

**Informe del *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*
a modo de *amicus curiae***

en el prodecimiento penal Nr. 4012, número de referencia 292

contra

Santiago Omar Riveros,

Juan Ronaldo Tasselkraut,

José Rodríguez,

Carlos Ruckauf

ante el Tribunal Penal Federal de Primera Instancia de San Martín.

- I. Introducción
- II. El rol de Mercedes-Benz en Argentina
- III. ¿Existe una responsabilidad internacional reconocida del Estado de instruir los crímenes contra los Derechos Humanos realizados por Teceros así como una obligación de iniciar los correspondientes procedimientos penales?
 1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras
 2. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
 3. La Justicia argentina
- IV. ¿Es la responsabilidad de las empresas, en Derecho Penal Internacional una idea nueva o existía ya este concepto desde el origen del Derecho Penal Internacional?
 1. El proceso Ciclón B contra tres personas de la empresa Tesch & Stabenow (Testa)
 2. Los „procesos posteriores a Núremberg“ - Grupo Flick
- V. ¿Cuál es el marco jurídico en el que se articula actualmente la persecución judicial de empresas por su participación/complicidad en violaciones a los derechos humanos?
 1. Frans van Anraat – Países Bajos
 2. *Alien Tort Statute* en los Estados Unidos
 3. Daimler S.A. en Suráfrica
 4. Requisitos de la participación/complicidad
 - a. Panorama de las condiciones de responsabilidad e imputabilidad de acuerdo a la Comisión Internacional de Juristas
 - aa. Requisitos objetivos (*causation/ contribution*)
 - bb. Requisitos subjetivos (*knowledge/foreseeability of risk*)
 - cc. Proximidad (*proximity*)
 - b. Tipos de responsabilidad aplicables a empresas
 - aa. “*Aider and abettor*”
 - bb. Propósito común (*common purpose*)/ complot criminal conjunto (*joint criminal enterprise*)
 - cc. Responsabilidad del superior (*superior responsibility*)

Conclusión

I. Introducción

El *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR!) presenta respetuosamente ante el Tribunal Penal Federal de Primera Instancia este informe para el procedimiento anteriormente mencionado.

El ECCHR! es una organización de derechos humanos sin ánimo de lucro e independiente, registrada en el juzgado municipal Berlin-Charlottenburg. El ECCHR! tiene como objetivo proporcionar validez a los derechos humanos y proteger a personas individuales o grupos cuyos derechos humanos han sido lesionados o estén en riesgo de vulneración, por parte de actores tanto estatales como privados.

Por medio de su secretario general, Wolfgang Kaleck, el ECCHR! tomó parte, junto a otros abogados, en los procesos penales derivados de los acontecimientos en los que se basa el presente caso y otras 40 víctimas de la dictadura militar de Argentina, ante la jurisdicción alemana, entre ellos un caso contra Juan Ronaldo Tesselkraut.

Tomando en consideración el significado de este caso, el peritaje del ECCHR! en esta materia¹ y la decisión de la *Cámara Federal de lo Criminal y Correccional de la Capital Federal* en el proceso “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada” (Causa N° 761, 1995), del *Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de Capital Federal* en el proceso “Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva” (1996) y del Segundo Senado de la *Cámara Nacional de Casación Penal* en el proceso “Felicetti, Roberto y otros s/ revisión” (Causa N° 2831, 2000)

solicitamos atentamente,

admitir y tener en consideración esta carta *amicus curiae* acerca del derecho internacional y la jurisprudencia comparada sobre la responsabilidad y participación de empresas y su colaboración en los crímenes de derecho penal internacional.

La violación de los derechos humanos no es únicamente perpetrada por agentes estatales, sino también por actores privados, y en particular, por empresas y sus colaboradores, que participan en, apoyan y facilitan como actores económicos tales actos, en cuanto que la violación de los mismos beneficia a sus intereses económicos. Por consiguiente es muy importante, no sólo perseguir judicialmente a los autores estatales principales, sino también a los actores privados que los secundan en la violación de derechos humanos.

En el caso que corresponde a este informe, se le reprocha a la empresa privada Mercedes-Benz Argentina S.A. (ahora Daimler) y a sus colaboradores haber colaborado en el acoso a trabajadores y sindicalistas durante el sistema represivo de la dictadura militar argentina.

La responsabilidad personal de los imputados Riveros, Tasselkraut, Rodríguez y Ruckauf, debe considerarse, necesariamente, teniendo en cuenta el rol de Mercedes-Benz y su filial en Argentina durante la dictadura militar.

El actual consejero jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de los Estados Unidos, Harold Hongju Koh, resumía el peligro de la exclusión de empresas transnacionales en la responsabilidad de la violación de los Derechos Humanos

“If states and individuals can be held liable under international law, then so too should corporations, for the simple reason that both states and individuals act through corporations. Given that reality, what legal sense would it make to let states and individuals immunize themselves from liability for gross violations through the mere artifice of corporate formation?”²

Aunque es cierto que los crímenes en los centros penitenciarios y de tortura eran perpetrados directamente por los representantes militares argentinos, en caso de que los hechos presentados en la querrela en el presente caso lleguen a ser probados como ciertos, la presente carta pretende describir desde el derecho penal internacional la posibilidad de responsabilidad penal de los acusados en la vulneración de los derechos humanos durante la dictadura militar argentina.

II. El rol de Mercedes-Benz en Argentina

Para hacer este informe más completo, presentamos a continuación de forma sucinta las circunstancias y, respectivamente, los antecedentes que declararon los querellantes.

Tal y como ha sido alegado por el secretario general del ECCHR! como abogado de las víctimas en los procesos en Alemania, se deberían tener en cuenta los antecedentes en los que la Sala Penal del Tribunal Supremo se basó en el procedimiento contra la Junta militar argentina³.

Mercedes-Benz Argentina S.A. (ahora Daimler) fue fundada en el año 1951 como empresa fabricante de automóviles en Argentina, actuando desde entonces en el mercado argentino. A mediados de la década de los setenta, antes de la dictadura, se produjo una huelga en el área de la fábrica en González Catán, momento en el que se creó el comité de empresa denominado „Grupo de los nueve“, un grupo independiente del sindicato tradicional de los trabajadores de automóviles SMATA⁴.

Los conflictos políticos entre Mercedes-Benz Argentina y este comité de empresa independiente (gran parte de cuyos miembros, trabajadores en activo en el sindicato, fueron posteriormente desaparecidos), ya venían produciéndose, pues, incluso antes del inicio de la dictadura militar el 24 de marzo 1976.

El sindicato establecido SMATA se sentía amenazado por el comité de empresa independiente y sus ayudantes, quienes habían sido elegidos por los aproximadamente 4.000 trabajadores de la empresa de Mercedes-Benz.

El entonces presidente del SMATA, José Rodríguez, describió a los integrantes del comité en una publicación del sindicato como “fuerzas subversivas” en la empresa⁵, obteniendo por ello, así como por otras actividades, una gratificación de un 1 % de las ventas de Mercedes-Benz a través de un “fondo social”⁶. De esta forma, la persecución real de los trabajadores organizados de Mercedes-Benz empezó antes del golpe de Estado. También el Ministro de Trabajo, Carlos Ruckauf, ordenó por escrito a los responsables de la empresa, que eliminaran las fuerzas subversivas existentes en la misma.

A continuación y en plena dictadura militar Rubén Óscar Caddeo desapareció el 5 de abril de 1976, José Antonio Vizzini y Miguel Grieco desaparecieron el 14 de diciembre de 1976, Esteban Alfredo Reimer y Víctor Hugo Ventura el 5 de enero de 1977, Carlos Adolfo Cienciala el 11 de febrero de 1977, Óscar Alberto Álvarez Barman el 4 de agosto de 1977, Fernando Omar del Contte el 12 de agosto de 1977, Héctor Alberto Belmonte, Alberto Gigena y Diego Eustaquio Núñez el 13 de agosto de 1977, Jorge Alberto Leichner el 14 de agosto de 1977, Juan José Mosquera el 17 de agosto de 1977 y Alberto Francisco Arenas el 19 de agosto de 1977.

Además, tres trabajadores de Mercedes-Benz, Juan José Martín (desaparecido el 29 de abril de 1976), Alfredo Martín y Héctor Aníbal Ratto (ambos desaparecidos el 12 de agosto de 1977) fueron llevados presos directamente de la fábrica de Mercedes-Benz en González Catán y fueron liberados algunos días e incluso años después.

Según el testimonio de uno de los secuestrados, Héctor Aníbal Ratto, Mercedes-Benz participaba en los secuestros de los trabajadores miembros de la representación colectiva y del comité de empresa:

En primer lugar, se intentaba atraer a los trabajadores por medio de engaño.

Ratto describe cómo un empleado del servicio de seguridad de la fábrica le informó de una llamada telefónica de su familia, hecho prácticamente imposible debido a que ninguno de sus familiares tenía conocimiento del número de teléfono de la fábrica. Además, el deficiente sistema de telecomunicaciones de la época hacía poco probable la posibilidad de que su familia realizara una llamada de emergencia.

A raíz de este intento de engaño el capataz del turno diurno, así como el jefe del turno nocturno le habrían ordenado salir de las instalaciones de la fábrica. Al hacerse evidente la imposibilidad de engañar al Señor Ratto, éste fue llamado a la oficina del Señor Tasselkraut, donde le esperaban para llevárselo, dos guardas de seguridad sin uniforme (de paisano) que carecían de autorización judicial para detenerle.

Esta historia del secuestro del Señor Ratto comprueba que miembros del servicio de seguridad, el capataz del turno del día y el jefe del turno de la noche – Señor Tasselkraut- así como una sucesión de superiores y empleados de Mercedes-Benz facilitaron a los militares la detención del Señor Ratto fuera de las instalaciones de la fábrica de Mercedes-Benz, intentando de este modo esquivar una posible conexión entre los secuestros y la empresa.

En el transcurso de su propio secuestro el Señor Ratto fue testigo directo de otro incidente:

El Señor Tesselkraut recibió una llamada que, según D. Héctor Aníbal Ratto, era de la sección de personal. Acto seguido, aquél dictó, en presencia del Señor Ratto, a los dos guardas de seguridad de paisano, la dirección de otro trabajador, D. Diego Núñez.

El Señor Ratto, que conocía la dirección, inmediatamente entendió lo que iba a ocurrir⁷. Efectivamente, en la noche del 12 al 13 de agosto de 1977 D. Diego Núñez fue secuestrado y por consiguiente, desaparecido desde entonces.

A continuación, D. Héctor Aníbal Ratto, fue conducido a la comisaría de policía Ramos Mejía. Desde el 17 de agosto de 1977 permaneció en el centro de tortura Campo de Mayo donde se encontró con muchos de los desaparecidos del sindicato de Mercedes-Benz. Entre otros, reconoció a sus compañeros del comité de empresa independiente Del Conte, Gigena, Arenas, Mosquera, Leichner y Núñez. Tras presenciar esto y conocerse los métodos de actuación durante la dictadura, D. Héctor Aníbal Ratto fue consciente de que salvó su vida al haber sido secuestrado en presencia de prácticamente todo el personal de Mercedes-Benz, aquel 12 de agosto de 1977.

De los demás compañeros citados, ni D. Héctor Ratto ni los familiares han vuelto a tener noticias.

No puede ser objeto de este informe describir los detalles del caso, siendo suficiente una vista general de los mismos como la recién descrita. Más bien, se trata de una calificación jurídica de la supuesta participación de Mercedes-Benz en los crímenes perpetrados durante la dictadura militar. En consecuencia y tras la presentación de los hechos que han dado lugar al planteamiento de la querrela, nos encontramos con la cuestión de hasta qué grado la participación de los empleadores de la empresa Mercedes-Benz tiene relevancia penal.

Para la existencia de relevancia penal, es necesaria la concurrencia de un acto principal punible, que en el caso que nos ocupa se manifiesta en forma de desapariciones, tortura y asesinato, en definitiva, crímenes contra la humanidad, que en aquel tiempo fueron perpetrados por las Fuerzas de Seguridad argentinas;

calificación jurídica que ha sido sobradamente reconocida por los Tribunales argentinos competentes que determinaron que los crímenes perpetrados por actores estatales durante la dictadura militar eran crímenes contra la humanidad⁸.

El apartado **III** del presente informe consiste en el análisis de la responsabilidad penal y el deber del Estado argentino en la investigación y castigo de las violaciones de los derechos humanos.

A continuación, en el apartado **IV**, se plantean una serie de ejemplos históricos de *Corporate Crimes* (crímenes cuya responsabilidad es atribuible a corporaciones y empresas privadas). Finalmente, en el apartado **V**, se realiza una explicación de la responsabilidad de las empresas y sus representantes por la violación de derechos humanos describiendo otros casos actuales. En este marco se razonarán el alcance de la autoría y la participación de los imputados por los hechos que se atribuyen.

III. ¿Existe una responsabilidad internacional reconocida del Estado de instruir los crímenes contra los Derechos Humanos realizados por Terceros así como una obligación de iniciar los correspondientes procedimientos penales?

Los crímenes de desaparición y homicidio de los sindicalistas y personas de la oposición perpetrados durante la dictadura militar de Argentina son, sin ninguna duda, violaciones de los derechos humanos y del derecho penal internacional:

Los artículos 3 (derecho a la vida), 5 (prohibición de tortura), 9 (prohibición de detención arbitraria), 8 y 10 (derecho al recurso efectivo / derecho a ser oído públicamente) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, están igualmente codificados en los artículos 6.1, 7 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 4, 5, 8, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante una vulneración de los Derechos Humanos, las víctimas tienen el derecho probado a una investigación y aclaración de los crímenes y violaciones sufridos, así como a un proceso que dé lugar a una compensación o reparación por los daños originados⁹. Este derecho debe reclamarse ante el Estado en cuyo territorio se han producidos dichos crímenes, con independencia de si la infracción jurídica fue perpetrada por actores estatales o privados.

La obligación de investigar las violaciones de derechos humanos es considerada también como una forma de obligación general de protección de los mismos¹⁰.

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*

Desde la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹¹, esta instancia judicial dedujo del Artículo 1.1 del la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹² la obligación estatal de asegurar, para todos los ciudadanos, la protección de los derechos humanos y de garantizar, siempre que sea posible, la restitución del derecho lesionado o la compensación por el daño originado.

En este caso, los testigos pudieron observar que Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez fue secuestrado en Tegucigalpa (Honduras) por un grupo de hombres armados en un aparcamiento. Aunque la Corte no constataba si los hombres actuaron por determinación del Estado, los jueces condenaron a Honduras por falta de aclaración del suceso y revelación del paradero del Señor Velásquez Rodríguez. La desaparición de opositores al régimen – también en Argentina- fue considerada como crímenes contra la humanidad por la Organización de Estados Americanos (OEA) ya durante de la dictadura¹³.

Según la Corte Interamericana, los Estados miembros del sistema regional tienen la obligación de garantizar la protección completa de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en el párrafo 166 de la citada sentencia, se constató la obligación del Estado de facilitar un sistema jurídico tal que garantice judicialmente la protección de los derechos humanos, para enfrentarse a violaciones de los derechos humanos mediante prevención, información y persecución judicial. Al mismo tiempo, los daños que resultan de las violaciones de los derechos humanos deben ser compensados. Es difícil definir con mayor claridad el deber de protección de los Estados conocido como “*duty to protect*”.

El párrafo 177 de la Sentencia concretiza ese deber con las obligaciones de los Estados de cara a los hechos que han resultado en la violación de derechos humanos:

- de llevar a cabo una investigación seria, no meramente formal
- de entenderlo como una obligación jurídica ; adelantar las investigaciones ex

oficio y no solo esperar por las pruebas privadas y limitarse a ellas

- también será de aplicación en casos en que personas privadas sean responsables de la vulneración.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estos principios también son aplicables tanto para la actuación pública preventiva como para la persecución penal posterior¹⁴. En el Tribunal europeo se discute con referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la posibilidad de distintas interpretaciones jurídicas por parte de los Estados afectados bajo “*margin of appreciation*”¹⁵. Detrás de esta eventual divergencia en las interpretaciones podemos apreciar cierta inseguridad jurídica en tratar con diferencias tanto históricas como morales en la normativa de los Estados miembros. De ahí se desprende una discrecionalidad sobre la interpretación y aplicación de algunos términos. Pero ese debate no afecta para nada la obligación de perseguir las injusticias en relación con los derechos humanos. Y es que el derecho internacional es demasiado claro en relación con la obligación de procesar crímenes del derecho penal internacional, siendo un claro ejemplo el artículo 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el citado artículo 1 Convención Americana de Derechos Humanos o los artículos 4, 5 y 7 de la Convención contra la Tortura de 1987.

2. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

El Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (*Special Representative to the UN General Secretary on Business and Human Rights*) John Ruggie también presupone la obligación prioritaria de los Estados de proveer los recursos y acciones judiciales para investigar los crímenes perpetrados por las empresas. Según John Ruggie esta obligación no solo se refiere a medidas preventivas por medio del impedimento de violaciones de derechos humanos por las empresas sino también a la persecución de delitos cometidos facilitando acceso judicial para ello: “*to provide access to remedy*”¹⁶.

El informe de Ruggie aclara que esta obligación está regulada por todas las convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos existiendo una

obligación de los Estados desde la perspectiva del derecho internacional y más concretamente por violaciones de derechos humanos llevadas a cabo con el apoyo de empresas de carácter privado.

3. La Justicia argentina

Tal y como ha indicado la Corte Interamericana y confirmado el reporte de John Ruggie, existe una obligación de los Estados en el derecho internacional de perseguir las vulneraciones de derechos humanos. Pero también la justicia argentina ha declarado que las lesiones de los derechos humanos deben ser perseguidas.

El Juez Oyarbide explicó que, debido a la pertenencia de Argentina a la Comunidad Internacional, existe la obligación de perseguir y castigar a aquellos sujetos, autores de crímenes contra la Humanidad. Esto se basaría, afirma Oyarbide, en el derecho internacional, los tratados de derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹⁷. Estos fundamentos normativos indicarían, pues, que existe un interés común de perseguir estos crímenes. Encarnan, entonces, un interés público en la investigación de esos crímenes. Como principio del derecho penal internacional, se habría establecido, en relación con crímenes contra la humanidad, la obligación de perseguir y castigar los autores de los mismos¹⁸.

En conclusión de este apartado podemos indicar que existe un consenso amplio desde las instancias judiciales argentinas y los tribunales regionales de derechos humanos hasta los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, de que existe una obligación del Estado de garantizar, a través de la justicia y la persecución de los autores de dichos delitos, el cumplimiento y protección de los derechos humanos en caso de crímenes contra el derecho internacional. Incluso si los autores son actores privados o empresas.

IV. ¿Es la responsabilidad de las empresas en Derecho Penal Internacional una idea nueva o existía ya este concepto desde el origen del Derecho Penal Internacional?

Con posterioridad a los Juicios de Núremberg, entre 1946 y 1949, se llevaron a cabo en Núremberg procedimientos contra los representantes de *IG Farben, Flick y Krupp* así como ante el Tribunal Militar Británico en Hamburgo contra *Ciclón B* (igualmente denominada proceso *Testa*), donde se realizaron las primeras condenas contra representantes de empresas en el ámbito del derecho penal internacional. En general, el Tribunal Militar Internacional y el Estatuto nacido de éste creados para procesar a los autores de crímenes de guerra, son considerados como el nacimiento del derecho penal internacional¹⁹. Sin embargo, es menos conocido que en aquella época se atribuyera a ciertos empresarios responsabilidad jurídica por la participación en la vulneración de los derechos humanos²⁰. En ese sentido, el comercio con productos que podían ser usados por un régimen para cometer crímenes graves así como por el apoyo a la violación de derechos humanos o comisión de crímenes de guerra como la explotación de los trabajadores forzados y la apropiación de fábricas e infraestructuras, se responsabilizó personalmente a los representantes de las empresas, por ser estos actos considerados punibles por el derecho internacional. También los representantes de las empresas fueron reponsablizados, así, personalmente actos contrarios al derecho internacional. Debido a la conexión con el presente caso que nos ocupa, a continuación procederemos a describir dos casos²¹:

1. El proceso Ciclón B contra tres personas de la empresa Tesch & Stabenow (Testa)

El Tribunal Británico en Hamburgo reunido entre el 1 el 8 de marzo de 1948, condenó a Bruno Tesch y a su procurador Karl Weinbacher a muerte.

La empresa Tesch & Stabenow había distribuido el pesticida Ciclón B a los campos de exterminio nazis. Ambos fueron acusados de distribuir el gas tóxico para el asesinato de los prisioneros de los campos de exterminio, con pleno conocimiento de que dicho pesticida estaba siendo utilizado en las cámaras de gas durante el régimen nazi. Como consecuencia de lo mismo, el Tribunal condenó a dos de los tres acusados por cooperación en la perpetración de asesinatos²².

2. Los “procesos posteriores a Núremberg” – grupo económico Flick

Los “procesos posteriores a Núremberg” (*Nürnberger Nachfolgeprozesse*) fueron llevados a cabo en esa ciudad alemana en el período comprendido entre finales de 1946 y la primavera de 1949 ante un Tribunal Militar de los Estados Unidos. La base jurídico material para la creación de dicho tribunal fue el *Kontrollgesetz Nr. 10* (Ley Nro. 10 del Consejo de Control Aliado) de fecha 20 de diciembre de 1945, basado en la Carta de Londres que fijó los principios y procedimientos rectores de los Juicios de Núremberg²³.

En primer lugar la acusación contra Alfred Krupp von Bohlen und Halbach en el Tribunal (Militar) Internacional en Núremberg fracasó y un segundo tribunal contra los actores principales de los crímenes de guerra con la participación de todos los aliados fue aún más difícil debido al aumento de tensiones entre los aliados occidentales y la Unión Soviética.

Así los “procesos posteriores a Núremberg” llevados a cabo por juristas de los Estados Unidos fue la última oportunidad de llevar a juicio a la élite económica del régimen nazi por su participación en los crímenes del liderazgo (político), militar y las SS. Entre el grupo de industriales y directores de empresa había 42 acusados en los tres procesos, Flick, IG-Farben y Knupp. Igualmente, se planteó un procedimiento contra el Dresdner Bank que fue pasado por alto.²⁴

En el presente informe sólo hacemos referencia al caso de Flick, ya que tiene gran relevancia con el asunto que nos ocupa.

La acusación del 18 de marzo de 1947 contra los representantes del consejo de Flick inculpó a la empresa de explotación a los trabajadores e imposición de trabajos forzados a prisioneros de guerra cuyas condiciones de vida eran tan extremas y tremendamente degradantes, que en ocasiones les causaron múltiples enfermedades o incluso la muerte. Prisioneros de los territorios ocupados, prisioneros de guerra y ocupantes de los campos de concentración debían trabajar en las minas de la instalación industrial de Flick.

Friedrich Flick fue condenado por crímenes contra la humanidad y absuelto solamente en cuanto a las ventas y cambios de propiedad, ya que no fueron considerados como crímenes contra la Humanidad pues debían ser perseguidos por un tribunal civil.

La mayor dificultad con la que se encontró la acusación fue la imputación de los delitos, ya que debían probarse la colaboración y participación tanto objetiva como subjetiva de los acusados en el sistema criminal general descrito por la acusación como “programa“, constituido por el régimen y sus organismos.

Por su parte, Flick fue condenado como autor principal por utilización de trabajo esclavo y trato inhumano, siendo además y esto es importante para este caso, tanto él como otros imputados acusados por colaboración para la esclavización de seres humanos, más concretamente, como colaboradores, encubridores y participantes²⁵.

Quedó acreditado que habían influenciado a Albert Sperr y otros funcionarios del régimen nazi para reclutar trabajadores forzados para las fábricas, mediante distintas fórmulas, como por ejemplo, el envío de representantes a los territorios ocupados, medidas de presión sobre la oficina de distribución de trabajadores forzados en Berlín, así como a través del apoyo de las organizaciones autónomas de los empresarios.

En resumen, con motivo de las condenas impuestas por un Tribunal Internacional a empresarios privados por su colaboración en crímenes de guerra, tras la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que desde el inicio del derecho penal internacional la responsabilidad internacional individual por las violaciones más graves de los derechos humanos, no sólo puede atribuirse a los actores estatales, sino también a las empresas y representantes de las mismas, cuando éstos hayan participado o colaborado con la ejecución de dichos crímenes mediante su actividad empresarial. Así, los industriales más prestigiosos fueron cómplices de un sistema estatal injusto e ilegal, siendo esta complicidad juzgada y condenada desde los inicios del derecho penal internacional, por lo que no hay razón alguna para considerar lo contrario con respecto al asunto objeto de este informe, que no es otro que la participación de Mercedes-Benz en la violación de Derechos Humanos durante la Junta militar Argentina.

V. ¿Cuál es el marco jurídico en el que se basa actualmente la persecución judicial de empresas por su autoría o complicidad en violaciones a los derechos humanos?

Hemos mencionado más arriba que la desaparición forzosa de opositores por parte de las fuerzas de seguridad de un país se considera un crimen de lesa humanidad. En ese sentido no es necesario profundizar acá en la naturaleza jurídica del hecho principal cometido por autores estatales. Lo que resulta importante, en cambio, es el análisis de las siguientes preguntas:

¿Existe la posibilidad jurídica de ser cómplice, penalmente responsable, de un crimen de esa naturaleza para un empresario particular o sus empleados?

¿Cuáles son los requisitos objetivos y subjetivos para una tipificación de tal responsabilidad penal (internacional)?

Empresas transnacionales y nacionales no solamente se han tenido que enfrentar a juicios y causas en su contra por participación/complicidad en violaciones a los derechos humanos en la Alemania de pos-Guerra. En la actualidad existen diversos foros en los que – cada vez más - se han presentado y sentenciado causas de esa índole. Presentaremos a continuación algunos casos emblemáticos.

1. Frans van Anraat – Países Bajos.

En un juicio penal neerlandés, **Frans van Anraat** fue condenado como cómplice penalmente responsable de crímenes de guerra. En los años noventa del siglo pasado, este empresario abastecía el régimen de Saddam Hussein con gas mostaza (mostaza azufrada) que a su vez fue utilizado en las masacres contra la minoría kurda en el norte del Iraq. Los tribunales domésticos de La Haya²⁶ se tuvieron que enfrentar a la cuestión de la aplicación de derecho internacional o derecho doméstico. Llegaron a la conclusión de que el derecho internacional era aplicable. En ese sentido el acusado fue absuelto de haber actuado como cómplice de genocidio, pues según el Tribunal no se había podido probar que van Anraat sabía de la intención de Saddam Hussein de extinguir parte de la población kurda, lo que desde la perspectiva internacional es un requisito tipificado. Esa decisión del Tribunal de primera instancia puede hacer pensar que en caso de haber aplicado el derecho doméstico, en vez de la tipificación internacionalista, van Anraat podría haber sido sentenciado como cómplice de genocidio, pues según el derecho

neerlandés la *mens rea* del cómplice exige solamente dolo condicional o eventual, es decir menos que dolo directo²⁷.

El Tribunal de primera instancia distinguió entre los requisitos del “crimen entre los crímenes” (*crime of crimes*) del genocidio y crímenes de guerra. En el párrafo 6.5.1 de la sentencia discute si la intención especial del genocida de exterminar una parte de la población definible a través de determinadas condiciones también es necesaria en el cómplice para que este sea penalmente responsable, o en qué medida el cómplice tiene que conocer esa intención del autor principal²⁸.

Citando la jurisprudencia de las salas de apelación del TPIY y TPIR²⁹, el Tribunal de primera instancia de La Haya asume que no es necesaria una intención propia del cómplice para el crimen del genocidio. Pero, de todos modos, es necesario que éste conozca la intención genocida del autor principal. En ese sentido, el Tribunal tendría que haber probado que van Anraat tuviera conocimiento fáctico (*actual knowledge*) de la intención especial (*special intent*) del autor principal para poder ser condenado por el delito de genocidio. Esta limitación de la responsabilidad penal del cómplice en el caso del genocidio por parte de los Tribunales Especiales (de Naciones Unidas) y el derecho penal internacional se explica, según el Tribunal en este caso por la posición especial del genocidio como delito particularmente grave, distinguiéndose de los crímenes de lesa humanidad o de guerra. En cuanto a la parte subjetiva de la participación/complicidad de genocidio, el Tribunal neerlandés aplicó, pues, la tipificación del derecho penal internacional y no el derecho penal neerlandés que hubiera sido más amplio. Según el derecho doméstico van Anraat podrá haber sido sentenciado como cómplice de genocidio.

En el párrafo 6.5.2, sin embargo, el Tribunal aclara que este análisis difiere en cuanto a los crímenes de guerra, ya que estos no exigen una intención especial del autor principal. En ese sentido Frans van Anraat fue sentenciado a 17 años de prisión como cómplice penalmente responsable de violaciones al derecho internacional humanitario (derecho de guerra) tanto formal como consuetudinario. El Tribunal de apelación fundamentó esta sentencia en el derecho consuetudinario (la prohibición del uso de armas químicas y gases asfixiantes, venenosos u otros, así como la prohibición de causar dolor innecesario y realizar ataques que no distinguen entre combatientes y población civil), con el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925, con el artículo 147 del Convenio de Ginebra de 12 de

agosto de 1949 relativo a la protección debida a la población civil en tiempos de guerra (IV. Convenio de Ginebra de 1949), así como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.³⁰ El Tribunal de apelación se mostró más abierto a revisar los requisitos del derecho doméstico y citó a precedentes nacionales de las máximas instancias judiciales del país. En el párrafo 12.4 de la sentencia describe, por ejemplo, que el aporte del cómplice no tiene que ser necesariamente imprescindible³¹ o constituir un aporte adecuadamente causal para el acto principal³². El Tribunal de apelación más bien entiende que es suficiente que la participación/complicidad haya impulsado la violación de un tipo penal o simplificado la comisión de esa infracción delictiva³³. Finalmente constata que desde la perspectiva iusinternacionalista los requisitos objetivos para el acto participativo en el contexto del “*aider or abettor*” no son considerablemente más estrictos.

2. Alien Tort Statute en los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU)

En el contexto de la responsabilidad de empresas por violaciones a los derechos humanos ha reaparecido una figura jurídica en los EEUU para acciones ilícitas que sienta una jurisdicción para reclamar responsabilidad civil ante violaciones al derecho de gentes, al “*law of nations*”. En el apartado legal conocido como *Alien Tort Statute*, que se puede traducir como ley por acción ilícita contra extranjeros o estatuto por agravios extranjeros, originalmente redactado en 1789 se establece actualmente que “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty by the United States*” (28 USC § 1350).

Lo que se ha de entender bajo esta cláusula en principio jurisdiccional ha sido tratado - aunque sin articular todas las preguntas - por el Tribunal Supremo (U.S. Supreme Court) en el caso *Sosa v. Alvarez Machain* (542 U.S. 692 /124 S.Ct.2739) cuando un ciudadano mexicano había sido aprehendido por agentes estadounidenses en México, secuestrado a los EEUU y detenido ilegítimamente por unas horas.

En la nota al pie 20 de la sentencia en el caso *Sosa v. Alvarez Machain* la máxima autoridad judicial estadounidense afirma que en casos dirigidos contra individuos o empresas se podría llegar a considerar una aplicación distinta del derecho

internacional consuetudinario. De esta formulación se puede desprender a modo de conclusión inversa que, de todos modos, también el Tribunal Supremo de los EEUU entiende que una responsabilidad por violaciones iusinternacionalistas puede ser posible. Hasta la fecha, sin embargo, no ha tenido que pronunciarse con más detalle al respecto.

Las acciones colectivas contra empresas multinacionales por el apoyo al régimen de Apartheid en Sudáfrica han llegado ante el Tribunal Supremo, pero éste tuvo que devolver el caso sin pronunciarse acerca de la responsabilidad de las empresas por no alcanzar un quorum suficiente. Esto se debía a que cuatro magistrados o bien tenían participación financiera en las empresas demandadas, o bien familiares que trabajan en esas empresas y se retiraron del caso por peligro de parcialidad. Por ello, la causa ha sido devuelta a la instancia inferior, donde la Magistrado Scheindlin ha presentado una decisión el pasado 9 de abril que motiva las expectativas de que determine prontamente una fecha para el juicio oral en esta causa. En su decisión, la Magistrado Scheindlin resume la jurisprudencia de y para el Segundo Circuito Jurisdiccional de EEUU que incluye el Estado de Nueva York en cuanto que “bajo la jurisprudencia de este Circuito las empresas son responsables del mismo modo como personas naturales por acciones ilícitas que violan el derecho de gentes”³⁴. Este es un ejemplo más para comprobar que más allá de aportes académicos³⁵, la responsabilidad de empresas por la participación/complicidad de violaciones a los derechos humanos es posible.

El caso de los tribunales nacionales estadounidenses ilustra esto de manera prodigiosa. Es así como en la decisión del caso *Presbyterian Church v. Talisman* acerca de violaciones a los derechos humanos en la explotación de recursos petroleros en Sudán, un tribunal afirma, por ejemplo, que “*given that private individuals are liable for violations of international law in certain circumstances, there is no logical reason why corporations should not be held liable, at least in cases of jus cogens violations. Indeed, while Talisman disputes the fact that corporations are capable of violating the law of nations, it provides no logical argument supporting its claim.*”³⁶

Especialmente de cara a violaciones graves a los derechos humanos, los distintos distritos jurisprudenciales (circuitos) de los EEUU han definidos tipos legales a los que aplican la norma del ATS:

- *Segundo Circuito*: Tortura (cometida por agentes públicos o autores privados)
- Genocidio (agentes públicos o autores privados)
- Crímenes de guerra (agentes públicos o autores privados)³⁷
- Experimentos médicos masivos sin consentimiento de los afectados (agentes públicos)³⁸
- *Noveno Circuito*: ejecuciones extrajudiciales (agentes públicos)
- Privación de libertad arbitraria y duradera (agentes públicos)³⁹
- Trabajo forzado (autores privados)⁴⁰
- Discriminación racial como sistema de medidas oficiales/públicas⁴¹, sin responsabilidad inmediata para autores privados.
- Retirada arbitraria de nacionalidad
- Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴²

En el contexto de la jurisprudencia producto del ATS han habido casos en los que empresas como Coca-Cola o Drummond han sido demandadas por supuestos encargos de asesinatos o desapariciones de sindicalistas a manos de paramilitares. En el caso de Coca-Cola, el Magistrado Martínez consideró probado que los paramilitares en efecto habían cometido asesinatos para mantener en funciones el sistema de producción de la fábrica. Pero estimó que la parte demandante no habría podido mostrar de modo concluyente la vinculación de los hechos con la empresa⁴³. En el segundo caso, los sindicalistas de Sintraminergética de la mina de carbón colombiana de Drummond habían sido desplazados de su vehículo por elementos paramilitares y luego matados. El jurado en Alabama decidió, sin embargo, que no había sido probada una relación suficiente con la empresa Drummond⁴⁴. Una nueva causa fue presentada en Mayo del 2009 por familiares de las tres víctimas, dado que ahora existirían pruebas suficientes para comprobar que Drummond habría transferido altas cantidades de dinero a los paramilitares⁴⁵.

Como mencionáramos anteriormente, la responsabilidad por este tipo de delitos es accionable bajo la regulación sobre responsabilidad delictiva del derecho estadounidense. Esto quedó nuevamente comprobado en el acuerdo de conciliación extrajudicial del 8 de Junio del 2009 en el caso *Wiwa v. Shell*, mediante el cual los demandantes nigerianos recibieron más de USD 15 millones. Shell había sido demandada por apoyo/participación/complicidad en tortura, detención ilegal y homicidio de ecologistas nigerianos⁴⁶.

El caso Unocal de 2005 ha marcado el hito más importante en el desarrollo de esa jurisprudencia. En ese caso los demandantes birmanos también lograron un acuerdo – dado que hubo una cláusula de reserva en el acuerdo sólo podemos asumir que fue multimillonario. Dos de los tres magistrados del tribunal competente en el Noveno Circuito habían determinado la posibilidad de la responsabilidad por complicidad (*aiding and abetting*) de la empresa Unocal por violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por el ejército birmano en Myanmar (Birmania). En ese caso la mayoría del tribunal aplicó los estándares desarrollados por los tribunales internacionales de NU, es decir, el apoyo práctico consciente, inducción o el apoyo moral con efecto sustancial en la comisión del delito. Únicamente el Magistrado Stephen Reinhardt estimó que debía aplicarse el estándar nacional de responsabilidad delictiva (*agency, joint venture, reckless disregard*).⁴⁷

En el Segundo Circuito, al que pertenece el Estado de Nueva York, la participación/complicidad delictiva también es derivada de la jurisprudencia de los tribunales especiales para Ex-Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR), incluyendo un elemento subjetivo más estricto. Desde el punto de vista del Magistrado Robert Katzman, el acto de complicidad penal (*aiding and abetting*) requiere, como elemento objetivo, que el demandado haya apoyado al autor principal de manera práctica, fomentando así sustancialmente la comisión del delito. El elemento subjetivo requiere dolo en cuanto al acto participativo de un delito, o incluso haber participado con el fin de que se cometa el delito principal⁴⁸. Esta definición corresponde con el artículo 25 párr. 3 lit. c y d Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI).

Veremos más adelante, de todos modos, que en cuanto al elemento subjetivo, los tribunales para Ex-Yugoslavia y Ruanda se han orientado en una aplicación más extensa de la participación/complicidad, pues se limitan – al igual que el Noveno Circuito y el derecho delictivo del *common law* – al conocimiento simple⁴⁹.

3. Daimler AG en Sudáfrica

Sea coincidencia o no, difícilmente se puede negar que los hechos sobre los cuales se articula el presente informe para el caso de Mercedes en Argentina muestra

paralelismos con lo que la Magistrado Scheindlin describe en su decisión para el caso por delitos de Apartheid y otros, cuando describe que los demandantes denuncian en las páginas 56 y ss. de la escritura de demanda que ejecutivos de Daimler habrían provisto a las fuerzas de seguridad sudafricanas con informaciones sobre activistas anti-apartheid que habrían sido utilizadas durante interrogatorios, en algunos de los cuales incluso habrían participado ejecutivos de la empresa [*“Specifically, plaintiffs allege that management provided information about anti-apartheid activists to the South African Security Forces, facilitated arrests, provided information to be used by interrogators, and even participated in interrogations.”*]⁵⁰. La Magistrado Scheindlin procede afirmando que en caso de que se comprueben esas acusaciones, se cumplirían los requisitos de *actus reus* en cuanto a tortura u otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, puesto que justamente por los actos se habría inducido o indicado la persecución de personas política- o sustancialmente rebeldes a las fuerzas de seguridad. No cabría duda, continúa Scheindlin, que las empresas productoras automovilísticas demandadas, entre las que se encuentra Daimler, habrían tenido conocimiento – en ese supuesto – de lo que iba a suceder con aquellas personas cuyos nombres facilitaban, por lo que al menos la participación inmediata en los interrogatorios – si no cumple con el acto mismo de tortura – al menos satisface los requisitos de *mens rea* [*„The provision of names of anti-apartheid activists to the South African Government satisfies the actus reus requirement of torture and CIDT, as it allowed the Government to target those who opposed its rule. Moreover, the automotive companies undoubtedly knew what would happen to those whose names they provided and the direct participation of company personnel in interrogation – if not torture – only further supports the presence of sufficient mens rea”*].

Si bien es cierto que del mencionado caso no se pueden deducir consecuencias inmediatas para el caso argentino, al menos parece tener carácter de indicio que más o menos en el mismo momento histórico y bajo condiciones más o menos parecidas de autoritarismo y arbitrariedad política, Mercedes/Daimler aparentemente tampoco habría dudado en Sudáfrica de entregar en bandeja a trabajadores propios con tendencias críticas o sindicalistas a las fuerzas de seguridad.

4. Requisitos de la participación/complicidad

La Comisión Internacional de Juristas, reconocida como fuente de derecho internacional en el sentido del artículo 38 Nro. 1 lit. d Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) publicó en 2008 un informe acerca de la responsabilidad legal y complicidad empresarial, “Corporate Complicity and Legal Accountability“. En esa publicación, la Comisión describe los requisitos en materia de derecho penal internacional, bajo los cuales una empresa o sus representantes pueden ser incriminados por actos de participación y complicidad en violaciones a los derechos humanos. Presenta de ese modo una división tipificada en elementos objetivos (causa y contribución: *causation/contribution*) y subjetivos (conocimiento y previsibilidad: *knowledge/foreseeability*) que resume la aplicación actual por parte de las distintas instancias judiciales. Según la Comisión, además de los dos tipos de elementos, también es necesario un cierto grado de proximidad entre la empresa y la violación a los derechos humanos misma; es decir, con el autor principal o la víctima.⁵¹

a. Panorama de las condiciones de responsabilidad e imputabilidad de acuerdo a la Comisión Internacional de Juristas

La revisión jurídica de las condiciones de responsabilidad procede, en consecuencia - y de acuerdo a la Comisión - en tres niveles⁵²:

aa. Requisitos objetivos (*causation/ contribution*)

Desde el punto de vista objetivo, la Comisión describe la cuestión de la causalidad/imputabilidad distinguiendo actos (por comisión u omisión) que

- **posibilitan** (*enable*) la violación de derechos humanos por el autor principal,
- **agravan** (*exacerbate*), o
- **simplifican** (*facilitates*) la violación a los derechos humanos⁵³.

Posibilitar (*enable*) el acto principal se da cuando sin la participación de la empresa éste no habría tenido lugar. Es necesario, en ese sentido, que el acto de la empresa haya significado una colaboración esencial, si bien no necesariamente la única, al acto principal llegando de ese modo a formar parte de la cadena causal.⁵⁴

Por otra parte, una empresa o su representante **agrava** (*exacerbate*) una violación a los derechos humanos en el caso de que la participación empresarial aumentaría la cantidad de víctimas o la gravedad del acto, aunque el autor principal habría ejecutado el acto principal incluso sin esa participación.⁵⁵

En ese sentido se **simplifica** (*facilitate*) un acto principal cuando la participación simplifica o modifica la comisión principal sin agravar el daño, aunque el autor principal habría ejecutado el acto principal sin esa participación.⁵⁶

bb. Requisitos subjetivos (*knowledge/foreseeability of risk*)

Para la responsabilidad jurídica de la empresa y sus representantes se requiere además, desde el punto de vista subjetivo, que

- la empresa o sus representantes quieran posibilitar, agravar o simplificar la violación,
- tengan conocimiento de o el deber de conocer las circunstancias relacionadas al riesgo de que su comportamiento contribuya a la violación de los derechos humanos, o
- ignoren conscientemente esas circunstancias o se niegen dolosamente a considerarlas.⁵⁷

cc. Proximidad (*proximity*)

Finalmente también se tipifica un cierto grado de proximidad de la empresa con la violación a los derechos humanos (autor principal/víctima), que puede concretizarse en la proximidad geográfica o la duración, reiteración o intensidad de las relaciones comerciales. En cuanto más próxima sea la relación con el acto principal, menos estricto tiene que ser el tribunal en asumir el cumplimiento de los mencionados requisitos objetivos y subjetivos.⁵⁸

El informe de la Comisión Internacional de Juristas menciona explícitamente como ejemplo para una acción tipificable como “agravante” que “una agencia de seguridad gubernamental puede estar imposibilitada de detener, torturar o matar a sindicalistas u otros oponentes políticos salvo que una empresa que los tiene de empleados los identifica frente a las autoridades” [“[A] government security agency may not be able to arrest, torture and kill trade unionists or other political opponents unless a

company that employs them identifies them to the government].⁵⁹ Con tal comportamiento, la empresa se habría conectado a la cadena de causalidad. Con esto se trataría de una participación en forma de complicidad con el acto principal y cumpliría la responsabilidad penal tipificada. El acto principal no habría tenido lugar sin la participación de la empresa, pues el acto de participación ha tenido influencia en el modo y la ejecución del acto principal e inmediato.⁶⁰

b. Tipos de responsabilidad aplicables a empresas

Esta aproximación concuerda con lo que ya hemos expresado en los casos ejemplares mencionados más arriba. Especialmente en el contexto del derecho delictivo estadounidense cobran relevancia los requisitos *actus reus* (objetivo) y *mens rea* (subjetivo). *Actus reus* (objetivo) es aquella facilitación práctica, incitación o apoyo moral que surte efectos sustanciales en la comisión del delito. El elemento subjetivo *mens rea* significa que el cómplice tiene que querer apoyar el delito principal, por lo que cómplice y coautor tienen que saber que sus actos apoyan al autor principal en la comisión del delito, en este caso en violación del “*law of nations*”.⁶¹

La Comisión Internacional de Juristas describe en la segunda parte de su informe explícitamente tres tipos de responsabilidad por complicidad aplicables a empresas y sus ejecutivos desde la perspectiva del derecho penal internacional. La Comisión afirma, en este contexto, que tal responsabilidad del cómplice es de especial relevancia en ese tipo de delitos, debido a la intensidad y complejidad de los crímenes, especialmente de cara a la cantidad de personas involucradas⁶².

aa. “Aider and abettor”

La figura jurídica más relevante y aplicable a empresas y sus representantes es la complicidad del “*aider and abettor*” (cómplice y encubridor). La manera más simple de definir esta figura es que se trata de aquella persona que ayuda conscientemente a otra en la ejecución del acto criminal, sabiendo que está aportando a la comisión de un crimen.⁶³

Según el artículo 25 (3) (c) Estatuto CPI un cómplice es sancionado

“con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.”

Los Estatutos de los Tribunales Especiales de Naciones Unidas también conocen ese tipo de responsabilidad, por lo que la responsabilidad individual del cómplice o encubridor (*aider and abettor*) está inmersa en los artículos 7 (1) Estatuto TPIY y artículo 6 (1) Estatuto TPIR. Finalmente también el artículo 2 (3) (d) Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión Internacional de Derecho (CCPS) de 1996 exige que el cómplice, que “colabore de modo directo o indirecto” en la comisión de un crimen tipificado pueda ser responsable individualmente.

En la aplicación de la responsabilidad del cómplice o encubridor también se pueden distinguir los elementos del *actus reus* (objetivo) y de *mens rea* (subjetivo):

(1). Actus reus del cómplice y encubridor (“*aiding and abetting*”)

La colaboración directa y esencial del artículo 2 (3) (d) CCPS 1996 se ha de entender de tal modo que mediante esa colaboración se facilite o fomente considerablemente la comisión del crimen.⁶⁴ Pero existe un debate acerca de la interpretación de la palabra “directamente”, pues puede dejar la impresión de que la proximidad del cómplice con el hecho mismo tenga que ser palpable.⁶⁵

En la jurisprudencia del TPIY y TPIR se utiliza la definición de lo “esencial” de la colaboración en cuanto que la participación tenga algún efecto en la comisión principal y no exige ni la presencia física del cómplice ni la indispensabilidad de su aporte. En ese sentido, la posición de los Tribunales Especiales es que el artículo 25 (3) (c) Estatuto CPI es más amplio que el artículo Art. 2 (3) (d) CCPS 1996.⁶⁶

La Comisión Internacional de Juristas afirma que para considerar una participación como “*aiding and abetting*” se requiere de un efecto esencial en la violación a los derechos humanos, aunque no hasta el grado de que el acto principal no hubiera tenido lugar sin la participación, puesto que el cómplice puede haber participado antes, durante o incluso después de la comisión del delito por el autor principal.⁶⁷

Es por ello que una persona puede ser responsable como cómplice o encubridor cuando no haya participado en el lugar mismo del delito, en caso de que está

conciente de que un crimen se está anunciando y – teniendo los respectivos poder y capacidades – no impide o intercepta tal desarrollo.⁶⁸

En resumen se puede constatar que los requisitos básicos para los elementos objetivos del “*aiding and abetting*” requieren de un apoyo práctico, incitación o apoyo moral en la comisión del acto principal.⁶⁹

(2). *Mens rea* del cómplice y encubridor (“*aiding and abetting*”)

Desde la perspectiva subjetiva es necesario que el cómplice sepa de su participación en el delito principal y esté conciente además que su acto participativo apoya a uno o más delitos, sin que sea imprescindible que comparta el dolo del autor principal.⁷⁰ El elemento cognitivo acerca de la participación no tiene que abarcar todos los hechos, más bien ya está cumplido si el cómplice tiene conciencia de que el autor principal aprovechará, aprovecha o ha aprovechado la participación para ejecutar el acto principal.⁷¹

Desde la perspectiva de la Comisión Internacional de Juristas este concepto también es aplicable a empresas y/o sus representantes en aquellos casos en los que tienen las capacidades (de poder) y posibilidades de prevenir, impedir o aliviar un crimen y justamente no hagan uso de esas posibilidades.⁷²

bb. Propósito común (*common purpose*)/ complot criminal conjunto (*joint criminal enterprise*)

También se puede recurrir a la figura del propósito compartido para justificar la responsabilidad penal de una empresa y/o sus representantes para violaciones a los derechos humanos. Esta figura indica que todo aquel es responsable que al formar parte de un grupo que persigue la misma finalidad participa de tal modo que la ejecución de un crimen no fuera posible sin esa participación. Todo esto tiene que suceder después de que haya comenzado el proceso de ejecución/comisión. Desde una perspectiva funcional el elemento esencial es, pues, que se reconozca un delito penal ejecutado de forma colectiva y se imputen los respectivos actos de participación individual. El plan conjunto es, en este caso, el nexo para una imputabilidad recíproca.⁷³

Los Tribunales Especiales del TPIY y TPIR se refieren a este tipo de responsabilidad con el término *joint criminal enterprise* (JCE – complot criminal conjunto) tipificando esta figura en tres modos distintos:

- JCE básico (todos los participantes actúan motivados por un propósito común y con el mismo dolo)
- JCE sistemático (existe un sistema organizado de abuso, del cual el cómplice es conciente y participa activamente en la ejecución de ese sistema)
- JCE extendido (permite la condena de un colaborador, aun cuando el acto principal no forma parte de la planificación conjunta).⁷⁴

En consecuencia, existe una responsabilidad de la empresa en aquellos casos en los que de acuerdo a las circunstancias del caso era previsible que el acto principal iba a ser cometido por un miembro del grupo y el participante se haya expuesto concientemente a ese riesgo.

Desde la perspectiva objetiva se requiere, pues, de una cantidad de personas que actúan en base a un plan conjunto y en el cual participa el (cómplice) inculpado. Las exigencias subjetivas del *mens rea* varían de acuerdo al tipo de JCE.⁷⁵

También el Estatuto de la CPI conoce ese tipo de responsabilidad en su artículo 25 (3) (d), según el cual la responsabilidad del cómplice implica que éste colabore concientemente con un acto principal ejecutado por un grupo de personas que comparten una finalidad. O bien esta participación ha de estar dirigida a fomentar el acto principal, o bien el cómplice ha de saber que el grupo está a punto de cometer un crimen.

cc. Responsabilidad del superior (*superior responsibility*)

Finalmente existe la posibilidad de exigir responsabilidad a empresas y/o sus representantes mediante la figura jurídica de la responsabilidad del superior.

Según la Comisión Internacional de Juristas este tipo de responsabilidad no se limita a aquellos actos cometidos efectivamente por subordinados en una relación de superioridad/inferioridad. En principio, esta figura no está dirigida a la responsabilidad del superior por el éxito de la ejecución de actos por parte de sus subordinados. Más

bien, la responsabilidad a la que va dirigida esta figura se refiere a la omisión del superior de cumplir con su obligación de impedir o perseguir tales crímenes.⁷⁶

La responsabilidad del superior ha sido aplicada por los Tribunales Especiales y está codificada en el artículo 28 Estatuto CPI.

Los dos elementos tipificados de esa responsabilidad son una relación de superioridad/inferioridad entre aquel responsable (“cómplice”) y el autor principal de crimen, y el conocimiento del cómplice o su estimación justificada que el crimen haya sido cometido, se cometa o cometerá en el futuro, sin que el cómplice haya tomado las medidas necesarias para impedir o evitar el crimen.⁷⁷

Conclusión

Es así como podemos constatar que en el marco de las obligaciones iusinternacionalistas asumidas por la jurisprudencia argentina es indicado investigar a fondo la responsabilidad de empresas y sus representantes en la complicidad u otros tipos de participación de crímenes de lesa humanidad y, en su dado caso, condenarlos. Este informe ha podido comprobar que existen condiciones objetivas y subjetivas desarrolladas por el derecho internacional, cuya aplicación a los casos en cuestión parece necesaria.

En el contexto de la solicitud española de extradición de Augusto Pinochet en 1998, Lord Slynn of Hadley expresó en forma cínicamente técnica que el derecho internacional público difícilmente debería poder consentir que la tortura o el genocidio sean considerados tareas especiales de un jefe de Estado [“[...] *clearly international law does not recognise that it is one of the specific functions of a Head of State to commit torture or genocide*”]⁷⁸. En el contexto diferente se puede parafrasear esto para empresas y sus ejecutivos en cargos responsables, al igual que para sindicalistas o ministros: el derecho penal internacional no incluye entre las tareas de un empresario, de un jefe de producción, de un funcionario sindical o de

un ministro, participar incitando o como cómplices en el secuestro o la desaparición de personas por parte de los peones de un aparato autoritario de Estado.

Más bien, el presente informe ha podido comprobar tres afirmaciones importantes para este tipo de causas:

- Que se trata de una reconocida obligación iusinternacionalista para Argentina, perseguir e investigar las violaciones a los derechos humanos.
- Que existen formas de participación y complicidad desarrolladas por el derecho penal internacional que incluyen la responsabilidad de representantes de empresas privadas.
- Que los hechos presentados en el presente caso, en cuanto abiertos a procedimientos probatorios, podrían cumplir con los requisitos desarrollados por el derecho internacional para tal tipo de participación penalmente relevante.

Berlín, Septiembre de 2009

¹ Vid. Kaleck/Saage-Maaß, *Empresas Transnacionales ante los Tribunales*, Fundación Heinrich Böll, Berlin 2008.

² Cfr. Harold Hongju Koh, 'Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation' (2004) 7 *Journal of International Economic Law* 263, 265.

³ Este caso está registrado bajo el nro. 97: La Sentencia, Bd. 1, Buenos Aires 1987, pp. 142 y ss.

⁴ Vid. para más detalles Christian Tomuschat, *Mercedes-Benz Argentina zur Zeit der Militärdiktatur (1976-1983)*, Berlin 2003.

⁵ Cfr. Christian Tomuschat, *Mercedes-Benz Argentina zur Zeit der Militärdiktatur (1976-1983)*, Berlin 2003, p. 47.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Así en la solicitud para forzar la aceptación de la querrela (Klageerzwingungsantrag) de 7.7.2004 ante el Tribunal Supremo Regional (OLG Nürnberg) en el caso Jorge Rafael Videla y otros, acá: ./.. Juan Ronaldo Tasselkraut, Nro. 407 Js 41063/98, p.7.

⁸ Vid. Sala I causa N° 30.514, "Massera s/excepciones", Reg. 742 , del 9 de septiembre de 1999; causa N° 33714 "Videla, Jorge R. s/procesamiento", Reg: 489, del 23 de mayo de 2002, y sus citas, causa n° C. 36.253 "Crespi, Jorge Raúl y otros s/ falta de acción y nulidad", Reg: 670, del 13 de julio de 2004; y de la Sala II Causa N° 17.889, del 9 de noviembre de 2001, Reg: 19.192 y sus citas.

⁹ Cfr. Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, Berlin 2005, pp. 39-42, 96-98.

¹⁰ Cfr. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press 2003, p. 15.

¹¹ Sentencia de 29 de julio de 1988 – Fondo, insbesondere Abschnitte 159 – XI – ff.: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc

¹² También conocido como Pacto de San José. El **Artículo 1** está titulado **Obligación de Respetar los Derechos** y dice: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³ OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina), Asamblea General OEA RES. 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983. Para los casos de Argentina ante la Corte Interamericana *vid.* http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=2

¹⁴ *Vid.* entre muchos *Opuz v. Turkey*, 9 June 2009, § 128., *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports* 1998-III, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, *Reports* 1998-VIII. *Papamichalopoulos v. Griechenland* 1996 330-B EGMR, S. 36.

¹⁵ *Vid.* Shany, Yuval; "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", (2006) *Vol. 16 Nro. 5 EJIL* 907-940.; Arai-Takahashi, Yutaka; *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia: Antwerp/Oxford/ NY 2002; ICJ Oil Platforms (*Iran v. US* [2003] ICJ Rep 90.), *Avena (Mexico v. US* [2004] ICJ Rep) and *Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Opinion of 9 July 2004 [2004], 43 ILM (2004) ps.1009)).

¹⁶ UN Doc, Promotion of all Human Rights, Civil, Political, Economic and Cultural Rights, including the Right to Development, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/11/13/Add.1, May 15, 2009.

¹⁷ Resolución del juez federal Norberto Oyarbide en la causa n° 12.652/2006 -ex-n° 2460- caratulada "Videla, Jorge Rafael s/secuestro extorsivo" declarando la inconstitucionalidad del decreto n° 2741/90, 5. September 2006.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Cfr.* Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, Berlin 2005, p. 6.

²⁰ Para un análisis reciente de estos casos *vid.* Jonathan A. Bush, "Prehistory of Corporations and Conspiracy in international Criminal Law: What Nuremberg really said", en *Columbia Law Review Vol. 109*, 2009, pp. 1094 y ss.

²¹ Las informaciones presentadas se basan en las siguientes publicaciones: Annette Weinke, *Die Nürnberger Prozesse*, München 2006; Matthew Lippman, "The other Nuremberg: American Prosecutions of Nazi War Criminals in Occupied Germany", en *Indiana International and Comparative Law Review, Vol. 3*, 1992; Klaus Kastner, *Von den Siegern zur Rechenschaft gezogen; Die Nürnberger Prozesse*, Nürnberg 2001.

²² También mencionado en otros casos: *Justiz und NS-Verbrechen Band XIII*, Hrsg. von Christiaan F. Rüter u.a. Bd. XIII. Amsterdam: Amsterdam UP 1975: Lfd.Nr.415b: citado en LG (Tribunal de Segunda Instancia) Frankfurt am Main del 28.3.1949, 4 Ks 2/48; Case 9: *The Zyklon-B Case, Trial of Bruno Tesch and Two Others, Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, Volume I, London, HMSO, 1947, S. 93-103; relatado en Angelika Ebbinghaus, "Der Prozess gegen Tesch & Stabenow. Von der Schädlingsbekämpfung zum Holocaust", (1998) 13 Heft 2 *Zeitschrift für Sozialgeschichte des 20. und 21. Jahrhunderts*, S. 16-71.

²³ *Cfr.* Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press 2003, p. 333.

²⁴ Podemos referirnos a las siguientes publicaciones: Gerd R. Ueberschär: *Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*, 2da Edición, Frankfurt am Main 2000; Matthew Lippman, "The other Nuremberg: American Prosecutions of Nazi War Criminals in Occupied Germany", 3 *Indiana International and Comparative Law Review*, 1992; Annette Weinke, *Die Nürnberger Prozesse*, München 2006.

²⁵ Más adelante aclararemos que esta figura jurídica está basada en la responsabilidad del *aider and abettor* en el derecho angloamericano.

²⁶ Tribunal de primera instancia con sentencia del 23.12.2005 y el Tribunal de apelación el 09.05.2007, LJN: BA6734, Gerechtshof 's-Gravenhage, 2200050906-2.

²⁷ Vid. Van der Wilt, H.G., "Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case", (2006) Vol. 4, No. 2 *Journal of International Criminal Justice*, S. 239-257.

²⁸ Tribunal de primera instancia: <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/4/497.html>

²⁹ TPIY, Krstic, caso nr. IT-98-33-A, sentence on appeal, 19 April 2004, paragraph 144; ICTR, E. and G. Ntakirutimana, caso nr. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, sentence on appeal, 13 December 2004, paragraphs 500 and 501

³⁰ Tribunal de apelación: <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/7/548.html>

³¹ Vid. HR 15-12-1987 NJB 1988.99.

³² HR 8-1-1985 NJ 1988.6.

³³ HR 10-6-1997 NJ 1979.585 – se trataba de la consecución de información.

³⁴ *In Re South African Apartheid* Litigation, Multi District Litigation 02 MDL 1499: *Lungisile Ntsebeza et al. v. Daimler Chrysler AG et al. / Khulumani et al. V. Barclays National Bank Ltd. et al.* (S.D.N.Y. 2009), S.34.

³⁵ Vid. entre muchos más Jordan J. Paust, "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", 35 *Vand. J. Transnat'l L.* 801 803; 2002, Weschka, Marion "Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad?", 66 *ZaöRV* 625-661; 2006.

³⁶ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d [289,] 318 [(S.D.N.Y. 2003)] (afirmando que "ATS suits [may] proceed based on theories of conspiracy and aiding and abetting".

³⁷ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2nd Cir, 1995).

³⁸ *Abdullahi v. Pfizer*, U.S. App. LEXIS 1768 (2d Cir, 2009: January 30th)

³⁹ El elemento "duradero" es importante para la distinción de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Sosa*, vid. *In re Estate of Marcos*, 26 F.3d 1467, 1475 (9th Cir. 1994).

⁴⁰ Por ejemplo en la causa *Unocal*: *Doe I v Unocal Co*, 395 F 3d 932. (9th Cir, 2002).

⁴¹ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d [289],2004)

⁴² Para el 11mo Circuito, por ejemplo, el voto disidente de la Magistrado Barkett en *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A.* "Aldana II", 452 F.3d 1284 (11th Cir., 2006).

⁴³ Vid. *Sinaltrainal v. Coca Cola*, 256 F.Supp. 2d 1345 (S.D. Florida, 2003) / 474 F.Supp. 2d 1273 (S.D. Florida, 2006) con referencia a la pág. 29 del escrito de demanda.

⁴⁴ Vid. recientemente *Romero v. Drummond*, 552 F.3d 1303 (11th Cir, 2008), así como el escrito de demanda <http://www.iradvocates.org/DrumComplaintFINAL1.pdf>

⁴⁵ <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/DrummondlawsuitColombia>

⁴⁶ http://wiwavshell.org/documents/Wiwa_v_Shell_agreements_and_orders.pdf

⁴⁷ *Doe I v Unocal Co*, 395 F 3d 932, 947 ff. (9th Cir, 2002).

⁴⁸ *Khulumani* – In Re South Africa, 504 F3d 254, 277 (2dCir., 2007)

⁴⁹ *Prosecutor v Furundžija* (Trial Chamber) Case No IT-95-17/1-T (10 December 1998) [245]–[249] (Judgment); *Prosecutor v Aleksovski* (Appeals Chamber) Case No IT-95-14/1-A (24 March 2000) [162] (Judgment); *Prosecutor v Vasiljević* (Appeals Chamber) Case No IT-98-32-A (25 February 2004) [102] (Judgment); *Prosecutor v Bagilishema* (Trial Chamber I) Case No ICTR-95-1A-T (7 June 2001)

⁵⁰ *In Re South African Apartheid* Litigation, Multi District Litigation 02 MDL 1499: *Lungisile Ntsebeza et al. v. Daimler Chrysler AG et al. / Khulumani et al. V. Barclays National Bank Ltd. et al.* (S.D.N.Y. 2009).

⁵¹ ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 1: Facing the Facts and Charting a Legal Path, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, Geneva 2008, p. 8.

⁵² *Ibid.*, p. 9.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁰ ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, Geneva 2008, p. 49.

⁶¹ *Vid.* más arriba para la descripción tipificada de "law of nations".

⁶² ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, Geneva 2008, p. 12.

⁶³ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁴ *Vid.* Kai Ambos, "Art. 25. Individual Criminal Responsibility"; en: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2008, pp. 743-770.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, p. 18.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁹ Kai Ambos, "Art. 25. Individual Criminal Responsibility"; en: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2008, pp. 743-770.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Cfr.* Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, pp. 187 y ss.

⁷² ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, p. 22.

⁷³ *Ibid*, p. 27 ; Kai Ambos, "Art. 25. Individual Criminal Responsibility"; en: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2008, pp. 743-770.

⁷⁴ Kai Ambos, "Art. 25. Individual Criminal Responsibility"; en: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2008, pp. 743-770.

⁷⁵ Kai Ambos, "Art. 25. Individual Criminal Responsibility"; en: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2008, pp. 743-770; ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, p. 27.

⁷⁶ ICJ Corporate Complicity and Legal Accountability, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crime, p. 32.

⁷⁷ *Ibid*, p. 33.

⁷⁸ Decision by the Appellate Committee of the House of Lords, November 25, 1998, cit. en *Pinochet Papers*, Reed Brody/Michael Ratner (ed.), Kluwer Law International, 2000, p. 136.