empleados alawitas son secuestrados por un grupo armado y se paga 200.000 € por su rescate.
25 de marzo de 2013.	Diez empleados son secuestrados cuando acudían a la fábrica.
15 de abril de 2013.	Acuerdo suscrito con los grupos armados de la zona para comprarles petróleo como materia prima.
11 de septiembre de 2013.	Se menciona en un Comité de Seguridad que es peligroso y difícil operar sin pagar una tasa para poder atravesar los controles de seguridad. Además, se afirma que cada vez es más difícil negociar con estos grupos directa o indirectamente por su consideración de terroristas por parte de Estados Unidos.
Octubre de 2013.	Se menciona en un Comité de Seguridad que se ha conseguido llegar a un acuerdo con los grupos armados dominantes en la zona para poder operar en condiciones normales.
Agosto de 2014.	Se suscribe un acuerdo con DAESH por el cual todos los camiones de Lafarge portan un salvoconducto otorgado a la firma para poder transitar sin obstáculos por la zona controlada por este grupo. Dichos salvoconductos mencionan explícitamente a Lafarge y gozan del sello de la Tesorería de DAESH. Sobre estas negociaciones se han publicado unos correos electrónicos entre Firass Tlas (responsable de las negociaciones por Lafarge Cement Siria) y Bruno Pescheux donde se afirma que a cambio de los salvoconductos se le otorgan 75.000 € mensuales a DAESH.

Fuente: elaboración propia a través de Faytre (2018) y France 2 (2018).

26.3 LA COMPLICIDAD BAJO EL ARTÍCULO 25.3.C) ER

En este apartado se va a analizar tanto la vertiente objetiva como la subjetiva de la complicidad en crímenes internacionales centrando el análisis únicamente en el apartado c) del artículo 25.3 ER y relacionando cada una de ellas con la conducta de la empresa Lafarge en su fábrica de Jalabiya. Como se verá, en lo relativo al tipo objetivo, prima el consenso en la Doctrina y la Jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales. Sin embargo, ocurre todo lo contrario en la parte subjetiva, pues la posición adoptada por la Corte parece ser contraria a la defendida por el resto de tribunales internacionales.

26.3.1 **Tipo objetivo: contribución sustancial**

El tipo objetivo del artículo 25.3.c) ER lo forman aquellos actos materiales que constituyen una contribución no necesaria a la ejecución del delito por parte del autor. En este sentido, la clave se halla en determinar en qué consiste esa «contribución no necesaria» para la que, al fin y al cabo, dedicaremos este apartado casi en su totalidad.

Para conocer la esencia del *actus reus* debemos acudir a los dos verbos típicos manejados tanto por los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda, como por la Corte Penal Internacional –que, en este aspecto, se ha guiado por los dos primeros tribunales–, y que no son otros que *aiding* y *abetting* (Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2008: 10-11), los cuales podrían ser traducidos como «auxiliando» e «instigando». Así, es fácil entender *aiding* como la contribución física y *abetting* como la contribución psíquica (Ambos, 2005b: 247).

En este sentido, estos mismos tribunales coinciden que estos dos verbos típicos se refieren a actos orientados a asistir, alentar o prestar apoyo moral [8] a la comisión del delito principal o a su autor [9]. Sin embargo, entender la complicidad como cualquier acto de auxilio o de instigación implicaría, en términos simples, que cualquiera pudiera ser cómplice en cualquier situación, por lo

[8] Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia al respecto hacen referencia a *assist, encourage* y *lend moral support*. El término más confuso en su traducción al castellano es *encourage*, pues puede traducirse como «alentar», «animar» «estimular» o «incitar». Se ha escogido «alentar», si bien, se deben tener en cuenta todos los matices derivados de las posibles traducciones aquí mencionadas.

[9] A modo de ejemplo, pues no existe controversia al respecto en estos tribunales, pueden verse las siguientes sentencias SSTPIY Tadic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 1999: § 229), Blagojevic y Jokic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b: § 127) y Simic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2006: § 85) y STPIR Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2006: § 370).

que debemos encontrar qué otros atributos caracterizan a esta contribución no necesaria que estamos estudiando.

Aunque en algunos foros se ha defendido que dicha contribución no necesaria debe tener un efecto sustancial y directo sobre el crimen principal [10], solo el primero de estos calificativos ha permanecido tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, siendo así que el auxilio o la instigación como acto típico de la complicidad no tiene por qué tener un efecto directo, sino únicamente sustancial (Comisión Internacional de Juristas, 2010: 19).

A efectos de delimitar en mayor medida esta «contribución no necesaria y sustancial», podemos seguir acudiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), pues diversas sentencias han estudiado en profundidad los atributos de la complicidad estableciendo una diferencia clara y nítida con la coautoría. En este sentido, cuatro son los atributos que podemos extraer de esta Jurisprudencia como característicos de la complicidad en crímenes internacionales –además de los que ya mencionados hasta el momento–.

En primer lugar, no es necesario que el hecho que fundamenta la complicidad sea una acción, sino que puede consistir en una omisión. Esta omisión, según el TPIY (2004b: § 47), tendrá que tener un efecto decisivo en la comisión del crimen y, para ilustrar este «efecto decisivo», se acude al ejemplo de la autoridad superior, como por ejemplo un comandante militar, cuya única presencia sirve de prueba para determinar si esa persona alentó o apoyó, objetivamente, a los perpetradores del crimen.

Sin embargo, y a fin de apartar del análisis las conductas de autoría en comisión por omisión y quedarnos únicamente con las de participación, será necesario que; 1.º el superior al que alude el TPIY no ostente una competencia directa, sino indirecta sobre el riesgo, esto es, sobre aspectos que facilitan el delito; 2.º que el suceso lesivo no evitado integre un supuesto de participación y no de autoría; y 3.º que el superior no ostente las características necesarias para poder ser considerado autor (Garrocho Salcedo, 2016: 332-335) [11].

En segundo lugar, no es necesario que la comisión del delito esté condicionada por los actos del cómplice (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b: § 127). Aunque el Tribunal se ha referido en otras ocasiones a la simple ausencia de una relación de causalidad (Tribunal Penal Internacio-

[10] La necesidad de que la contribución en la complicidad fuese directa, además de sustancial, fue defendida por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su Proyecto de Crímenes de 1996 (Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, 1996: 21) y así fue seguida por la Sala de Primera Instancia II del TPIY en el Caso Tadic (citado en Ambos, 2005a: 166).

[11] La autora basa estas conclusiones en Silva Sánchez (2004: 123-124).

nal para la exYugoslavia, 2006: § 85), esto no es correcto si no entendemos esta relación como una *conditio sine qua non*. En este sentido, no exigir una relación causal, sin más matices, llevaría a no distinguir la complicidad consumada –se haya consumado o no el delito, pero al menos se haya comenzado a ejecutar– de aquellos actos que no constituyen más que una complicidad intentada o frustrada (Castillo Alva, 1997: 687-689 y 711-712) [12] y, sobre todo, no parece concordar con la necesidad de que la contribución sea «sustancial».

En tercer lugar, la conducta que fundamenta la complicidad puede realizarse sin que exista proximidad geográfica y antes, durante o después de que el acto principal haya sido realizado (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004b: § 47). Más concretamente, en la STPIY de Primera Instancia del Caso Aleksovski (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 1999b: § 62), el Tribunal afirma que:

«Puede, por ejemplo, consistir en proveer los medios para cometer el delito o prometer la realización de ciertos actos una vez que el delito ha sido cometido, lo cual es un comportamiento que puede claramente constituir de facto instigación o incitación a los autores del delito» [13].

En este caso, también conviene realizar una matización. Aunque la Jurisprudencia del TPIY y TPIR afirma la posibilidad de que el acto que fundamenta la complicidad acaezca después de consumado el delito, tendrá que existir algún tipo de promesa previa de actuación que instigue o aliente al autor. En caso contrario, al haberse consumado el delito en un momento anterior, no podría existir ninguna acción que fundamentase la complicidad. Esto es, no se podría asistir, alentar o prestar apoyo moral a la comisión del delito [14]. Y es que es por esto por lo que el TPIY en la cita anterior hace referencia a la promesa de «realización de ciertos actos una vez que el delito ha sido cometido».

Finalmente, el TPIY también ha sentado jurisprudencia en el hecho de que el acto de auxilio o instigación del cómplice puede no ser conocido por el autor debido al carácter accesorio de la complicidad (Tribunal Penal Interna-

[12] Tal y como menciona el autor, este razonamiento llevaría a considerar cómplice a quien, por ejemplo, le facilita las herramientas para realizar un robo con fuerza al autor, pero este finalmente encuentra la puerta abierta.

[13] La STPIY original reza lo siguiente en inglés: «*Participation may occur before, during or after the act is committed. It can, for example, consist of providing the means to commit the crime or promising to perform certain acts once the crime has been committed, that is, behavior which may in fact clearly constitute instigation or abetment of the perpetrators of the crime*».

[14] La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (1991: 98) ya discutió sobre este aspecto y llegó a la conclusión de que no puede apreciarse una complicidad *ex post facto* sin acuerdo previo. Sin embargo, también apuntaba que la discusión podría reducirse a que algunos defensores de esta posibilidad incluyeran dentro de la complicidad el encubrimiento (en el original, *harbouring a criminal*).

cional para la exYugoslavia, 1999a: § 229 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004a: § 102).

Pues bien, más allá de estos cuatro atributos de la contribución no necesaria y sustancial, no es posible delimitar con total exactitud cuál es el umbral para que sea considerada efectivamente «sustancial». En este sentido, la Corte Penal Internacional nos ofrece algunas pistas a través de casos concretos, pero no nos permite ir más allá de un análisis caso a caso (Ventura, 2019: 43-46) [15].

Lo primero a tener en cuenta es que la «contribución sustancial» se halla en un punto intermedio entre la «contribución esencial o necesaria» de la empresa criminal conjunta y la «contribución significativa» de la complicidad del artículo 25.3.d) ER que analizaremos posteriormente. Así, por un lado, es sencillo delimitar el umbral por arriba, pues la «contribución esencial o necesaria» de la coautoría exige que se tenga el control sobre la ejecución del crimen, mientras que en la «contribución sustancial» no se exige que la contribución constituya una *conditio sine qua non* (Corte Penal Internacional, 2014 § 473). Sin embargo, en lo relativo a la distinción entre la «contribución sustancial» y la «contribución significativa» la distinción es mucho más complicada.

En todo caso, a fin de no adelantarnos al análisis de la «contribución significativa» que se realizará en el epígrafe cuarto, únicamente vamos a destacar que, normalmente, si la contribución se acerca a lo entendido por acción neutral, esto es, a la actuación normal de ese mismo actor en su actividad cotidiana, resultará complicado que pueda ser considerada como «contribución sustancial», sobre todo si la actuación cotidiana del cómplice tiene poco que ver con la industria de guerra [16].

26.3.2 **Tipo subjetivo: test del conocimiento y test del propósito**

La vertiente subjetiva de la complicidad está constituida por el estado mental de quien realiza la acción de asistir o instigar a la comisión del delito

[15] Algunos de estos ejemplos han sido recogidos por Olásolo Alonso (2013: 666-667) e indican que, en los casos en los que existen dudas sobre si la contribución es sustancial, normalmente, el carácter de autoridad del sujeto cómplice llevará a afirmar el estatus de sustancial de dicha ayuda. Sin embargo, se puede contribuir sustancialmente sin ser autoridad.

[16] En este sentido, aunque posteriormente se realizará un análisis más en profundidad de esta postura, la Corte Penal Internacional, en su Sentencia de Primera Instancia del Caso Mbarushimana (Corte Penal Internacional, 2011: § 276-277) afirma se necesita un umbral mínimo para que conductas como las realizadas por cualquier proveedor de servicios, cualquier agricultor o cualquier contribuyente, referido a pagador de impuestos, no den lugar a una complicidad en crímenes internacionales. De acuerdo con esto, aunque, como decimos, más adelante en el epígrafe cuarto se matizará, se puede afirmar que las acciones neutrales se suelen hallar lejos de constituir contribuciones sustanciales.

principal. En este sentido, dos son las opciones que han manejado los diferentes tribunales internacionales a fin de determinar cuáles son los requisitos que, subjetivamente, se le deben exigir al cómplice, en el ámbito del artículo 25.3.c) ER. Por un lado, se encuentra el denominado «test del conocimiento» (*knowledge test*); mientras que, por el otro, tenemos el «test del propósito» (*purpose test*).

El «test del conocimiento» ha sido aplicado en la gran mayoría de ocasiones por casi todos los tribunales internacionales. Dos de los primeros casos donde se aplicó este test fueron el Caso *Zyklon B* (Tribunal Militar Británico, 1946), donde entiende que, aunque el propósito principal de quien vendía el gas utilizado en las cámaras de gas nazis no deseaba que se utilizase para asesinar, sino que buscaba un beneficio económico, al fin y al cabo, debía ser consciente de para lo que era utilizado; y el Caso *Einsatzgruppen* (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1949: 571), donde se entiende que un comandante nazi es cómplice por conocer las matanzas que estos grupos realizaban de manera sistemática.

Para estudiar en profundidad en qué consiste este *knowledge test*, más allá de lo mencionado en los dos casos anteriores, podemos acudir, al igual que hicimos en el análisis del tipo objetivo, a la Jurisprudencia del TPIY y del TPIR. Esta lo que exige, en primer lugar, es que el cómplice tenga conocimiento de que, con su acción, está contribuyendo al delito principal (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b: § 127). Esto es, debe conocer que su actuación constituye una contribución sustancial al crimen que perpetra el autor.

Sin embargo, esto no quiere decir que se tenga que perseguir el mismo fin que el autor. Aunque el cómplice puede, perfectamente, perseguir este mismo fin, esto se requiere únicamente en el caso de la coautoría y no en la complicidad (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004a: § 102 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2000: § 118).

Asimismo, no es suficiente con que el cómplice tenga conocimiento de que, con su actuación, se está facilitando la perpetración de crímenes. Debe conocer las características concretas del crimen que se está cometiendo o se va a cometer (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007a: § 127 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b: § 484). Así, por ejemplo, en el Caso Simic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2006: § 86), el TPIY afirma lo siguiente:

«El asistente o instigador debe estar al tanto de los elementos esenciales del crimen que se comete por el principal. En relación con el crimen de persecución, un delito con un propósito específico, debe estar al tanto no solo del crimen cuya perpetración está facilitando, sino también del propósito discrimi-

natorio de los perpetradores de ese crimen. No necesita compartir el propósito, pero necesita conocer el contexto discriminatorio en el cual el crimen se comete y conocer que su apoyo o instigación tiene un efecto sustancial en su perpetración. Sin embargo, no es necesario que el asistente o instigador conozca también el preciso delito que se pretende cometer o que, finalmente, se comete. Si está al tanto de uno de numerosos crímenes que probablemente serán cometidos, y uno de estos crímenes se perpetra, ha intentado facilitar la comisión de ese crimen, y es culpable como asistente o instigador [cómplice]» [17].

De esta manera, se concluye que se deben conocer aquellas características esenciales del crimen que se va a cometer y que, como en el caso que se acaba de citar, particularizan de una determinada manera al crimen en concreto, si bien, esto no quiere decir que el cómplice deba tener constancia de a qué delito, entre una pluralidad de los mismos del mismo tipo –en el caso que se acaba de citar, todos ellos crímenes contra la humanidad en su variante de persecución– se está ayudando. En otras palabras, no necesito saber a qué persona concreta mata la bomba que yo facilito, sino únicamente que con dichas bombas se están cometiendo crímenes contra la humanidad de una determinada modalidad.

Por otro lado, se encuentra el «test del propósito». Esta segunda opción para examinar el tipo subjetivo de la complicidad aparece del artículo 25.3.c) ER, el cual reza: «[…] con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice, o encubridor, o colabore de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión».

La problemática de este test parte del uso del término «propósito», lo cual parece indicar que el cómplice debe compartir la intención del autor del crimen, pues, en caso contrario, no desearía facilitar la comisión. Así las cosas, aunque el cómplice únicamente contribuya de manera no necesaria, sino únicamente sustancial a la comisión del crimen, debería hacerlo con la misma finalidad que el autor principal.

---

[17] La STPIY reza lo siguiente en inglés: «*The aider and abettor must be aware of the essential elements of the crime which was ultimately committed by the principal. In relation to the crime of persecutions, an offence with a specific intent, he must thus be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not share the intent, but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed and know that his support or encouragement has a substantial effect on its perpetration. However, it is not necessary that the aider and abettor knows either the precise crime that was intended or the one that was, in the event, committed. If he is aware that one of a number of crimes will probably be committed, and one of those crimes is in fact committed, he has intended to facilitate the commission of that crime and is guilty as an aider and abettor*».

Esta interpretación simple e intuitiva sobre el «propósito» del artículo 25.3.c) ER se ve reforzada por el hecho de que, en el apartado d) del mismo artículo, se hace referencia a la contribución a la comisión de un crimen, ya sea a sabiendas de que el grupo va a cometer dicho crimen, o con la intención de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo. De esta manera, debido a que el apartado d) diferencia entre: i) conocer –a sabiendas–; y ii) compartir la misma intención, se entendería que el «propósito» del apartado c) se está refiriendo a que la finalidad del cómplice debe coincidir con la del autor principal del crimen.

No obstante, en contrario podemos destacar tres líneas argumentativas diferentes. Una primera línea argumental afirma que, en contra de la interpretación sistemática realizada en relación con el apartado d) del artículo 25.3 ER, se puede aplicar una interpretación literal, más aconsejable de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena, que dispone que los términos de los tratados deben ser interpretados de acuerdo con el significado ordinario en su contexto y de acuerdo con su objeto y propósito. De esta manera, cuando el artículo 25.3.c) ER reza lo siguiente: «con el propósito de facilitar la comisión del crimen, sea cómplice, o encubridor, o colabore de algún modo» únicamente debe entenderse que el Estatuto habla de ostentar un propósito de facilitación, no un propósito de comisión del crimen [18], lo cual nos lleva a la eliminación de cualquier diferencia entre el test del conocimiento y el test del propósito [19].

En segundo lugar, otros académicos, entre los que se incluyen Piragoff y Robinson (2008: 531) o Stewart (2015), apuntan a la necesidad de realizar una interpretación sistemática, pero comparando el artículo 25.3.c) ER con el artículo 30.2 y no con el artículo 25.3.d) ER. Esto es así debido a que este artículo dispone dos formas de determinar la intencionalidad en relación con una consecuencia –la comisión de un crimen internacional–: 1.º el propósito de causarla; y 2.º la consciencia de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

En clara unión con esta segunda argumentación, aparece una tercera defendida por Ambos (1999: 10) en su posición de Delegado por Alemania en las negociaciones para la redacción del Estatuto de Roma. De acuerdo con este autor, la utilización del término «*purpose*» hallaría su justificación en la utilización de un concepto de «propósito» familiar para el *common law*. La prueba

[18] Esta interpretación es defendida por Triffterer y Ambos (2016), Weigend (2014), Steer (2014) o Bohoslavsky y Opgenhaffen (2009: 250-252), entre otros.

[19] De acuerdo con el test del conocimiento, el cómplice facilita la comisión del crimen sabiendo que este se va a cometer. Esto es, también realiza el acto de facilitación dolosamente.

de ello la hallamos en el artículo 2.6 del Model Penal Code estadounidense [20], el cual se halla redactado en idénticos términos al artículo 25.3.c) ER.

Y es que, la alusión al Model Penal Code nos aleja de la concepción del *purpose test* que antes se detallaba al definirse el «actuar con propósito» en el artículo 2.2 de la siguiente manera:

«Una persona actúa deliberadamente con respecto a un elemento material de un delito cuando: i) si el elemento se incluye en la naturaleza de la conducta o de su resultado, su objeto consciente encaja en la conducta con esa naturaleza o causa ese resultado; y ii) si el elemento incluye las circunstancias concomitantes, el sujeto está al tanto de su existencia o cree o espera que estas existan» [21].

Como se puede comprobar, el Model Penal Code incluye el conocimiento dentro del propósito con lo que no existiría diferencia entre el *knowledge test* y el *purpose test*. Así, aunque no parece existir confirmación oficial de este hecho –de que realmente se quisiera utilizar una concepción de «propósito» familiar para el *common law*–, más allá de la coincidencia en los términos utilizados mencionada, esta tercera línea interpretativa aporta más fuerza a la segunda.

No obstante, estas tres teorías abogan por una equiparación que parece no superar el obstáculo de la interpretación sistemática con relación al artículo 25.3.d) ER. Todas ellas defienden que los apartados c) y d) exigen exactamente lo mismo aun cuando usan términos diametralmente distintos, lo cual no parece tener demasiado sentido. Sin embargo, tampoco parece correcto adoptar la primera teoría mencionada defensora de una diferenciación «fuerte» entre el test del conocimiento y el test del propósito, pues el test del propósito quedaría para aquel que compartiese la misma finalidad que el autor, dejando impunes, si se optara por este –y tendría que ser este el aplicable en el ámbito de la CPI–, muchas conductas de contribución sustancial.

---

[20] El artículo 2.6 del Model Penal Code reza que una persona es cómplice en la comisión de un delito cuando: «a) con el propósito de promover o facilitar la comisión del delito: i) solicita a otra persona que lo cometa; b) ayuda o intenta ayudar a otra a cometerlo o planearlo; o iii) ostentando un deber legal de evitar la comisión del delito, no trata de evitarlo; o b) su conducta ha sido declarada como complicidad expresamente por Ley. En el original: «*with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he (i) solicits such other person to commit it, or (ii) aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it, or (iii) having a legal duty to prevent the commission of the offense, fails to make proper effort so to do; or (b) his conduct is expressly declared by law to establish his complicity*».

[21] El original en inglés reza lo siguiente: «*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 or he believes or hopes that they exist*».

En consecuencia, la única postura correcta deberá encontrarse entre ambas concepciones, es decir, la que proponga que ni existe una diferenciación tan intensa entre ambos tests, ni que ambos test son iguales. Pues bien, esta es la postura mantenida por Olásolo Alonso (2013: 670-674) y defiende que lo que el Estatuto viene a indicar es que la contribución sustancial debe ser en todo caso dolosa de primer grado, dejando impune la complicidad en dolo eventual o imprudente. Así las cosas, ese propósito de facilitación incluirá también el conocimiento de que el autor va a cometer el crimen en cuestión, pero no el conocimiento de probablemente se cometerá, lo cual nos llevaría hacia el dolo eventual.

26.3.3 **Aplicación al Caso Lafarge**

Así las cosas, teniendo en cuenta todo lo indicado, a continuación, se va a analizar si la conducta de la multinacional Lafarge –consistente, resumiendo, en el pago de sobornos y de un rescate, la compra de petróleo como materia prima y el abono de grandes cantidades a cambio de salvoconductos para sus mercancías, todo ello en relación con DAESH– es suficiente para afirmar una complicidad del artículo 25.3.c) ER en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Pues bien, aunque no es difícil entender que las acciones llevadas a cabo por la empresa han contribuido, a través de la inyección de dinero, a la pervivencia y desarrollo de DAESH, además de cumplir las cuatro características incluidas por la Jurisprudencia de los TPIY y TPIR, nos encontramos con el problema de que Lafarge ha realizado acciones que podrían ser consideradas neutrales en su devenir societario, exceptuando el pago del rescate que no daría lugar a responsabilidad penal, de acuerdo con el apartado d) del artículo 31.1 ER.

Si a esto le añadimos que la contribución no estaba dirigida a ningún crimen en concreto, sino que simplemente mejoraba los medios de los que disponía la organización, y que era una ayuda que podía haber sido prestada por cualquier otro actor, pues simplemente fue dinero y no cualquier otro bien escaso, no cabe duda de que la conducta de Lafarge se halla muy lejos de constituir una contribución sustancial. Así, aunque objetivamente la actuación de Lafarge supone una asistencia o ayuda (*aiding*), esta no es sustancial y, por tanto, impide afirmar que la multinacional sea cómplice en crímenes de guerra y contra la humanidad, al menos bajo el abrigo del apartado c) del artículo 25.3 ER.

Por otro lado, la conducta de Lafarge sí que cumpliría con los elementos subjetivos de esta complicidad. En todo momento, la multinacional es consciente de que el dinero que se le entrega a DAESH sirve para mejorar los me-

dios con los que esta organización cuenta para cometer los crímenes internacionales mencionados, tal y como se puede percibir de los correos electrónicos entre directivos de la compañía que se mencionan en el segundo epígrafe.

De todas maneras, es cierto que, al no tratarse de una contribución sustancial, resulta difícil concebir que sí que se cumpla el tipo subjetivo, pues la empresa tiene un conocimiento claro de que se está ayudando y de que dichos crímenes se seguirán cometiendo. Y es que, al fin y al cabo, el dinero como bien fungible nos complica entender cumplido el tipo subjetivo.

26.4 LA CONTRIBUCIÓN AL CRIMEN DEL ARTÍCULO 25.3.D) ER

Tras haber determinado que la conducta de la multinacional Lafarge no se puede incardinar en la complicidad del artículo 25.3.c) ER, resta analizar si los sobornos, la compra de petróleo y el pago de dinero a cambio de salvoconductos pueden fundamentar una contribución a los crímenes cometidos de guerra y contra la humanidad del tipo contenido en el apartado d) del mismo precepto.

Aunque en este artículo no se hace referencia a la complicidad, la conducta que en él se sanciona guarda una estrecha relación con la misma, ya que se le ha llegado a otorgar un carácter residual o de cláusula de cierre con respecto al apartado c) (Corte Penal Internacional, 2012b: § 999). De esta manera, aunque con algunas matizaciones, resulta correcto afirmar que en este nuevo apartado se penan contribuciones con una menor importancia o gravedad que las incluidas en el apartado anterior, por lo que deviene inexcusable examinar si la actuación de Lafarge puede sancionarse al abrigo de este artículo 25.3.d) ER.

26.4.1 **Tipo objetivo: contribución significativa**

Literalmente, el artículo 25.3.d) ER reza lo siguiente:

«Contribuya de algún otro modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.»

Así, tres son los requisitos clave de esta contribución a nivel objetivo. Primero, que se cometa o se intente cometer un crimen de los contenidos en los artículos 5 a 8 del Estatuto. Segundo, que exista un grupo o colectivo con un

plan o propósito delictivo común. Tercero, que se contribuya al crimen de una manera distinta a lo previsto en los apartados a) a c) del mismo artículo 25.3 ER.

Si bien en lo relativo al primero de los requisitos no existe polémica alguna, el hecho de que deba existir un grupo con un plan o propósito común delictivo nos plantea la duda de si el colaborador debe ser ajeno al grupo o si, por el contrario, puede formar parte también del grupo. En este sentido Cassese, en el papel de abogado defensor (Corte Penal Internacional, 2011: § 273) afirma que únicamente es posible que se trate de personas de fuera del colectivo porque, en caso contrario, nos hallaríamos ante una empresa criminal conjunta.

Sin embargo, este razonamiento es directamente refutado por la Corte (ibídem: § 274) afirmando que la postura de este autor llevaría a dejar impunes las contribuciones desde dentro del grupo que no estén basadas en el principio de autoridad. Y es que no cabe duda de que la Corte está en lo cierto. Al haberse entendido la coautoría de la empresa criminal conjunta en un sentido funcional, es decir, exigiendo el dominio del hecho por parte de los coautores, aquellos cuyas contribuciones no son esenciales, pero sí superiores a las sustanciales del apartado c) no recibirían pena alguna. Es por ello que de ninguna manera se exige que el que contribuye a la tentativa o comisión del crimen internacional deba ser ajeno al grupo, todo lo contrario, puede formar parte del mismo.

Finalmente, el tercero de los requisitos, relativo a que se contribuya de una forma diferente a las contenidas en los apartados a) a c), es el que más problemas ha generado tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia. La esencia del problema radica en las dificultades existentes para diferenciar el umbral de contribución necesario de la contribución sustancial del apartado c) del necesario en este caso, sin caer en la sanción de conductas de una gravedad nimia.

En este sentido, la Corte ha afirmado que el nivel de exigencia en la contribución va disminuyendo según vamos avanzado por los diferentes apartados del artículo 25.3, con lo que la contribución exigida en este apartado d) debe ser inferior a la del apartado c), esto es, se exige una contribución de menor gravedad o importancia que la contribución sustancial.

Asimismo, con el objetivo de no sancionar contribuciones que la Corte ha venido a calificar de «infinitesimales», es necesario fijar también un umbral por debajo. Este umbral deviene necesario para respetar el artículo 17.1 relativo a la necesaria gravedad de los asuntos competencia de la Corte y para no acabar sancionando contribuciones basadas en acciones de todo punto cotidianas (Corte Penal Internacional, 2011: § 277) [22].

[22] En palabras de la Corte, de nuevo, «sin algún nivel mínimo de asistencia, cualquier propietario, cualquier agricultor, cualquier prestador de servicios, cualquier secretario, cualquier conserje o incluso

De esta manera, a fin de diferenciar entre la «contribución infinitesimal» impune y la «contribución sustancial» que fundamenta el apartado c), la Corte ha dispuesto que la contribución necesaria en este apartado d) sea una contribución «significativa». Sin embargo, este calificativo no aporta nada concreto para poder determinar cómo debe ser entendida esta contribución exactamente. Así, al no conocer con precisión qué contribuciones son sustanciales y qué contribuciones son infinitesimales, resulta muy complicado afirmar, más allá del caso concreto, cuándo una aportación es significativa.

Por esta razón, la Corte, como decimos, en su Confirmación de cargos del Caso Mbarushimana (*ibidem:* § 284), ha optado, al igual que en la contribución sustancial, por una evaluación caso a caso, si bien, en este caso ofrece una serie de factores que ayudarían a determinar que una contribución es significativa, en contraposición al menos a la contribución infinitesimal. En otras palabras, a través de estos ejemplos, se determina si la aportación ostenta la gravedad suficiente para ser sancionada.

Los factores dispuestos por la Corte son cinco y son los siguientes: i) la naturaleza sostenida de la participación una vez que se conoce el propósito delictivo del grupo; ii) los esfuerzos realizados por el colaborador para prevenir el crimen o su eficaz consumación; iii) si el colaborador crea o simplemente ejecuta el plan; iv) la posición del colaborador en el grupo o con respecto al grupo; y v) y quizá el más importante, el rol ejecutado por el colaborador en relación con los crímenes cometidos.

Así las cosas, puede inferirse que, a mayor proximidad con respecto al grupo, a mayor continuidad en la colaboración y a mayor importancia dentro del plan del colectivo, mayores posibilidades de que la aportación realizada sea considerada significativa y, por tanto, sea sancionada a través del artículo 25.3.d) ER. Sin embargo, es sencillo entender que cualquier contribución que cumpla con alguno de los factores indicados podría ser perfectamente catalogada como sustancial, por lo que seguimos sin encontrar una sistemática para diferenciar entre las diferentes colaboraciones a la comisión de crímenes internacionales [23].

---

cualquier contribuyente que hace cualquier cosa que contribuye a la comisión de crímenes internacionales por parte de un grupo, satisfaría los elementos de la responsabilidad del 25.3.d) con su contribución infinitesimal a los crímenes cometidos». El original reza en inglés: «*without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes a group committing international crimes could satisfy the element of 25.3.d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed*».

[23] A más abundamiento, Olásolo Alonso (2013: 732) acude a la Jurisprudencia del TPIY para afirmar que otro criterio adicional para catalogar a una contribución como significativa consiste en que esta haga más eficaz o eficiente la comisión del delito. Sin embargo, además de que no permite distinguir

Tanto es así que la Jueza Fernández de Gurmendi, en su opinión discrepante a la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana (Corte Penal Internacional, 2012a: § 11-13) opta por dejar a un lado las diferencias en cuanto a los elementos objetivos de la contribución y determinar si debe quedar impune o no en base a si se trata de una acción neutral, pues, según la Jueza, el Estatuto de Roma, no alude en ningún momento a la gravedad de la contribución sino que hace referencia en su artículo 25.3.d) a las contribuciones realizadas de cualquier otro modo [24].

Lo que Fernández de Gurmendi realiza, en el fondo, es una diferenciación entre la gravedad de las contribuciones –a la que opta por no otorgarle ningún valor en atención al artículo 25.3.d)– y las acciones neutrales, y al mismo tiempo, una defensa de que la gravedad de la contribución dependerá del contexto. De esta manera, acaba exigiendo y, a su vez, renegando del argumento de la gravedad, así como determinando la gravedad de una contribución por su esencia y no por su contexto, aspecto que no contradice en ningún caso la opinión mayoritaria de la que la Jueza discrepa.

Así las cosas, consideramos oportuna la referencia a las acciones o contribuciones neutrales, si bien, no creemos que se halle en contraposición a los criterios dispuestos en la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana. En este sentido, consideramos que la teoría de las acciones neutrales puede servir para realizar una primera y previa evaluación a los criterios expresados en esta Confirmación de Cargos y, sobre todo, en relación con los requisitos primero y segundo de la misma –naturaleza sostenida de la participación y esfuerzos realizados para impedir la consumación–. No obstante, los tres últimos parecen proyectarse sobre acciones que no podrían describirse como neutrales –creación o ejecución del plan delictivo, posición del colaborador respecto al grupo y rol ejecutado en relación con los crímenes– [25].

Es por ello que, entendiendo la teoría de las acciones neutrales como un paso previo a analizar los criterios de la Corte, a continuación, vamos a anali-

---

dicha aportación de una contribución sustancial, tampoco parece clarificar la diferencia con la contribución infinitesimal, pues al fin y al cabo, cualquier contribución por pequeña que sea hace más eficaz o eficiente la comisión del esto. En otras palabras, hacer más eficaz o eficiente la comisión del delito es la esencia de la contribución.

[24] En este sentido, Fernández de Gurmendi considera que la ejemplificación de la Corte de que cualquier agricultor, contribuyente, etc. sería penado no es más que una reducción a lo absurdo y que, por otro lado, el umbral mínimo de gravedad del artículo 17.1 ER se refiere a la totalidad de los asuntos y no a las diferentes circunstancias dentro de los mismos.

[25] En este punto, pretendemos hacer ver que la teoría de las acciones neutrales no contradice lo afirmado por la Corte en la Confirmación de cargos del Caso Mbarushimana, si bien, resulta de todo punto insuficiente.

zar las diferentes posiciones de la Doctrina a este respecto [26]. En este sentido, se puede entender como «acción neutral», de acuerdo con Gramática Bosch (2009: 2): «aquella conducta que, conforme en si misma con el ordenamiento jurídico, es aprovechada por una tercera persona para llevar adelante un ilícito penal».

Como bien arguye Robles Planas (2015: 1-2), se trata de conductas estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o una posición social o profesional que tienen un efecto causal favorecedor con respecto a la comisión de un delito. Debido, precisamente, a esta correspondencia con una posición social o profesional, la Doctrina ha desarrollado diversos límites a su punición. Estos límites pueden ser clasificados en límites de carácter subjetivo y límites de carácter objetivo.

Por un lado, los límites subjetivos pasan por exigir al que ayuda a la comisión del delito un conocimiento cierto de que su contribución se utilizará para ello. En este sentido, puede destacarse a Roxin [27] que establece el límite utilizando los conceptos de dolo directo y dolo eventual, rigiendo para este último el principio de confianza por el que contribuye puede esperar que su conducta no sea aprovechada para la comisión de un delito. Asimismo, esta posición es equiparable a la defendida por Ambos (2001), quien argumenta que una vez que el que ayuda conoce que su contribución favorecerá la comisión de un delito, esa conducta ya no es adecuada socialmente y tiene un sentido plenamente delictivo.

Estas posiciones han sido criticadas ampliamente por su vaguedad y, sobre todo, por la excesiva importancia de los aspectos subjetivos sobre los objetivos, acercándose a posiciones de Derecho penal de autor y no de hecho (Weigend, 2002: 201-202), donde, además, se acabaría favoreciendo la ignorancia deliberada por cuanto el que no se hubiera preocupado de saber resultaría impune. De esta manera, y por contraposición, las posiciones objetivas se centran en fijar la punición o no de las acciones neutrales según el conocimiento que debiera tener el colaborador y no según el que efectivamente tuviera.

En este sentido, Jakobs (1997: 202 ss.) habla de una prohibición de regreso, por la que, en una determinada posición o circunstancias, se entiende que el colaborador debía conocer la futura comisión del delito en cuestión. Asimis-

[26] El estudio de las acciones o contribuciones neutrales coincidirá en gran parte con lo que posteriormente se estudiará en el tipo subjetivo. En consecuencia, este análisis podría incluirse tanto en el tipo objetivo –tal y como hemos realizado– o en el tipo subjetivo. No obstante, consideramos que es más conveniente incluirlo en este apartado pues si se trata de acción neutral, ya no puede fundamentar una contribución significativa. Esto demuestra la coherencia de tratar las acciones neutrales para determinar si la contribución del artículo 25.3.d) ER es punible.

[27] Citado en Weigend (2002: 201).

mo, Welzel hace referencia a la adecuación social de la conducta [28], aspecto que Hassemer utiliza para fijar el punto clave en la adecuación de la conducta, pero no ya social, sino profesional [29]. En este sentido, también Robles Planas (2015: 2) mantiene una posición muy similar al fijar la justificación de la punición de la acción neutral en la existencia de una posición de garantía por parte del que contribuye. Sin embargo, estas teorías mantienen multitud de zonas grises, esto es, al igual que las subjetivas, pecan de una excesiva gravedad que nos permite superar el ejemplo concreto y establecer un criterio general.

En todo caso, las críticas a ambas posiciones no nos crean ningún problema, pues podemos apoyarnos tanto en teorías subjetivas como objetivas para afirmar que la conducta de Lafarge no es una acción neutral. No obstante, este examen se detallará más adelante.

26.4.2 **Tipo subjetivo: contribución intencional con al menos conocimiento**

De la lectura del precepto, se extraen dos elementos subjetivos clave en esta contribución, de alguna forma, residual del apartado d) del artículo 25.3 ER. Por un lado, se exige que la contribución sea intencional y, por otro lado, es necesario que se realice a fin de que se cometa el crimen o se lleve a cabo el propósito del grupo o, al menos, que se contribuya con conocimiento de la intención del grupo de cometer dicho crimen.

La única dificultad reseñable en el análisis de este tipo subjetivo aparece en la identificación de dos objetos diferentes sobre los que se proyecta la volición del cómplice. Así, por un lado, de acuerdo con la Corte en la Sentencia de Primera Instancia del Caso Katanga (Corte Penal Internacional, 2014: § 1638), la exigencia de que la contribución sea intencional se refiere a que el acto físico de la contribución, esto es, la acción mediante la que se contribuye sea voluntaria. Es decir, que el acto a través del cual se ayuda a la comisión del crimen sea doloso.

Por otro lado, la posición del que contribuye con respecto al propósito del grupo se incluye en el segundo párrafo y, al contrario que en el apartado c), y siendo más coherente con la idea de «propósito» que se maneja en el artículo 30 ER, se exige o querer llevar a cabo el crimen o el propósito delictivo del grupo o, subsidiariamente, conocer la intención delictiva del grupo.

---

[28] Cfr. Cancio Melia (1993: 700).
[29] Cfr. en Gramática Bosch (2009: 7-8).

En caso contrario, se estaría entendiendo que el hecho de que la contribución debiera ser intencional se refiere a que se quiera contribuir al propósito delictivo del grupo, lo cual simplemente reiteraría lo mencionado en el segundo párrafo y haría su lectura mucho más complicada (Corte Penal Internacional: 2011: § 288).

Así las cosas, aunque pudiera parecer que el tipo subjetivo de esta contribución funciona como una cláusula de cierre del apartado c) al no exigir en ningún momento el propósito de facilitación del crimen, sino únicamente el conocimiento de que se cometerá, esto no es cierto. Tal y como se ha explicado en el epígrafe 3.2, no existe una diferencia «fuerte» entre el test del conocimiento y el test del propósito, por lo que el *aiding or abetting* del apartado c), en lo que se entiende que el tipo subjetivo de ambos apartados, es similar, si bien, mejor formulado en el apartado d). De esta manera, es la naturaleza de la contribución y la existencia de un grupo lo que diferencia ambos tipos de complicidad.

26.4.3 **Aplicación al Caso Lafarge**

Como ya indicamos en el apartado 3.3, las actuaciones realizadas por Lafarge susceptibles de fundamentar una complicidad en crímenes contra la humanidad y de guerra no ostentan el carácter de contribución sustancial. Asimismo, a fin de determinar con claridad el ámbito de análisis, cabe recordar que en el punto anterior se ha concluido que el tipo subjetivo de la contribución del apartado c) es similar al del apartado d), por lo que lo damos por cumplido al actuar Lafarge con conocimiento de que DAESH venía cometiendo los crímenes que aquí se estudian y al resultar dolosa su contribución –refiriéndonos aquí al propio acto de contribuir–.

Esto determina que, a continuación, únicamente vayamos a determinar si dichas conductas pueden ser consideradas contribuciones significativas o si, por el contrario, deben incardinarse dentro de las contribuciones infinitesimales que, sin duda alguna, resultan impunes.

En este sentido, y comenzando por analizar si la conducta de Lafarge puede incardinarse dentro de las denominadas acciones neutrales, se determina que, de acuerdo con las teorías subjetivas, la conducta no es neutral. Lafarge conocía en todo momento los crímenes de guerra que estaba cometiendo DAESH y que el dinero y el cemento que se les entregaba sería usado en dichos crímenes, pues estos eran su propósito principal. Asimismo, por otro lado, la conducta analizada tampoco puede ser entendida como neutral de acuerdo con las teorías objetivas, pues no es adecuada social ni profesional-

mente, por cuanto DAESH había sido declarada terrorista, y además Lafarge debía conocer, pues era *vox populi*, los crímenes que esta organización cometía.

Así las cosas, al no tratarse de una acción neutral, debemos acudir a los criterios establecidos por la Corte en la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana a fin de aportar una conclusión concreta. En este sentido, no podemos concluir que la conducta de Lafarge pueda ser considerada como una contribución significativa pues, aunque se mantiene en el tiempo y no se realiza ninguna acción dirigida a evitar la comisión de los crímenes internacionales que aquí se tienen en cuenta, no se ostenta ningún papel relevante en la ideación o comisión de los crímenes, no se forma parte del grupo y el rol con respecto a dichos crímenes no supera al de un mero agente que no puede hacer ni deshacer con respecto a la comisión de los mismos.

Por todo ello, al cumplirse únicamente dos criterios de los cinco que dispone la Corte como indicadores de la complicidad del artículo 25.3.d) ER, siendo precisamente los que se niegan los que permiten situar a Lafarge en un lugar muy lejano a dicha organización terrorista, no podemos sino concluir que Lafarge no puede ser considerada cómplice de los crímenes contra la humanidad y de guerra cometidos por DAESH.

26.5 CONCLUSIONES

Como se ha podido percibir a lo largo de todo el texto, la compraventa de petróleo, el abono de sobornos y la adquisición de salvoconductos para poder seguir exportando el cemento de Lafarge con respecto a DAESH crean muchas dudas en cuanto a si pudieran fundamentar una complicidad en crímenes de guerra y contra la humanidad, no solo de acuerdo con la Justicia francesa, sino ante la Corte Penal Internacional.

Es por ello que, al hilo de este caso, hemos estudiado en profundidad tanto la complicidad del artículo 25.3.c) ER, como de su apartado siguiente, el 25.3.d) ER y de ahí hemos concluido que no existe base para apreciar la complicidad del primero de dichos apartados pues, aunque se cumple el tipo subjetivo −entendiéndose que existe una diferenciación débil entre el test del conocimiento y el test del propósito−, la colaboración prestada por Lafarge a DAESH no llega al punto de poder ser considerada como sustancial, con lo que no se cumple el tipo objetivo de esta complicidad.

Asimismo, se ha determinado que la contribución de Lafarge tampoco puede ser considerada significativa, con lo que no se cumple el requisito del tipo objetivo del artículo 25.3.d) ER. Por tanto, la ayuda de Lafarge a la co-

misión de crímenes internacionales por DAESH pasa a considerarse infinitesimal.

Con todo ello, y a modo de cierre, aunque se ha concluido que la conducta de Lafarge no daría lugar a una complicidad en un crimen internacional –teniendo en cuenta, en todo caso, que la Corte no prevé la punición de las personas jurídicas–, se han fijado los criterios a estudiar en la multitud de casos existentes en relación con la actuación de muchas otras empresas en multitud de conflictos bélicos. De esta manera, se abre la puerta a potenciales futuras investigaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en violaciones de Derechos Humanos.

27. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS «GRANDES MARCAS» POR LA EXPLOTACIÓN LABORAL EN LOS TALLERES TEXTILES CLANDESTINOS DE ARGENTINA

Patricia Gallo [1]
Universidad de Buenos Aires

27.1 INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS TALLERES TEXTILES CLANDESTINOS

En Argentina existen aproximadamente 30.000 talleres textiles clandestinos (TTC), 5.000 de ellos en Buenos Aires, «escondidos en el paisaje de la ciudad». Estos talleres no se vinculan solo al comercio informal, sino que producen casi el 80 % de la indumentaria total en Argentina y su mano de obra está compuesta principalmente por migrantes irregulares bolivianos, que muchas veces son objeto del delito de trata de personas con fines de explotación laboral [2].

[1] Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

[2] Arcos, M., «Costureros y bolivianos. Aproximaciones actuales sobre la importancia de la articulación identidad y trabajo en la industria de la indumentaria en Argentina», ponencia presentada en la Reunión de Antropología del Mercosur (RAM-2013), p. 3; la misma, en «Talleres clandestinos: el traspatio de las "Grandes Marcas". Organización del trabajo dentro de la industria de la indumentaria», *Cuadernos de Antropología*, núm. 10, 2013, p. 333; Montero, J./Abalo, E., «Trabajadores de talleres clandestinos en Buenos Aires. Economía política de la trata de personas en un país periférico», *Boletín GeoEcon*, núm. 1, año 2016, *boletingeoecom.wordpress.com,* p. 69. Se estima que el 25 % de la problemática del trabajo con fines de explotación se da en los talleres textiles clandestinos; tres de cada cuatro trabajadores del sector no están registrados. Los inmigración boliviana de víctimas del delito de trata en Argentina, se estiman entre 100 y 130.000 (Benencia, R., «El infierno del trabajo esclavo: La contracara de las exitosas economías étnicas», *Avá*, Vol. 15, 2009, pp. 53 ss.). Ver también, «La esclavitud en los tiempos de la cultura fashion», Diario *El Tribuno*, 11/5/2015.

Normalmente los TTC se instalan en propiedades viejas, deterioradas por la humedad, sin servicios de agua corriente ni gas, con un tendido eléctrico precario, sin disyuntores ni llaves térmicas, generando riesgo de electrocución y de incendio [3]. Además, en condiciones de hacinamiento e insalubridad que potencian los riesgos de enfermedades (sobre todo afecciones pulmonares) [4]. Por otra parte, no solo no existen salidas de emergencia, sino que muchas veces el único medio de evacuación está cerrado y encadenado desde afuera, bajo llave, por el dueño del taller [5]. Es común que en estos talleres se tapien con muros de ladrillos, las ventanas que dan a la calle para que desde el exterior no se evidencie la existencia de esta actividad ilegal. De ese modo, al no tener ventilación, se potencia el riesgo de contraer tuberculosis [6].

En general, los costureros bolivianos viven, trabajan y crían a sus hijos en el taller, donde son sometidos a extensas jornadas de labor (16 horas o más), salarios irrisorios, restricciones de libertad para entrar y salir del taller, retención de pasaporte, llegando a configurar en muchos casos trabajo esclavo (reducción a servidumbre por deudas).

Sería un error analizar el problema de la explotación laboral en los TTC solamente como producto de conductas desviadas individuales (particularmente empresariales). Los talleres textiles clandestinos son una situación estructural que requiere un abordaje completo, que incluya desde las condiciones de vida y trabajo en ellos, hasta la reestructuración de la industria de la moda en las últimas décadas, pasando por el rol del Estado y los cambios en la relación capital/trabajo –es decir, cómo cambió la industria confeccionista en la transición del fordismo al neoliberalismo y como influyó esto en las condiciones laborales. Esta realidad argentina es expresión de una manifestación mayor (a nivel mundial), donde la producción textil se ha trasladado desde grandes fábricas a países periféricos con mano de obra esclava [7].

---

[3] Goldberg, A., (dir), «Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: factores de riesgo e impacto en la salud/enfermedad de los trabajadores», Conicet, 2011, www.srt.gob.ar, pp. 86/87.

[4] *Idem*, p. 83.

[5] *Idem,* p. 85.

[6] *Idem,* p. 95, nota 35. Hay una histórica relación entre el trabajo de confección textil y esta enfermedad. En 1912, el 32,7 % de la mortalidad de mujeres ocupadas en la industria de la vestimenta se debía a la tuberculosis, un índice que doblaba al de la mortalidad tuberculosa promedio (*ibidem*).

[7] Montero, J., «Discursos de moda: ¿cómo justificar la explotación de inmigrantes en talleres de costura?», *Trabajo y Sociedad,* Núm. 23, Santiago del Estero., 2014, p. 112. La flexibilidad laboral es la principal consecuencia de la nueva dimensión adquirida por el mercado laboral caracterizado por el modelo «post fordista» que crea mejores condiciones para la libre empresa. Esta situación deriva en la aprobación por el Estado de normativas laborales desproteccionistas, con una pérdida considerable de derechos laborales. La imposición de condiciones precarias a los trabajadores alcanza la condición de objetivo prioritario para un mercado global que únicamente atiende a aquellos sujetos que adquieren –a su modo

27.2 LA TRANSFORMACIÓN DE LA INDUSTRIA TEXTIL

El origen de los TTC está asociado con una estrategia llevada a cabo por las compañías de moda –a nivel internacional–, para hacer frente al estancamiento e inestabilidad económica de fines de los años setenta. Los principales industriales textiles buscaron expandir sus mercados, adquirir mayor flexibilidad y recortar costos laborales, invirtiendo mayores recursos en marketing –tratando de captar el mercado de las mujeres jóvenes y las que pedían ropa de buen diseño, pero más baratas–. En este esquema –que direccionaba a una masificación de la moda–, las mayores inversiones en publicidad presionaron los costos de mano de obra hacia abajo. Así, las grandes compañías iniciaron una profunda reorganización de sus negocios a través de la *tercerización:* redujeron las operaciones en sus propias fábricas y subcontrataron las fases de mano de obra intensivas a subcontratistas ubicados tanto en países periféricos como en barrios periféricos de las grandes ciudades. Desde entonces, las compañías casi no invierten en grandes fábricas [8].

Con la crisis del fordismo a comienzos de los años setenta, los fabricantes de ropa se vieron afectados por la presión competitiva y el estancamiento económico, frente a ello adoptaron como estrategia convertirse en *marcas* o sea, en «fabricantes sin fábricas», desligándose de organizar la producción. A partir de ese momento, la publicidad y el local fueron considerados una inversión, pero la confección de la ropa como *un costo*. Con esa lógica, la tercerización como práctica común permite a los empresarios evadir responsabilidades legales por las condiciones y accidentes de trabajo y la transferencia del riesgo empresario de la marca/confeccionista al tallerista, y de este al trabajador, al no afrontar costos laborales en momentos de bajas ventas (la existencia de dos

---

de ver–, la condición de ciudadanos a la vista de los intereses de la economía global, esto es los *consumidores*. El resto, o sea las personas que carecen de disponibilidad económica para integrarse en un sistema económico caracterizado por la inmediatez, liviandad y automatismo en el consumo, desprovistos ahora de cualquier medida proteccionista estatal, están abocados a ser instrumentalizados como medios para la producción de bienes al menor coste posible, flexibilizando al máximo sus derechos. Junto a la flexibilización laboral, el mercado global que precisa de productos a bajo coste, se nutre de un segundo factor, el colectivo de personas que se ubican en un eslabón inferior al de los trabajadores, al carecer de cualquier tipo de derecho o condición laboral: es el colectivo de extranjeros objeto de trata de personas. La producción a bajo coste solo se concibe a través de la instrumentalización de aquellos sujetos que el sistema excluye del mismo y que son reducidos a mercancía dentro de la economía global, a través del delito de trata (Pérez Machío, A., «Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 377/80).

[8] Montero, J., *Trabajo y Sociedad,* núm. 23, Santiago del Estero, 2014, pp. 110 ss.

a tres meses de baja actividad cuando no se está produciendo para las temporadas –otoño y primavera–)[9].

Si en los noventa la industria textil fue desmantelada como resultado del ingreso masivo de importaciones, favorecido por la convertibilidad peso-dólar, tras la crisis (año 2001), el fin de la paridad cambiaria y la devaluación del peso[10], la industria se revitalizó, pero sobre nuevas bases: *tercerizando su producción en pequeños talleres cuya mano de obra es cubierta por migrantes bolivianos*[11].

En efecto, «la existencia de grandes cantidades de inmigrantes, que tienen negado el acceso a la economía formal mediante la segmentación laboral racial es elemental para el desarrollo de enclaves étnicos en los que las leyes laborales son violadas a diario»[12].

La mayor parte de la ropa confeccionada en Argentina se produce en talleres informales. En términos macroeconómicos, la productividad de esta industria se ve muy afectada por este tipo de organización. El tiempo de producción que requiere una prenda hecha en estas condiciones supera ampliamente al tiempo necesario al de producirla en una fábrica registrada, con obreros capacitados, maquinaria adecuada y sin tiempos muertos de traslados. Es decir,

---

[9] Montero, J., «Los "talleres clandestinos" y el funcionamiento de la industria de la indumentaria: El gobierno de la cadena productiva», disponible en: *www.mpf.gob.ar*, pp. 4 ss; Montero, J./Abalo, E., *Boletín GeoEcon*, núm. 1, año 2016, *boletingeoecom.wordpress.com,* p. 71.

[10] La Ley de Convertibilidad del Austral, Ley 23.928, fue decretada en marzo de 1991 durante el gobierno de Carlos Menem (1989/1999), y estuvo vigente durante casi once años hasta su derogación en enero de 2002. Establecía a partir del 1 de abril de 1991 una relación cambiaria fija entre la moneda nacional y la estadounidense, a razón de 1 dólar estadounidense por cada 10.000 australes o posteriormente un Peso convertible. En cuanto a la industria, el proceso de desindustrialización fue el fenómeno peculiar de los años noventa ya que durante ese período se registra una pérdida de incidencia del valor agregado industrial en el generado por el conjunto de la economía durante la cual disminuyen un 15% el número de establecimientos y se expulsa la cuarta parte de la mano de obra sectorial. Además del desempleo y la desindustrialización, nuevos factores comenzaron a aquejar a la economía a partir de 1995: las empresas multinacionales giran utilidades y dividendos hacia sus casas matrices, mientras que muchas empresas locales, aprovechado el contexto internacional favorable, se habían endeudado en dólares, lo que provocó una mayor presión sobre la balanza de pagos, que se volvió deficitaria. Para cubrir esta brecha la única opción viable para el gobierno, dentro de los márgenes de la convertibilidad, era endeudarse en moneda extranjera, por lo tanto, el desequilibrio externo del sector privado debió ser compensado por el propio Estado. La producción nacional vio destruida su competitividad ya que resultaba más barato importar una cierta máquina de manera íntegra que fabricarla en el país. Con la convertibilidad, que continuó con el gobierno de Fernando De la Rúa (1999/2001), el desempleo pasó del 6,9% al 25,4% en una década. La devaluación de la moneda de Brasil (real) en 1999, aceleró la presión deflacionaria en el conjunto de la industria, especialmente la automotriz. La Argentina entró en una severa recesión en 1998; el inicio de una crisis que duraría cuatro años y daría paso a una depresión que desembocó en la gran crisis de 2001 y la honda deslegitimación social del régimen y de sus referentes políticos, que generaron las movilizaciones de aquel diciembre caliente de 2001 y los meses que siguieron (derrocamiento del gobierno de De la Rúa).

[11] Gago, V., «La Salada: un caso de globalización desde abajo?» *Nueva Sociedad* Núm. 241, septiembre/octubre de 2012, www.nuso.org, p. 66.

[12] Montero, J., *Trabajo y Sociedad,* Núm. 23, Santiago del Estero., 2014, p. 111.

producir ropa en un taller informal, en una cadena productiva que es en realidad un «largo pasamanos de prendas a medio hacer», tiene un costo mucho mayor al que tendría producir en un taller propio y en condiciones. Sin embargo, la tercerización a talleres clandestinos permite que ese costo sea pagado por el obrero costurero sometido a largas jornadas de trabajo y salarios muy por debajo de la escala salarial que corresponde al sector [13].

Este modo de producción basado en el trabajo no registrado en su dimensión actual ha sido posible con un Estado ausente, que con sus omisiones ha liberado el camino de los grandes fabricantes.

Según el panorama descrito, las empresas de confección de ropa han llegado a ser una de las actividades económicas más globalizadas. Han impuesto estrategias de producción flexible que han generado la ruptura de relaciones laborales estables, dando paso a la subcontratación como nuevo esquema en el manejo de la fuerza de trabajo. A través de esta, se implanta una *relación triangular entre empresa −marca−, el subcontratante y el trabajador.* De ese modo se desdibuja la figura del empleador, dificultando la identificación del actor responsable de negociar y dar cumplimiento a los derechos laborales, marcando claramente la precarización y desprotección de la fuerza de trabajo [14].

27.3 LA CADENA DE PRODUCCIÓN/EXPLOTACIÓN TEXTIL

El reparto de las ganancias en la secuencia productiva textil refleja con claridad las jerarquías existentes en su interior. Más que responder al valor agregado por cada eslabón, la apropiación de las ganancias en esta industria responde directamente a la capacidad de negociación de los actores intervinientes [15].

Dentro de esta cadena de producción/explotación, pueden distinguirse los siguientes «eslabones»:

Por un lado, los grandes empresarios textiles (marcas reconocidas o «fabricantes sin fábricas») que no concurren a los talleres, pero ostentan el *poder disciplinador* en la cadena y fijan las reglas del juego, determinando qué y

[13] Montero, J., *www.mpf.gob.ar,* pp. 8 ss.

[14] Añez Hernández, C., «Las estrategias de flexibilización laboral en las empresas de confección de ropa», *Revista de Ciencias Sociales*, v. 12, núm. 3, Maracaibo, 2006, p. 546.

[15] Montero, J., *www.mpf.gob.ar*, pp. 8 ss.

cómo producir y decidiendo unilateralmente los precios pagados por prenda; habitualmente montos inferiores a los exigidos por la legislación vigente [16].

En segundo término, los titulares de los talleres clandestinos o talleristas, quienes ejecutan de mano propia tanto la *captación* como la *explotación* de los migrantes. En general, los talleristas son también ciudadanos bolivianos (que a su vez han sido ya «explotados» en otros talleres); *la connacionalidad con la víctima «captada», es un elemento esencial en el éxito la captación* [17].

Entre el pequeño tallerista a fason [18] que trabaja en su casa con su familia y el tallerista con varios talleres, hay un gradiente, pues a medida que la dinámica del negocio le permite al tallerista ir separándose de la producción y orientarse más a la organización de uno o más talleres y también a la comercialización, el rol de «empresario independiente» se va cristalizando [19]. Como puede observarse, no se trata de una cadena con eslabones «estáticos».

En el año 2006, el incendio en un taller (por sobrecarga eléctrica) provocó la muerte de cinco niños y una joven embarazada; estaba habilitado para funcionar con cinco operarios, pero vivían hacinadas y eran explotadas, unas 60 personas. Fue el caso que destapó la problemática de los talleres textiles clandestinos y generó una rápida reacción del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, que en apenas 10 días clausuró 130 talleres. Una fuerte presión de la sociedad y de movimientos sociales fue ejercida sobre el Estado para el combate de lo que se mediatizó como «trabajo esclavo en los talleres textiles informales». Así, en 2008 se aprobó la primera ley de trata de personas (modificada luego en 2012). [20]

A partir de ese momento esta situación es alcanzada por la justicia penal, sin embargo, el tratamiento judicial de los casos de talleres textiles clandesti-

---

[16] Bentolila, C., Donadi, L., y Perín, H., «El empleo en el sector textil de indumentaria», Matta/Magnano (coord.), *Trama productiva urbana y trabajo decente. Estrategias para la cadena productiva textil de indumentaria en áreas metropolitanas*, Buenos Aires: Oficina de País de la OIT, 2011, p. 124. El poder disciplinador se incrementa, además, por la potencial competencia de productos importados, frente a la cual la producción local es poco competitiva (*ibídem*).

[17] Los talleres informales y clandestinos: el actor más numeroso de la cadena. Dentro de su amplio universo existe un abanico de condiciones laborales, que van desde la falta de registración laboral hasta la trata de personas con fines de explotación laboral, trabajo forzoso y reducción a servidumbre. En general se trata de talleres de entre 4 y 10 trabajadores (Montero, J., *www.mpf.gob.ar*, p. 2).

[18] Fason: es un término utilizado en el ámbito industrial para señalar la manufactura de un producto por mandato de un tercero, dueño de una marca, en el cual este puede proveer de las materias primas e insumos que son necesarios para la misma.

[19] Montero, J., *www.mpf.gob.ar,* pp.3/4.

[20] Gago, V., «El taller textil como excepción: tres argumentos para su (in)visibilidad», disponible en: *ri.conicet.gov.ar*, pp. 105/6. El incendio se produjo en el taller textil ubicado en la calle Luis Viale (Ciudad Autónoma de Bs. As.) y se originó por una sobrecarga producida por una instalación eléctrica defectuosa en el local. El lugar funcionaba con 37 máquinas de costura instaladas, ocupadas por personas que trabajaban cumpliendo tareas desde las 8 hasta las 20 y que también vivían en el taller.

nos está lejos de ser el adecuado. En efecto, uno de los problemas generados consiste en que la investigación penal solo se concentra en la conducta del tallerista o explotador directo, pero no avanza sobre la responsabilidad de la marca que, aunque trata de *invisibilizarse*, forma parte y sin duda tiene responsabilidad, en la cadena de explotación.

Desde esta óptica, hay que destacar los esfuerzos de las marcas para no dejar rastros en el taller que subcontratan –con cuyo allanamiento se inicia siempre la causa penal–. A pesar de suministrar al tallerista los cortes de tela, y otros insumos como botones o accesorios, la «regla de oro» es que las etiquetas con el nombre de la marca no llegan al taller [21].

La marca utiliza múltiples estrategias para posicionarse como ajena a la organización del proceso productivo. Así, para reducir los riesgos de denuncia por explotación laboral, recientemente los empresarios han incluido un nuevo eslabón en la cadena: intermediarios registrados e incluso con cierta capacidad de producción, es decir las llamadas «fábricas pantallas», que puedan ser presentadas por las marcas como proveedores «en blanco» que ocultan la informalidad aguas abajo ante las autoridades. De este modo, también pueden culpar al intermediario en caso de que se detecten prendas de la marca en el taller, aduciendo que la subcontratación se realizó con el *desconocimiento de la empresa* [22].

Sin embargo, es difícil sostener el desconocimiento de los empresarios sobre las condiciones reales de producción, puesto que muchas veces es evidente la contradicción entre la infraestructura de las fábricas e intermediarios y los elevados niveles de producción y márgenes de ganancia obtenidos [23].

En ese sentido, la determinación de la responsabilidad de la marca requiere de una evaluación de la capacidad productiva de la fábrica pantalla. Al pedido de una determinada cantidad de prendas en un plazo dado y bajo las especificaciones técnicas provistas, corresponde una cantidad y variedad de maquinaria y de mano de obra específicas. Si la fábrica no cuenta con ellos, esos procesos son evidentemente tercerizados [24].

Aunque estos problemas probatorios complican desvelar la identidad de la empresa contratista, no son el principal escollo que impide avanzar penalmente hacia la «cabeza» del proceso productivo textil. Creo que lo esencial radica en la ausencia de una *perspectiva panorámica de la cadena de explota-*

[21] El hallazgo de las etiquetas con el nombre de la marca en los talleres allanados es la prueba más directa que permite llegar al empresario. Luego de los primeros allanamientos (cuando comenzó la judicialización de los casos de TTC) donde se incautaron etiquetas, las marcas decidieron comenzar a pegar sus etiquetas a la prenda terminada, en sus propios locales y no enviarlas al taller para no dejar pistas.

[22] Montero, J., *www.mpf.gob.ar*, pp. 5 ss.

[23] Arcos, M., *Cuadernos de Antropología*, núm. 10, 2013, pp. 333 ss.

[24] *Ibidem*.

*ción***.** En este sentido, según la praxis judicial, el caso se considera «resuelto» cuando se imputa el delito a quien está en el centro de la escena y tiene a cargo personalmente a los costureros, esto es, al tallerista o explotador directo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, aunque los titulares de las marcas permanecen en sus locales de venta mientras los migrantes son explotados, ello no quiere decir sean ajenos porque no hay una «mera relación comercial» entre la marca y el taller, sino una verdadera relación *laboral de tercerización;* es decir, un *vínculo productivo*. Las marcas proveen de materia prima –y en muchos casos los medios de producción–, contando con mayor poder de determinación sobre el precio de la fuerza de trabajo, la organización en el taller, la modalidad de pago y los niveles de producción [25].

27.4 RESPONSABILIDAD LABORAL DE LA MARCA EN LA CADENA DE EXPLOTACIÓN

Luego del allanamiento judicial a un TTC y cuando la investigación penal se realiza *adecuadamente*, se puede llegar hasta el titular de la marca que tercerizó la producción mediante esta modalidad de «economía subterránea», quien intentará seguramente, desentenderse de la situación «puesta al descubierto». En efecto, según el slogan *«marcas sí, productos no»* que lidera la industria textil y que ha fortalecido el marketing y la comercialización en detrimento de los procesos productivos, el discurso empresarial apunta a que el rol de las marcas se limita a oficiar sociedades comercializadoras, desligadas de las responsabilidades en la organización de la producción [26].

Sin embargo, este razonamiento contradice lo establecido por dos instrumentos normativos que permiten sostener la responsabilidad de las marcas frente a la explotación de los trabajadores y siniestros producidos por las condiciones laborales ilegalmente peligrosas en el taller informal (ello, a pesar de que los contratos entre marca y taller sean verbales) [27]. Esas normas son: la

---

[25] *Ibidem.*

[26] Arcos, M., *Cuadernos de Antropología*, núm. 10, 2013, pp. 333 ss.; Montero, J./Abalo, E., *Boletín GeoEcon*, núm. 1, año 2016, p. 71.

[27] Arcos, M., *Cuadernos de Antropología*, núm. 10, 2013, pp. 333 ss. «No se trata, como se intenta presentar puerilmente, de empresarios que se ven sorprendidos en su buena fe cuando, tras la inspección de un local, la autoridad encuentra a semi-esclavos cosiendo sus ropas. Estamos frente a una «maniobra de simulación» dirigida por estos sujetos supraordenados jerárquicamente para obtener en su provecho las ganancias económicas denunciadas, recurriendo a la comisión de delitos sin aparecer como autores materiales de los mismos» (Bisceglia, V., «Talleres Clandestinos. Una herramienta de explotación laboral. Su penalización», disponible en www.cajurídico.com.ar, pp. 31/33 y 39).

«ley de contrato de trabajo» (núm. 20.744/76) y la «ley de trabajo a domicilio por cuenta ajena» (núm. 12.713/41).

La empresa (marca) que subcontrata al taller es denominada «empresa principal» por la ley de contrato de trabajo. Esta puede o no proveer los insumos, pero lo cierto es que establece las especificaciones técnicas para que el trabajo se haga estrictamente como lo requiere. Según la legislación laboral argentina, esto la convierte en *dadora de trabajo*, y, por lo tanto, responsable de las condiciones en las que se desarrolla la confección según la «ficha técnica» que «impone» al subcontratista. [28]

Por su parte, el tallerista –cuando es un taller a fason– cumple un rol *inter-jerárquico*, siendo, según la legislación, *empleador* de sus trabajadores y *empleado* de los dadores de trabajo –que son los intermediarios, marcas o confeccionistas–. [29]

El artículo 30 de la ley núm. 20.744 dispone en su primer párrafo que: «Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social…».

Asimismo, este precepto establece que la empresa principal es *responsable solidaria* de la registración de los trabajadores, el pago de las remuneraciones correspondientes y la cobertura de riesgos laborales. [30] Esta solidaridad también está prevista en el instrumento normativo pensado especialmente para esta industria: la ley núm. 12.713/41 «de trabajo a domicilio por cuenta ajena». En su artículo 3 (inciso b) considera «trabajo a domicilio», el que se realiza

---

[28] Montero, J., *www.mpf.gob.ar,* pp. 5 ss.

[29] *Idem,* pp. 3/4. El artículo 4 de la ley 12.713 establece en su último párrafo que: «Los intermediarios y talleristas son considerados como obreros a domicilio con relación a los dadores del trabajo y como patronos sujetos a las obligaciones que les impone esta ley y las reglamentaciones que se dicten a quienes encarguen la ejecución del trabajo».

[30] El art. 30 (ley 20.744) dispone en su segundo párrafo que: «Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social».

«en la vivienda o local de un tallerista, entendiéndose por tal el que hace elaborar, por obreros a su cargo, mercaderías recibidas de un patrono o intermediario, o mercaderías adquiridas por él para las tareas accesorias a las principales que hace realizar por cuenta ajena» [31]. El «patrono» es el que se dedica a la elaboración o venta de mercaderías y que encarga trabajo a un obrero a domicilio, tallerista o intermediario; es decir, patrono sería el titular de la marca o confeccionista [32]. Según esta definición de trabajo a domicilio, la ley se aplica a muchos de los casos de talleres informales textiles [33].

Por su parte, el artículo 4 de la citada norma establece el «principio de solidaridad» en la secuencia productiva, disponiendo que los empresarios y los talleristas que contraten un trabajo a domicilio son *responsables solidariamente*: del pago de los salarios, de los accidentes de trabajo y de las condiciones en que este se realice, excepto cuando el trabajo se ejecuta o cuando el accidente ocurra en el domicilio privado del obrero [34].

---

[31] Ley 12.713/41, artículo 3.º: «Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley las personas, en el carácter y modalidad que la misma determina, que intervengan en la ejecución de un trabajo a domicilio por cuenta ajena, entendiéndose por tal el que se realiza; a) En la vivienda del obrero o en un local elegido por él, para un patrono, intermediario o tallerista, aun cuando en la realización del trabajo participen los miembros de la familia del obrero, un aprendiz o un ayudante extraño a la misma; b) En la vivienda o local de un tallerista, entendiéndose por tal el que hace elaborar, por obreros a su cargo, mercaderías recibidas de un patrono o intermediario, o mercaderías adquiridas por él para las tareas accesorias a las principales que hace realizar por cuenta ajena; c) En establecimientos de beneficencia, de educación o de corrección, debiendo la reglamentación establecer en estos casos el modo de constituir fondos de ahorro para los que realicen el trabajo».

[32] Así lo define el decreto reglamentario de la ley de trabajo a domicilio (núm. 118.755) (Ver Montero, J., *www.mpf.gob.ar,* pp. 4 ss.)

[33] La ley de «trabajo a domicilio» también prevé responsabilidad penal tanto del empresario como del tallerista en sus artículos 35 y 36. Artículo 35. «El empresario, intermediario o tallerista que, por violencia, intimidación, dádiva o promesa, realice actos que importen abonar salarios menores que los que se establezcan de acuerdo a los procedimientos que estatuye la presente ley, tendrá prisión de seis meses a dos años». Artículo 36. «El empresario, intermediario o tallerista, que con el fin de eludir el pago de los salarios o abonar menor retribución de la establecida, destruya en todo o en parte o adultere cualquiera de los registros o documentos establecidos en esta ley, como integrantes del sistema de contralor del trabajo a domicilio, será penado con prisión de seis meses a dos años.»

[34] Artículo 4. «Los empresarios, los intermediarios y los talleristas que contraten un trabajo a domicilio son responsables solidariamente: a) del pago de los salarios fijados por las comisiones respectivas. Esta responsabilidad para el empresario, cuando el trabajo se ha contratado por un intermediario o tallerista, solo alcanza hasta el importe de dos meses de remuneración, o hasta el valor de un trabajo determinado, cuando su ejecución ocupe un plazo mayor; b) de los accidentes del trabajo y de las condiciones en que este se realice, excepto cuando el trabajo se ejecute o cuando el accidente ocurra en el domicilio privado del obrero; c) De las obligaciones establecidas en el artículo 32 de esta ley.» Por su parte, el artículo 32 dispone que: «El empresario, intermediario o tallerista que reduzca, suspenda o suprima arbitraria o injustificadamente la dación de trabajo al obrero a domicilio, será penado con multa de $ 100 a 1.000 moneda nacional por cada persona o infracción, debiendo tenerse en cuenta, para la fijación de su monto, la naturaleza y extensión de la medida ilegítima aplicada al obrero, los promedios de remuneración de este último y su antigüedad en el trabajo. La multa será a beneficio de la persona afectada con la reducción, suspensión o supresión de su trabajo a domicilio. Las denuncias por reducción, suspensión o supresión arbitraria o injustificada de la dación de trabajo serán sustanciadas ante las comisiones de conciliación y

Estos instrumentos normativos atribuyen responsabilidad a todos los eslabones de la cadena de producción tercerizada en la industria textil, *poniéndolos en un pie de igualdad* ante las obligaciones contraídas con las personas que, en definitiva, confeccionan sus prendas de vestir. Incluso, la ley impone a las empresas el deber de *controlar* a los subcontratistas para que cumplan con las obligaciones contraídas con sus trabajadores.

Como se ve, las marcas deben intervenir en toda su producción, aún cuando no la realice el personal de su empresa [35]. La atribución de estas obligaciones resulta adecuada ya que las marcas son las que generan el funcionamiento de la industria textil en todos sus estratos y las principales beneficiadas al nutrirse de mano de obra esclava por el rédito económico que ello implica [36].

En uno de los escasos fallos en que la justicia argentina procesó penalmente a los dueños de la marca, se fundamentó la imputación penal en las normas antes mencionadas [37]. Se acreditó en ese caso que, en un taller textil clandestino, tres ciudadanos bolivianos habían sido captados y trasladados con fines de explotación laboral y reducidos a situación de servidumbre. Se procesó a los talleristas como autores del delito de reducción a servidumbre (artículo 140 del CP) en concurso ideal con el delito de trata de personas (artículo 145 bis del CP). Los titulares de la marca fueron imputados como partícipes necesarios en tales delitos.

En la resolución citada se señaló que «es evidente que las empresas saben con quién contratan y la forma en la que se prestan funciones en los talleres textiles; ya que, justamente, son estas características las que ellas buscan

arbitraje, cuyas resoluciones en la Capital Federal y Territorios nacionales serán apelables ante el juez de paz de la jurisdicción respectiva, de acuerdo con los procedimientos y dentro de los plazos establecidos por la Ley número 11.924. En las provincias, la apelación se sustanciará conforme a lo que dispongan sus leyes o reglamentaciones locales».

[35] Existen varias formas de evitar o reducir el riesgo de explotación laboral. Controlar el circuito requiere inspecciones, por lo que los contratos que las marcas firman con sus subcontratistas deben incluir la posibilidad de inspeccionar las fábricas y talleres, solicitar la nómina de trabajadores y controlar que se hagan los aportes patronales, bajo amenaza de romper el contrato en caso de irregularidades. La iniciativa en Argentina del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) de ofrecer a marcas locales una «certificación de compromiso social compartido», resultó en el mero acercamiento de una decena de empresas. Tras conocer los requisitos mínimos para iniciar el proceso, ocho de estas empresas nunca más se comunicaron con el INTI; los requisitos son: ausencia de trabajo infantil y/o forzado, registración del trabajo y adecuadas condiciones de seguridad e higiene en toda la línea de producción (Montero, J., *Trabajo y Sociedad,* núm. 23, Santiago del Estero, 2014, pp. 115 ss.).

[36] En este sentido, se ha señalado que, para determinar las responsabilidades de los patronos en cada caso, sería importante determinar el grado de dependencia productiva de las empresas o los trabajadores subcontratados respecto de la empresa o actividad beneficiaria final (Montero, J., www.mpf.gob.ar, pp. 4 ss.).

[37] Juzgado Criminal y Correccional Federal núm. 4, CFP 10227/2014, «Flores Pilco Ángel y otros s/ infracción artículo 145 bis –conforme ley 26.842–».

para abaratar los costos de producción y aumentar sus ganancias que es el fin por el cual se terceriza la producción a talleres textiles». Desde esta óptica, el magistrado expresó que al conocer las condiciones en las cuales prestaban funciones las personas en el taller y la intención de contratar –devenida de aquel conocimiento– se torna *reprochable penalmente* la conducta de cualquier empresa que aporte su materia prima para que se confeccione su ropa en talleres como estos. Aunque los directivos de la marca no ejercieron el control directo sobre las víctimas, sin su aporte e intención de enriquecerse en forma ilegítima, no existirían talleres textiles como el investigado en el expediente. Como reflexión final el juez señaló que «en definitiva, empresas como estas, son parte del eje en el cual gira la industria textil, sin las cuáles los talleres textiles no existirían debido a que no poseen el respaldo económico suficiente que les permita funcionar independientemente sin la solvencia que tienen las marcas».

27.5 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA MARCA EN LA CADENA DE EXPLOTACIÓN

En el fallo mencionado se han interpretado correctamente las normas laborales citadas que permiten realizar «el salto» a la responsabilidad penal de los titulares de la marca, aunque no se ha profundizado en su fundamento.

En mi opinión, los «empresarios sin fábrica» tienen la posición de garante respecto del foco de peligro que configura el proceso productivo textil y la «competencia por organización», es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance de ese deber de garantía.

La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como *contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*. En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas. Si bien el contenido más elemental de ese deber consiste en la *prohibición* de hacer algo que resulte injustificadamente perjudicial para los demás (*neminem laedere*), igualmente elemental es el deber que consiste en el *mandato de hacer* lo que sea necesario y adecuado para *evitar* las consecuencias nocivas que amenacen a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización. En el caso de la empre-

sa nada de lo anteriormente señalado sufre, en principio, una transformación esencial. El empresario individual que gestiona por si solo su negocio tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que de ella pudiesen desprenderse para bienes jurídicos ajenos (de los trabajadores). Lo determinante no es que se trate de acciones u omisiones, sino del deber de mantener la organización configurada de modo no dañoso para los trabajadores o el deber de neutralizar determinados peligros que ya salen de su ámbito de organización, lo cual requerirá acciones u omisiones, estas en el caso en que la organización propia esté orientada hacia el salvamento [38].

Las leyes 20.744 y 12.713 extienden la posición de garantía que el empresario tiene en el «ámbito físico de su empresa», a un espacio externo a este: al lugar (taller) donde se desarrolla una parte de la producción *correspondiente a la actividad normal y específica propia de su establecimiento* (en términos del art. 30 de la ley 20.744). Es decir, según estos instrumentos normativos, el titular de la marca ostenta el poder de dirección sobre la dinámica productiva del taller subcontratado y ello porque, aunque en rigor la marca «no produce» (en su propio establecimiento) los productos que vende (y de los que se beneficia económicamente), sí es cierto que *pone en funcionamiento la producción* al subcontratar al tallerista y decide qué, cuánto y cómo producir, imponiendo las reglas mediante las cuales *se organiza la producción* [39]. De este modo, el concepto de *competencia por organización* como fundamento de la responsabilidad penal del empresario textil, trasciende un criterio «meramente geográfico» respecto del *establecimiento empresarial* (en sentido físico).

En este esquema «extensivo», la subcontratación del taller debe entenderse como una delegación y el tallerista subcontratado debe ser considerado un *delegado −subalterno− del empresario* (nótese que la ley 12.713 considera al titular del taller como un empleado del contratista). Ahora bien, con la delegación no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible −y exigible−, que del círculo de organización de la em-

[38] Jakobs, G., «La imputación penal de la acción y la omisión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fascículo III, Madrid, 1996, p. 872; Lascuraín Sánchez, J., *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía,* Madrid, 2002, p. 50; Gimbernat Ordeig, E., «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, fascículo III, Madrid, 1994, pp. 52 ss.; Requena Juliani, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, 2010, p. 185.

[39] Bentolila, C., Donadi, L., y Perín, H., *Trama productiva urbana y trabajo decente. Estrategias para la cadena productiva textil de indumentaria en áreas metropolitanas*, pp. 124 ss.

presa se deriven daños para terceros. Por otra parte, la delegación no remite a un ámbito de responsabilidad ajeno a las tareas delegadas, pues todas las acciones realizadas propiamente en el marco de la empresa (en un sentido amplio y no físico) son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular [40].

Desde esta óptica, la delegación no implica la pérdida de la titularidad de la competencia [41]. De ahí que el delegante mantenga o retenga determinadas funciones sobre la actividad de su delegado. En definitiva, mediante la delegación, el delegante gestiona su ámbito de competencia y como gestor, *mantiene en su ámbito de organización ciertos deberes* «residuales».

Delegar una tarea no es desligarse completamente de ella, sino que sólo *cambia el modo en el que debe preocuparse* [42]. Se trata de una *transformación cualitativa* [43]. Dicha transformación es fruto de la tensión entre el mantenimiento residual de deberes de control, supervisión y vigilancia y la propia responsabilidad de los delegados en el cumplimiento de sus funciones. Tales deberes implican la posibilidad de que la conducta defectuosa del delegado, a pesar del principio de confianza, implique responsabilidad penal para el superior que no controló, vigiló o supervisó adecuadamente [44].

En este contexto, el titular de la marca que se «desentiende» de cómo se configura la dinámica productiva en el taller (donde no se brindan las condiciones legales de seguridad y se explota laboralmente a los costureros) es responsable penalmente por los resultados lesivos producidos (muerte y lesiones

---

[40] Peñaranda Ramos, E., «Autoría y participación en la empresa», *Cuestiones actuales de Derecho Penal Eeconómico,* Serrano-Piedecasas, J./Demetrio Crespo, E. (dir), Madrid, 2008, pp. 181/3.

[41] Por eso se debe distinguir la delegación de la transmisión. Transmitir es enajenar, ceder, o dejar a alguien un derecho u otra cosa, trasladar. Mientras que una transmisión implica la desvinculación por parte del transmisor de aquello que es objeto de su acción, no pasa lo mismo en los supuestos de delegación. En ella se da a otro la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad del dador, pero no se produce la enajenación de lo delegado. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara. La hipótesis de la exoneración –del delegante– no solo olvida que el ámbito delegado sigue siendo un ámbito de éste, sino también la desprotección a la que tal mecanismo conduciría en ámbitos tan importantes como éste y las ventajas que ya comporta la delegación como aligeración del contenido de un deber (Lascuraín Sánchez, J., La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal,* Madrid, 2005, pp. 576/77; el mismo, *Los delitos de omisión,* p. 90.

[42] Lascuraín Sánchez, J., *LH Prof. Cobo del Rosal*, p. 576.

[43] Hortal Ibarra, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Barcelona, 2005, pp. 248/62. Ver también, Montaner Fernández, R., *Gestión empresarial y atribución de la responsabilidad penal,* Barcelona, 2008*,* p. 96.

[44] Cuanto menores sean la preparación, experiencia y poder del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza (Feijoo Sánchez, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva,* Madrid, 2007, pp. 196/197).

por accidentes laborales y reducción a servidumbre), en lo que legalmente se considera una *extensión de su ámbito de competencia*.

El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a este le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su *propio* ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito) [45].

Dicho esto, corresponde ahora analizar cómo deben imputarse esos ilícitos al empresario; ¿es acertada la decisión judicial del fallo citado de considerarlo «partícipe necesario» en los delitos del tallerista, en tanto autor o ejecutor directo?

Creo que es correcta la imputación de los delitos al titular de la marca como *partícipe por omisión*. Por regla general, habrá participación por omisión cuando se trate de evitar que de un ámbito de organización surjan peligros que *faciliten o favorezcan* la conducta delictiva de terceros. En la medida en que estemos ante peligros surgidos del propio ámbito de organización que solo llegan a traducirse en un delito *por la actividad de un tercero autorresponsable,* será este último quien habrá configurado *en mayor medida* el injusto del hecho [46]. Esta es precisamente la situación del empresario/delegante que omite controlar (y en su caso intervenir) al delegado que comete el delito (tallerista). A mi juicio, si partimos de que el mecanismo de la delegación implica actuación sobre un mismo curso lesivo (proceso productivo), la tesis de la participación resulta la más correcta para calificar la omisión del empresario [47].

---

[45] Robles Planas, R., «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, 2/2012, pp. 13/15.

[46] Robles Planas, R., *InDret*, 2/2012, p. 18.

[47] En este sentido Robles Planas destaca que los casos de delegación de competencias en el seno de la empresa, se caracterizan por presentar relaciones delegante-delegado en las que, por un lado, el delegado asume funciones directas de control de riesgos, mientras que, por otro lado, el delegante conserva una posición de competencia residual referida al control, vigilancia o supervisión de la actividad del delegado («Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da Época, núm. 6, 2000, p. 247). Montaner Fernández, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 180. En igual sentido, Silva Sánchez, quien señala que en ese caso el delegante sólo puede ser estimado participe en comisión por omisión, pues su conducta no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor: él no ostenta ya la competencia directa de evitación del hecho –que ha transferido– sino que solo retiene la competencia de instar a la evitación («Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», *Cuadernos de Derecho Judicial,* 2-1997, pp. 17/18) (ver también, Pérez Alonso/Zugaldia Espinar, «Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales», en Donna (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II*, 2008-1, pp. 183 ss.; García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 94).

Así, para poder afirmar la intervención por omisión (equivalente a la intervención activa) será necesario que el propio ámbito se configure de tal modo que implique que terceros autorresponsables lo *conecten* con la comisión de un delito. La peculiaridad de la intervención por omisión reside, pues, en que la omisión se inserta en un desarrollo que requiere aún de la continuación por parte de otro sujeto para llegar a ser una ejecución típica. De esta manera y al igual que sucede con la intervención por vía activa, el omitente responde no solo de lo omitido aisladamente considerado, sino de la comisión del hecho en su conjunto, pues la omisión adquiere el sentido de *formar parte de un todo* [48].

27.6 CONCLUSIÓN

La justicia penal tiene un rol fundamental en el combate contra la extendida explotación laboral en el ámbito textil, pero para ello es necesario «no conformarse» con la imputación de los explotadores directos (talleristas) y orientar la investigación penal (a pesar de los obstáculos probatorios) hacia los «fabricantes sin fábrica» (titulares de la marca) que siempre están detrás de cada taller clandestino. Los talleristas son el eslabón más débil luego del trabajador y, más allá de la responsabilidad que les cabe por ser quienes en definitiva ejecutan la explotación, están insertos en la lógica de la competencia ruinosa e ilegal con sus pares, avalada por los empresarios que demandan la labor sustentada en el trabajo esclavo [49].

En definitiva, siempre es de esperar que aparezcan talleristas dispuestos a aceptar tarifas de subcontratación extremadamente bajas en esas condiciones. Por eso, al penalizar solo a los talleristas, la justicia no resuelve adecuadamente la situación denunciada y malgasta recursos, es como, en el marco de una empresa, perseguir solo al gerente y no al empresario [50].

[48] Robles Planas, R., *InDret, 2/2012*, p. 10.
[49] Montero, J., *www.mpf.gob.ar,* p. 10.
[50] *Ibidem.*

28. MINERÍA ILEGAL Y DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ

Percy García Cavero*
Universidad de Piura

El Perú es un país esencialmente minero, cuya economía depende en gran medida de la extracción y posterior comercialización de minerales [1]. El lado negativo de esta actividad económica es que, por múltiples razones, las personas o empresas que la desarrollan lo hacen de una forma tal que constantemente violan diversos derechos humanos como el derecho a un medio ambiente saludable, a trabajar bajo mínimas condiciones de seguridad, a la libre determinación de las comunidades, etc. Poner coto a este impacto negativo en los derechos humanos no ha sido una tarea fácil y mucho menos resuelta, pues existen diversos factores sociológicos que lo impiden o dificultan. Lo especialmente grave de esta problemática es que no se reduce únicamente a la actuación deficiente de las empresas formales, sino que alcanza al desarrollo de actividades empresariales al margen de la legalidad. En efecto, la minería ilegal realiza fácticamente una actividad de explotación económica, pero sin someterse a las exigencias legales y controles oficiales. En una zona gris se encuentra lo que se ha venido a llamar la minería informal, la que, si bien no

* Profesor Ordinario Principal de la Universidad de Piura (Perú).

[1] El Perú es un país de antigua tradición minera, tradición que mantiene y cultiva gracias a la presencia de empresas líderes a nivel internacional. Cuenta con un enorme potencial geológico, la presencia de la Cordillera de los Andes a lo largo del territorio, constituye la principal fuente de recursos minerales. A nivel mundial y latinoamericano el Perú se ubica entre los primeros productores de diversos metales, (oro, plata, cobre, plomo, zinc, hierro, estaño, molibdeno, teluro, entre otros), lo cual es reflejo no solo de la abundancia de recursos y la capacidad de producción de la actividad minera peruana, sino de la estabilidad de las políticas económicas en nuestro país. Los minerales producidos en el Perú son de gran demanda en el mercado mundial actual, cuyo desarrollo se basa en la producción y la industria. Estados Unidos, China, Suiza, Japón, Canadá y la Unión Europea son los principales demandantes (tomado de la web del Ministerio de Energía y Minas del Perú (fuente: www.mineria.minem.gob.pe).

cumple con la legalidad, está sometida a un proceso dirigido a conseguir su progresiva formalización.

En esta contribución me voy a ocupar del fracaso de la política criminal desarrollada en el Perú para luchar contra la minería ilegal. Empezaré con una breve exposición sobre el origen y desarrollo de este fenómeno en mi país, así como las diversas medidas adoptadas para controlarlo como la previsión de procesos de formalización, la interdicción e incluso la intensificación de las sanciones penales. Sin embargo, tales medidas no han conseguido los resultados esperados, por lo que la minería ilegal no solo no se ha visto reducida, sino que incluso ha crecido notablemente. A mi modo de ver, el fracaso político-criminal reside en el hecho de que las autoridades nacionales han reducido su punto de mira al desarrollo de políticas públicas dirigidas a prevenir o sancionar las violaciones de los derechos humanos de la minería formal. En consonancia con los «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos» de Naciones Unidas, el Estado Peruano ha desarrollado un Plan Nacional de Acción para hacer frente a las violaciones de derechos humanos por parte de empresas, incluidas las empresas mineras, sin tener en cuenta también las actividades de explotación llevadas a cabo por mineros informales. Sin un enfoque integral, un control cargado únicamente sobre las empresas formales lo único que va a traer consigo es que la explotación minera quede finalmente en manos de la minería ilegal con terribles consecuencias para los derechos humanos de las personas de las zonas afectadas.

28.1 LA MINERÍA ILEGAL: ENTRE LA FORMALIZACIÓN, LA INTERDICCIÓN Y LA CRIMINALIZACIÓN

Desde el siglo pasado, la regulación minera peruana reconoce la posibilidad de que se pueda desarrollar, bajo requisitos flexibles, una minería de pequeña escala (pequeña minería). Esta minería excepcional pasó a cobrar una mayor importancia desde inicios del presente siglo, cuando se tuvo lugar un importante desarrollo de la actividad minera en beneficio del crecimiento económico del país. Por ello, en el 2002 se aprobó una ley de formalización y promoción de la pequeña minería, incluyéndose una clase de minería hasta entonces no reconocida: la minería artesanal [2]. Esta actividad minera ha crecido exponencialmente por diversas razones: el alza sostenida del precio internacional del oro y otros metales, la falta de empleo adecuado que provoca que

[2] De Echave J., «La minería ilegal en el Perú. Entre la informalidad y el delito», *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 136.

los mismos pobladores opten por esta actividad que les genera ingresos importantes, la debilidad institucional del Estado peruano que se traduce en una muy limitada capacidad de control y fiscalización de los territorios de explotación minera [3]. Pero lo grave no es el crecimiento de esta minería, sino que se desarrolle completamente al margen de la legalidad y sin ningún tipo de control de seguridad laboral, sanitaria y ambiental.

La afectación de derechos humanos por parte de la minería ilegal se ha intensificado en los últimos años. La gran rentabilidad de la explotación de minerales como el oro provocó procesos de acumulación de ganancias nunca antes vistas en la pequeña minería, lo que trajo como consecuencia lógica la suficiente capacidad financiera para incorporar maquinaria pesada en los procesos extractivos con la finalidad de aumentar aún más la rentabilidad del negocio [4]. El incremento del volumen de mineral extraído sin ningún tipo de control ha significado una multiplicación y agravación de los impactos ambientales y sociales. En varias de las regiones –como es el caso, por ejemplo, de Madre de Dios–, la minería ilegal se ha llegado a convertir en la principal actividad económica local y las organizaciones y personajes vinculados a este sector han comenzado a jugar un rol de mayor influencia social y política.

Para hacer frente a la problemática suscitada por la minería ilegal en relación sobre todo con el medio ambiente y la seguridad laboral, durante el segundo gobierno de Alan García se aprobó el Decreto de Urgencia núm. 012-2010 con la finalidad de erradicarla del Departamento de Madre de Dios que era la zona más afectada [5]. Para ello se dispuso la suspensión de petitorios mineros, se establecieron zonas de exclusión minera, se ordenó el decomiso de dragas y artefactos similares, entre otras medidas [6]. Para reforzar específicamente la medida de decomiso de dragas y similares, se autorizó por Decreto de Urgencia núm. 007-2011 su destrucción inmediata bajo ciertas condiciones establecidas [7]. Si bien se contempló también, como una medida de solución, la instauración de procesos de formalización de la actividad minera en zonas permitidas, la normativa expedida no hacía un distingo claro entre la minería ilegal y la informal, a la que, bajo determinados requisitos, podía llegar a formalizarse [8].

En febrero de 2012, el Gobierno de Ollanta Humala expidió el Decreto Legislativo núm. 1100, por el que se declaró de interés público la interdicción

---

[3] Así, De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 135.

[4] De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 140.

[5] García Cavero P., *Derecho penal económico*, Parte Especial, vol. 1, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 920.

[6] De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 137.

[7] García Cavero P., 2015, p. 920.

[8] En este sentido, de Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 137.

y erradicación de la minería ilegal con la finalidad de proteger la salud de la población, el medio ambiente, el patrimonio cultural, la seguridad de las personas y la recaudación tributaria. A los efectos de esta normativa, se consideró minería ilegal a la actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, que se realiza sin contar con la autorización de la autoridad administrativa competente o sin encontrarse dentro de algún proceso de formalización minera integral impulsado por el Estado, o se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio [9]. En la misma ley se declaró la necesidad de que el Estado promueva la formalización de la pequeña minería, de manera que no caiga en la ilegalidad. Para reforzar la erradicación de la llamada minería ilegal se agregaron, dentro de los delitos contra el medio ambiente, varios tipos penales dirigidos específicamente a sancionar los actos de minería ilegal y determinadas conductas periféricas (Decreto Legislativo núm. 1102) [10].

Como puede verse, en el Perú se ha desarrollado una política criminal de dos frentes en relación con la minería ilegal. Por un lado, se ha reforzado la persecución penal en contra de este tipo de minería, disponiéndose medidas de interdicción efectiva e incorporando dentro de los delitos medioambientales diversas figuras delictivas dirigidas específicamente a reprimirlas [11]. Así, se ha tipificado, en primer lugar, el delito de contaminación ambiental por actividad de minería ilegal con una pena mayor a la prevista para la contaminación ambiental general (artículo 307-A del CP) [12], previéndose además diversas circunstancias de agravación con una pena privativa de libertad que puede llegar hasta 10 años [13]. La criminalización se ha extendido incluso a conductas vinculadas, tales como el financiamiento de la minería ilegal, la obstaculización o el impedimento de las labores de evaluación, control y fiscalización de la minería ilegal y varios delitos de preparación tales como los actos que facilitan el acceso a determinados bienes destinados a la minería ilegal, concretamente los insumos químicos y las maquinarias. En segundo lugar, se ha incluido a la minería ilegal como un delito previo del delito de lavado de activos que provo-

[9] García Cavero P., 2015, p. 923.

[10] García Cavero P., 2015, p. 921.

[11] *Vid.*, Calderón Valverde L., «Apuntes sobre el delito de minería ilegal en el Perú a poco más de un año desde su tipificación», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 49, 2013), p. 158; Huamán Castellares, D., «Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (2014), p. 166.

[12] De conformidad con la Casación núm. 464-2016 Pasco, la Corte Suprema de Justicia del Perú ha establecido que este delito está compuesto por tres elementos: a) la realización de un acto minero, que se define como la actividad dirigida a la obtención final de un mineral a través de la exploración, la extracción y la explotación; b) falta de autorización de la entidad administrativa; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente.

[13] *Vid.*, al respecto, García Cavero P., 2015, pp. 921 ss.

ca una agravación de la pena, pasando a ser una pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años [14].

El otro frente de lucha ha sido el impulso de los procesos de formalización de la pequeña minería que cumpla efectivamente con los requisitos para realizar este tipo de minería, de manera que abandone su situación de informalidad. Inicialmente, durante el Gobierno de Alejandro Toledo, el Congreso de la República aprobó la Ley núm. 27651 para propender a la formalización, promoción y desarrollo de la pequeña minería y la minería artesanal. Al no conseguirse la formalización pretendida, el Gobierno de Ollanta Humala por Decreto Legislativo núm. 1105 creó un procedimiento extraordinario de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal en un plazo de 24 meses. Como los procedimientos de formalización siguieron siendo muy escasos y, por el contrario, la minería ilegal se fue, más bien, expandiendo, en el 2016 el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski promulgó el Decreto Legislativo núm. 1293, por el cual declaró de interés nacional la formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, simplificando el procedimiento de formalización, el cual debería terminar el 31 de julio de 2020. El plazo volvió a ser ampliado por Ley núm. 31007 hasta el 31 de diciembre de 2021 durante el Gobierno de Martín Vizcarra. Reciente, ya en el Gobierno de Pedro Castillo, se ha aprobado la Ley núm. 31388, la que amplía el plazo una vez más hasta el 31 de diciembre de 2024.

Lo que resulta cuestionable de las sucesivas ampliaciones del plazo para la realización de los procedimientos de formalización es la impunidad que por años se ha concedido a los mineros ilegales. En efecto, para facilitar el desarrollo de los procedimientos de formalización de la pequeña minería y minería artesanal, por Decreto Legislativo núm. 1351 de enero de 2017 se declaró exento de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal al sujeto de formalización minera que no lograba la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización y también al que lograse insertarse finalmente en el Registro Integral de Formalización Minera dentro del plazo establecido en el Decreto Legislativo núm. 1293. Posteriormente, mediante Ley núm. 31007, se incluyó también dentro de los beneficiados con la exención de responsabilidad penal a los sujetos que se inserten en el Registro Integral de Formalización Minera conforme a los nuevos plazos de registro establecidos en dicha ley. A lo anterior debe sumarse el hecho de que, conforme a la Casación núm. 1446-2018 Tacna, la minería que está sometida a un procedimiento de formalización se

[14] García Cavero P., *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., Lima, Jurista Editores, 2015, pp. 157 ss.

considera informal y, por tanto, los ingresos obtenidos no pueden ser considerados ilícitos, lo que los hace impropios para el delito de lavado de activos.

28.2 EL FRACASO DE LA LUCHA CONTRA LA MINERÍA ILEGAL

La criminalización de la minería ilegal no ha producido el efecto preventivo deseado. Existen condicionantes sociales que inciden en la efectiva persecución de este delito y que no han podido ser superados. Sucede que los que realizan las actividades de minería ilegal pertenecen generalmente a la zona o, en todo caso, emplean a pobladores del lugar, lo que significa ingresos importantes para sectores de la población desfavorecidos [15]. Estos mineros se han agrupado además en asociaciones y federaciones, tanto a nivel regional, como a escala nacional. El número de estas asociaciones ha ido creciendo, al igual que sus afiliados. El amplio abanico de las organizaciones existentes suscita la dificultad de poder articular una agenda común por parte del Estado, lo que se complica aún más por la distinta realidad de cada región y, por lo tanto, la necesidad de emprender estrategias distintas [16]. Por otro lado, algunas asociaciones han establecido relaciones con organismos no gubernamentales e incluso con personalidades de cierto prestigio que se han mostrado críticos a las políticas de formalización implementadas por el gobierno peruano [17]. Finalmente, es importante mencionar la estrategia de influencia política que vienen implementando los mineros ilegales: en paralelo al financiamiento directo que han brindado a diversas fuerzas políticas consideradas como aliadas, desde hace algún tiempo se constata una mayor participación de dirigentes de los mineros en espacios de representación y de decisión política. La minería ilegal se ha convertido, por lo tanto, en una actividad difícil de erradicar en el corto o mediano plazo.

Al problema sociológico que resta eficacia a la persecución penal debe sumarse un par de situaciones adicionales. Por un lado, mucha minería ilegal encuentra cobijo legal en procedimientos de formalización que no se cumplen o no culminan satisfactoriamente, en la medida que lo único que busca el minero ilegal es evadir su eventual responsabilidad penal por su actividad de explotación minera. Estos mineros han llegado incluso a conformar asociaciones bien financiadas con las que han logrado posicionarse políticamente y que el Estado los perciba como un problema social que no debe solucionarse por medio de la interdicción o la represión punitiva. Por otro lado, la actividad minera

[15] De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 135.
[16] De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), pp. 140 ss.
[17] De Echave J., *Nueva Sociedad*, núm. 263 (mayo-junio 2016), p. 142.

ilegal ha llevado, en muchos casos, a constituir verdaderas organizaciones criminales dedicadas a la explotación ilegal de minerales (especialmente, el oro), que cometen delitos contra el medio ambiente, lavado de activos, trata de personas, tráfico de drogas, corrupción, etc. La ausencia total del Estado en las zonas de explotación facilita el libre desenvolvimiento de estas organizaciones criminales con absoluta impunidad, teniendo que soportar, a lo mucho, algún operativo de destrucción de sus instalaciones, pero que vuelven inmediatamente a reinstalarse apenas los funcionarios policiales y fiscales dejan el lugar.

28.3 LA POCA VISIBILIDAD DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS PROGRAMAS DE DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Las violaciones a los derechos humanos producidas en el desarrollo de la actividad minera es algo que desde hace años está en el radar de los organismos internacionales. Si bien desde una perspectiva más general, Naciones Unidas se ha ocupado del tema, estableciendo estándares de respeto de los derechos humanos en el desarrollo de las actividades empresariales. Así, en el 2011 su Consejo de Derechos Humanos aprobó el documento «Principios rectores sobre empresas y derechos humanos», el cual consolidó un trabajo de seis años encargado al Prof. John Ruggie por el entonces Secretario General de Naciones Unidas, en cumplimiento de un mandato de la Comisión de Derecho Humanos (ahora Consejo). Este documento tiene una clara aplicación a las actividades de explotación minera. Por ello, no sorprende el dato de que el Prof. Ruggie señale en la introducción a su libro «¿Solamente un negocio? Multinacionales y derechos humanos» que al inicio del encargo de Naciones Unidas viajó al Perú para conocer directamente cómo se estaba presentando ahí la relación entre una empresa minera y las comunidades originarias [18]. En concreto, se ocupó de conocer de cerca el conflicto social surgido en la ciudad peruana de Cajamarca a raíz de la explotación de una mina de oro realizada por la minera Yanacocha (de capitales americanos y peruanos) que enfrentaba a esta empresa con los pobladores del lugar.

Los conflictos entre las empresas mineras y las comunidades originarias de las zonas de explotación es una constante en el Perú. Según el informe sobre conflictividad social que emite mensualmente la Defensoría del Pueblo, los problemas socio-ambientales son los mayoritarios con un 63.3 % de los casos, de

[18] *Vid.*, Ruggie J., *¿Solamente un negocio? Multinacionales y derechos humanos,* Barcelona, Icaria Editorial, 2014, pp. 33 ss.

los cuales el 67.2 % están referidos a conflictos relacionados con la actividad minera [19]. Sin embargo, las violaciones de los derechos humanos en las actividades mineras no se reducen a aquellas que realizan las empresas formales, sino que estas violaciones se producen, incluso con una mayor incidencia, por actos de explotación minera realizados al margen de todo control estatal. Ante este panorama, lo lamentable no es que importantes proyectos mineros queden truncos con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo y una menor recaudación tributaria, sino que finalmente se crea un terreno propicio para la explotación minera ilegal. Al final, los conflictos mineros terminan paralizando la actividad minera formal que es la que podría ajustarse a los estándares de respeto de los derechos humanos, siendo sustituida por una minería ilegal que lesiona más intensamente los derechos de los pobladores afectados con una devastadora contaminación ambiental y ningún aporte al desarrollo de las comunidades [20].

El documento «Principios rectores sobre empresas y derechos humanos» de Naciones Unidas establece, de manera general, que todas las empresas están obligadas, con independencia de la capacidad y voluntad de los Estados, a respetar los derechos humanos en sus distintas actividades y relaciones comerciales. Sin embargo, no existe un desarrollo específico para el caso de las empresas informales, siendo perfectamente posible referir sus tres pilares esenciales también a las empresas informales: (i) el deber del Estado de proteger a las personas bajo su jurisdicción frente a afectaciones de derechos humanos cometidos por empresas; (ii) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos; y (iii) la necesidad de disponer de vías más efectivas para remediar los impactos negativos causados [21].

En el 2018, el Ministerio de Justicia del Perú aprobó por Decreto Supremo núm. 002-2018-JUS el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, esta-

[19] Defensoría del Pueblo, Reporte de Conflictos Sociales núm. 220, junio de 2022.

[20] Al respecto el Informe de Adjuntía núm. 07-2022-DP/AMASPPI, «Aportes de la Defensoría del Pueblo del Perú sobre mercurio, la minería aurífera artesanal y a pequeña escala y los derechos humanos», señala que la minería ilegal tiene graves impactos sociales, ambientales y económicos. En el aspecto social, ocasiona que miles de niños, niñas, adolescentes y mujeres sean víctimas de explotación laboral, sexual y trata; que miles de personas trabajen sin derechos laborales y en condiciones de alto riesgo para su vida; y que se perjudique la integridad y seguridad de la población de la zona afectada como consecuencia de la criminalidad asociada (solo entre el 2020 y 2021, al menos 11 defensores ambientales fueron asesinados presuntamente por personas vinculadas a actividades ilícitas como la minería ilegal). En términos ambientales, ha generado que en los ríos amazónicos se haya vertido más de tres mil toneladas de mercurio en los últimos años, impactando en la salud de la población aledaña y que se haya afectado también áreas naturales protegidas y sus zonas de amortiguamiento. En términos tributarios, se conoce que esta minería extraería ilícitamente alrededor de dieciocho toneladas anuales de oro que representan más de 500 millones de soles en impuestos dejados de pagar al Estado.

[21] Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de la Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», Naciones Unidas, 2014, pp. 3 ss.

bleciendo como uno de sus cinco lineamientos básicos la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas, complementados por otros instrumentos internacionales relacionados (concretamente: las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para las Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros instrumentos internacionales) [22]. Para hacer efectivo este lineamiento básico del Plan Nacional de Derechos Humanos resultaba necesario, como acción estratégica, desarrollar un Plan Nacional de Acción (PNA), en el que se tuviesen en cuenta los siguientes aspectos claves: 1.º sustentarse en los Principios Rectores, 2.º adaptarse a la problemática nacional, 3.º conducir procesos inclusivos y transparentes, y 4.º revisarlo y actualizarlo constante [23].

La formulación del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos se calendarizó en el Perú de la siguiente forma: (i) la elaboración de una metodología para hacer la línea de base, el diagnóstico y el PNA en 2018; (ii) la elaboración de una línea de base y diagnóstico en 2018 [24]; y (iii) la realización de una propuesta de PNA para el 2019. Se estableció además que este proceso debía ser amplio, participativo, consensuado y descentralizado entre los actores estatales, empresariales, los pueblos indígenas, trabajadores y la sociedad civil. Sin embargo, el calendario no se cumplió como originalmente se había previsto, por lo que el PNA recién fue aprobado en el 2021. En retrospectiva el PNA indicó que su formulación tuvo tres etapas: 1.ª convocatoria de actores (de enero a agosto de 2019); 2.ª elaboración del diagnóstico y la línea

[22] La inclusión de este punto en el Plan Nacional se debió a la misión realizada al Perú en el 2017 por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de empresas y derechos humanos y que se tradujo en el Informe de país publicado en el 2018.

[23] Blanco C., «Empresas y derechos humanos: Pasos y aspectos clave para la implementación del PNA en Perú», en Instituto de Democracia y Derechos Humanos, PUCP, 25 de junio de 2018 (http://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis/empresas-y-derechos-humanos-pasos-y-aspectos-clave-para-la-implementacion-del-pna-en-peru/).

[24] Una precisión importante para entender este proceso es que, si bien la línea de base y el diagnóstico constituyen instrumentos operativos que pueden contar con información semejante y que incluso pueden ser recopilados mediante métodos y técnicas comunes, cada uno apunta a fines y sirve para momentos distintos. La línea de base determina las condiciones actuales que permiten, luego de la implementación del plan de acción, compararlas con las condiciones futuras y evaluar el impacto de dicha implementación. El diagnóstico constituye la determinación de la situación actual en la que se va a desarrollar el plan nacional de acción para establecer lo que específicamente se necesita implementar de los principios rectores. *Vid.*, al respecto, REDINFOR, «Línea de base y diagnóstico: dos estudios, distintos momentos», 28 de abril de 2019 (https://redinfor.com.pe/portal/2019/04/28/linea-de-base-y-diagnostico-dos-estudios-distintos-momentos/). En la elaboración de ambos instrumentos deben determinarse los distintos derechos humanos, cuyo ejercicio podría verse afectado por la actividad de las empresas. Al hacer esta determinación, es necesario tomar en cuenta que, en los diversos sectores, existen distintos tipos de actividad. Cada actividad tiene un impacto diferente en los derechos humanos, así como particularidades específicas. Por ejemplo, la minería formal, informal e ilegal, o las empresas pesqueras y la pesca artesanal.

de base (de septiembre de 2019 a marzo de 2021); y 3.ª elaboración de acciones, indicadores y metas (de enero a mayo de 2021).

En el desarrollo del proceso de formulación del PNA se identificaron 23 temas prioritarios, elaborándose un informe por cada tema que luego se ponía a consideración de una mesa multiactor para recibir sugerencias o comentarios, los que eran incorporadas en una matriz de cada informe según la decisión de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia. El proyecto del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 fue finalmente aprobado por Decreto Supremo núm. 009-2021-JUS del 11 de junio de 2021, estableciéndose, en relación con los 23 temas priorizados, 97 acciones estratégicas con sus correspondientes metas e indicadores. Dentro de los 23 temas priorizados se encuentra expresamente incluido el tema de la minería, aunque también otros claramente relacionados como los derechos de los pueblos indígenas o los estudios de impacto ambiental.

En relación con la minería el PNA señala que se trata de una de las actividades económicas más importantes del país y que, en los últimos años, se ha adoptado notoriamente mecanismos de debida diligencia en el sector empresarial formal. Resalta la existencia de avances en los procesos de negociación de transacciones de tierra debido a los mecanismos de diálogo, por lo que resulta esencial su fortalecimiento considerando la política de ordenamiento territorial. En donde se necesitan mejoras es en la prevención y gestión de los impactos ambientales de la actividad minera, como una mayor calidad de la información sobre líneas de base socioambientales y el fortalecimiento de la capacidad administrativa y legal de las entidades de fiscalización ambiental competentes. Destaca también que los mecanismos de prevención de la conflictividad social han presentado también avances, aunque está pendiente la creación e implementación de un sistema nacional de prevención. Considera que la desconfianza de ciertos sectores hacia la actividad minera amerita una política pública que considere acciones de monitoreo de los avances del sector empresarial en la implementación de mecanismos de debida diligencia, así como de transparencia, capacitación y diálogo multiactor y mayor difusión de los avances. Por otra parte, indica que la legislación peruana ha presentado avances frente a los pasivos ambientales mineros, pero persisten problemas para rehabilitar los pasivos ambientales generados por la actividad informal e ilegal.

Como puede verse, el diagnóstico y los objetivos establecidos por el PNA en relación con el respecto de los derechos humanos en la actividad minera se focalizan en la minería formal. Se destacan avances en la debida diligencia de las empresas formales, pero pide mejoras en la prevención y gestión de los impactos ambientales de la actividad minera por parte de los organismos esta-

tales de control. En este esquema no se consideran en lo absoluto las actividades de explotación minera informal. La única mención a la actividad minera informal e ilegal se hace para exigir una mejora de la regulación nacional en la rehabilitación de los pasivos ambientales. En ese sentido, no se plantea la necesidad de prevenir o controlar a la minería realizada al margen de la legalidad, sino solamente la reparación de los daños producidos. Ese mismo tenor se aprecia en el caso del tema prioritario de los pueblos indígenas, en donde se menciona que existen vías administrativas para reparar las violaciones a sus derechos humanos, pero se advierte que no están diseñadas para atender la integridad de los daños ocasionados, en especial, los derivados de actividades informales y de entorno criminal. No es distinta la situación en el tema prioritario de los estudios de impacto ambiental (EIA), centrándose el PNA únicamente el sector empresarial formal. Por todo ello, no sorprende que dentro de las 97 acciones estratégicas no hay una sola referida a la prevención o sanción de la minería ilegal o informal.

28.4 LÍNEAS GENERALES PARA UNA REDEFINICIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LUCHA CONTRA LA MINERÍA ILEGAL

Podría sostenerse que no resulta correcto que, en la formulación de un plan de políticas públicas para asegurar el respeto de los derechos humanos en el desarrollo de actividades explotativas se incluya el fenómeno de la minería ilegal, pues quienes la realizan no son empresas informales, sino organizaciones criminales. De inicio habría que señalar que tal alegación no podría alcanzar, en todo caso, a la llamada minería informal, la que está reconocida como una actividad de carácter empresarial, aunque sin cumplir con las exigencias legales y estar sometida a un control oficial. Por ello, resulta incomprensible que un programa nacional dirigido a establecer políticas públicas para asegurar el respecto de los derechos humanos en actividades empresariales como las mineras restrinja su ámbito de aplicación a las empresas formales y deje al margen de sus acciones estratégicas a la minería informal.

En relación con la minería informal habría fundamentalmente que evitar que se utilicen los procesos de formalización previstos para simplemente rehuir a las responsabilidades legales, sin ningún ánimo de pasar el lado de las empresas formales. En efecto, los procesos se formalización han sido utilizados básicamente como escudos legales sin que efectivamente se haya alcanzado el objetivo de ajustar a las empresas que se dedican a la pequeña minería o minería artesanal a los estándares deseables de protección al medio ambiente

y los derechos de las comunidades indígenas afectadas. En esa línea de pensamiento, se deberían establecer también filtros idóneos en los procesos de formalización para excluir a los que únicamente buscan aprovecharse de estos procesos para generarse espacios de impunidad y, en consecuencia, someterlos a las sanciones previstas para la actividad de minería ilegal. Si bien la legislación peruana ha buscado simplificar estos procedimientos para estimular la formalización, esta formalización no se ha llegado a producir, sino que, por el contrario, ha generado mayores vacíos de punibilidad.

Lo que debe ser también reevaluado en el plano político-criminal es la eficacia de una represión penal de la minería ilegal con estándares más rigurosos, cercanos a los propios de una organización criminal. El mensaje político-criminal a los que hacen minería ilegal rezaría, más o menos, así: «o te formalizas o te trato como una organización criminal». Sucede, sin embargo, que las condiciones sociales en las zonas de impacto minero neutralizan cualquier efecto intimidatorio de la amenaza penal, pues quienes realizan la minería ilegal son usualmente pobladores que no tienen mayores posibilidades de desarrollo económico. Además, las grandes ganancias obtenidas les ha permitido adquirir un peso político y social que hacen en la práctica inaplicable la imposición de las sanciones penales legalmente previstas. Al final se transmite la idea de que la normativa penal lo único que busca es impedir que los campesinos puedan ellos mismos beneficiarse de la explotación minera, protegiendo el monopolio del negocio en favor de las grandes empresas mineras.

Una solución razonable para evitar las graves violaciones a los derechos humanos que trae consigo la minería ilegal no va, a mi modo de ver, por la intensificación de la respuesta punitiva. Lo que se tiene que hacer es eliminar el incentivo de las ganancias que los pobladores obtienen con la minería ilegal y concienciar sobre el severo impacto que la minería ilegal produce en el entorno social de las comunidades. En ese orden de ideas, lo primero que se debe diseñar es una política pública que haga a las comunidades socias estratégicas de las empresas mineras formales, compartiendo los beneficios económicos de la actividad minera. No se trata, por lo tanto, de un tema de responsabilidad social o de ayuda a la comunidad, sino de hacer a las comunidades parte del negocio. Obviamente habría que establecer mecanismos para asegurar que esas ganancias redunden en beneficio de la comunidad y no de sus eventuales directivos. De esta manera también serán los propios miembros de la comunidad los que protejan «su» negocio frente a la minería ilegal o informal, supliendo el escaso control estatal existente en la zona de impacto minero. La respuesta punitiva quedará, por lo tanto, reservada para aquellos miembros de la comunidad que, por su puro interés personal, realicen actos de explotación

minera o para extraños a la comunidad que desde un inicio quieren obtener beneficios al margen de la legalidad.

Otro punto político-criminalmente relevante es que la persecución penal no puede quedar únicamente en el castigo a las personas naturales que realizan la actividad minera ilegal. Como lo indica el documento sobre los Principios Rectores del Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas, las actividades de una empresa incluyen tanto sus acciones como sus omisiones, mientras que sus relaciones comerciales abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios. En consecuencia, la respuesta penal debe considerar también a las empresas formales comercializadoras de minerales que, dejando de lado la exigencia normativa de implementar medidas de prevención contra el mantenimiento de relaciones comerciales con personas dedicadas a la minería ilegal, favorecen la comercialización de minerales extraídos ilegalmente. El marco legal para conseguirlo existe en la actualidad (las empresas mineras son sujetos obligados a informar que deben implementar un sistema de prevención y detección del lavado de activos) e incluso el lavado de activos es uno de los delitos por los que ellas mismas pueden responder (Ley núm. 30424). Sin embargo, sería deseable contar con una regulación especial sobre la cadena de suministro que deje en claro los deberes de control de las empresas (en el presente caso: las empresas de comercialización de minerales).

Con lo expuesto puedo concluir mi exposición señalando que la afectación de los derechos humanos por la minería ilegal en el Perú no se va a corregir, mientras las propias comunidades campesinas o indígenas no la enfrenten con la misma fuerza como lo hacen con la minería formal. Eso supone conseguir que dichas comunidades lleguen al convencimiento de que pueden obtener los mismos beneficios con la minería formal y que, además, se hará con los mejores estándares de protección ambiental y seguridad en el trabajo. Los riesgos de una mala administración de estos beneficios por parte de las comunidades se podrían mitigar con algún sistema de fideicomiso que asegure el uso adecuado de los recursos para el beneficio de la comunidad. Por otro lado, el producto obtenido por la minería ilegal debe ser legalmente aislado, reforzando el deber de las empresas de implementar sistemas de cumplimiento para evitar mantener relaciones comerciales con mineros ilegales y hacer efectivas las sanciones penales si es que participan en la comercialización de minerales obtenidos ilegalmente.

29. DERECHOS INDÍGENAS Y AMBIENTALES BAJO AMENAZA EN CONTEXTOS EXTRACTIVOS: EL CASO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO DE VENEZUELA

Vladimir Aguilar Castro
Francisco Rodríguez Mejías [1]
Universidad de los Andes

29.1 INTRODUCCIÓN

El Arco Minero del Orinoco fue concebido por el fallecido presidente Hugo Chávez junto al ex-Ministro de Petróleo y Minería, Rafael Ramírez, como una extensión de la Faja Petrolífera del Orinoco, con la intención de coordinar los esfuerzos nacionales del Estado para explotar los recursos auríferos en la zona, luego de la expropiación de la Empresa Gold Reserve en el

[1] Universidad de Los Andes (Venezuela), Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI). Correo electrónico aguilarv@ula.ve y vaguilar21@hotmail.com. Este trabajo es parte de investigaciones realizadas con pasantes y tesistas del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la Universidad de Los Andes de Venezuela. Especial mención merecen los trabajos de los cuales hemos sido tutor de Eliu Cardozo en el Doctorado de Estudios Políticos de la Universidad de Los Andes, Venezuela, intitulado: Participación, corrupción y control en la Administración Pública de Venezuela (1998-2018). Caso Arco Minero del Orinoco; de maestría de Yohama Bastidas intitulado «Nuestro oro y otros cuentos. Aproximación a un análisis de actores políticos y económicos de la "Zona de Desarrollo Estratégico Arco Minero del Orinoco"» (2018), en la Maestría de Ciencia Política de la Universidad de Los Andes de Venezuela; de Anghy Rondón en la Universidad Metropolitana de Caracas, con el trabajo intitulado: «Evaluación del Arco Minero del Orinoco (AMO) al trasluz de los derechos de los pueblos indígenas y ambientales. Hacia una propuesta de políticas públicas interculturales» (2019). También los Informes de Pasantías (2018) realizados en el GTAI para optar al título de Politólogo de Osmel Gelvez y Josel Márquez respectivamente. Finalmente, especial mención debo de hacer del extraordinario trabajo inédito en coautoría con el abogado, magíster y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Pablo Olavide Francisco José Rodríguez Mejías intitulado: «El principio de jurisdicción universal de la ley penal y su aplicación en los crímenes económicos y medioambientales en Venezuela. el principio de jurisdicción universal de los crímenes económicos y ambientales y su aplicación en Venezuela» (2018), del cual muchas ideas han sido retomadas y desarrolladas al final de este trabajo.

año 2008. Para el año 2009 y luego de esta acción, la minera canadiense demanda a Venezuela en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas e Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, buscando compensación por las pérdidas que causó a la compañía el incumplimiento del acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Venezuela (Acuerdo Canadá-Venezuela). En septiembre de 2014, el CIADI otorgó a la compañía un arbitraje favorable totalizando: 1.º 713 millones de dólares en daños más; 2.º intereses desde abril del 2008 hasta la fecha de la decisión del arbitraje basado en la tasa de los bonos del Gobierno de los Estados Unidos, acumulado anualmente totalizando a la fecha de la decisión del arbitraje de aproximadamente 22.3 millones de dólares y 3.º 5 millones de dólares para costos legales y gastos para un total de 740.3 millones de dólares. El arbitraje (sin incluir costos legales y gastos) acumulará intereses a la tasa LIBOR del más 2 % compuestos anualmente [2].

El Ejecutivo Nacional establece crear la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO) en febrero de 2016 (Decreto 2.248), con el fin obtener divisas para la compensación del gasto público y el presupuesto nacional debido a la caída de los precios y la producción de petróleo. Por esta razón, se contrata a 35 empresas de diversas nacionalidades entre ellas Gold Reserve, quien en junio del mismo año firma un acuerdo con Venezuela que contemplaba el pago del arbitraje (incluyendo intereses) y la compra de su información de yacimientos mineros en Venezuela. Bajo los términos del acuerdo, Venezuela acordó pagarle a la compañía $792 millones para cumplir con el arbitraje y $240 millones por la información de los yacimientos mineros, para un total aproximado de $1,032 billón. En adición, Venezuela irrevocablemente renuncia a su derecho de continuar cualquier proceso que intente anular las decisiones que beneficiaron a la compañía en el arbitraje. Para agosto 2016, se ejecuta el acuerdo de empresa mixta con Venezuela con la creación de una compañía conjunta y en octubre 2016 se establece la Empresa Mixta Socialista Siembra Minera S. A., compañía cuya misión es desarrollar el proyecto Brisas Cristinas.

En contraposición a todos los acuerdos firmados para la zona del AMO que ocupa más del 70 % del territorio del estado Bolívar, se encuentran las Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), donde está terminantemente prohibida la minería ya que poseen unas características y potencialidades ecológicas importantes para la nación y la región.

[2] CSID (International Center for Settlement of Investment Disputes), Case núm. ARB(AF)/09/1, page 255, Washington D. C. 22 de septiembre de 2014.

Por otra parte, la certificación y exploración de los minerales que afectan estas áreas infringen el capítulo IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela referido a los derechos ambientales y el artículo 304, que establece que las aguas son bienes de dominio público de la nación, y «la ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio». De desarrollarse el proyecto en las magnitudes planteadas se afectarán 30 millones de venezolanos debido a las perturbaciones del equilibro ecosistémico de todo el país, alterando los patrones de lluvia debido a la contaminación de las principales reservas de aguas, y la reducción de la capacidad de generación eléctrica de la represa del Guri, cuyas primeras manifestaciones de esto han sido los apagones eléctricos ocurridos en el país entre los meses de marzo y abril del presente año.

Asimismo, en el área donde se desarrolla el AMO se encuentran El Parque Nacional Canaima, Parque Nacional Jaua-Sarisariñama, la Reserva Forestal del Caura, Reserva de Biosfera del Delta del Orinoco, los monumentos naturales Ichun-Guanacoco, Cerro Guiquinima y zona protectora del sur del estado Bolívar. Además, estas zonas son territorios ancestrales y tradicionales así como espacios de vida de 11 pueblos indígenas de Venezuela, a saber: Warao. Akawayo, Eñepa, Pumé, Mapoyo, Kariña, Arawak, Uwottuja (Piaroa), Pemon, Yekwana y Sanemá, comunidades que están siendo altamente afectadas por el desarrollo de esta actividad en su territorio.

El Arco Minero del Orinoco (AMO) se presenta como el primer caso de minería metalífera transnacional a gran escala en el Estado venezolano, y su impacto tiene diferentes aristas en lo social y ambiental que no han sido evaluadas ni desarrolladas por el Gobierno, por lo cual es importante analizar como impacta negativamente esta actividad a la cultura de algunos pueblos indígenas de Venezuela y a su territorio. Estas prácticas pudieran estar derivando en un genocidio cultural silencioso, debido a la forma y las condiciones en la que se está ejecutando ya que son insostenibles tanto para el ambiente como para garantizar las formas de vida de los pueblos indígenas del Sur del Orinoco.

29.1.1 **Cien años de extractivismo en Venezuela: causas y consecuencias de una crisis estructural y cultural**

La historia de Venezuela ha sido muy particular si la comparamos con el resto del continente. A partir del proceso de independencia, la República ha transitado por situaciones y realidades que evidencian que el acceso a la tierra

está determinado por el control de los recursos naturales. Es así como de ser un país cuyas principales exportaciones para finales del siglo XIX e inicios del siglo XX se basaban cacao y café, saltó a convertirse en una nación petrolera, rentista y extractivista.

Desde una perspectiva tipológica y politológica Venezuela ha tenido una historia económica en varios momentos: a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX de carácter petrolera determinada por el recurso hidrocarburífero; en los años XX de carácter rentista, cuando Venezuela se acostó siendo un país agrícola y despertó siendo un país petrolero haciendo depender toda su economía de la renta petrolera; como corolario de las dos anteriores extractivista, cuando su condición democrática [3] (y en consecuencia de vocaciones agrícolas, ambientales e interculturales entre otras) es sustituida por su condición extractiva.

El monopolio de todo lo anterior (de sus condiciones) la tiene el Estado venezolano. Por rentismo petrolero entendemos la dependencia económica, política, social y cultural en lo que se percibe como producto de la venta de petróleo. A su vez, tal como lo advierte Terán Mantovani [4], el extractivismo es más allá del tradicional concepto económico de «modo de producción, entendido aquí no solo como un modo particular de acumulación capitalista, sino también como un sistema económico-ecológico-político que también implica un modo de territorialización, el cual se desarrolla vinculando territorios primordialmente en torno a los procesos de extracción masiva de los llamados «recursos naturales» y la distribución de los excedentes económicos obtenidos de estos. Este enfoque es útil al menos para el caso de las economías latinoamericanas, y puede ser estudiado desde el ámbito social y territorial que abarca el Estado-nación, sin menoscabo de otras escalas de análisis local, regional o, incluso, global.

Lo antes expuesto constituye el contexto para comprender cualquier situación nacional. En consecuencia, la condición petrolera y extractivista ya no solo determina la condición democrática sino, principalmente, la condición cultural de nuestra nación.

El proceso de concentración del poder en Venezuela pasa por el control del Estado quien es el propietario del subsuelo, en consecuencia, de todo lo que en él se encuentra. Desde esta perspectiva, la deriva extractivista conduce

[3] Al igual que Jean Luc NANCY (2010), asumimos la noción de democracia (a secas) como un proyecto en construcción y no como un fin en sí mismo. La democracia crea las condiciones necesarias para el desarrollo de ciertas vocaciones que en el contexto venezolano tienen que ver con lo ecológico e intercultural.

[4] TERÁN MANTOVANI, Emiliano (2017). «Geografía de conflictos socio ambientales en Venezuela: Petro-Estado, crisis histórica y las nuevas fronteras de los *commodities* en ecología política latinoamericana», en Héctor ALIMONDA, Catalina TORO PÉREZ, Facundo MARTÍN (coordinadores). *Pensamiento crítico, diferencia latinoamericana y rearticulación epistémica.* Buenos Aires, p. 12.

irremediablemente a una deriva en el poder con rasgos cada vez más marcados de autoritarismo y autocracia gubernamental.

Nuestra condición extractiva es una condición antidemocrática ya que no todos participamos en condiciones de igualdad en el reparto de la renta petrolera. El despojo del país es proporcional a la crisis que padecemos. La entrega del Arco Minero del Orinoco (AMO) constituye el último reducto de reservas minerales probadas en Venezuela. El AMO es la continuación de la explotación y entrega de la Plataforma Hidrocarburífera Deltana por otros medios. El principio es el mismo: a mayor existencia de recursos mayor es su confiscación.

Este es el cuadro económico y sociopolítico ante el cual se encuentra sumido el país. La encrucijada es entre más extractivismo hasta la ruina total de sus recursos y reservas o trascender el actual modelo de acumulación basado en la renta extractiva. La sobreutilización del combustible fósil como regla de la revolución termo industrial de 1830 (y en consecuencia de las relaciones internacionales desde entonces), una revolución que no solo calentó la economía a escala global sino también el Planeta, ha llegado a límites de no retorno en Venezuela. Algunas cifras [5] indican que solo por el consumo de combustibles fósiles, la nación registra las más altas emisiones de CO_2 por habitante de América Latina: 6.5 toneladas por habitante, muy superiores a las de Argentina (4.5), México (3.8), Brasil (2.2), Perú (2.0), Colombia (1.6). Según la FAO, la CEPAL, el Banco Mundial y la Organización Internacional de la Madera Tropical (OIMT), entre el 2000 y el 2010 se deforestaron en Venezuela 280.000 hectáreas por año lo que contribuye más de 100 millones de toneladas adicionales de CO_2 por año, elevando el promedio a más de 10 toneladas por habitante. Venezuela se coloca así entre los 20 países más contaminantes del planeta en emisiones de CO_2 por habitante.

En conclusión, la crisis que padecemos es histórica, estructural y cultural y su desenlace tiene que ser entendido y asumido en el contexto de dicha complejidad. O nos inventamos como nación en un nuevo modelo más allá del combustible fósil o seguimos errando en el extractivismo.

29.1.2 **Derechos indígenas y derechos ambientales**

Como es obvio, en este contexto de fuerte extractivismo los derechos indígenas y medioambientales son atacados frecuentemente pese a su reconocimiento constitucional.

[5] Ver Julio César Centeno https://www.aporrea.org/actualidad/a189644.html.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999 establece los denominados derechos ambientales, mediante los cuales el Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. (art. 127). Por ende y bajo esa premisa, desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, que incluyen el derecho a la información, consulta y participación ciudadana (art. 128). En tal sentido, cualquier actividad económica minera o de explotación de recursos naturales que puedan generar daños ecológicos, deberán ser previamente acompañada de estudios de impacto ambiental y socio cultural (art. 129).

La Constitución venezolana dispone una protección integral del medioambiente, dichos derechos buscan prever y cuando menos soslayar cualquier conflicto que cause o ponga en peligro el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica, en conclusión, salvaguardar la Pachamama o madre tierra. Ello es consecuente con la realidad innegable de afectación mundial a la medioambiente y destrucción de ecosistemas fundamentalmente por conflictos derivados de grandes proyectos eléctricos, extractivos o mineros, muy ligados a los recursos hídricos que producen fuertes impactos sobre el hábitat, la alimentación y los modos de vida de las poblaciones que ocupan el territorio.

La necesidad de su protección deviene del alto nivel de inversión en exploración para el desarrollo de procesos extractivos, pues «solo en 2014, América Latina captó el 27 % de la inversión en exploración minera a nivel mundial. Durante el 2015, alcanzó el 28 %, seguida por Norteamérica (Canadá y EE. UU.), con un 22 %, Australia y el Sudeste Asiático con un 17 %, África con un 14 %, y el resto del mundo, con un 19 %» [6].

Muchas veces las empresas que llegan, generalmente norteamericanas y europeas, se encuentran además con un panorama legislativo que les es absolutamente favorable. En aras de atraer la inversión extranjera, los gobiernos llevan a cabo profundos procesos de desregularización, por los que se suavizan

[6] Moura, Carolina; Chammas, Danilo; Filippis, Pedro; Diniz, Rosimeire; Papatella, Vinicius; Sánchez Couto, Xoán Carlos; Bottaro, Lorena; Cerutti, Débora; Marín, Marcela, y Sola Álvarez, Marian (2015) «Conflictos Mineros en América Latina: Extracción, Saqueo y Agresión Estado de Situación en 2015», Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, OCMAL. Junio 2016. pp. 5-6. Encontrado en: https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/2017/03/Conflictos-Mineros-enAmerica-Latina-Extraccion-Saqueo-y-Agresion-2015.pdf.

o eliminan leyes de protección laboral, social y medioambiental. Los ecologistas, en su mayor parte ciudadanos locales de escasos recursos, son vistos como opositores al desarrollo y obstáculos para el crecimiento económico del país y de las empresas, que en ocasiones obligan a las poblaciones a desalojar por la fuerza el área donde viven, violando incluso los acuerdos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que obliga a los Estados a hacer una consulta previa en el caso de las comunidades indígenas.

El Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) en conjunto con el Grupo de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la Universidad de los Andes (ULA)-Venezuela, presentaron formal denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión a la creación del Proyecto del Arco Minero en Venezuela, donde arguyeron la violación de principios y garantías constitucionales así como la transgresión de los tratados y acuerdos internacionales en materia ambiental e indígena suscritos y ratificados por Venezuela. Para los denunciantes el Estado venezolano con ocasión del AMO, antes de otorgar las referidas concesiones no realizó previamente los estudios de impacto ambiental y socio cultural (susceptibles de ocasionar daños a los ecosistemas (art. 127 CRBV), afectando áreas bajo régimen de administración especial como en el Estado Bolívar, monumentos naturales, reservas forestales y reservas hídricas entre otras, siendo de las más emblemáticas el Parque Nacional Canaima, sitio sagrado del pueblo indígena Pemon (kamarakoto, arekuna y taurepán), proclamado Patrimonio Mundial Natural de la Humanidad en diciembre del año 1994 por la UNESCO, con una extensión de tres millones de hectáreas, así como el embalse el Gurí, principal fuente de energía eléctrica de Venezuela.

Aunado a ello, el Estado venezolano violentó el derecho a consulta y al consentimiento previo, libre, informado y de buena fe, establecido en el artículo 120 de la constitución, así como el Convenio 169 de la OIT. El estado venezolano confunde deliberadamente el derecho a la consulta con el derecho al consentimiento debidamente diferenciados, tanto en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas del año 2007, así como en la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2017), en las cuales se le exige a los estados partes a consultar de manera previa a los pueblos originarios cuando se aprovechan recursos naturales en sus hábitat indígenas. Derechos igualmente reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en las Sentencias del 28 de noviembre 2007 caso Pueblo Indígena Saramaka contra Surinam75,

y del 27 de junio del 2012 caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, respectivamente [7].

En cuanto el Arco Minero del Orinoco y la demarcación de los territorios indígenas, este sigue siendo un derecho pendiente de los pueblos y comunidades indígenas, pues solo apenas se han titulado el 12 % de sus hábitats, violando el artículo 119 CRBV; correspondiéndole a las comunidades indígenas compartir su territorio con empresas transnacionales, poniendo con ello en peligro su vida y sus territorios ancestrales [8].

Conforme a lo antes señalado, si consideramos los precedentes jurisprudenciales de la CIDH, la no realización previa por parte del Estado venezolano de los estudios de impacto ambiental y socio cultural, pone en riesgo o genera afectación real de áreas bajo régimen de administración especial que se encuentran en el estado Bolívar, monumento naturales, reservas forestales y parques nacionales como el Parque Nacional Canaima declarado patrimonio de la humanidad, así como las reservas hídricas de importancia mundial como el embalse del Gurí, entre otras, que sirven para establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos o que pudieran producirse por los procesos extractivistas del AMO.

La omisión del derecho a la consulta de manera previa, formal y consensuada a los pueblos originarios, por aprovechamiento de recursos naturales en sus hábitats indígenas vulnera igualmente sus derechos al acceso a la información ante posibles afectaciones al medio ambiente, siéndole negado el derecho de participación pública en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente por el AM). De igual forma, la falta de demarcación de los territorios indígenas sigue siendo una limitante del ejercicio político estructural de un sistema de justicia propio que permita su desarrollo social, político, económico y territorial pues los procesos extractivistas se dan sin participación, opinión ni aprobación de estos derechos pendientes, muy a pesar de su positivación en la norma Constitucional.

El estado venezolano debe tener como premisa la obligación de protección del medio ambiente, y prever los efectos nocivos que devengan de los procesos extractivos, respetando y garantizando los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente incluyendo

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), «Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012». Encontrado en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Venezuela: Arco Minero del Orinoco» (2016). [Video] Licencia Atribución de Creative Commons. Publicado el 02/12/2016.
Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_9dt2rjLsCM&feature=share.

los probables daños ambientales significativos, no solo dentro sino fuera de su territorio mediante la regularización, supervisión y fiscalización de las actividades bajo su jurisdicción. Tales funciones de supervisión y fiscalización deben ser oportunas, es decir, que deben materializarse antes de que se produzca el hecho dañoso conforme al principio de precaución como sostiene la CIDH [9], evitando con ello daños graves o irreversibles al medio ambiente que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aún en ausencia de certeza científica.

Obsérvese que en la referida audiencia realizada ante la Comisión de Derechos Humanos con la participación del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la Universidad de Los Andes, junto al Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea), se advierte que el estado venezolano en el caso del AMO incumplió el derecho de acceso a la información sobre posibles afectaciones que este proyecto podía generar al medio ambiente, negando el derecho a la participación pública del grueso de las comunidades indígenas que pudieren resultar afectadas, además impidió la participación de estos en la toma de decisiones y políticas en relación al AMO, lo que puede traducirse en una afectación real del medio ambiente, hábitat o territorios ancestrales, como consecuencia de la extracción de minerales generando efectos nocivos en los territorios de los pueblos indígenas que residen en él. Derechos que al ser conculcados por la actualización del hecho dañoso deben ser considerados crímenes medioambientales pudiendo ser catalogados como delito de lesa humanidad ya que la degradación o puesta en peligro de la biodiversidad de un ecosistema y el territorio de quienes en el habitan, podría calificar como un ataque sistemático y generalizado a dos derechos interdependientes como lo es a un ambiente sano y a los territorios ancestrales como derechos humanos fundamentales para hacer posible el derecho a la vida, lo cual es consonó con la doctrina y la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión, tal como se observa en las citadas sentencias.

Para el profesor Alexander Luzardo, expresidente de la Comisión de Ambiente del extinto Senado venezolano, «el arco minero representa un suicidio ambiental donde estamos cambiando el rentismo petrolero por uno minero (…). Sin preservación de la biodiversidad no hay reactivación económica posible» [10].

---

[9] Opinión Consultiva ya citada *ut supra*.

[10] Ecocidio en el Arco Minero. (2016). Víctima colateral de la «guerra económica». (2016). *Diario Caracas*. Publicado el 18/09/2016. Encontrado en: http://diariodecaracas.com/que-sucede/ecocidioen-el-arco-minero-victima-colateral-la-guerra-economica.

En tal sentido, a pesar de la retórica del Estado venezolano, sobre la necesidad de avanzar hacia una economía productiva, lo más grave del arco minero es que, tal como está proyectado, causará daños irreversibles al ambiente. Daños que no solamente afectarán a los que viven en la zona directamente intervenida por la explotación. Pensemos en los bosques y las fuentes de agua. El impacto sobre los recursos boscosos e hídricos lo sentirán todos los venezolanos, y como quiera que los daños ambientales comprometen los derechos transgeneracionales es un problema de interés mundial [11].

Por lo antes expuesto, cabría que preguntarse si dichos ilícitos pueden ser objeto de persecución legal en Venezuela y, en especial, en instancias exteriores al país por organismos internacionales o por órganos jurisdiccionales de otros países.

Finalmente, como se puede observar, el fuerte impacto y las consecuencias que ha ido dejando la expansión de la frontera extractiva de la minería en la región vulnera cada vez con más intensidad los derechos colectivos de las comunidades en donde se instalan, por lo que la defensa de los territorios es un componente central bajo este contexto de opresión. Actualmente América Latina concentra una «cantidad desproporcionada» de conflictos por las actividades mineras. Frente a este escenario, el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL) señala que [12]:

A pesar de que tenemos la presión de la minería, podemos pensar un futuro donde las comunidades cada vez exigen y deciden de forma autodeterminada defender y negarse a entregar sus territorios para ser impactado ambientalmente por la minería, así como también, que las condiciones sean cada vez más exigentes y las medidas de protección actualizadas a las nuevas informaciones sociales, y técnico-científicas (…) Dar a conocer estas tendencias es uno de los objetos de esta publicación de modo que cada vez más, junto a comunidades afectadas y la sociedad consciente de los riesgos de seguir profundizando la destrucción de nuestro planeta, podamos contribuir a caminar hacia una sociedad post extractivista.

---

[11] *Ibid*.

[12] Bottaro, L, y Álvarez, S, Marian, Argentina; Colectivo CASA, Bolivia; Chile; CENSAT Agua Viva/Amigos de la Tierra, Colombia; Acción Ecológica, Ecuador; CEIBA, Guatemala; CEHPRODEC, Honduras; Centro Humboldt, Nicaragua; Colectivo Voces Ecológicas, Panamá; Cooperacción, Perú. (2017). *«Conflictos mineros en América Latina: Extracción, saqueo y agresión. Estado de situación en 2016»*. Textos de Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA). OCMAL, pp. 76-77.

29.2 CONCLUSIONES

29.2.1 **Extractivismo, déficit democrático y ausencia de derechos fundamentales**

En la República Bolivariana de Venezuela se dan tres condiciones de manera simultánea: primero, junto a Bolivia y Ecuador, se trata de Estados con las últimas constituciones de América Latina en reconocer e incorporar derechos indígenas como parte del catálogo de derechos fundamentales; segundo, son países extractivistas donde la materialización de los derechos indígenas cabalga con la propiedad del Estado sobre los recursos hidrocarburíferos que se encuentran en el subsuelo; tercero, todo lo anterior conlleva a que en la mayoría de los casos los derechos indígenas riñan con la condición extractiva de cada uno de esos países.

En este trabajo pretendimos dar cuenta de esta realidad, en el entendido que mientras los modelos económicos de ambos países se sustenten en actividades extractivistas las cuales se llevan a cabo en su inmensa mayoría en territorios ancestrales indígenas, habrá cada vez mayor dificultad para el logro de la concreción de los derechos. Nuestra intención fue mostrar que la necesaria construcción de la democracia intercultural en Venezuela, tal como está reconocida en la constitución debe trascender el extractivismo, basando la emergencia de un nuevo modelo civilizatorio ya no en la idea de recursos naturales sino fundamentalmente en la de fuentes de vida.

Como la advertimos, Venezuela ha tenido una historia económica en varios momentos: a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX de carácter agrícola que paulatinamente estaría determinada por el recurso petrolero; en los años subsiguientes del siglo XX de carácter rentista, cuando en el caso venezolano el país se acostó siendo agrario y campesino y despertó siendo petrolero y obrero haciendo depender toda su economía de la renta petrolera. Como corolario de los dos momentos anteriores en el siglo XXI se convertiría en extractivista, cuando su condición democrática (y en consecuencia sus vocaciones agrícolas, ambientales e interculturales entre otras) están siendo paulatinamente sustituida por su condición extractiva.

En la actualidad, se trata de determinar si la construcción democrática en países de economías extractivistas tiene la capacidad de hacer efectivos derechos fundamentales reconocidos en sus respectivos contratos sociales. Nuestra perspectiva es que ello es difícil pues el modelo en sí mismo es negador de derechos.

29.2.2 **Posibilidades de persecución legal en Venezuela y, en especial, las posibilidades de persecución en instancias exteriores al país (organismos internacionales o por órganos jurisdiccionales de otros países)**

El Principio de Jurisdicción Universal (PJU) está expresamente establecida en la legislación de Venezuela en el artículo 4.9, del Código Penal (CP) de Venezuela, que refiere a los delitos de piratería cometidos en alta mar así como otros «delitos de los que el Derecho Internacional califica como atroces y contra la humanidad», entendiéndose por este último según la Corte Penal Internacional (CPI) «cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; por ende esta norma sustantiva penal comprende los delitos de lesa humanidad, genocidio, trata de blanca, tráfico de estupefacientes, trata de esclavo y otros hechos que conmueven la conciencia universal por su crueldad y horror. El PJU o la extraterritorialidad de la ley penal está igualmente contenidas en el catálogo de leyes penales especiales como la Ley Penal del Ambiente (Art. 2), la Ley de Ilícitos Informáticos (Art. 3) y la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Artículo 31).

El PJU está expresamente contenido en el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (art. 60 COPP), estableciendo la extraterritorialidad de la ley penal a todos aquellos delitos cometidos fuera del territorio cuando puedan o deban seguirse en Venezuela. Así pues, Venezuela despliega su poder jurisdiccional en base a principios de territorialidad (cuando el crimen se haya cometido en su territorio art. 3 CP y art. 10, 11 y 12 CRBV), y ejerce la extraterritorialidad de su jurisdicción (art. 60 COPP), para delitos cometidos en el extranjero, en los supuestos de aplicabilidad del principio de personalidad activa (cuando el autor del crimen sea un nacional Art. 4.4 CP y Art. 6 CP), de personalidad pasiva (cuando la víctima sea nacional), y el principio de defensa de la seguridad e intereses del Estado (cuando ese crimen lesione a algún interés soberano del país o ponga en peligro la seguridad del Estado venezolano artículos 4. numerales 2.3.6.11.12.16 CP). De manera que mediante estas normas sustantivas y adjetivas penales se puede castigar conductas cometidas para infracciones que transgreden normas consideradas protectoras de bienes jurídicos universales.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante jurisprudencia reconoce la aplicación de la Jurisdicción Universal en los delitos de lesa humanidad afirmando que «…un Estado puede perseguir, investigar y juzgar a los

autores de delitos cometidos de lesa humanidad, independientemente de cuál sea su nacionalidad y donde se haya cometido el hecho punible, cuando no proceda la extradición (Sentencia Núm.. 322 de Sala de Casación Penal de fecha 13/07/2006, Caso: *Estados Unidos de América&Carlos Ojeda Herrera*)».

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela jurisprudencialmente conceptualiza el crimen de lesa humanidad en materia de drogas, señalando que son delitos pluriofensivos, ya que atentan gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas y de igual forma generan violencia social en los sectores donde se despliega dicha acción delictual (Sentencia Núm. 568 de fecha 18/12/2006, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia Caso: *Estado Venezolano&Tcnel (Ej.) Pedro José Maggino Belicchi*); en materia de transporte y tráfico de sustancias estupefaciente y psicotrópicas.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela delimita la calificación de los delitos de lesa humanidad al legislador conforme al principio de legalidad acogiendo su conceptualización conforme al Estatuto de Roma de la CPI, dejando expresamente señalada su imprescriptibilidad. Dejando expresamente asentado la jurisprudencia que el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido y toda persona que cometa un delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción (Sentencia: 193 Núm.. de Expediente: C10-311 de fecha 22/05/2011 y Sentencia: 317 Núm.. de Expediente: A10-201 de fecha 28/07/2010, ambas emanadas de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia).

En Venezuela existen dos medios complementarios para el ejercicio de la JPU: el enjuiciamiento por tribunales penales internacionales y la aplicación nacional del principio de la jurisdicción universal. El primero, se sustenta en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual se tipifican los crímenes de guerra, agresión, genocidio y crímenes de lesa humanidad, mediante un tratado multilateral suscrito y ratificado por Venezuela que consideramos por mandato constitucional es de aplicación complementaria y subsidiaria, cuando la jurisdicción nacional no pueda o no quiera juzgar tales crímenes o haciéndolo, su juzgamiento se traduzca a materializar la impunidad del delito mediante cosa juzgada aparente, sin que sea necesario armonización mediante modificación legislativa interna. En consecuencia, disentimos de la tesis de quienes señalan que, para la aplicación del Estatuto de Roma, es necesario previamente plasmar una Ley Aprobatoria desde donde se afianza esa obligación. Posturas que no son cónsonas con las normas constitucionales so-

bre el rango o jerarquía que alcanzan los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela que tienen fuerza de ley, máxime si dichos acuerdos buscan la protección y salvaguarda de los derechos inherentes a la persona humana.

Respecto a la Jurisdicción Universal establece los denominados delitos graves de derecho internacional en el artículo 2.1.2 de los Principios de Princeton 2001: «la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura (…) sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros delitos de derecho internacional». En este sentido, la JU además de tipificar los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma de la CPI, aborda otros delitos que ofenden a la humanidad dejando además la posibilidad cierta de incorporar progresivamente nuevas formas de delitos graves de derecho internacional, que resultan de las recientes y apremiantes necesidades humanas.

Ahora bien, los Principios de Princeton han experimentado novedades y avances incrementando su ámbito de aplicación a nuevos derechos o una reinterpretación de derechos ya existentes mediante los denominados Principios de Madrid-Buenos Aires 2015. En su artículo 3 establece dos nuevos delitos de reprochabilidad universal, vale decir, los «crímenes económicos y medioambientales» señalando «la Jurisdicción Universal también será aplicable a los crímenes económicos y contra el medio ambiente que por su extensión y escala afectan gravemente los derechos humanos de grupos o colectividades o supongan la destrucción irreversible de ecosistemas». De manera que cuando un crimen económico, financiero o medioambiental afecte a una colectividad de personas y el ataque sea de forma generalizada o suponga la destrucción definitiva de un ecosistema, puede ser considerado un crimen de lesa humanidad.

Los crímenes económicos y medioambientales se asocian al concepto de «crímenes contra la humanidad» cometidos por personas que sistemáticamente han abusado de otras, por ejemplo en relación a los derechos humanos entendiéndose como cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

En relación a los crímenes económicos, la población de un estado o parte de ella (grupo) puede igualmente ser objeto de graves agresiones o ataques sistemáticos por quienes ejercen el poder del Estado, cuando la incapacidad de este en el establecimiento de las políticas económicas o financieras causen especulación en los productos de primera necesidad, altos niveles de inflación o en su intervención directa y monopólica en el suministro, control y distribución de alimentos, medicamentos o generen exclusión social, deficiente acceso

a la salud, alimentación, educación y trabajo, lo cual pudiera entenderse como una variante de muerte lenta de la población generando su sometimiento a la voluntad estatal o financiera.

Los pueblos y comunidades indígenas pueden ser objeto de graves agresiones a sus derechos que, cuando sean cometidas de manera sistemática, podrían conformar el tipo penal de crímenes de lesa humanidad. Los asesinatos, deportaciones, traslados forzosos, esclavitud, privaciones de libertad, torturas, desapariciones, violaciones y el apartheid de estas comunidades, serían conformadores de un crimen contra la humanidad, siempre que esas prácticas no se hicieran con una finalidad de exterminio sino con la de cometer una agresión contra ese grupo humano.

Todo lo anterior nos llevaría a preguntarnos: ¿Cuáles son los supuestos o sustentos de una consideración de crimen de lesa humanidad por lo que está ocurriendo en el Venezuela? Otro tema importante es el de determinar como el extractivismo es en sí mismo un crimen de lesa humanidad por los impactos y daños inciertos que ello ocasiona y por poner en cuestión de manera directa y anticipada el principio de precaución.

Finalmente, otro aspecto importante a tener en cuenta es la responsabilidad o connivencia directa de las empresas y corporaciones transnacionales en la comisión de crímenes de lesa humanidad: ¿En ese caso quién responde? ¿El mandatario del país de origen de la empresa? ¿El presidente o director de la empresa? ¿Su consejo directivo? ¿El que ejecuta la decisión?

Estas y otras interrogantes quedan pendientes de dilucidar, y las mismas solo serán posibles de responder mediante un estudio detenido y una investigación sistemática del mayor plan de destrucción extractivista masivo al norte y sur del Orinoco de Venezuela, conocido como Plataforma Deltana y, su corolario, el Arco Minero del Orinoco.

30. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA Y MINERALES EN CONFLICTO

Luis Miguel Vioque Galiana*
Universidad de Castilla-La Mancha

30.1 INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) está avanzando desde la pasada década en el desarrollo de políticas y normativas dirigidas a establecer requisitos a las empresas para que prevengan y reparen los abusos de derechos humanos vinculados a su actividad. Desde la adopción de la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas [1], se han aprobado normativas jurídicamente vinculantes para el ejercicio de la diligencia debida. Una de las primeras y más detalladas, a la que dedicamos el presente capítulo, ha sido el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (en adelante Reglamento sobre minerales de conflicto) [2]. Esta normativa fue pionera en el marco regulatorio de

* Este trabajo ha sido escrito en el marco de un contrato predoctoral de formación investigadora (Resolución de 03/06/2019 de la Universidad de Castilla-La Mancha), del Plan Propio de I+D+i, cofinanciado por el Fondo Social Europeo. [2019/5964].

[1] Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 25.10.2011 COM (2011) 681 final.

[2] *Regulation (EU) 2017/821 of the EP and of the Council of 17 May 2017, laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas*.

la UE al apostar por el desarrollo de programas de cumplimiento en derechos humanos basados en la diligencia debida en las cadenas de suministros; diligencia debida entendida como un conjunto de medidas y procesos destinados a asegurar el deber de las empresas de respeto por los derechos humanos con el desarrollo de su actividad [3].

En cuanto al comercio internacional de minerales, desde finales del siglo pasado, la actividad de las empresas multinacionales dedicadas a la industria extractiva [4] se ha vinculado a la comisión de graves violaciones de derechos humanos a las poblaciones de los estados de acogida. Dichas agresiones se han incrementado desde finales del pasado siglo XX con la revolución tecnológica, que ha dotado de nuevas aplicaciones a materias primas como los diamantes, el coltán o el oro; minerales que han ocupado un nuevo estatus al convertirse en imprescindibles para la industria electrónica, armamentística o aeroespacial.

Fue en los años noventa cuando los «diamantes de sangre» captaron la atención internacional y se propusieron las primeras medidas para controlar el comercio y las cadenas de suministros de minerales. Ello se debió a que con el conflicto armado vivido en Sierra Leona entre 1991 y 2002 se evidenciaron los vínculos entre gravísimas violaciones de derechos humanos y el comercio internacional de diamantes [5]. Tras los «diamantes de sangre» fue el turno de determinados minerales como el coltán, la casiterita o el oro, cuya extracción y comercio han sido el motivo de fondo de los dos graves conflictos armados librados en el territorio de la República Democrática del Congo (RDC) entre 1996 y 2003 [6].

Como quedó patente, por medio de la actuación empresarial vinculada a la extracción y comercio de materias primas se ha fomentado, de forma direc-

---

[3] *Substantive elements of potential legislation on human rights due diligence, Police Department for external Relations, Directorate General for External Policies of the Union. PE 603.504, June 2020.*

[4] Por industria extractiva se entiende aquella dedicada a extraer y explotar recursos del subsuelo como gas, petróleo o minerales.

[5] Los diamantes expoliados en Sierra Leona por el *Frente Unido Revolucionario* eran intercambiados por armas con el expresidente de Liberia, Charles Taylor, para ser vendidos a compañías internacionales comercializadoras de diamantes. Por ello, en 2001 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas impuso a Liberia un embargo de armas y un plazo de 2 meses para desvincularse del *Frente Unido Revolucionario*. Véase Morán Blanco, S., «Sierra Leona: de la guerra civil (1991-2002) a la situación actual. Obstáculos y avances» en Fernández Rodríguez, M., y Martínez Peñas, L. (Coords.) *Reflexiones sobre jurisdicciones especiales*, Omnia Mutantur, España, 2016, pp. 467-504.

[6] El motivo de fondo detrás del conflicto de la RDC era el acceso y control de los recursos minerales, con la implicación de empresas que fomentaban directa o indirectamente su financiación con el comercio de materias primas. Véase el Informe del Grupo de expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras riquezas de la República Democrática del Congo S/2001/357, de 12 de abril de 2001. Un mayor detalle sobre las luchas de poder por el control de los recursos naturales en la RDC, en Ballesteros Moya, V., *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, J. B. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 354-367.

ta o indirecta, la perpetuación de conflictos armados con el objetivo de mantener la inestabilidad en determinados territorios ricos en minerales, con el fin de obtener mayores beneficios empresariales. Con ello, se ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar medidas dirigidas a regular el comercio de minerales, así como fomentar el buen comportamiento empresarial y la diligencia debida en las cadenas de suministros [7].

Los ejemplos de violaciones de derechos humanos vinculados a la extracción de minerales no solo los encontramos en Sierra Leona o la RDC, sino que van mucho más allá y se cometen en muchos otros países no solo de África, sino también del continente americano [8]. Algunos de estos casos han llegado a judicializarse en países occidentales donde se encuentra la sede de la matriz del grupo multinacional. Como ejemplo, el caso *Nevsun Resources Ltd. v. Araya* ('Nevsun'), en el que tres ciudadanos eritreos demandaron en Canadá a la compañía Nevsun Resources Ltd. por haber sido obligados a trabajar durante el servicio militar en una mina de su propiedad ubicada en Eritrea. En el caso, que ha llegado hasta la Corte Suprema Canadiense, los demandantes alegaban haber sido obligados a trabajar en condiciones de esclavitud en una mina que pertenecía en un 60 % a la compañía canadiense Nevsun y en un 40 % a la Corporación Nacional de Minería de Eritrea [9].

Antes de profundizar en el origen y contenido del Reglamento sobre minerales de conflicto, se hace necesario hacer una breve introducción sobre el funcionamiento de las cadenas de suministros de minerales y las recomendaciones realizadas por Naciones Unidas y la OCDE. Será después cuando se desarrollará brevemente el contenido del programa de cumplimiento por terceros diseñado por la normativa europea basado en la *due diligence* como herramienta de gestión de las cadenas de suministros de minerales. Como punto final

[7] Finalizado el conflicto bélico en la RDC grupos armados no estatales e incluso facciones de las Fuerzas Armadas estatales se asentaron en territorios mineros causando graves violaciones de derechos humanos causando la desestabilización de la zona. Informe Final del Grupo de Expertos preparado con arreglo a los dispuesto en el párrafo 6 de la Resolución 1896 (2009) del Consejo de Seguridad, 29 de noviembre de 2010, S/2010/596. Véase a este respecto Cervera Vallterra, M., «Democratic Republic of Congo: perverse effects of globalization on failed state», en *Anuario Español de Derecho Internacional,* vol. 30, 2014, pp. 131-133.

[8] Como ejemplos violaciones de derechos humanos en Perú o Venezuela relacionadas con la actividad extractiva de minerales. Véase la página web del Proyecto REPMULT, Entrevistas Multinacionales y Derechos Humanos, «Responsabilidad Penal de Multinacionales por Violaciones de Derechos Humanos-Minería Ilegal», Percy García Cavero y Vladimir Aguilar,. http://blog.uclm.es/repmult.

[9] El 28 de febrero de 2020 la Corte Suprema ha rechazado la petición de archivo de la demanda y continuar su tramitación al entender que el Derecho internacional de los derechos humanos forma parte del Derecho canadiense y que, en la actualidad, existe una corriente creciente que aboga por que el derecho internacional de los derechos humanos sea aplicable a corporaciones al igual que a los Estados. *Vid.* Supreme Court of Canada, February 28, 2020, Docket 37919, Citation Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC5.

se ofrece una reflexión sobre las diferentes vías para castigar los incumplimientos empresariales de las nuevas obligaciones de diligencia debida en el ámbito de los minerales. Frente al modelo de la responsabilidad civil por el que finalmente ha apostado la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, se plantea la creación de tipos penales destinados a castigar los más graves incumplimientos empresariales, tomando la protección de los derechos humanos como bien jurídico protegido en el marco de un futuro Derecho penal europeo económico de los derechos humanos [10].

30.2 LAS CADENAS DE APROVISIONAMIENTO DE MINERALES

En cuanto al tipo de empresas que participan en las cadenas de valor de minerales, podemos diferenciar entre las que operan «aguas arriba», en lugares cercanos a los yacimientos dedicadas a la extracción y comercio de minerales; y las situadas «aguas abajo», más cercanas al consumidor final y que integran el mineral o sus derivados en sus productos. En ambos casos adquiere gran importancia la participación de empresas multinacionales, con sedes en países distintos al lugar en el que se cometen las agresiones sobre derechos humanos y dotadas de un gran poder económico –en ocasiones mayor al del propio Estado en el que se extraen las materias primas–. Realizar la distinción entre las compañías que actúan en las fases iniciales –«aguas arriba»– y las que operan en las fases finales –«aguas abajo»– resulta imprescindible a la hora de diseñar el programa de cumplimiento en derechos humanos e implementar las medidas de diligencia debida adecuadas para la gestión de la cadena de suministros.

Los eslabones iniciales son ocupados por empresas extractoras y comerciantes internacionales de concentrado de mineral. Dado a que principalmente los minerales 3TG se obtienen en países de Suramérica, África o el Sureste Asiático –en los que la protección de derechos humanos es más laxa que en países como los europeos o norteamericanos–, las empresas que operan en este primer eslabón de la cadena de valor son las mejor posicionadas para controlar que en el lugar de origen de las materias primas no se cometen graves violaciones de derechos humanos.

El concentrado de mineral recorre la cadena de valor, en ocasiones con la intermediación de agentes, hasta llegar a las instalaciones de fundición y refinería

[10] En profundidad sobre esta nueva propuesta, véase Nieto Martín, A. «Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos», *InDret*, núm. 3, 2020.

ubicadas principalmente en Alemania, Estados Unidos, China o India [11]. Estas instalaciones de fundición y refinería son los operadores de «tránsito» de la cadena de valor, pues se encargan de transformar el mineral obtenido por los operadores «aguas arriba» en minerales procesados y metales que se ponen a disposición de los operadores «aguas abajo». El control de estas instalaciones resulta indispensable para asegurar una correcta trazabilidad de los minerales, pues en ellas se mezclan los minerales procedentes de distintas zonas geográficas del mundo para ser fundidos y producir lingotes de metal. Esto es importante ya que una vez que el metal sale de las instalaciones de fundición y refinería es imposible realizar una trazabilidad individualizada y conocer su concreta procedencia.

El mineral refinado o metal continúa su recorrido por su cadena de valor hasta llegar a los primeros operadores situados «aguas abajo», los importadores de minerales o metales. Estas empresas, que cotizan en las bolsas de metales y fijan el precio con su cotización, ponen los minerales procesados a disposición de la industria para que continúen su recorrido por la cadena de valor hasta su llegada al consumidor final.

Respecto a las empresas que incorporan los minerales y metales en sus productos o los emplean para su fabricación, la globalización comercial ha propiciado que los operadores se multipliquen en este eslabón de la cadena de valor. Ello se debe a que como consecuencia de la descentralización y la externalización de servicios en los procesos de fabricación participan multitud de empresas, como las dedicadas a la fabricación de todo tipo de componentes de productos electrónicos, condensadores y circuitos, micho-chips, baterías, etc. A su vez, estas compañías venden sus productos a otras empresas, como las dedicadas al montaje y ensamblaje de tarjetas o circuitos, para que el mineral continúe su recorrido a lo largo de la cadena de valor hasta que finalmente llega a los fabricantes de componentes electrónicos finales, que ponen el producto a disposición del consumidor final.

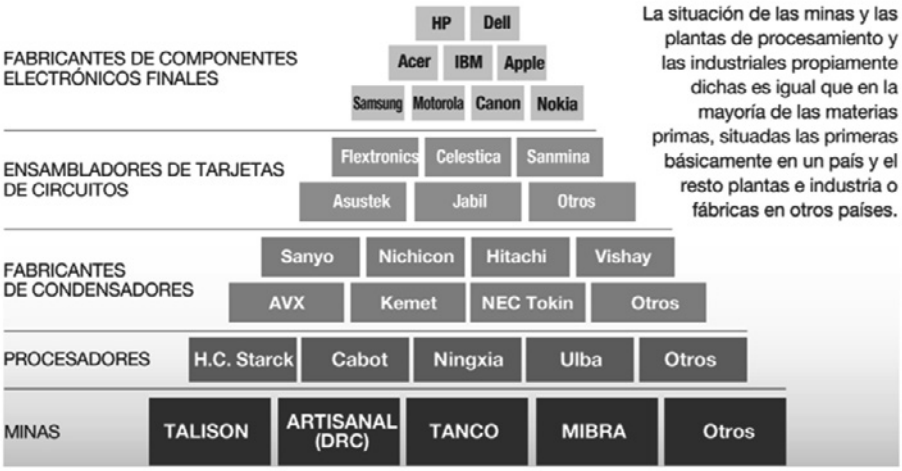
A diferencia de lo que ocurría en épocas pasadas, puede que el producto que incorpora el mineral 3TG sea comercializado por una compañía que no ha participado en su producción, sino que externaliza el proceso de fabricación y se encarga exclusivamente de su comercialización [12].

---

[11] Debido a la participación de múltiples agentes en las fases iniciales de la cadena de valor del coltán una de las formas utilizadas para camuflar el mineral obtenido ilegalmente ha sido exportarlo con la intermediación de segundos países que lo camuflan como extraído de forma legal. *Vid.* Tiffany MA, «China and Congo´s coltan connection», Project 2049 Institute, 22 de junio de 2009. https://project2049.net/2009/06/22/china-and-congos-coltan-connection/.

[12] Para una explicación más detallada de los operadores de la cadena de valor de minerales 3Ts, consultar «Tras la veta del tantalio», Centro de Documentación e Información de Bolivia (CEDIB), 2017, disponible en https://cedib.org/publicaciones/tras-la-veta-del-tantalio-cedib-2017/.

Ejemplo de cadena de valor de minerales 3TG [13]



30.3 DERECHOS HUMANOS, OBLIGACIONES DE *DUE DILIGENCE* Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO

La adopción por Naciones Unidas en 2011 de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos (Principios Rectores) supuso un punto de inflexión en el debate internacional sobre la forma de articular mecanismos para exigir a las empresas las mismas obligaciones de respeto a los derechos humanos que las asumidas por los Estados. Con esta normativa de *soft law*, Naciones Unidas desarrollaba su Marco de tres pilares dirigidos a Proteger, Respetar y Remediar frente a las agresiones de derechos humanos cometidas por empresas [14].

Una de las mayores aportaciones de los Principios Rectores en cuanto a la gestión responsable de las cadenas de suministros se contiene en el Principio

[13] Imagen extraída del documento publicado por el Centro de Documentación e Información de Bolivia «Tras la veta del Tantalio», CEDIB, 2017.

[14] En mayor profundidad, Márquez Carrasco, C., «Elementos claves de la implementación de los Principios Rectores de las naciones sobre empresas y derechos humanos en la Unión Europea», en Márquez Carrasco, C., Vivas Tesón, I., *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 26-38; y Esteve Moltó, J. E., «The Guiding Principles on transnational corporations and human rights under the United Nations to "protect, respect and remedy": towards corporate responsibility and institutional complacency?», en *Anuario Español de Derecho Internacional,* vol. 27, 2011, pp. 317-351.

núm. 17, pues define la diligencia debida como el proceso por el que las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y reparar los impactos negativos sobre derechos humanos derivados de su actividad; lo que se traduce en una exigencia a las empresas de implementar en sus sistemas de gestión programas de cumplimiento en derechos humanos que controlen su actividad [15].

La aplicación práctica de los Principios Rectores conlleva el desarrollo de programas de cumplimiento en derechos humanos basados en la diligencia debida y el cumplimiento de terceros, como son los proveedores de las cadenas de suministros [16]. Estos programas de cumplimiento en derechos humanos se caracterizan por ser participativos –recurriendo a expertos independientes a la organización–, estar orientados a riesgos que causan daño a terceros en lugar a la propia empresa, alcanzar a todos los operadores ajenos a la propia empresa que intervienen en sus cadenas de suministros –proveedores o subcontratistas– y orientarse a la reparación del daño en lugar de ceñirse exclusivamente a la prevención de riesgos [17].

Una muestra de la importancia que la diligencia debida ha adquirido como base de un programa de cumplimiento en derechos humanos la encontramos en las Guías sectoriales publicadas en los últimos años por la OCDE, entre la que se encuentra la dirigida a los minerales de conflicto, con las que se aportan recomendaciones para que las empresas adopten medidas para la diligencia debida de sus cadenas de suministros [18]. Así, se perfilan una serie de elementos de diligencia debida comunes a todos los sectores –como los deberes de transparencia e información– y unas especificidades concretas aplicables a cada sector.

Antes de los minerales, la atención se centró en la regulación para la prohibición de los conocidos como «diamantes de sangre». Para ello, en el año 2000 se introdujo el sistema de certificación *Kimberley Process Certification Scheme,* primera propuesta de *soft law* de Naciones Unidas que provo-

---

[15] Lo que se traduce en realizar evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos derivado de la actividad empresarial, adopción de medidas, seguimiento y comunicación. *Vid.* Muñoz de Morales Romero, M.: «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», en *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020, p. 24.

[16] Nieto Martín, A., «La responsabilidad penal de las empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en Demetrio Crespo, E., y Nieto Martín, A. (Dirs), *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 279-306

[17] Muñoz de Morales Romero, M.: «Vías para la responsabilidad de las multinacionales…2, *op. cit.*, p. 25.

[18] *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas; OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains; OECD, Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector; OCDE, Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting; OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector.*

có una reordenación del mercado de diamantes. Dicho procedimiento encontró su traducción en norma de *hard law* y fue acogido por la UE a través del Reglamento 2368/2002, de 20 de diciembre, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley [19].

En lo que respecta a las sanciones por comerciar con «diamantes de sangre»,, no fue hasta el 20 de julio de 2017 cuando llegó la primera sentencia que contemplaba la responsabilidad de un grupo empresarial dedicado a la exportación y comercialización de diamantes –las sociedades del mismo grupo Badica/Kardiam– dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) [20]. En el caso, habiendo decretado el Consejo de la Unión Europea en 2015 la inmovilización de los capitales en Europa de Badica y Kardiam por prestar apoyo a grupos armados mediante la compra de diamantes, el grupo empresarial solicitó ante el TJUE la anulación de la decisión por no haberse acreditado el haber prestado apoyo a grupos armados mediante el comercio ilegal de diamantes [21]. En su sentencia, el TJUE desestimó el recurso del grupo empresarial confirmando la congelación de activos al haber incluido Naciones Unidas a Badica/Kardiam en la lista de personas y entidades afectadas el 20 de agosto de 2015 de conformidad con la Resolución 2196 (2015). Esta regulación previa a los Principios Rectores ha optado por un método basado en la certificación acompañado de un sistema de sanciones de *global law* [22] que el TJUE ha dado por bueno.

En cuanto a los minerales de conflicto, Naciones Unidas formuló en 2010 sus *Directrices para la diligencia debida en las cadenas de suministro de minerales procedentes de la RDC* [23] (Directrices de Naciones Unidas), donde se planteaba un marco de medidas aplicables a todas las empresas que participan

---

[19] Reglamento (CE) núm. 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto. Dicha regulación limita el principio de comercio a escala mundial bajo la justificación de acabar con la relación reconocida por Naciones Unidas entre los conflictos armados, violaciones de derechos humanos y comercio de diamantes (Resolución 55/56/2000). Sobre el proceso de Kimberley, véase Diago Diago, M.ª P., «El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 72-91.

[20] Asunto T-619/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017. Badica y Kardiam/Consejo.

[21] Se declaró probado que durante 2014 la compañía Badica exportó diamantes obtenidos de yacimientos bajo el control de grupos armados en la República Centroafricana que exigían el pago de impuestos para su transporte aéreo. Dichos diamantes eran enviados a través de Kinshasa y Dubai hasta Amberes a Kardiam para su comercialización.

[22] Como el embargo de bienes, la congelación de activos o la inclusión en «listas negras». En mayor detalle *Vid.* Nieto Martín, A., «Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho Global», en Nieto Martín, A., y García Moreno, B., *Ius puniendi y global law: hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17-110.

[23] Recomendación 19 de la Resolución 1952 (2010) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6432.ª sesión, celebrada el 29 de noviembre de 2010. https://undocs.org/es/S/RES/1952%282010%29

en la cadena de valor de minerales procedentes de la región oriental de la RDC. Este concepto de diligencia debida propuesto por Naciones Unidas se basa en un proceso continuo por el que las empresas deben identificar los riegos de que los minerales con los que se abastecen estén vinculados a violaciones de derechos humanos, conflictos armados o corrupción, y desarrollar estrategias que mitiguen o reparen los daños ocasionados.

Pese a que las Directrices de Naciones Unidas no obligan directamente a las empresas, sino que se dirigen a los Estados para que las den a conocer y promuevan su aplicación en su jurisdicción, sus postulados han servido como pistoletazo de salida para que otras organizaciones internacionales, como la OCDE, elabore su Guía de diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales en áreas de conflicto o de alto riesgo [24]. Uno de los aspectos más interesantes de la Guía es que se dirige a todos los operadores de las cadenas de valor de los minerales, independientemente de su posición, pues todas las empresas del sector se encuentran conectadas desde la extracción del mineral hasta la compra del producto final. Esto resulta de vital importancia ya que todos los operadores que participan en las cadenas de valor de minerales pueden contribuir, de forma directa o indirecta, en los efectos adversos relacionados a su comercio [25]. El sistema propuesto por la OCDE en su Guía incorpora las Directrices de Naciones Unidas y ofrece un sistema de recopilación y transmisión de información a lo largo de la cadena de valor de los minerales –desde su extracción al consumidor final– que permite su trazabilidad e identificación del lugar de obtención. Con ello, se pretende que cada eslabón de la cadena de suministros de minerales recopile determinada información –específica en función de su posición– y la transmita a lo largo de su cadena de valor para detectar aquellos operadores que comercian con minerales obtenidos en zonas de conflicto o alto riesgo.

De forma paralela, el 21 de julio de 2010 el Congreso de los EE. UU. aprobó la Sección 1502 de la Ley Dodd-Frank [26] como medida para frenar las graves violaciones de derechos humanos vinculadas al comercio de minerales. Esta normativa introdujo medidas de transparencia que obligan a las empresas a informar a los consumidores si sus productos se encuentran libres de conflic-

---

[24] *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas,* OECD *Publishing*, Paris, 2016.

[25] Cano Linares, A., «Comercio de minerales, conflictos armados y derechos humanos: hacia un abastecimiento responsable de minerales procedentes de zonas de conflicto», en Díaz Barrado, C. M., Rodríguez Barrigón, J. M., Pereira Coutinho, F. (Directores), *Las empresas transnacionales en el Derecho internacional contemporáneo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 390.

[26] *Section 1502 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act relating to the use of conflict minerals, on July 21*, 2010.

to, con el consiguiente posible daño corporativo a la imagen pudiendo los consumidores «premiar» o «castigar» la conducta empresarial. La normativa fue duramente criticada desde su aprobación, siendo recurrida por Asociación Nacional de Fabricantes y la Cámara de Comercio de US, consiguiendo una victoria parcial en 2014 [27] y su modificación para que ninguna empresa tuviera que identificar sus productos como *no libres de conflicto* y, en su lugar, dejar a voluntad de la compañía la identificación de sus productos como *libres de conflicto* sometiéndose a una auditoría externa que lo certifique [28]. Más aún, en febrero de 2017 *The Guardian* [29] causó gran conmoción en el sector al publicar el proyecto de orden ejecutiva del presidente Trump que amenazaba con suspender la Sección 1502 de la Ley Dodd-Frank, acción que finalmente no ejecutó, pero ordenó a su administración el desarrollo de otra política [30].

Estos principios y normativas previas han servido de base para la aprobación del Reglamento europeo sobre minerales de conflicto, que incorpora gran parte de las medidas propuestas y cuyo origen y contenido se describe a continuación.

30.4 DESARROLLO NORMATIVO DEL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE MINERALES DE CONFLICTO

El Reglamento UE 2017/821 sobre minerales de conflicto ha acogido los postulados de *soft law* de Naciones Unidas y la OCDE para regular la gestión de las cadenas de suministros de minerales, otorgando a las compañías europeas una posición activa en el respeto a los derechos humanos. El objetivo que se persigue con la normativa es introducir medidas de diligencia debida en las cadenas de suministros de minerales 3TG para controlar el comercio de minerales de conflicto y reducir impactos negativos como la financiación de grupos armados.

---

[27] En su sentencia de 14 de abril de 2014 la Corte de apelaciones argumentó que «obligar a una emisora a confesar que tiene sangre en sus manos se interfiere en el ejercicio de su libertad de expresión».

[28] Rodríguez de Ramírez, M.ª C., *La polémica regulación de la de la Comisión de Valores de Estados Unidos sobre minerales provenientes de zonas en conflicto en la cadena de suministro*, D&G Profesional y Empresaria, Errepar, tomo XV, núm. 180, septiembre DE 2014, pp. 971-972.

[29] Véase artículo de Ed Pilkington, «Proposed Trump executive order would allow US firms to sell 'conflict minerals'», publicado por *The Guardian* el 8 de febrero de 2017. Disponible en https://www.theguardian.com/us-news/2017/feb/08/trump-administration-order-conflict-mineral-regulations.

[30] Stoop, N.; Verpoorten, M.; Van Der Windt, P., «Trump threatened to suspend the 'conflict minerals' provision of Dodd-Frank. That might actually be good for Congo», *The Washington Post,* September 27, 2018. Disponible en https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/09/27/trump-canceled-the-conflict-minerals-provision-of-dodd-frank-thats-probably-good-for-the-congo/.

Una de las principales críticas que se le hace es que, a diferencia de las normas de Naciones Unidas, OCDE o EE. UU. que son de aplicación a todos los operadores de las cadenas de valor de minerales –aguas arriba y aguas abajo– el Reglamento sobre minerales de conflicto queda limitado a los importadores de minerales y metales de la Unión Europea (art. 1.2 y 1.3), no siendo de aplicación a las empresas ubicadas en los eslabones aguas abajo que integran dichos minerales y metales en sus productos, reduciendo su alcance y aplicándose a un número menor de compañías que la normativa norteamericana [31]. De este modo, solo se aplicará a las empresas con sede en la UE que importen minerales 3TG y sus correspondientes metales, quedando excluidos los importadores de productos –circuitos, condensadores, etc.– que contengan dichos minerales o sus derivados y los integren en su cadena de producción.

Respecto a la acotación de *zona de conflicto o alto riesgo* en cuanto al origen de los minerales 3TG, el artículo 2.f) los define como territorios que se encuentren *en* «situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de derechos humanos». A diferencia de la Sección 1502 de la Dodd-Frank y la normativa de la SEC que formula una lista exhaustiva de los países cubiertos [32], el Reglamento sobre minerales de conflicto no hace una referencia expresa a la región centroafricana, sino que su artículo 14.2 encomienda a la Comisión que solicite asesoramiento externo para elaborar una lista orientativa, no exhaustiva, de las zonas de conflicto o alto riesgo. En agosto de 2018 la Comisión de la UE, en su Recomendación (UE) 2018/1149 de 10 de agosto de 2018 [33], hacía públicas sus directrices no vinculantes para la identificación de zonas de conflicto o alto riesgo [34].

---

[31] Cano Linares, A., «Comercio de minerales, conflictos armados y derechos humanos: hacia un abastecimiento responsable de minerales procedentes de zonas de conflicto», en Díaz Barrado, C. M., Rodríguez Barrigón, J. M., Pereira Coutinho, F. (Directores), *Las empresas transnacionales en el Derecho internacional contemporáneo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 395.

[32] La normativa considera zona de conflicto o alto riesgo países limítrofes de la República Democrática del Congo que comparten con ella una frontera reconocida internacionalmente, en la actualidad: Angola, Burundi, República Central Africana, República del Congo, Rwanda, Sudán de Sur, Tanzania, Uganda y Zambia.

[33] Recomendación (UE) 2018/1149 de la Comisión de 10 de agosto de 2018, sobre directrices no vinculantes para la identificación de zonas de conflicto y de alto riesgo y otros riesgos relacionados con la cadena de suministro de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[34] Se ofrecen directrices para la identificación de zonas de conflicto o alto riesgo pero sin ofrecerse un listado de países concretos.

El Reglamento sobre minerales de conflicto no prohíbe la comercialización o utilización de los minerales de conflicto de forma directa, sino que promueve el desarrollo de programas de cumplimiento en derechos humanos basados en medidas de diligencia debida como la transparencia y trazabilidad. En 2019, la Comisión adoptó el Reglamento Delegado (UE) 2019/429 de 11 de enero, que establece la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida en la cadena de suministro de estos minerales [35].

30.4.1 **Obligaciones relativas al sistema de gestión**

El artículo 4 del Reglamento sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de la unión a adoptar políticas respecto a los minerales y metales procedentes de zonas de conflicto y aplicarlas en sus cadenas de suministros, estructurar sus sistemas de gestión internos para apoyar la diligencia debida en las cadenas de suministros y establecer mecanismos de reclamaciones como canales de denuncias (entre otras medidas). Resulta especialmente destacable la obligación de incorporar medidas en la cadena de custodia que asegure la trazabilidad de los minerales a lo largo de la cadena de suministros. Dicha importancia se debe a que una vez que el mineral pasa por las instalaciones de fundición y refinería resulta imposible rastrear su origen, por lo que toda la información que identifique al mineral se debe conseguir en las fases iniciales de su cadena de valor [36].

Conforme al artículo 4.b) y d), las políticas de las cadenas de suministros deben ser coherentes con las normas establecidas en el Anexo II de la Guía de la OCDE. Con el objetivo de reforzar el compromiso de los proveedores dichas políticas deben incorporarse en los contratos mercantiles con ellos celebrados. Así, se pretende que todas las empresas cubiertas por la normativa adopten políticas relativas a las cadenas de suministros de minerales procedentes de zonas de conflictos, las hagan públicas y la den a conocer a los proveedores mediante obligaciones contractuales que garanticen su cumplimiento.

---

[35] Reglamento Delegado (UE) 2019/429 de la Comisión de 11 de enero de 2019 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio, wolframio y oro.

[36] *Vid*. Diago Diago, M.ª P., «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro», *La Ley,* núm. 9099, Sección Tribuna, 14 de diciembre de 2017, pp. 2-3.

De esta forma, en lugar de exigir directamente a las empresas de las fases iniciales la transmisión de información sobre la extracción de los minerales, el Reglamento sobre minerales de conflicto delega tal función en los importadores de la Unión al obligarles a obtener la información de sus proveedores y transmitirla a lo largo de la cadena de valor.

En cuanto al sistema de trazabilidad, la información debe recogerse desde el lugar de extracción del mineral y recorrer la cadena de valor, transmitiéndose de proveedores a clientes. Dado que el Reglamento sobre minerales de conflicto se dirige a los importadores de la Unión, se delega en estos el deber de solicitar la información a sus proveedores debiendo incluirse estos deberes de información en los contratos mercantiles. También incluye la obligación de aplicar sistemas de trazabilidad o cadenas de custodia de los minerales (art. 4. f y g). Respecto al tipo de información que debe recopilar y transmitir cada empresa en función de su ubicación en la cadena, se hace mención a la Guía de la OCDE [art. 4.f.v) y g.v)], estableciendo la obligación a los importadores de metales de poner a disposición de los compradores inmediatos de minerales o metales toda la información generada (art. 7.2).

30.4.2 **Obligaciones en materia de gestión de riesgos**

El artículo 5.1.a) del Reglamento sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de la Unión a efectuar análisis de riesgos en sus cadenas de suministros, con el propósito de prevenir e identificar posibles efectos negativos en derechos humanos derivados de la actividad empresarial. Para ello, se remite a las recomendaciones de diligencia debida establecidas en la Guía de la OCDE a la hora de diseñar los programas de detección y evaluación de riesgos. Este sistema de análisis de riesgos se asienta sobre el estudio de la información obtenida y es diferente para las compañías que operan aguas arriba y aguas abajo.

Las empresas de las fases iniciales, deben analizar la información recopilada referida al lugar y condiciones de extracción del mineral, los pagos realizados a fuerzas de seguridad y rutas de transporte, etc. Respecto a las empresas de las fases finales, el análisis de información versará en primer lugar sobre la identificación de las fundiciones y refinerías que participan en su cadena y en segundo lugar sobre las prácticas de diligencia debida de dichas instalaciones.

La eficacia del sistema se asienta en la capacidad que tienen las empresas de las fases iniciales para ejercer presión sobre sus proveedores directos, empresas locales que son quienes pueden reducir los riesgos aportando informa-

ción sobre el lugar y condiciones de extracción de los minerales. Estas empresas necesitan una «motivación» para ejercer dicha presión y conseguir la información, pues no debemos olvidar que los minerales obtenidos ilícitamente mediante violaciones de derechos humanos tienen un precio inferior al de mercado, lo que puede suponer una «tentación» para algunas compañías. En las normas de *soft law* de Naciones Unidas o la OCDE dicha «motivación» viene dada, pues se aplica a todos los operadores de las cadenas de valor de minerales. Sin embargo, el Reglamento sobre minerales de conflicto solo mantiene la obligación de realizar un análisis de riesgos a los importadores de minerales/metales de la Unión, excluidos los operadores al final de la cadena, con lo que su eficacia se podría ver mermada.

30.4.3 **Obligaciones en materia de auditoría externa**

El Reglamento sobre minerales de conflicto convierte la auditoría externa en el elemento central en el control y gobernanza de la cadena, quedando fijados los estándares y exigencias con los proveedores que la empresa debe cumplir en sus políticas. El artículo 6 del Reglamento sobre minerales de conflicto obliga a los importadores de minerales de la Unión a someter a auditorías externas los programas de diligencia debida aplicados en sus cadenas de suministros. Una cuestión importante es que ni las normas de *soft law* ni de *hard law* obligan directamente a las instalaciones de fundición y refinería a someterse a auditorías externas. Así, lo que hace la Guía de la OCDE es recomendar a todas las empresas de la cadena de valor de minerales que sometan sus propias prácticas de diligencia debida a auditoría externa. El mínimo recomendado por la Guía para las empresas de las fases finales se establece en las auditorías de fundiciones y refinerías, es decir, no será necesario que la empresa someta sus prácticas de diligencia debida a auditoría externa si puede acreditar que todas las fundiciones y refinerías que han participado en su cadena se han sometido satisfactoriamente a auditoría externa.

Si bien el Reglamento sobre minerales de conflicto establece la obligación de que los importadores de la Unión sometan sus prácticas de diligencia debida a auditoría externa (art. 6.1), se exceptúa a aquellas compañías que faciliten pruebas sustanciales de que todas las instalaciones de fundición y refinería que participan en su cadena de suministros están incluidas en las listas blancas elaboradas por la Comisión (art. 9). Se crea, por tanto, un sistema de reconocimiento de programas de diligencia debida (art. 8) en el que se deberá prestar atención a los controles que la Comisión impone a las fundiciones y refinerías

para ser incluidas en dichas listas blancas, pues existe el riesgo de que el control del cumplimiento se transforme en una medida cosmética más dirigida a la publicidad que a la prevención de violaciones de derechos humanos.

Se ha criticado que este sistema de «listas blancas», elaboradas por medio de reconocimientos de programas de diligencia debida, puede acabar convirtiéndose en un sistema de «fachada». Ello se debe a que desarrollar un programa de diligencia debida que cuente con el reconocimiento de la Comisión no implica que se esté aplicando correctamente, por lo que para la elaboración de las listas de instalaciones responsables se debería evaluar si el programa de diligencia debida de las fundiciones y refinerías solicitantes se está aplicando de forma eficaz.

30.4.4 **Obligaciones de comunicación**

El artículo 7 del Reglamento sobre minerales de conflicto establece para los importadores de la Unión unas obligaciones en materia de comunicación, como informar al público por medio de la web corporativa de las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones de diligencia debida (art. 7.3) y de presentar informes anuales de los programas de diligencia debida ante las autoridades competentes (art. 7.1). Los importadores de la Unión de minerales o metales deberán poner los resultados de las auditorías externas a disposición de las autoridades competentes de los Estados miembros, transmitir la información recabada sobre los minerales y metales a sus compradores inmediatos para que recorra sus cadenas de valor y publicar en su página web informes anuales sobre las políticas y medidas de diligencia debida en las cadenas de suministros de minerales.

Los deberes de transparencia establecidos en el Reglamento sobre minerales de conflicto pueden proyectarse sobre dos ámbitos diferenciados: la información que se facilita en las relaciones comerciales de la cadena de suministros −trazabilidad− y la información que se hace pública en el informe anual −transparencia−; distinción que puede resultar relevante para la identificación de los incumplimientos más graves. Los deberes de trazabilidad están directamente vinculados con la eficacia de los sistemas de cumplimiento en derechos humanos, pues resulta vital que los proveedores compartan información completa y veraz sobre la identificación de los minerales para conocer su zona y condiciones de extracción. De este modo, el cumplimiento de los deberes de transparencia y trazabilidad resultan importantísimos a la hora de identificar y prevenir los riesgos.

30.5 RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Vistas las obligaciones de diligencia debida que se imponen para los importadores de la Unión en el Reglamento sobre minerales de conflicto, una de las cuestiones a destacar es que la normativa no fija el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento, lo que se traduce en que la normativa se convierte en una especie de propuesta de autorregulación voluntaria. Y es que la normativa delega en cada uno de los Estados miembros para que establezcan las sanciones que estimen convenientes en caso de incumplimiento (art. 16.1). Son los Estados quienes deben comunicar a la Comisión el régimen de sanciones aplicable (apartado segundo) y, en caso de infracciones, notificar las medidas correctoras que deberá adoptar el importador de la Unión. Tal previsión provocará que existan diferencias entre las propuestas de regímenes sancionadores de los distintos Estados miembros, cuestión esta que la Comisión evaluará en la revisión de la norma [37].

En el caso específico de España, la Subdirección General de Comercio Internacional de Mercancías del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (MINCOTUR), y la Subdirección General de Gestión Aduanera de la Agencia Tributaria (AEAT), son las principales autoridades de supervisión, encargadas de verificar que los importadores de minerales 3TG procedentes de zonas de conflicto y alto riesgo cumplan con las obligaciones de diligencia debida establecidas en el Reglamento, pudiendo imponer multas, restricciones comerciales y requerimientos para la adopción de medidas correctivas inmediatas. Las autoridades españolas llevan a cabo controles posteriores basados en un análisis de riesgos. Sin embargo, no existe una base de datos pública donde se puedan consultar los expedientes abiertos a las empresas o las sanciones impuestas, por lo que no se puede conocer si como consecuencia de dichos controles se han impuesto sanciones.

Los controles de las autoridades de supervisión se centran en importadores con mayor riesgo de incumplimiento o que han sido objeto de preocupaciones justificadas. Cada importador debe ser controlado al menos una vez cada diez años, revisándose sus prácticas de diligencia debida. Estos controles incluyen tanto revisiones documentales como inspecciones físicas para evaluar su sistema de gestión, auditorías externas, gestión de riesgos y comunicación

[37] Diago Diago, M.ª P., «El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro», Wolters Kluwer, *Diario La Ley,* núm. 9099, Sección Tribuna, 14 de diciembre de 2017, p. 4.

de información. En caso de incumplimientos, se requiere un plan de medidas correctoras, supervisado por la autoridad competente. Los importadores deben proporcionar documentación referente a los planes de gestión, sistemas de trazabilidad y auditorías. Mensualmente, la Subdirección General de Comercio Internacional recuerda a los importadores su obligación de cumplir con el reglamento, solicitando información sobre políticas de diligencia debida. Los importadores seleccionados para su control reciben una notificación anual y deben presentar la documentación requerida. Si se detectan irregularidades, disponen de 30 días para proponer un plan correctivo. Todo el proceso se gestiona de manera centralizada a través de un formulario electrónico del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo [38].

Pese a que los Principios Rectores abren la puerta a la utilización del Derecho penal como forma de sancionar las violaciones de derechos humanos [39], en el ámbito de los minerales no se ha apostado por el Derecho penal como vía de sanción a los incumplimientos de las nuevas obligaciones que se imponen a las empresas [40]. La vía por la que el Derecho penal podría utilizarse como medio de sanción ante graves incumplimientos del Reglamento sobre minerales de conflicto podría llegar desde el Derecho penal económico de los derechos humanos, un nuevo tipo de regulación pública que ha comenzado a desarrollarse en los últimos años con base en el Derecho penal económico. Esta nueva rama del Derecho penal tendría como objetivo la protección de los bienes públicos generados por los nuevos sistemas de autorregulación regulada –como el que presenta el Reglamento sobre minerales de conflicto –tales como los deberes de transparencia y comunicación– [41].

Para la introducción de tipos penales que castigasen los graves incumplimientos en los deberes de diligencia debida por parte de las empresas, es necesario definir el alcance de los derechos humanos cubiertos –con especial aten-

[38] Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, «Aplicación en España del Reglamento de minerales responsables», https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Regimenes/Documents/APLICACI%C3%93N%20EN%20ESPA%C3%91A%20DEL%20REGLAMENTO%20DE%20MINERALES%20RESPONSABLES.pdf

[39] Los Principios Fundacionales establecen que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos de derechos humanos que se cometan en su territorio y/o jurisdicción, incluidos los cometidos por empresas. Al tratarse del Derecho penal una herramienta eficaz para el control del cumplimiento puesta a disposición de los Estados, puede ser utilizado como medio de punibilidad ante graves incumplimientos de las obligaciones positivas de respeto de los derechos humanos impuestas a las empresas.

[40] Nieto Martín, A.: «Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos…», *op. cit*., p. 3.

[41] Nieto Martín, A.: «Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos…», *op. cit*., p. 11.

ción a los grupos vulnerables–, el tipo de compañía a la que se dirige la norma y la gravedad del incumplimiento impuesto por la legislación [42].

Como se ha visto, el Reglamento sobre minerales de conflicto ha sido presentado como «medio para eliminar la financiación de grupos armados» [43]. También se ha demostrado el vínculo entre la extracción ilegal de minerales y graves violaciones de derechos humanos como abusos sexuales, trabajo esclavo e infantil, asesinatos en masa, etc. [44]. Así, diversas medidas de las propuestas de la Guía de la OCDE asumidas por el Reglamento sobre minerales de conflicto están destinadas a prevenir y reparar las citadas violaciones de derechos humanos, evitar el apoyo directo o indirecto a grupos armados y el blanqueo de capitales [45].

En virtud del artículo 83.1 del TFUE [46], el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer normas mínimas para la definición de infracciones penales en ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en ámbitos delictivos como el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Dado que la UE tiene capacidad para ello, podría hacer una propuesta de tipos penales destinados a armonizar la sanción de los Estados miembros ante graves incumplimientos del Reglamento sobre minerales de conflicto y dotar de protección reforzada a las obligaciones de transparencia y comunicación como deberes de prevención y reparación de violaciones de derechos humanos.

El Derecho Penal Internacional Económico se ha presentado como una parte del Derecho Penal Internacional dedicada a sancionar a las empresas o sus responsables que cometan una infracción de normas penales de Derecho Internacional. Tal Derecho Penal Internacional Económico se diferencia del Derecho

---

[42] Para más detalle, véase *Substantive elements of potential legislation on human rights due diligence, Polici Department for External Relations, Directorate General for External Policies of the Union. PE 603.504, June 2020*, pp. 4-10.

[43] Considerando 7 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto.

[44] Véase por todos *Informe final del Grupo de Expertos, presentado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 de la resolución 2478 (2019)*, S/2020/482, de 2 de junio de 2020.

[45] Anexo II, Modelo de Política de cadena de suministros para una gestión global responsable de la cadena de suministros. Guía de la OCDE sobre minerales de conflicto, asumido por el artículo 4.b) del Reglamento sobre minerales de conflicto.

[46] Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. *DOUE* núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Penal económico porque no se dirige a la protección del tráfico económico, sino a la protección de los derechos humanos fundamentales [47]. Existe una corriente en ciernes que considera que las empresas deben estar obligadas en el respeto a los derechos humanos de forma similar a los estados, lo que implica que las empresas no solo tengan obligaciones negativas o de respeto sino también obligaciones positivas de prevención en el ámbito de su actividad, lo que implica evitar comportamientos lesivos y reparar los cometidos. De este modo, los bienes jurídicos de trasparencia y comunicación creados por las normas de *soft law* y el Reglamento sobre minerales de conflicto adquieren una sustantividad propia.

Así como las falsedades en la información sancionadas por el delito publicitario tienen como bien jurídico protegido los derechos de los consumidores [48], o las sancionadas por los delitos de falsedades en los delitos contra el mercado de valores tiene como bien jurídico protegido los derechos de los inversores y el buen funcionamiento del mercado [49], la configuración de un tipo delictivo autónomo que castigase las falsedades en la información sobre minerales de conflicto tendría como bien jurídico la protección de los derechos humanos. Y es que las falsedades en la información pueden cometerse tanto en el informe de progresos que debe presentarse ante las autoridades competentes (art. 7 Reglamento sobre minerales de conflicto) o en la información sobre la procedencia de los minerales que se transmite a lo largo de la cadena con una entidad suficiente como para dejar sin efecto todas las medidas de diligencia debida adoptadas.

No solo podría contemplarse la responsabilidad por falsedad en la información, sino también el no adoptar las medidas de cumplimiento normativo para evitar los impactos adversos en derechos humanos derivados de la actividad económica. Se trataría de un sistema de responsabilidad con base en la obligación de tomar medidas en lugar de en la obligación de obtener éxito [50].

El caso de los minerales de conflicto de un buen ejemplo de nuevas formas de complicidad empresarial, donde una compañía se beneficia de las agresiones de derechos humanos cometidos por otro. Una propuesta interesante

---

[47] Ambos, K., *Derecho penal Internacional Económico*, Thomson Reuters, 2018, pp. 23-27.

[48] Nieto Martín, A. «Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (II)» en Gómez Rivero, M.ª C., *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte especial*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 284 y ss

[49] Nieto Martín, A. «Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (II)» en Gómez Rivero, M.ª C., *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte especial*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 267 ss.

[50] *Vid.* Aryobsei, M., Scherb, M. «Germany takes a step closer to mandatory human rights supply chain due diligence. Freshfields Bruckaus Deringer», 15 July 2020. https://sustainability.freshfields.com/post/102gbky/germany-takes-a-step-closer-to-mandatory-human-rights-supply-chain-due-diligence.

para el ámbito de los minerales de conflicto es la creación de un tipo delictivo de receptación de bienes obtenidos con violaciones de derechos humanos [51]. Dicho tipo podría tener como bien jurídico protegido la existencia de un comercio internacional libre de violaciones de derechos humanos o la competencia desleal [52]. Esta propuesta se alinea con Reglamento (UE) 2024/3015 de 27 de noviembre de 2024 prohíbe la comercialización en el mercado europeo de productos fabricados mediante trabajo forzoso, reforzando así el control sobre las cadenas de suministro globales [53].

También podría plantearse la introducción de un delito que castigase el incumplimiento genérico de las obligaciones de *due diligence* impuestas por ley, adoptando como bien jurídico protegido el interés estatal de una autorregulación eficaz en materia de derechos humanos, aunque, como indica el Profesor Nieto, este tipo de sanciones penales a incumplimientos genéricos plantearía numerosos problemas constitucionales [54].

[51] Delito propuesto por los Profesores Adán Nieto, Jacobo Dopico y Vincenzo Mongillo, *vid.* Nieto Martín, A.: «Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos…», *op. cit*., p. 21.

[52] En cuanto a la ventaja competitiva que puede suponer el abastecimiento de minerales de conflicto y a modo ilustrativo, en 2009 por cada kilo de coltán –tantalio-niobio– extraído ilegalmente en la RDC se pagaban 10 dólares, un precio muy inferior a los más de 300 dólares a los que cotizaba el mineral en las principales bolsas de metales. *Vid.* Otero, E., *Diez años de guerra por el coltán, el «oro gris» estratégico*, artículo de ciencia en la revista electrónica Peatóm, publicado el 5 de julio de 2008.

[53] Este nuevo reglamento complementa las medidas de diligencia debida ya existentes, ampliando el enfoque hacia la erradicación del trabajo forzoso y proporcionando herramientas específicas para que las autoridades competentes retiren del mercado productos vinculados a estas prácticas. Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

[54] Nieto Martín, A.: «Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos…», *op. cit*., pp. 22-23.

31. SLAPPS (*STRATEGIC LAWSUITS AGAINST PUBLIC PARTICIPATION*): LA SOGA DE LAS EMPRESAS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA

Alejandro de Pablo Serrano [1]
Universidad de Valladolid

31.1 UN PROBLEMA CRECIENTE Y DE INTERÉS INTERNACIONAL

La historia de las SLAPPS es tan antigua como el hombre mismo: el fuerte contra el débil. Y la necesidad de regulación que aflora en los últimos tiempos responde a otra idea clásica: emplear el Derecho para tutelar al débil; la ley como una barrera de protección frente al poderoso. En el caso de las SLAPPs es sencillo identificar a cada una de estas partes. Las denuncias estratégicas contra los participantes públicos (traducción al español del acrónimo inglés SLAPP, «*strategic lawsuits against public participation*») son demandas interpuestas por destacadas personas físicas o jurídicas contra periodistas, informadores, activistas, académicos, asociaciones ciudadanas, que informan sobre asuntos de interés públicos de un modo crítico. Cuando una gran corporación

[1] Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Valladolid. alejandro.pablo@uva.es Actualmente, investigador postdoctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, en el marco del Programa de Recualificación del Profesorado Universitario Español para el periodo 2021-2023.

Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Nacional de Investigación dirigido por el Prof. Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla La Mancha), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y que lleva por título «Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente» (DER 2017-85144-CP2-1-P).

Miembro del «Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas» (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Miembro del Grupo de Investigación Reconocida «Derecho de familia y derechos humanos», de la Universidad de Valladolid.

o un personaje influyente interpone una de estas denuncias no busca legítimamente proteger su reputación y denunciar difamaciones, sino que, mediante la amenaza de indemnizaciones millonarias sobre los demandados por supuestas invasiones de su reputación, pretende intimidar, amedrentar al periodista, a fin de, en última instancia, silenciarlo y disuadirlo de seguir trabajando, investigando y publicando sobre ese asunto de interés público. No se trata de usar el Derecho para poner fin a una invasión de derechos, sino de abusar de él para fines espurios, de ahí su denominación como denuncias abusivas. Callarse y parar es entonces la única salida para el activista o periodista, «participante público», si pretende evitar la persecución procesal y el ahogamiento económico que le esperaría en caso de continuar con el proceso. El mensaje disuasorio («*chilling effect*») de estas demandas se proyecta, además, al resto de la población que participa en los debates de interés públicos: todos pueden ser víctimas de una denuncia millonaria que tuerza por completo sus vidas. De ahí el adjetivo «estratégicas» que caracteriza a las SLAPPs porque con una sola denuncia, eligiendo con tino al demandado, se logran objetivos estratégicos de disuasión general. En el apartado II de este trabajo ofreceremos una definición más precisa de las SLAPPs, recurriendo a las aportaciones doctrinales servidas por el derecho comparado y por instituciones o asociaciones expertas en la materia.

Estas denuncias son peligrosas porque representan un uso desviado del proceso judicial que no aspira a alcanzar la verdad procesal, sino a silenciar a informadores, investigadores y activistas. Se instrumentaliza el derecho al servicio de personas influyentes o empresas poderosas, esto es, el Derecho al servicio del fuerte. Y se amenaza el legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información, pilar esencial de las sociedades democráticas, pues el riesgo de enfrentarse en un proceso judicial a grandes empresas y a sus equipos de abogados atenaza a cualquier persona, por valiente que sea. Entonces, la mejor protección es guardar silencio y no informar. El hostigamiento a los periodistas y activistas ha adoptado en la actualidad métodos brutales y extremos, por desgracia, hasta el punto de recurrir al asesinato, como sucede impunemente con los activistas por el medioambiente en Hispanoamérica.

La libertad de expresión e información es un derecho humano central en nuestra sociedad. En los tiempos actuales de reforzamiento del compromiso de las corporaciones de respetar los derechos humanos, cualquier empresa debe comprometerse firmemente a no recurrir a este método de intimidación y acoso contra informadores.

El problema ha adquirido ya dimensión internacional. En el informe conjunto del Relator Especial sobre la libertad de reunión y asociación y del Rela-

tor Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en abril de 2016 (A/HRC/31/66) [2], se advertía que «Las entidades comerciales comúnmente buscan medidas cautelares y otros recursos civiles contra los organizadores y participantes de asambleas sobre la base, por ejemplo, de las leyes contra el acoso, el allanamiento de morada o la difamación, a veces denominadas demandas estratégicas contra la participación pública. Los Estados tienen la obligación de garantizar el debido proceso y proteger a las personas de acciones civiles que carezcan de mérito». Y por ello, se establecía como recomendación que «Los Estados deberían introducir protección para los organizadores y participantes de las asambleas frente a demandas civiles iniciadas con frivolidad o con el propósito de inhibir la participación pública».

Las normativas anti-SLAPPs han proliferado en los Estados Unidos, de forma que cada Estado ha desarrollado su propio régimen con diversas particularidades, aunque todas pivotan en torno a la incorporación de una moción dentro del proceso civil que permitiría al juez cerrar de forma temprana el proceso si entiende que el demandante ha actuado de mala fe interponiendo una demanda abusiva [3]. En futuros trabajos examinaremos el marco normativo actual en Estados Unidos, pero es importante dejar apuntado aquí que recientemente, en el mes de septiembre de 2022, el Congreso de los Estados Unidos ha aprobado la «*Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) Protection Act*» [4] que introduce un capítulo en el Código de los

---

[2] *Online:* https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache: cxyPp_9wD9sJ: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A. HRC.31.66_E.docx&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es (última consulta: 26/10/2022).

[3] Para consultar estudios comparados entre estas legislaciones estatales dentro de los Estados Unidos, entre otros, Rasmussen, K., «Fighting frivolous lawsuits against journalists. A state-by-state guide to anti-SLAPP laws», The Reporters Committee for Freedom of the Press, Summer 2011, p. 2 (*online:* https://www.rcfp.org/slapp-stick-fighting-frivolous-lawsuits-against-journalists; última consulta: 25/10/2022); Bevin, A., y Norman, C., «Measuring the Impact of Anti-SLAPP Legislation on Monitoring and Enforcement», *The B. E. Journal of Economic Analysis & Policy*, 2011, vol. 11, issue 1, pp. 1-19.

En aquellos Estados donde no se han introducido regulaciones específicas anti-SLAPPs se barajan otras opciones, como la imposición de sanciones (monetarias y no monetarias) a los abogados que defiendan a clientes que suelen recurrir a las denuncias abusivas, como sucede en Virginia Occidental: Tu, S., y Stump, N., «Free Speech in the Balance: Judicial Sanctions and Frivolous SLAPP Suits», *Loyola Los Angeles Law Review*, volume 54(2), pp. 623-674.

[4] *Online:* https://urldefense.com/v3/__https:/u7061146.ct.sendgrid.net/ls/click?upn=4tNED-2FM8i-DZJQyQ53jATUfM-2BE2kBLfvuhJPllBaF0gxqz7oSfFp-2F9cWgF29-2FAlnZ6YaG4LXEshdEsipR2QTVLkd9Txl3DfG5EAPEyt9FV2E-2B349n-2BsHTysInqUfA1HzFXNcgmpu5rlt8rdnVOIpa36864YiqCjjSYgQKHGbUCSSaEtq4cSQyJdTsGc6rEljxnYs7PVyy7foYXzX7NPdbhQ-3D-3D8dTq_5OardgRdNi9b5Nj97DK0ryi4hIYRYzLcrxMTtkO3nEgbVMt88JNmuIq-2FYr-2BMzURovQU5fmIoTFNMgLYzEKaTrMO4fDstN4QhXgkndcxG-2FE5TDtucPcUfLaQf-2F3Y8zUHpVQy-2FmkoHKCm51X2ArHH-2Bf7GuzIfjmkanEQrfpRB7Kb2kqOYj5cxTRvQtPUY4wa6Lut9ZZ3bf-2FZO913OORj3qWWWmknXJ0BBtVpqJ2esJCTG-2F3qumtGvVydD-2F61qIZF9JCAyhcyeJBOERv5rTapIoX-2FvsBPcbjNpsxjqgsxTFa9GCTESJeGj6i-

Estados Unidos («*U. S. Code*») para regular el procedimiento para desestimar, sancionar y disuadir frente a las demandas estratégicas contra los participantes públicos. Con esta ley federal se ofrece cobertura frente a las SLAPPs en aquellos Estados que aún no contaban con normas contra las denuncias abusivas. En esta norma, la definición de SLAPP es la siguiente: «uso del sistema judicial para silenciar o intimidar a una parte procesal que ejerce legítimamente el derecho constitucional de petición, de libertad de prensa, de reunión pacífica, la libertad de expresión sobre un asunto de interés público, u otra conducta expresiva sobre un asunto de interés público, sometiendo a esta parte a acciones judiciales sin fundamento» [5]. Por supuesto, la clave de la regulación de estas normas federales anti-SLAPPs reside en el adecuado balance o equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión e información del activista o periodista, de la Primera Enmienda, y el derecho a un juicio con jurado para que el demandante defienda sus legítimas pretensiones, de la Séptima Enmienda [6].

Canadá cuenta con varios ejemplos de normativas anti-SLAPPs ya en vigor. Quebec fue pionera en esta corriente regulatoria: en 2009, se probaba la norma para reformar el Código de Procedimiento Civil para prevenir el uso inadecuado de los tribunales y promover la libertad de expresión y la participación ciudadana en el debate público [7]. Aunque el título y la exposición de motivos están pensando claramente en el fenómeno de las SLAPPs, la reforma introducía los artículos 51 a 54 del capítulo 25 en el Código procesal estableciendo sanciones en caso de abuso de procedimiento; es decir, se trata de una figura genérica de abuso, de aplicación para las denuncias estratégicas contra participantes públicos, pero también para otros casos de mala fe procesal. El abuso de procedimiento queda definido en términos bastante amplios como «una solicitud o alegato judicial manifiestamente infundado, frívolo o con la

mqfRlzOAmb-2BEEp53wYxIB1OzS1I7iGjuzjuOJfRz8e1sQfG4A8ezX4-3D__;!!Bg5easoyC-OII2vlE-qY8mTBrtW-N4OJKAQ!cLX53E7d_Zx_eH1VEJ3vwbmABf8gpUe6XorNXU8vpv8IuGj9ye24yOvxuQcA-QImLQLMfz_U$ (última consulta: 26/10/2022).

[5] «Use of the court system to silence or intimidate a party who is engaged in the lawful exercise of the constitutional right of petition, freedom of the press, peaceful assembly, free speech on a matter of public concern, or other expressive conduct on a matter of public concern, by subjecting that party to meritless litigation».

[6] Sobre soluciones al problema de las SLAPPs en Estados Unidos, que logran un equilibrio entre ambos derechos fundamentales, Simpson, E., «Slapp-ing down the Right to a Jury Trial: Anti-Strategic Lawsuits against Public Participation and the Seventh Amendment», 48 *University of Toledo Law Review* (2016-2017), pp. 169-187.

[7] *Bill 9 (2009, chapter 12).* «An Act to amend the Code of Civil Procedure to prevent improper use of the courts and promote freedom of expression and citizen participation in public debate», *online:* http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2009C12A.PDF (última consulta: 27/10/2022).

intención de dilatar, una conducta vejatoria o pendenciera. También puede consistir en un uso excesivo o irrazonable del procedimiento o que cause perjuicio a otra persona, o intente frustrar los fines de la justicia, particularmente si opera para restringir la libertad de expresión de otra persona en el debate público» [8]. Después de Quebec, las provincias de Ontario (*Protection of Public Participation Act*, S. O. 2015, c. 23 – Bill 52) [9] y de Columbia británica (*Protection of Public Participation Act*, SBC 2019) [10] aprobaron sendas leyes para regular específicamente el procedimiento de desestimación temprana de las denuncias abusivas. En ambos casos, el demandado puede interponer la moción de desestimación alegando que ha sido demandado por declaraciones realizadas al amparo de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público; si el juez confirma estos extremos, le corresponde a continuación al demandante demostrar que su demanda tiene fundamento, que el demandando carece de defensas y que las alegaciones vertidas contra él son de suficiente entidad e impacto como para que sean examinadas de fondo en el marco del proceso judicial [11].

En el Reino Unido este asunto ha atraído también la atención del legislador. Si bien las organizaciones internacionales que investigan este fenómeno no indican que haya numerosos casos en este país (se habla de varias decenas cada año de la última década), el Gobierno lanzó en marzo de 2021 una consulta pública («*call for evidence*») [12] dirigida a abogados, asociaciones expertas y colegios profesionales, para que respondan un cuestionario ofreciendo su opinión en torno a la posibilidad de introducir un estatuto específico anti SLAPPs o afrontar este problema a través de otras reformas legislativas (de la Ley contra la Difamación de 2013 o del Código Procesal). Los casos reales de SLAPPS, así como otras tantas denuncias abusivas que no hayan quedado registradas como tales por haber conseguido el objetivo de amedren-

---

[8] Sobre los efectos de la regulación de Quebec, LANDRY, N., «From the Streets to the Courtroom: The Legacies of Quebec's anti-SLAPP Movement», *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume19, Issue1, April 2010, pp. 58-69.

[9] *Online:* https://www.ontario.ca/laws/statute/s15023 (última consulta: 27/10/2022).

[10] *Online:* https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/19003#section1 (última consulta 27/20/2022). La Columbia británica tuvo la primera legislación anti-SLAPP en 2001 pero tras unas elecciones legislativas, la norma fue derogada sin completar siquiera un año de vigencia. Sobre esta norma, sus efectos y los desarrollos posteriores en esa provincia canadiense del movimiento anti-SLAPP, SCOTT, M. y TOLLEFSON, C., «Strategic Lawsuits Against Public Participation: The British Columbia Experience», *Review of European Community & International Environmental Law*, volume 19, Issue 1, April 2010, pp. 45-57.

[11] YOUNG, H., «Canadian anti-SLAPP laws in action», *The Canadian Bar Review*, vol. 100, núm. 2 (2022), pp. 187-222.

[12] *Online:* https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/strategic-lawsuits-against-public-participation/supporting_documents/slappscallforevidenceweb.pdf (última consulta: 26/10/2022).

tar al periodista o activista, han movido al Gobierno británico a tomar parte en este asunto, preocupado por la amenaza que las SLAPPS representan «contra la libertad de expresión en el marco del estado de Derecho, parte fundamental de la tradición democrática» inglesa.

En las páginas que siguen circunscribiremos nuestra atención al marco jurídico de la Unión Europea. Algunos casos repudiables de SLAPPs removieron la conciencia de la sociedad europea, singularmente el asesinato de una periodista que investigaba sobre tramas de corrupción entre miembros del Gobierno maltés y un grupo empresarial financiero. Examinaremos los *leading cases* en el apartado III del trabajo. Las instituciones comunitarias han prestado atención a este fenómeno en los últimos años y ya existe un borrador o propuesta de Directiva anti-SLAPPs que se está debatiendo entre los grupos parlamentarios europeos (apartado IV). De aprobarse, dicha norma obligaría a introducir modificaciones en la legislación procesal civil de los Estados miembros, también en la española. No obstante, en este trabajo nos interesa más poner el foco en las obligaciones de las empresas de respetar y proteger los derechos humanos, en el marco de las políticas actuales de *compliance programs*, y por ello formularemos una propuesta de cómo debería ser un compromiso de una empresa de no recurrir a denuncias abusivas contra participantes públicos dentro de un programa de cumplimiento normativo de derechos humanos (apartado V).

31.2 CONCEPTO DE SLAPP

El estudio teórico y empírico del fenómeno de las denuncias estratégicas contra participantes públicos comenzó en Estados Unidos en los ochenta. A finales de esa década los profesores Pring y Canon publicaron una serie de artículos académicos en los que denunciaban el recurso a demandas millonarias por difamación (*defamation suits*) por parte de grandes empresas para silenciar, intimidar y amedrentar a activistas y periodistas que ejercían su libertad de información comunicando noticias, desvelando escándalos, que afectaban a la reputación y al volumen de negocios de esas empresas. Como abogados, habían observado en los años setenta cómo en reclamaciones y denuncias de contaminación ambiental hechas públicas por activistas individuales o asociaciones, se producía un cambio de roles de tal forma que la empresa denunciada socialmente emprendía una estrategia agresiva contra estos activistas interponiendo demandas millonarias contra ellos, que los asustaban, atemorizan, y les dejaban

sin financiación para sus iniciativas comunitarias hasta el punto de llevarlos al colapso [13].

Tales demandas, como advertían, no eran simples disputas judiciales por la reputación de la empresa, sino que eran un intento verdadero de privatizar los tribunales para contener los agravios que sufrían las corporaciones en la esfera pública a raíz de las publicaciones; en definitiva, se empleaba el Derecho torticeramente como un instrumento de poder para recortar la participación pública de los ciudadanos y vaciar la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. De ahí que denominaran a estas demandas como SLAPPs, en inglés, *strategic lawsuits against public participation*. Una SLAPP se caracterizaba, en el análisis de Pring y Canan, por cuatro rasgos: una demanda civil por daños monetarios, presentada contra personas y organizaciones no gubernamentales, por sus declaraciones/denuncias/investigaciones dirigidas a la comunidad/electorado o a funcionarios concretos, sobre un asunto destacado de interés público o social [14].

En 1996 publicaron la monografía (cuyo título traducido al español es muy ilustrativo: «SLAPPs: ser demando por hablar claro») [15] que supuso el verdadero impulso para el estudio de este abuso del derecho, planteando normas que pusieran coto a este problema: *anti-SLAPPs Statutes*. Ese elemento de «arrojo», «valentía», «atrevimiento», de hablar claro, también inspira la definición de SLAPPs que ofrece la prestigiosa *American Civil Liberties Union*, como demandas civiles o contrademandas que presentan empresas, entidades públicas o políticos, contra quienes que se oponen a ellos en los asuntos de interés público que denuncian o sobre los que «hablan claro» [16].

A partir de aquí el fenómeno de la SLAPPs ha sido intensamente estudiado en Estados Unidos, aunque las características definidas por Pring y Canan se mantienen en lo fundamental. Las SLAPPs son demandas sin fundamento, sin mérito («*meritless suits*»), que pretenden silenciar al oponente y disuadir a

---

[13] Pring, G. W., «SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation», 7 *Pace Environmental Law Review* 3, 3 (1989), p. 7.

[14] Canan, P. y Pring, G. W., «Studying Strategic Lawsuits against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches», *Law & Society Review*, vol. 22, núm. 2 (1988), pp. 386 y 387. Similares investigaciones fueron publicadas en otro trabajo: Canan, P. y Pring, G. W., «Strategic Lawsuits against Public Participation», *Social Problems*, vol. 35, núm. 5 (Dec., 1988), pp. 506-519.

[15] Canan, P. y Pring, G. W., *SLAPPs: getting sued for speaking out*, Estados Unidos (Temple University Press), 1996.

Además de esta obra de referencia, hay abundante literatura en la doctrina estadounidense sobre las SLAPPs. Puede consultarse en Beatty, J. W., «The Legal Literature on SLAPPs: A Look Behind the Smoke Nine Years After Professors Pring and Canan First Yelled «Fire!»», *University of Florida Journal of Law & Public Policy* (1997): Vol. 9: Iss. 1, Article 4, pp. 85-110.

[16] American Civil Liberties Union of Ohio, «SLAPPed: A tool for activists. Part 1: What is a SLAPP suit?», https://www.acluohio.org/sites/default/files/WhatIsSLAPP.pdf, p. 1 (última consulta: 25/20/2022).

otros de continuar con ese mismo camino de denuncia pública de asuntos de interés social, a través de un proceso judicial millonario que, desde ese instante, absorbe todo el tiempo, el esfuerzo, la preocupación e incluso los medios económicos de subsistencia del demandado. Son demandas sin fundamento, hasta el punto de que se llega afirmar que no obtendrían victoria si el proceso continuara hasta el final (quizá de ahí también su denominación como demandas frívolas, «*frivoluos lawsuis*» [17], o exageradas, «*exaggerated claims*» [18]), pero ello es secundario porque una vez interpuestas, se fuerza la negociación con el demandado, que, bajo la presión e intimidación, abandona sus investigaciones.

La denuncia oficialmente pretende reparar un ataque a la reputación comercial (de ahí que sean casos de difamación), o la causación de molestias, daños morales o estrés al demandante; incluso puede llegar a denunciar que es víctima de una conspiración de los informadores o activistas, que han emprendido contra la empresa una persecución maliciosa [19]. Sin embargo, el fin último de la demanda es acosar al demandado a través de un proceso costoso, complicado y de larga duración, con el objetivo de silenciarlo. Las SLAPPs, por tanto, constituyen una seria amenaza para el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho de manifestación [20].

Aunque el estudio de las denuncias abusivas es más reciente en el entorno europeo, también a este lado del Atlántico hay reconocidas asociaciones de defensa de las libertades informativas y del trabajo de investigación de periodistas y activistas, que se han aproximado al problema y han formulado definiciones y caracterizaciones de las denuncias mordaza. En diciembre de 2020, más de 60 organizaciones del entorno de los medios de comunicación, del periodismo, de la abogacía, de la protección del medioambiente, presentaron una propuesta de Directiva anti-SLAPP (con más detenimiento en el apartado IV) que sirviera a la Unión Europea como punto de partida de unos trabajos legislativos orientados a la aprobación de una norma europea vinculante. En ella, se señala que las SLAPPs son una forma de «acoso legal» («*legal harassment*») que emprenden poderosas empresas, a través de sus bufetes de

[17] Rasmussen, K., «Fighting frivolous lawsuits against journalists. A state-by-state guide to anti-SLAPP laws», The Reporters Committee for Freedom of the Press, Summer 2011, p. 2.

[18] AA. VV., «Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an eu anti-slapp law», p. 7 *(online:* https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Anti_SLAPP_Model_Directive-2-1.pdf; última consulta: 23/10/2022).

[19] Barker, J. C., «Common-Law and Statutory Solutions to the Problem of SLAPPS», 26 *Loyola of Los Ángeles Law Review* 395 (1993), pp. 397, 402 y 403.

[20] AA. VV., «Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an eu anti-slapp law», p. 8.

abogados, para agotar la resistencia económica y psicológica de los demandados (activistas, periodistas) y expulsarlos así de su labor de escrutinio público. En términos parecidos, la prestigiosa organización Article 19, que ha estudiado intensamente el fenómeno de las SLAPPs en Europa, las define como denuncias presentadas por empresas poderosas contra periodistas, informadores y activistas que denuncian tramas de corrupción, malas prácticas en la gestión de recursos públicos o violaciones de derechos humanos, no con la finalidad tanto de obtener la victoria judicial, cuanto de arrastrar a los demandados por un proceso judicial que los agotará financiera, económica y psicológicamente y, en última instancia, para impedirles ejercer sus derechos fundamentales y sofocar el escrutinio y el debate público [21].

Y finalmente, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos acudir también al extenso estudio sobre SLAPPs en la Unión Europea realizado por la *Academic Network on European Citizenship Rights*. En la misma dirección que otros expertos y asociaciones, definen las SLAPPs como «demandas infundadas o exageradas y otras formas legales de intimidación iniciadas por órganos estatales, corporaciones comerciales y particulares con poder contra otras partes procesales más débiles –periodistas, organizaciones de la sociedad civil, defensores de los derechos humanos y otros– que expresan críticas o transmiten mensajes incómodos sobre los poderosos, en asuntos de interés público» [22]. Como advierte esta Red Académica de expertos, en el marco de la Unión Europea el problema de las denuncias abusivas se vuelve más complejo debido a la posibilidad de elección del fórum jurisdiccional donde el demandante puede interponer la denuncia («*forum shopping*»). La regulación europea de procedimientos judiciales transfronterizos en materia civil y mercantil, que dimana del Reglamento Bruselas I y del Reglamento Roma II, y la jurisprudencia europea sentada al respecto, ponen a disposición del denunciante un sistema muy flexible de elección del foro judicial [23] que le permite optar por la jurisdicción

[21] Article 19, «SLAPPs against journalists across Europe», 2022, https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf, p. 5 (última consulta: 25/10/2022). Estudiando el problema de las denuncias abusivas concretamente en el marco jurídico y en la realidad española, Article 19, «State of SLAPPs in Spain. Country Report», 2021, https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/12/A19_MFRR-Spain-Report_Final_29Nov21.pdf (última consulta: 25/10/2022).

[22] Bárd, P., Bayer, J., Chun Luk, N., y Vosyliute, L., «SLAPP in the UE context», *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf, p. 4 (última consulta: 26/10/2022).

[23] Bárd, P., Bayer, J., Chun Luk, N., y Vosyliute, L., «SLAPP in the UE context», *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, pp. 7 y 8. Apuntando también el problema europeo del forum shopping, Bonello Ghio, R., y Nasreddin, D., «Shutting Out Criticism: How SLAPPs Threaten European Democracy A report by The Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE)», March 2022, https://www.the-case.eu/s/CASE-report-SLAPPs-Europe.pdf, p. 12 (última consulta: 25/10/2022).

de cualquier Estado miembro donde alegue que sufrió daños, de tal forma que buscará la legislación más favorable, aquella que le imponga una menor carga de la prueba del daño.

31.3 *LEADING CASES*

El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las SLAPPs ha impulsado el nacimiento de iniciativas de la sociedad civil que reúnen a organizaciones defensoras de las libertades informativas y que recogen, cuantifican y denuncian públicamente casos que pueden calificarse como denuncias abusivas. Se trata, entre otras, de la Coalición contra las SLAPPs, en Europa (por sus siglas en inglés CASE, «*Coalition Against Slapps in Europe*»), que cifra en 570 los casos de denuncias mordaza entre 2011 y 2020 [24], con un aumento significativo en los años 2018 a 2020. Así mismo, la Plataforma para promover la protección del periodismo y la seguridad de los periodistas («*Platform to promote the protection of journalism and safety of journalists*») [25], dependiente del Consejo de Europa, recoge de forma actualizada casos de amenazas graves contra la seguridad de los periodistas (desde denuncias abusivas, hasta agresiones, homicidios intentados y consumados) y hace un seguimiento de los mismos, incluyendo la respuesta de las autoridades estatales.

A través de esas iniciativas se pueden conocer numerosos casos de SLAPPs. En las páginas que siguen centraremos nuestra atención tan solo en algunos de ellos que consideramos representativos bien por suponer un duro golpe a la libertad de la prensa por las consecuencias mortales de la persecución a una periodista (Daphne Caruana), bien por la popularidad de la empresa demandante afectada (McDonald's), bien por el contenido de las investigaciones y denuncias públicas que suscitan las denuncias abusivas de las corporaciones (activismo medioambiental). Así mismo, a modo de ejemplo, recogemos un caso acaecido en España, como muestra de impacto nacional de las SLAPPs también en nuestro país.

---

[24] *Online:* https://www.the-case.eu/slapps-in-europe (última consulta: 25/10/2022).

[25] *Online:* https://fom.coe.int/en/accueil (última consulta: 25/10/2022). En su último informe de 2022, la Plataforma examina diversas amenazas contra la seguridad de los periodistas, incluyendo entre ellas las SLAPPs, tanto en el orden civil como en el penal: Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists, «Defending Press Freedom in Times of Tension and Conflict. Annual Report 2022 by the partner organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists», 2022, https://rm.coe.int/platform-protection-of-journalists-annual-report-2022/1680a64fe1, pp. 48 y 49 (última consulta: 25/10/2022).

31.3.1 **Daphne Caruana Galizia y la corrupción política y financiera maltesa**

La brutal persecución que sufrió la periodista maltesa Daphne Caruana en forma de acoso judicial y de auténticas amenazas a su integridad física y familiar (incendiaron su casa, degollaron a su perro, recibió llamadas y mensajes amenazantes), culminada con su asesinato por coche bomba, hacen del caso de Caruana el ejemplo paradigmático de SLAPP. Cuando fue asesinada en octubre de 2017 por la explosión de su vehículo, esta periodista tenía que enfrentar 47 demandas interpuestas por importantes grupos empresariales, por el Primer Ministro y por el Ministro de Turismo del Gobierno maltés.

Dahpne Caruana era una prestigiosa periodista, reconocida por sus trabajos de investigación sobre tramas de corrupción política y lavado de dinero que involucraban a destacadas personalidades de la isla. Había desvelado la conexión de una empresa involucrada en los *Pánama Papers* con el ejecutivo de Malta, la venta a bajo precio de amplios terrenos a un conocido empresario maltés por parte del Gobierno y prácticas de lavado de dinero por parte de la líder de la oposición [26]. Sus investigaciones provocaron la dimisión del Primer Ministro y de varios miembros de su gabinete. El último mensaje en redes sociales que había publicado antes de morir decía «Hay delincuentes donde quiera que mires. La situación es desesperada».

Por su asesinato fueron detenidas tres personas: una de ellas se declaró culpable para evitar la cadena perpetua y las otras dos, hermanos, han sido recientemente condenados a cuarenta años de prisión, por haber asesinado a la periodista por encargo. En el juicio reconocieron que habían recibido el cometido de asesinar a la periodista y apuntaron al empresario Yorgen Fenech (aún a la espera de juicio), un importante hombre de negocios relacionado con altos cargos del Gobierno, que en el momento del asesinato estaba siendo investigado por Caruana por haber realizado pagos secretos a miembros del Gobierno.

31.3.2 ***McLibel Case,* un proceso decisivo en Reino Unido**

En 1986, Helen Steel y David Morris, dos activistas medioambientales de la organización London Greenpeace, publicaron y distribuyeron varios centenares de un panfleto, titulado «¿Qué pasa con McDonald's? Lo que no quieren que sepas», acusando a la empresa alimenticia de provocar enfermedades,

[26] Bárd, P., Bayer, J., Chun Luk, N., y Vosyliute, L., «SLAPP in the UE context», *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, pp. 46 a 48.

como el cáncer, y de prácticas de maltrato de animales. En 1990, McDonald's presentaba una denuncia por difamación («*libel*»), de ahí que se conozca el caso popularmente como *McLibel case*. Comenzaba entonces un célebre proceso judicial en Reino Unido que duró casi un año y que supuso un coste a McDonald's de 10 millones de libras. Pese a la elevada cuantía de la reclamación, los activistas no retrocedieron ni negociaron y fueron a juicio representándose a sí mismos. Los dos demandados fueron condenados a pagar una indemnización de 60.000 libras, aunque en segunda instancia, después de un recurso interpuesto por ellos, esa cifra bajó a 40.000 libras [27].

El caso puso de manifiesto la enorme desigualdad entre una gran empresa multinacional, que aplicaba una agresiva política para disuadir a cualquier informador sobre asuntos de interés público, y dos activistas concienciados, que consiguieron, gracias al proceso, que fueran públicas determinadas malas prácticas de McDonald's. La sociedad inglesa comprendió que debían introducirse vías procesales para evitar enfrentamientos tan desiguales.

31.3.3 SLAPPs contra activistas medioambientales. Una SLAPP en la campiña gallega

Las reclamaciones medioambientales han sido, desde un principio, las protagonistas de numerosas SLAPPs. Esos casos reúnen destacadamente los rasgos característicos de las denuncias abusivas: suelen enfrentar a grandes empresas cuyas actividades extractivas de materias primas (petróleo, minerales, madera, agua) pueden generar un gran impacto ambiental adverso; esas actividades son denunciadas por activistas individuales u organizaciones comprometidas que resisten en ocasiones la presión de un modo popular, que suscita la empatía de la población; y, finalmente, las cuestiones medioambientales cada vez más ocupan el centro debate social.

En Estados Unidos se ha presentado un reciente informe en septiembre de 2022 que denuncia las demandas abusivas de una importante empresa, Energy Transfer Partners, dedicada a la extracción de petróleo en el estado de Dakota del Norte. La empresa obtuvo en 2016 autorización para construir una tubería, cuya construcción y funcionamiento ponía en peligro las aguas de la zona donde residen los miembros de la tribu de los Sioux. Las reivindicaciones de este colectivo recibieron atención prontamente y algunas de las protestas

[27] Donson, F., «Libel Cases and Public Debate – Some Reflections on whether Europe Should be Concerned about SLAPPs», *Review of European Community & International Environmental Law*, 19(1), pp. 85-87.

fueron duramente reprimidas por agentes de seguridad privada con armas y perros. En agosto de 2017, la empresa demandó a varias entidades de Greenpeace y otras, alegando que su apoyo a las protestas les hizo parte de una «red de grupos eco-terroristas», reclamando 900 millones de dólares en daños en virtud de la Ley de organizaciones corruptas e influenciadas por extorsionistas (RICO, por sus siglas en inglés), una ley creada para combatir la mafia. Este es solo un ejemplo: la organización ambientalista EarthRights International ha identificado 152 casos entre 2012 y 2022 en los que la industria de combustibles fósiles ha utilizado SLAPPs y otros hostigamientos judiciales para silenciar o castigar a sus críticos en los Estados Unidos [28].

En A Limia, una comarca de Ourense, un pequeño agricultor denunció en un programa de televisión las prácticas contaminantes de una importante cooperativa cárnica agrícola española. Señalaba que la empresa regaba con aguas que contenían antibióticos y muchos productos químicos que se filtraban en las aguas subterráneas y superficiales; del mismo modo, los residuos y excrementos del ganado se vertían incontroladamente en los campos y de ahí a los ríos de la zona, provocando que los acuíferos de la zona tuvieran niveles de nitrato por encima de los límites legales. Días después el agricultor recibía un burofax de la empresa en la que le reclamaba una indemnización de 1 millón de euros por daños contra su reputación [29]. El proceso no ha concluido al tiempo de escribir estas líneas.

31.4 UNIÓN EUROPEA: DE LA LUCHA DE LA SOCIEDAD CIVIL HASTA LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA ANTI-SLAPP

31.4.1 **Llamamientos de las instituciones comunitarias**

En los últimos años las normativas aprobadas en el contexto internacional a que nos referíamos en el primer apartado (Estados Unidos, Canadá) y el recrudecimiento de las demandas abusivas contra periodistas en Europa y en el mundo, con la amenaza de campañas crecientes de desinformación y *fake news*, han llevado a intensificar las reclamaciones de las instituciones europeas y de las asociaciones de la sociedad civil a favor de una legislación europea anti-SLAPP.

[28] EarthRights International, «The fossil fuel industry's use of SLAPPs and judicial harassment in the United States», https://earthrights.org/wp-content/uploads/SLAPP-Policy-Brief-2022.pdf (última consulta: 25/10/2022), pp. 1-3.

[29] García del Vado, C., «Un caso de SLAPP en la campiña gallega», *Greenpeace Magazine* 36 (2020), pp. 10 y 11. Más información sobre el caso disponible en https://www.eulixe.com/articulo/foto-del-dia/coren-contra-manuel/20210414191107023095.html (última consulta 24/10/2022).

En el Parlamento Europeo puede citarse la iniciativa a título personal de 6 miembros de la cámara legislativa representantes de las principales familias políticas europeas (entre ellos, la española Maite Pagazaurtundúa), que dirigieron en febrero de 2018 una carta al Vicepresidente de la Comisión Europea, Frans Timmermans. En ella, citando el desgraciado caso del asesinato de Daphne Caruana por las investigaciones sobre corrupción que había publicado, reclamaban a la Comisión que iniciara los pasos para adoptar una Directiva Anti-SLAPP (proponían también otras medidas, como la creación de fondos económicos de apoyo a periodistas perseguidos o la elaboración de listas de empresas y personas físicas que recurran a la técnica de las SLAPPs para intimidar a periodistas). Poco después, se aprobaba a nivel institucional la Resolución de del Parlamento Europeo sobre pluralismo y libertad de los medios en Europa, de 3 de mayo de 2018 [30], en la que se requería a la Comisión Europea para que aprobara una Directiva Anti-SLAPP para proteger a los medios de comunicación frente a «demandas vejatorias destinadas a silenciarlos o intimidarlos en la UE».

Tras estas llamadas a actuar, la Comisión se pronunciaba por primera vez al respecto en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea [31]. Se hacía eco de la amenaza que suponen las SLAPPs para «censurar, intimidar y silenciar a las personas críticas imponiéndoles la carga económica de una defensa jurídica hasta que abandonen sus críticas u oposición» [32]. Se comprometía a crear en 2021 un grupo de expertos que elaborara una propuesta de regulación de las denuncias abusivas para poder presentar públicamente el proyecto a finales de 2021.

31.4.2 **Propuesta de las organizaciones civiles de una Directiva Anti-SLAPP**

A la espera de la presentación de la propuesta de Directiva europea, más de 60 organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la defensa de la libertad de expresión, información y prensa y la protección de los periodistas

[30] *Online:* https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0204_EN.html (última consulta: 27/10/2022).

[31] *Online:* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:790: FIN (última consulta: 27/10/2022).

[32] En la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2021(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0814&from=LT –última consulta 25/10/2022-), advertía del peligro de las denuncias abusiva especialmente en el contexto del activismo ambientalista.

(entre ellas, Article 19, la Asociación Europea de Periodistas, el Instituto Internacional de la Prensa, Greenpeace Europa, Transparencia Internacional Europa), presentaban a finales de 2020 una completa propuesta de Directiva Anti-SLAPP que, sin duda, influyó notablemente en la que más adelanté elaboró la Comisión Europea. Bajo el título «*Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an EU Anti-SLAPP*», estas organizaciones realizaban un llamamiento a favor de la regulación de esta cuestión tan urgente para la seguridad de los periodistas.

En esta propuesta se definen las SLAPPs como «reclamación [33] contra un participante público que con ocasión de asuntos de interés público, que carece de méritos legales, es manifiestamente infundada, o se caracteriza por elementos indicativos de abuso de derecho o de leyes procesales, y por lo tanto utiliza el proceso judicial para propósitos distintos a los de hacer valer, reivindicar o ejercer genuinamente un derecho» (art. 3.1). Para luchar contra las denuncias abusivas, la propuesta señala que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que los demandados por una SLAPP puedan interponer una moción de desistimiento («*motion for dismissal*», art. 5) y para que los jueces puedan proponerlo de oficio en cualquier fase del proceso (art. 5.6).

Acorde con la propia definición de SLAPP, la propuesta establece que el juez acordará el desistimiento del proceso si concurre en la reclamación del demandante alguna de estas circunstancias: 1.ª no tiene, total o parcialmente, méritos legales; 2.ª la demanda, o parte de ella, es manifiestamente infundada; 3.ª existen elementos indicativos de un abuso de derecho o de leyes procesales (art. 6.1). La propuesta de Directiva incluye una serie de indicios o parámetros, previsto en el artículo 6.2, que deben ser valorados por el Tribunal para calificar la reclamación como abusiva: 1.º las perspectivas razonables de éxito de la reclamación; 2.º la naturaleza desproporcionada, excesiva o irrazonable de la reclamación, o parte de ella, incluyendo, pero no limitado a, la cuantía de los daños reclamados por el demandante; 3.º el alcance de la reivindicación, incluso si el objetivo de la reivindicación es una medida de restricción; 4.º la naturaleza y la gravedad del daño que probablemente sufra o haya sufrido el demandante; 5.º las tácticas de litigio desplegadas por el demandante, incluida, entre otras, la elección de jurisdicción y el uso de estrategias dilatorias; 6.º las costas procesales previsibles; 7.º la existencia de múltiples reclamaciones for-

[33] Teniendo presente que esa reclamación se contempla en términos amplios, como «cualquier acción ejercitada ante un tribunal nacional, incluidas las acciones para obtener medidas provisionales, cautelares u otras medidas de restricción previas, tipos particulares de recursos disponibles previstos en la legislación sectorial, las acciones accesorias, las contravenciones y las reclamaciones interpuestas en relación con procedimientos administrativos o penales» (art. 3.4).

muladas por el demandante contra el mismo demandado en relación con asuntos similares; 8.º el desequilibrio de poder entre el demandante y el demandado; 9.º la financiación del litigio por terceros; 10.º si el acusado sufrió alguna forma de intimidación, hostigamiento o amenazas por el demandante antes o durante el procedimiento; 11.º el efecto disuasorio real o potencial sobre la participación pública en el asunto en cuestión de interés público.

Una vez presentada la moción de desistimiento, corresponde al demandante probar que su reclamación sí tiene fundamento o base legal y que no se interpone para abusar del derecho (art. 7). Si el demandante no logra convencer al Tribunal de que la denuncia persigue intereses legítimos, entonces se declarará como abusiva la denuncia, se desestimará y concluirá tempranamente el proceso (art. 10.1), si bien el desistimiento acordado por el juez debe ser recurrible ante un tribunal superior (art. 16).

El desistimiento temprano del proceso y la consideración como abusiva de la demanda, abrirá a continuación distintas opciones de indemnización para el demandado y sanciones para el demandante:

— el juez puede ordenar que el demandado sea indemnizado por todos las costas y gastos del proceso, que incluye los honorarios del abogado y expertos, las tasas judiciales y todos los demás gastos razonables en los que hayan incurrido las partes (art. 11. 1 y 5);

— el juez podrá imponer una sanción pecuniaria al demandante que haya abusado del derecho interponiendo una denuncia abusiva. La determinación de la sanción tendrá en cuenta: (a) la naturaleza abusiva de las reclamaciones; (b) la naturaleza excesiva o irrazonable de las reclamaciones; (c) los daños sufridos por el demandado; (d) la existencia de decisiones previas de desistimiento de otras reclamaciones del mismo reclamante; e) la situación económica del reclamante. En el caso de que el reclamante sea una persona jurídica, esta deberá evaluarse teniendo en cuenta su volumen de negocios global del «ejercicio fiscal» anterior (art. 21).

— los Estados deberán adoptar las medidas para el demandado, si lo estima oportuno, inicia a continuación un proceso judicial por daños contra quien interpuso la denuncia abusiva (art. 12).

31.4.3 **Propuesta de Directiva Anti-SLAPP del Parlamento y del Consejo**

El recorrido de declaraciones, recomendaciones, pronunciamientos e iniciativas que acabamos de describir finalmente ha culminado en la presentación

de una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la protección de las personas que realizan actos de participación pública frente a las demandas judiciales manifiestamente infundadas o abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública» -de ahí la utilización de la abreviatura DECPP-) [34], el 27 de abril de 2022.

El objetivo declarado de la propuesta de Directiva es proteger a las víctimas o destinatarios de estas denuncias abusivas (periodistas, defensores de los derechos humanos, activistas por el medioambiente, medios de comunicación, editoriales y organizaciones de la sociedad civil, investigadores y académicos), ofreciendo un cauce procesal adecuado para que la autoridad jurisdiccional pueda cerrar en una fase temprana el proceso judicial entablado contra el periodista o activista cuando todos los indicios apunten que se trata de un caso de denuncia abusiva o mordaza. A la Unión Europea le interesan especialmente estas denuncias que tienen efectos transfronterizos, algo muy común debido a la ubicuidad de las redes sociales y de los medios tecnológicos de información, que permiten que las empresas practiquen el «turismo de la difamación», esto es, buscar «el órgano jurisdiccional más ventajoso y obstaculizar el acceso efectivo a la justicia y a la cooperación judicial», de tal forma que «los demandados pueden verse enfrentados a múltiples procedimientos judiciales al mismo tiempo y en diferentes jurisdicciones».

A partir del impulso de armonización normativa que atribuye el artículo 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las instituciones comunitarias, la propuesta de Directiva pretende crear un mecanismo estandarizado en las legislaciones procesales civiles de los Estados miembros para luchar frente a las denuncias abusivas contra participantes públicos. Concretamente, la letra f) del citado precepto constituye una base suficiente e inmejorable para esta actividad armonizadora toda vez que autoriza al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar «medidas para garantizar: f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros». En efecto, las DECPP son un obstáculo toda vez que, como apunta la propuesta, «constituyen una utilización abusiva de los procedimientos civiles, ya que su objetivo no es el acceso a la justicia, sino el acoso y el silenciamiento de los acusados. Al mismo tiempo,

[34] Online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0177&from=ES (última consulta: 26/10/2022).

los largos procedimientos crean cargas adicionales para los sistemas judiciales nacionales».

a) Concepto y ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva.

Como establece el artículo 1, «La presente Directiva establece garantías contra los procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas incoados contra personas físicas y jurídicas, en particular periodistas y defensores de los derechos humanos, con motivo de su realización de actos de participación pública». Esta afirmación inicial es desarrollada y limitada en los artículos siguientes, pero ya en esta formulación se observa que el objetivo es crear mecanismos procesales (garantías, cauces y recursos) para luchar contra las denuncias abusivas que se interponen en el orden civil y mercantil. Se excluyen, no obstante, las materias fiscal, aduanera y administrativa, así como la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (art. 2). Así mismo, debe apuntarse que la Directiva no propone ninguna armonización en materia penal, sino que, a lo sumo, en la Recomendación anexa a la propuesta de Directiva recomienda a los Estados que garanticen que sus legislaciones penales sancionan las difamaciones (u otra clase de delitos alrededor de la libertad de expresión e información –en el caso del CP español hablaríamos de las injurias y calumnias, arts. 205 y siguientes–) de forma proporcionada y no excesiva, excluyendo, siempre que sea posible, las penas de prisión, tal y como ha recomendado repetidamente el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y entidades de la sociedad civil, como Article 19.

El núcleo de la Directiva pivota, por tanto, en torno al concepto de demanda abusiva por ser total o parcialmente injustificada. Para considerar que una denuncia contra un activista o periodista es abusiva, el artículo 3.3 sugiere atender a: «a) el carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o de parte de la misma; b) la existencia de procedimientos múltiples incoados por el demandante o partes asociadas en relación con asuntos similares; c) la intimidación, el acoso o las amenazas por parte del demandante o de sus representantes». Estos criterios son posibles indicios, pero la Directiva no establece que deban concurrir todos simultáneamente, ni descarta que existan otros. Por ejemplo, aunque no se señale nada al respecto, la autoridad jurisdiccional podría valorar también la actitud del demandante en el proceso en caso de haya incurrido en conductas dilatorias que pudieran esconder una estrategia de mala fe procesal. En todo caso, la concurrencia de esos indicios permitiría

afirmar al juez que la demanda pretende «impedir, restringir o penalizar la participación pública».

La denuncia abusiva tiene que interponerse en un contexto de «participación pública», cláusula que apunta a quienes toman así parte en el debate público y a las materias y asuntos de los que informan. Por lo que se refiere a la primera cuestión, el ámbito subjetivo, son participantes públicos todos aquellos –personas físicas y jurídicas– que ejercen sus libertades de expresión e información sobre asuntos de interés público, en forma de declaraciones o acciones de apoyo y asistencia o preparación de otras acciones informativas sobre tales asuntos (art. 3.1).

En cuanto al ámbito objetivo o material de aplicación de la propuesta de Directiva, la definición de interés público es muy amplia, en línea con lo que generalmente se entiende como asuntos de interés público en la jurisprudencia en controversias sobre libertad de información y ataques al honor (tanto en España como en otros países de nuestro entorno cultural). Son asuntos de interés público, según el artículo 3.2, aquellos «que afecte[n] al público de tal manera que este pueda legítimamente tener un interés en él». En la Directiva se citan materias como «la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, el clima o el disfrute de los derechos fundamentales; asuntos sometidos a consideración pública o a examen por un órgano legislativo, ejecutivo o judicial, o cualquier otro procedimiento oficial público; acusaciones de corrupción, fraude o delincuencia; actividades destinadas a luchar contra la desinformación». Como puede observarse, se delimita un espacio de asuntos de interés público muy amplio, especialmente si se tiene en consideración que se incluye una cláusula expansiva, en estos términos: «las actividades de personas o entidades de notoriedad o interés público»; y que el citado artículo 3.2 menciona estas materias solo a modo de ejemplo, al señalar «en ámbitos como», lo que no excluye otros contextos informativos. Piénsese, por ejemplo, en noticias deportivas: un periodista que publica reportajes sobre los fichajes de un poderoso equipo de futbol, que le perjudican porque elevan notablemente las exigencias del futbolista en la negociación, ante lo cual se denuncia abusivamente al periodista para que sus exclusivas no entorpezcan más la política de fichajes.

Por último, las denuncias abusivas que preocupan a la Unión Europea en esta Directiva son aquellas con repercusión trasfronteriza. El ámbito espacial de interés, podría decirse así, es muy amplio: alcanza, de conformidad con el artículo 4, a cualquier asunto que afecte a partes procesales que no estén domiciliadas en el mismo Estado miembro que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto; e incluso, cuando residan en el mismo Estado, seguirá habiendo esa dimensión transfronteriza si el asunto es relevante para más de un Estado

miembro, o cuando «el demandante o entidades asociadas a este hayan incoado procedimientos judiciales simultáneos o anteriores contra el mismo demandado o contra demandados asociados en otro Estado miembro».

b) Garantías procesales: caución y desestimación temprana.

En los capítulos II y III de la propuesta de Directiva se introducen ciertas garantías procesales destinadas a reforzar la posición del demandado y, sobre todo, articular cauces para concluir prontamente el proceso si el juez entiende que la demanda interpuesta es infundada y aspira a abusar de la tutela judicial para amedrentar al demandado.

En primer lugar, a fin de introducir requisitos adicionales a cargo del demandante para que no recurra a denuncias contra activistas o periodistas de manera abusiva o poco considerada, los Estados deberán incorporar las medidas necesarias para que las autoridades jurisdiccionales obliguen a la constitución de una caución por parte del demandante para las costas procesales, o para las costas procesales y los daños y perjuicios, si considera necesaria dicha caución en razón de la presencia de elementos que indiquen que la demanda podría ser abusiva (art. 8). Así, el demandado puede tener mayores garantías de que podrá ser indemnizado en caso de haber sido víctima de una denuncia estratégica contra la participación pública. Además, la constitución de esta caución hará también que el demandante «piense dos veces» sobre la oportunidad de recurrir a estas denuncias, dado que deberá afrontar de inicio un pago en forma de caución.

Sin duda, la principal novedad procesal que incorpora la Directiva está regulada en el capítulo III: el cauce para la desestimación temprana de las demandas judiciales infundadas. La idea central de esta fase de desestimación temprana consiste en habilitar al principio del proceso una vía para, antes de entrar en el fondo del asunto, realizar un examen de la viabilidad de la demanda interpuesta y de las circunstancias que la rodean, para el caso de que esta denuncia no pretendiera tanto la tutela judicial efectiva y la defensa de derechos del demandante, sino abusar del procedimiento judicial y amordazar al periodista o activista demandado.

Los demandados podrán ejercer el derecho a solicitar la desestimación temprana del proceso iniciado por una eventual demanda abusiva, en el marco de unos plazos proporcionados (art. 9.2). No obstante, de la lectura conjunta del artículo 5.3 y del artículo 9.1 puede afirmarse que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para que los jueces, de oficio, puedan también plantearse esta cuestión. La presentación de la petición de desestimación temprana suspende el procedimiento principal hasta que aquella se resuelva defi-

nitivamente (art. 10) y su resolución debe sustanciarse en un procedimiento acelerado (art. 11). La decisión judicial de concesión de la desestimación temprana o su denegación, por entenderse que no hay indicios de estar ante una denuncia abusiva, podrá ser recurrida (art. 13). Si la petición de desestimación temprana se ha admitido por la autoridad judicial a la vista de los indicios, cae sobre el demandante la carga de la prueba, esto es, le corresponde probar que la demanda no es manifiestamente infundada (art. 12).

c) Reprobación del demandante.

En caso de que la autoridad judicial estime la petición de desestimación temprana por entender que efectivamente el demandante había interpuesto una denuncia abusiva, se activan diversas medidas que visualizan o proyectan la reprobación del derecho procesal a esa actitud abusiva:

— el demandante puede ser obligado a «soportar todas las costas procesales, incluida la totalidad de los gastos de representación legal en que haya incurrido el demandado, salvo que dichos gastos sean excesivos» (art. 14);

— la terminación temprana del proceso no solo conlleva para el demandado la tranquilidad de evitar un proceso largo y costoso, que podría terminar en una elevada condena, sino que, además, la Directiva propone que «pueda reclamar y obtener una indemnización plena» por el perjuicio de haber sufrido una demanda abusiva destinada a amedrentarle (art. 15);

— desde la perspectiva del demandante, la desestimación temprana no solo le obliga a descartar la posibilidad de un proceso contra el demandado por sus investigaciones o informaciones difundidas, sino que, además, puede ir aparejada de la imposición de una sanción «efectiva, proporcionada y disuasoria» (art. 16) por haber abusado de la legislación procesal para finalidades espurias de intimidación contra el periodista o activista.

31.5 TRES VÍAS PARA IMPLEMENTAR LA OBLIGACIÓN Y EL COMPROMISO ANTI-SLAPPS DE LAS EMPRESAS: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LEY DE DILIGENCIA DEBIDA Y *COMPLIANCE PROGRAM*

A la hora de implementar la prohibición de las SLAPPs en nuestro ordenamiento jurídico, conviene ver el problema de las denuncias abusivas desde una doble perspectiva: como un asunto de abuso de las leyes procesales (lo que lleva nuestra mirada hacia la Ley de Enjuiciamiento Civil) y como una con-

ducta típicamente empresarial que debe prohibirse (pensamos ahora en el marco normativo de obligaciones de las empresas: una futura ley española de diligencia debida y los programas de cumplimiento normativo de las empresas).

1. La propuesta de Directiva Anti-SLAPPs de la Unión Europea, en caso de ser aprobada, debe producir cambios normativos en el Derecho español para incluir una legislación específica que combata la práctica de las denuncias abusivas. Concretamente, debería reformarse la *Ley de Enjuiciamiento Civil* para incorporar un título sobre el desistimiento temprano del proceso en caso de demandas abusivas. Es cierto que en el título VII del libro I de la Ley se regula la figura de la buena fe de las partes en un proceso, en cuya virtud (art. 247.1) el juez o tribunal podría rechazar «fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal» (apartado segundo). En tal caso, quien ha conculcado las reglas de la buena fe podría recibir una multa (apartado tercero).

La regulación vigente, sin embargo, resulta insuficiente para el problema de las denuncias infundidas, por varios motivos: a) no se prevé específicamente para procesos contra participantes públicos sobre asuntos de interés público; b) no es propiamente una moción a disposición del demandado para solicitar la valoración del juez a fin de determinar si hay un abuso (por más que el demandado pueda plantear la mal fe procesal del demandante en su escrito de contestación a la demanda), sino que se trata de una opción que parte solo de oficio del tribunal; c) y, esta es la carencia más importante, aunque el juez considere que una parte procesal ha abusado del derecho e incluso imponga una multa, no se prevé la terminación del procedimiento, que es la clave de la legislación anti-SLAPPs: desistimiento temprano del proceso en caso de denuncia abusiva para evitar, así, que el procedimiento continúe agotando los recursos económicos y psicológicos del demandado y ahogando el escrutinio público. Por tanto, entendemos que la reforma de Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir la moción de desistimiento temprano por denuncia abusiva es imprescindible.

Hay que apuntar que la intimidación de periodistas o informadores también puede canalizarse por la vía penal, con querellas de injurias o calumnias, por ejemplo. Sin embargo, recordemos que la propuesta de Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación las reclamaciones penales. Por ello, a falta de un cambio expreso impuesto por la futura Directiva, la paralización de una denuncia abusiva en el orden penal tiene que realizarse con los instrumentos que la ley ya ofrece: el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al juez o tribunal a comprobar el hecho denunciado, «salvo que este no revistiere

carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa» y, según el artículo 313 de la misma ley, se desestimará la querella en caso de que los hechos denunciados no sean constitutivos de delito. En esta labor judicial de decidir si los hechos son indiciariamente constitutivos de delito, en el marco de infracciones alrededor de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha advertido que el juez o tribunal debe considerar si «la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión», pues «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). De tal forma que la ausencia de esta previa valoración jurídica que conecta los hechos enjuiciados con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, sería inconstitucional (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3),

2. En los últimos años se han aprobado en varios Estados normas específicas que regulan la responsabilidad de las empresas en la protección de los derechos humanos (y del medioambiente), especialmente de las grandes corporaciones. Estas normas se enmarcan en una tendencia a juridificar los compromisos de las empresas, que formaban parte de sus deberes de responsabilidad social corporativa, ahora en forma de obligaciones y prohibiciones vinculantes y sancionables en caso de incumplimiento. Se obliga a las empresas matrices a supervisar y vigilar a las empresas filiales con las que contratan, de tal forma que en caso de que la filial haya cometido una violación de derechos humanos, la empresa matriz será responsable si tal violación se hubiera producido por la falta de supervisión de la empresa matriz.

Suele citarse el ejemplo de la Ley de Vigilancia Empresarial francesa como pionera en esta materia en el entorno europeo. Recientemente, en junio de 2021, también Alemania ha aprobado su Ley de diligencia debida en la cadena de suministro. Austria, Holanda, Bélgica preparan normativas similares. En el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2022, el Gobierno español se compromete a aprobar una «Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales», cuyo objetivo sería «garantizar de forma efectiva prácticas empresariales respetuosas de la sostenibilidad y los Derechos Humanos a través de una específica obligación de debida diligencia y buenas prácticas en la actividad transnacional de origen español». Sin duda, la prohibición de recurrir a SLAPPs tendría perfecto encaje en esta norma: las denuncias abusivas constituyen una seria amenaza para el derecho humano a la

libertad de información y expresión, y las empresas españolas, tanto en España como en otros países donde actúan a través de filiales, tienen que ser sancionadas si recurren a estos métodos intimidatorios solo aparentemente legales.

3. Finalmente, la última opción para prohibir el uso de SLAPPs en la política de una empresa sería a través de su *programa de cumplimiento normativo*. En ese caso, se abren dos opciones:

a. Cabe que la empresa incluya voluntariamente un compromiso anti-SLAPP dentro del *compliance*, que podría formularse en los siguientes términos: «la empresa se compromete a no interponer reclamaciones penales o civiles contra periodistas, informadores, activistas, organizaciones ciudadanas, en general, contra participantes públicos, que informen sobre asuntos de interés público en los que se halle involucrada la empresa. Podrá interponer reclamaciones cuando tengan fundadamente base legal (salvaguardando así su derecho a la tutela judicial efectiva) y, en todo caso, nunca exigirá una condena o compensación por daños al participante público que sea desproporcionada.

b. Otra posibilidad sería que ley de diligencia debida que se elaborará próximamente, a la que antes nos referíamos, obligue a las empresas a pronunciarse sobre la práctica de las SLAPPs expresamente en sus programas de cumplimiento incluyendo un compromiso de no recurrir a ellas. Esta vía ofrecería una ventaja adicional: la ley podría prever una sanción para el caso de que la empresa incumpla el compromiso anti-SLAPP.

Si bien la opción de introducir voluntariamente un compromiso anti-SLAPP en los programas de cumplimiento es positiva, entendemos que no debe dejarse esta cuestión solo a la libertad de decisión de la empresa, sino que debe reforzarse la prohibición de las SLAPPs incluyendo expresamente la obligación legal de que el *compliance* contenga una referencia al respecto.

V. EMPRESAS Y DICTADURAS: JUSTICIA DE TRANSICIÓN CORPORATIVA

32. JUSTICIA DE TRANSICIÓN CORPORATIVA: LA NUEVA GENERACIÓN DE ESTUDIOS TRANSICIONALES [1]

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de Sao Paulo

32.1 INTRODUCCIÓN

El ejercicio científico de la criminología consiste en la capacidad de extracción de consecuencias teóricas a partir de experiencias concretas. Diferentemente de la disputa entre ideaciones o «escuelas del pensamiento», interesa mucho más encontrar recomendaciones estratégicas de acción con impacto constructivo en la vida en sociedad. Por el contrario, difícilmente sería posible establecer los vínculos entre criminología y sistema de justicia criminal y dejar que su aplicación práctica esté orientada por la gestión democrática de problemas sociales. Para decir la verdad, no sería necesaria más sofisticación que esta.

A lo largo de la historia, el pensamiento criminológico fue marcado por el análisis de los múltiples factores y por los intentos de generalización

[1] Este ensayo corresponde a uno de los resultados parciales del Auxilio Regular FAPESP – «Politics turns, corporations remain: the undone Corporate Transitional Justice in Brazil» – (Proc. AR 2018/03863-3). Este texto fue publicado originalmente en portugués: «Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais», *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol. 167, ano 28, p. 71-128. Hay versión modificada en inglés: «The Idea of Corporate Transitional Justice: paths to corporate criminology in Brazil», *Criminal Justice Review*, vol. 46, issue 4, p. 435-449.

de una referencia teórica para la explicación de las causas del crimen y de las consecuencias de la criminalidad. En este proceso, John Braithwaite identifica la permanencia histórica de grandes líneas de pensamiento y empleo del método científico –las *big pictures*– y, con toda razón, acentúa que los criminólogos se dedican mayoritariamente al problema del método científico y a la cuestión de la selectividad, más netamente orientada por los retrocesos democráticos de la injusticia racial y teorías explicativas del crimen y de la criminalidad [2]. En la búsqueda de una *big picture* propiamente brasileña, en principio parece no haber tantas divergencias. El empleo del método científico está alineado al discurso científico internacional, así como reproducimos los problemas de las condiciones carcelarias y de la selectividad racial.

Sin embargo, esta *big picture* quedaría incompleta si dejáramos de reflejar cierto protagonismo de la criminalidad corporativa, sobre todo en la última década en Brasil. Es verdad que la criminalidad corporativa también está alineada a la política criminal internacional [3], pero al ampliarse el espacio de observación a las últimas seis décadas, trae algunas especificidades de alta indagación científica. Muchas corporaciones, grupos económicos, sectores de la industria y empresariado que estuvieron involucrados en el soporte financiero e institucional de la dictadura militar en Brasil (1964-1985) aún son protagonistas en la esfera pública. Incluso con relación a los episodios de *impeachment* de la ex-presidente Dilma Roussef (2016) [4], incluso con relación al liderazgo de renovación de la ética en los negocios y a la implementación de programas de integridad, imponiendo una moralidad abstracta anticorrupción, contra un enemigo común.

A pesar de todos los cambios en el plan político y constitucional, la red empresarial que soporta la economía nacional persiste con considerable protagonismo [5]. La observación más detallada de las últimas seis décadas en Brasil per-

[2] Braithwaite, John. «In search of Donald Campbell». *Criminology and Public Policy*, 15/2016, pp. 417-437.

[3] Hagan, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton: Princeton Press, 2010, pp. 14 ss.; en reseña a Hagan, Laufer, William. «Commentary on 'Who are the Criminals?'». *Contemporary Sociology: a Journal of Reviews*, 42/2013, pp. 679-683.

[4] «FIESP declara apoio formal a *impeachment* de Dilma». *O Estado de S. Paulo*, 14.12.2015.

[5] Véase también Safatle, Vladimir. «Uma junta financeira governa o País». *Folha de S. Paulo*, 14.10.2016.

mite afirmar que la ausencia de transición en el plan de las corporaciones es, definitivamente, una *big picture*[6] a ser investigada científicamente en Brasil[7].

Realmente sorprende esta afinidad entre los recientes escándalos corporativos y la red empresarial que sirvió de soporte para el régimen autoritario en Brasil. Muchas de las corporaciones involucradas en las recientes operaciones de *enforcement* ocuparon posiciones centrales en la financiación del autoritarismo en Brasil. Aún más delicado que esto, impresiona esta coincidencia entre actores que apoyaron la financiación de regímenes autoritarios y aquellos que siguen al frente de estructuras estratégicas del mercado nacional. Por consiguiente, se convive con un vacío moral con relación a la ascensión de dinámicas autoritarias, difundiendo en el mercado la retórica del compromiso por la integridad indiferentemente del compromiso democrático.

En función de estos presupuestos, la construcción del objeto científico de la Justicia de Transición Corporativa (JTC) parte de una hipótesis bastante básica: ¿cómo sería si las corporaciones asumieran el compromiso de reconocer su complicidad con tendencias autoritarias? ¿Cuál sería la configuración jurídica de esta complicidad y cómo ella podría inspirar iniciativas innovadoras en el ámbito corporativo, a partir de una percepción extendida de la complicidad

---

[6] Braithwaite observa que la ascensión de los estudios sobre construcción de la paz y justransicionales es una estrategia promisora para dar mayor visibilidad y reconocimiento científico a las investigaciones producidas en el «*global South*»: «(...) For criminology to learn from the global South, it might become less criminological, more interested in learning lessons from peacebuilding mistakes in the South, more interested in putting into the balance the domination caused by criminals with the domination caused by those who punish them, more interested in domination prevention than crime prevention», Braithwaite, John. «Criminology, peacebuilding and transitional justice: lessons from the Global South». Carrington, Kerry, *et al.* (org.) *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Basingskote: Palgrave, 2018, pp. 971-990. A pesar de la expansión de los mercados y de las recientes transformaciones en el ejercicio global del control social de la actividad empresarial, es increíble como en esta *big picture* la criminología corporativa sigue siendo un capítulo ignorado. En este ensayo, la delimitación no se refiere a los crímenes cometido por el Estado en cooperación con corporaciones (*State-corporate crime*, cfr. Kramer, Raymond, *et al*. «The origins and development of the concept and theory of State-Corporate Crime». *Crime and Delinquency*, 48/2002, pp. 263-282), sino a las posibles formas de atribución de responsabilidad, jurídica o moral, al comportamiento corporativo socialmente dañoso que se realiza en complicidad con dinámicas autoritarias.

[7] Al dedicarnos a la cuestión transicional por primera vez, la judicialización fue vista con muchas reservas. En tono de oposición, alineamos la observación del caso brasileño a la tesis de que no se trata de superación del pasado, sino de las estructuras burocráticas administrativas del presente, Saad-Diniz, Eduardo. «El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, pp. 2076-2104; sobre las estructuras burocráticas administrativas, Bercovici, Gilberto. «O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa em 1967». Teles, Edson; Safatle, Vladimir (org.) *O que resta da Ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90. Posteriormente, sometimos esta posición a una revisión y apuntamos que no se trata solamente de disputa por la organización administrativa del Estado, de tal forma que una comprensión más profunda de la Justicia de Transición en Brasil pasa por desafíos bastante más complejos de enfrentamiento de la complicidad de las corporaciones, Saad-Diniz, Eduardo; Sponchiado, Jessica. «La financiación corporativa de la dictadura militar en Brasil». Vélez-Rodríguez, Luis, *et al.* (org.) *Sociedad y fuerza pública ante los retos de la paz*. Bogotá: Ibáñez, 2016, pp. 435-463.

moral con regímenes autoritarios? ¿Valdría solamente con relación al pasado, o reconocería la continuidad de ciertos vínculos con dinámicas autoritarias?

No se trata solamente de ausencia de transición con relación al régimen pasado. Lo que caracteriza a la JTC es la *relación de continuidad* y su capacidad de seguir conduciendo la moralidad corporativa. Más importante que demostrar la complicidad de redes empresariales es demostrar la evolución de su capital social luego del régimen autoritario, este es el elemento empírico que permitiría delimitar el *continuum* histórico [8]. Una serie de estrategias de investigación podrían ser utilizadas para generar las necesarias evidencias científicas, tales como la verificación empírica de las transferencias patrimoniales a grupos específicos, por el análisis de convergencia entre los ciclos de desvalorización financiera, desreglamentación o concesión de crédito público y el rendimiento de las empresas, evaluación de la actuación de los bancos centrales. La finalidad de estas investigaciones debe concentrarse en comprender cómo las empresas actualizan históricamente las formas de captura regulatoria o incluso exploran ambientes regulatorios frágiles, con base en donaciones políticas, esquemas de corrupción o cartelización, preservando un inventario extraordinario de abuso de la confianza y del empleo de recursos públicos.

La alta indagación debe buscar desvendar por qué, durante tanto tiempo, hubo silenció al respecto. La investigación sobre rendición de cuentas en el ámbito corporativo (*corporate accountability*) es aun extremadamente deficitaria con respecto al rol del sector privado en la reconstrucción social de la democracia. Estos problemas centrales acaban induciendo a otra suerte de interrogantes: ¿por qué la dimensión económica estuvo por tanto tiempo alienada de los estudios transicionales? Llama la atención la forma en que los estudios transicionales se desarrollan paralelamente a la formación de un expediente político. La conveniencia de este atraso histórico consiste en el hecho de que esta cuestión tan delicada de la complicidad corporativa podría haber representado un obstáculo o inmovilizado cualquier otra estrategia de Justicia de Transición, generando una sobrecarga de intereses a ser acomodados [9]. Y por supuesto que, desde la perspectiva de la configuración de la agenda político-criminal, la connivencia con la *problematic accountability* también

[8] Kauzlarich, David. «A complicity continuum of state crime». *Contemporary Justice Review: issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 6/2003, pp. 241-254.

[9] Roht-Arriaza, Naomi. «Why was the economic dimension missing for so long in transitional justice? An exploratory essay». Bohoslavsky, Juan Pablo; Verbitsky, Horacio (org.), *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship: outstanding debts*. Cambridge: Cambridge Press, 2014, pp. 19-28. En sentido semejante, Waldorf, L. «Anticipating the past: transitional justice and socio-economic wrongs». *Socio and Legal Studies*, 21/2012, pp. 171-186.

impacta en el silencio con relación a las justificaciones morales de la criminalidad corporativa y a la desregulación de la actividad empresarial.

La idea de este ensayo es justamente explorar el referencial teórico explicativo sobre lo que podría ser la JTC como nueva categoría analítica en las ciencias criminales. Basado en esta convergencia entre estudios transicionales y criminología corporativa, se pretende desarrollar una llave teórica que abra el campo a nuevas recomendaciones estratégicas de acción práctica. Se espera organizar la referencia para una posible agenda de investigación que permita comprender cómo se operaron las redes empresariales. A partir de esta nueva categoría analítica con respecto a las posibilidades de atribución de responsabilidad moral y jurídica por la complicidad corporativa, se espera que se viabilicen verificaciones empíricas más consistentes sobre los vínculos entre complicidad corporativa y dinámicas autoritarias, mejorando sobre las modalidades sancionatorias y alternativas de restauración y reconstrucción social posconflicto.

Por ahora, la proposición de la JTC atenderá al desarrollo de nueve tópicos, divididos en tres partes principales. En un primer momento, se pretende presentar 1) las generaciones de los estudios transicionales, las relaciones posibles entre 2) autoritarismo y redes empresariales y, de forma no exhaustiva y volcada a la discusión de procesos de aprendizaje, 3) perspectivas histórica y comparada (Alemania, Argentina y Brasil). En un segundo momento, se pretende discutir la extensión de la 4) *corporate accountability* y su influencia en concepción de la complicidad y de la responsabilidad jurídica, juntamente con las nociones de 5) contribución, causalidad, acciones neutrales y 6) modalidades sancionatorias. Finalmente, se pretende abrir el diálogo hacia la comprensión de la 7) obligación moral del sector privado, 8) prácticas restaurativas de configuración transicional y 9) nuevas posibilidades para la victimología corporativa.

32.2 GENERACIONES DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

La participación del sector privado en los regímenes autoritarios es un capítulo dejado de lado por los estudios transicionales. Ni siquiera entre los más recientes estudios sobre la materia se encuentra algo al respecto [10]. No hay, al menos hasta el momento, consolidación de estos elementos ni siquiera

[10] Sikkink, Kathryn. *Justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton, 2011, pp. 42 ss.; Szablewska, Natalia; Bachmann, Sascha-Dominik (org.). *Current issues in Transitional Justice: towards a more holistic approach*. Heidelberg: Springer, 2015.

para permitir la categorización más consistente de una nueva generación justransicional. Menos todavía se pueden apuntar posibles indicadores de efectividad da transición, reflejando las reformas, movilización de las tesis criminológicas, métodos empíricos aplicados, publicidad de base de datos y acervo, formulación de políticas públicas, iniciativas corporativas y satisfacción de las víctimas. Sólo recientemente se observan estudios sobre la responsabilidad de las corporaciones [11], o con relación específica a los desafíos de hacerse negocios en ambientes hostiles o en situación de transición, empezando la sistematización de los elementos y un referente descriptivo de este nuevo campo [12]. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos preliminares en rellenar esta laguna sobre la *accountability* de las corporaciones, estudios recientes no llegaron a desarrollar lo que podría representar la JTC en la condición de nueva categoría analítica.

Originalmente, los estudios transicionales se concentraron más en la organización del discurso y en la comprensión de sus dimensiones políticas, delimitando la estructuración, funcionamiento y las primeras movilizaciones en búsqueda de la verdad sobre las víctimas y los procesos de victimización de las atrocidades perpetradas en regímenes autoritarios [13]. Por un lado, la investigación criminológica tomó por presupuesta la indiferencia histórica con relación a los crímenes contra la humanidad, ignorando el genocidio, desapareci-

[11] Sharp, David. «Addressing economic violence in times of transition: toward a positive-peace paradigma for Transitional Justice». *Fordham International Law Journal*. 35/2012, pp. 781-814; Michalowski, Sabine (org.). *Corporate accountability in the context of Transitional Justice*. Abingdon: Routledge, 2014, 254 pp.; Verbitsky, Horacio; Bohoslavsky, Juan Pablo (org.) *The economic accomplices to the Argentine Dictatorship: outstanding debts*. Cambridge: Cambridge Press, 2016, 372 pp.; Payne, Leigh; Pereira, Gabriel. «Corporate complicity in International Human Rights Violations». *Annual Review of Law and Social Science*, 12/2016, pp. 63-84.

[12] Laura García reorganiza el campo del conocimiento con énfasis en los derechos económicos y sociales, buscando, a su modo, interacciones con la criminología, justicia transformativa y procesos de reconstrucción social post-conflicto: «While this approach implies addressing all human rights, including violations of socio-economic rights, they have been questioned for their lack of clear conceptualisation and for producing a very limited impact in practice. It has been argued that moving towards the integration of socio-economic aspects in transitional justice would be desirable. However, research and practice should examine which transitional justice mechanisms would be able to integrate socio-economic violations and how do they need to be adapted to do so, depending on the needs and priorities of each context». García Martín, Laura. *Transitional Justice, corporate accountability and socio-economic rights: lessons from Argentina.* London: Routledge, 2020, p. 38. Véase también Cernic, Jernej Letnar. *Corporate accountability under socio-economic rights.* London: Routledge, 2019, pp. 277 ss.

[13] Kritz, Neil. *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington? US Institute for Peace, 1995, pp. 9 ss.; Elster, Jon. *Closing the books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge Press, 2004, pp. 77 ss.; Buckley-Zistel, Susanne, *et al.* (org.). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014, 221 pp.; Brants, Chrisje, *et al.* (org.) *Transitional Justice and the Public Sphere: engagement, legitimacy and contestation*. Oxford: Hart, 2017; Murphy, Colleen. *The conceptual foundations of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge Press, 2017, pp. 83 ss.

miento forzado de personas, tortura, censura y sistemáticas violaciones de derechos humanos [14]. Mucho menos se movilizan con mayor intensidad en lo que concierne a la complicidad de las multinacionales en la financiación de las atrocidades [15]. Por otro, los estudios sobre la materia aun están concentrados en análisis dogmáticos sobre la legislación aplicable y los principales enclaves interpretativos [16], dedicando poca o ninguna atención a la víctima y a los procesos de restauración. A pesar de que algunos autores se hayan dedicado a explorar la complicidad corporativa (v. *infra*), este movimiento inicial aun no fue suficiente para una movilización más amplia en torno de la JTC, orientada a la realización del más elevado nivel de *corporate accountability* posible.

Por mucho tiempo, se justificó esta ausencia de las corporaciones en razón de la necesidad estratégica de viabilizar otros «momentos de la Justicia de Transición». De forma semejante, Ruti Teitel clasifica tres generaciones de la «genealogía» de la Justicia de Transición: 1) fase Postguerra Mundial; 2) fase Postguerra Fría; 3) llegada del siglo xx, asociada a la intensificación de la globalización [17]. A la clasificación de Teitel, David Sharp adiciona reflexiones sobre una posible cuarta generación, en la cual se incorporaría la necesidad de rendir cuentas y mayor movilización sobre una realización más consistente de la justicia económica [18]. De hecho, tomando por base el expediente político, es bastante convincente la división histórica en «momentos», «fases» o «generaciones». Hacer frente a la complicidad de las corporaciones desde el inicio del proceso de transición podría haber inmovilizado cualquier otra iniciativa transicional [19].

---

[14] Maier-Katkin, Daniel, *et al*. «Towards a criminology of crimes against humanity». *Theoretical criminology*, 13/2009, pp. 227-255. Se destacan algunos estudios teóricos e investigaciones empíricas que desafían la pertinencia de los estudios transicionales. Ampliar el concepto de justicia, de forma tal que optimice la satisfacción de quien es sometido a la victimización, es más importante que el sobrecultivo teórico: «(...) Not a full measure of justice, but a spoonful of justice that has meaning for them», Nickson, Ray; Braithwaite, John. «Deeper, broader, longer transitional justice». *European Journal of Criminology*, 11/2013, pp. 445-463. Para resultados empíricos, Nickson, Ray William. *Great expectations: managing realities of transitional justice*. Sydney: ANU, 2013, 460 pp.

[15] Haldemann, Frank. Transitional justice..., *op. cit.*, pp. 498-517.

[16] En buena síntesis, Swensson Jr., Lauro Joppert. «Punición para os crimes da dictadura militar: contornos do debate». Dimoulis, Dimitri (org.) *Justicia de transición no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53 ss.

[17] Teitel, Ruth. «Transitional justice genealogy». *Harvard Human Rights Journal*, 16/2003, pp. 69-94.

[18] Sharp, David. «Interrogating the peripheries: the preoccupations of fourth generation transitional justice». *Harvard Human Rights Journal*. 26, 2013, pp. 149-78; Schmid, Evelyne, *et al.,* «Do no harm»? Exploring the scope of economic and social rights in Transitional Justice». *The International Journal of Transitional Justice*, 8/2014, pp. 362-382; Szoke-Burke, Sam. «Not only context: why Transitional Justice Programs can no longer ignore violations of economic and social rights». *Texas International Law Journal*, 50/2015, pp. 465-494.

[19] Roth-Arriatza, Naomi. Why was the economic dimension... *op. cit.*, pp. 19-28. «(...) Given that initial transitions were conceived as short-term projects, socio-economic concerns were seen as new tasks

Internacionalmente, las justificaciones sobre la «invisibilidad» [20] del mundo corporativo se insertan o en la dinámica de la Guerra Fría, en que precisamente se esperaba de las corporaciones el liderazgo en contención del bloque soviético, o en la demanda de las propias empresas para que ejerzan protagonismo en la reconstrucción de las economías en transición [21]. La atribución de responsabilidad a las empresas es una cuestión sensible, que involucra la comprensión del funcionamiento del mercado, dominación estratégica de mercados en nivel internacional, comprensión de los efectos colaterales de la responsabilización en la empresa y en la sociedad, además de la propia forma en que las empresas interactúan con las comunidades locales, generando contextos de dependencia comunitaria.

Desde una perspectiva doméstica, esta gradación tiene aun más sentido: primero, las víctimas son reconocidas; después, trabajadores y uniones sindicales; después, la revisión de las cuestiones identitarias y protección de la diversidad. Al menos es así que se interpretan las distintas generaciones de Justicia de Transición, incluso remontando a la experiencia de la transición en la postguerra. Las principales justificativas sobre la invisibilidad del empresariado y de las corporaciones en el proceso de transición consisten en la demanda por la recuperación de la economía alemana y en la emergencia de contención del avance del bloque soviético [22]. Si es verdad que esta evolución gradual viabilizó ganancias estratégicas en la reconciliación, la oportunidad histórica para la JTC no podría ser más apropiada, tanto por el grado de dependencia de los recursos corporativos de la sociedad mundial, como por la necesidad de *accountability* para motivar la resistencia moral frente a la ascensión de dinámicas autoritarias.

---

for successor regimes in the transition period», García Martín, Laura. *Transitional Justice...*, *op. cit.*, p. 52; Haldemann, Frank *et al*. «Transitional justice without economic, social and cultural rights?». Riedel, Eibe, *et al.* (org.) *Economic, social, and cultural rights? Contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford Press, 2014, pp. 498-517.

[20] Miller, Zinalda. «Effects of invisibility: in search of the 'economic' in transitional justice». *International Journal of Transitional Justice*, 2/2008, pp. 266-291.

[21] Laura García analiza la predominancia de la «construcción liberal de la paz» (*liberal peacebuilding*), vehiculando la idea de que las democracias de mercado serían más sustentables y menos propensas al conflicto, de forma tal que justifique la clemencia con el abuso de derechos socioeconómicos, García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*, pp. 51-52. Fort, Timothy. *The role of business in fostering peaceful societies.* Cambridge: Cambridge Press, 2004, pp. 109 ss.; Ford, Jolyon. *Regulating business for peace.* Cambridge: Cambridge Press, 2015, pp. 37 ss.

[22] Bilsky, Leora. *The Holocaust, corporations, and the Law: unfinished business*. Michigan: Michigan Press, 2017, pp. 15 ss.

A su vez, la ausencia de datos sobre la complicidad corporativa es intolerable. Sin elementos que puedan demostrar los vínculos de esta complicidad [23], la propia dimensión de lo que es justo o de lo que sería una actividad empresarial legítima se pierde en valoraciones o ideaciones. Esta escasez de demostración empírica, además de perjudicar la determinación de los vínculos pasados, embota la comprensión de las formas latentes y actuales de complicidad en el presente. Para que la JTC tenga algún sentido práctico, sus efectos deben ir más allá de regímenes en transición o zonas de conflicto, llevando en consideración de los dos argumentos básicos: por el hecho de que los ordenamientos domésticos, en la mayoría de los casos, ni siquiera disponen de mecanismos jurídicos para lidiar con la atribución de responsabilidad en razón de la complicidad, y por el hecho de que las redes empresariales cómplices de dinámicas autoritarias mantienen conexiones con empresas multinacionales que operan globalmente. La ausencia de investigaciones más consistentes sobre la materia compromete no solamente nuevas concepciones teóricas o verificaciones empíricas sobre violación sistemática de derechos humanos en el ámbito corporativo, pero es prejudicial sobre todo a la legitimación de los procesos de responsabilización a las empresas, a la formulación de políticas públicas y a iniciativas privadas de reconocimiento, reparación y restauración.

Es preciso mayor intensidad en la movilización de investigación científica en torno de la JTC, y explorar nuevas prácticas sociales. La formación de una referencia científica sobre la JTC puede renovar la movilización sobre el reconocimiento, reparación y restauración de las atrocidades, en la exacta medida en que se desafía el sector privado a asumir su rol de cómplice con dinámicas autoritarias. Esta nueva generación de estudios de transición sería esencial para crear nuevas capacidades y vehicular, con mucha más propiedad, la rendición de cuentas con las redes empresariales que siguen soportando la ascensión de dinámicas autoritarias en todo el mundo.

32.3 AUTORITARISMO Y REDES EMPRESARIALES

Los regímenes no-democráticos se caracterizan esencialmente por la supresión de libertades fundamentales. Conceptualmente, el autoritarismo aun atiende a un referente altamente especulativo en la ciencia política (netamente,

[23] Con base en el cruzamiento de datos entre la *accountability* de las instituciones financieras y gastos militares (*military expenditures*) en la Argentina, BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; OPGENHAFFEN, Veerle. «The past and present of corporate complicity: financing the Argentinean dictatorship». *Harvard Human Rights Review*, 2010, pp. 157-203.

a partir del referente arendtiano [24]), o, en el plan latinoamericano, a los estudios sobre la organización burocrático-autoritaria [25], o aun, más recientemente, desde la perspectiva del constitucionalismo [26]. Estas definiciones macropolíticas, sin embargo, tienden a remontar a los regímenes pasados, con poco énfasis en la evaluación de la continuidad. El riesgo de ideaciones es justamente obstruir la construcción de diálogo, dificultar el entendimiento de lo que sea complicidad y substituir prácticas sociales por explicaciones moralistas. Estudios más recientes procuran demostrar cómo este plan macro se expresa en la realidad cotidiana. Fue Karen Stenner quien especializó la noción de «dinámicas autoritarias», a partir de la identificación de las causas-raíz (*root causes*) de la predisposición psicológica a la intolerancia y a al rechazo en la aceptación del otro [27].

Teóricamente, la investigación científica de las interfaces entre dinámicas autoritarias y redes empresariales se alinea a un análisis crítico de la JTC y de sus posibles impactos en los sistemas de justicia domésticos y en iniciativas

[24] Arendt, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Penguin, 1950.

[25] O´Donnell, Guillermo. *Reflexões sobre os estados burocrático-autoritarios*. São Paulo: Vértice, 1987, pp. 36 ss.; véase también, Rouquié, Alain. *O Estado militar na América Latina*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982, pp. 31 ss.; Rago Filho, Antonio. *Ideologia 64*. São Paulo: Tese-PUC, 1998, pp. 164 ss.

[26] Frankenberg, Günther. *Autoritarismus: Verfassungstheoretische Perspektiven*. Frankfurt: Suhrkamp, 2020, pp. 212 ss.

[27] Según el análisis de Stenner, la dinámica autoritaria consiste básicamente en proceso en el cual la predisposición individual interactúa con las condiciones sociales de amenaza normativa (*normative threat*), reaccionando adversariamente a lo que se contrapone a la autoridad del grupo o uniformidad. Stenner, con acuidad, diferencia autoritarismo de conservantismo –«(...) what marks out these stances as authoritarian rather than conservative is the immovable fact that they tend to occur together *across* very diverse cultural contexts, when there is no shared theme to explain why they should be so *other than* general intolerance of difference». A pesar de que ambos sean adversos a la diferencia, la predisposición a la intolerancia no significa necesariamente la configuración de *status quo* volcado a la eliminación del cambio social y de la preservación de libertades personales en detrimento de la intervención gubernamental en la economía («*laissez-faire* conservador»). Stenner, Karen. *The authoritarian dynamic*. Cambridge: Cambridge, 2005, pp. 2, 13, 89, 326, 334. Sobre el *continuum* de las dinámicas de predisposición psicológica a la intolerancia, Stenner, Karen; Haidt, Jonathan. «Authoritarianism is not a momentary madness, but and eternal dynamic within liberal democracies». Sunstein, Cass (org.). *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins, 2018, pp. 190-242. La trayectoria intelectual de la complicidad corporativa con esta predisposición a la intolerancia debería tomar como punto de partida el elevado sentido criminológico de indignación moral con relación a la criminalidad de los poderosos, especialmente a partir de Edwin Sutherland, que llevaría a la indiferencia moral de los ejecutivos (Soltes, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public Affairs, 2016, pp. 33 ss.) y a la ausencia de indignación moral con relación al crimen corporativo (Laufer, William. «Where is the moral indignation over corporate crime?». Brodowski, Dominik, *et al.* (org.). *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 19-32). Una argumentación teórica semejante es desarrollada por Christoph Burchard, en referencia a la «neutralización del proceso de deshumanización» de las víctimas de crímenes internacionales motivada por la misma idea de superioridad, de tal forma que «(...) it may be the case that transnational corporations in particular have developed their own normative orders that override the disparate social structures and norms of their home jurisdictions», Burchard, Christoph. «Ancillary and neutral business contributions to 'corporate-political core crime'». *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, pp. 919-946.

corporativas. Por un lado, tiende a comunicar la necesidad de una profunda revisión democrática de las políticas regulatorias, patrones legislativos y rediseño de las instituciones y estrategias de *enforcement*. Por otro, abre espacio para iniciativas corporativas que posibiliten mayor integración de los compromisos políticos democráticos y combinaciones institucionales, recomendando mayor protagonismo y liderazgo del sector privado en la reconstrucción social postconflicto, incluso a partir de la utilización de estrategias procesales y del uso de recursos de *compliance*, dándole voz a quien fue victimizado. Este análisis crítico es lo que garantiza un referente democrático concreto –y no simplemente principialista– para la interpretación de la libertad y del abuso de la actividad empresarial. Es también lo que refuerza la interpretación de la integridad y comprometimiento con las víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

A pesar de esta referencia teórica, los estudios en este campo, cuando no están limitados a conflictos de agencia, análisis de diseños institucionales o a los costos del comportamiento desviante, dejan de enfrentar los procesos de causación de las atrocidades, de resolver las situaciones de complicidad, ignorando los procesos de victimización. Si la JTC fuera realmente capaz de rever el rol de las redes empresariales en la consolidación o desintegración de la vida social democrática, parece razonable esperar que ella también pueda promover estudios más consistentes y multidimensionales sobre el abuso corporativo de la confianza pública en dinámicas autoritarias. Mas allá del esquema ideológico «autoritario», lo que interesa verdaderamente a la JTC es identificar con mayor precisión los contornos del autoritarismo financiado por las redes empresariales y sus relaciones de continuidad con la vida cotidiana de los negocios. En el estudio de estas intersecciones entre sociedad, empresa y Estado, la JTC puede operar tanto en el nivel normativo de las justificaciones morales de dinámicas autoritarias, como en la verificación empírica de las causas-raíz de la complicidad corporativa [28].

La lectura realista es necesaria para establecer este *continuum*, aun ausente en la literatura sobre la complicidad de las corporaciones con regímenes autoritarios. Por esto es tan relevante identificar el tipo de complicidad con

[28] Más sobre el análisis de *root causes*, Roth-Arriatza, N., *Why was the economic... op. cit.*, pp. 19-28. Es cada vez más recurrente en la literatura este debate entre interacciones sociales y causas estructurales (Clamp, Kelly. *Restorative Justice in Transition*. London: Routledge, 2014, pp. 87 ss.), a pesar de que es difícil pensar críticamente sobre relaciones entre individuos sin considerar las estructuras en que se operan; y es aún más difícil pensar sobre las estructuras sociales indiferentes a los individuos que interactúan en ellas. Explorando el hecho de que las investigaciones criminales han priorizado la responsabilidad individual, en lugar de mayor empeño con relación a las causas estructurales del conflicto, García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*, p. 52.

relación a lo *que aconteció* para determinar, desde una perspectiva sociológica más amplia, la construcción social sobre lo *que está aconteciendo*. Bajo esta misma llave realista, Sarah Chayes, por ejemplo, discute la formación de una «cleptocracia» que no solamente obstruye los procesos de transición y construcción de la paz, sino que también lleva al mundo a la ascensión del extremismo [29]. Es así como se reconocen los vínculos entre dinámicas autoritarias y violaciones actuales de derechos humanos, y también es así que se deben reconocer los efectos deletéreos provocados por la formación de redes empresariales cómplices de histórica falta de distribución de justicia y reproducción de desigualdad [30], resultando en un vacuo transicional. Este vacío repercute, drásticamente, en el cotidiano de humillación y depresión, fuentes de retroalimentación de dinámicas autoritarias.

Los esfuerzos científicos para fundamentar la JTC a partir de elementos empíricos, sin embargo, son obstruidos por cierto rechazo de las empresas en abrir voluntariamente (*voluntary disclosure*) sus archivos. Las raras iniciativas corporativas de *accountability* son de baja densidad, persistiendo cierta reluctancia en el reconocimiento de los vínculos con el pasado autoritario y dejando de considerar la expresión de su continuidad en el presente. Sin el comprometimiento de las redes empresariales, la mayoría de las investigaciones acaba sustentándose en pruebas indirectas de la complicidad. Y, para la categorización más adecuada de una JTC, es indispensable encontrar motivación auténtica en rendir cuentas y legitimar el discurso ético empresarial de forma indisociable al compromiso democrático. De otra forma, difícilmente sería posible afectar las estructuras de mercado viciadas por la complicidad con dinámicas autoritarias.

32.4 APRENDIZAJES DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA

No es posible determinar la necesidad de una nueva generación de estudios transicionales desacompañada de la debida investigación historiográfica. Es claro que esta determinación y síntesis de fuentes en el campo de los estudios transicionales es tarea para un grupo entero de investigadores. En este ensayo, limitándose a la simple reflexión a partir de levantamiento bibliográfi-

[29] Chayes, Sarah. *Thieves of State: why corruption threatens global security*. NewYork: W. W. Norton, 2015, 319 pp.

[30] Roth-Arriaza, Naomi, *et al*. «A complementary relationship: reparations and development». De Greiff, P. *et al*. (org.) *Transitional justice and development: making connections*. New York: SSRC, 2009.

co, con la finalidad ilustrativa y sin la pretensión de un repertorio exhaustivo de casos, se pretende combinar perspectiva histórica y comparada, con el propósito de extraer de ella posibles lecciones con las experiencias históricas (por ahora, con referencia a las experiencias alemana, argentina y brasileña) [31], como un «proceso de aprendizaje» (*learning process*) [32].

La interacción entre sistemas corporativos y regímenes políticos no es toda una novedad en la Historia moderna. En el período de las Grandes Guerras Mundiales ya se observa la «ambigüedad» y la «evasión de justicia» en la representación de los hechos en la ausencia de la responsabilización [33]. Al mismo tiempo en que se identifica seria complicidad con los regímenes totalitarios de la época, había una aterradora coincidencia entre empresas que también operaban a favor de intereses democráticos, haciendo mercancía de las atrocidades [34]. En la experiencia de la complicidad de las empresas alemanas con el régimen nazi hay un amplio repertorio de casos involucrando investigaciones de contribución financiera al régimen, que inspiraron el surgimiento de discusión especializada en torno de un «derecho penal internacional económico» (*Wirtschaftsvölkerstrafrechts*) [35]. Dos experiencias, sin embargo, son particularmente emblemáticas para comprender la JTC más allá de los límites de la atribución de responsabilidad jurídica: *IBM* (*International Business Machines*), icónica representante del *Corporate America*, y *Siemens*, empresa central

[31] La investigación en el campo histórico y comparado se encuentra en andamiento, sobre todo con relación a las posibilidades de aprendizaje histórica con las reparaciones por la esclavitud en los EE. UU. o la transición del *apartheid*, en Sudáfrica.

[32] En futuras investigaciones, se pretende analizar las secuencias de cursos causales y relaciones entre las varias experiencias históricas y casos de complicidad corporativa, tomando como base instrumentos de método propios del análisis histórico-comparado: Falleti, Tulia; Mahoney, James. «The comparative sequential method». Mahoney, James, *et al.* (org.). *Advances in comparative-historical analysis.* Cambridge: Cambridge Press, 2015, pp. 211-239; para el análisis del aprendizaje en las transferencias de iniciativas políticas de un campo para otro, Dolowitz, David; Marsh, David. «Who learns what from whom: a review of the policy transfer literature». *Political Studies*, 44/1996, pp. 343-357.

[33] Sobre esta ambigüedad en la atribución de responsabilidad penal a las empresas, Saad-Diniz, Eduardo. «Brasil v. Goliath: 30 años de la responsabilidad penal empresarial y tendencias en *compliance*». Reyna, Luis, *et al.* (org.) Compliance *y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ideas, 2018, pp. 545-579.

[34] Allen, Michael. *The business of genocide: the SS, slave labor, and the concentration camps*. London: Chapel Hill, 2005, pp. 57 ss.; Stel, Nora. «Business in Genocide: understanding and avoiding complicity». *IZA Discussion Paper*, 9743/2016, pp. 4-20.

[35] Bush, Jonathan. «The Pre-History of corporations and conspiracy in International Criminal Law: what Nuremberg really said». *Columbia Law Review*, 109/2009, pp. 1095-1261; Jessberger, Florian. «Die IG Farben vor Gericht: von den Ursprügen eines 'Wirtschaftsvölkerstrafrechts'». *Juristenzeitung*, 2009, pp. 924-932; véase también los debates en Bung, Jochen. «Nauckes Narrative: Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht?». Jessberger, Florian, *et al.* (org.) *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2015, pp. 129-144; en profundidad, Ambos, Kai. *Wirtschaftsvölkerstrafrecht: Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Berlin: Duncker&Humblot, 2018, pp. 7 ss.

para el desarrollo económico alemán. Edwin Black fue quien apuntó que *IBM*, incluso a pesar de haber contribuido con la logística de los transportes y operativa de los campos de concentración, y hasta proveído la tecnología para clasificación y exterminio de los cautivos, no figuró en las *black lists* de empresas cómplices del régimen Nazi [36]. *Siemens* fue pívot de la organización social de la producción en Alemania y del proceso de «militarización de la economía alemana», habiendo amplio acervo histórico [37] sobre la complicidad de sus directivos durante sistemáticas violaciones de derechos humanos durante el Holocausto [38]. A pesar de esto, la atribución de responsabilidad a la empresa no fue más allá del reconocimiento oficial de su contribución. De hecho, Siemens volvió a ocupar una posición de liderazgo en el proceso de reconstrucción de Alemania en la Postguerra.

En «Holocaust, Corporations, and the Law», Leora Bilsky, a partir de sólidas representaciones de historia económica y expresión victimológica del Holocausto, contribuye decisivamente a la comprensión del rol de las empresas en los estudios transicionales. Bilsky analiza con riqueza de detalles los enclaves de la judicialización de la restitución por las atrocidades del Holocausto, investigando las iniciativas de los bancos suizos y de las empresas alemanas. La lógica de investigación también sigue la verificación de los aspectos estructurales y la organización burocrática de los crímenes cometidos por el autoritarismo nazi y sus vínculos con la cooperación del sector privado. Bilsky se apoya en una inteligente argumentación teórica, demostrando la centralidad de la victimización colectiva para la determinación del carácter colectivo de la culpa y del compromiso moral de reconocimiento, reparación y restitución [39].

---

[36] Basado en el Informe Carter – *International Business Machines Corporation*, de 1944, Black, Edwin. *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*. Rio de Janeiro: Campus, 2001. pp. 87 ss.; es bien amplia la literatura sobre la complicidad de las empresas en el período Nazi. Para un análisis contundente sobre la alianza Krupp/Heidegger/Hitler Andreassi Cieri, Alejandro. Arbeit macht frei*: el trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*. Espanha: FIM, 2004. pp. 306 ss.

[37] Rudolf Bingel, por ejemplo, director de *Siemens* en este período, mantuvo relaciones de negocios con el General de la SS, Heinrich Himmler, y actuó en nombre de la compañía para mover la máquina de exploración de los campos de concentración, expropiación de compañías de los territorios invadidos, y articulación de los negocios en cooperación con la SS.

[38] Ramasastry, Anitta. «Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon: an examination of force labor cases and their impact in the liability of multinational corporations». *Berkeley Journal of International Law*, 20/2004, pp. 91-159.

[39] Las implicaciones sobre la implementación concreta de la transición a partir de las tesis de «justicia procedimental» (*procedural justice*) merecen el cuidado de una investigación específica. Bilsky, Leora. The Holocaust…, *op. cit.*, pp. 166 ss.

Entre las experiencias internacionales igualmente relevantes para la investigación, el caso argentino asume especial destaque [40] y, dadas las afinidades del autoritarismo en Latinoamérica, puede ser particularmente revelador. Se observan históricamente casos de alta relevancia, como los procesos contra *Mercedes-Benz*, *Ledesma*, *Ford Motors*, *La Fronterita*, *Techint SA* y *Papel Prensa* [41], y esquemas de desvío de recursos públicos para las corporaciones. Las empresas no se beneficiaban simplemente a partir de inversiones directas, sino también por la deuda pública y deterioración de las finanzas públicas. En últimas consecuencias, es la maniobra de la agenda económica que lleva a ciclos de privatizaciones. Tal como demostrado por Horacio Verbitsky y Juan Pablo Bohoslavsky, esta práctica sistemática es conocida como «compra de lealtad civil de sectores estratégicos de la industria por parte del Estado» [42].

Bajo la coordinación de Eduardo Basualdo, se produjo un relato científico muy interesante para determinar los vínculos y la complicidad del *Banco de La Nación* y los períodos de Dictadura Militar en la Argentina. La estrategia de investigación consistió en demostrar cómo las instituciones financieras fueron esenciales para la manutención del modelo económico militar y cómo los prestamos a las Fuerzas Armadas fueron decisivos en la estructuración de las graves violaciones de derechos humanos del período. El *Banco de la Nación*, a pesar de haber tenido un rol marginal en el mercado financiero a nivel internacional, fue suficientemente influyente para ser considerado el «brazo financiero» del aparato represivo de Estado argentino, financiando el complejo industrial militar, canalizando los recursos destinados a financiar el dispositivo bélico y represivo de las Fuerzas Armadas. Basualdo *et al.* demostraron que la complicidad de las instituciones financieras fue fundamental para la implementación de la política de crédito, insubstituible para el funcionamiento de la

[40] En *dossier* elaborado por el Ministerio da Justicia argentino sobre la responsabilidad de los empresarios por violación de derechos humanos en la última Dictadura argentina, con delimitación en la identificación de los vínculos entre las corporaciones y las prácticas de represión a los trabajadores bajo comando de las Fuerzas Armadas. El *dossier* está basado en cosecha de evidencias y sistematización de los casos, con observación de las directrices del Ejército, entrega de información, aporte de recursos, logísticas y materiales, instalación de centros clandestinos de detención y secuestro colectivo en las propias fábricas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado.* Tomo I y Tomo II. 2015. Véase también Cavana, Leonardo. *Responsabilidade empresarial e terrorismo de Estado na Argentina*. CIDH, 2016.

[41] García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*, p. 179-188.

[42] Bohoslavsky, Juan Pablo; Opgenhaffen, Veerle. *The past and present… op. cit.*, pp. 157-203; Castellani, Ana. *Estado, empresas y empresarios. La construcción de ámbitos privilegiados de acumulación entre 1966 y 1989.* Buenos Aires: Prometeo, 2009, 290 pp.; véase también Pucciarelli, Alfredo. *Empresarios, tecnócratas y militares: la trama corporativa de la última dictadura*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002, 200 p.

producción agropecuaria, principal base de la cadena de producción argentina, revelando, incluso, articulación entre las redes empresariales brasileña y argentina, con mutuas concesiones de créditos y financiación del aparato militar [43]. Esta demostración de la «red de redes empresariales» que financiaron el militarismo en Latinoamérica es una agenda muy promisora. Sería bastante posible cruzar la *accountability* de instituciones financieras brasileñas y argentinas [44] y el recorte transicional podría extraer de los resultados una mejor comprensión de la *accountability* (especialmente la bancaria) y un tratamiento más consistente de las cuestiones del secreto y confidencialidad (v. *infra*).

Sobre el caso brasileño, interesa por ahora solamente delimitar las características elementales de la red empresarial que financió el régimen autoritario y exponer, a partir de nuestra experiencia histórica, la relación de continuidad como una de las cualidades esenciales de la JTC. Leigh Payne analizó la tolerancia de las elites brasileñas en la sustentación del régimen autoritario [45] y, posteriormente, su rearticulación en favor de la apertura del régimen, motivada por elevados costos financieros y políticos. Más tarde, juntamente con Gabriel Pereira, las investigaciones adquirieron sofisticación, basadas en la convergencia de métodos de investigación (ética de los negocios, derechos humanos y Justicia de Transición) y en combinaciones bastante reveladoras sobre la complicidad de las corporaciones con el régimen autoritario en Brasil [46].

La experiencia brasileña sigue siendo muy limitada en términos de fuentes históricas –fuentes no organizadas en la literatura y relatos que integran los Informes de la Comisión Nacional de la Verdad y Justicia, y de los estados, como la Comisión Rubens Paiva, del Estado de São Paulo–, y lo que se puede inferir de los elementos en ellas observados se refiere solamente al énfasis en

[43] Tal como acentúa Basualdo, «(…) a decir verdad, no se trató de meras acciones arbitrarias adoptadas por el directorio en favor de determinados intereses empresarios –como el caso del Banco Ganadero y sus firmas asociadas a través del funcionamiento de la «mesa de dinero» de la institución, (…), sino que llevó a cabo una política cuyo objetivo fue impulsar un achicamiento institucional interno en favor de la expansión financiera del sector privado, así como la acentuada ampliación del crédito internacional para la incorporación de divisas que permitieran la consolidación de la valorización financiera y el financiamiento del Estado dictatorial». Ampliamente sobre esto, los estudios reunidos en Basualdo, Eduardo, *et al.* (org.). *El Banco de la Nación Argentina y la Dictadura: el impacto de las transformaciones económicas y financieras en la política crediticia (1976-1983)*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016, 320 pp.

[44] Véase, por ejemplo, Bohoslavsky; Juan Pablo; Torelly, Marcelo. «Financial complicity: the Brazilian Dictatorship under the 'macrocospe'». Sharp, David (org.). *Justice and economic violence in transition.* New York: Springer, 2014, pp. 233-262.

[45] Payne, Leigh. *Brazilian industrialists and democratic change*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1994, 248 pp.

[46] Payne, Leigh; Pereira, Gabriel. «Corporate complicity in International Human Rights violations». *The Annual Review of Law and Social Science*, 12/2016, pp. 1-22.

la mediación de red empresarial liderada por la *Federação das Industrias do Estado de São Paulo (FIESP)*[47]. De acuerdo con testigos que constan de la relevación de datos de las comisiones, la *FIESP* ofreció cuantías substanciales de dinero para soportar el aparato represor. En las dependencias de la *FIESP* tenía lugar el encuentro entre directivos y militares en su propiedad privada, y articulaba dinero de muchas de las empresas icónicas que apoyaron el régimen, gestionando la financiación de los gastos militares y medidas represivas perpetradas por la *Operação Bandeirantes (OBAN)*, el *Departamento de Ordem Política e Social (DOPS)* y el *Departamento de Operaciones de Información-Centro de Operaciones de Defesa Interna (DOI-CODI)*, las marcas más famosas de la truculencia en el País[48]. Lo que es aun peor, la complicidad se extiende a la presencia de los EE. UU. en Brasil durante el Régimen Militar, habiendo una serie de relatos y documentos evidenciando que el Cónsul de los EE. UU. en la época visitó el DOPS y el DOI-CODI en sesiones de tortura, juntamente con CEOs de alto eslabón[49].

En el caso brasileño, no se trata de mera coincidencia entre gastos militares, *accountability* bancaria y performance económica de sectores de la industria. Lo que falta investigar con mayor precisión es la relación de continuidad entre la red empresarial que financió la Dictadura Militar[50], la red empresarial inscripta en el cierne de las operaciones de *enforcement* ante escándalos corporativos y la red empresarial que mueve la retórica de la renovación de la cultura organizacional. En la historiografía brasileña, difícilmente se encuentran

---

[47] Barbosa, Célio. *A FIESP e o Estado Novo: de escudeiros a opositores (uma breve história do empresariado industrial paulista e a crise do regime autoritário) – 1979 a 1985.* São Paulo: Disertación-USP, 2018, pp. 125 ss.; véase también *Folha de S. Paulo*. «Papéis de militares expõem atuação da FIESP no Golpe de 64», 01.06.2014.

[48] En la experiencia brasileña, el aparato represor se articulaba con el IPES (Instituto de Investigaciones Sociales), en que se formulaban la orientación estratégica de la agenda militar, incluso por medio de la educación ejecutiva. Sobre la centralidad de los gestores educados en esta línea, Dreifuss, René Arnaud. *1964: a conquista do Estado*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1981, p. 140. Beatriz Kushnir, en *Cães de Guarda*, demuestra como Delfim Netto, preminente académico de la Universidad de São Paulo y Ministro de la Economía durante el régimen militar en Brasil, fue personalmente responsable por la mediación de los acuerdos entre la FIESP, el mundo corporativo y el aparato represor de la OBAN (Kushnir, Beatriz. *Cães de Guarda*. São Paulo: Boitempo, 2004, 404 pp.). En *Brasil Nunca Mais* e *Memórias de uma Guerra Suja*, se puede observar que OBAN, DOI-CODI y el DOPS utilizaron la infraestructura privada de una serie de empresas para secuestrar, mantener cárcel privado y torturar, Guerra, Cláudio. *Memórias de uma guerra suja.* Rio de Janeir: Tropbooks, 2012, 291 pp.

[49] Más sobre, Bandeira, Moniz. *Brasil – Estados Unidos: a rivalidade emergente (1950-1988)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

[50] Más sobre, Coggiola, Osvaldo. *Governos militares na América Latina: a era das ditaduras Chile, Argentina e Brasil, luta armada e repressão*. São Paulo: Contexto, 2001, p. 51; Senra, Álvaro de Oliveira. *Após Geisel: crise do desenvolvimentismo e afirmação do neoliberalismo no Brasil*. Freixo, Adriano, *et al.* (org.) *A ditadura em debate: Estado e sociedade nos anos do autoritarismo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, pp. 186 ss.

empresas que no hayan mantenido conexiones con la OBAN, o que el Estado dictatorial no haya creado ambiente fértil para las constructoras nacionales. Irónicamente, las mismas empresas figuran como protagonistas de la Operación Lava Jato, como enfatizado en la monografía «Estranhas catedrais» [51]. En verdad, hay todo un expediente político favorable a la continuidad de la ignorancia y complicidad moral con relación a las injusticias sociales.

Aun sobre esta relación de continuidad de la complicidad de red empresarial en Brasil con el régimen autoritario, incluso como forma de justicia no realizada [52], dos eventos recientes merecen destaque, uno de ellos involucrando complicidad de institución financiera, y otro de la industria automovilística. La complicidad de las instituciones financieras con regímenes autoritarios tiende a ser altamente lucrativa y no fue diferente en Brasil. En 1967, el *Banco Itaú* ocupaba la octava posición en el sector bancario, pero deja el régimen con la adquisición de centenas de agencias en todo el país, como indicado por la Comisión Nacional de la Verdad. Curiosamente, en el año de 2014, el mismo banco estuvo involucrado en una situación judicial delicada, por haber publicado un calendario («folhinha») en que se celebraba el día 31 de marzo de 2014 (los 50 años del Golpe Militar en Brasil). Además de *recall*, poco se sabe sobre cualquier otra iniciativa o apología debida [53].

Más recientemente, *Volkswagen (VW)* fue indiciada por la Fiscalía Federal en razón de violaciones de derechos humanos durante la Dictadura Militar brasileña, sin que, sin embargo, haya tenido impacto más substancial. Bajo coordinación del historiador alemán, Christopher Kopper, *VW* elaboró un parecer que evalúa su rol durante el período, cuyas principales tesis consisten en: 1) que *VW* fue forzada a expandir el parque industrial, a causa de las políticas proteccionistas de los militares; 2) que *VW* reconoce que algunos ejecutivos eran de hecho ex-militantes del régimen Nazi, haciendo hincapié en la orientación conservadora de estos individuos (hábilmente escindiendo, conforme interpretamos, la postura individual de la cultura corporativa, dada la tendencia a la neutralidad de la complicidad de la *VW* en el período dictatorial); 3) que *VW* estaba integrada a la *FIESP*, pero niega que haya ofrecido apoyo financiero; 4) que *VW* reconoce que ex-CEO de la empresa celebraba el secuestro de representantes de los sindicatos; 5) que *VW* reconoce haber em-

[51] Campos, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988*. Juiz de Fora: Eduff, 2017, 444 pp.

[52] Soares, Inês Virgínia; Fecher, Viviane. «Empresas privadas e violações de direitos humanos: posibilidades de responsabilização pela cumplicidade com a Ditadura no Brasil». *Revista Anistia Política e Justicia de Transición*. 10/2013, pp. 390-431.

[53] Soares, Inês Virgínia; Bohoslavsky, Juan Pablo; Torelly, Marcelo. «Responsabilidade empresarial». *Folha de S. Paulo*, 06.03.2016.

peñado políticas de sueldo a bajo costo y haber explotado un ambiente legislativo frágil para manipular la relación con los sindicatos; 6) que *VW* reconoce el uso de vehículos con fines de transporte militar, a pesar de cuestionar otra forma de contribución por falta de evidencias consistentes; 7) que *VW*, a pesar de haber reconocido su rol, coloca en duda la colaboración entre la seguridad privada de la empresa y la policía; 8) que *VW* reconoce la indiferencia con relación a la debida diligencia y *background check* de personas vinculadas al régimen Nazi [54]. Se trata de un documento muy importante para la comprensión de la complicidad de las empresas con la Dictadura brasileña, pero que aun está lejos de lo que se espera con la JTC. El diálogo que se espera con el sector privado para la reconstrucción social postconflicto es otro.

32.5 C*ORPORATE ACCOUNTABILITY,* COMPLICIDAD Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

El dominio del conocimiento sobre las prácticas transicionales en el ámbito corporativo es esencial para dimensionar mejor los múltiples niveles de victimización y violación de derechos humanos. Es también lo que permite fundamentar, con más consistente evidencia científica, mecanismos de responsabilización, jurídica y moral, acompañados de estrategias viables de restauración. Sin esto, difícilmente se puede esperar mayor influencia del sector privado en el uso de sus recursos con fines de rendición de cuentas de las empresas con el proceso democrático. Para la construcción de la categoría analítica de la JTC, hay cuatro etapas fundamentales: a) *corporate accountability*; b) complicidad; c) atribución de responsabilidad jurídica y moral; d) reconstrucción social postconflicto. Por ahora, serán discutidos solamente las tres primeras. Responsabilidad jurídica y moral serán analizadas en dos tópicos distintos.

El estudio de la complicidad corporativa tiene por finalidad definir dos capítulos esenciales de la JTC: 1) el tipo de comportamiento corporativo que podría ser comprendido como *corporate accountability* por violación de derechos humanos; 2) la modalidad sancionatoria. Conceptualmente, ella se refiere

[54] El estudio aborda aun la relación de la administración de la VW del Brasil y de la matriz alemana con el liderazgo político durante la dictadura, analizando cuáles son los intereses económicos personales, cuál es el ideario colonialista y qué estereotipos políticos y estructuras oportunistas económicas fueron determinantes para la actitud frente al gobierno de la Dictadura y durante esta. El informe de la VW apunta privilegios tributarios específicos y políticas de incentivo y de la política cambial, valiéndose de las cuestiones internas y de la política judiciaria de la dictadura, además de complicidad en la negación de derechos básicos al trabajador, Kopper, Christopher. *A VW do Brasil durante a Ditadura Militar brasileira 1964-1985*. Wolfsburg: Dieter Landerberger, 2017, p. 112 ss.

a la contribución al comportamiento corporativo socialmente dañoso. Más recientemente, esta contribución no se limita a su configuración jurídica, abriéndose a manifestaciones de complicidad moral, según el gusto de recomendaciones más recientes en el campo de la relación entre empresa y derechos humanos.

Las posibilidades de aplicación práctica de la responsabilidad empresarial se depararon históricamente con ambientes regulatorios frágiles, ausencia de mecanismos de *enforcement* y enclaves puestos al proceso penal empresarial [55], en un escenario generalizado de falla moral del sistema de justicia criminal. No es por casualidad que se recurre a la litigación en el campo de los derechos humanos, a pesar de que haya también allí una serie de dificultades de armonización de los criterios en el ejercicio de la jurisdicción y articulación de tratado internacional [56], insuficiencias institucionales o legislativas en los contextos domésticos [57], además de la nada fácil tarea de delimitar lo que es un derecho humano (la extensión de su violación, su conexión con una obligación positiva de protección, cómo y bajo qué nivel de individualización de comportamiento está o no vinculado a un proceso de victimización en el ámbito corporativo [58]). Sirviéndose de este uso estratégi-

[55] «(...) investigations and prosecutions are difficult and cost-intensive. In situations of political transition, as well as ongoing conflicts, impunity is wide-spread, so often efforts of fact-finding are limited to concentrating on the direct perpetrators and the 'main' atrocities. It is thus paradoxical that, since business actors generally operate in these contexts, their involvement in human rights abuses and crimes is often not at the center of investigations, either in national or international prosecutions or in UN missions or transitional justice mechanisms». García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*, p. 83. Para la comprensión de los límites da atribución de responsabilidad jurídica a las empresas, Engelhart, Mark. «International criminal responsibility of corporations». Burchard, Christoph, *et al.* (org.) *The Review Conference and the Future of the Internacional Criminal Courts*. Alphen: Kluwers, 2010, pp. 175-190.

[56] Tal vez haya exceso de expectativa en torno de un tratado internacional que regule la violación de derechos humanos en el ámbito corporativo, Deva, Surya. «Scope and proposed Business and Human Rights Treaty: navigatin through normativity, law and politics». Deva, Surya, *et al.* (org.) *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017, p. 154-183; con énfasis en el *enforcement* de obligaciones *directas* a las corporaciones definidas en el ámbito internacional, López, Carlos. «Human Rights legal liability for business enterprises: the role of an international treaty». Deva, Surya, *et al.* (org.) *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017, pp. 299-317. Véase también Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford Press, 2006, pp. 437 ss.; Clapham, Andrew. «Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are we now?». Lafontaine, Fannie, *et al.* (org.) *Doing Peace the rights way*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 11-35.

[57] Cahill-Ripley, A. «Foregrounding socio-economic rights in transitional justice: realizing justice for violations of economic and social rights». *Netherlands Quaterly of Human Rights*, 32/2014, pp. 183-213; Zerk, Jennifer. «Corporate liability for gross human rights abuses: towards a fairer and more effective system of domestic law remedies». *UN High Commissioner Report*, 2013, 114 pp.

[58] «Human suffering and consequently human rights are prominent issues of concern to many stakeholders, and corporations are therefore expected to consider human rights in their international activities. However, as human rights issues are given different priority and contents by stakeholders, corporations are faced with a multitude of expectations and non-expectations from various organizations, grassroots, investors, consumer, and other stakeholders. Often such expectations are expresses in various principles, guidelines and codes of conduct of different scope, detail and realism, allowing corporations no possibility of

co de los derechos humanos para atraer el interés de la prestación jurisdiccional –y, de alguna manera, vehicular la voz de las víctimas–, Paige Arthur, de forma bastante sugerente, apuntó cómo la Justicia de Transición, sino decisiva, fue al menos el comienzo de la movilización de actores estratégicos para remodelar las dimensiones de la *corporate accountability* y la propia concreción de los derechos humanos [59]. Kathryn Sikkink llegó incluso a elaborar la noción de «justicia en cascada» (*Justice Cascade*), estableciendo correlaciones entre *law enforcement* de derechos humanos y cambios en el plan político [60]. El uso estratégico de la litigación en derechos humanos, como no podría dejar de ser, es muy criticado, tanto por su carácter excesivamente idealista [61], a veces hasta ingenuo, como por el hecho de que no siempre son necesarias las mediaciones políticas de derechos humanos para promover iniciativas corporativas con propósito ético.

Tradicionalmente, esta interfaz entre empresa y derechos humanos remonta a los estudios originales de John Ruggie [62], que resultaron en los Principios Orientadores sobre Empresas y Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en 2011. En el intento de delinear la *accountability* de las corporaciones, Ruggie también desarrolló la noción genérica de «esfera de influencia», el ámbito de protección de los derechos humanos por el que las

---

meeting all such, often single-minded or even contradicting, expectations. No definitive answer is given to the scope of human rights responsibility corporations should apply», Addo, Michael. *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*. Haag: Kluwer, 1999, pp. 171-186. Sin embargo, es preciso tener mayor clareza sobre las condutas que serán sometidas a la responsabilización, Kubiciel, Michael. «Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht: eine europäische Herausforderung – Kölner Papier zur Kriminalpolitik». Köln: Universität zu Köln, 5/2016, pp. 2-15; Pieth, Mark. «Corporate compliance and Human Rights: setting the scene». *Criminal Law Forum*, 29/2018, pp. 595-601; en perspectiva crítica y más alineada a la experiencia latinoamericana, Böhm, Maria Laura. «Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico». *Revista Crítica Penal y Poder*, 13/2017, pp. 41-65

[59] Arthur, Paige. «How 'transitions' reshaped human rights: a conceptual history of Transitional Justice». *Human Rights Quaterly*, 2009, pp. 321-367; Bernaz, Nadia. *Business and Human Rights: history, law, and policy – bridging the accountability gap.* London: Routledge, 2017, pp. 81 ss. Especialmente en lo que concierne a la aplicación de la legislación norte-americana, *Alien Tort Claims Act*, hay relevante repertorio de casos sobre responsabilidad por complicidad corporativa, Michalowski, Sabine. «Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability». *Texas International Law Journal*, 50/2015, p. 404-464. Más sobre, Chambers, Rachel. «The Unocal settlement: implications for the developing law on corporate complicity in Human Rights abuses». *Human Rights Brief*, 13/2005, pp. 14-17.

[60] Sikkink, Kathryn. Justice cascade... *op. cit.*, pp. 229 ss.

[61] Olsen, Tricia, *et al*. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington: Institut of Peace, 2010, 248 pp.; en crítica contundente, Mcauliffe, Padraig. «The roots of transitional accountability: interrogating the 'justice cascade'». *International Journal of Law in Context*, 9/2013, pp. 106-123.

[62] Ruggie, John. «Report of the SRSG on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and other business enterprises». *Claryfying the concepts of 'spheres of influence' and 'complicity'*, 2008.

empresas podrían ser responsabilizadas en hipótesis de violación [63], llegando inclusive a influenciar los contornos de programas de *compliance* en derechos humanos, especialmente orientados a organizaciones empresariales que operan en contextos de corrupción masiva, zonas de conflicto o situaciones con un elevado riesgo de que la complicidad pueda ocurrir. Sin embargo, la expectativa de comportamiento cooperativo voluntario a cerca de las medidas propuestas por la ONU no parece haber resultado en efectividad de políticas regulatorias. Más allá del clásico paradigma voluntarista que integra el derecho internacional [64], el concepto de complicidad no es definido en los Principios Orientadores de forma suficientemente clara para permitir una evaluación de los riesgos de complicidad como parte del proceso de *due diligence* o debida diligencia [65]. De estas directrices también constan las condiciones que deben ser llenadas para interpretar la complicidad (*Report International Comission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Corporate Complicity and Legal Accountability*).

En función de este contexto, se estableció como convención la diferenciación de la complicidad en tres niveles básicos: a) directa (*direct corporate complicity*); b) indirecta (*indirect or beneficiary corporate complicity*); y c) mediante silencio. Por a) complicidad directa, se entiende la decisión concreta de cometer la violación de derechos humanos. Por su parte, b) complicidad indirecta se refiere al (*aiding and abetting*) beneficio u otras violaciones y

---

[63] Wettstein, Florian. «The duty to protect: corporate complicity, political responsibility, and Human Rights advocacy». *Journal of Business Ethics*, 96/2010, pp. 33-47.

[64] En las últimas décadas, hubo esfuerzos para regular el impacto del comportamiento corporativo social y ambientalmente dañoso. Muchas estrategias se orientaron por el paradigma de la *soft regulation* que, a pesar de involucrar menores costos de soberanía para los Estados, establece obligaciones de cuño solamente indicativo y voluntarista. A pesar de que no hay consenso sobre la naturaleza vinculante de la *soft law,* los instrumentos de *soft law* en el campo de los derechos humanos crean potencialmente estándares de conducta esperados que pueden tener valor normativo, en la medida en que prescriben padrones de comportamiento esperado, Nolan, Justine. «The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law». Deva, Surya, *et al.* (org.) *Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge Press, 2013, pp. 138-160.

[65] Sabine Michalowski explora el deber de *due diligence* como instrumento dirigido a la gestión de riesgo, con la finalidad de orientar la toma de decisiones. La falta de definición jurídica de la complicidad deja los procesos de *due diligence* flexibles, tanto como autoevaluación, como a partir de la evaluación de terceros. Michalowski critica que, en la práctica, las diligencias en derechos humanos son fácilmente manipulables para obtener tratamiento más benéfico del sistema jurídico-penal y controlar los riesgos de responsabilización jurídica, sin expresar comportamiento ético o protección concreta a derechos humanos, Michalowski, Sabine. «Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification». Deva, Surya, *et al.* (org.) *Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge Press, 2013, pp. 218-242). La vaguedad en el concepto de complicidad corporativa también dificulta mayores especulaciones a respecto de bajo cuáles circunstancias, comportamientos como el mero silencio, presencia en territorios asolados por regímenes opresivos o beneficios provenientes del abuso cometido por otro podrían implicar *non-complicity*. En sentido semejante, Kutz, Christopher. *Complicity*. Cambridge: Cambridge Press, 2000, pp. 166 ss.

silencio o inacción con relación a violaciones de derechos humanos por parte de los gobiernos/regímenes locales. En la c) complicidad mediante silencio (*silence or inaction in the face of a host government´s human rights violation*) [66], la empresa no levanta la cuestión de la sistemática o continua violación de derechos humanos en sus interacciones con terceros, por medio de una especie de «diplomacia del silencio», ella simplemente se hace presente en contexto autoritario, que ya presenta una violación, con referencia al «deber de no callar» *–duty to speak–* frente a la vulneración de derechos) [67]. La situación fáctica varía entre actividades empresariales «aceptables» (como fornecer comida, vestimenta o vehículos), acciones con «doble propósito» (equipamiento electrónico y computadores, que podrían ser utilizados con una segunda finalidad de rastrear y monitorear civiles para fines de clasificación racial), o aun realización intencional de negocios, desde claros orientación moral y propósito, tal cual la venta de gas a campos de concentración.

Posteriormente, la interpretación sobre la complicidad fue especializándose. A su modo, Paine y Pereira delimitan la complicidad corporativa con base en la contribución, auxilio o participación (*aiding and abetting*) en severas violaciones de derechos humanos (netamente en casos de genocidio, tortura, crímenes de lesa-humanidad, crímenes de guerra), que pueden ser cometidos por el Estado o equivalentes, pudiendo darse en medio de conflicto civil o en contexto autoritario [68]. Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maasz, a su modo, marcan la diferencia entre 1) corporaciones que se benefician de la violencia estatal; 2) corporaciones que facilitan el abuso de derechos humanos; 3) corporaciones que apoyan directamente, pero sin beneficio [69].

Técnicamente, el debate sobre la «rendición de cuentas problemática» (*problematic accountability*) analiza si las empresas hubieran podido o no haber anticipado que la contribución al régimen autoritario produciría violacio-

---

[66] Clapham, Andrew, *et al.* «Categories of corporate complicity in Human Rights abuses». *Hastings International & Comparative Law Review*, 24/2001, pp. 339-349.

[67] Ramasastry, Anitta. Corporate complicity... *op. cit.*, pp. 91-159; Wettstein, Florian. «Silence as complicity: elements of a corporate duty to speak out against the violation of human rights». *Business Ethics Quaterly*, 22/2012, pp. 37-61; Wettstein, Florian. «Making noise about silent complicity: the moral inconsistency of the 'Protect, Respect and Remedy' framework. Deva, Surya, *et al.* (org.) *Human Rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge Press, 2013, pp. 243-268.

[68] Paine y Pereira también reconocen la tipología que marca la diferencia entre contribución directa o indirecta, siendo que la primera podría ser: 1) contribución con violencia (*joint criminal enterprise* y conspiración); 2) violación de derechos humanos en el ámbito de las relaciones laborales, como trabajo esclavo; 3) financiación a la represión de crímenes de guerra o negocios ilícitos, como obtener ventaja a partir de los «diamantes de sangre» (*blood diamonds*), Payne, Leigh; Pereira, Gabriel. *Corporate complicity*…, *op. cit.*, pp. 63-84.

[69] Kaleck, Wolfgang; Saage-Maasz, Miriam. «Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes». *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, pp. 699-724.

nes de derechos humanos. En una monografía específica sobre el tema, Christopher Kutz discute casos de rendición de cuentas problemáticas (*problematic accountability*), buscando los contextos y las relaciones interindividuales que puedan remontar a persecución de fines comunes. Esta finalidad común no siempre permite identificar, con precisión, los procesos de victimización y producción de daño, justificando la noción de «daños colectivos no-estructurados» y las distintas formas de complicidad propuestas por Kutz: complicidad sin participación, facilitación y acceso a estructuras de mercado, falla de organización, producción de daños marginales. Las distintas manifestaciones de complicidad recomendarían medidas específicas de «rendición de cuentas moral» (*moral accountability*), variando entre atribución de responsabilidad al grupo hasta limitación de la participación individual en distintos niveles [70], incluso en casos de relaciones mutuas entre partícipes (*mutual encouragement*) [71].

En regímenes militares y dictatoriales, se puede identificar la cooperación de empresas con base en tres modalidades principales: 1) obtención de lucro con la violencia practicada por el Estado; 2) facilitación del cometimiento de crímenes; 3) hipótesis en la que la empresa apoya directamente el régimen opresor en función de la afinidad ideológica. Se puede, entonces, prescindir de la afinidad ideológica para la configuración de la complicidad corporativa, incluso porque no siempre es posible identificar de forma tan inequívoca cada uno de los criterios (intencionalidad, causación, materialidad, distinguiendo con clareza vínculos macrocausales de soporte y mediación del aparato represor), considerándose que el comportamiento corporativo, en el contexto en que se realiza, es más incoherente que coherente, incorporando elementos de legalidad e ilegalidad, actuación más o menos legítima. En otros casos, la complicidad deviene de extrema presión del entorno de los negocios, mucho más que una colaboración consciente con el régimen [72]. Al discutir sobre esta cuestión, Ramasastry analiza situaciones en que una empresa opera en un Estado donde continúan ocurriendo masivas violaciones de derechos humanos. En estos casos, muchas veces la simbiosis entre actores transnacionales y Estado es aun mayor, dificultando la atribución de responsabilidad [73]. No es poco común, por ejemplo, que grandes corporaciones sean frecuentemente cómplices de regímenes dictatoriales u opresivos, viabilizando el uso de su infraestructura para

[70] Kutz, Christopher. *Complicity... op. cit.*, pp. 113 ss.
[71] Baker, Dennis. *Reinterpreting criminal complicity and inchoate participation offences*. London: Routledge, 2018, pp. 50 ss.
[72] Payne, Leigh; Pereira, Gabriel. *Corporate complicity… op. cit.*, pp. 63–84.
[73] Ramasastry, Anitta. *Corporate complicity... op. cit.*, pp. 91-159.

fomentar ambientes desorganizados y frágilmente regulados. Y lo peor es que son áreas en las que, normalmente, la victimización tiende a ser más intensa.

Sea como fuere, es necesario determinar con mayor precisión las distintas modalidades de complicidad, antes incluso del trabajo técnico propio de la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, falta aún mucho para que sea establecido algún criterio para marcar las diferencias entre las formas de complicidad corporativa, estipulando las conexiones de las redes empresariales de financiación del autoritarismo.

32.6 CONTRIBUCIÓN, CAUSALIDAD Y ACCIONES NEUTRALES

Tradicionalmente, hay tres categorías básicas para determinar jurídicamente el alcance de la responsabilidad empresarial por la contribución a dinámicas autoritarias: 1) causalidad; 2) conocimiento; 3) proximidad. Básicamente, el pensamiento jurídico opera en torno de los nexos causales de la contribución, especialmente la facilitación del abuso de derechos humanos, el conocimiento específico sobre la finalidad de la actividad empresarial y la previsibilidad del resultado, determinando los vínculos entre empresa y quien viola (la conexión próxima). Es este el referente interpretativo que permitiría una mejor construcción de las conexiones entre poder, ejercicio de influencia y oportunidades mercado, creados en contextos criminógenos, que establecen las relaciones entre los regímenes autoritarios y sus redes de financiación.

Desde la perspectiva jurídica, el problema más difícil es determinar la finalidad de la contribución empresarial. Sabine Michalowski analiza la interpretación sobre la noción de «doble propósito» (*dual purpose*) y los aspectos substanciales de la contribución empresarial a la violación de derechos humanos. Para la configuración de la complicidad corporativa, se debe identificar, por un lado, la actividad empresarial con finalidad jurídicamente permitida y que tiene propósito legítimo (la «naturaleza comercial» de la actividad) y, por otro, aquella actividad que, incluso cuando es permitida, se emplea con propósito ilegítimo. Al dedicarse al análisis más profundizado de las circunstancias de la contribución, Michalowski va más allá de las discusiones sobre la actividad empresarial aceptable, extrayendo de este análisis más elementos sobre el hecho de que la empresa debería conocer los hechos relevantes y prever los efectos de su contribución para que se atribuya responsabilidad [74].

[74] Michalowski, Sabine. «Doing business with a bad actor: how to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability». *Texas International Law Journal*. 50/2015, pp. 404-464. En análisis crítico a Michalowski, Burchard explora los posibles efectos

Otra posible perspectiva para la interpretación de las formas de contribución empresarial a regímenes autoritarios es la teoría de las acciones neutrales. El problema consiste en determinar si las corporaciones podrían o no haber anticipado que su contribución al régimen autoritario podría efectivamente producir violaciones a derechos humanos. Estas interpretaciones sobre la extensión de la participación de las corporaciones en regímenes autoritarios oscilan mucho. Hay, por ejemplo, delicadas posiciones en el sentido de que la colaboración con el régimen Nazi pueda ser considerada neutral o fungible. Según esta interpretación, los gastos militares en tecnología u otros recursos serían neutrales porque podrían ser intermediados, fornecidos o vendidos por cualquier uno. Sin embargo, sin estos recursos, la solución final sería impensable. Más allá de la naturaleza aterradora de la destrucción en masa, hay una «cooperación económica fría» (*cold economic cooperation*) entre el régimen autoritario y las empresas privadas. La búsqueda por la intencionalidad del comportamiento, y sus peculiaridades en el ámbito corporativo (*corporate mens rea*), ni siempre tiene mayores consecuencias prácticas. Un estudio más interesante sería evaluar cómo la estructuración de sus procedimientos, construcción de su personalidad (cultura organizacional) y su curso de vida impactan en mayor o menor medida en procesos de victimización y violaciones sistemáticas de derechos humanos, con el fin de alcanzar una comprensión substancial de la responsabilidad corporativa.

La contribución empresarial a las dinámicas autoritarias difícilmente se reduce a un esquema de diferenciación lógica más preciso, del tipo legítima/ilegítima. Esta diferencia entre lo que es la actividad empresarial legítima y la ilegítima raramente se deja percibir con mayor facilidad y tiene como consecuencia la legitimación de abusos y obstrucción de prácticas transicionales [75]. Como *supra* demostrado, la contribución no exige la averiguación de la afinidad ideológica, de allí que el problema consista precisamente en marcar la diferencia entre lo que es una contribución reprochable, lo que sería una contribución funcionalmente adecuada a la dinámica del mercado global, o aun lo que sería una decisión empresarial contingente, que encuentra justificaciones morales en la presión extrema del ambiente en que opera. La figura de quien se hace «presente, pero no se compromete» (*bystander*), por ejemplo, es más ru-

de la procedimentalización de la criminalidad corporativa y recomienda más realismo en la interpretación de la complicidad, Burchard, Christoph. «Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond». *Texas International Law Journal*. 50/2015, pp. 1-8.

[75] Leebaw, Bronwyn. «The irreconcilable goals of Transitional Justice». *Human Rights Quarterly*, 30/2018, pp. 95-118.

tinera de lo que se imagina. En tesis, la mayoría de las hipótesis de complicidad llevaría a situaciones de neutralidad o fungibilidad (como en el caso de provisión de alimento o transporte), diferentemente de situaciones excepcionales y extremas, como la provisión de gas letal a los campos de concentración.

Con base en la participación de individuos («posibilitar, incrementar o facilitar») –y no de empresas– en la comisión de delitos nucleares en la financiación de las atrocidades del régimen político (*corporate-political core crime*), el análisis de Christoph Burchard especializa la noción de acción neutral como contribución que no necesariamente ofrece un riesgo a intereses protegidos, pudiendo incluso comprender prácticas aprobadas por la comunidad internacional. En función de esto, habría entonces cuatro niveles analíticos: 1) comprometimiento directo, indirecto y auxiliar de las organizaciones empresariales; 2) motivación; 3) atribución de responsabilidad individual y empresarial; 4) integración de la organización empresarial en un Estado. En el primer nivel analítico, las formas de comprometimiento se diferencian en función de la relación causal (fáctica y normativa) *próxima* o *remota* entre la conducta del empresario y la comisión del delito. La causalidad atiende a la verificación de un *continuum*, observado a lo largo de cadena de cursos causales. En la contribución directa, el propósito de la acción es más fácilmente perceptible, como en el caso de la provisión del pesticida letal *Zyklon-B* a los campos de concentración o en el empleo de mano de obra en condiciones de servidumbre o malos tratos a los trabajadores, mientras que en la indirecta las acciones no siempre indican un daño social o grado inaceptable de peligro, como donar dinero a las tropas militares, justamente porque el dinero podría ser utilizado para un propósito diverso de la práctica del crimen. En el segundo nivel, motivación se refiere a la delimitación del rol de las empresas y a la posible yuxtaposición ideológica entre práctica empresarial y política criminal vehiculada por el Estado en que estas empresas operan, el típico «casamiento de conveniencias», como en la expresión de Jessberger, citada por Burchard. A su modo, en el tercer nivel analítico, la teoría organizacional permite la individualización de la conducta y confiere mayor precisión a los enclaves propios de la gobernanza de grandes corporaciones o grupos económicos, problemas de agencia y asimetría de información, y creación de espacios de irresponsabilidad organizada e impunidad. El último nivel analítico crea las condiciones para comprender la simbiosis entre empresa y Estado, permitiendo medir la «corrupción normativa de las corporaciones». Desde esta perspectiva, la crimi-

nalización de una contribución para un crimen exigiría, en principio, una relación socialmente inaceptable y prejudicial al cometimiento del crimen [76].

La evaluación de los procedimientos de la empresa podría superar los enclaves de la determinación del dolo en la comisión de los delitos de lesa humanidad. Podría haber una mejor comprensión del dominio del conocimiento sobre los procesos de toma de decisión en la empresa, individualizar la conducta de los CEOs, establecer los vínculos entre política económica y las consecuencias de favorecimiento injusto o desleal de determinadas empresas en detrimento de competidores, qué tipo de instrumentos democráticos podrían ser usados para atribuir responsabilidad a los cómplices, como asegurar redes empresariales plurales y que aseguren combinaciones institucionales para una rápida y justa reparación al comportamiento corporativo socialmente dañoso de aquel período.

Para la JTC, las alternativas deben ser pensadas no solamente con relación al régimen pasado, sino con relación a las determinantes morales de la continuidad de la complicidad corporativa con dinámicas autoritarias. A JTC no inspira solamente soluciones centradas en la autoridad del Estado, sino también iniciativas concebidas en el ámbito de las ordenaciones privadas. Se espera que la orientación transicional pueda desencadenar procesos de investigación interna (investigación, reconocimiento e iniciativas de restauración), de tal forma que sean revistos los límites estrechos de lo que se tiene por complicidad directa, indirecta o mediante silencio [77]. Si así lo fuera, la idea es que la JTC extienda la influencia de las dimensiones morales de la complicidad para las discusiones sobre la integridad en los negocios, substituyendo esquemas lógicos más cerrados para determinaciones ancladas en verificación empírica de lo que es tolerable o intolerable en la estructuración normativa de la sociedad democrática.

También en este particular persiste la ausencia de verificación sobre el impacto de la complicidad corporativa. La falta de referencia prolonga o agrava la violación de derechos humanos e inviabiliza observaciones más específicas sobre la gravedad de la complicidad empresarial, violación de derechos

[76] Burchard, Christoph. *Ancillary and neutral business... op. cit.*, pp. 919 ss.

[77] Interrogantes sobre la complicidad moral son ampliamente discutidos, desde Kadish, Sanford. «Complicity, cause, and blame». *California Law* Review, 73/1985, pp. 323-410; Mellema, Gregory. «Legal versus moral complicity». *American International Journal of Contemporary Research*, 2/2011, pp. 126-129; Cooper, David. «Ideology, moral complicity and the Holocaust». Garrard, Eve, *et al.* (org.). *Moral Philosophy and the Holocaust*. London: Routledge, 2003, pp. 9-24. Hay un largo recorrido filosófico sobre las dimensiones de la agencia moral colectiva, que no cabrían en este ensayo. Véase más sobre en, Harbin, Ami, *et al.* «Restorative justice in transitions: the problem of 'the community' and collective responsibility». Clamp, Kerry (org.). *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, pp. 133-151.

humanos y daño a las víctimas por medio de comportamiento corporativo socialmente dañoso. La mejoría de la teoría jurídica sobre la contribución empresarial a regímenes autoritarios presupone mayor profundidad normativa en la comprensión de la atribución de responsabilidad a las empresas y más consistencia empírica para establecer correlaciones entre financiación corporativa al aparato represor o complicidad corporativa con severas violaciones de derechos humanos, valiéndose del empleo de la cadena productiva [78] para provocar atrocidades en larga escala.

32.7 MODALIDADES SANCIONATORIAS

Dados los recientes retrocesos en la construcción de la solidaridad y tolerancia a nivel global, la oportunidad histórica para el desarrollo de la JTC no podría ser más apelativa. A pesar de esto, impresiona negativamente cuán escasos son los estudios con relación a las posibilidades de atribución de responsabilidad moral y jurídica debido a la complicidad corporativa. Aun menos posible es encontrar estudios con relación a sanciones penales o aun a alternativas de restauración del conflicto. La atribución de responsabilidad en función de situaciones de complicidad de las corporaciones con regímenes autoritarios sigue siendo bastante tímida, en la mayoría de los supuestos reducidas a investigaciones de *individual accountability* y reparaciones.

El punto de partida sería rediscutir la propia cualidad de las sanciones para inspirar medidas de evaluación de la complicidad con dinámicas autoritarias, con la finalidad de reconstrucción social postconflicto o de consolidación del proceso democrático. Esto puede ser bastante promisor para una profunda redefinición de los estudios criminales sobre por qué y cómo atribuir responsabilidad a las empresas. Incluso frente a la fragilidad de la implementación institucional de la responsabilidad penal empresarial en la mayoría de los ordenamientos domésticos, y también debido a la limitación de los instrumentos procesuales y de prueba, es posible recurrir a la imaginación criminológica para formular estrategias alternativas de la rendición de cuentas con la *accountability* de las redes empresariales que financiaron los regímenes autoritarios.

[78] Problematizando esta situación, Nolan, Justine. «Human Rights and global corporate supply chains: is effective supply chain accountability possible?». Deva, Surya, *et al.* (org.) *Building a treaty on Business and Human Rights*. Cambridge: Cambridge Press, 2017, pp. 238-265.

Entre las modalidades de sanción [79], las multas o reparaciones volcadas a la compensación financiera han recibido una serie de objeciones. La verdad es que la reparación, como simple compensación financiera, es muy poco. Un equivalente monetario cualquiera no alcanza las reales necesidades de las víctimas, ni tampoco es capaz de desafiar la dinámica autoritaria [80]. En el caso de las instituciones financieras suizas cómplices del régimen Nazi, por ejemplo, que sustentaron la compensación financiera con base en el *Informe Bergier*, la cuestión va más allá de la insuficiencia de la medida compensatoria y se refiere a la reconfiguración de lo que se entiende por protección de secreto y confidencialidad [81]. La creación de fondos de protección y reparación a las víctimas o medidas equivalentes tampoco han mostrado resultados más efectivos, perdiéndose en la falta de objetividad y transparencia de la distribución de los beneficios, en la dificultad de interlocución con las víctimas o en las manos de mediadores que hacen mercancía de tragedias humanas. Reparación, más allá de la compensación financiera, debe comunicar un sentido histórico más amplio, profundo y humanístico; reparación es rendición de cuentas; es, en últimas consecuencias, la experimentación de nuevas estrategias de realización de la memoria histórica.

La creación de listas del tipo *naming and shaming*, apostando en la idea de una abstracta reputación corporativa, presenta igualmente un rendimiento insatisfactorio, frente a las poderosas estrategias de rutinización y de neutralización moral movidas por las empresas [82].

Sanciones económicas, presiones regulatorias vinculantes o voluntarias y prácticas de embargo tampoco generan consecuencias más positivas, afectando el desarrollo socioeconómico, performance en el mercado y la propia estabilidad de las instituciones [83]. En el ámbito privado, tanto las iniciativas corporativas del tipo *corporate amends*, pactos de integridad y sustentabilidad, o

---

[79] Nieto Martín, Adán. «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones pensando en sus víctimas?». Saad-Diniz, Eduardo, *et al.* (org.) *Corrupción, derechos humanos e empresa*. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018, pp. 37-52.

[80] Klinzing, Morgan. «Denying reparations for slave and forced laborers in World War II and the ensuing Humanitarian Rights implications: a case study of the ICJ´s recent decision in jurisdictional immunities for the State». *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41/2013, pp. 775-802.

[81] Hay una serie de evaluaciones críticas sobre el Informe Bergier, por ejemplo, Lambelet, Jean-Christian. *A critical evaluation of the Bergier Report on Switzerland and Refugees in the Nazi Era: with a new analysis of the issue*. Lausanne: University of Lausanne, 2001, pp. 02-78. Para un análisis crítico del rol del secreto y confidencialidad en el período, generando la ambigüedad de protección al mismo tiempo de los judíos y oficiales del régimen Nazi, Zucmán, Gabriel. *The hidden wealth of Nations: the scourge of tax havens*. Chicago: Chicago Press, 2015, pp. 13 ss.

[82] Barak, Gregg. *Unchecked corporate power: how multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. London: Routledge, 2017, pp. 3 ss.

[83] Aragon-Correa, Alberto, *et al*. «The effects of mandatory and voluntary regulatory pressures on firm´s environmental strategies: a review and recommendations for future research». *Academy of Management Annals*, 14/2020, pp. 1-37.

aun las certificaciones, no son suficientes. Hay más evidencias de que estas iniciativas consisten en estrategias utilizadas para evitar la atribución de responsabilidad [84] que de que estén ofreciendo soluciones efectivas de reconstrucción social postconflicto. Laura García menciona la creación de certificación como posible iniciativa *multi-stakeholder*, como el *Kimberley Process Certification Scheme or the Certification of Rough Diamonds*, pero ella misma ya reconoce que el *Kimberley Process* dejó libres a los países para crear una legislación doméstica, vulnerando la implementación de la medida en el ámbito de las instituciones [85]. Las certificaciones pueden generar el riesgo moral (*moral hazard*), de forma tal que se abra espacio para la justificación moral para la comisión de otras infracciones económicas [86].

El hecho de que las corporaciones mantengan una postura aun reticente sigue siendo de los principales obstáculos a la elaboración de medidas sancionatorias más eficaces. El nivel de información pública sobre o tema presenta muy baja densidad, salvo manifestaciones aisladas [87]. A pesar de los esfuerzos científicos en el área, poco se puede avanzar en la perspectiva criminológica. Las empresas, en su mayoría, se rehúsan a abrir voluntariamente sus archivos (*voluntary disclosure*) o a colaborar con pruebas directas, llevando a investigaciones sustentadas solamente en testigos y pruebas indirectas. Estos enclaves para la obtención voluntaria de prueba y cooperación por parte de las corporaciones fragilizan los estudios en el área, inviabilizando las conexiones entre el comportamiento corporativo socialmente dañoso y las violaciones de derechos humanos. Las evidencias sobre la complicidad corporativa se constituyen mayoritariamente por testigos, sobre todo con relación a las desapariciones a pedido de las empresas, no mucho más que esto. Lo que queda es buscar extraer de estos testigos informaciones que permitan organizar los esquemas y las redes a partir de los cuales se estructuraba la financiación de los gastos militares, deduciendo de allí los mecanismos que garantizan el funcionamiento del propio régimen autoritario y de las sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Sin poder avanzar en la obtención de evidencias empíricas que revelan la complicidad, el estudio estrictamente jurídico de la materia acaba restringiendo los efectos de la transición, incidiendo o sobre el régimen pasado o sobre zonas conflictivas. La perspectiva de la transición queda reducida y no logra aprehen-

---

[84] Laufer, William; Strudler, Alan. «Corporate crime and making amends». *American Criminal Law Review*, 2007, pp. 1307-1318.

[85] García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*, p. 103.

[86] Laufer, William. «Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance». *Vanderbilt Law Review*, 52/1999, pp. 1344-1420.

[87] Gaspari, Elio. *A Dictadura Envergonhada.* São Paulo: Intrenseca, 2014, p. 59.

der la relación de continuidad y los vínculos entre redes empresariales y dinámicas autoritarias. La propia comprensión del comportamiento y de la legitimación democrática de la actividad empresarial también se limita a las formas jurídicas, concibiendo las medidas sancionatorias haciendo hincapié en la coerción, intimidación y en el reproche de lo que «no está cierto». Por consiguiente, lo que se limita es la propia capacidad de estructurar nuevas modalidades de comportamiento cooperativo, rediseñando las combinaciones institucionales, políticas regulatorias y estrategias de *enforcement* en torno de la solidaridad, obstruyendo medidas volcadas a la distribución clara y efectiva de los beneficios de la actividad empresarial con la comunidad en su entorno. Es posible hacer mucho más a partir de una revisión ética de la libertad de acción empresarial.

La judicialización del conflicto puede llegar incluso a inviabilizar u obstruir avances estratégicos de la Justicia de Transición [88]. Las evidencias son en regla bastante contingentes y es difícil que se presenten nuevos documentos de prueba u otras evidencias directas de articulación del empresariado en redes y auxilio sistemático a las fuerzas militares Nazi. La estrategia aplicada en este caso era aumentar el nivel de prueba indirecta, de tal forma que la complicidad fuera considerada un interrogante indudablemente razonable. Desaparecimientos y ausencia de los cuerpos para su inhumación crean una incertidumbre ontológica entre los supervivientes. Nuevamente aquí, la carga de prueba y exigencias procedimentales impuestas por el debido proceso legal alienan la rendición de cuentas [89]. Además de la injusticia, hay un grave riesgo de que se absuelva a ejecutivos o se limpie la reputación de determinadas corporaciones, forjando una verdad oficial sobre inocencia, comportamiento empresarial neutro, y no-complicidad con el régimen autoritario. Muchos documentos, de hecho, ya ni siquiera existen más, aunque seguramente haya fuentes históricas preservadas en los archivos de las empresas. Sin embargo, la reluctancia en el reconocimiento espontáneo de la participación en violaciones severas de derechos humanos obstruye la construcción social de prácticas democráticas.

---

[88] «Criminal trials are likewise not good at exposing the truth of complex events like wars. This is because judges cannot possibly acquire a well-rounded knowledge of any phenomenon by a forensic focus on whether one specific actor is guilty of a specific crime. In spite of this myopic focus, criminal trials can add tiny spoonfuls of truth that begin to counter some of the bucketloads of lies about atrocities in war. Truth commissions and the work of professional historians can in combination with criminal trials deliver much larger dolops of truth, or at least truth-seeking of greater integrity. This is because historiography and truth commissions are designed to be more synoptic, plural, and open-textured in their pursuit of truth in comparison to criminal trials. Historiography is a cumulative discipline», Braithwaite, John. «Many doors to International Criminal Justice». *New Criminal Law Review*, 23/2020, pp. 1-26.

[89] Pastor, Daniel. «Procesi penali solo per conoscere la verità? L´esperienza argentina». Fronza, Emanuela, *et al.* (org.). *Il superaento del passato e il superamento del presente*. Trento: UTrento, 2009, p

32.8 OBLIGACIÓN MORAL DEL SECTOR PRIVADO FRENTE A DINÁMICAS AUTORITARIAS: EL ENCUENTRO ENTRE JTC Y RPC

Las corporaciones, al dejar de reconocer su rol en el pasado, no asumen sus propios errores y, silenciosamente, asienten con dinámicas autoritarias del presente. Como consecuencia de esto, la orientación filosófico-política y argumentos del tipo consentimiento pasivo, complicidad moral (*moral complicity*), aceptación de beneficios injustamente distribuidos, o, más indirectamente, ofrecer soporte a la gestión de cadena de producción acoplada a las estrategias militares no son propiamente concebidos por los sistemas jurídicos. En realidad, el ampliamente discutido modelo de la regulación responsiva pierde mucho de su consistencia, justamente porque Estado y regulación privada tienden más a la disociación y competición que a construir mecanismos de cooperación. Por un lado, el Estado no dispone de mecanismos suficientes e idóneos de atribución de responsabilidad; por otro, la regulación privada no encuentra utilidad en la cooperación y aliena la intervención estatal. Es verdad que Braithwaite buscó una serie de alternativas para dar cuenta de este desacoplamiento entre regulación privada y Estado [90], incluso creando nuevas hipótesis de «regulación multidimensional» [91], pero el rol del sector privado sigue siendo una página en blanco.

¿Pero y si pudiéramos contar con las estrategias de regulación privada para hacer frente a la ascensión de tendencias autoritarias en escala global? Teniendo en vista el déficit en la atribución de responsabilidad a las empresas, tal vez sea el caso de investigar el potencial de ordenaciones privadas para fomentar la responsabilidad moral de las empresas y el rol político de la gobernanza corporativa. Con base en los procesos de auto-constitucionalización corporativa, surgen nuevas tesis sobre agencia moral corporativa, involucrando iniciativas corporativas colaborativas, redefinición del interés público del control social del negocio y, por consiguiente, la justificación del propósito que, en última instancia, le confiere legitimación a la actividad empresarial [92]. Es

[90] Braithwaite, John. «Responsive regulation and developing economies». *World Development*. 34/2006, pp. 884–898.

[91] «The multidimensionality message is also consistent with what we know from the transitional justice literature about what works in regulating organizational crimes against humanity by states or insurgents, with multidimensional peacekeeping as more effective in regulating armed groups than any unidimensional strategy, and with the suggestive evidence that wise integration of restorative justice with courtroom justice is likely to be more effective than relying on either alone for the prevention of conventional crime», Braithwaite, John. «Regulatory mix, collective efficacy, and crimes of the powerful». *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 1/2020, pp. 62-71.

[92] Hsieh, Nien-hê. «Corporate moral agency, positive duties, and purpose». Orts, Eric, *et al.* (org.) *The Moral Responsibility of Firms*. Oxford: Oxford, 2017, pp. 188-205.

verdad que las iniciativas corporativas pueden alcanzar un elevado impacto en la cualidad/excelencia regulatoria. Es por esto que uno de los desafíos centrales para la JTC es demostrar cómo estas iniciativas corporativas pueden influenciar en la promoción de valores democráticos, protección de derechos humanos y reconstrucción social de la vida de las víctimas.

El tratamiento de las corporaciones debe considerar su condición de agentes que pueden ser responsabilizados por la consistencia democrática de las partes interesadas. Scherer y Palazzo, con base en la filosofía política habermasiana, proponen la comprensión de las empresas como actores políticos en la sociedad global [93]. Poco se discute sobre el tratamiento de las corporaciones asumiendo ellas mismas la propia responsabilidad, ejerciendo, por medio de liderazgo transformativo, patrones privados de composición de los vínculos con regímenes autoritarios y desarrollando estrategias de reconstrucción social postconflicto. Estos cambios despertaron algunos movimientos en el mercado [94], volcados al cambio de orientación de la ética en los negocios por activismo de *shareholders*, al compromiso de *stakeholders* [95] y al giro de la responsabilidad *social* –RSC– a la responsabilidad *política* corporativa (*corporate political responsibility*) – RPC, de la RSC à RPC [96].

Este giro de la responsabilidad social corporativa hacia la responsabilidad política corporativa, o aun del activismo de los ejecutivos, la comprensión de la complicidad de las corporaciones debería intensificar su ciudadanía y estimular la agencia moral de las corporaciones, readquiriendo la legitimación de los negocios frente a la sociedad. Las corporaciones configuran muchas de las

---

[93] Scherer, Andreas; Palazzo, Guido. «Towards a political conception of corporate responsibility: business and society seen from a habermasian perspective». *Academy of Management Review*, 32/2007, pp. 1096-1120; Scherer, Andreas; Palazzo, Guido. «The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance, and democracy. *Journal of Management Studies*, 48/2011, pp. 899-931; Scherer, Andreas; Palazzo, Guido. «Globalization and corporate social responsibility». Crane, A., *et al.* (org.) *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*. Oxford: Oxford Press, 2008, pp. 413-431; Scherer, Andreas, *et al.*. «Global rules and private actors: towards a new role of the transnational corporation in global governance». *Business Ethics Quarterly*, 16/2006, pp. 505-532. En el contexto latinamericano, Joutsenvirta, Maria, *et al*. «Legitimacy struggles and political corporate social responsibility in international settings: a comparative discursive analysis of a contested investment in Latin America». *Organization Studies*, 36;2015, pp. 741-777.

[94] Ampliamente sobre, Sorensen, E. «Metagovernance: the changing role of politicians in processes of democratic governance». *American Review of Public Administration*, 36/2006, pp. 98-114.

[95] Roberts, Robin. «Determinants of corporate social responsibility disclosure: an application of stakeholder theory». *Accounting, Organizations and Society*, 17/1992, pp. 595-612.

[96] Lyon, Thomas *et al*. «CSR needs CPR: corporate sustainability and politics». *California Management Review*, 2018, pp. 1-20; para una evaluación crítica sobre el «movimiento de la *corporate accountability*», Utting, Peter. «The struggle for corporate accountability». *Development and Change*, 39/2008, pp. 959-975; con énfasis en el «*lobby* responsible», Bohnen, Johannes. «Corporate political responsibility (CPR): warum Unternehmen sich offen politisch positionieren müssen». *Zeitschrift für Politikberatung*,7/2015, pp. 55-58.

funciones tradicionalmente vinculadas a una prestación estatal, incluso protección de derechos y *enforcement* de la regulación de la vida de los negocios en la comunidad y en el país. La RPC representa esta expansión y, al menos en tesis, la mediación de la gobernanza democrática revigora la cohesión social en la interacción entre empresa y sociedad, de tal forma que la RPC podría promover un control democrático más incisivo de la actividad empresarial, a partir de una profunda redefinición del rol de las empresas en la sociedad.

Los abusos de la RPC son muchos. Además del peligro de yuxtaposición de decisiones políticas a las estrategias de negocio [97], por supuesto que no es necesaria una orientación política para el comportamiento ético empresarial o, lo que es aun peor, puede valerse de un expediente político precisamente para justificar la práctica de infracciones económicas. A pesar de las salvedades teóricas, se espera que del encuentro entre RPC y JTC sean articuladas recomendaciones estratégicas de acción, no solamente para dar espacio a nuevos actores o reforzar el rol político de la gobernanza corporativa, sino también con vista a movilizar iniciativas corporativas de rendición de cuentas (*accountability*) y restauración de la memoria histórica. Hay una serie de interrogantes normativos de extrema relevancia, tales como lo que se entiende por ética en una inversión ética, o la integración de *stakeholders* solamente con la finalidad de justificar moralmente la práctica de infracciones económicas. Independientemente de esto, RPC y JTC podrían promover iniciativas corporativas innovadoras, implicando redefiniciones en la propia concepción de justicia y reconstrucción social postconflicto. Es a partir de este punto en el que la experimentación de estas intersecciones podría expandir el alcance de los estudios transicionales y mejorar su performance democrática.

Si así fuera, la JTC podría proveer más que simplemente nuevas formas de reinterpretar la teoría política, económica o incluso jurídica. Para tanto, la salida es una sola: el reconocimiento de la complicidad, sea en la perspectiva jurídica o moral. Es necesario mayor compromiso empírico para establecer cómo y cuáles corporaciones, CEOs u oficiales públicos fueron beneficiados durante los regímenes autoritarios. Sin reconocimiento, cae por tierra la industria de la integridad y la complicidad velada del mundo corporativo con las dinámicas autoritarias.

Lo que falta es definir las estrategias para la utilización de los recursos corporativos al levantar la voz moral debido a la ascensión de dinámicas auto-

[97] Teóricos del sistema, por ejemplo, critican el modelo deliberativo de Scherer y Palazzo, sobre todo por la tendencia a la mercancía de la moral, una «*commodity* peligrosa» en tiempos de antagonismos globales, además del peligro de desdiferenciación funcional, sobreponiendo decisiones políticas en la conducción de la actividad empresarial, WILLKE, Helmut, *et al*. «Corporate moral legitimacy and the legitimacy of morals: a critique of Palazzo/Scherer's communicative framework». *Journal of Business Ethics*, 81/2008, pp. 27-38.

ritarias. La JTC debe conducir hacia un diálogo más intenso sobre la moralidad corporativa y a la revisión de su rol de las empresas en nuestra vida cotidiana. Y esto no solamente con relación al tipo de orientación valorativa que las corporaciones siguen o dejen de seguir, sino a la determinación de cuál sería la medición más confiable para observar el comportamiento ético y cuál sería el tipo de justicia social que ellas traen al debate de la regulación de la libertad de acción empresarial. La JTC puede ser bastante apelativa para revisiones del curso de vida de las empresas, liderando la revisión de la moralidad corporativa en torno de nuevas prácticas sociales, según la cual lo más importante es la utilización de recursos privados para inspirar más resiliencia entre las comunidades de su entorno. Al fin y al cabo, se trata de la realización de justicia social a causa de la JTC.

32.9 PRÁCTICAS RESTAURATIVAS EN UNA CONFIGURACIÓN TRANSICIONAL

Las ciencias criminales deben buscar alentar la experimentación científica e introducir prácticas sociales más consistentes e innovadoras para la JTC. Los estudios criminológicos se dedican cada vez más a las combinaciones entre prácticas restaurativas, punición retributiva y justicia transformativa [98]. Las prácticas restaurativas, si bien en tesis no prescinden de un Estado fuerte y capaz de ejercer control social formal prioritario a las conductas más severas [99], pueden ser más dinámicas y atender, con mayor impacto, a las necesidades de posicionamiento moral frente a la ascensión de dinámicas autoritarias. El empleo de prácticas restaurativas con fines transicionales aún ni siquiera fue testeado con alguna consistencia, de tal forma a generar aprendizajes más permanentes y capaces de poner en eviden-

[98] Kerry Clamp une la noción transformativa a las prácticas restaurativas de configuración transicional, Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, pp. 173-189. También con referencia a la aproximación transformativa, Yepes, Uprimmy. «Transformative reparations of massive gross human rights violations: between corrective and distributive justice». *Netherlands Quaterly of Human Rights*, 27/2009, pp. 625-648. Teóricamente, Gregg Barak acentúa cuatro beneficios del recurso a la lectura transformativa en la criminología: 1) evaluación de las causas de la victimización; 2) reconocimiento de los procesos de victimización; 3) reparaciones; 4) restauración de la paz y seguridad perdidos o nunca obtenidos, Barak, Gregg. *Violence and nonviolence: pathways to understanding*. New York: Sage, 2003, p. 323.

[99] Alusión a Aires, Ian; Braithwaite, John. *Responsive regulation: transcending the regulatory debate.* Oxford: Oxford Press, 1992, 214 pp. Desarrollando la responsabilidad penal de la persona jurídica como la expresión de este Estado y priorizando la reacción al comportamiento corporativo socialmente dañoso, Laufer, William. *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press, pp. 60 ss.

cia el compromiso y «ciclos continuos de falla rápida, aprendizaje rápido, adaptación rápida» [100].

Según la hipótesis de la JTC, el desplazamiento parcial al ámbito corporativo permite cuestionar si hay de hecho valores e iniciativas corporativas que puedan ser combinadas con *enforcement* más inteligente y punición prioritaria a la severidad de la conducta. De acuerdo con la JTC, incluso no habiendo posibilidad de cualificación jurídica de la responsabilidad, el reconocimiento de la complicidad moral podría permitir la exposición pública del comportamiento empresarial, netamente en lo que concierne a cuestiones de memoria e identidad colectivas, emociones [101] y vida social democrática impactadas por el comportamiento corporativo socialmente dañoso.

Es verdad que hay pocas evidencias sobre la efectividad de las prácticas restaurativas en la reducción de la criminalidad tradicional [102]. Pero el mal uso de la Justicia Restaurativa no debe deslegitimar su uso [103], incluso en el ámbito corporativo. Dadas las limitaciones del control social formal para la realización de la Justicia de Transición, el recurso a las prácticas restaurativas debería ser explorado científicamente, abriendo oportunidad para la desformalización de las estrategias de reconstrucción social postconflicto. La responsabilidad empresarial, moral y jurídica, puede asumir diferentes significados en distintas redes sociales (*social networks*). Al menos en tesis, procesos menos formalizados y participación efectiva en el caso, más allá de las formas jurídicas tradicionales, podrían vehicular las emociones de remordimiento y perdón, redimensionando el daño y sus implicaciones en la vida de las víctimas [104], revelando las condiciones sociales, el tipo de sociedad y la cualidad de valores humanos que pueden ser explorados a partir de la utilización de los recursos

---

[100] Braithwaite, John. «Learning to scale up restorative justice». Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, pp. 173-189.

[101] Bennett, Christopher. *The apology ritual: a philosophical theory of punishment*. Cambridge: Cambridge Press, 2008, p. 145

[102] Sherman, Lawrence; Strang, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. London: The Smith, 2007, pp. 88 ss.

[103] «Teóricamente, el énfasis en las teorías discursivas es problemático, tal como la crítica criminológica lo deja bien claro: no son las construcciones del pensamiento las que conducen la realidad, sino que es la realidad la que ofrece las bases de la construcción de sentido de las interacciones entre ofensor y víctima. Sin embargo, el rechazo teórico-radical –es decir, que el consenso generado puede resolver el conflicto, pero no resuelve las contradicciones bajo que se produzco el conflicto– no descalifica la búsqueda de soluciones alternativas, nuevas experimentaciones y testes de estrategias para mejorar la situación de las víctimas», Saad-Diniz, Eduardo. «Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11/2019, pp. 9-25.

[104] Además de esto, Lawrence Sherman y Heather Strang presentan una explicación que conecta teorías de la emoción basadas en el *status* y poder, ya que, al menos teóricamente, justicia restaurativa facilita la «transferencia del poder del ofensor a la víctima», Sherman, Lawrence; Strang, Heather. Restorative Justice... *op. cit.*, pp. 88 ss.).

corporativos. Prácticas más dinámicas podrían ofrecer alternativas más concretas a los problemas de complicidad moral de las empresas con violaciones de derechos humanos. Por el mismo motivo, hay muchas expectativas para la reconstrucción social postconflicto y de la paz (*peacebuilding*), con soporte del sector privado [105].

De forma convincente, Clamp sugiere la elaboración de «prácticas restaurativas en configuraciones transicionales» (*restoration in transitional settings*), como un «símbolo» muy importante que marca las diferencias entre los regímenes y el *rule of law*, pudiendo alcanzar varias posibilidades de ejercicio del control social: conferencias con la comunidad, comisiones permanentes, monitoreo, capacitaciones, reintegración del ofensor, reparaciones, entre otros [106]. Este tal vez sea solamente el comienzo de formas alternativas y de uso más creativo de la *corporate accountability* y de los recursos privados, es decir, hay mucho aun por ser desarrollado con relación a las prácticas restaurativas de orientación transicional. A pesar de las muchas advertencias y de los muchos enclaves de implementación práctica, la convergencia entre prácticas restaurativas y transicionales podría transformar no solamente la forma como se lidia con el crimen y problemas sociales, sino también el modo en que estos problemas son construidos y solucionados [107].

---

[105] Lambourne, Wendy. «Transformative justice, reconciliation and peacebuilding». Buckley-Zistel, Susanne *et al.* (org.). *Transitional Justice theories*. London: Routledge, 2014, pp. 19-30. En crítica, Gready, Paul *et al*. «From transitional to transformative justice: a new agenda for practice». *The International Journal of Transitional Justice*, 8/2014, pp. 339-361. Con base en Johan Galtung, Laura García en buena síntesis apunta que «(...) the private sector can potentially play an important role in peacebuilding contexts as well as in the prevention of the recurrence of conflict. On the one hand, corporations can engage in the transitional justice process and State reconstruction after conflict or repression, which is a basis for peace. On the other hand, business operations can contribute to encomic prosperity, generating employment and empowering people. Conflict sensitivity and ethical behaviour should broader peace efforts, ranging from conflict prevention to post-conflict reconstruction», García Martín, Laura. *Transitional Justice... op. cit.*,, p. 103.

[106] Kerry Clamp clasifica estas prácticas en un plan micro (*interación dos stakeholders*: dimensión instrumental de la ley, regulación y resolución de disputas entre partes) y otro macro (*simbólico*: introducción de nuevos valores y prácticas en la instituciones y en el sistema de justicia), Clamp, Kerry. «Clearing the conceptual haze: restorative justice concepts in transitional settings». Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, pp. 16-36. Tomando por referencia la función expressiva de los mecanismos jurídicos de transición, Nuzov, Ilya. «Post-conflict justice: extending international criminal responsibility to non-State entities». Heffes, Ezequiel *et al.* (org.). *International Humanitarian Law and Non-State Actors*. Haia: T. M. C. Asser Press, 2019, pp. 229-262. En análise crítica de las reparaciones, Sandoval, Clara, *et al.* «Corporations and redress in Transitional Justice processes». Michalowski, Sabine. *Corporate accountability in the context of Transitonal Justice*. London: Routledge, 2013, pp. 93-112.

[107] Clamp, en diálogo con las nociones de «expropiación del conflicto victimal» y «víctima ideal» de Nils Christie, no deja de reconocer las varias formas en que *stakeholders* pueden ser ignorados en esta convergencia entre Justicia Restaurativa y Justicia de Transición: 1) no siempre es posible individualizar o delimitar a la víctima y ofensor, incluso porque ofensor puede convertirse en víctima durante el conflicto; 2) prácticas restaurativas tienden a «desprofesionalizar» la prestación de justicia, sin concebir propiamente el rol del Estado, sea como ofensor, como víctima o incluso como parte esencial de la realización de la justicia; 3) prácticas restaurativas tienden a reproducir los equívocos de la justicia convencional,

Las prestaciones de justicia limitadas a las reparaciones repercuten negativamente en la falta de habilidad para formular soluciones innovadoras, pero por supuesto que la implementación práctica enfrenta una serie de contingencias, aun carente de una experimentación científica más consistente. Y esto empezando por las dificultades de entablar un diálogo constructivo entre los *stakeholders* involucrados [108]. Le corresponde a la JTC proponer nuevos estándares orientados por la combinación inteligente entre procesos judiciales y no-judiciales. Por consiguiente, al menos teóricamente, las prácticas restaurativas se ocuparían de dar voz a las víctimas y promover el diálogo constructivo entre ofensor, víctima y comunidad, de tal forma que permita que el proceso judicial encuentre condiciones favorables para priorizar las iniciativas de *enforcement* a la responsividad del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Transición puede ser un momento importante de educación moral, pudiendo presentarse como educación negativa o positiva, de acuerdo con el impacto de sus efectos. Como educación negativa, comunica el juicio de reprobación a la complicidad con regímenes autoritarios del pasado; como educación positiva, enseña resiliencia, sustentabilidad y estrategias para uso de los recursos privados, orientado por la estructuración normativa de la solidaridad y tolerancia. Es bajo estos presupuestos que la reconstrucción social postconflicto con configuraciones transicionales podría impactar en la estructuración normativa de sociedades democráticas.

32.10 NUEVAS POSIBILIDADES PARA LA VICTIMOLOGÍA CORPORATIVA

La victimología corporativa, tal como fue formulada originalmente por William Laufer, corresponde al campo del conocimiento responsable por conectar los procesos de victimización en el ámbito corporativo, el daño provocado por el comportamiento corporativo y las posibilidades de atribución de responsabilidad a las empresas [109]. Desarrollos posteriores buscaron demostrar

dejando de promover avances en el sentido de «transformación social en favor de comportamiento prosocial». Nada de esto significa, sin embargo, que el potencial de las prácticas restaurativas con características transicionales deba dejar de ser explorado, Clamp, Kerry. «Restorative justice as a contested response to conflict and the challenge of the transitional contexto: an introduction». Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, pp. 1-15.

[108] En detalles, Daly, K. *Victimisation and Justice: concepts, contexts, and assessment of justice mechanisms*. The Hague: *WP International Symposium of the World Society of Victimology*, 2012.

[109] Laufer, William. «The missing account of Progressive Corporate Criminal Law». *New York University Journal of Law and Business*, 14/2017, pp. 01-60; Laufer, William. «A very special regulatory milestone». *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2/2018, pp. 392-428.

cómo se darían los procesos de victimización cometidos por la empresa, entre empresas o en el ambiente interno de la empresa [110]. Tomando como referencia la JTC, se abre una serie de nuevas posibilidades para la victimología corporativa, especialmente en lo que concierne al análisis de fuentes históricas sobre los daños de la tortura, secuestro, cárcel privado, asesinatos transcienden los individuos (*societal harm*) y reparaciones (*redress*). Se pueden extraer de ellas elementos para la reformulación de las categorías criminológicas del daño, comportamiento corporativo socialmente dañoso y soluciones alternativas para la reconstrucción social postconflicto.

En la práctica, hay al menos dos estrategias posibles para enfrentar el desafío de la victimización corporativa que podrían inspirar las ideas justransicionales. En primer lugar, parece bastante convincente que la victimología corporativa, tal como acciones estratégicas de la victimología crítica ya lo hicieron con relación a los crímenes tradicionales, podría servirse del empleo de los derechos humanos, dándoles vida a las necesidades de las víctimas en las cortes. Es una sugerencia razonable que los esfuerzos internacionales para atribuir responsabilidad a las multinacionales por graves violaciones de derechos humanos puedan explorar las lecciones de la victimología corporativa, incrementando el impacto en la reducción de la victimización. En un segundo momento, el «giro emocional» (*emotional turn*) de la investigación criminológica despierta interrogantes desafiadores sobre las posibilidades de realización concreta de la victimología corporativa, que ciertamente deben provocar revisiones en el discurso normativo sobre las emociones y las expresiones de la víctima [111]. Es bastante posible explorar diversas conexiones entre la voz de las víctimas y el cultivo de la memoria, remordimiento y resentimiento generado en contextos autoritarios, que fragilizan los esfuerzos de construcción de un entendimiento común (*shared understanding*) [112] u orientación democrática.

El resentimiento no se dirige, necesariamente, a los actos perpetrados. De alguna forma, es un sentimiento que no se agota con la actividad empresarial

---

[110] Saad-Diniz, Eduardo. *Victimología corporativa*. São Paulo: Tirant, 2020, pp. 145 ss.

[111] Lawrence Sherman concibe la «justicia emocionalmente inteligente» (*emotionally intelligent justice*) con base en las siguientes características centradas en la figura de la víctima: 1) expresión de las emociones y demanda justa (*fair claim*) por justicia, en lugar de deseo de venganza; 2) derecho de no expropiación del conflicto; 3) empoderamiento en el proceso, permitiendo elecciones y su tratamiento adecuado, Sherman, Lawrence. «Reasons for emotion: reinventing Justice with theories, innovations and research». *Criminology*, 41/2003, p. 1-38.

[112] No es poco raro el discurso de que la preservación de un entendimiento común podría favorecer relaciones harmónicas y empoderar *stakeholders*, Cunnenn, Chris. «When does transitional justice begin and end? Colonised peoples, liberal democracies and restorative justice». Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, p. 190-210.

socialmente dañosa, prolongando los efectos del comportamiento corporativo en la vida de las víctimas. A la JTC le compete mejorar el nivel de autocomprensión de la dinámica del resentimiento y del remordimiento, como forma de legitimar que aquellas corporaciones, que una vez soportaron dinámicas autoritarias, puedan utilizar sus recursos para promover prácticas democráticas. Esto también es condición necesaria para legitimar las iniciativas corporativas de *compliance*, ética en los negocios y confianza pública en la democracia.

Debemos ofrecer a las empresas la oportunidad histórica de reconciliación, incluso a pesar de que muchas de las atrocidades cometidas en complicidad con regímenes autoritarios sean, simplemente, no restaurables [113]. Hay aun muchos interrogantes antes de la rendición de cuentas con la *accountability* moral de las empresas en la JTC, tales como la irreversibilidad de la pérdida de la memoria colectiva, la difícil reparación a las víctimas de daño, sin que ellas sean re-traumatizadas por la reposición en el tiempo de las emociones negativas, o aun cómo ofrecer a las víctimas condiciones adecuadas para el ejercicio o rechazo del perdón. Incluso a causa de todas las advertencias, esta reconciliación de las redes empresariales puede ofrecer una ponderosa crítica a la retórica de la integridad, impactando en la propia legitimación democrática de los negocios.

Sea como fuere, la observación del movimiento de las ideas de Justicia de Transición y sus aprendizajes históricos pueden ser decisivos para un mejor conocimiento sobre la materia, siendo esencial para articular los mecanismos jurídicos y la extensión de las obligaciones morales a las corporaciones. Con base en esta revisión ética de la libertad de acción empresarial, sería bastante posible articular soluciones de transición (procesos de Verdad y Justicia) con iniciativas corporativas innovadoras, capaces de combinar estrategias transicionales y restaurativas: creación de procedimientos internos, empleo de canales de comunicación en la esfera pública que viabilicen el uso de narrativas de las víctimas y la sincera apología del ofensor como forma de reconocimiento y búsqueda por verdad, justicia, preservación de la memoria histórica [114], reformas institucionales, revisión de los códigos de

[113] Wendy Lambourne recurre a la reconciliación como el proceso de rompimiento de las barreras entre víctimas y ofensores, movida por el hecho de que el reconocimiento de la perspectiva del otro (ciclos recíprocos de violencia al largo del tiempo, sufrimiento, perdón, memoria) es la base para la reconstrucción de confianza mutua, Lambourne, Wendy. «Restorative justice and reconciliation: the missing link in transitional justice». Clamp, Kerry (org.) *Restorative Justice in Transitional Settings*. London: Routledge, 2016, p. 56-73.

[114] La preservación de la memoria histórica guarda profunda afinidad con las narrativas y las estrategias empleadas para la reconstrucción social postconflicto. En la lectura de Teresa Phelps, «for this wider healing to occur, the country must participate in the proces; the storytelling cannot be private or confiden-

conductas y ética, capacitación interna y de terceros, compromiso de *stakeholders*, monitoreo de derechos humanos, utilización de medidas sancionadoras o restaurativas para la reconstrucción de la cohesión social (*social rebuilding*) disuelta por las atrocidades. Esto sería apenas el comienzo de una promisora agenda de investigación.

32.11 CONCLUSIÓN: LA JTC COMO NUEVA GENERACIÓN DE ESTUDIOS TRANSICIONALES

La categorización de la JTC presupone análisis pormenorizado de cada uno de los casos en que se reconoció la responsabilidad empresarial, extrayendo de allí las estrategias utilizadas para reconstruir los hechos (proceso productivo, proceso conflictivo y proceso represivo). Sin esto, difícilmente se pueda entender el lugar de la victimización y violaciones de derechos humanos perpetradas con la complicidad de las corporaciones, y mucho menos dedicar esfuerzos científicos y movilización de sectores organizados de la sociedad para la reconstrucción social postconflicto. La aprehensión de la JTC como nueva categoría analítica podría orientar mejor la sistematización del conocimiento sobre la *corporate accountability*, sobre todo con base en la legitimación de la responsabilidad jurídica y moral de las empresas. Esta sería la plataforma básica a partir de la cual se conecte la figura de la víctima, daño, atribución de responsabilidad y prácticas restaurativas en configuración transicional.

Asimismo, las corporaciones aun no reconocieron –al menos no de forma suficiente con relación a la reparación y a las prácticas restaurativas– y están lejos de reconocer su complicidad con dinámicas autoritarias. Para la elaboración de la red empresarial de financiación de regímenes autoritarios, demostrando la articulación de los esquemas de financiación de forma didáctica y ampliamente accesible, faltan aún iniciativas o un estándar básico de *accountability*. El reconocimiento de la JTC es solamente el comienzo de una movilización científica en torno de una verificación empírica más consistente y ob-

tial. The stories must be heard by official representatives of the state and publicly acknowledged. 'The goal is not exorcism but acknowledgment'. The public nature of the storytelling allows the individual victims to see their story as part of a larger narrative about violence and 'to know that one's suffering is not solely a private experience, best forgotten, but instead an indictment of a social cataclysm. It can transform individual victims into a community of survivors», PHELPS, Teresa Godwin. *Shattered voices: language, violence, and the work of Truth Commissions*. Filadelfia: Penn, 2004, p. 59.

servaciones científicas más consistentes sobre la complicidad con dinámicas autoritarias.

La principal promesa de la JTC es justamente el hecho de que ella representa la apertura al diálogo y a la participación de las empresas, fundamentada en la obligación moral y el propósito democrático, en la transición y en el enfrentamiento a la ascensión de dinámicas autoritarias. La JTC puede servir al propósito de utilización de recursos del sector privado, estableciendo sociedades estratégicas en favor de la reestructuración normativa de una sociedad democrática. La JTC debe ayudar no solamente a comprender mejor la rutinización de la agresividad y ambición del mundo corporativo, o a dimensionar con mayor consistencia la extensión del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Al mismo tiempo, la JTC dinamiza la evaluación crítica sobre la desestabilización de los procedimientos democráticos que deviene del sector privado y revé el rol de las empresas en la sociedad, de forma tal que pueda inspirar iniciativas corporativas innovadoras orientadas a la reconstrucción social postconflicto.

Se parte del presupuesto de que el compromiso ético debería ser inconsistente si es ajeno al compromiso histórico democrático. La continuidad histórica de la complicidad acaba minando la legitimidad de las iniciativas corporativas de integridad, especialmente en lo que concierne a mejorías prácticas de *compliance* y a cierto fanatismo moral de las operaciones de *enforcement* para «lavar» la corrupción en Latinoamérica. Sería, como mínimo, un sin sentido que empresas que ni siquiera reconocieron su rol en el apoyo y en la superación de dinámicas autoritarias puedan liderar el ideario de la ética en los negocios. Hay una serie de injusticias aun no reconocidas que deberían fundamentar la revisión ética de la integridad de los negocios en Latinoamérica. La JTC como nueva generación de estudios transicionales no podría encontrar mejor oportunidad histórica.

33. EMPRESAS DURANTE LA DICTADURA. EL CASO CHILENO 1973-1989

JEAN PIERRE MATUS Y M.ª CECILIA RAMÍREZ*
Universidad de Talca. Universidad de Finis Terrae

33.1 FENOMENOLOGÍA

A propósito de la violación de derechos humanos, en Chile se constituyeron dos instancias no jurisdiccionales que sirven de fuente para analizar lo sucedido en el contexto histórico de la dictadura militar del general Augusto Pinochet. Así se tiene, por una parte, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y, por otra, la Comisión Nacional sobre política y tortura. La primera de ellas creada en el gobierno del Presidente Patricio Aylwin el año 1990 (Decreto Supremo núm. 355 del Ministerio de Justicia Diario Oficial 25 de abril 1990) y la segunda, durante la presidencia de Ricardo Lagos Escobar (Decreto Supremo del Ministerio de Interior núm. 1.040, publicado en Diario Oficial de 11 de noviembre de 2003). Si bien el objetivo de estas fue determinar la responsabilidad de los agentes del Estado en la comisión de estos hechos, dedicaron un apartado a examinar la participación de civiles, lo que quedó consignado en los informes a que dieron lugar: el informe Rettig y el informe Valech, respectivamente.

En el primero de ellos se lee que las graves violaciones a los derechos humanos corresponden a las situaciones de «detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte en que aparezca comprometida la respon-

* Jean Pierre Matus es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile y Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Talca. M.ª Cecilia Ramírez es Profesora de Derecho Penal de la Universidad Finis Terrae y fue Abogada Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago entre los años 2015 y 2021. Ambos han escrito varias obras su especialidad, la más destacada de las cuales es su *Manual de derecho penal chileno,* parte general y parte especial (Ed. Tirant Lo Blanch, 2019).

sabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los atentados contra la vida y secuestros cometidos por particulares por pretextos políticos» [1]. Más precisamente, el Informe Valech se refiere a similares situaciones y, particularmente a los secuestros y torturas, en que los particulares actuaron con conocimiento, tolerancia, aquiescencia o en connivencia con los agentes del Estados, sin que precisara de una relación formal o de tipo contractual.

33.1.1 **El informe Rettig**

En la presentación del Informe se explican las maneras como tuvieron lugar los supuestos de violaciones a los derechos humanos calificándolas como detenidos desaparecidos, ejecuciones producto de los consejos de guerra, uso indebido de fuerza, muertes en hora de toque de queda, abuso de poder, tortura, actos terroristas. En cuanto a la intervención de los civiles en el contexto definido en el apartado anterior, se encuentra el caso denominado «Paine», episodio Collipeumu.

En síntesis, los hechos relatados se refieren a que en esa localidad durante los meses de septiembre a noviembre del año 1973 funcionarios policiales, Carabineros, y del Ejército acompañados de civiles participaron en la represión de campesinos militantes de izquierda [del Movimiento Izquierda Revolucionaria (MIR) o del Partido Comunista, Partido Socialista] y también obreros agrícolas sin militancia política, dirigentes sociales, se catastraron situaciones, aunque no en la misma medida, de víctimas comerciantes e industriales. En todos estos casos, tras sus detenciones no se volvió a tener noticias; en total, 70 personas entre ejecutados y desaparecidos. Algunos fueron detenidos en la vía pública, con o sin presencia de testigos, otros extraídos de los asentamientos agrícolas o lugares de trabajos, siendo en la mayoría de los casos trasladados, en un primer momento, a recintos policiales (Carabineros: retén, tenencia, sub-comisaría del lugar) o del Ejército (Escuela de infantería de San Bernardo), sometidos a interrogatorios bajo tortura, desde los cuales se les perdió el rastro, habiéndose establecido como hecho cierto el de la detención y que durante el lapso en que permanecieron bajo custodia se perdió toda notica de ellos. Se registran también casos en que las víctimas fueron sacados de su domicilio, y tras la aplicación de vejámenes, ultimadas en el mismo lugar sin que medie

[1] Artículo 1.º Decreto Supremo núm. 533.

un espacio significativo de tiempo entre un acto y el otro, de ahí que el informe sostenga que hubo ejecuciones al margen del respectivo juicio. Ahora bien, en cuanto al destino de los cuerpos, se indica que fueron abandonados, enterrados en lugares clandestinos, lanzados al río, en el patio 29 del cementerio General de Santiago, arrojados en quebradas etcétera o bien llevados por funcionarios al Servicio Médico Legal. No obstante, de algunos de ellos se seguía desconociendo su paradero a la fecha de publicación del informe (p. 220).

En cuanto a la intervención judicial en estos hechos –en la época en que tuvieron lugar –se efectuó mediante la presentación de querellas por el delito de secuestro (p. 222, Informe Rettig) y por el de recursos de amparo, estos últimos con el propósito de dar con el paradero de las víctimas (Amparo Rol núm. 283-79, p. 216 informe Rettig).

De estos acontecimientos importa destacar que, según el referido informe, la participación de los civiles no siempre fue la misma pues, así como acompañaron a los uniformados se dice también que los funcionarios policiales se desplazaban en vehículos de civiles, o que estos les servían de escoltas, e incluso que esos terceros fueron vistos armados con caras pintadas (p. 218).

El informe más adelante indica otro caso llamado Lautaro (p. 374) en que se consigna la participación de civiles en la detención de un militante comunista, en la región de Concepción, en el que estos acompañaron a los agentes estatales en la detención de la víctima, prestaron sus vehículos para trasladarlo del lugar, siendo llevado a una casa particular de los mismos acompañantes en la que se le vio entrar y del cual se perdieron sus rastros.

Otra situación donde podría aparecer con mayor claridad la actuación de civiles en beneficio o interés de las empresas se describe en relación con un Campamento de prisioneros en el puerto de San Antonio, instalado en la Escuela de Ingenieros Militares del Regimiento de Tejas Verdes, y en la Escuela misma, ambos estrechamente relacionados, después, con la DINA. Según el Informe, entre septiembre de 1973 y mediados de 1974, el traslado de prisioneros desde el Campamento de Prisioneros a los edificios de la Escuela propiamente tal se «efectuaba en camiones-frigoríficos proporcionados por empresas pesqueras del puerto, o requisadas a ellas» (p. 100).

Por otra parte, la actuación de empresas colaborando con la DINA (policía secreta de la Dictadura entre 1973-1978, ejecutora del mayor número de torturas y muertes durante los años 1974-1976) también se encuentra registrada en el Informe, como «actividades encaminadas a obtener fondos, entre ellas variadas formas de asociación con personas naturales o empresas, o el estable-

cimiento de empresas propias» (p. 722). También se da cuenta de que la DINA habría recibido donaciones en dinero de «un número de empresas» para el financiamiento de sus actividades de represión» (p. 724).

La «explicación» de la participación empresarial en las actividades propias de la represión parece encontrarse, según el Informe Rettig, en el contexto de desorden e ilegalidad reinantes durante el gobierno de la Unidad Popular: «La única defensa (pensaron, por ello) era la propia, difundiéndose la idea de presión irregular sobre el Gobierno (los paros), y la de grupos armados, urbanos y agrarios igualmente irregulares, para defender el dominio de inmuebles y empresas, y la seguridad de las personas». Y se agrega: «Es indiscutible que estas ideas calaron hondamente en pequeños y medianos propietarios del campo y la ciudad, y en empresarios también modestos de la industria, el comercio, el transporte, etc., así como en los gremios profesionales» (p. 31).

Sin embargo, hasta la fecha solo se ha dictado una sentencia definitiva y ejecutoriada en la que se sanciona civiles que tomaron parte en la ejecución de los hechos, vinculados específicamente al llamado caso Paine [2].

33.1.2 **Lo resuelto por la Corte Suprema**

La sentencia de la Corte Suprema conociendo un recurso de casación recoge, en lo que atañe, que desde el 11 de septiembre de 1973 por disposición y a petición de del jefe de la Subcomisaría de Paine, a la sazón capitán de Carabineros, «varios civiles dueños de tierras y/o vehículos menores y de carga comenzaron a colaborar activamente con el transporte de personal y de detenidos». A modo de resumen, indica que el 17 de septiembre de 1973, en horas de la tarde, cuatro miembros del asentamiento «Paula Jaraquemada» de Paine, a instancias del presidente del citado asentamiento, se presentaron en la Subcomisaría de Carabineros de la misma comuna, quedando detenidos en el recinto, misma suerte que corrió horas después una quinta persona. En ese lugar funcionarios de la unidad policial interrogaron y golpearon a los detenidos, agregando la sentencia que en la madrugada del día siguiente fueron sacados de esa subcomisaría, subidos a un vehículo y trasladados hacia el sector de Collipeumo, en una comitiva conformada por personal policial y por civiles, todos al mando de un sargento. En el fallo se lee que una vez arribado a ese sector, los detenidos

[2] Corte Suprema de Chile, Sentencia de 16.11.2017, Rol núm. 1568-17, redacción a cargo de J. P. Matus.

fueron bajados del vehículo en que se les transportaba y fusilados tanto por funcionarios de Carabineros como por civiles. Tras lo ocurrido, los cuerpos de las víctimas fueron arrojados a un canal en la creencia de que todas habían fallecido; sin embargo, una de ellas murió a causa de un traumatismo cráneo encefálico y asfixia por sumersión y, otra, logró sobrevivir, resultando con una herida de bala en el brazo izquierdo. Las restantes murieron a raíz de los impactos de proyectil balístico recibidos. En este caso, los cuerpos de los fallecidos fueron encontrados días después en distintos sitios, colindantes al canal al cual fueron lanzados.

El máximo tribunal consideró que al respecto se configuraba el delito de homicidio calificado por la alevosía, previsto y sancionado en el artículo 391 núm. 1 del Código Penal nacional.

33.1.3 **Un empresario condenado**

Específicamente, en cuanto a la conducta desplegada por el civil condenado, un empresario agrícola y transportista de la zona, presidente del sindicato de dueños de camiones a la época del golpe de Estado, se le acusó de formar parte de los civiles que integraron la comitiva y de haber intervenido en la ejecución del hecho escoltando a las víctimas hasta un lugar apartado, portando un arma de fuego y, luego, lanzado al cauce de agua el cuerpo de una de ellas, para asegurar a los ejecutores en la perpetración del delito. El fallo indica además que el acusado fue visto por testigos de contexto afuera de la comisaría, portando armas, vistiendo una chaqueta de la institución policial sin serlo y trasladarse a los asentamientos en los que, según el informe Rettig se perpetraron las detenciones del episodio en cuestión. El condenado alegó en todas las instancias que solo prestó los vehículos para patrullajes y si concurrió a algún allanamiento solo se limitó a observar, cuestionando en definitiva la calificación jurídica de su participación [3].

Si bien no se trató del único civil colaborador encausado por este episodio, si fue al único que se le condenó, por cuanto los restantes fallecieron durante el proceso.

[3] Jara Bustos, F., y Ugas, F., «Caso Paine, episodio Collipeumo, contra Juan Francisco Luzoro Montenegro: El primer civil condenado por crímenes contra la humanidad en Chile», en *Anuario de Derechos Humanos* (U, de Chile) 18, 2014, p. 169.

33.1.4 **Informe Valech**

En lo que atañe al informe Valech, en este se señala que de los testimonios considerados validos por la Comisión de prisión política y tortura, en el casi 91 % de los casos, los detenidos refieren haber sufrido torturas durante su privación de libertad y que los relatos coinciden en que estos hechos fueron cometidos de manera similar y coordinada, por efectivos de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad y de los servicios de inteligencia, como la DINA y la CNI, registrándose excepcionalmente la participación de civiles. Uno de los casos, corresponde a la región de Bío-Bío (I. Valech, p. 350) sobre el cual se lee: «testimonios recibidos describen la participación de civiles organizados en 1973, especialmente en las zonas rurales de la región, que actuaron en coordinación con las fuerzas militares y de Carabineros. Los declarantes mencionaron que había civiles que intervenían en las detenciones, interrogatorios y torturas en los lugares». Concretamente se señala que esto habría ocurrido en Chillán, en el Regimiento de Infantería Reforzada núm. 13 de Los Ángeles, en la Comisaría de Carabineros de Chiguayante en el que se acusa que participaron tanto de las detenciones como de las torturas (I. Valech, p. 366), también en la Región de Los Lagos en la que si bien las detenciones fueron realizadas principalmente por efectivos del Ejército y Carabineros, y en algunos casos actuaron efectivos de la Fuerza Aérea, en los sectores rurales se denunció la participación de civiles en hechos represivos.

Se añade que en el período entre septiembre y diciembre de 1973 se utilizaron «barcos mercantes de empresas privadas» como centros de detención, y «ocasionalmente se usaban camiones tipo frigorífico pertenecientes a empresas estatales y, en algunos casos, a particulares» como medios de transporte de detenidos (pp. 208 s.). Luego, se precisa que en esa misma época, «en la ciudad de Osorno se utilizaron dos lugares de propiedad de empresarios de la zona, para mantener a cierto número de prisioneros políticos aislados e incomunicados, los que fueron interrogados y torturados en la Fiscalía Militar de Osorno» (p. 394). En el año 1974, «hay testimonios» que relatan que a la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes (San Antonio) los prisioneros «eran trasladados en camiones frigoríficos pertenecientes a una empresa pesquera» (p. 310).

Con relación a las situaciones recogidas en el Informe Valech a diferencia del lo que se vio a propósito del Rettig, no hay sentencias judiciales condenatorias relativas a ellos.

33.2 ¿ES POSIBLE SANCIONAR PENALMENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN PROVECHO O INTERÉS DE LA EMPRESA, EN CASOS COMO EL CHILENO?

33.2.1 **La regulación local**

A) Al momento de los hechos

Habida cuenta que la legislación chilena no contemplaba a la época de la perpetración de las violaciones a los derechos humanos, la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, la manera de analizar y tratar la situación del empresario condenado en ese contexto y de las otras tipologías descritas (empleo de instalaciones y vehículos de empresas para cometer torturas y trasladar detenidos, respectivamente; y el financiamiento de la DINA), fue bajo el prisma de las formas clásicas de concurrencia de varios sujetos en un hecho como persona natural, lo que en definitiva ocurrió, o bien la participación en el delito de asociación ilícita. En la sentencia del caso Paine, la Corte Suprema se refiere a la colaboración de «civiles dueños de tierra y vehículos menores», en que por falta de reconocimiento jurídico no se hizo cuestión del tema, por lo que corresponde en esta oportunidad hacerlo. En otras palabras, revisar las posibilidades de sanción que encuentra la conducta del empresario en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como empresa propiamente tal, lo que también cabe decir respecto de los dueños de tierra en tanto organizados como sociedades-empresas agrícolas. Esto último, cobra importancia, puesto que en el contexto histórico nacional la intervención de ellos se «explica» como consecuencia de los procesos de reforma agraria y expropiaciones que tuvieron lugar durante el gobierno de la Unidad Popular, de ahí que en el Informe Rettig aparezcan como lugares de los que fueron extraídos los campesinos víctimas, los asentamientos y en el fallo precitado se aluda a los dueños de tierra.

B) En la actualidad

En Chile la Ley núm. 20.393, del año 2009, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con un catálogo de delitos determinados, los delitos bases, que correspondieran originalmente a financiamiento del terrorismo, lavado de activos, cohecho en la medida que se verifiquen de-

terminados supuestos que permiten atribuir dicha responsabilidad como el del interés o provecho de la persona jurídica en el delito cometido y otros que precisa la legislación.

Ha sido interesante observar la evolución de los delitos base cuyo listado se ha ido ampliando para incluir, primero, la receptación, luego, la apropiación indebida, tráfico de influencias, negociación incompatible, corrupción entre particulares, tráfico de influencia entre estos y administración desleal. Posteriormente a determinados delitos vinculado con la protección del medio ambiente como el de contaminación de aguas, violación de veda de productos, pesca ilegal, procesamiento y almacenamiento ilegal de productos escasos, ciertos delitos económicos y delitos contra la salud pública.

De todos modos, en el escenario actual, la responsabilidad de la empresa por el delito cometido por el civil en el contexto de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar habría quedado sin posibilidades de sanción habida cuenta que el homicidio no es uno de los delitos previstos como base para ello. Lo mismo sucede en los otros supuestos: facilitación de dependencias y medios para cometer torturas, delitos que no se encuentran en el catálogo de la Ley núm. 20.393.

Quizás la única opción, remota, sería la posible calificación de estos últimos hechos y el más preciso de proveer fondos a la DINA como financiamiento del terrorismo. Ello supondría, en todo caso, calificar a los actos cometidos por los agentes de la DINA como terroristas, dejando de lado su descripción como torturas y crímenes de lesa humanidad. Lamentablemente, a la fecha de los hechos, tal calificación jurídica era inexistente tanto a nivel nacional (la primera ley chilena sobre conductas terroristas es de 1984), como internacional (el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo es de 1999), aunque, materialmente, parece que sus actividades encuadran en la descripción de tales hechos que el Artículo 2, letra b) de dicha convención prevé: «Cualquier […] acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población».

Estas limitaciones nos obligan revisar el tratamiento de esta problemática en el derecho internacional de los DD. HH. y analizar los límites de los modelos como el adoptado por el legislador en comparación con las alternativas existentes.

33.2.2 El marco del derecho penal internacional de los derechos humanos

Es sabido que el principal cambio en esta materia en el siglo xx tuvo que ver con la afirmación de la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra, contra la paz y la humanidad, mediante la adopción y aplicación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, al término de la Segunda Guerra Mundial, dejando de lado la antes tradicional aplicación de las sanciones del Derecho Internacional únicamente a sus sujetos propios (Estados y otras organizaciones internacionalmente reconocidas).

Así, se lee en el artículo 6.º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, en el marco del juicio y castigo a los principales criminales de guerra, que: «estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones». Luego, el Artículo 9.º permitía la declaración como criminales de esas organizaciones, en conexión con los delitos cometidos por sus miembros enjuiciados. Y el Artículo 10.º, que una vez declarados como criminales los grupos a que pertenecían los principales responsables de la guerra, sus miembros de menor rango pudieran ser posteriormente enjuiciados por pertenecer a dichos grupos, sin que pudiera discutirse su calificación como organizaciones criminales. En consecuencia, el cargo por pertenecer a una organización declarada criminal fue establecido entre las formas posibles de responsabilidad individual el Artículo II.1.d) Ley núm. 10 del Consejo de Ocupación Aliada.

En consecuencia, no se trató aquí de establecer una forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas o entidades a que se hacía referencia, como una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, de carácter vicarial, en el sentido predominante del sistema anglosajón de la época, sino más bien de una forma de responsabilidad por el hecho colectivo, derivada de la pertenencia a un agrupación con propósitos criminales, que se probaría por la conducta de los principales responsables eventualmente condenados.

Por ello, la discusión posterior giró exclusivamente en determinar los requisitos para hacer responsables a los miembros de tales organizaciones por esos delitos. En esa discusión, lo relevante no fue establecer los requisitos para declarar una organización como criminal, sino única y exclusivamente aquellos necesarios para afirmar la responsabilidad individual por la participación en una organización declarada criminal y, en términos más generales, por un hecho colectivo de que se es parte, cuando tal declaración no existe. Así, res-

pecto de lo primero, ya en los juicios posteriores al de los principales responsables de la guerra, la jurisprudencia de Núremberg matizó la literalidad del Artículo 10 del Estatuto, asimilando el castigo por la pertenencia a la conspiracy, según la doctrina anglosajona del propósito o designio común («*there must be a group bound together and organized for a common purpose*»), excluyendo el castigo de personas que se incorporaban a la organización sin conocimiento de su propósito criminal o eran adscritas a ella por el Estado, sin implicarse personalmente en la comisión de actos criminales [4].

No obstante, aunque los términos del Estatuto y del Artículo 1.º de la Ley núm. 10 del Consejo de Ocupación Aliada impidieron la sanción de personas jurídicas en casos que ahora pudieran parecer evidentes de responsabilidad penal empresarial por atentados contra derechos humanos, las formas de participación de civiles en los crímenes cometidos por el régimen Nazi permiten hacerse una idea de lo necesario que ello resulta en estos contextos, pues como allí se señaló: «Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la cooperación de hombres de Estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo» [5]. *Mutatis mutandis*, se podría decir que las empresas que obtuvieron provecho o en cuyo interés se cometieron tales delitos, no deben ser reputadas inocentes solo porque sus directivos principales o empleados fueran condenados por tales hechos, dado que o bien también se les puede imputar ese conocimiento (responsabilidad vicarial) o al menos que no establecieron modelos efectivos de prevención.

Así en el juicio Flick se condenó a los acusados por el empleo de mano de obra esclava en las empresas del conglomerado Flick y también por su per-

---

[4] Matus, J. P., «Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley núm. 20.537», en Política Criminal 8, núm. 16, 369. Allí se lee: «Menos suerte ha corrido la pertenencia a una organización criminal, pues ningún Estatuto posterior a Núremberg la ha reconocido como una forma de responsabilidad individual en un hecho colectivo. Es más, desde un principio ella fue limitada, pues a pesar de que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional establecía literalmente la responsabilidad penal individual por la mera pertenencia a una organización declarada criminal, la jurisprudencia de Núremberg matizó esta proposición, asimilando el castigo por la pertenencia a la conspiracy, según la doctrina anglosajona del propósito o designio común («*there must be a group bound together and organized for a common purpose*»), excluyendo el castigo de personas que se incorporaban a la organización sin conocimiento de su propósito criminal o eran adscritas a ella por el Estado, sin implicarse personalmente en la comisión de actos criminales. Por lo tanto, la mera pertenencia a una organización no se considera criminal, requiriéndose una incorporación voluntaria con conocimiento del propósito criminal o la comisión efectiva de un acto criminal por parte del acusado, como miembro de esa organización».

[5] *International Military Tribunal– Major War Criminal,* Sentencia de 31.8.1946, p. 16884.

tenencia al «círculo de amigos de Himmler», mediante el cual aportaban financiamiento a las S. S. a través de comidas de recaudación de fondos, aun cuando en un comienzo el carácter ilícito de la organización no se conocía a ciencia cierta. Particularmente, se estimó que el dinero entregado a Himmler era un cheque en blanco destinado a la mantención de las S. S., que fue a parar en el pago de sueldos y de gas letal [6].

En el caso del Ziklon B, seguido ante el Tribunal de Ocupación Británico en Hamburgo, Bruno Tesch y Kart Weinbacher fueron condenados por vender a la S. S. el gas Ziklon B, un pesticida más o menos común, desarrollado antes de la Guerra, pero «usado para la exterminación de extranjeros internados en campos de concentración, conociendo que dicho gas se emplearía para tal finalidad», desechando la alegación de que solo lo vendían como pesticida, tanto por la cantidad vendida como por la prueba de quienes lo emplearon para los campos de exterminio, particularmente en Auschwitz/Birkenau [7].

Mención especial merece la situación de la IG Farben, conglomerado alemán de industrias químicas, fundado el año 1925 como resultado de una fusión de las compañías AGFA, BASF, BAYER, HOECHST y otras. En este caso, se comprobó no solo la colaboración de los directivos principales del conglomerado con el gobierno nacionalsocialista mediante la ocupación de industrias en los países invadidos por Alemania, el empleo de prisioneros de los campos de concentración como mano de obra esclavizada (implementar factorías de gasolina sintética y caucho, en Auschwitz por ejemplo), y su «compra» de prisioneros con el objeto de efectuar experimentes farmacéuticos, sino también las millonarias ganancias que esta colaboración produjeron al conglomerado [8].

En la medida que la escala de comparación lo permite, podemos ahora señalar que, si bien es cierto, la participación de empresarios chilenos en las violaciones a los DD. HH. puede ser vista de alguna manera como formas de financiamiento (contribución mediante locales y medios de transporte), la participación en las operaciones de exterminio no parece tener el sentido económico de las acreditadas en Núremberg, al menos no de esa forma directa. Indirectamente, en cambio, la razón por la cual se entregan fondos y se participa en operaciones de exterminio sí puede coincidir con una motivación económica, que pudiera considerarse un provecho o beneficio empresarial: la seguridad

[6] *U. S. vs. F. Flick et al,* US Military Tribunal, Núremberg, Sentencia de 22.12.1946,

[7] *The Zyklon B case. Trial of Bruno Tesch and two others.* British Military Court, Hamburgo. Sentencia de 8 de marzo de 1946.

[8] *The I. G. Farben Trial. US vs. Carl Krauch et al.,* US Military Tribunal, Núremberg, Sentencia de 29 de julio de 1948.

de que sus propiedades serían devueltas sin nuevas «tomas» y la seguridad de que no existirá «resistencia» por parte de los trabajadores de la empresa ante despidos masivos y otras medidas que redujeran los derechos laborales. Sin embargo, en ningún caso parece que sería posible establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas por esta clase de delitos, con base a los principios reconocidos en los juicios de Núremberg.

33.2.3 **El derecho penal internacional post Núremberg**

A pesar de que los juicios de Núremberg sacaron a la luz las formas de contribución y provecho de las empresas en la comisión de crímenes bajo el Derecho Internacional, producto del énfasis en el reforzamiento de la responsabilidad individual (y, probablemente también, de la resistencia doctrinarias para la atribución de esta solo por la pertenencia a organizaciones criminales), los Estatutos de la década de 1990 simplemente omiten toda referencia a este aspecto, y no incluyen en sus disposiciones reglas como las de los Artículos 9 y 10 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Así el Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia y en el Artículo 5 del correspondiente a Ruanda se especifica la competencia de estos tribunales para perseguir exclusivamente a personas naturales y no se incluye en ninguna de las descripciones típicas la responsabilidad por la participación individual o como miembros de organizaciones, según el fraseo del Estatuto del IMT. La palabra «organización» tampoco se emplea en la descripción de las formas de responsabilidad individual de sus respectivos Artículos 7 y 6.

No obstante, a pesar de que también el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece, en su Artículo 25.1., que ella «tendrá competencia respecto de las personas naturales», se reconoce nuevamente la existencia de grupos y de responsabilidad por contribuir, de algún modo, «en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común». Sin embargo, no se establece la posibilidad de declarar la existencia de organizaciones criminales ni la del castigo por colaborar con aquellas que hayan sido declaradas como tales. Tampoco, por cierto, se establecen reglas de responsabilidad de personas jurídicas por esta clase de delitos.

Lo anterior explica por qué la discusión en la doctrina especializada gira en torno a los alcances de la responsabilidad individual derivada de la participación en hechos colectivos, tratando de delimitar conceptos tales como la conspiración, la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), la coautoría (co-perpetration), la autoría mediata (*indirect perpetration*) y el sig-

nificado de la colaboración individual con un grupo de personas que tienen una finalidad común, siendo parte o no del mismo, pero sin mención a la responsabilidad penal autónoma de las organizaciones por esta clase de delitos.

Por lo mismo, tampoco cabe cuestionarse si, a la luz de estos Estatutos, podría establecerse responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuyo provecho o interés pudieron cometerse violaciones a derechos humanos similares a las del régimen Nazi o de la dictadura chilena, a pesar de que, obviamente, desde el punto de vista fenomenológico, ello podría apreciarse en alguno de los casos juzgados por los tribunales que dichos Estatutos establecen.

33.2.4 **Los crímenes de trascendencia internacional**

Como es sabido, en paralelo a la decantación de los *core crime* del Derecho penal internacional, a partir el último cuarto del siglo xx en el Derecho internacional y, particularmente, tras la caída del Muro de Berlín, se desarrolló una tendencia relevante para establecer convenciones multilaterales sobre una serie de delitos a los que se les atribuye un carácter trasnacional o de trascendencia internacional, y cuya regulación local se sujetó al cumplimiento o implementación de esas convenciones internacionales, como sucede típicamente con las Convenciones de Viena de 1998 y de Palermo de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respectivamente.

En este ámbito, existiendo acuerdo sobre la necesidad de prevenir y sancionar determinadas conductas que trascienden las fronteras de los interesados en suscribir dichas convenciones, se han desarrollado dos tipos de mecanismos particulares para asegurar la convergencia de las disposiciones locales con los objetivos comunes, internacionalmente establecidos: a) obligar a los Estados Parte a que informen periódicamente de los avances en la implementación del tratado a alguna autoridad designada (Secretaría General, Conferencia o Asamblea de las Partes, etc.); o b) encomendar a un organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado, con base en sus facultades generales, para proveer de asistencia legal (incluyendo la elaboración de legislaciones modelos y guías para su implementación), entrenamiento a legisladores, jueces y fiscales, y asesoría técnica para facilitar la colaboración judicial (traducciones, intermediación, etc.) en determinados temas (como sucede con los tratados sobre drogas, terrorismo, corrupción y criminalidad organizadas).

Y, más allá de la implementación de la tipificación de determinados delitos, en sus aspectos generales, estas convenciones suelen incorporar dos clases de reglas relevantes en este contexto: a) aquellas que buscan impedir la exis-

tencia de lagunas de jurisdicción; y b) aquellas que buscan imponer especiales sanciones proporcionales, eficaces y disuasivas a las personas jurídicas.

En cuanto a las primeras, se trata de profundizar en el desarrollo de reglas que son, por lejos, las más antiguas del «derecho internacional penal», pues tienen que ver con las extensiones del principio de territorialidad de aplicación de la ley penal y limitaciones del de no intervención en los asuntos internos de otros países, con el objeto de suprimir la existencia de paraísos jurisdiccionales. Así, se va más allá de reglas tradicionales, como las incluidas en el viejo Código de Derecho Internacional Privado de 1928, aplicable al ámbito latinoamericano, cuyos artículos 307 y 308 establecen el principio de universalidad en la persecución de los delitos de trata de blancas, piratería, trata de negros y comercio de esclavos, destrucción de cables submarinos «y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional», reemplazando la regla de territorialidad tradicional por una de «complementariedad», similar a la contenida en el Estatuto de Roma, pero sin referencia a una competencia residual de un organismo internacional, sino entregando esa competencia residual a los Estados. Así, las reglas consolidadas desde la década de 1960 establecen que, sin perjuicio de las reglas de derecho interno, los Estados Parte deberían declararse competentes para conocer: a) de los delitos total o parcialmente cometidos sobre su territorio o en las naves y aeronaves que circulan bajo su bandera (territorialidad/ubicuidad/fraccionamiento); b) cuando dichos delitos son cometidos por o afectan a sus ciudadanos (personalidad); c) o ponen en peligro la seguridad del Estado (defensa); y d) en general, si por cualquier razón, el responsable se encuentra en su territorio y no puede ser extraditado al Estado competente según las reglas anteriores (universalidad/complementariedad/residencia).

Respecto de las segundas, cabe decir que no existe una decisión consistente de los Estados en torno a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal, pero sí de establecer su responsabilidad, sea penal, civil o administrativa, por los delitos que cometan, sin perjuicio de la que les cabe a las personas naturales que hayan cometido los delitos, y siempre procurando que las sanciones impuestas, en caso de no ser penales, sean «eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias». A nuestro juicio, se trata de un claro «fraude de etiquetas», al parecer, para evitar conflictos con (la doctrina de) aquellos Estados donde –por razones dogmáticas– se considera imposible establecer una «responsabilidad penal de las personas jurídicas», admitiéndose únicamente la administrativa o civil. En compensación, no se exigen otros requisitos para la responsabilidad de las personas jurídicas que su vinculación con el hecho de que ella debe provenir de un delito cometido

por personas naturales (independientemente responsables), sin siquiera señalarse qué grado de vinculación han de tener estas con aquellas, lo que queda completamente entregado a los «principios jurídicos» de cada Estado parte.

En el ámbito que nos convoca, si consideramos que la comisión de determinados hechos que vulneran los Derechos humanos pueden ser vistos también como delitos de trascendencia internacional, como sucede típicamente con la explotación sexual, las torturas, el genocidio y el terrorismo, la implementación de los tratados que regulan estas materias y su aplicación consistente en cada una de las jurisdicciones que ello es posible, podría permitir responsabilizar adecuadamente a las personas naturales y jurídicas involucradas, en un marco relativamente conocido y practicable.

Así, por ejemplo, si se considera la definición de terrorismo y de su financiación, contempladas en el Convenio Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo de 1999, la facilitación de locales de detención y medios de transporte para cometer asesinatos y torturar a la población civil podría describirse, según las circunstancias de cada caso, como la provisión de fondos a sabiendas que se emplearán para cometer actos destinados «a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población».

Sin embargo, esta aplicación algo forzada de conceptos puede ser muy cuestionable judicialmente, desde el momento mismo en que los hechos no necesariamente presentan características internacionales ni las precisas de cada Convención, destinadas a regular hechos en Estados con una situación de «normalidad» política e institucional. Mal que mal, el principio de legalidad es también un derecho humano, al menos en los Estados con régimen de derecho civil o continental.

33.3 LAS NUEVAS PROPUESTAS A NIVEL INTERNACIONAL

33.3.1 **Los *Guiding Principles on Business and Human Rights***

Como se expresa en una publicación de las UN del año 2011, estos principios, propuestos en XX, no deben ser leídos de ningún modo como creación de nuevas obligaciones legales a nivel internacional, o como limitaciones de las existentes. Se trata, exactamente, de «guías» o «principios» de acción adoptados sobre la base de lo que ya existe en el Derecho Internacional:

a) Que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales;

b) Que las empresas comerciales, como parte de la sociedad, tienen tienen la obligación de cumplir con la legalidad vigente en materia de respeto de los Derechos Humanos; y

c) Que existe la necesidad de contar con acciones judiciales para responder efectiva y apropiadamente a los casos de violaciones de dicha legalidad.

A partir de estos principios, la cuestión que surge es determinar –desde la perspectiva estatal– qué medidas de adecuada revisión de la legalidad interna y su aplicación son necesarias para hacer efectiva la protección de los DD. HH. en cada Estado, en relación con la actividad empresarial; y, desde la perspectiva empresaria, qué significa, en la práctica un proceso de *due diligence* para identificar, prevenir, mitigar y hacerse responsable de las obligaciones en orden a evitar que su actividad produzca impactos negativos en los derechos humanos en su entorno de operaciones.

En supuestos como los de graves violaciones a los Derechos Humanos como las ocurridas en Chile durante la dictadura 1973-1989, parece evidente que lo primero que debiera hacerse es olvidar las limitaciones al ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a toda clase de delitos: no solo el genocidio, las torturas y los atentados sexuales en contextos de ataques sistemáticos y masivos a la población deben considerarse como delitos que produzcan responsabilidad penal, sino principalmente los más comunes de secuestro, homicidios, lesiones, atentados sexuales, intromisión en las comunicaciones privadas, etc., deberían preverse como delitos base para que la actividad empresarial tenga en cuenta que la comisión de tales hechos, en contextos de normalidad institucional, también son de su responsabilidad, si ellos se producen en provecho o en su beneficio en el marco de sus actividades.

Y, naturalmente, esto debe aplicarse tanto a empresas locales como a multinacionales, o, más bien, a todas las variadas formas de organización empresarial existentes, incluyendo la responsabilidad de organizaciones «horizontales», como las empresas de Internet destinadas a contactar directamente productores con consumidores, mediante el conveniente cobro de una comisión, pero sin hacerse responsable del servicio o las condiciones del servicio prestado.

Las cuestiones relativas a la localización de los responsables también pueden ser ingeniosamente resueltas. Por ejemplo, en realidad no existe ninguna dificultad institucional para hacer responsables a las empresas «horizontales» de Internet o a las localizadas en el extranjero, al menos pecuniariamente,

si se toma en cuenta que ellas operan con tarjetas de crédito bancario, un instrumento fácilmente regulable y controlable y, sobre todo, cuyas operaciones se pueden intervenir y obtener del cobro de los créditos asociados el monto de las sanciones a imponer.

Por otra parte, bastaría estudiar la experiencia de los servicios de recaudación impositiva y de cumplimiento de permisos más eficientes que existan para hacerse a una idea de cómo ordenar el cumplimiento y la recaudación en estas materias.

Para los problemas de localización de personas naturales responsables de tales violaciones o de sedes corporativas, debiera existir un esfuerzo, como propone John Ruggie, en orden a superar las diferencias doctrinales que subsisten respecto de los alcances y limitaciones de las reglas de jurisdicción internacional, sin suponer que tales limitaciones no existen, pero asumiendo que no están escritas en piedra, esto es, que no son inmutables ni irremontables [9]. La necesidad de proveer una mejor asistencia legal mutua, para superar las limitaciones de comunicación y acceso a la justicia de las víctimas debiera estar en el foco de las negociaciones en esta materia, como ya lo está tratándose de los delitos de trascendencia internacional, según hemos antes expuesto.

33.3.2 El «Borrador Cero» de un Tratado Vinculante sobre las actividades de empresas trasnacionales y los Derechos Humanos (16.7.2018)

Este borrador, propuesto por el Grupo de Trabajo Intergubernamental del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, encabezado por el colega ecuatoriano Luis Gallegos, se originó en una propuesta de Ecuador como respuesta a las dificultades que este país tuvo, durante el gobierno del expresidente Correa, con empresas trasnacionales, particularmente petroleras y mineras.

Ello explica el, a la vez, ambicioso y limitado alcance de la propuesta. Por una parte, se propone crear en cada Estado Parte una entidad de «Cumplimiento» que pueda revisar y controlar el cumplimiento de la *due diligence de* las multinacionales que operan en cada Estado. Y, por otra se limita precisamente el alcance de dicha entidad al control de las empresas multinacionales o «actividades empresariales de carácter trasnacional», esto es, actividades económicas que bajo el control de una persona natural jurídica incluyen activida-

[9] Ruggie, J., «'Guiding Principles' for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group», Harvard Kennedy School, 2018 (https://bit.ly/33cWUkA).

des que tienen lugar o envuelven acciones, personas o impactos en dos o más jurisdicciones nacionales (Art. 4.2).

Ello deja de lado casos como el de la experiencia en la dictadura chilena, donde actuaron empresarios locales en beneficio o provecho de empresas locales. Y, en la actualidad, la tercerización, el franquiciamiento y la localización a través de diferentes formas contractuales que, al momento del análisis práctico, invisibilizan la existencia legal de empresas trasnacionales en cada Estado, al transformarlas en accionistas, compradores o franquiciadores de empresas locales y otras formas novedosas que puedan imaginarse (como el «mandato secreto», que reconoce la mayor parte de las legislaciones civiles).

33.4 CONCLUSIONES: DE VUELTA AL PRINCIPIO

En este trabajo se ha partido de la descripción de hechos reales de participación de civiles en crímenes contra los derechos humanos en la dictadura chilena de 1973-1989. Esta participación, a la luz de las exigencias generales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede verse como formas de financiamiento de los ejecutores de tales crímenes, facilitando los medios para su comisión, en provecho o interés de personas jurídicas para las cuales la operación en territorios «pacificados» o «limpios», puede ser muy relevante.

¿Qué impide hacer responsables a las personas jurídicas por tales hechos en sistemas como el chileno?

A nuestro juicio, este impedimento no viene dado por ninguna cuestión ontológica ni barrera teórica infranqueable, sino únicamente por condicionamientos locales fácilmente superables por una decisión política que permita a la práctica judicial enfrentar los hechos a la luz de nuevas regulaciones y la experiencia acumulada en países que la llevan haciendo efectiva hace ya casi o más de un siglo, como en los Estados Unidos y en Holanda.

Entre tales condicionamientos podemos mencionar, en primer lugar, el limitado ámbito de aplicación de las leyes que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una exigencia de ésta, sino únicamente una derivación de los condicionamientos políticos existentes en el momento de su adopción. Como en los casos reales que hemos relatado, nada impide que en situaciones diferentes al limitado alcance de las leyes existencias, hechos cometidos por personas naturales, individualmente responsables, puedan ser atribuidos a las personas jurídicas que obtuvieron provecho de ellos o en cuyo interés se ejecutaron.

En segundo término, la camisa de fuerza del *compliance* basado en determinación de riesgos por delitos determinados. Es cierto que en el ámbito empresarial es más probable la comisión de una clase de delitos que la de otros, pero la concepción del *compliance* como un modelo de prevención de determinados delitos puede llevar al inmovilismo si se plantea, ahora, que las empresas pueden ser responsables de cualquier delito cometido en su provecho o interés. Y, sin embargo, este es el régimen en los Estados Unidos y ello no ha impedido la existencia ni de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni de mecanismos de *compliance*. La experiencia holandesa también podría ser útil en la materia.

En tercer lugar, los tabúes de la causalidad, la prohibición del regreso y la inexistencia de la responsabilidad penal por hechos de terceros. Estos tabúes pueden y deben revisitarse para entender los fenómenos reales. Desde luego, la teoría de la *conditio* no debería abandonarse tan libremente. Tampoco parece necesario afirmar en todo caso que la intervención de un tercero responsable excluye la responsabilidad del anterior, porque ello solo es así en los casos que lo afirmamos y no es así en casos comunes de inducción, coautoría y complicidad, donde opera el llamado principio de imputación recíproca. Y es posible, mediante estas mismas técnicas y la tipificación concreta, atribuir a terceros responsabilidad por hechos voluntarios de otros, si se crean las condiciones para ello. Esto es lo que hacen las leyes locales, pródigas en castigar formas de creación de condiciones o fuentes de peligro para la comisión de delitos como delitos autónomos, superando, por la vía de la tipificación, las limitaciones de las teorías de la participación y la causalidad, por lo que no parece haber razones para no seguir estas vías en estos casos graves.

Y, finalmente, los problemas prácticos de llevar adelante procesos sobre hechos que abarcan diferentes territorios o respecto de los cuales sus responsables se encuentran en diferentes Estados, ya tienen unas reglas de solución bien asentadas en el llamado Derecho Internacional Penal, que deberíamos primero revisar en lo que sea aplicable y, en segundo término, si resultan insuficientes, quizás promover un acuerdo internacional que permita llenar las aparentes lagunas de jurisdicción, favoreciendo la cooperación internacional y eliminando los «paraísos jurisdiccionales». O sea que, otra vez, resulta que no estamos ante un desafío teórico, sino ante una decisión política, como todas las anteriores.

En resumen, y usando expresiones conocidas en este ámbito: la cuestión de hacer responsables a personas jurídicas (y, por ende, a trasnacionales) por violaciones a derechos humanos como las cometidas en la dictadura chilena de 1973-1989 no parece estar plagada, ni mucho menos, de objeciones teóricas

o problemas prácticos insolubles, sino únicamente de objeciones políticas. Superada esa barrera, la regulación concreta debería preocuparse de recoger, antes que discusiones o soluciones teóricas, las mejores prácticas de los países con experiencia centenaria en estas materias incluyendo las respuestas a los problemas materiales de implementación, esto es, de la previsión y obtención de los recursos mínimos necesarios para investigar y procesar con éxito esta clase de delitos.

En este aspecto, quisiéramos enfatizar una obviedad. El Derecho no es gratis ni está asegurado su cumplimiento solo por la existencia de reglas escritas en un código legal o empresarial. Tomarse en serio los derechos no significa solo tener acciones judiciales, sino (principalmente), proveer recursos materiales que permitan efectivamente la acción estatal en orden a prevenir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, tanto a nivel local como internacional. Eso supone recursos, o sea, dinero constante y sonante para financiar el personal, la tecnología, los medios de transporte, etc., necesarios para hacer realidad esta regulación. Y nos referimos a una importante cantidad de recursos. Si se quiere tener una respuesta real a la reducción de persecución de los delitos de cuello blanco en los Estados Unidos durante el siglo XXI, basta con revisar los presupuestos del Departamento de Justicia para descubrir que, tras los atentados de 2001, la inmensa mayoría de sus recursos se destinaron a la lucha antiterrorista, desmantelándose en la práctica la unidad de delitos empresariales. Como diría un expresidente chileno, si no empezamos a hacernos cargo de la implementación material y los recursos que para ellos se requiere, la discusión sobre futuras reglas a aplicar, «es música», pues, como ya lo aconsejara don Quijote a Sancho, no se deben dictar pragmáticas que no se esté dispuesto a hacer cumplir, no vaya ser que se les pierda el respeto y sean como el Madero, Rey de las Ranas, que tras el pavor causado por su caída en el estanque, poco a poco va perdiendo su autoridad, transformándose en un elemento del paisaje antes que un regulador de las conductas.

34. EL ROL CRIMINAL DE EMPRESAS EN LAS DICTADURAS CHILENA Y ARGENTINA, ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES PARA SU PERSECUCIÓN

Juan Pablo Delgado Díaz[*]
Universidad de Castilla-La Mancha

Como ya se ha sostenido en algunos trabajos de índole jurídica, histórica y e incluso económica resulta acertado indicar que tanto la dictadura chilena como argentina, sostuvieron parte de su andamiaje represivo en los hombros de personas que utilizando sus empresas colaboraron en el mantenimiento del régimen y, en otros escenarios, ayudaron concretamente a la perpetración de delitos contra la humanidad.

En el presente artículo se dará cuenta de acontecimientos históricos que hubiesen ameritado una investigación criminal y otros que de hecho tienen investigaciones en curso en torno a este fenómeno criminal tanto en Chile como en Argentina. Luego, se revisará la actual situación normativa que impide responsabilizar a personas jurídicas por crímenes internacionales en Chile para, por último, entregar una visión comparativa de ambas experiencias.

34.1 EMPRESAS COLABORADORAS DE LA DICTADURA CHILENA Y SU ROL EN CRÍMENES INTERNACIONALES

Con la apertura de procesos dirigidos directamente contra Augusto Pinochet Ugarte a mediados de 1998 [1], los tribunales en Chile tuvieron que empren-

[*] Abogado, Máster Derecho Penal Universidad Diego Portales (Chile), estudiante de doctorado de la Universidad de Castilla La Mancha (España). ORCID: https://orcid.org/0009-0003-9976-2418

[1] La causa Rol núm. 2182-1998 agrupaba toda querella nombrando a Pinochet, y con el tiempo tuvo que ser separado en cuadernos representando distintos episodios y víctimas. Pinochet fue procesado en

der por primera vez la tarea de imputar responsabilidad al dictador de manera directa, e iniciaron un camino de investigación de episodios múltiples de ejecuciones y desapariciones forzadas.

La vorágine de investigaciones que siguieron al hito descrito no tuvo precisamente una estructura, ni una línea clara de investigación buscando en una primera etapa aclarar de manera lo más fidedigna posible lo que había ocurrido con las personas víctimas de desaparición, de recabar todos los antecedentes posibles antes que los criterios jurídicos de amnistía o prescripción de la acción penal pudiesen operar y detener los juicios [2].

Es en ese contexto que las investigaciones se centraron en imputar responsabilidad a personas que tuvieron funciones en los distintos organismos represores del régimen, en caracterizar los recintos clandestinos de detención, y, finalmente se dejó de lado una atención especial por los civiles que colaboraron desde distintas posiciones al interior de la maquinaria de poder.

Dentro de estos civiles, hubo algunos que apartándose de su actividad comercial regular colaboraron de manera directa o mediata en delitos específicos, otros que facilitaron al régimen colaboración con actividades propias de su actividad comercial, y, por último, escenarios donde el régimen se valió de empresas para llevar a cabo sus tareas represivas [3].

Respecto del primer grupo de casos, vale destacar el papel de aquellos comerciantes a cargo de la dirección de empresas como la Compañía Sudamericana de Vapores (CSAV) [4] y Ricardo Claro, quienes colaboraron en la facilitación de dos buques mercantes pertenecientes a su dotación a la Armada de Chile en septiembre de 1973, en la región de Valparaíso.

---

varios de ellos hasta su muerte en el año 2006. Las causas motivaron los episodios denominados «Caravana de la Muerte», «Conferencia», «Operación Colombo», «Operación Cóndor», «Villa Grimaldi» entre otros.

[2] El fallo de la E. Corte Suprema Rol núm. 469-1998, de fecha 09 de septiembre de 1998, fuese señero en darle una interpretación distinta al decreto ley de Amnistía que se tradujo en reabrir el sumario de una causa que había sido amnistiada por la justicia militar. Estableció que antes de aplicar la amnistía era necesario agotar la investigación estableciéndose la identidad de los criminales. Declaró que la interpretación que la dictadura dio a través de su Decreto Ley núm. 5 al artículo 418 del Código de Justicia Militar, hizo aplicable los Convenios de Ginebra, obligando así al Estado chileno a sancionar a los responsables de crímenes cometidos bajo un estado de guerra, como infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de guerra.

[3] Hernández, Héctor, «*Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos. Los límites de un cruce*», capítulo del libro Responsabilidad Empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo, Valencia (Editorial Tirant lo Blanch), 2021, p. 123. El autor entrega luces del núcleo problemático de los casos de complicidad dependiendo del contexto del involucramiento de la empresa.

[4] Compañía Sud Americana de Vapores S. A. fue constituida por escritura pública otorgada el 4 de octubre de 1872 ante el Notario de Valparaíso, señor Julio César Escala. La autorización de existencia se concedió por Decreto Supremo núm. 2.347 de fecha 14 de octubre de 1872. Estos documentos se inscribieron a fojas 486 vta. núm. 147 y fojas 497 vta. núm. 148, respectivamente, del Registro de Comercio de Valparaíso con fecha 15 de octubre de 1872.

La CSAV se fundó en 1872 y es una sociedad anónima abierta, que hasta el año 2011 estuvo manejada por la familia Claro. Ricardo Claro Valdés (fallecido) fue su dueño y durante el régimen de Pinochet estuvo vinculado como asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores en materia económica.

Según lo reconoció el propio estado de Chile[5], por lo menos 700 personas fueron detenidas en el interior de sus buques, siendo objeto de interrogatorios bajo tormentos, trasladados desde otros centros clandestinos de detención de la ciudad de Valparaíso, y funcionando además como cárcel para decidir la suerte de los prisioneros dependiendo de la información que entregaban a sus captores.

Según se detalla en el testimonio de sobrevivientes[6] el buque mercante Lebu vino a reemplazar en el puerto de Valparaíso el 15 de septiembre de 1973 al buque Maipo que se dirigía hacia el norte al Campo de Prisioneros de Pisagua.

Dentro de la estructura del buque Lebu este contaba con cuatro bodegas. Según los testimonios las bodegas núm. 2 y núm. 3 fueron utilizadas para mantener a los detenidos. En algún momento en cada bodega hubo hasta 200 personas prisioneros. Tenían solo dos tarros a modo de baño y no había agua. Al interior del buque Maipo, los prisioneros eran recibidos con golpizas de pies, puños y culatazos, arrojados en las bodegas y los primeros días de la detención permanecieron privados de alimentos y agua.

Si bien este caso fue documentado por la Comisión Valech, no fue objeto de algún proceso destinado a responsabilizar directamente a los miembros del directorio de la CSAV. La persecución penal se centró más bien en los miembros del servicio de inteligencia de la Armada y quienes dirigieron los centros clandestinos de detención que operaron en distintos lugares de Valparaíso. Con el transcurso de estos procesos evidentemente que testigos que además fueron sobrevivientes de la prisión y tortura pudieron dar testimonio de los buques y detalles de quienes habían sido captores, interrogadores y analistas de los servicios del régimen.

---

[5] Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Informe Valech), Ministerio del Interior, 2005, p. 312 y siguientes.

[6] Informe, páginas 312 y 313. En donde se detalla lo siguiente: «Dentro de la estructura del buque Lebu este contaba con cuatro bodegas. Según los testimonios las bodegas 2 y 3 fueron utilizadas para mantener a los detenidos. En algún momento en cada bodega hubo hasta 200 personas prisioneras. Tenían solo dos tarros a modo de baño y no había agua.», «Aunque algunos presos fueron mantenidos en los camarotes, la gran mayoría permaneció en las bodegas, en condiciones de hacinamiento, insalubridad y falta de higiene. Los testimonios señalan que algunos detenidos fueron aislados y conducidos a una bodega especial de interrogatorios y torturas. Asimismo, fueron objeto de golpizas de pies y puños, con bastones y culatazos; colgamientos de las muñecas; aplicación de electricidad; amenazas constantes de muerte; simulacros de fusilamiento y obligados a presenciar torturas. Entre las mujeres detenidas se denunció, además, agresiones y violencia sexual.»

Otro escenario distinto registrado en el caso chileno donde hubo participación de entes empresariales estuvo dado por empresarios vinculados a la prensa escrita y televisión [7], que, en aparente ejercicio de sus actividades comerciales colaboraron en entregar información falsa respecto a crímenes que estaban perpetrando agentes del régimen militar, colaborando con las oficinas de inteligencia de las policías secretas [8] y previo al golpe de estado recibiendo financiamiento de la Central de Inteligencia (CIA) desde la administración del entonces presidente Richard Nixon para desestabilizar al gobierno del entonces presidente Salvador Allende [9].

Frente a estos hechos se presentaron acciones el año 2013 en contra del dueño y controlador del diario El Mercurio S. A. P., Agustín Edwards Eastman, que contó desde el inicio de la dictadura con la exclusiva posibilidad de continuar con su actividad comercial al mando del periódico más leído en aquel entonces. El régimen oficializó esta preferencia a través del Bando Militar núm. 15 permitiendo la emisión de este diario junto a la «*La Tercera de la hora*» a partir del 12 de septiembre de 1973.

La acción judicial buscó que se investigara su actividad como instigador del golpe de Estado ocurrido en septiembre de 1973, (delitos de sedición y del Código de Justicia Militar). Además, se promovió su enjuiciamiento como cómplice en el caso de «*Operación Colombo*» (119 víctimas) en el marco de constantes publicaciones en donde con anuencia de los aparatos de seguridad de la época sostuvo hechos falsos en torno a la ejecución y posterior desaparición de personas constitutivos de crímenes contra la humanidad. Finalmente, Edwards no sería imputado bajo ninguno de los cargos pretendidos y fallecería el año 2017.

---

[7] Caso de la familia Gallardo, Rol núm. 24.290-2016 Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de agosto de 2016, en donde se estableció que los canales de televisión «TVN» y «Canal 13», a través de los periodistas Julio López Blanco y Carlos Araya Silva había suministrador información a la policía política del régimen y además entregaron versión de enfrentamiento (de una matanza) a la opinión pública.

[8] Casos emblemáticos como Operación Colombo, Rol núm. 2182-1998, a raíz de 119 víctimas de desaparición forzada en donde los diferentes periódicos de propiedad de Edwards tuvieron portadas del estilo «Identificados 60 miristas ejecutados por sus propios camaradas» (El Mercurio), «Sangrienta pugna del Mir en el exterior» (Las Últimas Noticias) y el emblemático «Exterminados como ratones» *(La Segunda*), sugiriendo que estas víctimas habían sido asesinadas por su propios camaradas en Argentina, cuestión que ha quedado completamente revertida con las numerosas sentencias de la E. Corte Suprema de Chile que ha determinado la existencia de un montaje mediático para encubrir una operación de exterminio a niveles nunca vistos en la historia de Chile.

[9] Informe del Comité Selecto del Senado de los Estados Unidos para el Estudio de las Operaciones Gubernamentales Respecto a las Actividades de Inteligencia, 1975, Informe de fecha 14 de septiembre de 1970. (National Archives, Nixon Presidential Materials, NSC Files, Box 777, Country Files, Latin America, Chile 1970. Secret; Sensitive; Eyes Only. Drafted by Millian).

Un tercer escenario delictivo que involucra activamente a empresas en crímenes contra la humanidad en Chile tuvo lugar respecto a los casos de Pesquera Arauco S. A. y Pesquera Chile LTDA [10].

En estos casos se trataría de dos empresas filiales CORFO [11], que con ocasión del golpe militar de 1973, pasaron a ser administradas y dirigidas por la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), por lo que sus directorios fueron asumidos por miembros de las distintas ramas de la fuerzas armadas y civiles que actuaban a nombre de la dictadura, ocupando el rol de interventor el oficial de Ejército Mario Jara Seguel, quien a partir de 1974 sería el Jefe de la Brigada de Inteligencia Regional con sede en la localidad de Rocas de Santo Domingo y jurisdicción en la actual Quinta Región.

Dichas empresas habrían facilitado los medios para la comisión de delitos de secuestro calificado, así como en la posterior desaparición forzada de 85 víctimas del centro clandestino de torturas y exterminio ubicado en calle Londres núm. 38 en la comuna de Santiago, a través de vehículos con sistema de refrigeración que trasportaba a las víctimas y la utilización de sus instalaciones para la mantención de cadáveres. Se sospecha que estas camionetas cerradas en su parte posterior ayudaron en el trayecto que se realizaba entre el entonces denominado Cuartel Yucatán con la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes ubicado en la costa central de Chile.

A raíz de múltiples juicios denominados «*Londres núm. 38*», se determinó que aquel inmueble ubicado en pleno centro de Santiago operaba como centro clandestino de detención, torturas y ejecuciones funcionando tempranamente desde el año 1974 [12].

Una de las líneas de investigación en este proceso, pretende perseguir a los directivos de las empresas que no solo fueron civiles adeptos al régimen, sino que algunos de ellos eran militares que coparon parte importante de los puestos dirigenciales. En ese orden de cosas, y ante la inexistencia de una ley que fuese aplicable al caso conforme a responsabilizar a la persona jurídica [13], se ha preferido la hipótesis de una coautoría del artículo 15, núm. 3, del Códi-

[10] Proceso actualmente en tramitación bajo el episodio criminal denominado «Londres 38».

[11] La Corporación de Fomento de la Producción es un servicio público con la misión de impulsar la producción e industrialización de Chile especialmente tras el terremoto de la ciudad de Chillán en 1939.

[12] Por iniciativa de la organización «*Londres 38 Espacio de Memorias*» y su equipo de abogadas se inició una acción judicial el 03 de octubre de 2017 buscando la responsabilidad de los agentes de la DINA y de civiles que formaban parte del directorio de las empresas antes mencionadas.

[13] La Ley 20.393, entró en vigor en diciembre de 2009.

go Penal chileno [14] que habla de aquellos casos en donde concertados para su ejecución los sujetos activos colaboraron en el plan delictual facilitando los medios a su disposición.

Vale decir, que en este tipo de casos directamente se prefiere (por el momento), por una cuestión estructural de nuestro ordenamiento jurídico, que se persiga directamente la responsabilidad individual de los directivos por una cadena de hechos que apoyaron consistentemente y que derivaron en numerosas desapariciones forzadas.

Ahora, no obstante, lo anterior, y en el caso de los agentes de la DINA que eran a su vez directivos de la Pesquera Arauco S. A., estos contaban simultáneamente con mando superior en la estructura de poder de la policía secreta, lo que podría cuestionar que solo se les imputara una complicidad en atención a que existirían fuertes indicios de un conocimiento acabado del plan principal tendiente a la eliminación y desaparición de opositores. Y, la utilización de la empresa no fue más que una fachada para la actividad corriente del organismo militar que integraban.

34.2 LAS LIMITACIONES EN LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES PERPETRADOS POR EMPRESAS EN CHILE

Una simple revisión de la normativa chilena deja en evidencia que no se cuenta con una ley de responsabilidad de personas jurídicas que contemple en su articulado un catálogo de delitos abierto que permitiera la inclusión entre otros de aquellos crímenes internacionales denominados *Core crimes*.

El legislador prefirió, en su lugar, establecer un catálogo de *numerus clausus* de delitos que pudiesen ser susceptibles de imputación a las personas jurídicas [15]. Esta decisión en su momento fue discutida al interior de las comisiones legislativas puesto que se sostuvo, por parte relevante de la doctrina

[14] Para revisar la teoría del caso propuesta por las abogadas querellantes revisar: Fernández, Karinna/Garcés, Magdalena, «*Los casos de la Pesquera Arauco y Colonia Dignidad*», Capítulo 22 del Libro «Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza», LOM Ediciones, Santiago, 2019.

[15] La Ley 20.393 en su artículo 1.º, indica un catálogo de delitos que corresponden a Lavado de dinero (art. 27 de la Ley núm. 19.913, ley que crea la Unidad de Análisis Financiero), Financiamiento del terrorismo (art. 8.º de la Ley núm. 18.314, ley sobre conductas terroristas), Soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales artículo 250 del Código Penal como de funcionario público extranjero (art. 251 bis CP). Con fecha 17 de agosto de 2023 se modificó la Ley de Responsabilidad de Personas Jurídicas a través de la Ley núm. 21.595 que entre otras cuestiones relevantes amplía el catálogo de delitos por los cuales se puede responsabilizar a una persona jurídica. Se estima en cerca de 250 nuevos delitos.

nacional, que había delitos de mayor trascendencia relacionados con la actividad empresarial que no estarían incluidos [16].

Ahora bien, en cuanto a la actual persecución de crímenes de lesa humanidad, cometidos por empresas en el contexto provocado por el régimen dictatorial (1973-1990), esta ha sido promovida casi en exclusividad por las organizaciones de derechos humanos en un tiempo reciente. Como se sostuvo anteriormente en la introducción del problema de esta ponencia, los énfasis en el proceso de justicia transicional transcurrieron por otros caminos que no incluyeron en sus inicios ni a civiles ni a empresas [17].

Uno de los aspectos relevantes para caracterizar el actual periodo de persecución penal de los crímenes de la dictadura en Chile radica en que el proceso penal que actualmente se lleva a cabo es de corte inquisitivo afianzado en el histórico procedimiento que tenía a un juez instructor que investigaba y fallaba al mismo tiempo [18]. Así mismo, el periodo investigado también restringe el estatuto legal aplicable (ya sabemos que la ley 20.393 no sería de ayuda) desde el punto de vista sustantivo, y en particular respecto de los criterios de imputación que se encuentran en la ley penal chilena.

Sin perjuicio de lo antes dicho y ante la evidencia del tipo de casos que comprendieron el escenario de colaboración de empresas en el régimen chileno, resulta conveniente indicar que, con la sola aplicación de criterios de imputación clásicos, es posible imputar responsabilidad a quienes participaron desde las empresas. Esto en la medida que la totalidad de los casos que por el momento fueron expuestos, cumplen con elementos de participación residual a modo de complicidad o de colaboración funcional al hecho.

Los esfuerzos de argumentación frente a este tipo de criminalidad organizada a gran escala han ido por la vía de utilizar las figuras clásicas de imputación como lo es la coautoría y la autoría mediata por dominio de la organización [19]. Desde esa perspectiva cabe preguntarse por cual o cuales serían los

---

[16] Indispensable para comprender la instalación de esta ley en nuestro medio Hernández, Héctor, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Polít. crim*., vol. 5, núm. 9 (julio 2010), Artículo 5, p. 207-236. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf

[17] Para conocer acerca de los avances a cuarenta años del golpe de estado revisar: Collins/Delgado/González/Hau/ Hernández/Fernández, «Verdad, Justicia y Memoria por violaciones a los Derechos Humanos en dictadura. A 40 años del Golpe Militar», en el *Informe Anual de Derechos Humanos,* 2013, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 29 y siguientes.

[18] Por cuestiones de relevancia actualmente se lleva por ministros de las Cortes de Apelaciones de todo Chile en primera instancia.

[19] Roxin, Claus, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA, 6.ª edición, 1994, pp. 193 ss; Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª edición, Berlín (Ediciones Walter de Gruyter), 2006, pp. 736 ss.; Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá (Editorial Universidad Externado de Co-

criterios para responsabilizar a los directivos de empresas ante la ausencia de una ley que habilite responsabilizar personas jurídicas de manera directa.

Una respuesta posible sería la de echar mano a instituciones jurídicas conocidas, tanto en sus límites como criterios. No resulta sencillo, como advierte parte de la doctrina [20], que supuestos fácticos donde tengamos directivos de empresas permitiendo la ocurrencia de graves crímenes, facilitando los medios de perpetración y valiéndose de actuaciones de subordinados puedan encasillarse en hipótesis de autoría funcional, autoría mediata o incluso coautoría mediata [21].

Aun reconociendo situaciones en donde se podría plantear la aplicación de una autoría mediata por dominio de la organización, su rendimiento, a modo comparado en la Corte Penal Internacional (CPI), por citar un ejemplo, es marginal puesto que solo ha aplicado en casos que no se vinculan con criminalidad empresarial y se han circunscrito a episodios de crímenes de guerra [22], cambiando con ello, una reiterada jurisprudencia internacional radicada en los tribunales *ad hoc* de la ex-Yugoslavia y Ruanda que se inclinaron por una concepción unitaria de autor avalando la denominada *joint criminal Enterprise* [23].

Esta última doctrina de la empresa criminal conjunta adoptada por los jueces del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia [24], y, al parecer alejada de las decisiones de la CPI, permite al tribunal evaluar la responsabili-

---

lombia), 1998, pp. 14 ss.; Jescheck, Hans/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª Edición, Granada (Editorial Comares), 2003, p. 722; para seguir análisis de lo ocurrido en «Operación Cóndor» con los juicios en Italia y Argentina véase Fronza, Emanuela/Eiroa, Pablo, «Los Procesos en Italia y Argentina contra el «Plan Cóndor»: una reflexión sobre modelos de imputación de crímenes internacionales», *Revista de Derecho penal y criminología,* 3.ª Época, núm. 27, 2022, p. 263-297; Delgado, Juan Pablo, «¿Aborda la jurisprudencia chilena una construcción de autoría mediata por dominio de voluntad en aparato organizado de poder en causas por violaciones a los derechos humanos?», *Perspectiva Penal Actual,* núm. 4-2016, pp. 68-119.

[20] Nieto, Adán, «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos» (*InDret*), 2020, pp. 143-146; Ambos, Kai, *Derecho Penal Internacional Económico, fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas* (Civitas), 2018, pp. 104 ss; Werle, Gerhard/Burghardt, Boris, «Coautoría mediata ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, *Revista Penal México,* núm. 28, 2011, pp. 130 ss.; Gil Gil, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Segunda Edición (Editorial Dykinson), 2019, pp. 233 ss; revisando la situación de las empresas de Países Bajos véase Cupido/Hornman/Huisman, *Individual Liability for Business Involvement in International Crimes*, Association International de Droit Penal, 2017.

[21] Werle/Burdhard, 2011, p. 132. Los autores realizan un balance de lo que ocurre en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional con respecto a los casos Katanga y Ngudjolo Chu y la denominada «*Indirect co-perpetration*».

[22] Véase por ejemplo la señera decisión utilizando la teoría del dominio del hecho o «*control over the crime*» en ICC-01/04-01/ 06-803-tEN (Lubanga Confirmation Decision) párrafo 317.

[23] Nerlich, Volker, «The International Criminal Court and Substantive Criminal Law: Progressive Development or Cautious Reluctance?», Chapeter 9, en Werle, Gerhard/Zimmermann, Andreas (Editores), *The International Criminal Court in Turbulent Times* (Springer), 2019, pp. 150 ss.

[24] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Tadić, Sentencing Judgement, Trial Chamber, Case núm. IT-94-1-T, 14 de julio de 1997.

dad de los miembros de una entidad colectiva responsable de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, aunque no existan pruebas de que los individuos concretos participen físicamente en los crímenes. No se requiere que los miembros pertenezcan a una organización militar, administrativa o política, sino que decidan libremente cometer un crimen con un plan común.

Todas las formas de empresa criminal conjunta comparten los mismos elementos materiales, a saber, una pluralidad de personas que participan en el plan criminal, la existencia de un propósito común que equivale o implica la comisión de un delito, y la participación de los acusados en el propósito común. Sin embargo, las tres formas tienen distintas maneras de expresar el elemento subjetivo [25].

Debido a lo anterior, es que las actuaciones de personas jurídicas en el contexto de la represión de la dictadura en Chile deban analizarse bajo un modelo de atribución de participación penal [26]. En donde, ante la inexistencia de una herramienta legislativa vigente que se adecúe a los nuevos tiempos se debe preferir acudir a los criterios clásicos de atribución puesto que nuestra realidad fraguó, desde mi opinión, casos no problemáticos desde el punto de vista de la posible responsabilidad de personas jurídicas.

Los episodios que actualmente siguen su curso judicial no poseen por ahora, un pronunciamiento de parte de los tribunales. Sin embargo, el caso de las empresas pesqueras (Arauco SA) que ya fueron caracterizados anteriormente en esta presentación tendrá en un futuro próximo que enfrentarse a la decisión de adoptar un criterio de atribución de participación, optando por incriminar a modo de autores o de partícipes a quienes integraron esos directorios.

Resultará decidor, evidentemente, cuáles serán los hechos probados respecto de quienes dirigían aquellas empresas, que como se advirtió, eran a su vez oficiales de las fuerzas armadas que pertenecían a la DINA. Aquello, a priori, podría suponer que este sería un caso más cercano a una autoría directa o conjunta, en la medida de que estas empresas habrían facilitado medios, probablemente concertados para esos efectos con recintos clandestinos de detención que precisamente eran utilizados por la policía secreta del régimen. Otra será la discusión respecto al resto del directorio (civiles) a quienes se les tendrá que investigar con mayor detenimiento para revisar su nombramiento, si efectivamente realizaron funciones coherentes con el rubro «regular» de las empresas, o si, por el contrario, colaboraron con su presencia en integrar una estructura «fachada»

[25] Danner/Martinez, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law», *California Law Review,* volumen núm. 93, 2005, p. 23.

[26] Ambos, 2018, p. 82.

que se encargó simplemente de reprimir, o incluso, aportaron funcionalmente a que se entregaran los aportes logísticos para hacer desaparecer personas.

Con los antecedentes disponibles hasta el momento no cabe la denominada coautoría mediata, toda vez que es bastante discutible la existencia de un acuerdo, o de una actuación en conjunto de un órgano colegiado al interior del directorio de la empresa. Más bien lo que resulta cercano a la realidad es la existencia de una empresa que facilitaba los vehículos necesarios para la operación represiva y los agentes de la DINA vinculados con los hechos ocuparon cargos directivos con un propósito directivo y de control. En ese escenario la relación con las desapariciones sería más expedita para un caso de autoría mediata siempre que se develara el verdadero sentido de la existencia de Pesquera Arauco S. A. y la estructura jerarquizada disimulada bajo la fachada de una empresa.

Otro camino que se intenta en la persecución penal de estos casos se encuentra radicado en la utilización de la asociación ilícita como delito imputable a este tipo de organizaciones [27]. Ya se advierte, que esta estrategia persigue atacar penalmente a los integrantes de este plan organizado para perpetrar desapariciones forzadas, en directa vinculación a la estructura no sólo de la DINA, sino que más bien al grupo formado por los exagentes y los directivos civiles. En ese sentido sería necesario acreditar que este grupo de personas se reunía para la consecución de un propósito común, con un grado de jerarquización y cierta permanencia en el tiempo, sin perjuicio de lo que se pueda afirmar en torno a si existía congruencia entre los propósitos de los directivos civiles y los militares [28].

La Corte Suprema chilena ha configurado la existencia del delito en cuestión en la medida que ha podido probar los elementos previamente reseñados vinculados a permanencia en el tiempo, con cierto orden de jerarquías y con un horizonte criminal común y conocido por sus integrantes. Pese a que de distintas maneras y en diferentes sucesos criminales, la Suprema ha condenado a funcionarios de las policías secretas por este delito, se ha preocupado de no decidir en ninguno de estos casos de manera general, que la DINA o su sucesora sean asociaciones ilícitas en sí mismas. Así lo señaló, por ejemplo, en el caso del asesinato del exgeneral Carlos Prats y su señora Sofía Cuthbert en donde afirmó que solo una parte de los grupos que integraban la DINA, como fue en este caso el «Departamento Exterior» de la misma, fue el que se constituyó al margen de lo que establecía el correcto funcionamiento del Ejército de

[27] Artículos 291 y 294 del Código Penal chileno.

[28] Existen decisiones de la Corte Suprema chilena en donde ha condenado por asociación ilícita a miembros de los servicios de inteligencia del régimen militar en los casos de Eugenio Berrios, Luis Arias Pino, Carlos Prats y su señora Sofía Cuthbert por mencionar algunos.

Chile e inclusive de la misma DINA asesinando en un atentado explosivo a estas dos personas en Buenos Aires. Así lo señala en una parte de esa sentencia:

> «Resulta demostrado para estos fines procesales que en la República Argentina operaron miembros de una asociación ilícita que formaron parte de la Dirección de Inteligencia Nacional (D. I. N. A) creada formalmente en el mes de junio de 1.974, que ya había operado de hecho desde fines de 1.973, cuya autoridad máxima era su director Juan Manuel Contreras Sepúlveda, la cual poseía una amplia estructura operativa de carácter clandestina, con una cadena de mando jerarquizada, pero compartimentada en sus operaciones, organización que de manera ilegítima planeó la eliminación física del General Prats porque resultaba peligroso según su visión para la permanencia del Gobierno Militar en Chile.» [29]

Estas reiteradas decisiones sobre la materia [30] dejan entrever a mi juicio, por una parte, un relativo respaldo a la legalidad formal que suponía la existencia de agencias de inteligencia formuladas en decretos leyes, que de por sí constituyen una forma de producción normativa anómala, propia de regímenes apartados de la ley. Y, por contrapartida, en algunos pasajes de decisiones de la Suprema se realiza una apreciación de las circunstancias excepcionales que rodearon el funcionamiento de estas estructuras en donde el tribunal afirma con vehemencia que la DINA era una asociación de carácter clandestina en un contexto de graves y masivas violaciones a los derechos humanos.

En nuestro caso, con respecto a las empresas facilitadoras de los medios para hacer desaparecer opositores, probablemente la jurisprudencia seguiría la misma senda, por lo cual habría que adecuar la estrategia del caso en orden a entregar un relato consistente en caracterizar el modo de operar de la empresa Arauco, que ciertamente quería tener apariencia de legalidad, con distribución de tareas, permanencia determinada en el tiempo y, con un plan delictual más o menos específico que debería ser puesto en ejecución por los agentes que manipulaban los cuerpos, dirigían las operaciones de los vehículos, conducían y finalmente entregaban a alguna unidad ubicada en la costa para decidir el destino final de estas personas.

Esta estrategia no sería algo novedoso en la persecución de crímenes internacionales, ya en los juicios del Tribunal Militar de Nuremberg la estrategia de los fiscales y, en particular, del Departamento de Guerra de los Estados Unidos fue intentar que los Aliados acusaran formalmente a las principales

[29] Fallo E. Corte Suprema, rol núm. 2908-2002, autos sobre Apelación en Extradición Pasiva, c/Augusto Pinochet Ugarte y otros, de fecha 2 de diciembre de 2002.

[30] Fallos E. Corte Suprema roles núm. 5576-2007, de fecha 07 de agosto de 2007, rol núm. 2747-2009 de fecha 11 de marzo de 2010, rol núm. 7712-2008 de fecha 15 de marzo de 2010, rol núm. 737-2011 de fecha 23 de noviembre de 2012.

organizaciones nazis para efectos de hacer más eficiente la persecución penal de sus integrantes.

Esta fue la postura que prevaleció en la persecución penal de las siete organizaciones que fueron acusadas, y se buscó, no sin contratiempos (cuatro fueron absueltas) que la carga probatoria disminuyera una vez que se probara de manera general el carácter delictivo de agencias como la GESTAPO dependientes de la Oficina Central de Seguridad del Reich, las SS o Escuadrón de Protección y los Cuerpos de Liderazgo del partido Nacionalsocialista para que en los subsecuentes juicios los millones de miembros de estas agencias pudiesen enfrentar cargos por lo que se denominó en su minuto organización criminal [31].

Sin perjuicio de lo anterior ante la falta de definición de lo que se entendería por asociación criminal en el estatuto del Tribunal de Nuremberg, los jueces adoptaron un criterio restrictivo considerando que la fiscalía debía probar en cada caso en los venideros juicios que los imputados conocían del plan y adhirieron de manera voluntaria a la organización.

En síntesis, las alternativas planteadas para la persecución de crímenes internacionales por estructuras empresariales en Chile, posee problemas desde el punto de vista del estatuto legal aplicable, en la medida que no existe una apertura a delitos de esta especie, que, acudiendo a las formas de imputación reconocidas por los tribunales penales internaciones estas no escapan de las críticas sustanciales a sus requisitos resultando cuestionable su aplicación en nuestro ordenamiento sin tener una base legal a la cual acudir.

Por otra parte, si reducimos el ámbito de la aplicación en las figuras más conocidas por nuestra tradición jurídica (europea continental) encontraremos también las clásicas críticas a su aplicación en el contexto de pluralidad de autores, sin perjuicio que a mi juicio la manera más convincente desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho sea utilizar alguna de estas. Lo anterior, es sin perjuicio de que a futuro la ley de responsabilidad de personas jurídicas amplíe el catálogo de delitos contemplados en su rango de aplicación.

34.3 LAS EMPRESAS VINCULADAS CON LA DICTADURA ARGENTINA

Caracterizar la intervención de las empresas en los crímenes cometidos por la dictadura argentina no puede estar exenta de dos comentarios. El primero, que alude a una cuestión cuantitativa, en donde resulta sorprendente el número

[31] Danner/Martinez, 2005, pp. 31-32.

de empresas de toda envergadura vinculadas a la represión a lo largo de todo el territorio. En segundo término, la estrecha vinculación ideológica de aquellas sociedades con el régimen que se vio materializado tanto en documentos oficiales como en la participación directa en crímenes a partir del año 1976 [32].

Con respecto al primero de los aspectos, una revisión del tipo de casos que se dieron en el régimen trasandino resulta interesante para entregar al lector una panorámica completa de lo que ocurrió con parte importante del mundo empresarial argentino a principios de la década de los setenta. En aquella época la industria argentina de la caña de azúcar, producción de cerámica y manufactura de vehículos tenía una dimensión tremenda en comparación a lo que ocurría en la mayor parte de los países del cono sur. Empresas como Mercedes Benz, Ford y las gigantes de la soya y caña de azúcar tenían a su haber decenas de miles de trabajadores fuertemente sindicalizados a lo largo de todo el país.

Es en este escenario donde al producirse el golpe de Estado de marzo de 1976 las fuerzas armadas tomaron el poder que hasta entonces ostentaba la presidenta María Estela Martínez y se siguió una política generalizada de persecución de sindicalistas, izquierdistas, estudiantes y movimientos políticos.

Una diferencia marcada con el caso chileno viene dada, en mi opinión, por la abierta colaboración de parte del empresariado con el régimen autoritario argentino. Esto, tanto en el sentido estrictamente jurídico del término, como también de otras actividades de índole social y económica que moldearon la relación del régimen con este sector de la industria. Uno de los antecedentes edificantes de la visión que tenía la dictadura de Rafael Videla fue que desde muy temprano tuvieron un plan de acción vinculado con el control de los sindicatos, la continuidad del sector industrial, y el papel relevante que tendrían los empresarios para efectos de construir lo que denominaron el Proceso de Reorganización Nacional [33].

De la revisión de diferentes episodios en donde hubo participación de directivos de empresas en la comisión de crímenes tales como secuestros y tormentos, se aprecia una marcada tendencia a situarlos en dos grandes grupos.

El primero de ellos donde se encuentran la mayoría de las hipótesis de participación en calidad de copartícipes puesto que concertados y efectuando labores directas en el plan criminal aportaron ya sea en calidad de cómplices o de coautores en los crímenes. Aquí, evidentemente se difumina, o más bien, se diluye cualquier tipo de problemática en torno a si la empresa y directorio

[32] Informe del Ministerio de Justicia y Derechos humanos: «Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad», 2015, editado por el Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la República Argentina.

[33] Directiva Militar núm. 504/77 de fecha 20/04/1977.

debiese haber sido imputado puesto que son casos en donde hubo directa entrega de nóminas de trabajadores, domicilios, redes familiares e incluso en algunos casos descripciones de afiliación política, además del concierto previo entre los directivos y los militares [34].

Un segundo grupo de casos, que aparentemente serían de aquellos problemáticos desde el punto de vista de la responsabilidad de los directivos de la empresa está radicado en las actuaciones de las filiales de Mercedes Benz y Ford [35].

Aquí, en concreto, hubo según el relato de una fuente oficial como es el informe del Ministerio de Justicia argentino, una veintena de personas que fueron víctimas de secuestros agravados siendo trabajadores de Mercedes Benz (filial de la matriz Daimler Benz AG que se encontraba en Stuttgart, Alemania) [36]. Sin perjuicio de la existencia de procesos penales abiertos a la fecha, cabe consignar que de los hechos que se lograron recoger en el informe ya citado, llama la atención que solo dos desapariciones se llevaron a cabo desde el interior de la empresa, el resto de las detenciones fueron desde los domicilios de los trabajadores con información entregada en principio por los directivos de esta. Aquella entrega de información sería la única manifestación de actividad desplegada por miembros del directorio de Mercedes Benz que habría terminado en el año 1977 con las desapariciones de 11 trabajadores coincidentes con encuentros entre los empresarios y miembros de los ministerios del régimen [37].

En la actualidad es necesario destacar las recientes decisiones en torno a la responsabilidad penal de Juan Ronaldo Tasselkraut quien a mediados de los setenta fue el gerente de producción de la empresa alemana.

---

[34] En este grupo de casos están por mencionar algunas empresas: El Ingenio Concepción Sociedad Ltda. (empresa manufactura de caña de azúcar), Tucumán; «La Fronterita», Sociedad comercial e industrial José Minetti y Cía Ltda. (empresa manufactura de caña de azúcar), Tucumán; Ledesma Sociedad Anónima Agrícola Industrial (SAAI), (empresa agrícola vinculada a la fruta y la soya), Jujuy; Compañía Minera Aguilar S. A., (empresa extraía plomo, plata y zinc), Jujuy; La veloz del norte Cía., (empresa de transportes), Salta; ACINDAR Industria argentina de Aceros SRL, Capital Federal Buenos Aires, (empresa acerera). «Dalmine Siderca», Capital Federal Buenos Aires, (empresa acerera); GRAFA y GRAFANOR, (industria textil), Capital Federal Buenos Aires; Astilleros ASTARSA y MESTRINA. Zona norte de Buenos Aires; LOZADUR y CATTANEO S. LMTDA. (industria cerámica), Capital Federal Buenos Aires.

[35] Basualdo, V./Ojea, T./Varsky, C., «*The cases of Ford and Mercedes Benz», «The Economic Accomplices to the Argentine Dictatorship outstanding debts»,* Primera Edición, New York (Cambridge University Press), 2016, p. 159.

[36] Mercedes Benz a raíz de una investigación penal en Alemania que tuvo repercusión en Argentina encomendó el denominado «*Informe Tomuschat*». La empresa decidió impulsar la creación de una comisión de investigación con el objetivo de determinar las responsabilidades que les habrían cabido a los ejecutivos de la firma, en la desaparición de un grupo de sindicalistas de la filial de la Mercedes Benz en la Argentina, durante el transcurso de los años 1976 y 1977. La mencionada Comisión estará presidida por el jurista alemán Christian Tomuschat, quien detentará la responsabilidad de averiguar la presunta colaboración de la empresa con el gobierno de facto en la violación de los derechos humanos.

[37] Informe del Ministerio de Justicia y derechos humanos, p. 518.

La justicia argentina, a través de la investigación criminal impulsada por los familiares de los sindicalistas desaparecidos, ha decidido, por ahora, que solo se continuará con los cargos en contra de este directivo respecto de dos desapariciones [38] y sobreseído del resto de cargos en la medida que se ha tenido en consideración su participación en calidad de partícipe necesario en el secuestro de Héctor Ratto y Diego Núñez.

Por otra parte, se ha logrado determinar en esta etapa preliminar de formulación de cargos que Tasselkraut habría participado directamente en la detención del trabajador de apellido Ratto, quien fue tomado por la fuerza desde la propia oficina del gerente por parte de funcionarios de la dictadura, además que su testimonio aportó otro elemento clave al indicar que las detenciones se realizaron días posteriores a sostener reuniones con directivos de la empresa en búsqueda de soluciones a problemas laborales.

En ese sentido, según los antecedentes preliminares expuestos en contra de este directivo, resulta evidente que existía cierta cercanía entre quienes dirigían las operaciones de la filial de Mercedes Benz en Argentina con los militares que desplegaban un plan criminal generalizado, no obstante que aquella simpatía en el contexto del desarrollo de su actividad empresarial carece en abstracto de cualquier significación desde el punto de vista de la imputación de algún delito, lo cierto es que lo realmente relevante es si la colaboración directa en este tipo de crímenes masivos (como los de lesa humanidad) de sindicar características propias de una persona que coinciden con el patrón de persecución del régimen alcanzan el nivel de una participación residual en las condiciones que se estaba dando en aquella época el control de la población trabajadora sindicalizada.

De la revisión de las decisiones que por ahora existen, son escasos los casos donde se ha podido vincular a estos directivos con todas las detenciones ocurridas en perjuicio de sus trabajadores. Este fenómeno pareciera tener asidero en la medida que los tipos de aportes realizados por parte de estos imputados, que a la época de los hechos controlaban empresas como Mercedes Benz, no tenían diferencia con aquellos empresarios que colaboraron activamente en suministrar logística para efectos de que se cometieran crímenes como los que se han comentado. En ese sentido el caso de Mercedes Benz filial no presentaría un escenario conflictivo en realidad desde el punto de vista de la responsabilidad de la persona jurídica, sino más bien, se trataría de supuestos de participación a título de cómplice del acusado antes mencionado.

[38] La Cámara Federal de San Martín revoca la decisión de primera instancia y decide por una parte mantener el sobreseimiento por falta de antecedentes en unos casos, y, en solo dos someter a proceso al directivo en la medida que citó a su oficina a una de las víctimas a sabiendas que lo buscaban militares de inteligencia que se encontraban en el lugar.

Por último, un caso que ha tenido decisión de la Corte Suprema argentina recientemente es el de los directivos de la empresa Ford Motors SCA que condenó en calidad de partícipes necesarios al jefe de seguridad y al gerente de manufactura, Héctor Jesús Sibilla y Pedro Müller respectivamente por su responsabilidad en secuestros agravados y desapariciones de algunos de sus empleados [39].

Llama la atención el exordio que realiza en la Sala Penal para caracterizar el contexto en que se realizaron los aportes criminales de los directivos de la firma sosteniendo que:

> «Existió una relación estratégica entre militares y un sector del empresariado, ya que ambos tenían intereses comunes: garantizar la normalización de las relaciones laborales, y la profunda modificación del proceso económico y social" (con apoyo en la sentencia del juicio conocido como "Plan Cóndor" dictada el 9/8/2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 1 de esta ciudad).»
>
> «En particular, destacaron la aprobación de la normativa que cercenó derechos laborales y sindicales y, bajo ese esquema, se dio por acreditado que: "[l]os documentos fundacionales del golpe de Estado exponían ya tanto su entramado económico como la incidencia que en la pretendida configuración social tenía la clase obrera organizada sindicalmente". Sumado a ello, en la sentencia se afirmó que: "existió una relación estratégica entre militares y un sector del empresariado, en la que convergieron intereses comunes consistentes en garantizar la normalización de las relaciones laborales y una profunda modificación del proceso económico y social.»
>
> «En el mismo sentido, se señaló que la firma Ford Argentina ocupó un lugar relevante dentro del esquema diseñado, no solo por el comportamiento y dichos de su presidente, Nicolás Courard, ante medios nacionales e internacionales, respecto del "desafío" afrontado a partir del año 1976 y el apoyo "al Proceso de Reorganización Nacional como vehículo para que el país se reencuentre con su verdadero camino", sino por haber evidenciado –luego de una grave crisis económica en aquel sector– un sensible incremento en su producción y relevancia empresarial a nivel nacional durante aquellos años, a través de la persecución y represión impuesta a sus trabajadores. Ciertamente –y en continuidad con la estructura del pronunciamiento– sabido es que la dictadura cívico-militar impulsó la reestructuración de todo el orden social. Para ello, el asalto predatorio a la economía imponía un nuevo patrón de acumulación y la subordinación estatal a esa matriz de saqueo: monetarismo financiero, endeudamiento externo y fuga, a

[39] Fallo Corte Suprema de Justicia argentina, rol núm. 1589-2021 de fecha 29 de septiembre de 2021, caratulado «Müller Pedro y otros», se condenó a los imputados como partícipes necesarios de una decena de secuestros que culminaron con penas de 10 y 12 años de presidio efectivo. Como se indicó en el fallo: «las 24 víctimas cuyos casos se ventilaron en el juicio eran, a la época de los hechos, trabajadores en la empresa Ford Motor Argentina […], y que sus ilegítimas detenciones obedecieron a un denominador común que se vinculó a su participación en actividades gremiales». En particular, se especificó que: «del total de hechos investigados, 22 ocurrieron en el lapso de un mes que va desde el mismo 24 de marzo de 1976 al 21 de abril de ese año, que 17 víctimas fueron aprendidas en el interior de la fábrica, durante su jornada de trabajo, y que la mayoría de ellas compartieron cautiverio en comisarías y/o en unidades del Servicio Penitenciario Federal o bonaerense».

> la par de la sustitución de importaciones mediante el hundimiento de la industria, con las consecuentes concentración, extranjerización y dolarización, todo ello violatorio del derecho humano al desarrollo.» [40]

Agregó la sentencia que el núcleo fáctico de la imputación a estas personas fue el siguiente: «resulta fuera de toda lógica concluir que la entrega a las fuerzas de seguridad y menos aún en el contexto de un golpe de estado cívico-militar, de credenciales y legajos de los trabajadores y la existencia de listas con los nombres de los trabajadores a detener […], pueda ser considerado un aporte banal o cotidiano y por ello impune en el contexto de sentido delictivo ya descripto».

En otro apartado haciendo suya las consideraciones del tribunal de instancia la Suprema sostuvo que:

> «señal[ó] a los obreros conflictivos, [se] permitió la instalación militar en la fábrica, que se monte allí y a plena vista de todos un centro clandestino en el quincho, [se] dio a los militares camionetas y otros elementos de logística para que dentro de la fábrica realicen los secuestros de sus empleados, [se] amenazó a los obreros ante cualquier atisbo de reivindicación laboral y [se] aumentó de tal forma con todos esos aditamentos, los niveles de exigencia y explotación.»
>
> «Así, puede concluirse que la firma y sus altos directivos no solo conocían y colaboraban con las fuerzas ejecutoras del terrorismo estatal, sino que realizaron un aporte activo, directo y coordinado con el propósito de lograr una política de disciplinamiento que favoreciera los niveles de producción. En ese orden, indicaron las víctimas que pusieron a disposición un sector donde funcionó el centro clandestino de detención dentro de la propia planta y facilitaron insumos, espacios y camionetas de la misma empresa para el traslado de las víctimas –atadas y encapuchadas– desde sus domicilios hacia sus instalaciones u otros centros de detención, además de suministrar unidades sin patentamiento y documentación pertinente de los vehículos automotores modelo Falcon de la marca, ícono en el accionar represivo clandestino de la última dictadura cívico-militar.
>
> En ese contexto, el tribunal de juicio reconstruyó la responsabilidad penal del acusado Müller, quien en ese entonces se desempeñaba como gerente de manufactura de la empresa Ford Argentina. Se acreditó en el instrumento sentencial que el incluso realizó aportes no solo en favor al plan comercial de la compañía –que generaron beneficios societarios y también personales de reconocimiento de status jerárquico dentro del organigrama que aportó su propia defensa– sino que, en lo que aquí resulta relevante, también colaboró al plan de persecución y erradicación de aquellos trabajadores organizados que, en búsqueda del reconocimiento de sus derechos como empleados fabriles en sus distintas posiciones, se encontraban sindicalizados.»

[40] Páginas 78 y 79 del fallo.

En este entendido cabe comentar que el flujo de argumentos respecto a la participación de Pedro Müller adquirió mayor protagonismo en el fallo en la medida que el caso de Sibilla (jefe de seguridad de la planta) se resolvió, desde mi opinión, de manera más expedita desde una perspectiva probatoria y del aporte que realizó concretamente. Esto, en la medida que como jefe de seguridad de la planta donde estaba montado el centro de detención e interrogatorios estaba bajo su inmediata disposición y control. Además, se deja claro que el imputado tenía claridad respecto del plan de detener a los trabajadores opositores con las consecuencias delictuales que de ellas derivarían.

Ahora bien, como se desprende de la cita de la sentencia queda más claro que 1.º los encausados aportaron información personal de trabajadores de su empresa, 2.º permitieron la utilización de dependencias al interior de la fábrica para que las fuerzas militares tuviesen un campamento de interrogatorio y torturas (famoso «quincho»), y, por último, 3.º que al menos Müller tenía que conocer de los inconvenientes que estaba suponiendo enfrentarse a los sindicalistas por sus peticiones laborales [41].

La calificación jurídica realizada por el máximo tribunal argentino fue la de partícipe necesario en los secuestros agravados de las víctimas, además de que se dio en el contexto de crímenes contra la humanidad, planteando la cuestión en el voto de mayoría de si estábamos ante aquellas acciones denominadas por la doctrina como actos neutrales [42].

Así, a lo largo del considerando decimoctavo se recurre a una serie de citas para efectos de ilustrar acerca de lo relevante que implicaba sancionar a las empresas que se vincularan de alguna manera con regímenes que cometían delitos a gran escala. No obstante, lo cual, los sentenciadores dejan en claro que la responsabilidad que se persigue en concreto es la de Müller y no la de la empresa Ford [43].

Adicional a lo anterior, resulta algo intrincada la argumentación acerca de una complicidad por actos no neutrales en la medida que, como se advierte en los hechos probados por el tribunal, la actividad desplegada por Müller como gerente de manufactura en realidad consistiría en la facilitación de medios idóneos para efectos de reprimir a un grupo de trabajadores que estaban fuertemente vinculados con el mundo sindical. Como lo ha explicado certeramente, en mi opinión, buena parte de la doctrina los casos problemáticos en

[41] Fallo Corte Suprema de Justicia argentina, rol núm. 1589-2021 de fecha 29 de septiembre de 2021, caratulado «Müller Pedro y otros», pp. 92 ss.

[42] Ambos, 2018, p. 90.

[43] Fallo Corte Suprema de Justicia argentina, rol núm. 1589-2021 de fecha 29 de septiembre de 2021, caratulado «Müller Pedro y otros», pp. 93 y 94.

sede de complicidad vienen dados en gran medida por la poca delimitación que se ha hecho de la faz objetiva de esta forma residual de participación en el Derecho Penal Internacional y de situaciones donde la actividad de la empresa se refiere a intercambio de bienes o servicios más o menos rutinarios [44]. La respuesta a la pregunta, de si cualquier aporte comercial realizado por parte de una empresa a la perpetración de crímenes internacionales es siempre punible tiene una respuesta negativa en principio. Para ese tipo de casos tendríamos que recurrir, por ahora, a algunos criterios que pueden en principio delimitar el ámbito de punibilidad como los de «sentido delictivo», «proximidad» y el de «esencialidad» fundamentalmente [45].

Debe recordarse que dentro de los hechos probados del juicio se encuentra que las víctimas pasaron por una suerte de centro clandestino de detención y torturas que estaba ubicado al interior de la planta de Ford. Aquello, además de la facilitación de las fichas personales de los trabajadores a los miembros de las fuerzas armadas. Por eso a mi entender resulta algo sobre argumentada la responsabilidad de Müller acudiendo a resolver un ámbito que no tocaba la problemática de si su aporte había sido esencial y carente de sentido delictivo como partícipe de los hechos.

La Corte argentina acude precisamente a este criterio de sentido delictivo de las actuaciones del directivo de Ford, así lo expresa cuando sostiene [46]:

> «(…) resulta fuera de toda lógica concluir que la entrega a las fuerzas de seguridad y menos aún en el contexto de un golpe de estado cívico-militar, de credenciales y legajos de los trabajadores y la existencia de listas con los nombres de los trabajadores a detener […], pueda ser considerado un aporte banal o cotidiano y por ello impune en el contexto de sentido delictivo ya descripto.»
>
> «En términos conclusivos, el *a quo* estableció que: "[e]stas líneas directrices para la atribución de responsabilidad se verificaron en los hechos del presente juicio. Como quedó claro a lo largo del debate, la empresa Ford no solo no desconoció las políticas que se estaban desarrollando sino que –por compartirlas–, las celebró y apoyó, de lo que dio cuenta su propio presidente al referirse a los actos y procedimientos que formaron parte de la decisión de la empresa en ese sentido", remarcando que: «gran parte de los secuestros fueron realizados en la misma planta, a plena luz del día y con la colaboración esencial de sus directivos de todos los niveles de conducción.»

---

[44] Hernández, 2021, p. 130; Michalowski, Sabine, «No Complicity Liability for Funding Gross Human Rights Violations», vol. 30, *Berkeley Journal of International Law,* 2012, p. 465.

[45] Véase el Informe del Panel de Expertos Juristas de la Comisión Internacional de Juristas sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, 2008, Ginebra, disponible en: https://www.icj.org/.

[46] Fallo Corte Suprema de Justicia argentina, rol núm. 1589-2021 de fecha 29 de septiembre de 2021, caratulado «Müller Pedro y otros», p. 96.

Ahora bien, y solo para profundizar en la decisión de la Corte de seguir en esta línea argumental para entregar un sostén a la decisión (creo no necesario), resulta interesante resaltar la aplicación que, en mi opinión, subyace a la lectura de todos los considerandos que es la de entregar un rol preponderante al contexto dictatorial donde se realiza la actividad imputada. Esto no es nuevo, en la medida que buena parte de los especialistas en la materia reparan en que las conductas neutrales tendrían menor cabida en contextos de gobernanza débil o derechamente de regímenes violadores de derechos fundamentales [47]. Este contexto incluso tuvo una utilización continua a lo largo del razonamiento del tribunal al excluir las alegaciones de la defensa en cuanto a que les asistiría un estado de necesidad justificante, en la medida que a los directivos de Ford no se les podía pedir que no colaboraran con el régimen imperante ya que de manera unilateral el ejército argentino había decidido instalarse en dependencias de la fábrica con personal de seguridad externa y con un campamento que estaba desvinculado de las decisiones de la firma.

En este punto, la Corte respondió que:

> «(…) cabe especialmente ser tenido en consideración –además de la entidad y modalidad de comisión de los crímenes juzgados– el nivel de instrucción de los imputados, de lo que no se advierte una situación o circunstancia que permita presumir que podrían haber participado en episodios de tal gravedad en la falsa creencia de un supuesto de validación normativa por vía de justificación. En este contexto, no es posible suponer que los imputados creyeran actuar con habilitación del derecho facilitando detenciones sin órdenes legales, o habilitando la aplicación de tormentos dentro de la misma planta.» [48]

Cabe en consecuencia preguntarse si en todos los casos donde exista un contexto de graves atentados a los derechos humanos, como en países donde se perpetren crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o derechamente genocidio, ¿podrían darse casos de conductas empresariales neutrales?, ¿pasaría lo mismo con escenarios de gobernanza débil, pero con conductas delictivas de relevancia internacional tales como trata de personas, torturas, terrorismo, delitos contra el medio ambiente? [49].

---

[47] Jessberger, Florian, «On the origins of Individual Criminal Responsability under International Law for Business Activity, I. G. Farben on Trial», *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2010), p. 800. Comentando el caso I. G. Farben donde en su concepto no hubo por parte del Tribunal profundidad en torno a temas como los actos neutrales y su cabida en el régimen nacionalsocialista.

[48] Fallo Corte Suprema de Justicia argentina, rol núm. 1589-2021 de fecha 29 de septiembre de 2021, caratulado «Müller Pedro y otros», p. 149.

[49] Para una comprensión del concepto de zonas de gobernanza débil: OECD, «Weak Governance Zones – Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises», del 8 de junio de 2006, disponible en: https://www.oecd.org/daf/inv/mne/weakgovernancezones-riskawarenesstoolformultinationalenterprises-oecd.htm;

34.4 CONCLUSIONES

Desde las experiencias de Chile y Argentina se pueden extraer situaciones donde directivos de empresas colaboraron activamente en la comisión de crímenes internacionales en las dictaduras de los años setenta, sin que este número de casos llegue aún a tener un correlato en decisiones judiciales que permitan entregar un panorama de las reflexiones que nuestros tribunales están realizando acerca de este fenómeno. Sin perjuicio de que los casos fueron recogidos en diferentes fuentes oficiales tales como informes de comisiones de verdad, investigaciones judiciales e históricas existe un espacio de diferencia entre ambas experiencias que sugiere una mayor planificación y concreción de una política abierta de persecución por parte de la industria argentina con el régimen dictatorial. Probablemente en Chile, donde por cierto que se persiguió al mundo sindical, la situación fue algo más caótica, y probablemente menos explícita en la medida que no existió un registro oficial de actos que expusiera abiertamente una colaboración entre el empresariado y el régimen.

No obstante, lo anterior, y a propósito de estas experiencias del pasado hemos tratado de mostrar el intenso debate en torno a las limitaciones de los ordenamientos internos, del propio Derecho Penal Internacional y de los criterios de imputación respecto a un ámbito donde no abundan las certezas en torno a la delimitación de la complicidad de empresas en crímenes internacionales.

Una aproximación casuística, como la que se intentó llevar a cabo a través del presente trabajo, tiene el interés de alcanzar ciertas conclusiones respecto de cuáles serían aquellas hipótesis de casos difíciles (desde el punto de vista de la complicidad y actos neutrales), ponderando especialmente el contexto de macrocriminalidad en donde se circunscribieron los comportamientos de las empresas en las dictaduras, y, lo fundamental que serán los criterios de proximidad de la actividad empresarial en vinculación con el régimen imperante (geográfica e ideológica), la esencialidad del aporte a la consecución de los delitos, y, probablemente lo de mayor dificultad que radica en discernir las conductas empresariales que en sí mismas pudieran o no tener sentido delictivo.

Por último, queda la pregunta abierta pendiente de respuesta sobre si estas dificultades se exacerbarán en situaciones donde no exista el manto protector del contexto de los *core crimes*, y, además se presenten hipótesis de empresas realizando sus operaciones en conexión con una democracia débil vulneradora de derechos fundamentales.

Nieto, 2020, pp. 147-148, proponiendo solución de parte especial al problema de la responsabilidad de multinacionales en los denominados *core crimes* y en crímenes de relevancia internacional.

35. SOBRE EMPRESAS Y TUMBAS: INFORME SOBRE EMPRESARIOS GENOCIDAS EN EL CASO ARGENTINO

Matías Bailone [1]
Universidad de Buenos Aires

«Los bárbaros se callan, los civilizados hablan (...) La violencia es silenciosa.»
Georges Bataille, 1957.

«los vencedores callan / los perdedores piensan, narran
Es que el orden social no necesita entender, solo precisa hacerse entender»
Fogwill, 1984.

35.1 LA RACIONALIDAD ECONÓMICA DE LOS GENOCIDIOS

El golpe de estado que llevaron a cabo las fuerzas armadas el 24 de marzo de 1976 y que interrumpiera la legalidad constitucional y democrática de la República Argentina, no instauró una mera dictadura militar, como se la refiere solo por efectos de simplificación, sino que fue una dictadura tanto militar como cívica, religiosa, mediática, colonial y empresarial. Una dictadura militar corporativa concentrada, o como decía Fogwill la *entente banquero-oligárquica-internacional* [2]. Esto quiere decir que el grupo de los perpetradores del golpe de estado no fueron exclusivamente las fuerzas armadas del país, sino que hubo actores mucho más poderosos financiando y organizando el genocidio argentino.

Los términos «dictadura militar», «gobierno *de facto*», «proceso militar», «guerra sucia», «los años de plomo», etc., son todas calificaciones produ-

[1] Profesor adjunto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Buenos Aires (Argentina). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. www.matiasbailone.com.

[2] Fogwill, Rodolfo Enrique: «La guerra sucia: un negocio limpio de la industria editorial», en Fogwill: *Los libros de la guerra,* Mansalva, Buenos Aires, 2010. pp. 82-84.

cidas por los propios perpetradores de los crímenes. En criminología sabemos que la manera en que se denomina un crimen y sus consecuencias tiene un impacto fortísimo sobre las representaciones sociales de los mismos y especialmente por la forma del eventual castigo de tales acciones delincuenciales.

Como penalistas y criminólogos no podemos eludir la fundamental importancia que específicamente sobre este tipo particular de delitos del derecho internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) tiene el análisis sociológico, que las criminologías críticas vienen incorporando desde hace décadas [3].

Por lo tanto, no es inocente que se pusiera el acento en lo «militar» de la dictadura genocida argentina durante tanto tiempo, que se redundara en una «imagen estatalizada y militarizada del crimen» [4] y que se soliviantara la hermenéutica jurídica e histórica de tal luctuoso período histórico con constructos mediáticos originados en los mismos círculos intelectuales que apoyaron tales regímenes, como la teoría de los dos demonios o la idea de una guerra sucia contra el terrorismo subversivo.

Los perpetradores y organizadores de estos crímenes saben que la hegemonía gramsciana se tiene que conquistar antes de producirse los eventos criminales, que la tarea de los medios de comunicación es fundamental para poder usurpar la opinión pública, denostando a la forma democrática de gobierno y a las potenciales víctimas de sus crímenes.

La dictadura cívico militar no fue una instancia caótica y advenediza, no apareció *deus ex machina* en la historia, ni fue por generación espontánea que surgieron eventos tan concomitantes y sincrónicos. Como señalara una de las primeras grandes investigadoras de este funesto periodo temporal en Argentina, Inés Izaguirre: «para quien todavía conserve la ilusión impresionista de que el genocidio argentino tuvo, desde el punto de vista de quienes lo realizaron, una buena dosis de arbitrariedad o de improvisación, nada mejor que sumergirse en los datos y empezar a registrar sus regularidades» [5].

---

[3] Por eso cuando hablo de genocidio (genocidio reorganizador y las prácticas genocidas) sigo las enseñanzas del gran sociólogo argentino Daniel Feierstein, que representa a la segunda generación de sociólogos del genocidio que tanto aportaron a la comprensión del estudio sistemático del caso argentino. Ver: Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social,* FCE, Buenos Aires, 2016; Feierstein, Daniel, *Introducción a los estudios sobre genocidio,* FCE, Buenos Aires, 2018; Feierstein, Daniel, *Juicios, sobre la elaboración del genocidio,* FCE, Buenos Aires, 2018, entre otros.

[4] Crenzel, Emilio: «De la verdad jurídica al conocimiento histórico, la desaparición de personas en la Argentina» en Hilb/Salazar/Martin: *Lesa humanidad, Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del mal*, Katz, Buenos Aires, 2014. p. 49.

[5] Izaguirre, Inés: *Lucha de clases, guerra civil y genocidio en Argentina. 1973-1983. Antecedentes. Desarrollo. Complicidades.* Eudeba, Buenos Aires 2009, p. 247.

Narrar el caso argentino, que como bien dice el epígrafe de este artículo, es lo que hacen los vencidos, narrarse a sí mismos, narrar la derrota, es un poco el modesto objetivo de este texto. Poner en relación una serie de investigaciones y lecturas diversas que confluyen en la necesidad de demostrar una *longue durée* historiográfica y una visión panorámica de lo sucedido en Argentina (y las similitudes con procesos vecinos) con respecto a la complicidad empresarial en los crímenes de estado. Los vencedores son el poder económico (detrás de los verdugos militares), y –como dice Fogwill– no hablan, callan, para mantener invisible y efectivo su poder real. «¡Olvídense de nosotros!» se titula el libro de José Daniel Cesano sobre el tema.

La racionalidad del golpe de estado en Argentina fue económica, como lo fue en la dictadura chilena, en la dictadura franquista y en todos los genocidios reorganizadores que las fuerzas reaccionarias produjeron durante el siglo XX. El objetivo central fue el de implementar políticas económicas y sociales que beneficiaran a las grandes empresas y corporaciones del país y multinacionales [6].

Eso había sido advertido por el denuedo de Rodolfo Walsh en la serie de continuidades cronológicas que hace en su obra de denuncia desde «Operación Masacre» hasta la «Carta abierta a las Juntas Militares», desde el aniquilamiento de los militantes peronistas a mediados de siglo hasta la instauración del proyecto genocida de 1976, donde los perpetradores empresariales son los mismos. También por la polémica postura de Rodolfo Enrique Fogwill, que insinuaba que el consenso general postdictadura sobre la violación de los derechos civiles y políticos ocultaba la grandiosa expoliación económica de los verdaderos beneficiados de la dictadura militar [7]. «La demanda de justicia de los *damni-*

[6] «En la gestación y el advenimiento de las dictaduras del siglo XX, tanto en las europeas como en las sudamericanas, convergieron las fuerzas sociales del despotismo político con las del despotismo económico de las grandes corporaciones, entrelazándose y potenciándose negativamente las tradiciones antiliberales y antidemocráticas de nuestras derechas oligárquicas y reaccionarias, bajo la ideología y la práctica de la Seguridad Nacional, en el caso nuestro americano.» FILIPPI, Alberto, «Introducción», en FILIPPI/NIÑO, *De las dictaduras a las democracias: experiencias institucionales comparadas en Brasil, Chile, Uruguay y Argentina (1964-2014),* p. 39.

[7] «Fogwill llama dictadura militar –no cívico militar– a una operación de carácter banquero-oligárquico-multinacional, cuya victoria fue enmascarada por los derechos humanos, violados para hacerla posible. Las demandas de justicia de los damnificados por derecho de sangre habían hecho que ni se hablara de una sociedad damnificada en sus derechos de propiedad. La izquierda post 1984 había adoptado, en bloque, una posición positiva frente a los derechos humanos: ya no los criticaba como formales, abstractos y burgueses, siguiendo el modelo de Marx en «Sobre la cuestión judía». Sólo alguien que acepta pasar por un ilustrado oscuro –como fue Fogwill– podría pronunciar sobre la dictadura la tesis de izquierda que la izquierda no podía pronunciar mientras las tumbas NN recién empezaban a abrirse. (…) Cuando dice, en 1984, *los vencedores callan/ los perdedores piensan, narran,* él está del lado de los que piensan y narran, es decir del lado de los vencidos. Solo que es un vencido que piensa que la victoria de los vencedores, en tanto no puede ser pensada ni narrada por ellos, no es plenamente una victoria, sino una victoria-derrota: el poder económico al que los militares sirvieron, para poder continuar vigente, debe permanecer callado.» SCHWARZBÖCK, Silvia, *Los espantos. Estética y postdictadura*, Cuarenta Ríos, Buenos Aires, 2015, p. 63.

ficados por los derechos de sangre, planteada como un absoluto moral (como lo no negociable, como lo que está al margen en medio de la negociación política, de toda negociación política), habrían hecho que no se hablara, en la inmediata postdictadura, de los *damnificados en sus derechos de propiedad*, esto es, de los que perdieron, económicamente, por la redistribución regresiva de la riqueza» [8].

Además, particularmente en América Latina, los genocidios reorganizadores están inscritos en la lógica del colonialismo, es decir que el imperialismo norteamericano en la región ha sido en el siglo XX y XXI el factor crucial de las violaciones masivas de derechos humanos en cada uno de nuestros países, con la excusa de proteger sus intereses económicos fuera de las fronteras de los Estados Unidos [9]. Los intereses económicos de las grandes corporaciones norteamericanas son los intereses económicos de los Estados Unidos, que a su vez serán los intereses de las oligarquías locales que consumarán los golpes de estado en los países de América Latina. Eso se llama colonialismo y fue el *factotum* de los genocidios en nuestra región.

Un plan general imperialista de golpes de estado en toda la región, orientados por una racionalidad económica, que hizo que, con cada crimen sobre nuestras democracias, «los sectores reaccionarios desarrollaran estrategias y acumularan experiencias», al decir de Alberto Filippi, mientras a las resistencias les faltaba «una visión de conjunto, conectando en profundidad los acontecimientos sucesivamente desarrollados en Brasil, Uruguay, Chile, y finalmente, Argentina» [10].

Las grandes empresas y corporaciones norteamericanas, transnacionales o locales, participaron de los genocidios en América Latina de dos maneras

---

[8] SCHWARZBÖCK, Silvia, «Prólogo a Fogwill», *Estados alterados*, Blatt y Rios, Buenos Aires, 2021, p. 11.

[9] «La guerra fría nace en un EE. UU. con sus estructuras económicas dominadas por grandes empresas, hasta tal punto que la identidad de la Nación y el bienestar de sus ciudadanos llegaba a ser confundido con la suerte de aquellas. Cuando en 1953 el presidente Eisenhower nombró secretario de Defensa al presidente de General Motors, un Senador preguntó a este último qué haría si se veía obligado a adoptar alguna medida necesaria para el interés nacional y contraria al de GM. La respuesta de Charles E. Wilson marcó una época: «no puedo imaginarlo, porque hace años que pienso que lo que es bueno para nuestro país es bueno para la General Motors, y viceversa. No hay diferencia. Nuestra empresa es demasiado grande. Marcha con el bienestar del país». Consecuentemente, en su política exterior el líder de la Coalición bélica condicionaba su ayuda económica, y de otra naturaleza, a que América Latina base su economía en un sistema de empresa privada y, de modo esencial para ello, cree un clima político y económico favorable a la inversión privada, tanto de capital interno como foráneo, en la forma que se especifica en documentos oficiales donde se habla de leyes y reglamentos razonables y no discriminatorias para los negocios, oportunidad de ganar, y en el caso del capital foráneo repatriar, un beneficio razonable [...]. [Pero también exigía EE UU que América Latina aceptara el programa de Washington de fortalecer la policía local, policía militarizada y fuerzas relacionadas necesarias para destruir la eficacia de los aparatos comunistas en el Hemisferio Occidental.» GARCÉS, Joan, *Soberanos e intervenidos, estrategias globales, americanos y españoles*, con prólogo de Mario Benedetti, siglo XXI España, Madrid, 1996, p. 81.-

[10] FILIPPI, Alberto, «Introducción», en FILIPPI/NIÑO, *op. cit.,* p. 14.

emblemáticas: con la organización, financiación [11] y encubrimiento (en el caso de las corporaciones mediáticas) de los golpes de estado y las dictaduras militares en general, por cumplir estas los objetivos de aquellas, pero también en la participación necesaria para cometer crímenes de lesa humanidad específicos, en la persecución y aniquilamiento de la clase trabajadora. Crímenes económicos y crímenes de sangre.

También hubo en menor medida una persecución dirigida contra algunos empresarios que se oponían a los actos represivos de la dictadura, o simplemente porque se querían apropiar de sus empresas.

35.2 EL CAMBIO DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS: EL INFORME CASSESE

El golpe de estado contra João Goulart en Brasilia en 1964 iniciaba una nueva etapa en el intervencionismo militar de los Estados Unidos en su histórico patio trasero: América Latina [12]. Aunque se seguía bajo el inflexible anticomunismo de la guerra fría, el imperialismo norteamericano quiso modificar los patrones de intervención bélica del golpe de estado a Jacobo Árbenz en

[11] El caso emblemático de un empresario financiando crímenes de estado es el de Juan March, quien financió el golpe de estado de Francisco Franco en 1936 y cuyo modelo de financiación ilegal será usado en el nacionalsocialismo alemán y en las dictaduras del Plan Cóndor en América del Sur. Sobre la responsabilidad empresarial en los crímenes de lesa humanidad y genocidio en el caso español, ver la obra de investigación de Antonio Maestre, *Franquismo S. A.*, Akal, Madrid, 2019. Y también recomiendo el informe que presentó Joan Garcés en la causa abierta en el Juzgado Federal núm. 1 de la ciudad de Buenos Aires, en la llamada querella argentina contra los crímenes del franquismo, por la responsabilidad penal y civil de grandes empresas españolas beneficiadas con el trabajo esclavo de los campos de concentración de Franco y con el expolio de los cuarenta años de dictadura militar franquista. Cf. Zaffaroni/Bailone, *La jurisdicción universal en el juicio al franquismo. La querella argentina contra el genocidio en España.* Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

[12] «Brasil era entonces la nación sudamericana que, frente al creciente dominio de las corporaciones multinacionales, más había avanzado en reformas sociales en favor de los sectores populares y en defensa de la economía nacional y, en gran medida, las políticas reformistas que habían llevado adelante Juscelino Kubitchek y João Goulart estaban en sintonía, y hasta en concordancia, con varios puntos centrales de su proposiciones electorales.» «El gobierno de Goulart había diseñado e impulsado diversas reformas de base que, en realidad, tendrían un impacto de una trascendencia revolucionaria para las políticas nacionales y populares. Los datos son conocidos: reforma agraria, educacional –con los planes de Paulo Freire-, administrativa, bancaria, fiscal, urbanística, sumadas a la nacionalización de las telecomunicaciones, la creación de Embratel y Electrobras, Sudene de Celso Furtado, la legislación del aguinaldo o decimotercer salario, vieja promesa del propio Goulart desde sus tiempos de ministro de trabajo de Getulio Vargas. Tales reformas básicas, en el marco de un proyecto de desenvolvimiento nacional, fueron combatidas por las grandes empresas multinacionales y los sistemas financieros aplicados a reordenar esa etapa del capitalismo internacional en plena Guerra Fría.» Filippi, Alberto, «Introducción», en Filippi/Niño, *op. cit.,* p. 19.

Guatemala una década antes [13]. Ahora se haría con la ayuda del mundo empresarial y de los ejércitos nacionales de cada país, pero con una férrea coordinación de inteligencia regional en lo que se denominó la Operación Cóndor [14], bajo la doctrina de la seguridad nacional.

El golpe de estado contra el gobierno constitucional de Salvador Allende en Chile en 1973 fue el mejor ejemplo de esta coordinación entre actores locales y foráneos (civiles y militares) bajo un plan organizado sistemáticamente [15]. Dicho genocidio iniciado con el golpe de Pinochet produjo un gran estruendo en la comunidad internacional que hizo desplazar el eje tradicional de Naciones Unidas sobre los derechos humanos, y que después sería usado para el caso argentino [16].

---

[13] Es elocuente para entender la relación entre los intereses económicos depredadores de las empresas norteamericanas en América Latina y los regímenes militares dictatoriales, especialmente en lo referente al golpe de estado contra el gobierno guatemalteco de Jacobo Árbenz, demorarse en las páginas de la última novela del Premio Nobel peruano y Marqués Mario Vargas Llosa, titulada *Tiempos recios.* Sorprendentemente y contradiciendo al Marqués borbónico de la extrema derecha iberoamericana, el Vargas Llosa novelista termina esa obra diciendo: «La intervención norteamericana en Guatemala retrasó decenas de años la democratización del continente y costó millares de muertos…», haciendo gala de esa bipolaridad ideológica que tiene el peruano amarquesado por Juan Carlos I. Cfr. Borón, Atilio, *El sueño del marqués: Mario Vargas Llosa, una pluma al servicio del imperio,* Floreal Gorini, Buenos Aires, 2021; y Borón, Atilio, *El hechicero de la tribu. Mario Vargas Llosa y el liberalismo en América Latina,* Akal, Buenos Aires, 2019.

[14] «Baste recordar que en Chile, mientras la dictadura asesinaba, torturaba, cerraba universidades, fomentaba la desaparición de opositores, la Organización de Estados Americanos (OEA) inauguraba su VI Asamblea en Santiago de Chile en junio de 1976, siendo México el único país que declinó su participación. Entre los asistentes, Henry Kissinger; allí fraguó la reunión que dio pie a la Operación Cóndor, organización delictiva formada por las fuerzas armadas y los servicios de inteligencia de Chile, Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay, para la desaparición de líderes y dirigentes de la izquierda latinoamericana. La OEA se ha caracterizado por el apoyo irrestricto a los Estados Unidos en las políticas de seguridad estratégica». Roitman Rosenmann, Marcos, *Por la razón o la fuerza. Historia y memoria de los golpes de estado, dictaduras y resistencias en América latina,* Siglo XXI, Madrid, 2017. p. 95.

[15] El entonces senador chileno Salvador Allende, a raíz de una visita que le hiciera en el año 1965 al depuesto presidente del Brasil en su exilio uruguayo, João Goulart, en un discurso en el Senado de Chile, dijo: «¿Por qué habían depuesto a Goulart? Porque, en resumen el presidente de Brasil quiso hacer enmiendas dentro de los cauces legales, con el fin de luchar contra la inflación y para planificar el desarrollo económico del país, con profundo sentido nacional; indiscutiblemente hirió los intereses del capital foráneo, de los monopolios y de la reacción brasileña…». Cfr. Filipi, Alberto, *op. cit.,* p. 17.

Sobre el golpe de estado a Salvador Allende en 1973 es imprescindible leer los libros de quien fuera su asesor y uno de los principales actores jurídicos y políticos de la jurisdicción universal en el siglo xx, el gran y mítico Joan Garcés. Su obra ya citada, *Soberanos e intervenidos*, es una especie de biblia de la Guerra Fría entre América y Europa. Pero también sus obras específicas sobre Allende, por ejemplo: Garcés, Joan, *Allende y la experiencia chilena. Las armas de la política,* Siglo XXI, Madrid, 2017; y Garcés, Joan, *El Estado y los problemas tácticos en el Gobierno de Salvador Allende,* Siglo XXI, Madrid, 2018.

[16] Cuenta Alberto Filippi que el recordado jurista Rodolfo Mattarollo decía que la denuncia de la dictadura argentina en Naciones Unidas no fue fácil al comienzo, que en aquella época había un amplio consenso para condenar en la asamblea general tres situaciones, y solo tres, de violaciones masivas y flagrantes de los derechos humanos en el mundo: la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel, la situación en la Sudáfrica del apartheid y la de Chile bajo la dictadura de Pinochet. «Se pasaba la cordillera de los Andes y se deshacía ese consenso». Filippi, Alberto, *op. cit.* p. XV. Ver también la obra magna sobre este tema de Alberto Filippi, *Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política*, Infojus, Buenos Aires, 2015.

La dictadura chilena fue la primera donde se puede entender la relación del genocidio en curso con el mundo empresarial vernáculo y los grandes intereses económicos norteamericanos [17]. Pablo Neruda denunció en su *Canto General* a la empresa estadounidense *United Fruit Co* como responsable de la conflagración en Guatemala [18] y dirá lo mismo unos días después del golpe a Allende y una semana antes de morir misteriosamente: «Balmaceda fue llevado al suicidio por resistirse a entregar la riqueza salitrera a las compañías extranjeras. Allende fue asesinado por haber nacionalizado la otra riqueza del subsuelo chileno, el cobre. En ambos casos la oligarquía chilena organizó revoluciones sangrientas. En ambos casos los militares hicieron jauría. Las compañías inglesas en la ocasión de Balmaceda, las norteamericanas en la ocasión de Allende, fomentaron y sufragaron estos movimientos militares.» [19].

La antigua Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (hoy Consejo) cambió su política de protección y promoción de los derechos fundamentales a partir del caso chileno. Específicamente a partir de advertir la financiación internacional al régimen militar chileno y la responsabilidad empresarial en los crímenes que se estaban cometiendo.

En 1967 se habían creado los primeros procedimientos (geográficos y temáticos) de investigación de violaciones a los derechos humanos dentro de la Comisión de Naciones Unidas para la situación de África del Sur y en 1975 se formó un grupo de trabajo *ad hoc* para el caso chileno. Junto a la situación del *apartheid* y de los territorios árabes ocupados por el Estado de Israel, el caso de Chile concitaba toda la atención de la comunidad jurídica internacional. Eso llevó a que se cambiara el paradigma de actuación de Naciones Uni-

---

[17] «El problema político mayor para la Coalición bélica había quedado al descubierto: las instituciones democrático-representativas dificultaban el control del país por la Potencia exterior. El objetivo a destruir fue señalado: el propio Estado democrático-representativo, las libertades de sus ciudadanos. La orden de golpe militar fue dada de inmediato por Nixon, el 15 de septiembre de 1970, a instancias del propietario del diario El Mercurio, Agustín Edwards, desplazado a este fin a Washington en compañía de Donald Kendall, presidente de Pepsi-Cola.» Garcés, Joan, *Soberanos e intervenidos, op. cit.,* p. 85.

[18] «Cuando sonó la trompeta, estuvo/todo preparado en la tierra/y Jehová repartió el mundo/a Coca Cola Inc., Anaconda,/Ford Motors y otras entidades:/la Compañía Frutera Inc./se reservó lo más jugoso,/ la costa central de mi tierra,/la dulce cintura de América. (…) Entre las moscas sanguinarias/la Frutera desembarca,/arrasando el café y las frutas,/en sus barcos que deslizaron/como bandejas el tesoro/de nuestras tierras sumergidas.» Neruda, Pablo: «La United Fruit Co.», en *Canto General*, 1950.

[19] Pablo Neruda, en su último libro titulado *Incitación al Nixonicidio y alabanza de la Revolución chilena,* había denunciado la desestabilización económica y social que la extrema derecha chilena estaba realizando en conjunto con los Estados Unidos para derrocar al presidente Salvador Allende, ya desde la temprana fecha de su asunción presidencial en 1970. En ese libro remarca la complicidad empresarial para tal objetivo: «Detrás de la I. T. T. con sus puñales/y los enredos de su felonía/brotan los Pillarines criminales/y otros mondongos de la oligarquía (…) Así por la I. T. T. desenfrenados/sembraron el terror organizado/para dejar sin pan, sin luz, sin nada/al Pueblo y a la Patria apuñalada». Este poemario cuasi clandestino fue publicado en enero de 1973, ya con el Premio Nobel en su haber, en su Isla Negra, y a punto de ser asesinado por los esbirros de Pinochet a unos días del golpe de estado de septiembre de 1973.

das en casos semejantes, y no se considerara una injerencia indebida en los asuntos internos de un estado miembro de la organización, sino que estos procedimientos especiales se podían llevar a cabo aún con la protesta del país bajo análisis, ya que constituían una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (por las severas violaciones a los derechos fundamentales y el derrocamiento de las autoridades democráticas) y afectaban la responsabilidad de la comunidad internacional [20].

Al nombrarse al gran jurista italiano internacionalista Antonio Cassese, como relator especial del caso chileno, se garantizaba la seriedad científica del informe final y su compromiso con los postulados jurídicos de Naciones Unidas y del derecho internacional público.

La naturaleza vanguardista del Informe Cassese [21] reside principalmente en focalizar por primera vez la influencia que puede tener la cooperación financiera y la asistencia económica internacional en la violación masiva de los derechos humanos. Así se estaba señalando el principal motor de la dictadura de Pinochet: la asistencia económica internacional y el desarrollo de las condiciones necesarias para implementar un plan económico en un país paralizado por el terror [22].

El informe presentado en 1978 da cuenta de la asistencia económica de las organizaciones intergubernamentales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Interamericano de Desarrollo. Dichos organismos negaron la ayuda al gobierno constitucional de Salvador Allende, contribuyendo a la desestabilización política y económica que se había decidido en Washington, mientras que suministraron sustanciales ayudas financieras a la dictadura de Pinochet a partir del año 1974.

La imposición del modelo económico que propugnaban las empresas que financiaron y organizaron el golpe de estado demandaba la interrupción demo-

---

[20] El estado dictatorial no puede pedir la no injerencia de Naciones Unidas cuando lo que se trata de conocer con las visitas *in loco* o *in situ* y los consecuentes informes es el contexto represivo denunciado por las víctimas. Se trataría, como reza el estatuto de Naciones Unidas, de «una intervención sana de la conciencia de la comunidad de naciones en una situación en la que se están violando los derechos fundamentales».

[21] «Estudio del impacto de la ayuda y la asistencia económica extranjera de los derechos humanos en Chile» de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, 1978. Reproducido en: Bohoslavsky/Fernández/Smart, *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza,* Santiago de Chile, Editorial LOM, 2019, pp. 65 ss.

[22] Es menester citar una obra que se ha convertido en un clásico, el monumental ensayo de Naomi Klein sobre la utilización de las catástrofes (naturales o provocadas) para implementar el capitalismo llamado neoliberal del Consenso de Washington. Especialmente focalizado en el caso de la dictadura corporativa de Chile. También hay un documental homónimo de la misma autora. Klein, Naomi: *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre,* Buenos Aires, Paidós, 2007.

crática y la eliminación física de grandes masas de la población [23]. Dice Cassese en el informe: «la supresión de derechos civiles y políticos, así como la violación de los derechos económicos, sociales y culturales fue un requisito fundamental para la implementación del modelo económico impulsado por la dictadura» [24].

Inclusive la represión organizada sobre la clase trabajadora fue usada por la diplomacia de la dictadura en el exterior (así como por el diario El Mercurio de Santiago que era el órgano *oficioso* de difusión de la dictadura) para atraer inversiones del capital depredador extranjero a un Chile sumido en el terror. La campaña para atraer inversionistas daba cuenta de la oferta de mano de obra barata en el país, del disciplinamiento de la clase trabajadora (lo que El Mercurio llamaba ampulosamente «perfeccionamiento del mercado del trabajo»), la ausencia de cualquier derecho sindical o laboral, como el derecho a huelga o a la negociación colectiva de trabajo [25]. «Así se ofrece a los inversionistas extranjeros –sentencia Cassese– las ventajas de las violaciones de los derechos humanos convenidos universalmente por las Naciones Unidas. Se les invita abiertamente a traducir la transgresión de estos derechos humanos en una mayor rentabilidad» [26].

Es increíble, como veremos más adelante, que cuando Cassese está hablando de Chile, también está anunciando lo que pasará en Argentina y en otras dictaduras regidas bajo el mismo paradigma.

Los objetivos del golpe de estado, la racionalidad económica detrás de las torturas y las desapariciones de personas, según Cassese eran las siguientes: «la privatización de la economía, la apertura del mercado de los productos de importación y la reducción de las tarifas y aranceles aduaneros, la supresión de los controles de precios en vigor, la reducción drástica de los gastos estatales y los salarios y sueldos de los trabajadores, el aumento el desempleo…», en fin imponer un modelo económico de profunda desigualdad social, que sigue vigente hasta el día de hoy en el país trasandino. El informe demuestra con métodos científicos y con una amplísima documentación respaldatoria el «estrecho vínculo entre el tipo de política aplicada por las autoridades dictatoriales

---

[23] El informe Cassese referencia que el que fue ministro de hacienda de la junta militar y después embajador en los Estados Unidos del régimen de Pinochet, Jorge Cauas, había dicho que solo la represión política puede permitir la supervivencia de un sistema de libertad de mercado en una sociedad como la de Chile. Habla de la necesidad de implantar una disciplina para garantizar que se respeten las medidas económicas adoptadas por la dictadura militar. Afirma que un sistema democrático es una dificultad conceptual y práctica para aplicar el sistema económico en cuestión. Cfr. Cauas Lama, Jorge, «Política económica de corto plazo», en Banco Central de Chile, Estudios Monetarios, cit. en Cassese, Antonio, *op. cit.,* p. 77.

[24] Cassese, Antonio, en Bohoslavsky *et al*., *op. cit.*, p. 69.

[25] Además de las amplias bases documentales que Cassese recopiló para su informe, también existen documentos contemporáneos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre estos temas.

[26] Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 72.

en la esfera socioeconómica y la represión en el campo de los derechos civiles y políticos» [27].

Es dable entender que por la valentía de este informe y de su relator, y por la cantidad de operaciones de diplomacia exterior que desenmascaraba, se comprometían el resto de los golpes de estado de los próximos años en Sudamérica. Por eso este informe fue sepultado en el olvido. En Chile es prácticamente desconocido, entre otras cosas, porque demuestra «los vínculos qué tendrían las políticas públicas desarrolladas durante gobiernos democráticos en relación a las decisiones económicas impulsadas durante la dictadura (…) que en realidad, han fortalecido y ahondado un sistema económico que privilegia a un reducido número de personas que concentran el poder económico» [28], y también, porque expone las «falacias de quienes sostienen que el mayor logro de la dictadura chilena fue en materia económica, exhibiendo, por ejemplo, cómo una política económica centrada en la inversión extranjera provocó la quiebra de numerosas empresas nacionales» [29].

A pesar de lo vanguardista y valiente del informe de Antonio Cassese de 1978, de lo novedoso del enfoque conjunto de los derechos humanos en lo que en ese momento se dividían en las dos generaciones, los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales por el otro, lo que Cassese no analiza en dicho reporte son los crímenes de sangre cometidos por el mundo empresarial. Solamente se limita a los crímenes económicos corporativos, tanto por tratarse de un informe realizado en los primeros años de la dictadura chilena, como por no haber contado con la información necesaria, ya que ese accionar militar represivo se estaba produciendo de forma solapada y clandestina.

35.3 EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN NACIONAL ARGENTINO DE 1976

Decíamos que nombrar los crímenes y también nombrar las etapas históricas no son operaciones inocentes, son actitudes cargadas de valoraciones y de sensibilidades. La dictadura cívico militar que tomó el poder en la Argentina en 1976 se llamó a sí misma «proceso de reorganización nacional», en clara alusión a su plan genocida, y en referencia a colocarse bajo la égida histórica de

---

[27] Cassese, Antonio, *op. cit.,* p. 77.

[28] Fernández, Karina/Smart, Sebastián, «El gran aporte de Cassese y sus denuncias aún pendientes», en Bohoslavsky *et al.*, *op. cit.,* p. 92.

[29] Cassese, Antonio, *op. cit.,* p. 77.

lo que fue en el siglo XIX el proceso de organización nacional (esencialmente el genocidio de los pueblos originarios y la construcción de un país agroexportador de acuerdo con las necesidades del capitalismo geopolítico de esa época).

No solo se estaba ubicando esa dictadura en una línea histórica muy concreta y coherente, sino que estaba apelando a los discursos mediáticos que sus instigadores habían generado en los años anteriores, con respecto a asociar la democracia con el desorden y la desorganización, a los comicios populares con el caos y la violencia y a la política con el estropicio y la felonía.

Todos los genocidios necesitaron de una etapa previa donde se señalen los enemigos a combatir y se cree un consenso sobre los eventos criminales que se van a instaurar. Es lo que Raúl Zaffaroni llama las larvas y semillas de un genocidio y que se pueden constatar en todos los procesos genocidas existentes o el propio Rafael Lemkin llamaba las etapas del proceso genocida [30].

La mismísima declamación de objetivos del proceso de reorganización nacional, publicado en el diario colaboracionista *La Nación* el 25 de marzo de 1976, decía que uno de los objetivos del proceso sería «fortalecer el desenvolvimiento de las estructuras empresariales y sindicales».

El mundo empresarial en la República Argentina estaba alineado con la idea de la interrupción del orden democrático, de hecho, hay algunos grupos inorgánicos y otros más institucionales de empresarios que comienzan a generar consensos intraclases para gestar el golpe militar. Todo esto en concomitancia con la tarea periodística, mediática y social de los medios desestabilizadores y de los grupos violentos de extrema derecha que estaban destinados a sembrar el caos y la violencia política.

La coordinación internacional entre grandes empresas y las fuerzas militares para poder reprimir a la clase trabajadora y generar un espacio económico y social proclive a sus reformas económicas y financieras, no solo es una cuestión de América Latina y la operación cóndor, sino que también es un momento específico del capitalismo global y de la crisis del año 1973. Se comienza a producir a nivel global un replanteo regresivo de las relaciones laborales.

El contexto en Argentina es de extrema convulsión, como en toda la región, pero específicamente por la larga proscripción del peronismo, el partido de los trabajadores, y la sucesiva interrupción del orden democrático, que instauró varias dictaduras militares hasta la llegada del plan genocida de 1976. «El desarrollo y la vitalidad de la lucha sindical y la importancia que adquirieron las instancias de organización obrera de base, los delegados y las comisio-

[30] Cfr. Zaffaroni/Bailone, *Dogmática penal y criminología cautelar,* Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 37. // Lemkin, Rafael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada,* Prometeo, Bs As, 2005.

nes internas, son factores esenciales para explicar las raíces de este poder del trabajo frente al capital, que pueden visualizarse, por ejemplo, en los indicadores de la distribución funcional del ingreso, que muestran que los asalariados habían logrado abarcar un 48 % del ingreso nacional en 1974» [31].

Los objetivos del golpe militar argentino fueron los mismos que tres años antes se dieron cita en el bombardeo al Palacio de la Moneda en aquella Santiago ensangrentada. Además de reprimir y hacer desaparecer a los trabajadores y sindicalistas más representativos, se debían atacar las formas organizativas y el rol político de la clase trabajadora, así como transformar económicamente las bases estructurales de la economía argentina. Como dice Fogwill, se buscaba la redistribución regresiva de la riqueza.

«Reorganizar» la Argentina, volver al viejo sueño de la oligarquía argentina de que el país fuera el granero del mundo, que solo existiéramos como una economía primaria exportadora y que no se generara una industria nacional fuerte, lo que el peronismo había propugnado a mediados del siglo. En el fondo, los crímenes contra la clase trabajadora referenciaban el malestar de la oligarquía nacional con el fenómeno peronista. «El hecho maldito que acarreaba tantos pesares al país burgués», como decía John William Cooke, y que se iba a «*resolver*» de una manera definitiva con la extirpación del peronismo y de las clases trabajadoras politizadas [32].

Como en el caso chileno, el empresariado nacional y foráneo, propugnó una política económica que la junta militar aplicó desde el primer momento: nombrando a un conocido empresario y dirigente de la sociedad rural argentina como ministro de economía, llevando adelante políticas que implicaron «el cambio en el patrón de acumulación que había estado vigente en las cuatro décadas previas: la industrialización por sustitución de importaciones, tanto en su primera fase de producción de bienes de consumo masivo como en su segunda etapa de gran dinamismo del complejo metalmecánico, industria automotriz y química, con fuerte presencia del capital extranjero. La reforma financiera de 1977, la apertura arancelaria y el endeudamiento externo, promovieron una reestructuración regresiva del sector industrial y una profunda transformación de la estructura económica y social. Se produjo entonces, una caída considerable de la producción industrial en términos agregados, que provocó un

[31] Basualdo, Victoria, *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado,* CELS, FLACSO, Buenos Aires, 2016, p. 14.

[32] Sobre la represión a las clases trabajadoras en el genocidio argentino y su relación con las luchas obreras ver el capítulo siete del libro citado de Inés Izaguirre, investigación fundamental para poder encastrar la historia del genocidio en Argentina con una tradición oligárquica y capitalista de destrucción sistemática de las clases operarias. Izaguirre, Inés, «Las luchas obreras y el genocidio en la Argentina», en Izaguirre, *op. cit.,* p. 245.

proceso de concentración económica en beneficio de un conjunto de grupos económicos locales e internacionales» [33].

Hay que resaltar el endeudamiento externo cada vez más feroz que se sucede en los años dictatoriales, y que sigue siendo una espada de Damocles sobre el pueblo argentino hasta nuestros días, junto al proceso de valorización financiera y fuga de capitales, que convierte a la clase dirigente argentina, en aves de rapiña del capitalismo financiero internacional [34].

Así como el ministro de hacienda de la dictadura de Pinochet fue claro en explicitar la necesidad de un golpe de estado, el ministro de economía de la dictadura argentina, José Alfredo Martínez de Hoz, en un discurso dirigido al mundo empresarial, habló de la «eliminación de las prácticas laborales que afecten la productividad empresarial». Y de la necesidad de reducir drásticamente los salarios de los trabajadores, que cayeron más del 40 % después del golpe de estado.

Cómo dice José Daniel Cesano: «el programa antisubversivo de la dictadura militar repudiaba el populismo político y las formas de organización de la economía que se entendían como su base de sustentación: el proteccionismo industrialista y el estatismo… Aparecían asociadas a la movilización y politización de las masas, y a la penetración subversiva» [35].

35.4 LOS CRÍMENES DE SANGRE COMETIDOS POR EL EMPRESARIADO ARGENTINO

La finalidad de reorganizar la estructura productiva del país, de destruir sus bases industriales y aniquilar la participación de los trabajadores en la vida política de la Argentina, requirieron de mayores cuotas de violencia que la de la mera interrupción del orden constitucional y de la vida democrática.

---

[33] Basualdo, Victoria, *op. cit.,* p. 15.

[34] «Una breve síntesis de los efectos de las políticas económicas en el sector industrial podría dar cuenta de la magnitud de la transformación y sus impactos profundos en las condiciones de vida y trabajo de la clase trabajadora a partir del hecho de qué después del golpe de estado se cerrara más de 20.000 establecimientos fabriles; el producto bruto el sector cayó cerca de un 20 % entre 1976 y 1983; la ocupación disminuyó en ese mismo periodo y se redujo el peso relativo de la actividad manufacturera en el conjunto de la economía (del 28 al 22 %). La industria dejó de ser el núcleo dinamizador central de la relaciones económicas y sociales. Estas transformaciones económicas alteraron el poder estratégico de los grandes sindicatos industriales que había marcado por décadas el paso del conflicto sindical en Argentina. Como consecuencia, la participación de los asalariados en el ingreso nacional pasó del 48 % a 1974 al 22 % en la crisis hiperinflacionaria de 1982». Basualdo, Victoria, *op. cit.,* p. 16.

[35] Cesano, José Daniel, *¡Olvídense de nosotros! Restauración democrática, derechos humanos y participación de empresarios en el terrorismo de Estado (Argentina 1983/1989),* Prohistoria Ediciones, Rosario, 2019. p. 29.

Esto puso en funcionamiento, en algunos casos antes del golpe de estado, las llamadas políticas empresariales de represión, cuyo objetivo era inmovilizar al conjunto de la clase trabajadora, pero en particular eliminar a una minoría políticamente activa dentro de las fábricas: los cuerpos de delegados y las comisiones internas.

Decíamos que los crímenes de lesa humanidad cometidos por el mundo empresarial no se limitan a crímenes económicos, financieros o de mera organización represiva (Informe Cassese), sino que son delitos de sangre, los mismos delitos por los que fueron acusados la mayoría de los militares y agentes de las fuerzas de seguridad.

De acuerdo al informe realizado por el equipo dirigido por Victoria Basualdo, lo más completo que existe en investigaciones sobre responsabilidad empresarial en Argentina, el mundo empresarial propició directamente distintas formas de militarización de las fábricas, desde un extremo que sería el establecimiento de lugares de detención clandestina y tortura, campos de concentración dentro de las fábricas para los propios trabajadores, hasta otras formas de colaboración con el aparato represivo del estado: aporte de información clave de los trabajadores, fotografías, direcciones personales, y hasta prestación de medios de movilidad materiales y financieros a las fuerzas militares y policiales.

A lo largo del citado informe, se llegó a identificar casi 900 trabajadores que resultaron víctimas de la represión estatal, entre casi 400 desaparecidos, muchos de ellos asesinados y afectados por diversas formas de represión y tortura.

Para ejemplificar la amplia gama de prácticas empresariales represivas, el informe concluye señalando algunas de las más graves: a) secuestros de trabajadores en fábricas, muchos de ellos torturados, desaparecidos y asesinados; b) entrega de información clave y personal de los trabajadores a las instancias represivas; c) normalización de la presencia y actividad militar de control y supervisión de las fábricas; d) la participación de oficiales de las Fuerzas Armadas o de seguridad en cargos directivos de empresas; e) infiltración de agentes de inteligencia militar en las fábricas; f) realización de operativos militares en las propias fábricas; g) presencia de altos cuadros empresariales en las detenciones, secuestros y torturas; h) la habilitación de instalaciones para la asentamiento de fuerzas represivas; i) el aporte económico a la represión; j) el uso de camionetas de empresas para los operativos de detención y secuestro;

y k) la intervención militar en los conflictos laborales [36]. Todo eso tenía como objetivo central lograr la *terrorificación* de la clase trabajadora, como un complemento neurálgico de las políticas económicas de la propia dictadura militar.

Como se dijo, también hubo empresarios que resultaron víctimas de las propias políticas represivas del estado. Cerca de 150 actores importantes del mundo empresarial y el sistema financiero fueron también víctimas del terrorismo de estado, como el famoso caso de «Papel Prensa», donde parte del capital empresario de la familia Graiver, que fuera secuestrada y sus empresas intervenidas y desapoderadas, constituyeron un caso emblemático del poder corporativo y mediático en la dictadura militar.

El investigador Walter Bosisio destaca que para el desapoderamiento de los bienes de los desaparecidos y torturados, así como de las empresas de aquellos que resultaron también víctimas del aparato represivo, pusieron en práctica durante los siete años de gobierno militar los dispositivos de «legalidad fraguada»: casos de represión y desapoderamiento de empresarios bajo la excusa de actuar con la normativa de lucha contra la subversión económica. Esta «normalidad fraguada» implicó el uso de procedimientos administrativos de alteración documental y burocráticos mecanismos de rutina comercial y económica con la intervención del Banco Central argentino y de la Comisión Nacional de Valores. Todo esto fue la parte operativa estatal de la delincuencia económica de los actores empresariales de la dictadura militar. Algo similar sucede con los registros burocráticos de las empresas en donde «normalizaban» el accionar clandestino de la desaparición dejando registro de que los empleados y trabajadores que habían sido represaliados habían dejado sin más de asistir al trabajo [37].

Los primeros casos en donde se denuncian empresarios y empresas en la desaparición de personas y en el terrorismo de estado, es en el informe de la CONADEP (la Comisión nacional para la desaparición de personas) llamado «Nunca más» y dirigido por el escritor Ernesto Sabato, y después en el llamado Juicio a las Juntas de 1985, la famosa causa 13 contra las cúpulas

---

[36] El foro empresario IDEA (Instituto para el desarrollo de empresarios en Argentina) editó en conjunto y colaboración con el ejército argentino un folleto explicativo dirigido a los empresarios acerca de la amenaza subversiva en el ámbito sindical, donde se recomendaba la delación a los comandos represivos de los obreros y empleados sospechosos. Cfr. Novaro/Palermo, *La dictadura militar 1976-1983. El golpe de estado de la restauración democrática,* Paidós, Buenos Aires. 2003. p. 20.

[37] Cfr. Bosisio, Walter, «Última dictadura cívico militar corporativa concentrada, responsabilidad civil y empresarial en delitos de lesa humanidad y avance en las causas judiciales en democracia», en Silveyra/Thus: *Juzgar los crímenes de estado, a 15 años de la reapertura de los juicios en la Argentina,* Eudeba, Bs As, 2022. p. 277.

militares [38]. En ambos casos se hace referencia a desapariciones y torturas cometidas en ámbitos laborales y empresariales y a la particular persecución a la clase trabajadora, y dentro de ella a los líderes sindicales y políticos.

Después, en los largos años de la impunidad reinante en la Argentina, la situación de los empresarios cómplices de la dictadura fue visibilizada por las marchas populares en la técnica argentina del «escrache» y también en los llamados «juicios por la verdad», que fueron una herencia de la tradición de los tribunales de opinión Russell I y Russell II y el Tribunal Permanente de los Pueblos de Lelio Basso [39]. Hasta la apertura de los juicios en el año 2003, donde la Argentina volvió a ingresar en la comunidad internacional, cumpliendo el mandato de memoria, verdad y justicia en los graves crímenes cometidos en la década del setenta.

A partir de esas instancias, recién en el año 2015 comenzó el primer juicio oral y público de la historia contra un empresario acusado por su participación en crímenes de lesa humanidad. Se trataba del dueño de una empresa de transporte de la provincia de Salta, llamado Marcos Levín, que fue condenado al año siguiente.

También se han iniciado las causas contra directivos de la empresa Ford en cuyo predio fabril funcionaba un centro clandestino de detención, al igual que en la empresa Acindar S. A., o la empresa Mercedes Benz S. A., por participar en el secuestro de trabajadores mediante el aporte de información a las fuerzas represivas. El Ingenio Ledesma de Carlos Pedro Blaquier, en la provincia de Jujuy, que era un verdadero enclave feudal medieval desde antes del golpe de estado,

---

[38] «El juicio a las juntas en 1985 se abrió con una mención a la represión a sindicalistas y trabajadores y a lo largo de todo el proceso muchas de las víctimas o sus familiares refirieron que el hecho de haber pertenecido a algún tipo de agrupación gremial o sindical había sido el causante del secuestro, siendo frecuentes las menciones a las relaciones entre la política represiva de la dictadura, la pérdida de derechos laborales y las políticas económicas que transformaron la estructura económica argentina». BASUALDO, Victoria, *op. cit.*, «Introducción», p. 3.

«En el juicio de las juntas militares de 1985 surgen diversos testimonios de víctimas sobrevivientes del terrorismo estatal que sostienen el protagonismo de dueños, gerentes, directivos de empresas nacionales e internacionales en los secuestros perpetrado contra ellos en el marco de los conflictos laborales y disputa distributiva de clases. El registro de centros clandestinos de detención dentro de los mismos espacios fabriles y de emprendimientos rurales están asentados en el informe «Nunca Más» de la CONADEP. El Juicio a las Juntas también dejó asentada la represión y desaparición ejercida sobre trabajadores de Mercedes-Benz». BOSISIO, Walter, «Última dictadura cívico militar corporativa concentrada, responsabilidad civil y empresarial en delitos de lesa humanidad y avance en las causas judiciales en democracia». *op. cit.,* p. 278.

[39] Sobre los tribunales de opinión y específicamente del Tribunal Bertrand Russell II para América Latina y el Tribunal Permanente de los Pueblos, recomiendo las siguientes obras: FILIPPI, Alberto, «Derechos vs. Dictaduras. El Tribunal Bertrand Russell II (1974-1976) y las transiciones democráticas en Sudamérica», en FILIPPI/NIÑO, *op. cit.,* p. 15. FEIERSTEIN, Daniel, «Los nuevos desafíos del Tribunal Permanente de los Pueblos: las luchas por la hegemonía en la creación del derecho penal internacional», en Material de lectura de la Cátedra de Criminología de los crímenes de estado de Matías BAILONE, www.matiasbailone.com.

ejerció una represión «tercerizada» hacia los líderes sindicales y los trabajadores continuamente maltratados por esa empresa. En la causa judicial que se sigue contra Blaquier está documentada la detención de trabajadores en la misma fábrica, la confección de listas negras y el uso de camionetas de la empresa para desaparecer a sus empleados, además del apoyo económico y estratégico [40].

Las causas judiciales de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, y especialmente contra los empresarios, se ralentizaron y en algunos casos directamente se suspendieron por decisiones políticas del poder ejecutivo nacional argentino del periodo 2015-2019. Y por la complicidad de un poder judicial que en la Argentina todavía no ha sido depurado y aún no está visibilizada correctamente esa parte de la colaboración civil que prestaron los magistrados y funcionarios judiciales a las juntas militares [41].

Los organismos de derechos humanos y los familiares de las víctimas han pedido, junto con la apertura de los juicios, que se realicen otras medidas de resarcimiento simbólico y de memoria: la reparación de los legajos laborales de las víctimas para asentar las verdaderas razones del cese de tareas, la señalización simbólica de los lugares donde funcionaban los campos de concentración fabriles y la construcción de monumentos en homenaje a las víctimas.

35.5 EL CRIMEN ESTATAL CORPORATIVO DESDE LA CRIMINOLOGÍA

En la criminología desde hace algunas décadas se viene hablando de una rama particular de la criminología crítica, claramente emanada de la teoría de la asociación diferencial y los delitos de cuello blanco de Edwin Sutherland, que se llamaría criminología de los crímenes de estado [42]. Habilitado desde el año 1989 por el más tardío discípulo de Sutherland, William Chambliss, se

[40] «Que los represores no respetaran las distinciones de clase y apellido que sí respeta el poder económico al que ellos sirvieron es el tipo de contradicción que le permite a ese poder, cuarenta años después, esconderse detrás de sus brutales sirvientes y quedar impune, por *falta de mérito*, cuando alguno de sus representantes es juzgado, convenientemente, por jueces que también la respetan. Que el defensor principal de Carlos Pedro Blaquier en la causa por los secuestros, torturas y asesinatos sucedidos en el Ingenio Ledesma durante la dictadura –y el que consiguió su desprocesamiento– haya sido Jorge Valerga Aráoz, uno de los jueces que condenó a los excomandantes en el Juicio las Juntas, no es una inconsistencia si se tiene en cuenta que la investigación a los instigadores, cómplices y beneficiarios civiles de la dictadura no fue contemplada en la sentencia de 1985 que él firmó». Schwarzböck, Silvia, *Los espantos, op. cit.,* p. 65.

[41] Garzón, Baltasar/Bailone, Matías, «El poder judicial y el juzgamiento de los crímenes de la última dictadura militar argentina», en Bailone/Risso, *Poder Judicial y Estado de Derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 103 ss.

[42] Bailone, Matías, *Tomar partido, la anticriminología a debate.* Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

habla de los crímenes cometidos por las instituciones estatales, no necesariamente en el marco de interrupciones del orden constitucional, pero sí bajo la naturaleza distintiva de crímenes cometidos por el poder estatal concentrado [43].

Como ya hemos dicho, el debate por el nombre, el *nomen juris*, no es un debate baladí. Pone en juego valores simbólicos y representativos de los crímenes y de sus responsabilidades, por eso no es lo mismo hablar de genocidio que crímenes de lesa humanidad, así como hablar de masacres o de otros términos acuñados por los perpetradores revictimiza a la comunidad victimal. Por eso es fundamental acentuar notablemente el hecho de que el punto en común que tienen todos estos crímenes (los genocidios, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, en fin, todos los crímenes del derecho internacional) es que siempre son cometidos por el estado.

Si bien esto ya lo desarrollamos en otro lugar [44], es importante dejar claro que en algunas evoluciones del concepto se toman en cuenta el tipo de delitos que hemos analizado en este artículo, delitos cometidos por el aparato empresarial con anuencia estatal. Los crímenes de estado y los crímenes de las grandes corporaciones siempre se dan en conjunto. Son crímenes estatales-corporativos.

El caso argentino desde 1976 hasta 1983 nos demuestra sin lugar a duda la participación necesaria de los estamentos empresariales para cometer los crímenes de sangre en el contexto sistemático del genocidio reorganizador, así como los delitos económicos y financieros en el marco del plan económico de la dictadura. La resistencia del poder judicial a iniciar o continuar (o a condenar en) los juicios a los grandes empresarios de la década de los setenta, es un claro ejemplo de que es necesario su silencio para la manutención de su poder efectivo. Que los verdaderos beneficiarios del expolio, el latrocinio y la crueldad, son aquellos que necesitan ser invisibles e innombrables. Por eso es necesario ponerles un nombre a sus crímenes y al lugar que ocupan en la estructura societaria del pos-genocidio.

En los últimos años Wolfgang Naucke postuló la necesidad de teorizar sobre los crímenes corporativos con aquiescencia estatal, como delito económico-político, siguiendo los llamados «principios de Nuremberg», en donde se condenaron a empresas y empresarios por su vinculación con el aparato criminal del nacionalsocialismo alemán. En base a esa raigambre y también tenien-

[43] Cfr. Zaffaroni/Bailone, *Dogmática penal y criminología cautelar*, *op. cit.*

[44] Cfr. Bailone, Matías, *La pena de los crímenes de estado: una aproximación criminológica.* Abulafia, Bs As, 2018. También se puede ver un fragmento en Bailone, Matías: «Los fundamentos de la pena en los "crímenes de estado": el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica», en *Revista Nueva Crítica Penal*, vol. 1, núm. 1, 2019, en https://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/view/15.

do en cuenta que la globalización solo nos hace más vulnerables a todos frente a la criminalidad económica-política, es que se debe, dice el penalista frankfurtiano, juzgar y condenar dichos crímenes.

Naucke plantea que aquellas características de juzgamiento y castigo postuladas en la posguerra para el poder estatal son analogables al gran poder económico financiero que destroza el futuro de la humanidad. Toda su potencia teórica y su denuncia política está destinada a esta igualación (crímenes estatales y crímenes financieros) que da surgimiento a un campo de análisis denominado: «*State corporate crime*» [45].

Los criminólogos Vincenzo Ruggiero y Juan Pegoraro han postulado recientemente la necesidad de poner la atención epistemológica sobre los crímenes del sistema financiero internacional y del pensamiento económico, ya no vinculados necesariamente con sus orígenes espurios en dictaduras, sino en el presente de nuestras sociedades democráticas [46]. Lo mismo dice el penalista Luigi Ferrajoli, que plantea que debe ser la criminología la que tenga en cuenta como horizonte de atención, por su autonomía epistemológica con respecto al derecho penal, a lo que llama «crímenes del sistema», pero que no impliquen una ampliación de la esfera de actuación del sistema penal [47].

La criminología de los crímenes de estado debe profundizar las investigaciones y los análisis teóricos sobre los crímenes estatales corporativos, para poder servir de guía a la hora de pensar responsabilidades penales así como políticas preventivas eficaces. Toda teoría criminológica tiene como objetivo la reducción de la violencia social asociada con los delitos que estudia y con los castigos relacionados con los mismos, por ende, esta nueva criminología debe estudiar los casos comparados históricamente para poder advertir y señalar a la sociedad entera cuando estemos en el camino de repetición de crímenes estatales corporativos similares a los del pasado.

---

[45] Sobre este tema particular en español se dispone de la antología compilada por Iñaki Rivera Beiras, *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social, Debates en criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, Anthopos, Barcelona, 2014.

[46] Ruggiero, Vincenzo, *Los crímenes de la economía. Un análisis criminológico del pensamiento económico.* Marcial Pons, Madrid, 2018. // Pegoraro, Juan, *Los lazos sociales del delito económico y el orden social.* Eudeba, Buenos Aires, 2015.

[47] Ferrajoli, Luigi, «Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea, en Rivera Beiras, *op. cit.,* p. 96.

36. RESPONSABILIDAD PENAL DEL DIRECTIVO EMPRESARIAL POR COMPLICIDAD EN VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO «FORD-MÜLLER» EN ARGENTINA

Noel Villalba López
Universidad Carlos III de Madrid

36.1 INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las empresas [1] o sus directivos [2] por conductas de participación en violaciones de derechos humanos despierta un interés creciente desde hace al menos dos décadas [3]. De las investigaciones realizadas hasta hoy puede deducirse, entre otras cosas, que para afirmar una tal responsabilidad penal es necesario clarificar las relaciones entrecruzadas entre el Derecho penal interno de cada Estado, el Derecho penal internacional (DPI) y el

[1] *Vid.* solo Böhm, M. L. (2019): «Empresas transnacionales y violaciones de derechos humanos en América Latina – Dificultades para su imputación y juzgamiento», en *Revista de Direito Público Contemporâneo*, año 3, volumen 1 (enero/julio), pp. 85-89, 90-93, 95-97, nn. 142-144), y Muñoz de Morales Romero, M. (2020): «Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos», en *Política Criminal,* volumen 15 (número 30), pp. 949-953 y 966-979, nn. 70-71.

[2] Panorámica general de las respuestas legales asumidas por diversas legislaciones nacionales en Manacorda, S. (2017): «Individual Liability for Business Involvement in International Crimes. Topic 1 (General Part). General Report», en Manacorda, E., Marletta, A. y Vanacore, G. (eds.), *Individual Liability for Business Involvement in International Crimes*, *Revue internationale de droit pénal,* volumen 88 (número 1), pp. 25-30, y los trabajos de Clapham citados por el autor en p. 25, núm. 72.

[3] *Vid.* Manacorda, S. (2017): «Individual Liability for…», *op. cit.,* Muñoz de Morales Romero, M. (2020): «Vías para la responsabilidad de…», *op. cit.,* Nieto Martín, A. (2020): «Hacia un Derecho penal económico de los Derechos humanos», en *Indret,* volumen 3, o Pérez Cepeda, A. I. (2019): «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos humanos», en *Revista Penal* (número 44), pp. 126-146.; en Argentina, *vid.* Böhm, M. L. (2017): «Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico», en *Revista Crítica Penal y Poder* (número 13), pp. 41-65 y Bohoslavsky, J. P., y Verbitsky, H. (2013): *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura.* Madrid, España: Siglo XXI Editores.

Derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Esta clarificación permitiría, a su vez, determinar qué criterios o estándares interpretativos resultan más adecuados cuando un tribunal penal nacional enjuicia con tipos penales de Derecho interno conductas de complicidad empresarial en violaciones de derechos humanos [4].

Los problemas citados adquieren ciertas peculiaridades cuando se trata del enjuiciamiento por un tribunal penal nacional de conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor o ratificación de ciertos tratados internacionales en materia de DPI o DIDH. En este sentido, la jurisprudencia argentina posterior a 1998 [5] viene declarando que los delitos «comunes» cometidos por las fuerzas armadas y de seguridad durante la Dictadura cívico-militar (1976-1983) deben ser considerados crímenes contra la humanidad con base en la costumbre internacional del DPI [6], así como violaciones de derechos humanos con base en el DIDH.

En este contexto, y centrados en Argentina, el 11 de diciembre de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 1 de San Martín dictó sentencia [7] por la que condenó a Santiago Omar Riveros (en adelante, Riveros), excomandante de los Institutos Militares en la Zona de Defensa IV durante la Dictadu-

[4] Al respecto, *vid.* Böhm, M. L. (2019): «Empresas transnacionales y violaciones de derechos…», *op. cit.,* así como los trabajos citados por la autora en p. 81, núm. 123, y Van den Herik, L., y Černič, J. L. (2010): «Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again», en *Journal of International Criminal Justice*, volume 8, pp. 725-743.

[5] Sobre los avatares de la persecución en los primeros años de la democracia argentina de los delitos cometidos durante la Dictadura cívico-militar, y el cambio de rumbo a partir de 1998, *vid*. Norris, R. E. (1992): «Leyes de impunidad y los Derechos humanos en las Américas: una respuesta legal», en *Revista IIDH,* volumen 15, pp. 71-83), Parenti, P. F. (2006): «Argentina (I)», en Arnold, J., Simon, J. M., y Woischnik, J. (eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, pp. 3-14, y Parenti, P. F., y Pellegrini, L. (2009): «Argentina», en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (pp. 133-152). Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 135-138. Sobre las leyes de «punto final» y de «obediencia debida», *vid.* solo Ambos, K. (1999): *Impunidad y Derecho penal internacional*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, pp. 175-187.

[6] *Vid.* Parenti, P. F. (2010): «La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, p. 214. Como señala Maculán [Maculán, E. (2012). «La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos entre Derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (número 14-05), pp. 12-13], resulta común en varios países latinoamericanos que la jurisprudencia recurra al Derecho internacional como «fuente directa de criminalización» de conductas acaecidas durante los regímenes dictatoriales recientes, y ello para poder «obviar» las reglas de prescripción penal previstas en los ordenamientos penales nacionales. Un resumen de la relación de la jurisprudencia argentina con el DPI en Malarino, E. (2008): «Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional», en Ambos, K. y Malarino, E. (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 422-427.

[7] Por su parte, los fundamentos de la sentencia están fechados a 15 de marzo de 2019; *vid*. núm. 15 *infra*.

ra cívico-militar, como coautor funcional de 5 delitos de allanamiento ilegal [8], 24 delitos de privación ilegal de libertad por abuso funcional [9] –agravados [10] o doblemente agravados [11]– y 24 delitos de tormento agravados [12], todos ellos referidos a las detenciones, actos de tortura y privaciones de libertad cometidos «de propia mano» por miembros de las fuerzas armadas y de seguridad contra 24 trabajadores de la planta automotriz de Ford Motor Argentina en la localidad de Pacheco, Provincia de Buenos Aires [13]. Además, se condenó como «cómplices primarios» de tales delitos a Pedro Müller (en adelante, Müller) y Héctor Francisco Jesús Sibilla (en adelante, Sibilla), a la sazón gerente de manufactura y jefe de seguridad, respectivamente, de la planta Ford de Pacheco al tiempo de los hechos. Esta sentencia representa un hito dentro de la serie histórica de procesos judiciales seguidos en Argentina para enjuiciar la responsabilidad penal de altos cargos de empresas multinacionales por complicidad en delitos relacionados con la represión a civiles durante la Dictadura [14].

El 29 de septiembre de 2021, la Sala II de la Corte Federal de Casación Penal argentina desestimó por unanimidad los recursos de casación interpuestos

---

[8] Previsto en el artículo 151 del Código penal (en adelante, CP) argentino: «[s]e impondrá la misma pena [prisión de 6 meses a 2 años] e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina». Resulta ciertamente difícil encontrar en la sentencia de instancia el juicio de subsunción en relación con este delito; lo más parecido en pp. 293-294.

[9] Previsto en el artículo 144 bis 1 CP argentino, en la redacción dada por la ley 14.616, de 30 de septiembre de 1958: «[s]erá reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo […] El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal». Sobre la subsunción de los hechos atribuidos a Riveros en los delitos de privación ilegítima de libertad por abuso funcional, *vid.* pp. 346-351 de la sentencia de instancia.

[10] Por la agravante de empleo de violencia y amenazas, prevista en el artículo 142.1 CP argentino, en la redacción dada por la ley 20.642, de 25 de enero de 1974: «[s]e aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: […] Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza».

[11] Por la agravante anterior más la de duración superior a un mes de la privación de libertad, prevista en el artículo 142.5 CP argentino, en la redacción dada por la ley 20.642: «[s]e aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: […] Si la privación de la libertad durare más de un mes».

[12] Previsto en el artículo 144 ter CP argentino, en la redacción dada por la ley 14.616: «[s]erá reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho». Sobre la subsunción de los hechos atribuidos a Riveros en el delito de imposición de tormentos, *vid*. pp. 351-362 de la sentencia de instancia.

[13] Sobre el contexto represivo sindical en la empresa Ford Motor Argentina durante la Dictadura, *vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015, pp. 457-489), y Basualdo, V., Quintana, T. O., y Varsky, C., «Los casos de Ford y Mercedes Benz», en *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura,* Madrid, España: Siglo XXI Editores, pp. 185-202.

[14] Sobre el estado de la investigación judicial de la responsabilidad de los «actores económicos» por delitos cometidos durante la Dictadura, *vid.* solo Centro de Estudios Legales y Sociales (2017, pp. 159-161).

por las defensas de Riveros y Sibilla, y por mayoría de dos a uno el interpuesto por la defensa de Müller, confirmando así las condenas de primera instancia.

Este trabajo tiene por objeto analizar, en primer lugar (apartado 2), los argumentos ofrecidos en las sentencias de instancia y casación para afirmar la responsabilidad penal de Müller y Sibilla; en segundo lugar (apartado 3.1), el contexto jurisprudencial y doctrinal en el que se enmarcan tales resoluciones judiciales, con el objeto de clarificar la posición asumida por los tribunales sobre las relaciones entre el Derecho penal argentino, el DPI y el DIDH, y sobre la implicación de tales relaciones en la afirmación de la tipicidad de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla; y, en tercer y último lugar (apartado 3.2), los argumentos específicos empleados por los tribunales en relación con la responsabilidad penal de directivos de empresas por complicidad en violaciones de derechos humanos.

36.2 LAS SENTENCIAS

36.2.1 **La sentencia de instancia**

De la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 1 de San Martín [15] solo se analizan aquí los argumentos relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla. No así, por lo tanto, otros aspectos de la resolución sin duda relevantes a otros efectos, como la legitimación activa de algunas de las acusaciones particulares, la responsabilidad penal de Riveros, la concreta subsunción de los hechos en los delitos «comunes» del CP argentino [16] o la incidencia de posibles causas de justificación.

Primero. Hechos probados

La sentencia de instancia dio por probados tanto hechos directamente ligados con la detención, tortura y encarcelamiento de los 24 trabajadores de la planta de Ford de Pacheco, como otros referidos al contexto político, empresarial y sindical en que se produjeron aquellos. En lo sucesivo se intercalarán ambos planos para una mayor claridad expositiva.

[15] Para facilitar la ubicación de cada argumento en los fundamentos de la sentencia, en adelante cito por páginas según la versión disponible en http://untref.edu.ar/crimenesdeestado/index.php/sentencia/342.

[16] *Vid.* especialmente pp. 352-354 de la sentencia de instancia, sobre la aplicación de criterios de tipicidad provenientes del DPI y DIDH para afirmar la tipicidad de las conductas enjuiciadas bajo el delito de imposición de tormentos en de la sentencia de instancia.

Los hechos más relevantes relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla son los siguientes:

(1) Con anterioridad al 24 de marzo de 1976 –día del golpe de Estado– existía dentro de la empresa Ford Motor Argentina una «significativa» organización gremial [17].

(2) En las semanas previas al golpe de Estado la presencia de militares dentro de las instalaciones de la planta Ford de Pacheco «aumentó significativamente» [18].

(3) Entre el 24 de marzo y el 21 de abril de 1976, 22 trabajadores de la planta Ford de Pacheco fueron detenidos por militares o civiles armados, y el 20 de agosto lo fueron dos más [19]. Todos los trabajadores detenidos salvo uno eran o habían sido delegados sindicales, se involucraban en cuestiones gremiales o habían asistido a reuniones de tal carácter [20]. 17 de ellos fueron detenidos dentro de las propias instalaciones de la planta Ford –en su mayoría, bajo las indicaciones o en presencia de capataces, directivos o personal de seguridad de la empresa [21], y siempre en lugares cercanos a las oficinas del «personal jerárquico» [22]–, 7 en sus domicilios y uno tras acudir voluntariamente a una comisaría de policía.

(4) De los 17 trabajadores detenidos en el interior de la planta, nueve fueron conducidos directamente a un «quincho» situado dentro del predio de la planta Ford –en el «Centro Recreativo»–, lugar utilizado por los militares como «centro clandestino de detención» [23]. Allí los trabajadores detenidos fueron interrogados y torturados [24]. El «quincho» era visible desde el resto de instalaciones de la planta [25] y tras el 24 de marzo de 1976 dejó de ser utilizado por los trabajadores porque era *vox populi* que los militares se habían instalado en él [26].

(5) Tras su arresto, todos los trabajadores fueron trasladados a dos comisarías de policía de la Provincia de Buenos Aires, donde se les sometió a

---

[17] Expuesto en pp. 175-178 de la sentencia de instancia.

[18] Expuesto en pp. 186-191 y 206-208 de la sentencia de instancia; conclusión en p. 208: «el personal del Ejército […] se encontraba instalado en la fábrica».

[19] Reconstrucción individualizada de la detención, traslado a dependencias policiales, actos de tortura y privación de libertad de cada víctima en pp. 62-175 de la sentencia de instancia.

[20] Exposición de los lazos sindicales de cada víctima en las reconstrucciones individualizadas citadas en núm. 19; conclusiones en p. 62, 178-180 y 210-214 de la sentencia de instancia.

[21] Para las reconstrucciones individualizadas, *vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 210-214 de la sentencia de instancia.

[22] *Vid.* asimismo núm. 19; conclusiones en pp. 191-193 y 196-198 de la sentencia de instancia.

[23] *Vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 214-221 de la sentencia de instancia.

[24] *Vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 218-221 de la sentencia de instancia.

[25] *Vid.* pp. 214-216 de la sentencia de instancia.

[26] *Vid.* pp. 216-218 de la sentencia de instancia.

interrogatorios bajo tormentos y sufrieron condiciones de detención «inhumanas» entre cuatro y ocho semanas [27]. El objeto de los interrogatorios versó en gran medida sobre la actividad sindical de los detenidos; a algunos de ellos se les reconoció que ese era el motivo de su detención [28].

(6) Los militares, policías o civiles armados que practicaron las detenciones o se encontraban en las comisarías portaban, o bien listados con el logotipo de Ford de los nombres, domicilios y fotografías de los trabajadores detenidos, o bien sus propias credenciales de ingreso a la planta Ford o fotografías incluidas en tales fichas [29].

(7) Los trabajadores detenidos fueron trasladados desde las comisarías de policía a varios centros penitenciarios del país, donde fueron torturados nuevamente y privados de libertad entre nueve y doce meses [30]. En la mayoría de sus fichas de detención policial o del Servicio Penitenciario Federal figuraban «motivos gremiales» como causas de su detención y encarcelamiento [31].

En cuanto al contexto político, empresarial y sindical en que se realizaron tales conductas, los hechos más relevantes relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla son los siguientes:

(8) Las conductas de detención, tortura y privación de libertad enjuiciadas se inscribieron en un ataque generalizado y sistemático contra determinados sectores de la población, ordenado por el gobierno cívico-militar instaurado tras el golpe de Estado y ejecutado por las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad [32].

---

[27] *Vid.* núm. 19; conclusiones generales en pp. 193-195 de la sentencia de instancia.

[28] *Vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 185-186 de la sentencia de instancia.

[29] *Vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 201-203. Resaltan por su trascendencia el testimonio de Juan Yandet en p. 202: «recuerdo que en varias oportunidades sí pude ver algunos militares que ingresaban y salían de la Oficina de Personal con carpetas y portafolios en su poder», y la reconstrucción judicial de la detención de Rubén Ernesto Manzano en p. 92: «se presentaron en su domicilio de Mirlo 1882 en un automóvil Ford Rural tres personas vestidas de civil fuertemente armadas […] antes de ir allí, se habían dirigido a buscarlo al domicilio de sus padres, que era el que tenía registrado como propio en la Ford».

[30] *Vid.* núm. 19; conclusiones en pp. 195-196 de la sentencia de instancia.

[31] *Vid*. núm. 19.

[32] Para la fundamentación del ataque generalizado y sistemático, *vid.* pp. 221-233 de la sentencia de instancia, con remisión a otras resoluciones judiciales, principalmente a la emblemática sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, de 9 de diciembre de 1985, «causa 13/84» –confirmada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) de 30 de diciembre de 1986–, que condenó al general Jorge Rafael Videla y a otros cuatro generales por su papel en el «Proceso de Reorganización Nacional». Concluyó la sentencia de instancia –p. 232– que «quedó acreditada la existencia a nivel nacional de un plan sistemático y generalizado por parte del gobierno de facto, de ataque a un sector de la población civil, que abarcaba todos los estratos sociales, políticos, económicos y culturales, y que tenían un denominador común, que eran considerados «subversivos» por quienes integraban el terrorismo de Estado». En contra de la calificación de los hechos enjuiciados como delitos de lesa humanidad se manifestó en su voto el magistrado Martínez Ferrero –*vid.* pp. 373-380.

(9) La extensión del ataque a trabajadores con lazos sindicales se produjo –y aquí la sentencia resalta su propia originalidad frente a la jurisprudencia anterior sobre la Dictadura cívico-militar– merced a una «colaboración estratégica» entre «sectores de la elite empresarial» y miembros del Ejército, a quienes unía el objetivo de «garantizar la normalización de las relaciones laborales, y la profunda modificación del proceso económico y social» [33]. Para el tribunal de instancia, «la eliminación de las comisiones internas de los sindicatos en las fábricas, símbolo de la fuerza obrera y de la resistencia a las demandas de eficiencia, fueron un objetivo común entre empresarios y los militares que de facto ocuparon el gobierno» [34].

(10) El «personal jerárquico» de Ford Motor Argentina se posicionó a favor de la consecución de los objetivos económicos perseguidos por el gobierno cívico-militar de aumentar la producción industrial, y, en consecuencia, se propuso «eliminar la conflictividad gremial» en la empresa, que podía ser un obstáculo para alcanzar tales objetivos [35].

(11) Este alineamiento entre el Directorio de la empresa y los objetivos económicos del gobierno cívico-militar, unido a las referencias al contexto represivo gremial de los hechos relatados, hizo concluir al tribunal de instancia que «las autoridades y personal jerárquico de Ford» brindaron a las fuerzas militares (a) *«listados con las personas que demandaban ser detenidas»* [36], (b) «legajos del personal» para su identificación en la detención [37], y (c) aportes «logísticos y

---

[33] Para la fundamentación del alineamiento entre los objetivos de política económica de la Dictadura y la política represiva en materia de derechos laborales, *vid.* pp. 233-253 y 296-315 de la sentencia de instancia.

[34] *Vid*. especialmente pp. 247 y 252-253 de la sentencia de instancia.

[35] Conclusión en p. 302 de la sentencia de instancia: «[e]l marco de conflictividad laboral entre 1975 y 1976 […] era importante y eso afectaba directamente la producción y la rentabilidad de Ford. Las actividades gremiales, sobre todo las impulsadas por los delegados de la comisión interna, afectaban directamente los intereses económicos de la empresa y fueron esos los cambios que impuso el gobierno *de facto;* la nueva situación de la que sacó provecho Ford, entre otras cosas, con el incremento de la producción y de las ganancias y paralelamente la pérdida de beneficios y bienestar social y laboral de sus dependientes». El tribunal de instancia alcanzó esta conclusión tras valorar, entre otras circunstancias, las declaraciones de Nicolás Courard (a la sazón presidente de la compañía) durante los años de Dictadura –pp. 300-314–, la sistematicidad del «circuito represivo» en que se inscribieron las conductas enjuiciadas –pp. 191-198–, los lazos con el movimiento sindical de casi todas las víctimas –*vid*. núm. 19– o la reconstrucción testifical de las reuniones mantenidas entre delegados y representantes de la empresa días después del golpe de Estado –pp. 108, 118 y 313-314.

[36] *Vid.* pp. 203-204 de la sentencia de instancia; conclusión en p. 307.

[37] *Vid.* pp. 201-203 de la sentencia de instancia; en p. 180 se puntualizó que «necesariamente el personal jerárquico de la empresa Ford debieron haber identificado, en razón de esta actividad y/o participación gremial, a las víctimas de autos porque esa información no pudieron haberla obtenido las fuerzas represivas solamente a partir de la información del SMATA»; conclusión en pp. 205-206.

de recursos materiales» [38] y *«de la estructura organizacional y de la infraestructura territorial» de la empresa* [39, 40].

La sentencia de instancia declaró que estas conclusiones generales constituyeron, a su vez, el «contexto de sentido» en que se inscribieron las contribuciones de Müller y Sibilla, contexto a partir del que, a juicio del tribunal, «se elucida el sentido delictivo de sus acciones tanto en la faz objetiva como subjetiva» [41]. Pero, antes de analizar la argumentación del tribunal sobre la tipicidad de tales contribuciones, véanse los hechos probados que sustentarían (siempre a juicio del tribunal) su existencia:

(12) En 1976, Müller ocupaba en Ford Motor Argentina el cargo de «gerente general o de manufactura», así como de miembro del Directorio, y era, «literalmente, el número dos de la firma» [42]. Sobre las competencias ostentadas y su desempeño práctico, la sentencia de instancia dio por probado que era la autoridad de la fábrica […] además de encontrarse en la máxima esfera de tomas de decisión empresarial –como integrante del directorio y reemplazante habitual por años del Presidente–, conocía toda la fábrica y las distintas labores que se hacían en las secciones; conocía los problemas, los conflictos y los resultados de la producción en persona; recorría la fábrica, hablaba con los capataces, verificaba al final del día si se habían alcanzado las metas fijadas para la producción, en caso que ello no sucediera averiguaba las razones y planteaba los modos de resolver los obstáculos que impedían alcanzar los objetivos planificados [43].

(13) En lo personal, Müller compartía la ya descrita posición de la empresa en relación con los objetivos económicos del gobierno cívico-militar, así como la conciencia del obstáculo que a tales objetivos suponía el movimiento sindical [44].

---

[38] *Vid.* pp. 206-210 de la sentencia de instancia; se hizo referencia concreta al uso por parte de los militares del comedor y resto de instalaciones de la planta, incluido el «quincho» –pp. 206-208–, así como de combustible y vehículos de la marca Ford sin número de registro para realizar algunas de las conductas enjuiciadas –pp. 208-210–.

[39] *Vid.* pp. 210-221 de la sentencia de instancia; se hizo referencia concreta a la colaboración de capataces, personal de seguridad interna y directivos en la detención de los trabajadores –pp. 210-214–, así como a la utilización del «quincho» dentro del predio de la planta como «centro clandestino de detención» –pp. 214-221–.

[40] Conclusiones generales sobre la responsabilidad de «las autoridades y personal jerárquico» de Ford en pp. 302 y 311 de la sentencia de instancia.

[41] *Vid.* pp. 296 y 315 de la sentencia de instancia.

[42] Exposición de las competencias propias del cargo de Müller en pp. 315-318 de la sentencia de instancia –en especial pp. 316-317–: con base en las Actas de Directorio de 1976, Müller asistió a todas las reuniones de este, que solo integraban por lo general el presidente, otro directivo y él.

[43] Exposición del desempeño profesional de Müller en pp. 318-321 de la sentencia de instancia.

[44] *Vid*. p. 321 de la sentencia de instancia.

(14) Con base en tales hechos, la sentencia de instancia dio por probado que Müller, «en dicho conocimiento y con el afán de lograr tales objetivos», «facilitó la individualización y localización de las personas a detener y permitió el alojamiento de algunas de ellas en dependencias de la propia fábrica convertidas en un centro clandestino de detención en el que las víctimas fueron sometidas a tormentos» [45]. Es decir: el órgano judicial dedujo que Müller facilitó a los militares la identidad de los trabajadores con lazos sindicales tras imputarle (a) el conocimiento de esa información y (b) el conocimiento de que revelársela a los militares reportaría beneficios económicos a la empresa y a él mismo; y dedujo asimismo que Müller «permitió» la utilización del «quincho» como «centro clandestino de detención.

(15) En 1976, Sibilla ostentaba la «Jefatura de seguridad» o «Supervisión de Seguridad» de la planta Ford de Pacheco [46]. Sus funciones consistían en «cuidar los intereses de la empresa y a su personal», y, como responsable directo de los trabajadores de la empresa de seguridad contratada por Ford –en su mayoría exmiembros del Ejército o las fuerzas de seguridad–, controlar «la entrada y salida de todo el personal de la empresa y de visitas» y «los vehículos de la empresa, ya sea camiones de la empresa o privados» [47]. Él mismo era militar retirado con rango de oficial [48]. En el ejercicio de sus funciones, Sibilla «tenía un rol activo y muy presente en los diferentes problemas o conflictos que ocurrían diariamente en las plantas, recorría diariamente la planta y conocía a los empleados», «ejerció un dominio espacial en todas las plantas y zonas de la fábrica de Pacheco, controló sus ingresos y egresos tanto de personas como de vehículos y era asimismo la máxima autoridad en casos de conflictos que pudieran tener alguna vinculación con algún presunto hecho delictivo o con las fuerzas de seguridad» [49].

(16) Con base en la deducción de que Sibilla, por su desempeño del cargo, sabía quiénes eran los trabajadores con lazos sindicales, la sentencia dio por probado que aquel, «en dicho conocimiento y con el afán de lograr tales objetivos», «facilitó la individualización y localización de las personas a detener y permitió el alojamiento de algunas de ellas en dependencias de la propia

[45] Conclusión en pp. 321 y 328 de la sentencia de instancia.

[46] Exposición de las competencias propias del cargo de Sibilla en pp. 321-327 de la sentencia de instancia.

[47] *Vid.* p. 322 de la sentencia de instancia.

[48] La sentencia afirmó en p. 327 que «el hecho de que Sibilla haya integrado las filas del Ejército Argentino con rango de Oficial indica sin lugar a dudas, que contaba con un conocimiento […] de la dinámica del Ejército cuyos miembros fueron quienes materializaron de mano propia las detenciones. Como dato no menor, debemos recordar que llamativamente fue ascendido en el Ejército, luego de ocurrido el golpe militar del marzo de 1976».

[49] *Vid.* pp. 326-327 de la sentencia de instancia.

fábrica convertidas en un centro clandestino de detención en el que las víctimas fueron sometidas a tormentos» [50]. A diferencia del caso de Müller, el «afán» por lograr los objetivos empresariales de Sibilla no fue inferido de las competencias propias de su cargo.

En definitiva: la sentencia de instancia dio por probado que Müller y Sibilla (a) aportaron la información específica que permitió la detención de los trabajadores de la planta Ford de Pacheco y (b) «permitieron» la utilización por los militares del «quincho» dentro del predio de la planta como «centro clandestino de detención», y ello tras realizar diversas inferencias de (a) elementos cognoscitivos (ambos conocían la «situación de la empresa», «su grado de compromiso con los objetivos del Proceso de Reorganización Nacional», «las demandas que las autoridades *de facto*» formulaban a la empresa, la identidad de los trabajadores con lazos sindicales –y Müller, además, la posible interferencia del «tema sindical» con los objetivos de producción) y (b) elementos volitivos (Müller y Sibilla tenían el «afán» de lograr los objetivos empresariales) [51]. Esas serían, a juicio de la sentencia de instancia, las contribuciones de Müller y Sibilla a los hechos enjuiciados.

Segundo. Calificación jurídica

Los hechos atribuidos a Müller y Sibilla fueron calificados por la sentencia de instancia como «complicidad primaria» en los delitos atribuidos a Riveros a título de coautor funcional [52] –que, a su vez, fueron considerados delitos de lesa humanidad conforme al artículo 7 ECPI [53]–. Para ello, el órgano judicial

[50] Conclusión alcanzada en pp. 327-328 de la sentencia de instancia. Esta conclusión se apoyó asimismo en la valoración de un teletipograma de los servicios de inteligencia del gobierno cívico-militar que listaba a los jefes de seguridad de diversos empresas y donde Sibilla figuraba junto con su cargo del ejército; ello sirvió al órgano judicial para concluir en p. 326: «[e]ste documento respecto de los jefes de seguridad de las empresas en manos de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la provincia de Buenos Aires permitió inferir que Sibilla era uno de sus interlocutores dentro de la fábrica».

[51] Razonamiento resumido en p. 315: «resulta inimaginable, aun por vía del absurdo, que Pedro Müller y Héctor Francisco Jesús Sibilla permanecieran ajenos al estado de situación que detallamos precedentemente […] sus acciones estuvieron imbuidas en las motivaciones de la empresa de la que, con altos cargos formaron parte en la época de los hechos, y se dirigieron precisamente a la finalidad buscada por la misma».

[52] *Vid.* p. 265 de la sentencia de instancia.

[53] *Vid.* pp. 16-20, 21-22, 25-27 y 257-258 de la sentencia de instancia. En este punto el tribunal de instancia recurrió a la práctica –común en la jurisprudencia argentina– de la «doble» subsunción de los hechos enjuiciados en delitos «comunes» del CP argentino y en el delito de lesa humanidad recogido en el artículo 7.1 ECPI. La principal consecuencia de esta «doble» subsunción sería aplicar al caso enjuiciado la pretendida regla de la imprescriptibilidad de los «crímenes contra la humanidad» y, así, considerar no prescritos los delitos «comunes» enjuiciados; *vid.* pp. 10-15, 22-25 y 27-29 de la sentencia de instancia. Sobre todo ello, *vid.* en profundidad *infra*.

se apoyó, entre otros, en los criterios propuestos en el informe «Complicidad empresarial y responsabilidad legal» del Panel de Expertos de la Comisión Internacional de Juristas (en adelante, CIJ) sobre complicidad empresarial en crímenes internacionales [54], o en la teoría del dolo como «conocimiento situacional» de Ragués i Vallès [55]. Sintéticamente, el razonamiento del órgano judicial fue el siguiente:

En cuanto al tipo objetivo [56], por un lado, las contribuciones de Müller y Sibilla serían subsumibles en el tipo de la complicidad o «participación necesaria» en los delitos atribuidos a Riveros porque la conducta de aquellos «habilitó las violaciones en tanto proveyó la información necesaria a fin de la correcta y rápida individualización de los empleados gremialistas, y las exacerbó al disponer un espacio para que las Fuerzas Armadas desplegaran su poder represivo de forma clandestina» [57]. En esencia, el órgano judicial aplicó aquí los criterios de «causalidad» propuestos en el informe de la CIJ [58]. Asimismo, la sentencia rechazó que las contribuciones de Müller y Sibilla constituyeran siquiera «aportes neutrales» en el plano objetivo, pues resultaría fuera de toda lógica concluir que la entrega a las fuerzas de seguridad y menos aún en el contexto de un golpe de estado cívico-militar, de credenciales y legajos de los trabajadores y la existencia de listas con los nombres de los trabajadores a detener […] pueda ser considerado un aporte banal o cotidiano y por ello impune en el contexto de sentido delictivo ya descripto [59].

---

[54] El informe de la CIJ enumera diversos criterios distribuidos en tres planos: (a) en el plano objetivo o de la «causación», los criterios propuestos serían tres: (a') «habilitación» (la conducta violadora de derechos humanos no habría ocurrido sin la conducta de la empresa), (a'') «exacerbación» (la conducta de la empresa empeora las violaciones y el daño causado) y (a''') «facilitación» (la conducta de la empresa cambia la manera en que se lleva a cabo la conducta violadora de derechos humanos); (b) en el plano subjetivo o del «conocimiento y previsibilidad», los criterios serían dos: (b') voluntad de la empresa de participar en las conductas violadoras de derechos humanos, y (b'') conocimiento o deber de conocimiento (la empresa «sabe o debería haber sabido») de que su conducta muy probablemente iba a contribuir a tales violaciones de derechos humanos, y (c) en un plano transversal, la «proximidad» entre la empresa y el autor o las víctimas de la violación de derechos humanos reforzaría los indicadores objetivos y subjetivos a través de cuatro criterios: (c') proximidad geográfica, (c'') relaciones económicas y políticas, (c''') relaciones legales, y (c'''') intensidad, duración y textura de dichas relaciones. Los criterios son expuestos sintéticamente en pp. 270 y 334 de la sentencia de instancia; para mayor claridad, *vid.* pp. 12-31 del tomo I del informe.

[55] Expuesto en pp. 330-331 de la sentencia de instancia.

[56] Lo que sigue es simplemente una sistematización de los argumentos ofrecidos por el tribunal de instancia según su relación con los juicios de tipicidad objetiva o subjetiva; el órgano judicial no realizó una ordenación de esta clase.

[57] Expuesto en pp. 271-272 de la sentencia de instancia.

[58] *Vid.* núm. 54.

[59] Expuesto en p. 331 de la sentencia de instancia; sin embargo, a renglón seguido y en adelante el órgano judicial trajo a colación la dogmática de la exclusión de la complicidad por neutralidad de la conducta, cuya concurrencia en el caso enjuiciado acababa de negar; este punto no será abordado en el presente trabajo.

Y, por otro lado, el tribunal introdujo una referencia a la jurisprudencia del TPIY para reafirmar su conclusión: «[p]or este tipo de actos, proveer información sensible y precisa y proveer asistencia logística para la comisión de crímenes contra la humanidad, se han dictado sentencias en fueros internacionales condenando a directivos de empresas» [60].

En cuanto al tipo subjetivo, en primer lugar, el tribunal se adhirió a la propuesta de Ragués i Vallès de que el conocimiento requerido por el dolo quedaría probado cuando el «significado social» de la conducta y las circunstancias que la acompañan permiten suponer que el sujeto se representó la concreta peligrosidad de la conducta para producir el resultado [61]. Con base en este criterio, el órgano judicial apreció que, inscritas las contribuciones de Müller y Sibilla en el «contexto delictivo» ya relatado, y conociendo aquellos ese contexto, cabría atribuirles (a) el elemento cognoscitivo del dolo «simple» o de prestación de ayuda [62] en relación con la «permisión» de que los militares usaran el «quincho» [63]; (b) el elemento cognoscitivo del dolo «trascendente» («destino del aporte») en relación con las conductas delictivas realizadas por los militares contra los 24 trabajadores [64] –conocimiento reforzado en el caso de Sibilla, al haber sido identificado por una de las víctimas en un interrogatorio en la comisaría de policía [65]–, y (c) un elemento volitivo del dolo «trascendente», en tanto las conductas de Müller y Sibilla «estuvieron imbuidas en las motivaciones de la empresa de la que, con [sic] altos cargos formaron parte en

[60] *Vid.* pp. 252-253 y 341-345 de la sentencia de instancia, con referencias a las sentencias de los casos «Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 others», «Tadić» y «Brdanin». Se añadió en pp. 341-342 que «en numerosos precedentes del TPIY se sostuvo que el "actus reus" de la complicidad e instigación consiste en la determinación de que el aporte haya tenido un efecto sustancial en la comisión del crimen, tal como hemos sostenido para determinar en este caso el carácter primario de la participación atribuida a los nombrados».

[61] *Vid.* pp. 330-331 de la sentencia de instancia.

[62] La sentencia de instancia no empleó la terminología «dolo simple» y «dolo trascendente», que aquí se usa a meros efectos didácticos.

[63] En cuanto al dolo «simple» en relación con el aporte de información sobre los trabajadores con lazos sindicales, la sentencia de instancia no se refirió a él expresamente, acaso por considerarlo evidente.

[64] *Vid.* pp. 328-329 de la sentencia de instancia; conclusión en p. 337: «Este «conocimiento» que se probó que Müller y Sibilla tenían respecto de todo lo que ocurría en la fábrica […] permitió inferir que también conocieron la utilización de vehículos de la empresa en la que fueron trasladadas las víctimas detenidas dentro de la fábrica, el lugar en el centro recreativo al que las condujeron y su especial acondicionamiento […] por lo que concluimos que conocieron también lo que allí ocurrió, incluidas las brutales palizas, vejaciones e insultos que sufrieron los secuestrados, así como las condiciones en las que fueron sacados de la fábrica apilados en una camioneta, por lo que sus aportes punibles comprendieron incluso ese tramo de los sucesos […] si como quedó demostrado, conocieron ya desde la primera detención, el mismo 24 de marzo, que las víctimas fueron maltratadas y torturadas en las mismas instalaciones de la fábrica, ese mismo conocimiento comprendió también a los sucesos posteriores, en el sentido que nada haría variar su suerte luego de que abandonasen la fábrica, o que quienes fueron detenidos en sus domicilios tendrían un mejor destino, sino todo lo contrario».

[65] *Vid.* p. 329 de la sentencia de instancia.

la época de los hechos, y se dirigieron precisamente a la finalidad buscada por la misma» [66].

Y, en segundo lugar, la sentencia de instancia se valió asimismo de referencias «paralelas» para fundamentar la tipicidad subjetiva de las contribuciones de Müller y Sibilla. En lo que aquí interesa, el tribunal, por un lado, aplicó ciertos criterios de imputación subjetiva propuestos en el informe de la CIJ [67] –extremo que será abordado en el apartado 3.2 de este trabajo–, y, por otro, introdujo referencias a la jurisprudencia del TPIY y las *Courts of Appeals* de Estados Unidos para reafirmar su conclusión [68].

Tercero. Recapitulación

En definitiva, la sentencia de instancia:

(a) dio por probado que Müller y Sibilla (1) conocían el objetivo empresarial de aumentar la producción en la planta Ford de Pacheco; (2) sabían que la conflictividad sindical podría ser un obstáculo para la consecución de aquel; (3) querían que tal conflictividad sindical fuese neutralizada, y (4) sabían quiénes eran los trabajadores con lazos sindicales, por lo que (5) «facilitaron» a los militares la identidad de los trabajadores con lazos sindicales y «permitieron» el uso del «quincho» como «centro clandestino de detención» y tortura, y

(b) calificó las contribuciones de Müller y Sibilla como constitutivas de complicidad primaria en los delitos atribuidos a Riveros como coautor funcional, al afirmar la subsumibilidad de aquellas en (1) el tipo objetivo de la complicidad, tras aplicar los criterios de la «habilitación» y la «exacerbación» propuestos en el informe de la CIJ, y (2) el tipo subjetivo de la complicidad, tras aplicar los criterios de atribución del dolo propuestos por Ragués i Vallès y los criterios de imputación subjetiva propuestos en el informe de la CIJ, y mencionar la doctrina jurisprudencial de tribunales de DPI y tribunales nacionales norteamericanos.

Con base en las premisas anteriores, el tribunal condenó a Müller y Sibilla, como «partícipes necesarios» de los delitos atribuidos a Riveros, a las penas de 10 y 12 años de prisión, respectivamente, más inhabilitación absoluta

---

[66] *Vid.* p. 315 de la sentencia de instancia.

[67] *Vid.* núm. 54 y pp. 271 y 333-336 de la sentencia de instancia.

[68] *Vid.* pp. 272 y 344-345 de la sentencia de instancia, con referencias a los casos «Tadić» y «Perisic» y a la sentencia del caso «John Doe y otros vs. Union Oil Company of California –Unocal–» de la Corte de Apelaciones estadounidense.

por el tiempo de la condena. Se aplicó la ley penal nacional vigente al tiempo de los hechos [69].

En lo que aquí interesa, la sentencia de instancia empleó criterios provenientes del DIDH y del DPI para la calificación jurídica, lo que implicó realizar una previa «triple» subsunción de los hechos enjuiciados en delitos «comunes» del CP argentino, violaciones de derechos humanos y el delito de lesa humanidad del artículo 7.1 del Estatuto de Roma (en adelante, ECPI). En el apartado 3.2 se analizará cuán lejos se llevó esta «solución cumulativa» [70] en la calificación jurídica de los hechos, así como su repercusión a la hora de seleccionar los criterios de interpretación empleados.

36.2.2 **La sentencia de casación**

La sentencia de la Sala II de la Corte Federal de Casación Penal [71] rechazó por unanimidad los recursos de Riveros y Sibilla, y por mayoría el de Müller. De nuevo, solo se analizan aquí los argumentos relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla [72].

Los votos de los magistrados Slokar (ponente) y Mahiques defendieron la desestimación de todos los argumentos de las defensas de Müller y Sibilla [73].

De un lado, en relación con la invocada falta de prueba de la realización por Müller y Sibilla de las conductas atribuidas a estos, el voto del magistrado ponente, tras reproducir la «reseña histórica» contenida en la sentencia de instancia [74] y aludir a la «especial atención» que suscita actualmente la responsabilidad corporativa por violaciones a derechos humanos [75], validó los argumen-

---

[69] *Vid.* p. 345 de la sentencia de instancia.

[70] Utiliza esa denominación Maculán en relación con la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema peruana, de 7 de abril de 2009, que calificó los hechos atribuidos al exdictador Alberto Fujimori como delitos «comunes» previstos en el CP peruano y «crímenes contra la humanidad» conforme al DPI. *Vid.* Maculán, E.: «La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos entre Derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, (número 14-05), p. 11.

[71] Para facilitar la ubicación de cada argumento en el texto de la sentencia, cito por páginas según la versión disponible en https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/09/fallos89591.pdf.

[72] Análisis de los motivos de casación contenidos solo en el recurso de Riveros en pp. 43-50 y 97-101 (voto del magistrado Slokar), p. 159 (voto del magistrado Mahiques), y p. 170 (voto del magistrado Yacobucci) de la sentencia de casación.

[73] Tanto el recurso de Müller (analizado por el magistrado ponente Slokar en pp. 17-22 de la sentencia de casación) como el de Sibilla (pp. 17-22) solicitaban la nulidad de la sentencia de instancia por, entre otros motivos, apreciación arbitraria de la prueba, vulneración del principio de culpabilidad por imprecisión de las acusaciones, y vulneración del principio de legalidad por aplicación errónea del artículo 45 CP argentino y apreciación arbitraria de la tipicidad de las conductas atribuidas a aquellos.

[74] *Vid*. pp. 76-90 de la sentencia de casación.

[75] *Vid*. pp. 90-93 de la sentencia de casación.

tos dados por el tribunal de instancia para concluir la efectiva realización de tales contribuciones por Müller [76] y Sibilla [77].

Y, de otro lado, en relación con la calificación jurídica de los hechos, el magistrado ponente, tras reproducir y validar los argumentos del tribunal de instancia sobre la «colaboración» prestada por la empresa Ford a las fuerzas armadas durante la Dictadura [78], validó asimismo la argumentación del fallo, tanto al fundamentar la tipicidad objetiva y subjetiva de las contribuciones de Müller [79] y Sibilla [80] –lo mismo hizo el magistrado Mahiques en su voto [81]–, como al calificar asimismo los hechos como delito de lesa humanidad del artículo 7.1 ECPI [82].

Por su parte, el voto del magistrado Yacobucci incluyó ciertas consideraciones críticas a la sentencia de instancia en relación con la responsabilidad de Müller [83], y concluyó rechazando su responsabilidad penal [84].

En primer lugar, sobre la afirmación del tribunal instancia de que Müller señaló «con información propia y la que recibió de sus inferiores, quiénes debían desaparecer» [85], argumentó que, al no haberse considerado ninguna «máxima de experiencia empresarial u organizativa» ni criterios de «competencial, rol y funciones», era un «salto argumentativo ilógico» afirmar que por ser Müller el responsable de la producción y, en consecuencia, estar al tanto de los problemas que los reclamos gremiales generaban en la fábrica, entonces, fue quien facilitó la lista con los nombres de los operarios al Ejército [86].

A juicio del magistrado disidente, el tribunal de instancia no consiguió conectar la pretendida responsabilidad de la «elite empresarial» de Ford con ninguna conducta de Müller a través de «marcadores de relevancia de un injusto típico» [87], lo cual, unido al hecho de que la identidad de los trabajadores con

---

[76] *Vid*. pp. pp. 102-120 de la sentencia de casación, en especial pp. 116-118.

[77] *Vid*. pp. 131-135 de la sentencia de casación.

[78] *Vid*. pp. 102-109 de la sentencia de casación; conclusión en p. 110.

[79] *Vid*. pp. 124-129 de la sentencia de casación

[80] *Vid*. pp. 136-137 de la sentencia de casación. El voto del magistrado Mahiques alcanzó la idéntica conclusión tras aludir a las competencias de Sibilla y su desempeño del cargo, así como a su relación con el Ejército argentino; *vid.* pp. 164-166 de la sentencia de casación.

[81] *Vid.* pp. 162-166 de la sentencia de casación.

[82] *Vid*. pp. 33-36 y 137-146 de la sentencia de casación, donde se intercalan argumentos provenientes del DPI con otros del DIDH.

[83] En cuanto al recurso de Sibilla, el magistrado se mostró favorable a su desestimación con base en dos argumentos principales: (a) que, por su área de competencia, «estaba formal y materialmente en una posición jurídica que implicaba la intervención en los hechos atribuidos» (pp. 170-171), y (b) que su vinculación con las fuerzas armadas, y particularmente su ascenso en el escalafón militar durante la Dictadura, influían en «la consideración objetiva y subjetiva de la atribución de responsabilidad en los ilícitos» (pp. 171-172). *Vid. infra.*

[84] *Vid*. p. 190 de la sentencia de casación.

[85] *Vid*. pp. 172-174 de la sentencia de casación.

[86] *Vid*. pp. 176-178 de la sentencia de casación.

[87] *Vid*. pp. 175-176 de la sentencia de casación.

lazos sindicales no constituía, a su juicio, «información confidencial o secreta», le hizo concluir que la sentencia no ha logrado fundar la imputación personal de Müller de modo alguno constitucionalmente aceptado. Pues no ha conseguido alcanzar la responsabilidad del acusado, ni a través de prueba directa –de cualquier naturaleza–, ni de indicios que partan de hechos base demostrados, sean plurales, estén en los confines del suceso y resulten unívocos, todas estas exigencias para su eficacia demostrativa [88].

En segundo lugar, en cuanto a la tipicidad objetiva, el magistrado disidente argumentó que, si la empresa poseía «una estructura de funcionamiento empresarial con ámbitos de actuación asignados a cada una de sus áreas, departamentos y miembros individuales» –lo que implica que «no todo es asunto de todos, ni cualquier rol se muestra como garante de otros, ni posee un dominio social ilimitado»– [89], no cabe «descargar» la pretendida responsabilidad de la empresa en Müller sin antes demostrar que este «hubiera tenido dentro de sus atribuciones alguna de las conductas que el *a quo* le atribuye a Ford, o que su desenvolvimiento se mostrara ligado o, al menos, en los confines del área de seguridad» [90]. Puesto que la sentencia de instancia no realizó un tal razonamiento, incurriría en «un error de apreciación jurídica en el mismo inicio de la imputación objetiva» que desembocaría en «una responsabilidad vicarial sin fuente de origen» [91]. En todo caso, dada la ubicación de Müller como Gerente de Manufactura de la empresa, no existiría «vinculación normativa entre las conductas que el *a quo* le reprocha a la empresa Ford y las competencias que Müller tenía a su cargo» [92].

Y, en tercer lugar, en cuanto a la tipicidad subjetiva, por un lado, el pretendido «contexto delictivo» afirmado para apreciar el dolo «trascendente» de la complicidad habría de matizarse a la vista de que «el golpe militar fue perpetrado en el mismo plano temporal en que ocurrieron los hechos que nos ocupan» [93], lo que impediría afirmar que Müller hubiese estado «imbuido» de

---

[88] *Vid*. p. 177 de la sentencia de casación.

[89] *Vid*. p. 179 de la sentencia de casación.

[90] *Vid*. pp. 182-183 de la sentencia de casación; apuntó asimismo el magistrado a este respecto (p. 177) que «las fotografías que tenían quienes realizaban las detenciones a fin de identificarlos eran las mismas de sus credenciales de ingreso a la planta, que se hubieran tomado en oportunidad de aplicar a trabajar a Ford […] fueron utilizados por el sentenciante en contra de Sibilla quien, efectivamente, tenía bajo su competencia esos datos de identificación, pero no así, el Gerente de Manufactura», por lo que (p. 184) que «no es posible asimilar la responsabilidad que le cabe al Jefe de seguridad de la empresa, con las características peculiares de Sibilla y su relación particular con el Ejército, por los hechos que padecieron los empleados dentro del propio predio que debía custodiar –entre el que se incluían los quinchos–, que la que le pudiera caber a quien tenía a su cargo la manufactura dentro de la fábrica».

[91] *Vid*. pp. 180-183 y 187 de la sentencia de casación.

[92] *Vid*. p. 188 de la sentencia de casación.

[93] *Vid*. p. 189 de la sentencia de casación; subraya el voto disidente a renglón seguido: «lo reciente de esa ilícita intervención militar resta eficacia demostrativa y neutraliza la pretendida evidencia emergen-

las «motivaciones» de la empresa al realizar su contribución [94]. Y, por otro lado, en todo caso resultaría irrelevante la afirmación de que Müller –y Sibilla– ««lógicamente conocían o debieron conocer» lo que ocurría en los quinchos de la empresa y el tratamiento que se les daba a los detenidos», pues, no teniendo aquel atribuida «ningún tipo de responsabilidad residual en orden a alguna competencia delegada», todo aquello no vinculado a la producción de la fábrica queda por fuera del campo de conocimiento según el rol desempeñado por Müller, sea cual fuere la naturaleza que en la condena se pretenda otorgar a la noción normativa de dolo [95].

Por último, en relación con la calificación de los hechos enjuiciados como delito de lesa humanidad, así como su declaración de imprescriptibilidad, el magistrado Yacobucci se limitó a validar el argumento del tribunal de instancia [96].

36.3 CONTEXTO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LAS SENTENCIAS

Sirva el recorrido argumental recién descrito como muestra del complejo escenario que enfrenta un tribunal nacional cuando enjuicia hechos *prima facie* subsumibles tanto en delitos «comunes» como en violaciones de derechos humanos y/o delitos previstos en el DPI.

En lo que aquí interesa, esta complejidad puede reconducirse a la interrelación entre dos problemas: (a) cómo se integran y relacionan en un ordenamiento jurídico el Derecho penal interno, el DPI y el DIDH, y (b) cuán intercambiables, compatibles o complementarios son los criterios de interpretación empleados en cada una de las tres disciplinas. Todo tribunal que se enfrenta a

---

te de los hechos, merced a la fuerte presencia de las fuerzas de seguridad que se venía desenvolviendo dentro de la fábrica. Esta situación de control y aseguramiento armado había sido establecida por las autoridades democráticas antes del 24 de marzo de 1976. De este modo, partir de esos aspectos para llegar a la imputación de dolo resulta inconsistente».

[94] *Vid*. p. 184 de la sentencia de casación.

[95] *Vid*. pp. 188-189 de la sentencia de casación; añadió el magistrado disidente (pp. 189-190) que, incluso de haber conocido Müller las detenciones, «no se advierte en esto el quebrantamiento de su rol, ya que, a lo sumo siguiendo ese razonamiento forzado e indemostrado según las pruebas, el acusado se mantuvo dentro de sus funciones, mediante la realización de un comportamiento estereotipado, resultando su conducta meramente neutral […] Müller, en lo que aquí importa, no tenía dentro de sus competencias o funciones asignadas la custodia de la información privada de los empleados a su cargo; el control sobre el ingreso y egreso del predio; la posibilidad de disponer de sectores específicos de la fábrica por fuera de las áreas de producción; ni la posibilidad de brindar asistencia logística a fin de que los militares desplegaran sus operaciones dentro de la factoría».

[96] *Vid.* pp. 169-170 de la sentencia de casación: «por fuera de la opinión que se tenga sobre la cuestión, no aparecen en sus postulados [los de la defensa] argumentos que no hayan sido motivo de análisis por el más alto tribunal, en cuya línea se enrola el voto del juez que lidera el acuerdo».

supuestos como el analizado acaba posicionándose en relación con ambos problemas; a continuación se abordará en qué sentido lo hicieron los tribunales de instancia y casación en el caso «Ford-Müller».

36.3.1 **Derecho penal interno, DPI y DIDH** [97]

En cuanto al primer problema, los tribunales de instancia y casación declararon, como se vio, que los delitos «comunes» enjuiciados eran también subsumibles en el delito de lesa humanidad del artículo 7.1 ECPI. Esta práctica, habitual en la jurisprudencia argentina, trae causa de que, al tiempo de la Dictadura cívico-militar, ni el Derecho penal argentino preveía un delito de lesa humanidad, ni la República Argentina había ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, lo que abocaría a declarar prescritos los delitos «comunes» cometidos durante dicho período. Sin embargo, al calificar los hechos también como constitutivos de delitos de lesa humanidad trata de sustentarse la no prescripción de aquellos [98] por serles aplicables la una norma consuetudinaria de DPI que establecería su imprescriptibilidad [99].

---

[97] Sobre las conexiones entre DPI y DIDH, *vid.* Ambos, K. (2004): «Derechos humanos y Derecho penal internacional», en *Diálogo Político*, año XXI (número 3), pp. 86, 89-91, el mismo (1999, pp. 44-51), y Ventura Robles, M. E. (2014). «La relación entre los derechos humanos y la justicia penal internacional». *Revista IIDH,* volumen 59, pp. 303-344, pp. 306, 310-311. Sobre el concepto de DPI, *vid.* las referencias doctrinales citadas en Ambos, K. (2020): «Responsabilidad penal internacional de las empresas: una aproximación desde la perspectiva de la praxis jurídica», en Ambos, K., y Böhm, M. L. (eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, p. 75, núm. 1.

[98] *Vid*. solo Malarino, E. (2003): «Argentina», en Ambos, K., y Malarino, E. (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 75-76. Ello sin perjuicio de que la técnica de la «doble» subsunción también pueda perseguir otros efectos, como fundamentar un mayor injusto para los delitos «comunes» enjuiciados –*vid.* Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* p. 37 –o conseguir un cierto efecto «simbólico»– *vid.* Maculán, E.: «La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos…, *op. cit.,* pp. 13-14) en relación con la sentencia del caso «Fujimori», citada en núm. 70.

[99] De acuerdo con Parenti, P. F. (2008), «Argentina», en Ambos, K., y Malarino, E.: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia,* Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 23, 27-29, y Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,*, pp. 71-73, el recurso a la costumbre internacional como fundamento de la imprescriptibilidad de delitos «comunes» subsumibles también como delitos de lesa humanidad comenzó a utilizarse en la jurisprudencia argentina al hilo de dos casos de extradición pasiva: la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, de 30 de agosto de 1989, caso «Schwammberger» –confirmada por la sentencia de la CSJN de 20 de marzo de 1990– y la sentencia de la CSJN de 2 de noviembre de 1995, caso «Priebke». Solo a partir de 1998 el argumento comenzó a ser aplicado igualmente a «casos estrictamente penales» –*vid.* las sentencias citadas en Parenti (2006a, p. 13, núm. 18)– hasta su asunción expresa por la CSJN en las sentencias de 24 de agosto de 2004, caso «Arancibia Clavel», y de 14 de junio de 2005, caso «Simón». Sobre la trascendencia del caso «Schwammberger» en la discusión sobre la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» subsumibles en

En general, la jurisprudencia argentina –también las sentencias aquí analizadas– suele emplear el siguiente razonamiento:

(1) Debe interpretarse que el artículo 118 de la Constitución de la Nación argentina (CN) [100] contiene una «cláusula abierta» de recepción constitucional de las normas y principios del DPI en materia de crímenes «contra el derecho de gentes» [101] –incluidas las normas de *ius cogens*–, otorgándoles aquella cláusula a estas «rango constitucional» [102] y siendo aplicable también a delitos cometidos en territorio argentino [103].

(2) Debe interpretarse asimismo que la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad es una norma de *ius cogens* del DPI desde, al menos, el final de la Segunda Guerra Mundial [104].

---

delitos pertenecientes al DPI, *vid.* Abregú, M., y Dulitzky, A. (1996). «Las leyes *ex post facto* y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno», en *Separata de Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires* (números 60-61), pp. 161-170.

[100] «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio».

[101] *Vid.* pp. 13-15 de la sentencia de instancia –así como las sentencias de la CIDH en las que se apoya–; el voto del juez Schiffrin en la sentencia del caso «Schwammberger», § 20; Abregú, M., y Dulitzky, A. (1996). «Las leyes *ex post facto* y…», *op. cit.,* pp. 142-145, y los autores citados en Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* p. 47, núm. 35. Del artículo 118 CN extrae asimismo un sector jurisprudencial mayoritario un compromiso del Estado con la persecución de los delitos previstos en el DPI; *vid.* Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 26-27 y 31, y el mismo (2006, p. 64). Sobre los límites de la obligación de los Estados de investigar, y, en su caso, castigar los «delitos internacionales», *vid.* Ambos, K. (2004): «Derechos humanos y Derecho penal internacional», en *Diálogo Político*, año XXI (número 3), pp. 92-101 y el mismo (1999): *Impunidad y Derecho penal internacional*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, pp. 66-117.

[102] *Vid.* Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* pp. 49-51, Schiffrin, L. (2001): «*Ius gentium* y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina», en Abregú, M., Mariezcurrena, J. y Méndez, J. E. (eds.), *Verdad y Justicia. Homenaje a E. Mignone* (pp. 411-431). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 415-416 y el voto del juez Maqueda en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 33. Para Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* pp. 39-40, el otorgamiento o no de rango constitucional a esta cláusula traería causa de la antigua discusión sobre si el artículo 31 de la CN de 1853 («[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación») consagraba un modelo monista o dualista de incorporación del Derecho internacional al ordenamiento jurídico argentino; al respecto, es pacífico en la doctrina argentina que hasta la sentencia de la CSJN de 7 de julio de 1992, caso «Ekmekdjián c/ Sofovich», la jurisprudencia interpretaba que aquel precepto consagraba un modelo dualista, y a partir de tal fallo, uno monista; *vid.* el voto del juez Fayt en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», §§ 22-25, y Malarino («Argentina», *op. cit.,* pp. 40-42), señalando ambos que ello no prejuzga la cuestión de si se adopta o no un monismo con prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho constitucional.

[103] *Vid.* Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* pp. 47-48), y Schiffrin, L. (2001): «*Ius gentium* y concepción estatalista…», *op. cit.,* pp. 414-415.

[104] *Vid.* por todas las consideraciones de las sentencias de instancia (pp. 12-13, 22-25) y casación (pp. 34-36). En contra de admitir la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como parte de la costumbre internacional, aunque no del Derecho internacional, Abregú, M., y Dulitzky, A. (1996). «Las

(3) De la puesta en relación de las dos premisas anteriores se derivaría que la norma de *ius cogens* que declara la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad –introducida en el Derecho positivo argentino vía artículo 118 CN [105]–, tendría rango constitucional, lo que llevaría a una especie de concurso «aparente» de normas constitucionales entre la de *ius cogens* y la que proclama el principio de legalidad penal (art. 18 CN) [106].

(4) Desde una concepción del Derecho internacional como cúspide del ordenamiento jurídico, tal concurso se resolvería interpretando que las normas de *ius cogens* del DPI son de aplicación preferente al resto de normas constitucionales [107], en tanto «existe un orden internacional que prevalece *también* en el ámbito interno» [108].

Con base en estas premisas, la jurisprudencia argentina mayoritaria suele realizar una –siquiera limitada [109] (¡!)– «doble» subsunción de los hechos tanto en delitos «comunes» del CP argentino como en delitos «contra el derecho

leyes *ex post facto* y…», *op. cit.,* pp. 137-138. Como señala Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 30-31, la interpretación de que «la norma consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad ya estaba vigente en el momento de comisión de los hechos respecto de los cuales tal regla es aplicada» permitiría a sus partidarios, en conjunción con la interpretación del artículo 118 CN ya citada, afirmar que el requisito de *lex praevia* del principio de legalidad penal quedaría satisfecho; en el mismo sentido Parenti, P. F. (2006): «Argentina (I)», *op. cit.,* p. 17, núm. 22, la analizada sentencia de instancia (pp. 12-13, 28-29) y la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 4, de 6 de marzo de 2001, caso «Poblete», apartados III. B) y IV. C.1) –confirmada por la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Capital Federal, Sala II, de 9 de noviembre de 2001. Sobre el distinto régimen de irretroactividad peyorativa y prescripción en Derecho internacional y en el ordenamiento penal argentino, *vid.* Abregú y Dulitzky (1996, pp. 125-139).

[105] A juicio de Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 30-31, para la jurisprudencia mayoritaria con este argumento quedaría asimismo satisfecho el requisito de *lex scripta* derivado del principio de legalidad penal.

[106] *Vid.* Abregú, M., y Dulitzky, A. (1996). «Las leyes *ex post facto* y…», *op. cit.,* pp. 153-154, Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* p. 51, Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* p. 29, y Schiffrin, L. (2001): «*Ius gentium* y concepción estatalista…», *op. cit.,* p. 415.

[107] *Vid.* Abregú, M., y Dulitzky, A. (1996). «Las leyes *ex post facto* y…», *op. cit.,* pp. 156-157, Schiffrin (2001, pp. 414-415, 417), el mismo (1997, pp. 115-117) y el voto del juez Maqueda en el caso «Simón», § 45. A juicio de Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 26, 31, y Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* p. 52, cierta jurisprudencia considera incluso que el principio de legalidad penal sería «directamente inaplicable» a los casos de delitos «contra el derecho de gentes», debiendo regirse su enjuiciamiento por «sus reglas propias»: los estándares del DPI; *vid*. asimismo la citada sentencia del caso «Poblete», apartado IV. B). Sobre la relación normativa entre el ECPI y el principio de legalidad penal en Argentina, *vid.* Parenti, P. F. (2006): «Argentina», en Ambos, K., Malarino, E., y Woischnik, J. (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (pp. 49-98). Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 63-67.

[108] *Vid.* Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* p. 26-27), Schiffrin, L. (2001): «*Ius gentium* y concepción estatalista…», *op. cit.,* p. 415, y el voto del propio Schiffrin en la citada sentencia del caso «Schwammberger», §§ 32-33. Críticamente*, vid*. Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* pp. 58-59.

[109] Como señala Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 24-25, la subsunción en delitos previstos por el DPI que realizan los tribunales argentinos no suele ser una subsunción «típica» a todos los efectos (dolo, error, etc.), sino solo a los de apreciar la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» enjuiciados.

de gentes» del DPI [110], de modo que (a) la subsunción en este último permitir***ía*** aplicar la norma de *ius cogens* que establece la imprescriptibilidad de aquel, lo que, además, colmaría el compromiso asumido por el Estado argentino de perseguir los «crímenes contra el derecho de gentes» [111], y (b) la subsunción en el o los delitos «comunes» del CP argentino permitiría la imposición de las penas previstas para estos, lo que colmaría los requisitos de *lex praevia y lex scripta* del principio de legalidad penal [112].

Ciertamente, un sector jurisprudencial minoritario rechaza las premisas (1) [113], (2) [114] y/o (4) [115] anteriores, y por lo tanto la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» cometidos durante la Dictadura cívico-militar. Aunque los hechos sean subsumibles en el delito de lesa humanidad del DPI [116], ello solo podría afectar, en su caso, a la medición de la pena de los delitos «comunes» no prescritos.

Por otro lado, en un plano parcialmente coincidente con el anterior [117] se situarían los argumentos de las sentencias de instancia y casación –también

---

[110] *Vid*. solo Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* p. 24.

[111] Por todos, el voto del juez Maqueda en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 33.

[112] *Vid.* el voto del juez Maqueda en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 57, y la sentencia del citado caso «Poblete», apartado IV. B). Como señala Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* p. 32, conforme a esta interpretación jurisprudencial «[l]os tipos penales de la legislación nacional contendrían los supuestos de hecho que permiten aplicar una pena, mientras que la subsunción de los hechos en una figura del DPI sería el presupuesto para la aplicación de la norma sobre imprescriptibilidad»; de este modo, «las figuras del DPI no cumplirían un papel en el plano de la tipicidad de la conducta, sino en el momento de analizar la vigencia de la acción», de modo similar a como la categoría de «graves violaciones de los derechos humanos» opera en el sistema interamericano; sobre esto, *vid. infra*.

[113] *Vid.* los votos del juez Fayt en las citadas sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§ 43) y «Simón» (§ 64): «[p]arece a todas luces exagerado inferir con base en el texto del artículo 118 que sea posible la persecución penal con base en las reglas propias del derecho penal internacional […] la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad». A juicio de Parenti, P. F. (2008): «Argentina», *op. cit.,* pp. 27-29, para este sector jurisprudencial minoritario el artículo 118 CN no consagraría ninguna «cláusula abierta» de recepción de las normas consuetudinarias de DPI, o de hacerlo, ello no implicaría otorgar primacía al Derecho internacional frente a los derechos y garantías consagrados en la CN.

[114] *Vid.* el voto del juez Fayt en la sentencia del caso «Simón», § 43.

[115] *Vid.* los votos del juez Fayt en las sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§ 43) y «Simón» (§§ 43, 48-61), afirmando la supremacía del Derecho nacional en el momento de definir el Derecho aplicable por los tribunales nacionales –supremacía definida como existencia de un «margen nacional de apreciación» por parte del Estado para decidir cómo incorpora las normas de Derecho internacional a su ordenamiento jurídico. Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación, *vid.* Malarino, E. (2003): «Argentina», *op. cit.,* pp. 56-58, Barbosa Delgado, F. R. (2013): «El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática», en Ferrer MacGregor, E., y Herrera García, A., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, pp. 1095-1096.

[116] *Vid*. solo los votos del juez Fayt en las sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§§ 44-45) y «Simón» (§§ 37-42).

[117] Pues no toda violación de derechos humanos es subsumible en un delito previsto en el DPI; *vid.* los supuestos de hecho de los casos resueltos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

comunes en la jurisprudencia argentina [118]– para negar la prescripción de los delitos «comunes» enjuiciados con base en ciertas previsiones del DIDH, y, más en concreto, conforme a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) de varios preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) [119].

En lo que aquí interesa, la CIDH entiende que aquellos delitos «comunes» que también constituyan violaciones de derechos humanos no prescriben, y ello aunque fuesen cometidos antes de establecerse la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el Derecho interno del Estado correspondiente. El argumento que suele emplearse es el siguiente: (1) el artículo 1.1 CADH establecería una obligación estatal de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en la CADH [120], para que estos no queden «impunes» [121], y (2) como consecuencia de esta obligación, las reglas nacionales de la prescripción de los delitos «comunes» resultarían inaplicables cuando estos también constituyan conductas violadoras de derechos humanos [122].

Humanos (en adelante, CIDH) de 18 de septiembre de 2003, caso «Bulacio», de 26 de septiembre de 2006, caso «Almonacid Arellano», y de 22 de noviembre de 2007, caso «Albán Cornejo».

[118] *Vid.* Parenti, P. F. (2010): «La inaplicabilidad de normas de prescripción…», *op. cit.,* p. 214.

[119] *Vid*. pp. 11-13 de la sentencia de instancia y pp. 119-120 de la de casación.

[120] *Vid.* solo la sentencia de la CIDH de 29 de julio de 1988, caso «Velásquez Rodríguez vs. Honduras» –primer caso resuelto por la Corte–, §§ 166-167. El argumento se repite en toda la jurisprudencia posterior de la Corte; al respecto, *vid.* las sentencias citadas en Galvis y Salazar (2007, pp. 72-74) y Parenti, P. F. (2010): «La inaplicabilidad de normas de prescripción…», *op. cit.,* p. 212, núm. 2. Críticamente, *vid.* Malarino, E. (2010): «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España*, pp. 25-62, Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 46-47, y Parenti, P. F. (2010): «La inaplicabilidad de normas de prescripción…», *op. cit.,* p. 212. Sobre la influencia de este argumento en el fallo de la sentencia del caso «Fujimori», *vid.* Maculán, E.: «La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos…, *op. cit.,* pp. 6-8. Sobre el desarrollo de esa obligación estatal –sobre todo en lo concerniente al poder judicial–, así como las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento, *vid.* Galvis y Salazar (2007, pp. 78-89). Sobre la relación entre la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos humanos y la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad como norma de *ius cogens*, *vid.* Palermo y Bernal (2008, pp. 375-377) y la sentencia de la CIDH de 25 de noviembre de 2006, caso «Miguel Castro Castro», §§ 271 y 404.

[121] *Vid.* las sentencias de la CIDH de 25 de mayo de 2010, caso «Chitay Nech y otros», § 199; de 29 de noviembre de 2006, caso «La Cantuta», § 226; de 25 de noviembre de 2006, caso «Miguel Castro Castro», § 405, y de 3 de marzo de 2005, caso «Huilca Tecse», § 82.

[122] *Vid*. la cronología trazada por Parenti («La inaplicabilidad de normas de prescripción…», *op. cit.,* pp. 213-228) de la jurisprudencia de la CIDH en relación con la inaplicabilidad de las normas nacionales de prescripción de delitos «comunes». A favor del argumento que justificar la inaplicabilidad de las reglas de prescripción penal con base en el «Derecho internacional con validez universal» –por lo tanto, más allá de la propia CADH– Parenti, P. F. (2010): «La inaplicabilidad de normas de prescripción…», *op. cit.,* pp. 222 y 227, núm. 24); en contra, *vid.* Malarino, E. (2010): «Activismo judicial, punitivización y nacionalización…», *op. cit.,* p. 47. Sobre ello, *vid*. también Galvis y Salazar (2007, pp. 89-92) y

En definitiva: las sentencias de instancia y casación analizadas realizaron una «triple» subsunción de los hechos enjuiciados –en delitos «comunes» del CP argentino, en el delito de lesa humanidad del ECPI y en violaciones de derechos humanos conforme al DIDH–, lo que permitió a los tribunales aplicar la norma de *ius cogens* del DPI y la jurisprudencia de la CIDH como fundamentos de la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» enjuiciados.

36.3.2 **Criterios de tipicidad empleados. En especial: criterios aplicables a la responsabilidad penal del directivo empresarial por violaciones de derechos humanos**

Cabe preguntarse, por último, si esta «triple» subsunción de los hechos fue realizada solo para inaplicar las reglas de prescripción penal del CP argentino, o si, además, las sentencias de instancia y casación emplearon los criterios interpretativos provenientes del DPI y del DIDH para fundamentar la tipicidad de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla *como complicidad primaria en los delitos «comunes»* atribuidos a Riveros como coautor funcional.

En el plano objetivo, recuérdese que la tipicidad de las contribuciones de Müller y Sibilla se basó, en esencia, en que la aportación de información a los militares «habilitó» las violaciones «específicas» de derechos humanos cometidas por estos y la puesta a disposición del «quincho» las «exacerbó» [123]. Estos criterios, como se apuntó, se corresponden con los propuestos en el informe de la CIJ para afirmar la «causalidad» de una conducta de complicidad empresarial en relación con violaciones de derechos humanos. Por otro lado, el tribunal de instancia reforzó la conclusión anterior con el argumento de que existían precedentes de tribunales internacionales que, en aplicación del DPI, condenaron a directivos de empresas por «proveer información sensible y precisa y proveer asistencia logística para la comisión de crímenes contra la humanidad».

Lo anterior permite concluir que (a) el tribunal de instancia empleó criterios interpretativos provenientes del DPI y el DIDH para fundamentar la tipicidad objetiva de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla conforme a delitos

---

Guzmán Dalbora, J. L. (2010): «El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, pp. 175-190.

[123] Ciertamente, la sentencia de instancia no fundamenta cuáles fueron los derechos humanos afectados por la actuación de las fuerzas armadas y de seguridad contra los 24 trabajadores. Se trataría, como mínimo, de los derechos a integridad personal (art. 5 CADH), a la libertad personal (art. 7 CADH), a las garantías judiciales (art. 8 CADH) y a la libertad de asociación con fines laborales (art. 16.1 CADH).

«comunes» del CP argentino, y (b) estos fueron *los únicos* criterios empleados para fundamentar la tipicidad objetiva conforme a tales delitos «comunes».

En cuanto al plano subjetivo, la sentencia de instancia se apoyó, en primer lugar, en algunas consideraciones de Ragués i Vallès sobre la atribución del dolo a partir del «significado social» de la conducta. Ello sirvió al órgano judicial para afirmar el «doble dolo» de la complicidad con base en el «significado social» que habrían tenido las conductas de Müller y Sibilla al estar inscritas en el «contexto delictivo» de la represión a civiles ordenada por el gobierno cívico-militar. Y, en segundo lugar, se aplicaron también varios criterios interpretativos provenientes del DIDH y el DPI.

Por un lado, en cuanto a los provenientes del DIDH, se destaca la aplicación de tres criterios propuestos en el informe de la CIJ:

(a) Con carácter general, basta para afirmar la «responsabilidad legal» del directivo empresarial con que este «debiera haber sabido» que su conducta «muy probablemente» contribuiría a otra violadora de derechos humanos; ciertamente, ello supone equiparar conocimiento y deber de conocimiento –concepto este asociado tradicionalmente a la imprudencia–, cosa que no hace el CP argentino [124]. En aplicación de este criterio, la sentencia de instancia afirmó que Müller y Sibilla «conocían o debieron conocer las circunstancias en las que permitieron el ingreso de las fuerzas armadas» [125].

(b) El criterio de la «proximidad geográfica» entre el autor material de la violación de derechos humanos –o las víctimas– y el directivo empresarial sirve, en esencia, para interpretar si este «conocía» o «debió conocer» que su conducta contribuía a una violación de derechos humanos [126]: ello sería más probable si «las violaciones a los derechos humanos ocurren en el mismo lugar de las actividades de la empresa» [127], en tanto haría más probable que «conozca

[124] La amplitud de los criterios propuestos en el informe de la CIJ obedece, como este reconoce, al intento de delimitar una «zona de riesgo legal» comprensiva tanto de la responsabilidad penal como de la responsabilidad civil por daños, y ello indistintamente conforme al DPI, el DIDH y el Derecho penal nacional de cada Estado.

[125] *Vid.* pp. 271-272 de la sentencia de instancia. El resto de referencias del tribunal de instancia a los criterios de imputación subjetiva del informe de la CIJ no reprodujo esta equiparación entre imputación subjetiva dolosa e imprudente.

[126] *Vid.* referencias en núm. 54.

[127] *Vid*. p. 271 de la sentencia de instancia; asimismo en p. 335: «[e]l Panel informa que aunque por lo general las empresas no serán jurídicamente responsables únicamente por el hecho de obtener un beneficio en un entorno de negocios caracterizado por las violaciones de los derechos humanos, en la práctica un «beneficio económico meramente pasivo» se puede convertir fácilmente en una contribución más activa que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de derechos humanos. "Por ejemplo, una empresa tiene la intención de establecer actividades empresariales en un país y, siendo así, le indica al gobierno que la actividad sindical o las protestas continuas contra el desarrollo económico serían un obstáculo importante para invertir allí"».

o pudiera haber conocido lo que realmente estaba ocurriendo» [128]. A juicio del órgano judicial de instancia, la verificación de este criterio en el caso enjuiciado sería «total, puesto que la inmensa mayoría de los hechos endilgados tuvieron lugar precisamente dentro de la planta automotriz» [129].

(c) Por último, el criterio del potencial «beneficio económico» que la empresa habría obtenido o esperaría obtener al realizar la conducta de complicidad serviría, asimismo, para interpretar si el directivo «conocía» o «debió conocer» que su conducta contribuía a una violación de derechos humanos. Para el informe de la CIJ, «la negligencia grave puede servir como indicio para probar el conocimiento del colaborador» (¡!) en los casos en que «una empresa se puede beneficiar comercialmente de un entorno empresarial favorable creado en un país por otro sujeto que viola los derechos humanos, y gracias al cual puede tener actividades lucrativas en el país» [130]. Este argumento fue expresamente desarrollado por la sentencia de instancia:

Señalar a los obreros conflictivos, permitir la instalación militar en la fábrica, que se monte allí y a plena vista de todos un centro clandestino en el quincho, darle a los militares camionetas y otros elementos de logística para que dentro de la fábrica realicen los secuestros de sus empleados, amenazar a los obreros ante cualquier atisbo de reivindicación laboral y aumentar de tal forma con todos esos aditamentos, los niveles de exigencia y explotación que permitiesen lo que finalmente lograron […]. Este fue el provecho que obtuvieron de la situación. El marco de conflictividad laboral entre 1975 y 1976 […] era importante y eso afectaba directamente la producción y la rentabilidad de Ford. Las actividades gremiales, sobre todo las impulsadas por los delegados de la comisión interna, afectaban directamente los intereses económicos de la

---

[128] *Vid*. pp. 335-336 de la sentencia de instancia; se extractó a renglón seguido el siguiente pasaje del informe de la CIJ: «[p]or ejemplo, en el derecho penal, cuanto más intensa sea la interacción entre el cómplice y el autor principal, más inverosímil será la alegación de una empresa o sus directivos, acusados de ser cooperadores no necesarios, de que no conocían las consecuencias de la asistencia práctica prestada al autor principal».

[129] *Vid*. p. 272 de la sentencia de instancia; asimismo en p. 337: «[r]esulta relevante recordar […] que gran parte de los secuestros fueron realizados en la misma planta, a plena luz del día y con la colaboración esencial de sus directivos de todos los niveles de conducción». Sobre los problemas generales de imputación a la empresa en casos de extraterritorialidad o deslocalización de la actividad empresarial, *vid*. Muñoz de Morales Romero (2020, pp. 954-955).

[130] *Vid*. p. 334 de la sentencia de instancia; asimismo en p. 335: «por el hecho de obtener un beneficio en un entorno de negocios caracterizado por las violaciones de los derechos humanos, en la práctica un «beneficio económico meramente pasivo» se puede convertir fácilmente en una contribución más activa que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de derechos humanos». Este criterio parece corresponderse con el de *beneficiary complicity* manejado por la doctrina anglosajona; *vid.* Ambos, K. (2020): «Responsabilidad penal internacional de las empresas…», *op. cit.,* pp. 80-81, núm. 23, y los trabajos citados por este.

empresa y fueron esos los cambios que impuso el gobierno de facto; la nueva situación de la que sacó provecho Ford, entre otras cosas, con el incremento de la producción y de las ganancias y paralelamente la pérdida de beneficios y bienestar social y laboral de sus dependientes. […] Asimismo dentro del provecho que obtuvo la empresa Ford debe computarse los efectos de disciplinamiento sobre los obreros y empleados de la compañía a partir de los secuestros de quienes directa o indirectamente aparecían vinculados a la actividad gremial. Ello en tanto que […] el funcionamiento del mercado de trabajo era una dimensión más del proyecto de transformación social puesto en marcha por el golpe de estado, y en el que creyó y al cual contribuyó Ford a través de sus directivos y personal jerárquico [131].

Por otro lado, en relación con los criterios provenientes del DPI, se destaca la aplicación de dos criterios de imputación subjetiva «determinantes de la participación o complicidad por parte de las empresas y sus directivos en crímenes de *lesa humanidad*» [132]: (b') «asumir el riesgo calculado» de que la acción a la que se contribuye puede formar parte de un ataque sistemático y generalizado, y (b'') saber que se está contribuyendo a que se cometa un delito entre varios posibles en el seno de tal ataque [133].

En conclusión: (a) el tribunal de instancia *no* empleó criterios interpretativos provenientes del DIDH y el DIDH para fundamentar la tipicidad subjetiva de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla conforme a delitos «comunes» del CP argentino, sino que (b) los criterios fueron empleados solo para fundamentar la tipicidad subjetiva conforme a los tipos de complicidad del delito de lesa humanidad del artículo 7.1 ECPI y de violaciones de derechos humanos. Es decir: el tribunal de instancia sí realizó una «triple» subsunción de los hechos, pero distinguió para ello entre (a) un estándar de imputación subjetiva (dolosa) aplicable a la subsunción de los hechos en el tipo de complicidad de los delitos «comunes» enjuiciados, y (b) estándares de imputación subjetiva –más laxos– para la subsunción en los tipos de complicidad del delito de lesa humanidad del artículo 7.1 ECPI y de violaciones de derechos humanos. Ello se deduce, en última instancia, de la afirmación del tribunal de instancia de que, para poder afirmar la imputación al tipo subjetivo de la complicidad en los delitos «comunes» enjuiciados, el sujeto debe actuar «con con-

[131] *Vid*. pp. 302-303 y 305 de la sentencia de instancia (negritas en el original).
[132] *Vid*. p. 333 de la sentencia de instancia.
[133] *Vid*. p. 272 de la sentencia de instancia; asimismo en p. 333, citando textualmente del informe de la CIJ: «Por ejemplo, si una empresa le proporciona información a las fuerzas de seguridad que les permite torturar o causar la desaparición forzada de sindicalistas que trabajan en la empresa, será suficiente para el derecho el que la violencia y las lesiones personales resultantes fueran razonablemente previsibles, aun cuando no estuviera claro en ese momento cómo utilizarían esa información».

ciencia o intención» de que su aporte supone una ayuda para la comisión del hecho principal [134].

36.4 CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

La sentencia de instancia del caso «Ford-Müller» realizó –y la de casación validó– una «triple» subsunción de los hechos atribuidos a Müller y Sibilla, pero solo a efectos de declarar no prescritos los delitos «comunes» del CP argentino por los que se acusaba. Para ello, el tribunal de instancia subsumió los hechos atribuidos a Riveros (coautor funcional) en el delito de lesa humanidad del artículo 7.1 ECPI y en violaciones de derechos humanos, y reprodujo a continuación los argumentos habituales de la jurisprudencia argentina –imprescriptibilidad conforme a la norma de *ius cogens* del DPI y a la jurisprudencia de la CADH– para inaplicar las reglas de prescripción referidas a los delitos «comunes» del CP argentino. En cuanto a la subsunción de los hechos atribuidos a Müller y Sibilla en dichos delitos «comunes», el tribunal de instancia solo empleó criterios interpretativos provenientes de otra rama del Derecho –concretamente, del DIDH– para afirmar la tipicidad objetiva.

Hasta donde alcanzo, el principal riesgo que puede plantear la práctica de esta «doble» o «triple» subsunción surge cuando, como en este último supuesto, los criterios provenientes del DPI o el DIDH son empleados para fundamentar la subsunción de la conducta en delitos «comunes» (del CP nacional). Es entonces cuando cabe plantearse qué tan «importables» son esos criterios interpretativos a juicios de subsunción para los que no fueron inicialmente configurados.

A este respecto, valga simplemente recordar que, si todo juez penal nacional cuenta con un margen de discrecionalidad para elegir «cómo» fundamenta la (a)tipicidad de la conducta enjuiciada –discrecionalidad a ejercer, entiéndase, dentro de un acervo de criterios respetuoso con los estándares de razonabilidad lógica, metodológica y axiológica que en ese ordenamiento jurídico exija la garantía de *lex stricta*–, no tiene ningún margen para elegir «qué» debe en todo caso fundamentar para llegar imponer una pena: la tipicidad de la conducta conforme a algún tipo del Derecho penal nacional.

Por lo tanto, cuando una sentencia emplea criterios interpretativos de DIDH y DPI, debe quedar claro si estos son empleados «solo» para efectuar subsunciones «adicionales» de la conducta en figuras de DIDH o DPI –con los

[134] *Vid.* p. 336 de la sentencia de instancia.

efectos que proceda otorgar a dichas subsunciones–, y/o para fundamentar la tipicidad conforme a delitos «comunes» del CP nacional. Y, de hacerse lo segundo, debe en todo caso analizarse la compatibilidad del criterio interpretativo con el objeto de interpretación [135] –la norma jurídico-penal nacional–, es decir, la viabilidad de esta «importación» de criterios provenientes de otras ramas del Derecho. De no atenderse a los requisitos típicos propios de los delitos «comunes» a aplicar, la argumentación del tribunal difícilmente podrá ser suficiente para afirmar la responsabilidad del sujeto conforme a tales delitos «comunes».

En las sentencias del caso «Ford-Müller», y al margen de puntos más o menos discutibles en la argumentación de los tribunales, tales exigencias se verían satisfechas si se entiende que (1) los criterios de la «exacerbación» y la «facilitación» propuestos en el informe de la CIJ son aplicables también para interpretar el tipo objetivo de la complicidad de los delitos «comunes» enjuiciados, y (2) el empleo de los criterios de imputación subjetiva provenientes del DIDH y DPI se circunscribió a la subsunción de los hechos en los tipos de complicidad del delito de lesa humanidad del DPI y de violaciones de derechos humanos del DIDH, sin superponerse con el juicio de tipicidad subjetiva dolosa de la complicidad en los delitos «comunes» enjuiciados.

[135] Como es sabido, los conceptos de complicidad asumidos en DPI no tienen por qué coincidir con los utilizados en cada ordenamiento penal nacional; *vid.* Muñoz de Morales Romero, M. (2020): «Vías para la responsabilidad de…», *op. cit.,* p. 963, núm. 72.

Colección
Derecho Penal y Procesal Penal

Director:
Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
    Mónica de la Cuerda Martín
19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
    Cristian Sánchez Benítez
20. El principio de responsabilidad penal por el hecho
    Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín
    Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez
21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela
    Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares
22. La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?
    David Gallego Arribas
23. Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español
    Directores: Enrique Peñaranda Ramos, Laura Pozuelo Pérez
    Coordinador: Nicolás Cantard
24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna
    Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín
25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales
    Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas
26. El delito de trato degradante discriminatorio
    David Miras Estévez

Verdes y justas ofrece una profunda y rigurosa reflexión jurídica sobre uno de los retos más complejos y actuales del Derecho penal contemporáneo: la responsabilidad de las empresas multinacionales en relación con los derechos humanos y la sostenibilidad. Dividida en dos volúmenes, esta obra colectiva aborda con enfoque interdisciplinar la emergencia normativa de la diligencia debida empresarial, sus implicaciones penales, civiles y administrativas, así como los desafíos que plantea su aplicación efectiva a nivel nacional e internacional. Junto con el análisis de los delitos económicos y medioambientales y la justicia restaurativa empresarial, se presta especial atención al papel del cumplimiento normativo como herramienta para asegurar el cumplimiento de las nuevas obligaciones que se imponen a las empresas. Desde las legislaciones francesa, alemana y europea hasta los marcos internacionales más recientes, la obra recoge las aportaciones de destacados juristas especializados en la materia. *Verdes y justas* constituye una herramienta imprescindible para comprender la transición desde una responsabilidad social corporativa voluntaria hacia un nuevo modelo jurídico de diligencia debida obligatoria y exigible.