SECCIÓN II

MECANISMOS JUDICIALES

* * *

↗ Bhopal : una catástrofe ambiental e industral. Una nube tóxica emanada de una planta química de propiedad de una filial de Union Carbide Company (EE.UU) provocó la muerte de más de 25.000 personas.

© CC-BY-SA-2.0. / Simone.lippi

SECCIÓN II

MECANISMOS JUDICIALES

PARTE I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRATERRITORIAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En el marco del derecho internacional, a las empresas multinacionales no se les reconoce personalidad. En este sentido, éstas gozan de una inmunidad *de facto* que las protege contra cualquier imputación de responsabilidad. Por lo tanto, la responsabilidad civil de una empresa multinacional sólo se puede exigir a nivel nacional, ya sea en el país de origen de la empresa, o en el país donde opera.

En los países de origen de las empresas multinacionales, es decir donde se encuentra ubicada su casa matriz, diferentes sistemas legales han sido progresivamente utilizados para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por sus abusos, a pesar de la complejidad de su estructura y de su funcionamiento. Esta evolución es muy importante, ya que las personas afectadas por las actividades de las empresas tienen una ínfima posibilidad de obtener una reparación en su propio país, es decir en el país receptor de las inversiones, debido a la falta de voluntad política o a la inexistencia de recursos jurídicos suficientes dentro de los sistemas jurídicos locales (falta de legislación adecuada, infraestructuras débiles, la politización o corrupción del sistema judicial, la inexistencia de un sistema de asistencia legal, etc.). Muchas veces también se debe a la presión ejercida para atraer la inversión extranjera, en esos países. Adicionalmente, no es raro que el intermediario local de la empresa multinacional (filial, subcontratista o socio comercial), autor de los hechos, sea insolvente o no esté asegurado, o aún más, que las pruebas estén localizadas en el país de origen de la multinacional. Son ellas quienes a veces son las autoras de los hechos imputados, o al menos, la fuente de las decisiones que condujeron a las violaciones. Los obstáculos continúan siendo numerosos, tanto en lo concerniente a las normas sustanciales como procesales, mientras que el costo del procedimiento, así como el acceso a la información limitan el acceso de las víctimas a la justicia.

Este estudio se limita a examinar dos sistemas legales diferentes: el de los Estados Unidos y el de la Unión Europea[1]. Más allá de las consideraciones prácticas ligadas a la imposibilidad de ser exhaustivos, esta limitación está basada en tres razones:

1 – La sociedad matriz de las empresas multinacionales está frecuentemente localizada en uno de estos dos territorios;
2 – Desde hace una década, los procedimientos judiciales se han multiplicado en los países de origen de las empresas multinacionales, a través de casos presentados por las víctimas en espera de ver los daños ocasionados sean reconocidos e indemnizados; y
3 – Estos dos sistemas legales se han desarrollado, en relación con los otros, a través de procedimientos que permiten establecer la responsabilidad civil de las personas jurídicas por los actos cometidos en el extranjero. Referencias a algunos casos presentados en jurisdicciones extranjeras distintas han sido igualmente incluidos en el texto.

¿Cuáles son las posibilidades reales de **demandar civilmente a una empresa multinacional** en un Estado miembro de la Unión Europea o en los Estados Unidos de América para obtener una reparación del daño, cuando dicha empresa haya violado los derechos de sus trabajadores o de la comunidad local concerniente, en el marco de sus operaciones transnacionales?

Nuestra investigación mira al derecho internacional privado, en tanto que concierne a relaciones de carácter privado que contienen un elemento de extranjería. Nuestro tema está, por lo tanto, sujeto a la regulacion interna de cada Estado. La aplicación del derecho internacional privado puede examinarse desde dos ángulos:

El conflicto de jurisdicciones

(a) La competencia internacional: ¿Qué jurisdicción será competente para resolver dichos asuntos? ¿Cuál Estado tendrá jurisdicción?

(b) El reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras.
Este punto concierne al reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras por un tribunal competente. Supone la determinación del carácter obligatorio y la ejecución de la decisión judicial llevada a cabo por una autoridad extranjera.

---

1 Véase también Oxford Pro Bono Publico, Obstáculos a la Justicia y la Reparación para las Víctimas de Abusos Corporativos de Derechos Humanos - Estudio comparativo elaborado para el profesor. John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, 3 de noviembre de 2008, www.law.ox.ac.uk/opbp (inglés). Este informe analiza los sistemas jurídicos de Australia, República Democrática del Congo, la Unión Europea, Francia, Alemania, India, Malasia, China, Rusia, Sudáfrica, Reino Unido y los Estados Unidos. En este capítulo, así como una ilustración, se discuten algunas decisiones de los tribunales canadienses, sin analizar la legislación específica sobre el tema. Este informe examina los sistemas jurídicos de Australia, República Democrática del Congo, la Unión Europea, Francia, Alemania, India, Malasia, China, Rusia, Sudáfrica, Reino Unido y los Estados Unidos. En este capítulo a manera de ilustración se hace referencia a algunas decisiones canadienses sin analizar a detalle la legislación en la materia.

Este punto no es abordado en la Guía debido por cuanto esta se circunscribe a un estudio dedicado a los mecanismos disponibles para llevar a cabo una acción judicial contra una empresa multinacional en caso de violaciones de derechos humanos.

El conflicto del derecho aplicable: ¿Cuál orden jurídico debe aplicarse a un litigio de esta naturaleza?

Gracias a diversos reglamentos comunitarios, la Unión Europea ha estandarizar las reglas de conflicto jurisdiccional y del derecho aplicable al interior de los 27 diferentes órdenes jurídicos que la componen. Estas normas comunitarias son obligatorias y aplicables en todos los Estados miembros de forma inmediata a partir de su publicación.[2] A nivel europeo, el estudio se centra principalmente en estas normas comunitarias y a su aplicación al interior de los Estados miembros.

↗ En esta foto aparece el primer demandante en el juicio contra Chevron/Texaco en Ecuador. Ahora con 30.000 demandantes, esta histórica demanda colectiva con relación a los desastres causados por la contaminación del agua ha estado pendiente durante 18 años, a pesar de una sentencia de febrero de 2011 obligando a la empresa a pagar más de 8 mil millones de dolares.
© Natalie Ayala

2 Veremos que, como siempre, existen excepciones. El Reglamento de Roma II no es aplicable a Dinamarca.

CAPÍTULO I

Establecimiento de la competencia del juez estadounidense y la determinación del derecho aplicable al litigio

* * *

Bajo cuáles condiciones es competente el juez estadounidense?

Los principales instrumentos utilizados por las jurisdicciones estadounidenses para fundar su competencia sobre los actos que nos ocupan, son por una parte la ley conocida como **Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789** y por la otra, la ley **Torture Victim Protection Act (TVPA) de 1991**.[3]

Una mirada al ATCA

Creada en 1789 por razones aún discutidas, el ATCA se ha convertido en un **sustento indispensable** invocada en la mayoría de las demandas por responsabilidad civil presentadas en los Estados Unidos, en contra de los agravios cometidos por empresas multinacionales y que causan a su vez violaciones de derechos humanos en el extranjero.

Las jurisdicciones federales estadounidenses tienen así una competencia cuasi universal, y pueden conocer de toda acción de responsabilidad civil:

- presentada por un **extranjero**;
- que haya sido víctima de una **violación grave al «derecho de las naciones» reconocido en los Estados Unidos de América o el derecho internacional consuetudinario**;
- **independientemente** del lugar donde el delito se haya cometido;
- **independientemente** de la nacionalidad del autor del delito (de nacionalidad estadounidense o extranjera[4]);
- siempre **que el demandado se *encuentre* en territorio estadounidense al momento en que se interponga la acción**[5] (único criterio de conexión requerido).

---

3 Recomendamos ampliamente la lectura del Capítulo sobre los Estados Unidos en el informe titulado: Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, p. 303 y sig.

4 Cfr. First Judiciary Act 1789 (ch. 20, §9(b)), en 28 U.S.C. § 1350: *«Las cortes de distrito tendrán jurisdicción sobre toda demanda civil presentada por un extranjero por un agravio, cometido en violación al derecho de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos». (traducción libre)*

5 B. Stephens y M. Ratner, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts* (El litigio de derechos humanos en las cortes estadounidenses), Irvington-on-hudson, Transnational publishers Inc., New-York, 1996, p. 9 y sig.

Junto al *Alien Tort Claims Act*, otro instrumento legal que permite a las jurisdicciones estadounidenses conocer de casos de violaciones al derecho internacional cometidas contra particulares es el **Torture Victim Protection Act (TVPA)**.

Una mirada al Torture Victim Protection Act

Adoptado en 1991, el TVPA permite a los **nacionales estadounidenses o extranjeros** presentar ante las jurisdicciones federales una demanda civil para obtener la reparación del daño contra los autores de tortura o de ejecuciones extrajudiciales[6], **incluyendo los actos cometidos fuera del territorio estadounidense**. El TVPA no remplaza al ATCA, sino que la complementa. Su alcance es más limitado que el del ATCA, ya que el TVPA contempla los actos de tortura y de ejecuciones extrajudiciales. Sin embargo, extiende el alcance del ATCA, en el sentido de que no limita el derecho de acción a los *extranjeros*, sino que igualmente lo otorga a los *ciudadanos estadounidenses*.[7]

1. Aplicación del ATCA a particulares y a empresas multinacionales

La aplicación del ATCA a violaciones del derecho internacional de los derechos humanos es fruto de una larga evolución. En un principio, el ATCA sólo se utilizó en casos que concernían a violaciones de derechos humanos cometidas por personas físicas **que se encontraban protegidas por la ley,** como un agente público (ver *Filártiga Vs. Peña-Irala*)[8]. Posteriormente, su campo de aplicación se extendió a violaciones cometidas por **personas físicas, actuando fuera de toda calidad oficial** (ver *Kadic Vs. Karadzic*[9]). En consecuencia, la aplicación del ATCA se extendió en demandas por responsabilidad civil **en contra de las empresas multinacionales, presentadas en el territorio estadounidense,** por violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero (*Sosa Vs. Alvarez-Machain* – Véase adelante).

6 A diferencia de la ATCA que deja al derecho internacional la tarea de definir el concepto de daño (la acción intentada bajo el ATCA, está sujeta a las normas internas de la jurisdicción sobre la materia, competencia personal y otras normas de procedimiento) la TPVA define la tortura y las ejecuciones arbitrarias.

7 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.,* 1996, p. 25; B. Stephens, *Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts* (Responsabilidad empresarial: El litigio de violaciones a derechos humanos contra las multinacionales en las cortes estadounidenses), en M. T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 210; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co,* F.Supp.2d, 2002 WL 319887 (S.D.N.Y., 2002).

8 *Filartiga Vs. Pena-Irala* 577 F Supp 860 (DC NY 1980) 867.

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

En relación al **TVPA**, la referencia a un individuo excluye a los actores públicos o privados, y particularmente a los gobiernos. En lo concerniente a las personas jurídicas[10], existe una controversia, ya que algunas resoluciones judiciales señalan que las abarca[11], mientras que otras señalan lo contrario.[12] En cualquier caso, el TVPA se aplica a personas físicas que representen o hayan sido nombradas por una persona jurídica (por ejemplo un empleado).[13]

a) Condiciones para la aplicación del ATCA a particulares

El caso *Kadic Vs. Karadzic* ha permitido clarificar las reglas que rigen la aplicación del ATCA a particulares. De este caso se desprende el hecho de que para las violaciones más graves de derechos humanos, la responsabilidad civil de los particulares que no actúan en calidad oficial, puede ser invocada directamente. En otros casos, la complicidad *de jure* o *de facto* del actor privado con el gobierno debe ser determinada judicialmente. Se distinguen, entonces, dos supuestos:

– **La responsabilidad directa:** la complicidad del actor privado con el Estado no debe demostrarse si los hechos en cuestión pueden ser considerados **como actos de piratería, esclavitud, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o trabajo forzado.**[14] En estos casos los particulares podrán ser demandados directamente sobre la base del ATCA.
– **La responsabilidad subsidiaria o la acción del Estado:** Para otras violaciones al derecho internacional, el particular debe haber actuado como agente del Estado o «bajo una apariencia de legalidad».[15] Se trata de casos tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias prolongadas, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, o la discriminación racial.

---

10 Ver principalmente: *Beanal Vs. Freeport-McMoran, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999).

11 *Sinaltrainal et al. Vs. Coca Cola Company et al.*, 256 F. Supp. 2D 1345; *In re Sinaltrainal Litig.*, 474 F. Supp. 2D 1273.

12 *Beanal Vs. Freeport-McMoran, op.cit.*, 1999.

13 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, p. 303.

14 Doe *Vs.* Unocal, 2002 US App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal. 2002).

15 Ver principalmente: Kadic *Vs.* Karadzic, *op.cit.,* 1995, p. 239; *Doe I Vs. Unocal Corp., 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000); Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2002; Doe *Vs.* Unocal, *op.cit.,* 2002 (asesinato, secuestro y tortura requieren la acción del Estado, a menos que constituyan crímenes de genocidio, crímenes de guerra, la esclavitud o la piratería). Sobre las dificultades de la doctrina de la acción de Estado ver: O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens* (Función judicial y los derechos fundamentales. Transformación del control jurisdiccional en las órdenes judiciales estadounidenses y los sistemas jurídicos europeos), Bruylant, Bruselas, 1999.

En este caso, las actividades de los particulares pueden constituir una violación al derecho internacional cuando, de conformidad con el derecho internacional, la persona en cuestión **ha actuado con la complicidad de un Estado** y es considerado como un **agente del Estado**. De lo contrario, uno de los **criterios alternativos** que se mencionan a continuación debe cumplirse de conformidad con la legislación interna (la jurisprudencia relativa a estos criterios no es uniforme[16]):

- **La función pública**: Las actividades de los particulares son tradicionalmente funciones del Estado (*criterio de la función pública*);
- **La coacción estatal:** Las actividades de los particulares son impuestas por el Estado (*criterio de la coacción estatal*);
- **Nexo**: La conducta del individuo se encuentra tan fuertemente entrelazada con la acción del Estado que la persona resulta responsable de los actos como si hubieran sido cometidos por el Estado (la participación del Estado en la violación del derecho internacional debe ser importante) (*criterio del nexo*)[17];
- **Acción conjunta:** La violación es el resultado de una acción de colaboración (significativa) entre el particular y la autoridad pública (*criterio de la acción conjunta*)[18]; o
- **Causa próxima:** El particular ejerce control sobre las decisiones del gobierno relativas a la comisión de las violaciones (*criterio de la causa próxima*)[19].

En cuanto al **TVPA**, una demanda sólo podrá promoverse **en contra del individuo** que haya cometido los actos de tortura o de ejecución extrajudicial, **al amparo de una autoridad real o aparente, o bajo apariencia de legalidad, de un Estado extranjero**.[20] Esta acción debe haber sido cometida por un Estado extranjero o por un funcionario del gobierno de los Estados Unidos, bajo la dirección o en asociación

---

16 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002 (Principios de Derecho Internacional: una referencia a las decisiones de los tribunales militares de Nuremberg y Tokio y a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales Opinión disidente del juez Reinhart: referencia a los criterios de responsabilidad clásica del Derecho Común). En este sentido ver: R.A. Tyz, *Searching for a corporate liability standard under the Alien Tort Claims Act in Doe Vs. Unocal* (En busca de los estándares sobre responsabilidad corporativa en el marco del Alien Tort Claims Act en el caso Doe *Vs*. Unocal), *Oregon Law Review*, 82, verano 2003, p. 572.

17 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, p. 310.

18 Véase: *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2002; *Doe Vs. Unocal Corp.*, 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal., 1997), p. 891; *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. y The Republic of Sudan,* 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003), 453F. Supp. 2D 633 (S.D.N.Y 2006), No. 07-0016cv (2d Cir. Oct. 2, 2009). Esta jurisprudencia se basa en criterios desarrollados en el marco del derecho interno (42 USC § 1983) que regulan la responsabilidad en demandas de indemnización de daños por violación de derechos constitucionales (*Dennis Vs. Sparks*, 449 U.S. 24, 27-28, 101 S. Ct. 183, 186, 66 L. Ed., 2d 185 (1980)).

19 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2000. R.L. Herz, *Litigation Environmental Abuses Under the Alien Tort Claims Act: A Practical Assessment* (Abusos en el Litigio Ambiental bajo el Alien Tort Claims Act: una evaluación práctica), *Virginia J. Int'l L.*, 2000, 40, p. 559. A.K. Sacharoff, *Multinationals in host countries: can they be held liable under the Alien Tort Claims Act for human rights violations?* (Las multinacionales en los países receptores: ¿puede determinarse su responsabilidad bajo el Alien Tort Claims Act por violaciones a los derechos humanos?), *Revista de Derecho Internacional de Brooklyn*, Vol. 23, p. 943.

20 TVPA, 28 U.S.C. § 1350 note § 2(a): "Un individuo con autoridad real o aparente, o bajo la apariencia de legalidad, de cualquier nación extranjera" (traducción libre)

con un gobierno extranjero.[21] Por ello, la responsabilidad individual no puede ser invocada directamente.

b) Aplicación del ATCA a las violaciones cometidas por las empresas multinacionales

Si bien el caso *Sosa Vs. Alvares Machain* es talvez el caso más comunmente citado respecto de la applicación del ATCA por **violaciones cometidas por empresas multinacionales,** más de 80 casos ya habían sido presentados invocando el ATCA, antes del caso Sosa.

Sosa *Vs.* Alvarez-Machain (542 U.S. 692)

Por solicitud de la Agencia Antidrogas de los Estados Unidos de América (DEA por sus siglas en inglés), el médico mexicano Álvarez Machain fue detenido ilegalmente y trasladado a los Estados Unidos por un grupo de ciudadanos mexicanos, con la sola intención de ser juzgado en ese país. Una vez que el Sr. Álvarez Machain fue absuelto, presentó una demanda en los tribunales estadounidenses en base a la ley ATCA por su arresto y detención arbitraria contra José Francisco Sosa, uno de los supuestos mexicanos autores de tales hechos. Esta fue no solo **la primera ocasión en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América conoció de un caso fundado en la ley ATCA, sino también de un litigio transnacional relativo a los derechos humanos**.

La Corte, en primer lugar, consideró que el ATCA otorga la posibilidad a un individuo de interponer una demanda por un número limitado de violaciones al derecho internacional (la llamada *cause of action* o derecho de acción judicial) un derecho no reconocido previamente.

Seguidamente, la Corte Suprema dio una **definición más precisa del derecho de las naciones** (*law of nations*) contenido en la ley ATCA, resolviendo que podrían presentarse demandas basadas en **normas de carácter internacional aceptadas por las naciones civilizadas, y definidas con una especificidad comparable a los paradigmas del siglo XVIII**[22]. En esa época, tales normas incluían por ejemplo el crimen de piratería o la inmunidad diplomática. Sin embargo, la Corte mantiene una vaga posición en torno al contenido y especificidades de dichas normas.

La Corte precisó que las violaciones de derechos humanos podrían ser invocadas bajo la ley ATCA a condición de que se tratara de una **violación a una norma internacional universal, obligatoria, específica y definida**, tal como la prohibición de la tortura o del genocidio. En el caso concreto, la Corte consideró que la detención arbitraria no constituye una violación

---

21 Earthrights International, *Transnational Litigation Manual for Human Rights y Environmental Cases in United States Courts – A resource for Non-Lawyers*, (Manual de Litigio transnacional para derechos humanos y casos ambientales en los tribunales de Estados Unidos- Un instrumento para los no abogados) Revs. Sec. Ed., 2006, p. 26.

22 *Idem*, p. 2761 et 2762: "Una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad similar a las características de los paradigmas del Siglo XVIII." (traducción libre)

a una norma bien establecida en el derecho internacional consuetudinario, y por tanto desechó la demanda[23].

En este caso, la Corte Suprema reconoció igualmente que un individuo puede invocar la ley ATCA por una violación a una norma internacional **contra un particular**. Consideró que deberá examinarse si **el derecho internacional extiende al demandado la responsabilidad** por una violación a la norma, cuando **el demandado es un actor privado, como una empresa o un individuo.**[24] En su voto razonado, el Ministro Breyer se pronunció a favor de la aplicación de la ley ATCA a las empresas multinacionales.[25]

Después del caso Sosa, numerosas víctimas extranjeras han presentado demandas ante los tribunales estadounidenses, a fin de obtener reparación por los violaciones de derechos humanos, cometidas por empresas multinacionales en el marco de sus actividades en el extranjero, ya sea como **autora** de las violaciones o **cómplice** del gobierno receptor de la inversión. Algunas empresas multinacionales tienen su sede en los Estados Unidos - Chevron Texaco, Wal-Mart, ExxonMobil, Shell Oil, Coca-Cola, Southern Peru Copper, Pfizer, Ford, Del Monte, Chiquita, Firestone, Unocal, Union Carbide, Gap, Nike, Citigroup, IBM, y General Motors–, en el Reino Unido, Australia o en Canadá – Rio Tinto, Barclays Bank y Talisman Energy.

El gobierno federal estadounidense, al igual que grupos industriales y empresariales, han intervenido activamente en estos casos, particularmente a través de la presentación de escritos en calidad de *amicus curiae*, o bien a través de demandas[26] Enfrentados a una multiplicación de demandas contra empresas multinacionales y preocupados por la interferencia potencial de estos procesos en la lucha contra el terrorismo, en la política exterior estadounidense, así como su impacto en el comercio y la inversión, el Departamento de Estado de los Estados Unidos bajo la administración del Presidente Bush, consideró necesario comparecer como *amicus curiae* a presentar su opinión en el sentido de que el ATCA no le ofrece a las víctimas un derecho de acción judicial.

➔ La Coalición Nacional de Gobierno de la Unión Birmana y la Federación Sindical de Burma *Vs.* Unocal, Inc. (Roe I)[27]

Desde 2002, un consorcio de empresas petroleras, incluyendo a Unocal (empresa comprada en julio de 2005 por la californiana ChevronTexaco) y a Total (empresa francesa) han explo-

23 *Idem*, p. 2768 y 2769.

24 *Idem*: "Debe considerar si el derecho internacional extiende el alcance de la responsabilidad por la violación de una norma específica al demandado, si éste es un particular, ya sea una empresa o un individuo. Comentado por Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.,* p. 309. (traducción libre)

25 *Sosa Vs. Alvarez-Machain,* 2004, p. 2782. En este sentido ver: R.A. Tyz, *op.cit*., p. 565.

26 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit,* p. 303.

27 *National Coalition Government of the Union of Burma y Federation of Trade Union of Burma Vs. Unocal, Inc*. (*Roe* I) 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal. 1997).

tado el yacimiento de gas de Yadana, en asociación con *Myanmar Oil and Gas Enterprise* (en adelante MOGE), empresa petrolera birmana controlada integralmente por el *State Law and Order Restoration Council* (en adelante SLORC): del gobierno de la junta de Birmania. El gasoducto que transporta el gas natural cruza el mar de Andamán con dirección a Tailandia y atraviesa la región de Tenasserim en Birmania. La primera demanda del caso Roe I fue presentada en 1996 contra Total, Unocal y MOGE, por la Federación Sindical de Birmania, la Coalición Nacional de Gobierno de la Unión Birmana y cuatro aldeanos birmanos. Los motivos de la demanda eran el trabajo forzado y la violación a los derechos de propiedad de los ciudadanos birmanos en la construcción del gasoducto, ya que los ciudadanos birmanos no recibieron compensación.

Debido a que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, **la corte no se pronunció** sobre el documento presentado por el Gobierno de los Estados Unidos en calidad de a*micus curiae* ante la Corte de Distrito del Distrito Central de California.[28]

De acuerdo con este *amicus curiae*, ni el ATCA, ni las normas de derecho internacional incluidas en los tratados que los Estados Unidos no han ratificado o que no son auto aplicables ni las resoluciones no obligatorias de la Organización de las Naciones Unidas, generan un derecho de acción judicial ante las cortes federales estadounidenses. Por ello, los tribunales no pueden conceder un derecho de acción judicial con el fin de asegurar la efectividad del derecho internacional. De la misma forma, el Departamento de Estado consideró que aunque la ley ATCA **otorgue este derecho**, su aplicación debe limitarse a los hechos cometidos sobre el territorio estadounidense y, de manera excepcional, a aquellos ocurridos en alta mar. Por tanto, el ATCA no concede un derecho de acción judicial sobre hechos cometidos en otro Estado.

▶ NOTA

La determinación de la **responsabilidad directa de una empresa multinacional** en los Estados Unidos de América es un tema controversial. La cuestión es saber si ésta debe ser regulada por las normas de derecho internacional o por las leyes federales estadounidenses.[29] En cuanto a la **responsabilidad subsidiaria de las empresas multinacionales,** el caso *Kadic Vs. Karadzic* precisó que en el caso de que las empresas multinacionales actúen en complicidad con grupos armados no gubernamentales, que ejerzan *de facto* una forma de autoridad estatal, dicha responsabilidad de las empresas multinacionales puede ser invocada con fundamento en el ATCA.[30] En los otros supuestos la cuestión continúa siendo incierta.

---

28 *Doe Vs. Unocal*, Escrito de los Estados Unidos en calidad de *amicus curiae* para el Distrito Central de California del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito en los Estados Unidos, N°00-56603, 00-56628, Mayo 2003. Ver igualmente: *Doe Vs. Unocal*, Escrito suplementario de los Estados Unidos en calidad de *amicus curiae* para el Distrito Central de California del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito en los Estados Unidos, N° 00-56603, 00-56628, Agosto 2004.

29 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, p. 311.

30 *Idem*, p. 312.

A la fecha, ningún procedimiento contra una empresa multinacional por violación de derechos humanos ha concluido. Algunos de ellos han terminado en acuerdos entre las partes. La evolución de la utilización del ATCA por cortes estadounidenses, así como las numerosas excepciones que podrían invocarse durante el procedimiento, hacen que **la aplicación del ATCA sea difícil e impredecible,** como lo demuestran unas decisiones recientes:

Kiobel *Vs.* Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010)

Al igual que en el caso *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co*, reseñado anteriormente, este caso fue presentado en septiembre de 2002 por Esther Kiobel (esposa de uno de los «Ogoni 9» que fue ejecutado extrajudicialmente), y miembros del Movimiento por la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP, por sus siglas en inglés), en contra de la Compañía de Desarrollo Petrolero de Shell en Nigeria, Ltd. (SPDC, por sus siglas en inglés), por las presuntas actividades que ésta y el gobierno nigeriano adoptaron para suprimir violentamente las campañas ambientalistas que MOSOP contra de operaciones de extracción de petróleo de SPDC en la región Ogoni de Nigeria. En la demanda colectiva (*class action*) que presentaron los peticionarios ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Segundo Distrito de Nueva York bajo el *Alien Tort Claims Act*, alegaron que las fuerzas armadas de Nigeria, con la colaboración de SPDC, atacaron poblaciones Ogoni, mataron a sus residentes y se apropiaron ilegalmente de su propiedad. La supuesta colaboración por parte de SPDC en estos hechos consistió en proveer transportación a las fuerzas nigerianas, permitirles utilizar la propiedad y el terreno de SPDC como base para lanzar los referidos ataques y proveer alimentos y compensación a los soldados involucrados en los ataques. Con base en estos hechos, los peticionarios alegaron que las corporaciones demandadas eran responsables por su complicidad en los hechos de tortura, ejecución extrajudicial y otras violaciones al derecho internacional.

En marzo de 2008, la Corte de Distrito desechó la demanda, ya que consideró que no podía ejercer su competencia sobre el sujeto demandado. En noviembre de 2009, la corte reconsideró el asunto, y requirió a los peticionarios que demostraran que existía una relación directa de negocios entre los Estados Unidos y SPDC para que la corte pudiera ejercer competencia sobre dicha corporación con base en el *ATCA*. En junio de 2010, la corte de distrito consideró que **los peticionarios no habían demostrado que existiera tal relación directa de negocios**, por lo que nuevamente desechó la demanda contra SPDC. Los peticionarios apelaron la decisión de la corte de distrito y el 17 de septiembre de 2010 una mayoría de la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión de la corte de distrito de desechar la demanda, y adicionalmente declaró que el **ATCA no puede ser utilizado para demandar a corporaciones por violaciones al derecho internacional**.

En la decisión, la mayoría determinó primero que es el derecho internacional y no el derecho común («common law») doméstico el que establece el alcance de la aplicación del ATCA. Luego, la corte consideró que el derecho internacional consuetudinario no contempla la teoría de responsabilidad corporativa. Es decir, la mayoría llegó a la conclusión de que no existe una norma consuetudinaria del derecho internacional que indique que las

corporaciones pueden ser internacionalmente responsables por violaciones del derecho internacional. Por lo tanto, la mayoría falló que la corte no podía ejercer competencia sobre el sujeto demandado – una corporación– con base en el ATCA. Adicionalmente, la corte de apelaciones también desechó la demanda dado que los peticionarios no alegaron que los demandados actuaron intencionalmente, que es el estándar que adoptó esa misma corte de apelaciones para el segundo circuito en el caso *Presbyterian Church de Sudán Vs. Talisman Energy* (discutido *supra*)[31].
El 4 de febrero de 2011, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó una solicitud de reconsideración que presentaron los representantes. En junio de 2011, los peticionarios solicitaron una apelación ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Hasta la fecha, la Corte Suprema no se ha pronunciado al respecto. En julio de 2011, el Centre for Constitutional Rights (CCR), organización miembro de la FIDH en Estados Unidos, junto con la FIDH, otras organizaciones internacionales y profesores de derechos humanos firmaron un a*micus curiae* sometido ante la Corte Suprema, argumentando que los principios generales del derecho demuestran que el derecho internacional provee que las empresas pueden ser responsables por violaciones previstas bajo el ATCA.

La importancia de la decisión del Segundo Circuito en el caso *Kiobel* es que **por primera vez una corte de apelaciones de Estados Unidos declaró que no se puede demandar a corporaciones con base en el *Alien Tort Statute*.** A menos que la Suprema Corte de Estados Unidos revoque la decisión en *Kiobel*, o a menos que el Congreso de los Estados Unidos legisle al respecto, ninguna corporación podrá ser demandada bajo el ATCA en el Segundo Circuito o en cualquier otro circuito que adopte el razonamiento del caso *Kiobel*.

A la fecha de escribir este capítulo, tanto la **Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia de los Estados Unidos[32] como la Corte de Apelaciones para el Séptimo Circuito de los Estados**

---

31 En el caso *Talisman*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito declaró que una corporación demandada no podía ser declarada responsable por actos de colaboración y complicidad bajo el *ATCA* a menos que ésta hubiese actuado intencionalmente. No obstante, cabe señalar que, a diferencia del caso *Kiobel*, en el caso *Talisman*, la corte no declaró que una corporación no podía ser sujeta a juicios bajo el ATCA por su condición de persona jurídica.

32 Ver *Doe Vs. Exxon Mobil Corp*., 2011 U.S. App. LEXIS 13934 (D.C. Cir. July 8, 2011), en el cual la Corte de Apelaciones del Circuito de D.C. confirmó la decisión de la corte de distrito de desestimar los alegatos de los peticionarios que estuvieren basados en el *Torture Victims Protection Act*, pero a su vez revocó la desestimación de los alegatos que estuvieren basados en el *Alien Tort Claims Act*. Además, la corte de apelaciones declaró que las corporaciones sí pueden ser demandadas bajo el *ATCA*. Esta es la primera decisión por parte de una corte de apelaciones de algún circuito de los Estados Unidos que se emite luego de la decisión en *Kiobel*. En *Exxon Mobil*, el circuito de D.C. criticó fuertemente el razonamiento que empleó el segundo circuito en Kiobel en cuanto a la aplicación del *ATCA* a las corporaciones. Por otro lado, *Exxon Mobil Corp*. rechazó el razonamiento que el segundo circuito adoptó en el caso *Talisman* con relación al factor mental (la intención, o *mens rea*) que se requiere para establecer bajo el *ATCA* la responsabilidad de una corporación que colabora o asiste a otros en cometer violaciones de derechos humanos. *Talisman* señala que una corporación sólo podrá ser responsable por aquella participación que sea intencional, es decir, cuando el propósito de los actos de la corporación sea el de contribuir a las violaciones de derechos humanos de los principales infractores. Por el contrario, *Exxon Mobil* estipula que la corporación podrá ser responsable bajo el *ATCA* cuando tenga un mero conocimiento de que sus actos asisten a que se comentan tales violaciones, sin importar que la corporación comparta o no el propósito o la intención que tenga el perpetrador directo.

Unidos[33] habían rechazado el razonamiento de *Kiobel*, en los casos ***Doe Vs. Exxon Mobil Corp.*,** y ***Flomo Vs. Firestone Natural Rubber Co.*,** respectivamente. Asimismo, como se discutió anteriormente, la Corte de Apelaciones para el Undécimo Circuito de los Estados Unidos también ha decidido[34] (previo a *Kiobel* en el Segundo Circuito) que las corporaciones sí pueden ser demandadas bajo el *Alien Tort Claims Act*. El asunto también está pendiente de ser decidido por la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos en el caso *Sarei v Río Tinto* (ver *supra*).

2. Condiciones para la presentación de una demanda basada en el ATCA

a) Un extranjero debe ser la víctima del daño

La primera condición material para la presentación de una demanda con fundamento en la ley ATCA es que la víctima del daño invocado no sea ciudadano estadounidense. **El ATCA sólo puede ser invocada por los extranjeros.**

El impacto concreto de esta restricción impuesta por el ATCA es limitado, ya que conforme a nuestra hipótesis, la violación será cometida por empresas multinacionales en el marco de sus operaciones en el extranjero, en donde las víctimas serán generalmente nacionales extranjeros. Sin embargo, **el lugar donde se cometió el daño o de sus efectos resulta irrelevante**.

Adicionalmente, **no será necesario que la víctima haya agotado los recursos internos** en su país de residencia para poder presentar una demanda con base en el ATCA.[35] Por el contrario, la aplicación del TVPA sí requiere que se agoten los recursos internos disponibles.

Las acciones colectivas en los Estados Unidos

En materia procesal civil, los tribunales estadounidenses admiten demandas colectivas (class action), las cuales pueden tener dos modalidades diferentes:

– Las opcíonales o por inclusión: para ser parte de una acción colectiva cada individuo debe declarar que desea ser parte de esta acción. Este es el caso de las acciones colectivas en el Reino Unido y en Quebec, por ejemplo.

33 Ver *Flomo Vs. Firestone Natural Rubber Co*., LLC, 643 F.3d 1013 (7th Cir. Ind. 2011), en el cual la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito confirmó la decisión de la corte de distrito de desestimar la demanda, dado que los peticionarios no demostraron que se configuró una violación de una norma de derecho internacional consuetudinario, pero a su vez indicó que las corporaciones sí pueden ser demandadas bajo el *Alien Tort Claims Act*.

34 Ver *Sinaltrainal Vs. Coca-Cola*, 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009) y *Romero Vs. Drummond Co., Inc.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008).

35 Aunque el tribunal había pronunciado de manera ambigua sobre esta cuestión en el caso Sosa. *Sosa Vs. Alvarez-Machain* , *op.cit*., 2004, comentado en: Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., pp. 315-316.

– Las generales o por exclusión: todo aquel que se encuentre dentro una situación similar a la del demandado en la acción colectiva es automáticamente parte de ella, pero podrá retirarse haciendo una declaración formal en este sentido. Este es el sistema adoptado por los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, un individuo o un grupo de individuos (personas físicas o morales) cuyos derechos hayan sido violados, tienen el derecho a presentar una acción en nombre de un número ilimitado de víctimas que se encuentren en una situación similar. La decisión tendrá efectos legales para todas las víctimas, sean o no parte en el juicio. El objetivo de las acciones colectivas es poder decidir sobre un número amplio de demandas similares y facilitar el acceso a la justicia de todas las personas que sufrieron el mismo perjuicio, a través de una sola acción. Este tipo de acción colectiva representa igualmente una ventaja financiera para las víctimas, ya que permite reducir el costo de los gastos legales.

El sistema judicial estadounidense, además de permitir las acciones colectivas, conlleva numerosas ventajas, incluyendo el procedimiento de descubrimiento (exhibición de prueba) o *«el sistema de honorarios sujetos a una condición»*. Estos aspectos son discutidos brevemente en el anexo al fin del Capítulo III.

b) Una violación al derecho internacional

Para poder aplicar el ATCA, se requiere **que el daño sufrido haya sido producto de una violación al derecho internacional**, y en lo que nos concierne, de una violación al derecho internacional de los derechos humanos. Esta violación al derecho internacional que habilita competencia del juez estadounidense puede ser de dos tipos:

Una violación a un tratado aplicable a los Estados Unidos

Los Estados Unidos han rechazado de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos les sean directamente aplicables. En este sentido, pocos casos citan a ésta causa como base para el ejercicio de la competencia.[36]

Una violación al derecho internacional consuetudinario (*derecho de las naciones*)

Para que una norma de derecho internacional de los derechos humanos pueda ser calificada como derecho internacional consuetudinario, ésta debe ser **universal, definida y obligatoria**.[37] Estas normas no necesariamente son una derivación del *jus cogens*. La noción se refiere a prácticas comunes y principios claramente defi-

36 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 60.

37 *Forti Vs. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987), p. 1539; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2000, p. 1304; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2002; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002; *Presbyterian Church of Sudan, et al. Vs. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan, op.cit.* Véase también: R.L. Herz, *op.cit.*, 2000, págs. 556-557; B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.,* 1996, p. 52; B. Stephens, *op.cit.*, 2000, p. 405.

nidos por la comunidad internacional.[38] Estas normas son flexibles y deben ser interpretadas de manera dinámica.[39]

La violación de una **norma de *jus cogens*** otorga claramente a las cortes estadounidenses competencia respecto de demandas por violaciones tales como:[40]
– Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad;
– Esclavitud y trabajos forzados;
– Ejecución extrajudicial, tortura y desaparición;
– Tratos crueles, degradantes e inhumanos;
– Detención arbitraria prolongada;
– Violaciones graves al derecho a la vida y a la seguridad de las personas; y
– Violaciones graves al derecho de manifestación pacífica.

Por el momento, los abusos ambientales **no constituyen violaciones** al derecho internacional que puedan ser invocadas con fundamento en el ATCA.[41] Por ello, es más fácil promover acciones judiciales sobre las violaciones a derechos humanos generalmente ligadas a este tipo de abusos, a fin de reforzar las posibilidades de admisibilidad de la demanda.[42]

Un caso reciente contra una empresa estadounidense, reconoció que los derechos humanos a la libertad de asociación y a la negociación colectiva son justiciables en virtud del ATCA.[43] Sin embargo, la posibilidad de que se intente una acción similar por violación a derechos sociales sigue siendo incierta en los casos en los que se involucre una empresa extranjera. Ni la libertad de asociación, ni el derecho a la negociación colectiva son considerados como una parte integral del derecho internacional consuetudinario, condición *sine qua non* para la aplicación de ATCA.[44]

---

38 *Filartiga Vs. Peña-Irala, op.cit.*, 1980; *Beanal Vs. Freeport-McMoran Inc., op.cit.*, 1999; *Estate of Rodriquez Vs. Drummond Co.*, 256 F. Supp. 2d 1250, 1264 (N.D. Ala. 2003); R.L. Herz, *op.cit.*, p. 554; *Kadic Vs. Karadzic, op.cit.*, 1995, p. 238; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 1997; Doe *Vs.* Unocal, *op.cit.*, 2000, p. 1304; B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 54.

39 *Filartiga Vs. Peña-Irala, op.cit.*, 1980, p. 878; *Kadic Vs. Karadzic, op.cit.*, 1995, p. 238; *Beanal Vs. Freeport-McMoran Inc., op.cit.*, 1999; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2000, p. 1304; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2002; *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan, op.cit.*, ver igualmente: R.L. Herz, *op.cit.*, p. 558; B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 53.

40 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002; *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. y The Republic of Sudan, op.cit.*, note 18. En este sentido véase: W.S. Dodge, *Which Torts in Violation of the Law of Nations?* (¿Qué agravios violan el derecho de las naciones?), *Hasting Int'l & Comp. L. Revs.*, 2000-2001, 24, p. 351; R.L. Herz, *op.cit.*, p. 554.

41 *Beanal Vs. Freeport-McMoran Inc., op.cit.*, 1999, p. 166; *Flores Vs. Southern Peru Copper Corp.*, 1587224 (S.D.N.Y. 2002).

42 Para un resumen de esta cuestión véase igualmente: Earthrights International, *op.cit.*, 2006.

43 *Estate of Rodriquez Vs. Drummond Co., op.cit.*, 2003.

44 Para un estudio a detalle sobre este sujeto éase: W.VS. Carrington, *Corporate Liability for Violation of Labor Rights Under the Alien Tort Claims Act* (Responsabilidad de las empresas por violaciones al Derecho Laboral conforme al Alien Tort Claims Act), www.law.uiowa.edu/journals/ilr/Issue%20PDFs/ILR_94-4_Carrington.pdf .

▶ NOTA

La resolución de la Suprema Corte en el caso Sosa *Vs*. Alvarez Machain confirma la definición dada por la jurisprudencia precedente en torno a qué constituye una norma de derecho internacional, entendida en el marco del ATCA (carácter universal, definido y obligatoria). A su vez, el ATCA requiere que los jueces federales determinen con **extrema prudencia las violaciones susceptibles de reunir estos criterios.**[45] El juez estadounidense, antes de declararse competente, debe medir el impacto de la admisibilidad de una demanda en las relaciones exteriores,[46] y sus consecuencias prácticas. A pesar de que el agotamiento de recursos internos e internacionales no es una condición para presentar una demanda fundada en el ATCA, el juez estadounidense podrá, según la Suprema Corte, tomar en cuenta este elemento de facto antes de declararse competente.

Como resultado de una solicitud de interpretación, la Corte solicitó una intervención legislativa al respecto.[47] Deberá esperarse la jurisprudencia futura para medir el impacto práctico de esta resolución.[48]

Reunir las condiciones descritas anteriormente no es sencillo, particularmente en lo que concierne a la violación del derecho internacional consuetudinario. Incluso es probable que sea más difícil en el futuro, tras la decisión de la Suprema Corte en el caso *Sosa Vs. Alvarez Machain*.

En todo caso, puede afirmarse que la jurisdicción otorgada a los tribunales estadounidenses es casi universal.

En teoría, las cortes federales de los Estados Unidos de América pueden conocer de un caso aún cuando éste **no tenga relación alguna con el territorio estadounidense**. Sin embargo, el derecho interno contempla varios procedimientos destinados a establecer un vínculo entre el caso y el tribunal competente.

c) Una condición procesal: la competencia personal

Previo a la presentación de una demanda con fundamento en el ATCA, el actor debe demostrar la competencia personal de la corte estadounidense en relación con la empresa multinacional demandada, con independencia de que ésta tenga o no su sede en los Estados Unidos. Esta exigencia es compleja. Para

---

45 En el mismo sentido ver: E.J. Brav, *Recent Developments – Opening the Courtroom to Non-Citizens: Cautiously Affirming Filartiga for the Alien Tort Statute* (Desarrollos recientes -Apertura de las cortes a los no ciudadanos: Afirmando cautelosamente Filartiga para el Alien Tort Statute), *Harvard Int'l L.J.*, 2005, vol. 46, p. 276 y sig.

46 *Sosa Vs. Alvarez-Machain et al., op.cit.*, 2004, p. 2766 y nota 21.

47 *Idem*., págs. 2762, 2763 y 2765.

48 Véase: E. Kontorovich, *Implementing Sosa Vs. Alvarez-Machain: What Piracy Reveals About the Limits of the Alien Tort Statute* (La implementación de Sosa *Vs*. Alvarez-Machain: ¿Qué revela la piratería sobre los límites del Alien Tort Statute?), *80 Notre Dame L. Revs*. 111, 2004, p. 111 y sig.

ello, el actor deberá probar, de acuerdo con las demandas del debido proceso (*due process*), que la multinacional mantiene un contacto, aunque éste sea mínimo, con el Estado donde se encuentra el tribunal (*forum State*).[49] Para poder establecer la competencia, el demandado no debe estar amparado por alguna inmunidad por ejemplo, si la empresa es controlada en su totalidad por un Estado (el tema de las inmunidades es tratado *infra*).

La noción de «nexo mínimo»

En Estados Unidos, la noción de nexo mínimo *(minimum contacts)* de la empresa con el Estado varía en función de la legislación aplicable en cada Estado del país.[50] Sin importar dónde ocurrieron los hechos, la competencia del juez se reconoce generalmente bajo las siguientes condiciones:[51]

– Si la empresa es estadounidense, es decir, si su sede **se ubica en el mismo lugar** de la corte competente (es decir, en el Estado cuyos jueces se han declarado competentes); y
– Si la empresa (extranjera o estadounidense), cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado, **realiza actividades de negocios de manera usual y continuada** en el Estado donde se encuentra la corte (doing business standard).[52]

El caso *Wiwa et al. Vs. Royal Dutch Petroleum et al.*, detallado más adelante, constituye un buen ejemplo del estándar de «realización de actividades de negocios de manera usual y continuada». En este caso, un juez de Nueva York consideró que

---

49 *International Shoe Vs. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), p. 315.

50 B. Stephens, *op.cit.*, en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (La responsabilidad de las empresas multinacionales en el Derecho Internacional), Kluwer Law International, 2000, nota 53: los tribunales federales aplican, en efecto, las normas locales para determinar su jurisdicción, aún cuando el procedimiento tiene su origen en la legislación federal (*Forum State's Long-arm Statute*). (traducción libre)

51 La mayoría de los Estados conceden jurisdicción especial cuando el caso trata de las actividades de una empresa en el Estado del foro, si estas actividades son sustanciales (*specific jurisdiction*) B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 100; *Doe Vs. Unocal*, 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

52 Para los individuos, la competencia del tribunal se basa en que el domicilio o residencia del individuo se encuentre en el estado cuyo tribunal se haya declarado competente, o bien en su presencia física, aún temporal, en el lugar. Véase: *Kadic Vs. Karadzic, op.cit.*, 1995, p. 247; B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 100; B. Stephens, op.cit., en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (La responsabilidad de las empresas multinacionales bajo el Derecho Internacional), Kluwer Law International, 2000, p. 220; S.M. Hall, S.M. Hall, *Multinational Corporations' Post-Unocal Liabilities for Violations of International Law* (Empresas multinacionales y su responsabilidad por violaciones al derecho internacional después de Unocal), *The Geo. Wash. Int'l L. Revs.*, 2002, 34, p. 408. Este último requisito implica que «los contactos no sean accidentales, sino que se basen en una búsqueda intencional de beneficios y protección de la ley del foro» (traducción libre). U. Mattei y J. Lena, *U.S. Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States: Some of Hegemonic Implications* (La jurisdicción sobre conflictos que surjan fuera de los Estados Unidos: Algunas de sus implicaciones hegemónicas) *Hastings Int'l &Comp. L. Revs.*, 2000-2001, 24, p. 389. *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co,* 226 F.3d 88, 92-93 (2d Cir. 2000), p. 95; véase igualmente *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan, op.cit.*

por el sólo hecho de que la empresa de nacionalidad extranjera tenía una oficina en Nueva York, su corte era competente para conocer del caso. Así el juez estableció la competencia personal sobre Royal Dutch Shell / Shell Transport and Trade.
Los casos hipotéticos que se presentan a continuación, tomados de la guía publicada por *Earthrights International*, ilustran bien la dificultad de esta cuestión:[53]

Big Oil Inc. es una empresa multinacional cuyo domicilio social se encuentra en el Reino Unido. Cuenta con dos filiales: Big Oil USA y Big Oil Sudán, que desarrollan sus actividades en los Estados Unidos y en Sudán, respectivamente. Big Oil Sudán ha cometido violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, y las víctimas quieren interponer una acción frente a los tribunales estadounidenses. Tienen tres opciones:

1) **Demandar directamente a Big Oil Sudán** si ésta tiene un vínculo con los Estados Unidos. Esta situación es poco probable ya que seguramente Big Oil Inc. (la matriz) se asegurará que su filial en Sudan no tenga vínculo alguno ni actividades fuera de su territorio (Sudán).

2) **Demandar a Big Oil USA**. La filial estadounidense está sujeta a la competencia personal de los tribunales de los Estados Unidos, sin embargo no estuvo implicada en la violación de derechos humanos. Big Oil USA no puede ser demandado por las violaciones a derechos humanos perpetradas por Big Oil Sudán, a menos de que exista un vínculo entre Big Oil USA y Big Oil Sudán, en cuyo caso éste deberá ser demostrado.

3) **Demandar a la sociedad matriz con sede en el Reino Unido ante las cortes estadounidenses.** A fin de establecer la competencia personal de un juez estadounidense, los actores deberán probar que Big Oil Inc. tiene contactos suficientes con los Estados Unidos; esto puede ser el caso si la empresa cotiza en la bolsa de valores de los Estados Unidos y tiene oficinas en este territorio, o si la sociedad matriz está suficientemente involucrada en las actividades de su filial estadounidense, de manera tal que no puedan ser consideradas como dos entidades jurídicas separadas. A fin de establecer la responsabilidad de la sociedad matriz, las víctimas deberán demostrar que Big Oil Inc., a) controlaba a su filial Big Oil Sudán, b) que esta última actuaba a nombre de la sociedad matriz o c) que la propia Big Oil Inc. estuvo involucrada en ciertas actividades que contribuyeron a las violaciones de los derechos humanos.

Estas condiciones son difíciles de cumplir.

Examinando las actividades de una filial

¿Es posible vincular las actividades de una filial estadounidense a aquellas de su sociedad matriz fuera de los Estados Unidos, para así establecer la competencia personal de un juez federal de los Estados Unidos sobre dicha empresa matriz? Si

53 Earthrights International, *op.cit.*, 2006, p. 28.

es posible, ¿Cuáles son los criterios para hacerlo? Las preguntas son numerosas.

– ¿La simple ubicación en los Estados Unidos de Amérca de la filial de una empresa multinacional extranjera satisface el criterio de **«nexo mínimo»** para establecer la competencia personal de un juez estadounidense conforme al ATCA?
– Si no es así, ¿Es posible considerar las actividades de la filial estadounidense en su país de origen para identificar si la sociedad matriz extranjera ejerce actividades de negocios continuas y sistemáticas en los Estados Unidos (criterio **«doing business»**) y así establecer la jurisdicción personal de un juez estadounidense sobre la matriz?

Estas preguntas fueron planteadas en el caso Doe *Vs*. Unocal[54] y Wiwa *Vs*. Royal Dutch Petroleum.[55] Más allá de su naturaleza simbólica, estos casos abordaron numerosas cuestiones jurídicas relativas a la aplicación del ATCA respecto de las actividades de empresas multinacionales en el extranjero.

Doe *Vs.* Unocal (Doe I)[56]

Este caso es la segunda demanda, presentada en octubre de 1996, en el litigio entre el consorcio de empresas petroleras compuestas por Unocal, Total, MOGE, y SLORC y las víctimas birmanas cuyos derechos fueron violados durante la construcción del gasoducto de Yadana en Birmania (para una descripción detallada de los hechos ver el caso Roe I *supra*). La demanda también fue dirigida contra dos ejecutivos de Unocal, y los alegatos están basados en el ATCA. A fin de obtener una reparación por los daños causados a la población, 18 ciudadanos birmanos presentaron una demanda colectiva (*class action*) ante la jurisdicción federal estadounidense en nombre de todos los habitantes de la región afectada por el proyecto.

Según los actores, los soldados del SLORC, encargados de la seguridad del gasoducto, violaron los derechos de las poblaciones locales. Los promoventes declararon haber sido víctimas de diversas violaciones, incluyendo el desplazamiento forzado, la confiscación y destrucción de casas, campos, almacenes de comida y otros bienes, la utilización de trabajo forzado, las amenazas, las golpizas, la tortura perpetrada contra quienes se negaban a cooperar y en algunos casos de violaciones y abusos sexuales cometidos. Los actores alegaron que Unocal y Total sabían, o deberían haber sabido, que estas eran prácticas comunes del SLORC. Por

54 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001.

55 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2000.

56 La información acerca de este caso está compuesta de extractos de documentos escritos para tal fin por EarthRights International. Véase el documental *Total Denial* (2006) realizado sobre este tema por Milena Kaneva, Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, pág 303; *Doe Vs. Unocal Corp., op.cit.*, 1997; *National Coalition Government of the Union of Burma Vs. Unocal, Inc., op.cit.*, 1997; *Doe Vs. Unocal*, 27 F. Supp. 2D 1174, 1184 (C.D. Cal. 1998), *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001; *Doe I Vs. Unocal Corp., op.cit.*, 2000; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002; *Doe Vs. Unocal, Doe Vs. Unocal: Torturous Decision for Multinationals Doing Business in Politically Unstable Environments* (Escrito de los Estados Unidos en calidad de *amicus curiae*, *op.cit.*, 2003. Véase igualmente: L. Bowersett, Doe *Vs*. Unocal: Decisión tortuosa para las multinacionales Haciendo negocios en entornos de inestabilidad política), *The Transnational Lawyer*, 1998, 11, p. 361; S.M. Hall, o*p.cit.*, 2002, p. 402; R.A. Tyz, *op.cit.*, 2003, p. 559.

tanto, las empresas petroleras se beneficiaron directamente de estos abusos, en particular de los desplazamientos y trabajos forzados. A pesar de la información que las corporaciones tenían, o deberían haber tenido en su posesión, éstas pagaron al SLORC por los servicios de seguridad. En 1995, estas empresas ya habían indemnizado a 463 habitantes, víctimas de trabajos forzados, de forma extrajudicial, lo cual permitía constatar que éstas estaban consientes de estos abusos y tenían conocimiento de ellos desde 1995. Las empresas fueron consideradas por los demandantes como responsables de los abusos cometidos por los militares birmanos en el marco del proyecto Yadana.

En 1997, una corte federal estadounidense en Los Ángeles admitió la demanda en contra de Unocal y Total.

La competencia personal del juez estadounidense respecto de Total:[57]
El concepto de «nexo mínimos»

En 1998 un juez estadounidense debía determinar si tenía competencia personal con respecto de Total, sociedad francesa, que cuenta con diferentes filiales en territorio estadounidense, por lo que el juez tuvo que pronunciarse sobre el nexo existente entre la sociedad matriz y sus filiales. El juez determinó que **la mera existencia de una relación entre las diferentes personas jurídicas era insuficiente** para determinar que la presencia de una implicaba la presencia de la otra, para así justificar su competencia sobre la empresa multinacional.[58] Así, la sola identidad de sus directivos o una simple implicación directa de la sociedad matriz como inversionista, no fueron suficientes para poner en duda la aplicación del principio general de la separación de las entidades jurídicas (*entity law*).[59] Sin embargo, la existencia de una relación de *alter ego* (demostrando que las entidades no son jurídicamente diferentes) o de *agencia* (determinando que una actuó a nombre y a cuenta de la otra, bajo su supervisión, con el consentimiento mutuo de ambas entidades involucradas) fue puesta en evidencia, para analizar la competencia del juez sobre la sociedad extranjera a partir de las actividades de las filiales estadounidenses. Este tema será desarrollado en el Capítulo III.B.

La determinación de la responsabilidad de Unocal

Las pruebas presentadas en el proceso llevaron a la conclusión de que Unocal tenía conocimiento de las prácticas de trabajos forzados y que se habría beneficiado de éstos. Los testimonios permitieron constatar que los demandantes sufrieron actos de violencia. Sin embargo, el tribunal de primera instancia desechó el caso, ante la ausencia de pruebas que demostraran una participación activa de Unocal en la utilización del trabajo forzado. Tampoco se demostró que la empresa misma deseara la comisión de las violaciones a las normas de derecho internacional de los derechos humanos cometidas por los militares, y por consecuencia, Unocal no fue declarado como responsable. La decisión de la Corte de Distrito fue similar en el caso Roe I, y en la fase de apelación, ambas demandas fueron acumuladas.

---

57 *Doe I Vs. Unocal corp., op.cit.*, 1998.

58 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001, p. 926.

59 P.I. Blumberg, *Asserting Human Rights Multinational Corporation Under United States Law: Conceptual y Procedural Problems* (Acertando Derechos Humanos a Empresas Multinacionales virtud bajo la Ley de los Estados Unidos: problemas conceptuales y de procedimiento), *American J. Comp. L.*, 2002, 50, p. 496 y sig.

Una Corte de Apelaciones de California dejó sin efecto esta decisión el 18 de septiembre de 2002 y estableció un precedente al aceptar recibir casos en los que las empresas fueran acusadas por la comisión de violaciones de derechos humanos en el extranjero. Esta corte concluyó que Unocal ejercía un cierto grado de control sobre las fuerzas armadas birmanas encargadas de la seguridad del gasoducto y que los elementos de prueba demostraron que Unocal había tenido conocimiento tanto del riesgo como de la utilización de trabajo forzado por los militares birmanos antes y durante la realización del proyecto. La Corte decidió que existían suficientes pruebas materiales para determinar si Unocal fue cómplice o no de las violaciones de derechos humanos cometidas por los militares birmanos.

La audiencia fue fijada para el mes de junio de 2005 para conocer exclusivamente sobre los cargos de homicidio, violaciones y trabajo forzado. Sin embargo, en marzo de 2005 las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial mediante el cual Unocal acordó indemnizar a los actores y aceptó designar fondos para mejorar las condiciones de vida, la salud y la educación y para proteger los derechos de los habitantes de la zona próxima al proyecto, a cambio de que se desistieran de los procedimientos legales. Con ello, el proceso legal fue interrumpido. A pesar de que los términos del acuerdo son confidenciales, el total del monto de la indemnización e intereses rondaba los $30 millones de dólares.

➔ Wiwa et al. *Vs.* Royal Dutch Petroleum et al.

El Centro por los Derechos Constitucionales (*Center for Constitutional Rights* o CCR por sus siglas en Inglés) y un abogado auxiliar de *EarthRights International* presentaron tres demandas en nombre de los familiares de los activistas muertos a causa de sus actividades en favor de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente en Nigeria, en los casos *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum, Wiwa Vs. Anderson,* y *Wiwa Vs. Shell Petroleum Development Company* contra las empresas Royal Dutch Petroleum Company y Shell Transport and Trading Company -fusionadas desde el 2005 bajo el nombre de Royal Dutch/Shell plc (Royal Dutch/Shell) con sede en La Haya, Países Bajos. Las demandas fueron presentadas contra Royal Dutch/Shell, contra Brian Anderson, jefe de operaciones de la corporación en Nigeria, y contra su filial en Nigeria, Shell Petroleum Development Company (SPDC).

Los demandados fueron acusados con fundamento en el ATCA y el TVPA de ser cómplices de la comisión de violaciones de derechos humanos contra el pueblo Ogoni en Nigeria. Las violaciones específicas incluían ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, tortura, tratos inhumanos, detenciones arbitrarias, homicidios, lesiones y golpes y sometimiento a estrés psicológico. Esta demanda contra Royal Dutch/Shell se basó igualmente en la ley *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO), una ley federal estadounidense para combatir al crimen organizado.

Desde 1958, Royal Dutch/Shell extrae petróleo del territorio de Nigeria, en la región donde vive la población Ogoni. La contaminación producida por esta explotación contaminó las reservas de agua y las tierras agrícolas de las que depende la economía de la región.

En la demanda se alegó que durante décadas, Royal Dutch/Shell trabajó junto con el régimen militar nigeriano para eliminar todo tipo de oposición en contra de las actividades de la empresa. La petrolera y su filial nigeriana apoyaban financiera y logísticamente a la policía nigeriana, y corrompían a los testigos para producir testimonios falsos. En 1995, la empresa matriz y su filial trabajaron junto con el gobierno de Nigeria para lograr el arresto y la ejecución del grupo Ogoni 9. Este grupo reunía a tres líderes del Movimiento por la Sobrevivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP), y al Comisario del Ministerio de Comercio y Turismo, miembro del Consejo Ejecutivo del Estado *«Rivers»*. El proceso contra el grupo Ogoni 9 fue llevado ante un tribunal militar especial con acusaciones falsas, y el 10 de noviembre de 1995 fueron ejecutados en la horca. La comunidad de defensores de derechos humanos y líderes políticos condenaron las ejecuciones y la ausencia de un proceso justo para las víctimas.

El 8 de noviembre de 1996, el CCR, en nombre de estas víctimas y de sus familiares, presentó una demanda contra *Royal Dutch Shell/Shell Transport and Trading Company* en el Distrito Sur de la Ciudad de Nueva York. En el 2000, la Corte de Apelaciones reconoció que los Estados Unidos constituían un foro apropiado para conocer del caso: el juez estableció la competencia personal sobre *Royal Dutch Shell/Shell Transport and Trading Company* en base en el hecho de que estas empresas cuentan con oficinas en Nueva York. El Juez de Distrito, Kimba Wood, reconoció la posibilidad a los demandantes de presentar sus acciones judiciales con base en el ATCA, el TVPA y la ley RICO.

En septiembre de 2006, el juez Wood admitió las demandas en relación con las alegaciones de crímenes de lesa humanidad, tortura, detención arbitraria prolongada y complicidad con estos hechos. Sin embargo, desechó los cargos por los crímenes de ejecución extrajudicial, exilio forzado, atentados contra la vida y violaciones al derecho de reunión y de asociación. El 26 de mayo de 2009 inició el juicio en el caso *Wiwa Vs. RPDC y Wiwa Vs. Anderson*. El 8 de junio de 2009, después de 13 años de procedimientos legales en el caso *Wiwa Vs. Shell*, las partes alcanzaron un acuerdo que abarca los tres casos. Los términos de dicho acuerdo son públicos: $15.5 millones de dólares por concepto de indemnización, la creación de un fideicomiso a favor de la población Ogoni, así como el reembolso de ciertos gastos y costas. La ejecución de este acuerdo está actualmente en curso.

Sinaltrainal et al *Vs.* Coca Cola Company et al. (Sinaltrainal I); In re Sinaltrainal Litig. (Sinaltrainal II).[60]

En julio de 2001 Sinaltrainal, sindicato colombiano, presentó una demanda ante una corte federal en Miami, contra Coca-Cola Company y dos de sus socios latinoamericanos, Bebidas y Alimentos y Panamerican Beverages, Inc. (Panamco), empresas embotelladoras de bebidas suministradas por Coca-Cola. Sinaltrainal representa a los trabajadores que trabajan en empresas embotelladoras y a todos los trabajadores que trabajen directa o indirectamente para la empresa Coca-Cola en Colombia. Sinaltrainal había denunciado anteriormente las

60 Cfr. *Sinaltrainal et al. Vs. Coca Cola Company et al. (256 F. Supp. 2D 1345); en re Sinaltrainal Litig. (474 F. Supp. 2D 1273).*

relaciones existentes entre la Coca-Cola y los grupos armados paramilitares autores de las violaciones cometidas contra los trabajadores del sindicato en el marco de una política de intimidación en su contra. Hasta esta fecha, cinco líderes sindicales habrían sido secuestrados, detenidos arbitrariamente y torturados, y uno de ellos asesinado. Las cinco víctimas acusaron a las empresas con base en el ATCA, por contratar o dirigir a grupos paramilitares de seguridad que actuaron en representación de Coca-Cola y sus socios comerciales en Colombia.

Los actores no lograron demostrar la complicidad entre las empresas y los grupos paramilitares. En el 2003, la Corte desechó la demanda contra Coca-Cola, pero acordó resolver las demandas presentadas contra las dos empresas embotelladoras. El año siguiente, los promoventes modificaron la demanda para incluir a Coca-Cola, debido a que ésta se convirtió en accionista de la sociedad Panamco en 2003.

La justiciabilidad de los homicidios y actos de tortura en el derecho internacional

Con el objeto de declararse competente con fundamento en el derecho internacional (requisito del ATCA) para juzgar actos de tortura u homicidios, los tribunales estadounidenses consideran que si estas violaciones:

1) No pueden ser consideradas como genocidio o crímenes de guerra, deben haber sido cometidas por un funcionario estatal o un agente que haya actuado bajo «apariencia de legalidad» (*the color of law*). En el primer caso, Sinaltrainal debía probar que los grupos armados, autores de las violaciones, actuaron bajo la apariencia de legalidad, y después demostrar el vínculo entre el gobierno y las empresas, con el objetivo de probar la responsabilidad de estas últimas.
2) Son cometidas durante la conducción de hostilidades, estas violaciones constituyen crímenes de guerra y violan el derecho internacional, sin importar si el autor actúo en apariencia de legalidad de un Estado extranjero o como agente privado. En este caso Sinaltrainal debía probar que los actos de tortura y homicidio de uno de sus miembros fueron cometidos **durante la conducción de hostilidades**, es decir: durante un conflicto armado y no durante simples disturbios al orden público.

En septiembre de 2006, debido a que no se aportó (1) la prueba de la existencia de un vínculo suficientemente cercano entre grupos paramilitares y el gobierno colombiano, ni (2) la implicación de las empresas demandadas con el gobierno colombiano en la comisión de actos de tortura, ni (3) la existencia de un conflicto armado, la demanda fue desechada. La corte se declaró incompetente para juzgar tales actos con fundamento en el ATCA, por lo que las empresas no fueron declaradas responsables de las violaciones a derechos humanos. En agosto de 2009, la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito confirmó esta decisión.

El abogado que representó a las víctimas afirmó que intentará presentar nuevas demandas fundadas sobre acusaciones similares contra Coca-Cola y las empresas embotelladoras de Colombia.

d) Un límite temporal: la prescripción de la acción

La prescripción de la acción en el derecho estadounidense y europeo es un elemento procesal aplicable tanto a las acciones civiles como a las penales. La prescripción de la acción obliga al actor a presentar su demanda dentro de un periodo determinado, a partir del momento en que dicho plazo empieza a transcurrir, ya sea a partir de la comisión de los hechos violatorios, o del descubrimiento de tales hechos. De lo contrario, la acción prescribirá y el actor perderá su derecho de ejercer la acción.

Las causas de suspensión de la prescripción

La prescripción de la acción es un medio de defensa frecuentemente invocado por los demandados. Sin embargo, en los Estados Unidos, pocos litigios transnacionales han sido desechados con base en este fundamento. En efecto, el actor puede probar que el plazo de la prescripción fue suspendido. Este argumento, si es aceptado por un juez, tiene como consecuencia que se difiera el periodo durante el cual la acción puede ser intentada. Por ejemplo, se ha determinado que el plazo para la prescripción se suspende si:

– El actor ha sido detenido;
– El actor no estaba presente en el territorio estadounidense;
– El actor sólo tuvo acceso a recursos ineficaces[61] o si,
–Era difícil recolectar pruebas debido a un estado de guerra civil, o si el demandado intentó ocultar las pruebas.[62]

El plazo para la prescripción correrá a partir de que la causa de esta suspensión deje de estar presente.

En el caso de que el demandado haya estado siempre bajo la competencia de los tribunales estadounidenses (en el caso de un residente estadounidense o una empresa con sede en los Estados Unidos) y si la vida del demandante no estuvo en peligro, la prescripción de la acción no podrá ser suspendida.

La duración

El plazo de la prescripción generalmente está definido por ley. El plazo para la prescripción de la acción basada en el TVPA es de 10 años a partir de la comisión de los hechos. Por el contrario, ningún plazo se menciona expresamente en el marco

---

61 Un informe del Senado estadounidense en 1991 precisó las causas de suspensión de la prescripción respecto a la TVPA: «El plazo de la prescripción debe suspenderse durante el tiempo en que el acusado estuvo ausente de los Estados Unidos o de cualquier jurisdicción en la que la misma o otra acción similar que surgen de los mismos hechos podría ser presentada por el demandante, siempre que el recurso en esa jurisdicción sea adecuado y se encuentre disponible. Se excluyen también del cálculo del plazo para la prescripción el período en que el demandante esté preso o incapacitado de otra manera. También debe suspenderse cuando el demandado haya ocultado su paradero o el actor haya sido incapaz de descubrir la identidad del delincuente». (traducción libre) S. Rep. No. 102-249, en 11 (1991). Véase igualmente: H.R. Rep. No. 102-367(I), en 5 (1991), reimpreso en 1992 U.S.C.C.A.N. 84, 88.

62 *Romagoza Arce et al. Vs. Garcia y Vides Casanova*, 434 F.3d 1254 (11th Cir. 2006): acción fundada en la TPVA y el ATCA.

del ATCA. En este caso, los jueces estadounidenses determinarán el plazo de la prescripción por analogía con otra ley federal cuyas características sean similares. Así, varias jurisdicciones han homologado el plazo de prescripción de 10 años de una acción basada en TVPA, a una acción fundada en el ATCA, puesto que tienen un objetivo común (la protección de los derechos humanos), cuentan con un procedimiento similar (acciones civiles para proteger los derechos humanos) y tienen un estatus similar en la legislación. De la misma manera, algunas cortes han retomado las causas de suspensión aplicables al TVPA (mencionadas en el informe del Senado estadounidense en 1991), para utilizarlas en los litigios que invocan el ATCA.[63]

¿Cuáles son los obstáculos para la competencia de un juez estadounidense?

1. La doctrina de *forum non conveniens*

La doctrina del «foro no conveniente» (*forum non conveniens*) surge de una lógica trascendental. Esta establece que **un asunto debe ser juzgado frente a la jurisdicción más apta para ello**, generalmente la jurisdicción del lugar donde ocurrieron los hechos. En el derecho estadounidense, esta doctrina obliga al juez que esté conociendo de un caso fundado en el ATCA, a **examinar si la jurisdicción estadounidense es la más adecuada para conocer del caso**, y de ser así, decidir sobre las reparaciones solicitadas, o **si una jurisdicción extranjera parece ser más apropiada atendiendo a las circunstancias particulares del caso.**[64]

La aplicación de esta teoría en nuestra hipótesis se enfrenta cotidianamente a las dificultades ligadas al hecho de que los sistemas judiciales y legislativos de los países en donde se comenten las violaciones a los derechos humanos, generalmente países en desarrollo, tienen defectos o lagunas legales que no permiten perseguir, en condiciones óptimas, a las empresas multinacionales autoras de las violaciones. Por esta razón, la doctrina de *forum non conveniens*, es frecuentemente utilizada por las empresas demandadas,[65] lo que constituye un límite importante para la competencia casi universal de los tribunales estadounidenses.[66]

---

63 S.Rep. No. 102-249, at 11(1991), *op.cit*.

64 Ver: Earthrights International, *op.cit*., 2006, p. 32.

65 A diferencia del Reino Unido, el tribunal federal de los Estados Unidos podrá invocar de oficio la excepción procesal de *forum non conveniens*. En la práctica, sin embargo, esa opción se utiliza muy poco. Ver: A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens – Étude de droit international privé comparé* (la excepción del *forum non conveniens- Estudio de Derecho Internacional Privado comparado*), Bruylant, Bruselas, LGDJ, 2004, p. 294, n°202.

66 O. De Schutter, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law* (La rendición de cuentas de las multinacionales por Violaciones Derechos Humanos en el Derecho Europeo), en Ph. Alston (ed.), *Labour rights as human rights* (Derechos laborales como derechos humanos), Oxford University Press, 2005.

a) Las condiciones para declinar la competencia

Para que esta doctrina se aplique y tenga como resultado que el juez estadounidense decline su competencia, se requiere que:

– El juez esté convencido no solamente de que *existe otra jurisdicción* a la cual el actor puede acudir para reclamar la compensación por los daños de que alega haber sufrido;
– El juez pondere igualmente el conjunto de intereses en juego, incluidos el interés público,[67] para poder considerar si *el foro alternativo existente es efectivamente el más apropiado*.

En principio, la **carga de la prueba** de ambos aspectos está a cargo del demandado.[68]

b) Foro alternativo adecuado

El foro alternativo designado -generalmente el foro del lugar donde sucedieron los hechos o el del domicilio del o los acusados- puede ser considerado como el foro más adecuado **si ofrece una solución efectiva,** es decir, **si es posible ejercer la acción sobre bases adecuadas y ofrece una reparación adecuada** en caso de tomar en cuenta la argumentación del actor.

No se satisfacen estos criterios, por ejemplo, si un sistema judicial no cuenta con la independencia debida o si en éste, casos similares jamás han sido tomados en consideración o jamás han prosperado.[69]

Por el contrario, se ha decidido por ejemplo, que la inexistencia de un sistema de honorarios sujetos a condición, en virtud del cual un abogado es remunerado únicamente en el caso de obtener resultados favorables, no permite necesariamente descartar la aplicación de la teoría del f*orum non conveniens*.[70] Este factor podrá ser tomado en consideración por el juez pero no será determinante.

Sequihua *Vs.* Texaco, Inc. (847 F. Supp. 61)
Un grupo de ciudadanos ecuatorianos que estimó que las actividades de Texaco estaban contaminando el aire, el agua y los suelos en Ecuador, presentó una demanda fundada en el ATCA ante las cortes estadounidenses. Una corte federal de apelaciones en Nueva York

---

67 Los intereses tomados en cuenta son tanto privados – de las partes – como públicos - los del foro. Los intereses privados pueden ser evaluados por el juez e incluyen principalmente la accesibilidad de las pruebas, la disponibilidad de los testigos y todos los demás elementos que hacen que un juicio sea fácil, rápido y poco oneroso. La carga de las cortes, los intereses del foro para tratar el caso y la familiaridad del juez con la ley aplicable permiten evaluar el interés público involucrado. B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, p. 151, nota 60; P.I. Blumberg, *op.cit.,* pp. 506 à 509; R.L. Herz, *op.cit*., p. 568, nota 152.

68 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, p. 151 y sig.; P.I. Blumberg, *op.cit*., p. 501 sig.

69 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, p. 151 y sig.; R.L. Herz, o*p.cit*., p. 567; P.I. Blumberg, *op.cit*., p. 504.

70 P.I. Blumberg, *op.cit*., p. 507.

desechó la *demanda* con base en la teoría del **forum non conveniens**. La Corte consideró que existían factores cruciales que indicaban que la jurisdicción en Ecuador sería la más apropiada para tratar este asunto. Estos elementos incluían el acceso a las pruebas, a los testigos, la posibilidad de acudir al lugar de los hechos, el costo de los viajes entre Ecuador y los Estados Unidos, así como la incertidumbre de poder ejecutar en el Ecuador una sentencia judicial emitida en los Estados Unidos.[71]

Independientemente de que el actor sea nacional o extranjero, **su residencia en un territorio específico generalmente tiene un efecto favorable sobre la elección de un foro jurisdiccional para interponer su demanda.**[72] Sin embargo, para los actores que no tengan su residencia en el foro elegido, la doctrina del forum non conveniens puede aún ser aplicada.[73]

Debido a que las demandas fundadas en el ATCA[74] generalmente involucran hechos, partes, pruebas y testigos localizados en el extranjero, el principio del *forum non conveniens* constituye un **obstáculo mayor**. Adicionalmente, el principio de *forum non conveniens* suele tener como consecuencia el **rechazo *de facto* de la responsabilidad civil**,[75] por lo que pocos casos llegan a la etapa jurisdiccional en el foro extranjero.

En los Estados Unidos, la aplicación del principio de *forum non conveniens* entraña el rechazo definitivo de la acción ante las jurisdicciones estadounidenses. El actor podrá presentar una nueva acción si y solamente sí, el demandado (en nuestro caso una empresa) no respeta las condiciones eventualmente fijadas por el juez que inicialmente conoció del caso previo al reenvío al tribunal competente alternativo.[76]

Filártiga *Vs.* Peña-Irala

En 1979 dos ciudadanos paraguayos presentaron una demanda fundada en el ATCA ante una corte federal estadounidense por actos de tortura perpetrados por un policía paraguayo en territorio estadounidense, que resultaron en la muerte de un miembro de su familia. Este caso fue el primero que utilizó al ACTA por actos de tortura. En 1984, los actores finalmente lograron obtener $10,375,000 de dólares por concepto de indemnización por daños y perjuidos. En este

71 847 F Supp 61 (1994) 63–65, Citado en: Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., p. 324, disponible en: www.law.ox.ac.uk/opbp

72 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit*., 2000.

73 P.I. Blumberg, o*p.cit*., p. 501.

74 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., p. 151; P.I. Blumberg, *op.cit*., p. 503; S.M. Hall, *op.cit*., p. 408.

75 A. Nuyts, *op.cit*., p. 457.

76 P.I. Blumberg, *op.cit*., p. 509; B. Stephens, o*p.cit*., in M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International (La responsabilidad de las empresas multinacionales bajo el Derecho Internacional), 2000, p. 228.

caso, la doctrina del forum non conveniens fue brevemente discutida: como era realmente imposible para las víctimas lograr un resultado razonable ante la jurisdicción paraguaya,[77] el juez se declaró competente.

Wiwa *Vs.* Royal Dutch Petroleum Co. y Shell Transport

En este caso (citado en el Capítulo I.A.2), la teoría del forum non conveniens tuvo un papel importante. La demanda fue fundada tanto en el ATCA como el TVPA. Si bien algunos demandantes residían en territorio estadounidense, el juez de primera instancia que conoció el caso en los Estados Unidos, consideró siempre que las jurisdicciones inglesas estaban en mejor posición para conocer la acción sobre reparaciones intentada por los representantes del pueblo Ogoni contra las actividades de la filial nigeriana de Royal Dutch/Shell, este último con domicilio social en el Reino Unido.[78] Sin embargo, la corte de apelaciones declaró insubsistente esta decisión al identificar varios criterios que precluían la aplicación de la teoría del *forum non conveniens*:[79]

(1) La Corte señalo, en particular, el hecho de que varias de las presuntas víctimas, que eran los promoventes de la acción, eran residentes en los Estados Unidos, lo cual era un elemento particularmente favorable para la admisión de la demanda. Conforme al ATCA, los extranjeros residentes en los Estados Unidos tienen privilegios en el uso de la jurisdicción estadounidense en relación con los promoventes extranjeros. Asimismo, para las personas residentes en los Estados Unidos, **la obligación de presentar una acción frente a la jurisdicción de otro Estado sería particularmente costosa**, y podría conducir a la impunidad de los autores de las violaciones alegadas.[80]

(2) Además, descartando la admisibilidad del recurso interpuesto ante él sobre la base de la doctrina del *forum non conveniens*, la Corte consideró que **el juez de primera instancia no dio suficiente importancia a la intención expresada por el legislador federal** y al concepto de que podría ser del interés de los Estados Unidos proporcionar un foro a las víctimas de violaciones de derecho internacional cometidas por personas que se encuentren en el territorio de los Estados Unidos.

La Corte confirmó la necesidad de tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos en la evaluación de los intereses de los Estados Unidos para conocer del asunto

---

77 *Filartiga Vs. Peña-Irala*, 577 F. Supp. 860, 865 (1984): La política de Estados Unidos contra el *«forum shopping»* no garantiza una negación. Los demandantes no pudieron obtener ninguna compensación en Paraguay, y demandaron a Peña donde lo encontraron. (traducción libre)

78 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co*, No. 96 Civs. 8386 (KMW)(HBP), 1998 U.S. Dist. LEXIS 23064 (S.D.N.Y. Sept. 25, 1998).

79 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2000.

80 *Idem*, p. 101 et 102: «Mientras mayor sea la vinculación del demandante con el foro elegido, mayor probabilidad tendrá de tener inconvenientes con un requisito de presentación de la demanda en una jurisdicción extranjera.» (tradución libre)

y, por tanto, **la primacía del interés público sobre los intereses privados.**[81] Asimismo afirmó que los actos de tortura no sólo son contrarios al derecho internacional, sino también a la legislación nacional. Este razonamiento se tradujo en la adopción del TVPA en 1991, que establece la posibilidad de los tribunales estadounidenses para pronunciarse sobre los actos de tortura y ejecución extrajudicial cometidos por un funcionario público o con apariencia de legalidad.[82] Lo que sería paradójico, según la Corte, sería negar a la jurisdicción estadounidense el conocimiento de casos de tortura con fundamento en el ATCA, argumentando la doctrina del *forum non conveniens*, debido a que el legislador ha expresado claramente su voluntad de perseguir a los autores de actos de tortura a través del TVPA.. En cierto modo, la aprobación por el Congreso del TVPA inclinó la balanza en favor del reconocimiento por parte de tribunales estadounidenses de su competencia sobre actos de tortura con base en el ATCA, a menos que todas las condiciones que conduzcan a la adjudicación de otro foro no se cumplan plenamente.[83]

La sentencia en el caso de la *Iglesia Presbiteriana Vs. Talisman*, un caso fundado únicamente en el ATCA, y no en la aplicación del TVPA, adoptó un razonamiento similar[84] y el juez se declaró competente para conocer este caso. Este caso es discutido en el Capítulo III.

Debe analizarse **el impacto de estas decisiones aisladas pero importantes** sobre la evolución jurisprudencial de la doctrina del *forum non conveniens*, incluyendo el alcance de su aplicabilidad a las acciones fundadas en el ATCA, que no involucren actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, ya que estas son de la competencia del TVPA.[85] Sin embargo, algunos autores estiman que la facultad discrecional absoluta del juez en la materia[86] y que la multiplicidad de factores involucrados impiden una consistencia y predictibilidad en las decisiones.[87]

La doctrina del *forum non conveniens* no puede analizarse sin mencionar el caso *Bhopal*.

---

81 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2000: «[…] los intereses de los Estados Unidos están involucrados en la erradicación de la tortura cometidos bajo la apariencia de legalidad en las naciones extranjeras». (tradución libre)

82 *Idem:* «Las nueva formulación de la Ley de Protección de Víctimas de Tortura transmite el mensaje de que la tortura cometida con apariencia de legalidad en una nación extranjera, en violación del derecho internacional es "nuestro asunto"». (tradución libre)

83 P.I. Blumberg, *op.cit.,* p. 521.

84 *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan, op.cit.*

85 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 521.

86 P.I. Blumberg, o*p.cit.*, p. 506; S.M. Hall, *op.cit.*, p. 408; R.L. Herz, o*p.cit.*, pp. 567-568.

87 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 505.

El caso Bhopal

Uno de los mayores desastres industriales registrados a la fecha se produjo en la noche del 2 al 3 de diciembre de 1984 en la India. Una nube tóxica escapó de una planta química operada por Union Carbide India Limited (UCIL), una filial india de la multinacional estadounidense Union Carbide (UCC). Grandes cantidades de sustancias tóxicas se expandieron en la atmósfera a causa del accidente, teniendo consecuencias desastrosas, tanto humanas como ambientales. Según Amnistía Internacional, entre 7,000 y 10,000 personas murieron después de la catástrofe y más de 15,000 personas murieron en el curso de los veinte años posteriores. En total, más de 100,000 personas fueron afectadas.[88]

El gobierno de la India no contaba con un marco jurídico adecuado para responder a este tipo de daños, y se enfrentó a una enorme afluencia de demandas. Por esta razón, el gobierno adoptó la Ley Bhopal el 29 de marzo de 1985. Esta ley permitió al gobierno representar los intereses de las víctimas ante los tribunales, por lo que India presentó una demanda en la Corte del Distrito Sur de Nueva York, alegando la incapacidad de su sistema legal y judicial para hacer frente a este tipo de litigios[89] por una parte, y solicitando la participación directa de la multinacional UCC en el litigio, por la otra. Responsabilizar a la empresa matriz era necesario, debido a que la filial no contaba con los recursos financieros suficientes para satisfacer las necesidades de las víctimas.

El caso fue desechado en virtud de la doctrina del forum non conveniens, particularmente porque los testigos y la evidencia se encontraban en la India. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó esta decisión, pero rechazó una de las tres condiciones establecidas por el juez de primera instancia: la obligación impuesta a la UCC de comunicar todos los documentos solicitados por la parte contraria en el marco del «procedimiento de exhibición de pruebas» aplicable en los Estados Unidos (el procedimiento de exhibición de pruebas, o «discovery», exige a las partes revelar todas las piezas probatorias en su poder, ya sean favorables o no).[90] La imposibilidad de invocar la prescripción para eludir la competencia de los tribunales indios, y la obligación de ejecutar la sentencia extranjera que sea adoptada en el foro alternativo, fueron mantenidas por la corte.

En la India, el juicio se celebró el 5 de septiembre de 1986. La Unión India exigió una indemnización «plena y justa», además de una compensación punitiva, con miras a disuadir a la UCC y a otras empresas multinacionales de cometer nuevamente tales actos de forma voluntaria, libre y maliciosa en violación de los derechos y la seguridad de los ciudadanos de la India. Después de una larga batalla legal, las partes llegaron a un convenio: la UCC acordó pagar la suma de $470 millones de dólares estadounidenses a cambio de que en el futuro ninguna persona pudiera presentar una demanda civil o penal.

---

88 Amnistía Internacional, *Clouds of injustice 20 years on – Bhopal disaster* (Nubes de injusticia 20 ayos del desastre de Bhopal), 2004.

89 *En Re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal*, 634 F Supp 842 (SDNY 1986), 846–48.

90 *Union Carbide*, 809 F.2d 195 - 2nd Cir 1987.

La constitucionalidad de la Ley Bhopal ha sido cuestionada en varias ocasiones por considerar que vulneró el derecho de los ciudadanos indios a demandar individualmente a la UCC. Los demandantes alegaron igualmente la falta de una consulta por parte del gobierno indio con las víctimas, en relación con el convenio firmado con la empresa. A pesar de que la Corte Suprema de la India confirmó la validez de la Ley Bhopal, ésta autorizó las acciones penales.

Este asunto llevó al gobierno indio a fortalecer su sistema legal en materia de responsabilidad por daño ambiental y responsabilidad penal derivada de un accidente grave. Sin embargo, cabe señalar que el acceso a la justicia para las víctimas no está garantizado debido a la lentitud y la complejidad del procedimiento. Además, la reparación concedida a las víctimas fue inadecuada, por lo que la controversia continúa vigente. Al 2 de diciembre de 2009, en el 25º aniversario de la catástrofe, el sitio aún no había sido descontaminado.[91]

El 7 de junio de 2010 una corte en Bhopal sentenció a ocho antiguos empleados de la planta a dos años de prisión por homicidio involuntario. Uno de ellos falleció, y se espera que los restantes apelen la decisión. De acuerdo con las ONG de derechos humanos, el veredicto es decepcionante ya que «sienta un triste precedente. El desastre fue tratado como un accidente de tránsito. Pero es un desastre judicial y constituye una traición al pueblo indio por parte del gobierno.[92]

Finalmente, en mayo del 2011, la Corte Suprema india rechazó una petición de la Fiscalía del gobierno para reabrir el proceso, a fin de imponer penas más severas a los acusados.

Algunos casos ilustrativos de Canadá

Bil'in *Vs.* Greenpark International, Inc., et. al.

Bil'in es una aldea agrícola situada al Este de los territorios palestinos ocupados. En 1991, algunas de las tierras de la aldea fueron confiscadas por soldados israelíes para la construcción de edificios habitacionales (práctica conocida como «la implantación de asentamientos»); la explotación de estas tierras es la principal fuente de sustento de los pobladores. Las obras comenzaron en el 2001. Dos empresas canadienses, *Green Park International, Inc. y Green Mount International, Inc.*, participaron en la construcción. En el 2005, una demanda administrativa fue presentada ante la Corte Suprema de Israel en nombre de la aldea de Bil'in contra las dos empresas canadienses, las empresas israelíes que participaban en el proyecto, así como las agencias gubernamentales israelíes y los cuerpos militares implicados, acusados de la apropiación ilegal de las tierras, y la ilegalidad de los planes y permisos de construcción. La demanda no mencionó la ilegalidad, en virtud del derecho internacional humanitario, de la normativa que permite el establecimiento de

91 Amnistía Internacional, Bopal: el gobierno indio debe poner fin a los 25 años de injusticia. Ver: www.amnesty.org/fr/appeals-for-action/bhopal-indian-government-must-end-25-years-injustice. (inglés)

92 BBC, *Bhopal trial: Eight jail over India gas disaster* (El juicio de Bhopal: 8 años de cárcel en el desastre de gas en la India) 7 de junio de 2010.

asentamientos en los territorios ocupados. La Suprema Corte de Israel ya había resuelto que la legalidad de los asentamientos no era competencia del Poder Judicial, y que sólo el Poder Ejecutivo era competente.

El pueblo de Bil'in presentó una demanda civil el 7 de julio de 2008 ante la Corte Superior de Quebec, en Montreal, contra las dos empresas con sede en Canadá. Los promoventes invocaron el derecho internacional humanitario, especialmente la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, y argumentaron que las demandadas actuaron *de facto* en calidad de agentes del Estado de Israel al construir ilegalmente viviendas y otros edificios, y organizar la promoción y venta de los departamentos y otro tipo de edificio construidos en los territorios ocupados. El público para estas ventas fue únicamente la población civil de la potencia ocupante. Las empresas crearon una nueva colonia sobre las tierras de la aldea de Bil'in en sus tierras. Al participar en este proyecto ilegal, las empresas actuaron como cómplices del Estado de Israel.

El argumento de los promoventes fue el siguiente: los tribunales canadienses tenían competencia sobre este caso debido a las obligaciones de derecho internacional y nacional de Canadá, incluyendo la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Cuarta Convención de Ginebra. Tres solicitudes fueron presentadas a la corte:

1) Reconocer la violación por parte de las empresas de los instrumentos de derecho internacional y de la legislación nacional antes mencionados;
2) Ordenar a las empresas suspender toda construcción, venta, promoción y otras actividades relacionadas con el asentamiento en las tierras de la aldea de Bil'in, retirar todos los materiales de apoyo y equipo presente sobre el terreno y regresar las tierras al estado en que se encontraban, y
3) Condenar a las empresas a pagar una compensación punitiva de aproximadamente $2 millones de dólares canadienses y a los directores de estas empresas, a pagar $25,000 dólares canadienses.

La Corte Superior de Quebec argumentó que no era competente para conocer de estas demandas y citó varias excepciones preliminares, como el hecho de que el caso ya había sido juzgado ante los tribunales israelíes, o que la doctrina del *forum non conveniens* constituía un obstáculo para el ejercicio de la competencia por parte de los tribunales canadienses, y que los tribunales israelíes eran las instancias más adecuadas para resolver el caso por encontrarse en mejores condiciones para ello. Los aldeanos de Bil'in presentaron una apelación contra esta decisión, pero fue rechazada por la Corte Superior de Quebec en marzo del 2011.

A pesar de esto, algunos habitantes de Bil'in recientemente recuperaron parte de sus tierra gracias a la desviación del muro de separación construido por Israel en los territorios palestinos ocupados. Si bien este caso no involucra a ninguna empresa, y no se encuentra vinculado con el caso anterior, merece ser mencionado debido a que el mismo pueblo de Bil'in se habían visto afectado por el trazo del muro. En el 2002, Israel había comenzado la construcción de un muro de separación en los territorios palestinos ocupados, en respuesta

a los ataques mortales dirigidos contra los israelíes. El 4 de septiembre de 2007, la Corte Suprema de Israel ordenó una modificación al trazo del muro de separación original, que privaba al pueblo de Bil'in del disfrute de sus tierras de cultivo. El 11 de febrero de 2010, dos años y medio después de la sentencia, las autoridades israelíes han comenzado la desviación de la parte del muro que pasa cerca del pueblo de Bil'in, por lo que algunos habitantes de Bil'in podrán recuperar el acceso a sus tierras.

Recherches internationales Québec *Vs.* Cambior Inc.[93]

En este caso, en agosto de 1995 la ruptura de un dique que contenía desechos del proceso de filtración de minerales envenenó gravemente un río del que dependía la vida y la cultura de casi 23,000 habitantes de Guyana. La mina Omai causante del daño es propiedad exclusiva de Omai Gold Mines Limited (OGML), cuyo principal accionista (65%) en ese momento era la empresa canadiense Cambior Inc. En 2002, Cambior Inc. detentaba el 95% de participación en la empresa OGML.

Un grupo de las 23,000 víctimas, con la asistencia de la organización *Recherches Internationales Québec* (RIQ), presentó una demanda colectiva en Quebec en contra de Cambior Inc. con el objetivo de obtener una indemnización de $69 millones de dólares canadienses por los daños y perjuicios sufridos. Después de haber aceptado inicialmente la competencia conjunta de los tribunales en Canadá y Guyana para abordar esta cuestión, el tribunal canadiense rechazó finalmente su competencia en agosto de 1998 con base en la doctrina del *forum non conveniens*, al considerar que los tribunales de Guyana eran el foro más adecuado para tratar el asunto. La corte decidió que el hecho de que la empresa tuviera su domicilio social en Quebec no constituía por sí solo un vínculo especial en la evaluación de la idoneidad de la jurisdicción, y rechazó el argumento de RIQ en el sentido de que el sistema judicial de Guyana no contaba con los requisitos necesarios para realizar un juicio justo.

En 2002, la demanda fue desechada por el tribunal que conoció del asunto en Guyana. Una nueva demanda fue presentada en 2003 contra Cambior Inc., intentando nuevamente obtener una reparación por los daños sufridos. En octubre de 2006, el tribunal de Guyana desechó nuevamente la demanda, y ordenó a las víctimas a pagar a Cambior Inc. los gastos en que ésta hubiera incurrido durante el procedimiento.

93 Cfr. *Recherches Internationales Québec Vs. Cambior*, [1998], Q.J., n° 2554.

2. Inmunidades y los actos de Estado

a) La inmunidad de un Estado soberano

El gobierno de los Estados Unidos

El **gobierno de los Estados Unidos**, incluidas sus agencias federales, goza de inmunidad soberana (*sovereign immunity*) contra demandas en cortes nacionales, tanto en el ámbito civil como en el penal, a menos de que éste no alegue su inmunidad o consienta ser demandado en un caso particular. El demandante no podrá, en virtud del ATCA, demandar al gobierno de los Estados Unidos ante sus tribunales federales a fin de obtener una reparación. Sin embargo, en algunos casos particulares el gobierno ha renunciado a su inmunidad.

En lo que respecta a los funcionarios públicos del gobierno, la situación es más compleja y dependerá de si la persona actuó como funcionario dentro de sus facultades,[94] es decir, dentro del ámbito de su autoridad, lo que a menudo es difícil de determinar.

Cabe señalar que la *Federal Tort Claim Act* (FTCA por sus siglas en inglés) permite a los extranjeros residentes y no residentes en los Estados Unidos iniciar una acción civil en los tribunales estadounidenses por los daños causados por un agente estatal («empleado federal»). Esta ley contiene muchas excepciones que pueden hipotéticamente resultar en el levantamiento de la inmunidad. La disputa estará sujeta a la ley de responsabilidad civil aplicable en los Estados Unidos, y no al derecho internacional, en particular la ley del lugar donde el acto cometido por negligencia u omisión se produjo.[95] Sin embargo, algunos aspectos del derecho internacional se encuentran incorporados a la legislación local, por lo que algunas de dichas disposiciones se consideran parte integral del derecho interno y podrán ser considerados justiciables en virtud del FTCA.

Los Estados extranjeros

En virtud de la ley *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* los **estados extranjeros**, considerados como las «subdivisiones políticas de un Estado extranjero o una agencia o un instrumento («instrumentality») de un Estado extranjero»,[96] **gozan de inmunidad civil absoluta** ante la jurisdicción estadounidense.[97] «La agencia»

---

94 Earthrights International, *op.cit*., 2006, p. 29.

95 *Richards Vs. United States*, 369 U.S. 1 (1962): «Una demanda bajo el FTCA se decide en virtud de la ley del lugar en el que el acto de negligencia u omisión se produjo y no la del lugar en donde la acción u omisión tuvo su efecto operativo» (traducción libre)

96 Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1330, 1602-11 (1988): «una subdivisión política de un Estado o una agencia u instrumento de un Estado extranjero» (traducción libre). Ver igualmente: B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, pp. 39 et 125 sig..; L. Bowersett, *op.cit*., pp. 366 y sig.

97 28 U.S.C. § 1330(a): «los tribunales de Distrito tendrán jurisdicción original sin importar la cantidad de controversias fuera de juzgados civiles contra un Estado extranjero» (traducción libre).

o «el instrumento» se definen como «cualquier persona o entidad – (1) que tenga personalidad jurídica propia, ya sea ésta de naturaleza corporativa o de otro tipo, y (2) que sea un órgano de un Estado extranjero o alguna de sus subdivisiones políticas, o en el que la mayoría de sus acciones sean propiedad de un Estado extranjero o alguna de sus subdivisiones políticas.»[98]

Existen múltiples excepciones respecto de esta inmunidad. Una de ellas es una excepción mercantil. La inmunidad será absoluta cuando un acto sea realizado en razón del poder público, es decir, cuando un Estado extranjero actúe en ejercicio de su soberanía. Por el contrario, el Estado no será beneficiado por esta inmunidad si sus actividades han causado un daño, cuando estas actividades se hayan regido por el derecho privado en el marco de transacciones comerciales; en otras palabras, cuando un Estado realice actividades de gestión, en oposición a un acto de soberanía. La excepción mercantil incluye los préstamos, las ofertas de inversión, los contratos de compraventa o los contratos de trabajo. Habrá entonces que demostrar un vínculo con los Estados Unidos: el más común es aquel que surge del hecho de que la actividad comercial está directamente manejada por el Estado extranjero en el territorio estadounidense (por ejemplo, cuando una empresa, cuyo accionista mayoritario sea un Estado extranjero, tenga su domicilio en los Estados Unidos) o cuando un acto ligado a la actividad comercial del Estado extranjero se haya realizado en el territorio estadounidense (por ejemplo, la firma de un contrato de compraventa de materias primas en Estados Unidos).[99]

Doe *Vs.* Unocal

Los jueces de primera instancia y de apelación reconocieron la inmunidad de la SLORC y la MOGE, al considerar que la seguridad proporcionada al gasoducto de Yadana, por el cual eran responsables en el marco del proyecto conjunto con Unocal, no era una actividad de naturaleza mercantil[100] dentro del concepto contenido en las excepciones para levantar la inmunidad. Por ello, ambas empresas se beneficiaron de la inmunidad otorgada por la *Foreign Sovereign Immunities Act.*

Las cuestiones concernientes a los agentes extranjeros son un tema de debate en los tribunales federales estadounidenses. En enero de 2009, la Corte del Cuarto

98 28 U.S.C. § 1603(b): «Un organismo o instrumento de un Estado extranjero se entiende como cualquier entidad que (1) que tenga personalidad jurídica propia, ya sea ésta de naturaleza corporativa o de otro tipo, y (2) que sea un órgano de un Estado extranjero o alguna de sus subdivisiones políticas, o en el que la mayoría de sus acciones sean propiedad de un Estado extranjero o alguna de sus subdivisiones políticas.» (traducción libre).

99 28 U.S.C. § 1605 (a) (2): «[…] la actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos o un acto realizado en los Estados Unidos en relación con una actividad comercial en otros lugares, o de un acto en el marco de una actividad comercial de un Estado extranjero en otro lugar que causa un efecto directo en los Estados Unidos». (traducción libre).

100 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 1997, p. 897; *Doe Vs. Unocal, op.cit.,* 2002; L. Bowersett, *op.cit.*, p. 370.

Circuito resolvió en el asunto *Yousuf Vs. Samantar* que el texto de la ley en sí no reconoce inmunidad jurisdiccional a las personas que representan a un Estado extranjero. Sin embargo, muchos tribunales federales han reconocido a los agentes de Estados extranjeros el beneficio de la inmunidad conforme a la ley FSIA,[101] al decidir que si el agente actúa dentro de los límites de sus funciones, gozará de inmunidad de jurisdicción.
Conforme al ATCA y el FSIA, los jefes de Estado o de gobierno gozan en principio de una inmunidad absoluta.

b) La inmunidad jurisdiccional por los actos de gobierno

Un juez estadounidense puede apoyarse en la **doctrina del acto soberano de un Estado** (***act of state***) para rechazar la admisión de una demanda, particularmente cuando el Estado extranjero no goza de inmunidad bajo la ley FSIA. Esta doctrina restringe aún más el alcance de la responsabilidad de un Estado extranjero. Su origen, de carácter jurisprudencial, se basa en la idea de que **los tribunales de un Estado no deben conocer de los actos oficiales de un gobierno extranjero que hayan sucedido en el territorio de dicho Estado**,[102] por ejemplo, la adopción de una ley o decreto, la acción policial o las actividades militares llevadas a cabo en su propio territorio. Estos actos tienen un carácter gubernamental -como su nombre lo sugiere-, es decir, la acción tiene un carácter oficial, al ser realizadas por un funcionario público que actúa en nombre y representación del Estado extranjero. La lista mencionada no es exhaustiva. La determinación de lo que constituye un acto de gobierno está sujeta a la discreción del juez. Éste decidirá si se trata o no de un acto de gobierno al verificar las implicaciones del caso en la política exterior de los Estados Unidos, lo que se hará en base en tres criterios:

– **El comportamiento en cuestión.** En la evaluación de la conducta en disputa, el juez debe tomar en cuenta el **grado de consenso internacional** sobre este comportamiento. Algunos autores consideran que las violaciones graves a los derechos humanos condenadas universalmente (en particular las normas de *jus cogens*), no pueden constituir un acto de Estado.[103] Sin embargo, la aplicación de esta doctrina de la esfera de los derechos humanos sigue siendo ambigua, aún si la mayoría de los tribunales estadounidenses no han utilizado esta doctrina cuando se han enfrentado a una violación de los derechos humanos cometida por un agente del Estado;

---

101 Véase principalmente: C.A. Bradley, *Foreign Officials y Sovereign Immunity in U.S. Courts* (Agentes extranjeros e inmunidad soberana en las cortes estadounidenses), American Society of International Law, vol. 13, 17 marzo 2009, www.asil.org/insights090317.cfm#_edn1.

102 *Underhill Vs. Hernyez*, 168 U.S. 250, 252, 42 L. Ed. 456, 18 S. CT 83 (1897): «Todo Estado soberano está obligado a respetar la independencia de cada Estado soberano, y los tribunales de un país no juzgarán los actos de gobierno del otro, que se realizó en su propio territorio. La reparación por agravios sufridos a causa de esos actos deben ser obtenidos a través de los medios abiertos a ser aprovechados por las potencias soberanas en sus relaciones mutuas». Ver igualmente: *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 1997; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2002; *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002. (traducción libre).

103 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit.*, 1996, p. 139. *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 1997, p. 894.

– **La posición oficial de los Estados Unidos** hacia ese comportamiento. En términos de las relaciones internacionales, la doctrina del acto de Estado es en cierto modo equivalente a la doctrina sobre asuntos políticos (ver *infra «political question doctrine»*). De hecho, los jueces son cautelosos para no interferir con las actividades del Poder Ejecutivo o Legislativo en el marco de las relaciones exteriores; y
– **La persistencia del Estado** en mostrar dicho comportamiento.[104]

La doctrina del acto de Estado ha sido utilizada solamente una vez, en el caso Sarei *Vs*. Río Tinto, una demanda basada en los daños ambientales y justificada por la falta de consenso internacional sobre la naturaleza de la violación.[105]

c) La doctrina de los asuntos políticos (*«Political question doctrine»*) y la doctrina de la reciprocidad internacional (*«International comity doctrine»*)

La **doctrina de los asuntos políticos y la doctrina de la reciprocidad internacional** son otras excepciones a la jurisdicción que pueden ser invocadas por la defensa, para evitar una demanda en su contra.

La primera es a menudo invocada en litigios transnacionales relativos a derechos humanos, y de manera general en materia de política exterior. Esta doctrina permite a los tribunales estadounidenses declinar su competencia en un asunto que plantee una cuestión de naturaleza «política» a cargo de los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado. Esta doctrina impide que el Poder Judicial interfiera en casos políticamente sensibles y obstaculiza la aplicación del derecho internacional.

La segunda teoría es más un acto de cortesía por parte de los tribunales estadounidenses, que una obligación a la que deban someterse. Es posible que un juez de los Estados Unidos decline su competencia a nombre de la doctrina de reciprocidad internacional (*international comity doctrine*), cuando exista un conflicto de leyes entre el sistema legal estadounidense y un sistema jurídico extranjero.

Aguinda *Vs.* Texaco - Jota *Vs.* Texaco[106]

El caso involucra alrededor de 30,000 indígenas y agricultores ecuatorianos y a la empresa estadounidense Chevron-Texaco, que explotó entre 1972 y 1992 los recursos petroleros de la región Oriente del Ecuador. La empresa presuntamente utilizó métodos de trabajo obsoletos

104 *Doe vs.Unocal, op.cit*., 2002. El juez agregó un cuarto criterio de evaluación, el interés público.

105 *Sarei Vs. Rio Tinto plc*., 221 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal. 2002), p. 1183. Véase igualmente: L. J. Dhooge, *The Alien Tort Claims Act y the Modern Transnational Enterprise: Deconstructing the Mythology of Judicial Activism* (La Ley Alien Tort Claims Act y la empresa transnacional moderna: Desbaratando la Mitología de Activismo Judicial), Geo J. Int'l L., 2003, n°35, p. 90.

106 Cfr. Aguinda *Vs*. Texaco, Inc., 945 F. Supp. 625, 627 (S.D.N.Y. 1996) - Jota *Vs*. Texaco, Inc., 157 F.3d 153, 158–61 (2d Cir. 1998) - *Aguinda Vs. Texaco*, Inc., 303 F.3d 470, 480 (2d Cir. 2002).

o prohibidos en otros países en razón sus impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud. Texaco, la empresa nacional ecuatoriana Petroecuador y el Gobierno del Ecuador siempre han negado su responsabilidad por los daños a la salud y al medio ambiente ocasionados por estas prácticas. Texaco ha sido acusada desde 1972 de haber vertido residuos tóxicos, así como más de 70 mil millones de galones de agua contaminada, en los ríos y arroyos. El suelo también fue contaminado y los pueblos indígenas y los agricultores, cuyos modos de vida dependen de estos recursos naturales (abastecimiento de agua, irrigación de las tierras agrícolas y pesca), se vieron afectados por dicha contaminación. Se registraron tasas especialmente altas de cáncer, leucemia, problemas respiratorios y digestivos, malformaciones congénitas, abortos involuntarios y otras enfermedades.
En 1993, las comunidades afectadas presentaron la primera denuncia ante una corte federal en Nueva York. El gobierno ecuatoriano intervino en el juicio alegando, en particular, que sólo él tenía autoridad para resolver litigios sobre tierras pertenecientes al dominio público en el Ecuador, y que los particulares no tenían derecho de acción en torno a estas tierras públicas. La opinión del gobierno ecuatoriano, reticente a la celebración del juicio en los Estados Unidos, fue un factor decisivo para el tribunal federal estadounidense que, con base en la doctrina de reciprocidad internacional, declinó su competencia. No fue sino a partir del cambio de gobierno en Ecuador, que expresó su deseo de continuar con el juicio, que una corte federal de los Estados Unidos finalmente aceptó conocer del caso en virtud del ATCA.

Mientras tanto, en 1999, el Parlamento ecuatoriano adoptó la Ley de Gestión Ambiental, que permite a los particulares demandar la reparación por los daños ambientales que afecten tierras de domino público. A lo largo del juicio, Chevron argumentó que conforme a la doctrina del *forum non conveniens*, sólo los tribunales ecuatorianos son un foro apropiado para resolver esta disputa. En el 2002, una corte de apelaciones de Nueva York decidió remitir el asunto a los tribunales ecuatorianos con base en esta teoría, bajo la condición de que Chevron se sometiera a la jurisdicción y resoluciones de los tribunales ecuatorianos.

En el 2003, las mismas víctimas presentaron una demanda colectiva contra Chevron ante el Tribunal Superior de Nueva Loja, en Ecuador, con fundamento en la nueva ley. Desde entonces, Chevron ha multiplicado las maniobras jurídicas para evadir la justicia en el Ecuador. El 23 de septiembre de 2009, la empresa solicitó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por su siglas en inglés) mediar en la disputa, al invocar la violación del tratado bilateral de inversiones entre la República del Ecuador y los Estados Unidos. En 2004, Chevron había acudido a otro foro de arbitraje internacional: la Asociación Estadounidense de Arbitraje (*American Arbitration Association*) en Nueva York para solicitar su intervención. En el 2007, el litigio culminó en perjuidos de Chevron.

Los abogados representantes del gobierno ecuatoriano denunciaron la práctica de *«forum shopping»*, a la que se prestó la empresa al acudir a diferentes instancias en búsqueda de un foro favorable: (1) El arbitraje de la Asociación Estadounidense de Arbitraje ante los tribunales federales de los Estados Unidos (procedimiento entre 2004 y 2007), (2) El arbitraje mercantil ante un panel de expertos internacionales (CNUDMI, pendiente de constituirse), y (3) Los tribunales ecuatorianos (aún pendiente desde 2003).

El 3 de diciembre de 2009, el gobierno de Ecuador presentó una promoción ante una corte federal de Nueva York.[107] En ésta, el gobierno denunció la conducta de Chevron, quien requirió a un tribunal de arbitraje internacional aún no constituido (CNUDMI) que ordenara al tribunal ecuatoriano declinar su competencia. Tal acción tendría como resultado la exclusión de las víctimas de la controversia, ya que a éstas no se les permitiría participar en este procedimiento arbitral. El gobierno ecuatoriano solicitó a la corte federal estadounidense suspender el procedimiento de arbitraje internacional y ordenar a Chevron, a través de un una orden judicial, someterse permanentemente a la jurisdicción de los tribunales de este país. El 11 de marzo de 2010 la corte estadounidense resolvió a favor de Chevron y autorizó el procedimiento arbitral. El juez, sin embargo, precisó que este procedimiento de arbitraje no debe afectar el procedimiento ante los tribunales ecuatorianos,

En febrero del 2011, el juez ecuatoriano emitió su resolución, condenando a Chevron a pagar $8.6 millones de dólares por daños, costos de limpieza e intereses, los cuales podrían aumentar hasta $18 millones si Chevron no se disculpaba públicamente. Chevron apeló la resolución, tildando al juicio de «ilegítimo».

La empresa presentó a su vez, el 1 de febrero de 2011, una denuncia por extorsión contra los abogados y representantes de los demandantes, aludiendo que éstos intentaron obtener $113 millones de dólares a través de la justicia ecuatoriana.

Chevron ha sido criticado por utilizar todos los medios a su disposición para desacreditar a la justicia ecuatoriana, y evitar el pago por los daños ocasionados. Incluso ha solicitado un arbitraje internacional, argumentando que el Estado ecuatoriano violó un acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América.

El caso del apartheid ante los tribunales estadounidenses[108]

En el 2002 un grupo de sudafricanos presentó una demanda, fundada en el ATCA, en contra de 20 bancos y empresas acusadas de ser cómplices de violaciones de derechos humanos, cometidas por el gobierno de Sudáfrica durante el apartheid. Los promoventes fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales, tortura y violación. El gobierno sudafricano se opuso públicamente al juicio, tanto ante la corte de distrito como ante la de apelaciones de los Estados Unidos. En octubre de 2007, la corte de apelaciones revocó la decisión que desechó el juicio. Los demandados apelaron esta decisión, que sin embargo fue confirmada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en mayo de 2008. El 8 de abril de 2009, el juez de una corte de distrito desechó varios de los cargos contra los demandados, al tiempo que permitió la continuación del juicio contra Daimler, Ford, General Motors, IBM, y el Grupo Rheinmetall. El juez se negó a aplicar las doctrinas de los asuntos políticos y de la reciprocidad internacional invocadas por los demandados. Igualmente, el argumento

107 *Republic of Ecuador Vs. Chevron*, Petición para detener el arbitraje, 09 CIV 9958 (S.D.N.Y.) www.jdsupra.com/post/fileServer.aspx?fName=1b16a62f-1567-4fea-8493-9857d3db7520.pdf.

108 *In re Africa Apartheid Litig.*, 346F Supp.2d 538 (S.D.N.Y 2004); *In re Africa Apartheid Litig.*, 617F Supp.2d 228 (S.D.N.Y 2009); *In re Africa Apartheid Litig.*, 624 Supp.2d 336 (S.D.N.Y 2009).

sobre la prescripción de la acción fue rechazado. Finalmente, en septiembre de 2009, el gobierno sudafricano anunció su apoyo para la buena marcha del juicio, a través de una carta dirigida al juez de distrito, en la cual reconoció que el tribunal de distrito era un «foro apropiado» para conocer del asunto.
Los acusados presentaron una apelación interlocutoria (*«interlocutory appeal»*, recurso de apelación que se presenta en los procedimientos civiles previo a que se dicte la sentencia) ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. Antes de aceptar su competencia, la Corte de Apelaciones pidió a las partes que presentaran sus argumentos sobre la cuestión de si las empresas pueden ser responsables de la comisión de violaciones al derecho internacional consuetudinario. Las víctimas debían demostrar, en particular, que las empresas pueden ser civil y penalmente responsables conforme al derecho internacional consuetudinario. La audiencia se celebró en enero de 2010. Se espera que la corte resuelva pronto sobre las cuestiones de competencia y de fondo del asunto. Si la corte no asume competencia sobre el caso, éste continuará ante la corte de distrito.

Mientras tanto, el 31 de diciembre de 2009 la juez federal Shira A. Scheindlin emitió una opinión en la cual hizo hincapié en un punto importante que puede constituir un obstáculo adicional para las víctimas. Para determinar la responsabilidad de una empresa por ayudar y ser cómplice en violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado receptor de la inversión, no es suficiente demostrar que la empresa invirtió en ese Estado. La jueza señaló que debe distinguirse entre la venta de armas letales, y la venta de materias primas o de préstamos bancarios. Para ilustrar esto, la jueza utilizó el ejemplo de los gases tóxicos, un arma letal que fue vendida a los nazis para usarla en los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. El procedimiento está en marcha.

¿Qué legislación deberá aplicar el juez estadounidense?

El propio concepto del ATCA -un agravio cometido en violación de la ley de las naciones-, sugiere pensar que no sólo la jurisdicción de la corte, sino también las normas aplicables a una demanda por responsabilidad civil, deben ser consideradas a la luz del derecho internacional. Este punto ha sido controversial en la jurisprudencia y doctrina estadounidenses. Al determinar la ley aplicable, los **tribunales estadounidenses cuentan con tres alternativas**:

1 – El derecho internacional;
2 – El derecho del lugar del tribunal (*lex fori*), incluyendo el derecho común federal (*federal common law*),[109] y
3 – El derecho del lugar donde ocurrieron los hechos.[110]

1. El Derecho Internacional: La elección de la jurisprudencia

La mayoría de la jurisprudencia derivada del ATCA hace referencia al derecho internacional para decidir cuál ley se aplica a un caso.

En *Doe Vs. Unocal*, la corte consideró[111] que era preferible aplicar el derecho internacional en lugar del derecho de un país en particular[112], para determinar la responsabilidad de Unocal en las violaciones cometidas por las fuerzas birmanas, en razón de la naturaleza de las violaciones alegadas, es decir de las normas de *jus cogens*.[113]

La corte basó su decisión en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales de Ruanda y de la Ex-Yugoslavia.[114]

Las referencias al derecho internacional pueden ser:
– **directas**, o
– **Basadas en el derecho consuetudinario federal** (***federal common law***)[115].

Las opiniones están divididas al elegir entre estas dos opciones. En el caso *Unocal*, la corte no explicó el motivo de su elección del derecho internacional, debido a que las normas aplicables en el derecho internacional eran similares a las del derecho del foro.[116]

---

109 Los países del *common law* (como los Estados Unidos o el Reino Unido), al contrario que los países de derecho civil, tienen un sistema jurídico caracterizado por la preeminencia de la jurisprudencia. Los jueces crean un "precedente" que constituye la base para las decisiones judiciales posteriores, más que la propia ley o estatuto. El sistema jurídico de los países de derecho civil se caracterizada por la codificación y la importancia de la ley. Cuando se habla de derecho consuetudinario federal (*federal common law*), se hace referencia a la legislación vigente en cada Estado en los Estados Unidos, basado principalmente en jurisprudencia.

110 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, p. 120; R. A. Tyz, *op.cit*., 2003, p. 572. Ver igualmente: *Doe Vs. Unocal, op.cit*., 2002, p. 14214; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit*., 2000, note 12.

111 El tribunal declaró explícitamente que su razonamiento se justifica por los hechos del caso, y que en presencia de otros hechos, la aplicación de la ley del foro o de la ley del lugar donde ocurrió el daño (*lex loci delicti commissi*) podría haber sido apropiada.

112 Los demandados argumentaron a favor de la ley del lugar donde ocurrió el daño, es decir, la ley birmana.

113 *Doe Vs. Unocal, op.cit*., 2002, p. 14214. En su opinión disidente, el juez Reinhardt se opuso a la aplicación del derecho internacional como la legislación aplicable y expresó su prefenrcia en favor de «los principios generales de la ley federal en materia de agravios». (traducción libre)

114 *Doe Vs. Unocal, op.cit*., 2002, pp. 14216 y sig.

115 Ver principalmente: *Doe Vs. Unocal, op.cit*., 2002, pp. 14214 y sig.

116 *Idem*, 2002, p. 14214, note 23; R. A. Tyz, *op.cit*., pp. 573-574.

2. La ley del foro (lex fori- *federal common law*): la elección de la doctrina

La doctrina se pronuncia en favor de la ley del foro (derecho consuetudinario federal) en vez del derecho internacional o la ley extranjera, ya que ésta ofrece una **máxima flexibilidad para determinar las normas aplicables en materia de responsabilidad y compensación**. La aplicación del derecho consuetudinario federal no inhibe la consideración de los objetivos del derecho internacional, en la medida en que éste sea aplicable. Adicionalmente tiene la ventaja de ser bien conocido por los jueces. A la luz de la ley del foro, la aplicación del derecho internacional tiene la desventaja de tener una naturaleza incompleta, así como de la ausencia de criterios que permitan determinar una reparación adecuada.[117]

3. La ley del lugar donde sucedieron los daños: una solución inadecuada

Con algunas excepciones,[118] la jurisprudencia indica que **utilizar la legislación del lugar donde sucedieron los daños (*lex loci damni*)** es **inadecuado.**[119]

La aplicación de la ley extranjera puede ser problemática cuando, por ejemplo:
– No sea suficientemente protectora de las víctimas;
– Se tolere o incluso se exija la inobservancia del derecho internacional de los derechos humanos;
– Conceda ciertas amnistías;
– No considere el otorgamiento de indemnizaciones; o
– Establezca un periodo corto para la prescripción de la acción.

---

117 B. Stephens y M. Ratner, *op.cit*., 1996, pp. 121-122; R. A. Tyz, *op.cit*., pp. 574-575.

118 Véase: *Tel-Oren Vs. Libyan Arab Republic*, 517 F.Supp. 542 (D.D.C. 1981), 726 F.2d 774 (Feb. 3 1984), p. 781; *In Re Estate of Ferdiny E. Marcos Human Rights Litigation/Trajano Vs. Marcos*, 978 F.2d 493 (9th Cir. 1992).

119 Ver principalmente: *Xuncax Vs. Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), pp. 182-183*.

CAPÍTULO II

Establecer la competencia de los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea y determinar la ley aplicable al litigio

* * *

¿Cuáles son las condiciones para que el juez de un Estado Miembro de la Unión Europea pueda reconocer su competencia?

Actualmente, el principal instrumento utilizado en la Unión Europea (UE) para establecer la responsabilidad civil de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos cometidas fuera de la UE es el **Reglamento 44/2001 del 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I)**, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.[120] El Reglamento 44/2001 establece, entre otras, las reglas de competencia internacional en materia civil y mercantil, que son comunes a los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.[121] Éste entró en vigor el 1° de marzo de 2002 y remplazó la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968.[122]

---

120 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de las Comunidades Europeas, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, J.O., L12, 13 de enero de 2001, p. 1. Recomendamos ampliamente la lectura del Capítulo dedicado a la Unión Europea en el informe: Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., pp. 65 y sig.

121 Tenga en cuenta igualmente la adopción del 30 de junio de 2005, por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, de la «Convención sobre los acuerdos de elección de foro», que ha creado a nivel mundial una alternativa para la resolución de conflictos entre las empresas cuando las partes han llegado a un acuerdo sobre la elección del foro. Esta Convención aún no entra en vigor: véase www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=98. Ver también en este sentido, el análisis del impacto de la ratificación de la Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro por la Comunidad Europea: Documento de trabajo de servicios de la Comisión del 5 de septiembre de 2008 (SEC (2008) 2390)). Sobre este tema, ver principalmente: B. Schaak Van, *In defense of civil redress: the domestic enforcement of human rights norms in the context of the proposed Hague judgments convention* (En defensa de la reparación civil: La observancia interna de las normas de Derechos Humanos en el contexto de la Convención Proyecto de Sentencias de La Haya), Harvard Int'l LJ, 2001, p. 141; B. Stephens, *Translating Filartiga: A Comparative y International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations* (Traduciendo Filartiga: un análisis comparativo del derecho internacional sobre recursos nacionales para violaciones a los Derechos Humanos), *Yale J. Int'l L*., 2002, 27, p. 54.

122 La Convención de Bruselas, sin embargo, seguirán siendo aplicable, por una parte, a las acciones antes del 1 de marzo de 2002 (Reglamento (CE) n º 44/2001, *op.cit.,* art. 66.1) y por otra, a las relaciones entre Dinamarca y otros Estados miembros de la Unión Europea, Dinamarca no se considera como un Estado miembro con arreglo al artículo 1.3 del Reglamento (Reglamento (CE) n º 44/2001, op., considerandos 21 y 22 respecto a este Estado miembro, vea: Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *J.O*., 16 de noviembre de2005, L299/62).

En los litigios transnacionales, el Reglamento permite al juez de un Estado miembro decidir sobre su competencia internacional si se reúnen las condiciones necesarias para su aplicación.[123]

1. La condición general para la aplicación del Reglamento 44/2001: El domicilio de la empresa debe estar en el territorio de un Estado miembro

Para que el Reglamento 44/2001 pueda aplicarse, **la empresa debe tener su domicilio en un Estado Miembro de la Unión Europea**.

De lo contrario, conforme al artículo 4§1 del Reglamento, cada Estado miembro determinará su competencia conforme a su propia legislación.[124] Cada Estado miembro cuenta con reglas apropiadas para resolver los conflictos de jurisdicción. En Francia, por ejemplo los artículos 14 y 15 del Código Civil permiten a los jueces conocer de un caso si el actor o el demandado es un ciudadano francés. Adicionalmente, diferentes Estados permiten llevar a cabo acciones legales en caso de que alguna propiedad personal de un individuo se encuentre en su territorio. Este mecanismo es conocido internacionalmente como la regla de la sombrilla sueca (*the swedish umbrella rule*), que tiene sus orígenes en una regla sueca que permite a sus jueces nacionales juzgar casos en los que se involucra un individo, si dicho individuo dejó su sombrilla en el territorio donde la corte tiene jurisdicción, en torno a todas las obligaciones a las que el individuo debe responder.[125]

El Reglamento 44/2001 es aplicable independientemente de la nacionalidad o lugar de residencia de la víctima que presentó la demanda, quien incluso puede tener su domicilio en un tercer Estado, que no sea miembro de la Unión Europea.[126]

---

123 En este sentido, véase: Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión, en torno a la promoción de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM(2001)366 – C5-0161/2002 – 2002/2069(COS), 30 de mayo de 2002, párr. 50.

124 Con sujeción a los artículos 22 y 23, respectivamente, en relación con la jurisdicción exclusiva y la ampliación de las competencias, supuestos no considerados en este estudio.

125 H. Smit, *Common y Civil Law Rules of In Personam Adjudicatory Authority: An Analysis of Underlying Policies* (Reglas Comunes y de Derecho Civil de la Autoridad en Personam: un análisis de las políticas subyacentes), Hastings Int'l & Comp. L. Revs., 1972, p. 335., en B. Stephens, Corporate Liability: Enforcing Human Rights Trough Domestic Litigation, *Hastings Intl & Comp. L. Revs*., 2000-2001, p. 410; Y. Kryvoi, *Enforcing Labor Rights Against Multinational Corporate Groups in Europe* (La Observancia de los derechos laborales en los grupos de empresas multinacionales en Europa), *Industrial Relations: A Journal of Economy y Society*, Vol. 46, n° 2, pp. 366-386, Abril 2007.

126 CJCE, *Group Josi Reinsurance Company SA Vs. Universal General Insurance Company*, 13 de julio de 2000, C-412/98, *Rec*., p. I- 5940, párr. 57 y 59 (con domicilio en Canadá).

2. Tres alternativas al alcance de las víctimas

Las personas afectadas por las actividades en el extranjero de una empresa multinacional, cuyo domicilio se encuentre en un Estado miembro de la UE, cuentan **con tres fundamentos de la competencia** para presentar una demanda ante un juez de un Estado Miembro de la Unión Europea:

a) La corte competente es aquella donde se encuentra el domicilio del demandado

La regla general de competencia contenida en el artículo 2§1 del Reglamento 44/2001, dispone que independientemente de su nacionalidad, las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea (en nuestro caso la empresa multinacional) podrán ser demandadas ante los tribunales de ese Estado.

La noción de «domicilio» para las personas jurídicas

El domicilio de las sociedades y de las personas jurídicas/jurídicas es aquel donde se encuentre su **sede estatutaria, su administración central o el centro de actividad principal** (Art. 60 del Reglamento[127]). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dentro de sus funciones la interpretación independiente de estos conceptos.[128]

Así, sobre la base del artículo 2§1del Reglamento 44/2001, una persona extranjera, por ejemplo un trabajador cuyos derechos han sido violados por una empresa multinacional, puede presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, si el centro de actividad principal, la sede estatutaria o la sociedad matriz de la empresa en cuestión está situada en el territorio en el que dicho tribunal es competente.

Es sobre esta base jurídica[129] que los trabajadores y ciudadanos sudafricanos iniciaron diversas acciones ante los tribunales ingleses entre 1997 y 1999, en contra de la empresa *Cape plc*, una empresa británica cuya actividad en la industria del asbesto se localizaba en Sudáfrica.[130]

---

127 El Convenio de Bruselas equipara el domicilio de las sociedades y personas jurídicas, en el artículo 53, a sus sedes, y para la determinación de tales sedes reenvía a las normas del derecho internacional privado de la jurisdicción competente.

128 Reglamento (CE) n°44/2001, *op.cit.*, considerando n° 11.

129 En realidad, se trata del artículo 2 del Convenio de Bruselas sustituido por el Reglamento.

130 *Lubbe et al. Vs. Cape plc* (CA 30 Julio 1998) (1998) C.L.C. 1559; *Group Action Afrika et al. Vs. Cape plc* (QBD 30 July 1999) (2000) 1 Lloyds Rep. 139; *Rachel Lubbe et al. Vs. Cape plc* (CA 29 Novs. 1999) (2000) Lloyds Rep. 139.

b) El tribunal competente es aquel del lugar donde se produjeron los daños o donde existe riesgo de que se produzcan

El artículo 5§3 del Reglamento establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, por un delito o cuasidelito,[131] ante el tribunal del lugar donde se produjo el daño o donde existe riesgo de producirse.[132]

La noción de «lugar donde se produjo el daño»

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió que el lugar donde se produjo el daño puede ser entendido de dos maneras:
– el **lugar donde el daño mismo sucedió**;
– el **lugar del evento causante del daño**, es decir, aquel donde se produjo el evento que dio origen al daño.[133] Por ejemplo, cuando una decisión es tomada por un consejo de administración en un Estado diferente al de la sede estatutaria de la empresa, y esta decisión causa daños por los que el demandante busca una reparación, éste podrá iniciar el procedimiento en el Estado donde la decisión fue tomada.[134]

La noción de «lugar donde los daños pueden producirse»

Para permitir una acción preventiva, el artículo 5§3 del Reglamento permite acudir a la jurisdicción del lugar donde el daño puede producirse. **La admisibilidad de esta acción depende de la legislación aplicable, y el riesgo invocado debe tener en todos los casos un cierto grado de materialización (la amenaza del daño debe ser grave o inminente).**[135]

---

131 CJCE, *Athanasios Kalfelis Vs. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst y Cie, et autres*, 27 septiembre de 1988, 189/87, Rec., 1988, p. 5579, párr 17; CJCE, *Réunion européenne SA e.a. Vs. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et Capitaine commyant le navire « Alblasgracht V002 »*, 27 octubre 1998, C-51/97, *Rec*., 1998, p. I-6511, párr. 22: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que el término «responsabilidad extracontractual o cuasi delictual» debe definirse de forma independiente y que trata de «todos los actos cuyo objetivo es poner en juego la responsabilidad de un demandado y que no está vinculado a la materia contractual' en el sentido del artículo 5(1)». (traducción libre).

132 El Reglamento 44/2001 modifica de cierta forma este artículo, en primer lugar, mediante la sustitución, en el preámbulo, de las palabras «el demandado» por «una persona» y, en segundo lugar, mediante la adición del lugar donde el hecho generador del daño se produjo y de las palabras «o es probable que ocurra».

133 Véase principalmente: CJCE, *Sté Bier y Fond. Rheinwater Vs. Mines de Potasse dAlsace, Rec*., 30 noviembre 1976, 76.1735; CJCE, *Dumez France Vs. Helaba*, 1990, C-220/88; CJCE, *Reunión Europea, op.cit*., 1998.

134 O. De Schutter, El papel del derecho de la Unión Europea en el combate a los crímenes internacionales (*The Role of EU Law in Combating International Crimes*), informe presentado en el marco del proyecto de la Comisión Internacional de Juristas: Corporate *Complicity in International Crimes* (Complicidad corporativa en los crímenes internacionales), p. 34.

135 G. Tritton, *Intellectual property in Europe* (Propiedad intelectual en Europa), 2 ed., Sweet y Maxwell, London, 2002, pp. 971-975; CJCE, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd Vs. Presse Alliance SA*, 7 marzo 1995, C-68/93, *Rec*. C.J.C.E., 1993, pp. 415 sig., párr. 24.

c) El tribunal competente es aquel del lugar o donde se encuentra una sucursal, una agencia u otro establecimiento[136]

Las reglas especiales de competencia establecidas en el artículo 5§5 del Reglamento permiten que **el demandado, con domicilio en un Estado miembro, sea demandado ante los tribunales de otro Estado miembro, si una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento se encuentra en ese Estado**. Dos condiciones deben cumplirse: 1) la demanda debe estar relacionada con las operaciones (ver *infra*); 2) la sociedad matriz deberá estar situada en un Estado miembro de la Unión Europea.

Las nociones de «sucursal, agencia u otro establecimiento»

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que los términos «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» no se refieren a situaciones legales específicas sino que implican:
– **la dependencia del establecimiento secundario** en relación con la empresa matriz, y
– **la intervención del establecimiento secundario** en la conclusión de los negocios.[137]

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el establecimiento puede tener personalidad jurídica propia si actúa, en apariencia, de manera permanente y pública como una **extensión** de la empresa matriz domiciliada en otro Estado miembro. Los terceros no tratan directamente con la sociedad matriz, cuya sede se encuentra en otro Estado miembro, pero pueden hacer negocios en el centro de operaciones (sucursal, agencia u otra institución). Por tanto, un vínculo legal se establece entre la sociedad matriz y el tercero.

---

136 Estas reglas especiales de competencia derogan el artículo 2(1) y permiten al demandante sustraerse a la demanda ante los tribunales del Estado en el que resida el demandado y presentarlo ante el tribunal de otro Estado contratante (Véase principalmente: CJCE *Groupo Josi Reinsurance Company SA Vs. Universal General Insurance Company, op.cit.*, párr. 34), siempre que exista un vínculo estrecho entre el litigio y el tribunal ante el cual se presenta la demanda (CJCE, *SAR Schotte GmbH Vs. Parfums Rothschild SARL*, 9 de diciembre de 1987, 218/86, Rec., p. 4905). Estas reglas se aplican, por un lado, en el caso de una empresa con domicilio en Dinamarca sobre la base de las disposiciones pertinentes de la Convención de Bruselas y, por el otro, en la hipótesis en que una empresa esté domiciliada en Suiza, Noruega o Islandia (estas reglas aplican a empresas con domicilio en Finlandia y Suecia en sólo para demandas presentadas antes del 1 de marzo de 2002) sobre la base de la Convención de Lugano (Convenio sobre competencia y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil , firmada en Lugano el 16 de septiembre de 1988, D.O. L319, p. 9).

137 CJCE, *A. De Bloos SPRL Vs. Société en commyite par actions Bouyer*, 6 de octubre de 1976, 14/76, *Rec.*, 1976, p. 1509, párr. 21; CJCE, *Somafer SA Vs. Saar-Ferngas AG*, del 22 de noviembre de 1978, 33/78, *Rec.*, 1978, p. 2193, párr. 12; CJCE, Blanckaert y Willems PVBA *Vs.* Luise Trost, 18 de marzo de 1981, 139/80, Rec., 1981, p. 819, párr. 13 (Excluyendo agentes de ventas independientes, que a pesar de que representan a la empresa en el extranjero, «simplemente transmiten órdenes a la empresa matriz, sin participar en su manejo ni en su ejecución»).

La noción «de controversias sobre las operaciones»

Las controversias pueden referirse a derechos y obligaciones contractuales y extracontractuales contraídas por el establecimiento secundario. En concreto, la disputa puede versar sobre las obligaciones que encuentran su origen en **las actividades que el establecimiento secundario ha asumido en materia de gestión propiamente dicha**.[138] Esto se aplica, por ejemplo, a un conflicto relativo a la contratación de personal llevada a cabo por el establecimiento secundario.[139] El conflicto también puede versar sobre **los compromisos contraídos por el establecimiento secundario en nombre de la sociedad matriz,** y en este caso, **las obligaciones pueden ser ubicadas en el Estado miembro donde se encuentra el establecimiento secundario o en otro Estado miembro.**[140]

Para ilustrar este caso, tomemos el ejemplo de una empresa matriz con domicilio en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, con una filial ubicada en el territorio de otro Estado miembro en donde opera una refinería a nombre de la matriz. Debido a un manejo defectuoso por la subsidiaria, se ha producido la contaminación del agua de ese lugar. Conforme al artículo 5§5, las víctimas pueden demandar a la sociedad matriz ante los tribunales del lugar donde se encuentra la empresa subsidiaria.

Las situaciones en las que las actividades de una sucursal causen un agravio fuera de la Unión Europea no se encuentran contempladas dentro del artículo 5§5, pero sí dentro del artículo 5§3 discutido anteriormente.

3. Dos bases adicionales de competencia

El Reglamento 44/2001 establece dos bases adicionales para fundamentar la competencia:

Conexidad entre demandas

Si una demanda involucra a diferentes empresas con domicilio en diferentes Estados miembros, el artículo 6§1 del Reglamento permite que la demanda sea presentada ante **una sola jurisdicción, si una de las empresas tiene su domicilio en esa jurisdicción y existe un nexo entre las demandas**.[141] Así, es posible presentar

---

138 CJCE, Somafer *op.cit.,* 33/78, párr. 13.

139 *Idem*.

140 CJCE, *Lloyds Register of Shipping Vs. Société Campenon Bernard*, 6 de abril de 1995, 439/93, *Rec*., 1995, p. I-981, párr. 22; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe* (Las Convenciones de Bruselas y de Lugano.Jurisdicción Internacional, reconocimiento y ejecución de las sentencias en Europa), 2da ed., L.G.D.J., Paris, 1996, n°211, pp. 158-159. (francés)

141 Esta condición que deriva de la jurisprudencia de la Corte (CJCE, *Athanasios Kalfelis Vs. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst y Cie, y otros, op.cit*., p. 5584, párr. 13; H. Gaudemet Tallon, *op.cit*., 1996, No. 222 - 224, pp. 165-166), se incluyó en el artículo 6(1) del Reglamento 44/2001.

una acción conjunta contra una empresa matriz y su filial por los daños causados por sus actividades en el extranjero, siempre y cuando ambas tengan sus domicilios en la Unión Europea. Es igualmente posible presentar una acción conjunta contra dos empresas multinacionales europeas distintas que realicen un proyecto conjunto (*joint-venture*) en un tercer país.

Medidas provisionales o precautorias

El artículo 24 **permite a los demandantes solicitar a los tribunales de un Estado miembro dictar medidas provisionales o precautorias,**[142] aún cuando otro Estado tenga competencia para conocer el caso, siempre y cuando exista «un nexo real entre el objetivo de la medida solicitada y la competencia territorial del Estado contratante.»[143]

LA ACCIÓN DE INTERÉS COLECTIVO EN EUROPA

De manera general en Europa, sólo la presunta víctima o sus derechohabientes pueden interponer una demanda por responsabilidad civil. A excepción de algunos países, como el Reino Unido, la acción colectiva (*class action*) característica del sistema legal estadounidense no es generalmente aceptada en los demás Estados miembros (véase Capítulo I.A.2).

Por su parte, la «acción de interés colectivo» que existe en Europa sólo es admisible en los casos enumerados taxativamente en la ley.

– En Bélgica, esta acción colectiva es particularmente permitida contra actos de racismo, discriminación, o daños al medio ambiente.
– En Francia, se permite iniciar una acción civil de interés colectivo a las asociaciones cuyo objetivo, de acuerdo con sus estatutos, sea combatir los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra. Estas asociaciones deben tener un mínimo de 5 años de haberse constituido. Las víctimas por lo tanto, podrán unirse a la demanda en calidad de actor civil.[144] En los Países Bajos, el Código Civil permite que las ONG interpongan demandas por violación de derechos humanos que atenten contra el interés general que promueven conforme a sus estatutos.[145]

142 CJCE, M. Reichert, *H.H. Reichert yt I. Kockler Vs. Dresdner Bank AG*, 26 de marzo de 1992, C-261/90, *Rec*., 1992, p. I-2149, párr. 34: «En aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Convención, estas medidas están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con el fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento ha sido solicitado al juez.»

143 CJCE, *Van Ude Maritime BV Vs. Kommyitgesellschaft en Firma Deco Line ea,* 17 noviembre 1998, 391/95, *Rec*., 1998, p. I-7135; CJCE, *Hans-Hermann Mietz Vs. Intership Yachting Sneek BV*, 27 de abril de 1999, C-99/96, *Rec*., 1999, p. I-2314, párr. 43.

144 Código de Procedimiento Penal francés, arts. 2-4.

145 Nederlyse Burgerlijke Wetboek (BW), art. 3:305a(1). N. Jägers y M-J. Van Der Hejden, *Corporate Human Rights Violations: The feasibility of Civil Recourse in the Netherlands* (Violaciones de los Derechos Humanos por las Empresas: La viabilidad de un recurso civil en los Países Bajos) *Brook. J. IntL.L.,* 2008, vol. 33, p. 849. (inglés)

La Comisión Europea actualmente se encuentra trabajando para reforzar y unificar los mecanismos de demanda colectiva en materias de competencia económica y de protección a los consumidores.[146]

¿Cuáles son los obstáculos a la competencia de un juez de un Estado miembro de la Unión Europea?

1. La doctrina del *forum non conveniens*

La aplicación de la teoría del *forum non conveniens* en el marco del Reglamento 44/2001 (o de la Convención de Bruselas de 1986) y de la armonización jurisdiccional que ello implica, es un aspecto controversial ampliamente discutido en las cortes británicas e irlandesas.

a) Empresas con domicilio fuera de la Unión Europea

Cuando la empresa demandada tiene su domicilio fuera de la Unión Europea, hipótesis que no se encuentra expresamente regulada en la legislación europea, **el artículo 4§1 del Reglamento 44/2001 reenvía a la ley nacional del Estado Mienbro cuyos tribunales se hayan reconocido competentes, incluyendo la doctrina de *forum non conveniens* si es aplicable**.[147]

b) Empresas con domicilio en la Unión Europea

La doctrina del *forum non conveniens* presenta mayores dificultades cuando el asunto se encuentra ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea, reuniéndose todas las condiciones para la aplicación del Reglamento 44/2001, pero al mismo tiempo involucra a las relaciones extracomunitarias; **es decir, que el foro alternativo que se considera más apropiado está localizado en un Estado externo a la jurisdicción de la Unión Europea.**

Re Harrods (Buenos Aires) Ltd[148]

Este caso es relativo a una e**mpresa con domicilio en el Reino Unido, cuyas actividades se llevaban a cabo íntegramente en Argentina.** Si bien podría ser competente conforme al artículo 2 de la Convención de Bruselas (domicilio del demandado), la Corte de Apelaciones de Londres

146 Comisión Europea, Libro Blanco sobre las Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia del 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

147 A. Nuyts, *op.cit.,* pp. 246 y sig.; I.D.I., Los principios rectores del uso de la doctrina del *forum non conveniens* y del anti-suit injunction: Exposición Preliminar y Questionario (noviembre 2000), *Ann*., vol. 70, t.I, 2002-2003, p. 30.

148 R*e Harrods (Buenos Aires) Ltd* (1991) 4 All ER 334, (1992) Ch. 72 (C.A.).

consideró que dicho fundamento de la competencia no era un obstáculo al uso de la doctrina de *forum non conveniens* para referir el caso a Argentina,[149] un Estado fuera de la Unión Europea.

Sin embargo, la Corte estableció una condición: **que no exista un vínculo con cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea**. La jurisprudencia posterior a esta decisión ha omitido dicha condición, utilizando la resolución de *Harrods* en los litigios que presenten puntos de contacto con diferentes Estados Europeos, incluyendo situaciones en las que «el tribunal de un Estado tiene competencia conforme a la Convención de Bruselas para conocer del caso».[150]

La controversia sobre la compatibilidad de la decisión del caso *Harrods* con la Convención de Bruselas y el Reglamento 44/2001 es una cuestión delicada, ya que numerosas empresas multinacionales tienen su domicilio en el Reino Unido. El caso *Lubbe Vs. Cape plc* es un buen ejemplo de esta problemática.

Lubbe et al. *Vs.* Cape plc

El caso resulta de una acción por daños y perjuicios, presentada en febrero de 1997 contra Cape plc, una empresa con domicilio en el Reino Unido y cuya actividad en la industria del asfalto se localizaba en Sudáfrica.

Los demandantes, nacionales sudafricanos, alegaron tener graves problemas de salud derivados de su ocupación laboral o de la ubicación de sus casas cerca de la fábrica en cuestión. A su juicio, estos problemas eran imputables a la empresa matriz, por no haber cumplido con sus obligaciones de prevención al no haber ejercido la diligencia debida en la supervisión razonable de sus actividades. **La corte inglesa asumió la competencia en ambos procedimientos, de conformidad con el artículo 2§1 de la Convención de Bruselas.**

La discusión entre las partes se centró en **la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens***. Para la empresa, los tribunales sudafricanos constituían el foro más apropiado, porque el daño y el hecho causante sucedieron en el territorio de Sudáfrica.

149 A diferencia de los Estados Unidos, la aplicación de *forum non conveniens* no pone fin al procedimiento, pero permite al juez aplazar la decisión. La víctima, en caso necesario (por ejemplo, en el caso de denegación de justicia en el extranjero) podría volver a los tribunales británicos y solicitar el levantamiento de la suspensión; véase A. Nuyts, *op.cit.*, p. 462.

150 A. Nuyts, o*p.cit.*, pp. 257-258; S. Beernaert y A. Coibion, *La doctrine du forum (non) conveniens - Réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles* (La doctrina del forum non conveniens: La reconciliación con el texto de la Convención de Bruselas), *Journal des Tribunaux*, 2000, p. 416; I.D.I., *op.cit.*, p. 31.

Después de largos procedimientos,[151] la Cámara de los Lores decidió que esta doctrina **no podría conducir al desistimiento de los tribunales ingleses** en beneficio de los tribunales de Sudáfrica, **porque las víctimas no podrían beneficiarse, en el territorio de Sudáfrica, de asistencia legal, a pesar de que el daño, las víctimas y las pruebas se encontraban en el territorio de Sudáfrica.**

En los casos *Ngcobo Vs. Thor y Sithole Vs. Thor*, los tribunales británicos igualmente aplicaron la doctrina del *forum non conveniens* puesto que ambos involucraban a empresas británicas por las actividades .de su filial en el extranjero.

Ngcobo *Vs.* Thor y Sithole *Vs.* Thor[152]

En 1994 y en 1998, dos demandas fueron presentadas ante la Corte Superior de Justicia del Reino Unido contra la empresa *Thor Chemicals (UK) Ltd., Thor Chemicals Holdings Ltd y contra John Desmond Cowley, Director Ejecutivo de Thor Chemical Ltd.*, por los empleados de la filial sudafricana, quienes habrían sido expuestos a niveles excesivos de mercurio y quienes sufrieron varios síntomas neurológicos. La filial sudafricana se especializaba en la producción y manipulación de mercurio. Los promoventes alegaron la negligencia de la sociedad matriz británica en la aplicación y vigilancia de estas operaciones peligrosas en Sudáfrica, así como que ésta no habría adoptado las medidas necesarias para evitar tales daños.

Las empresas invocaron en ambas ocasiones la doctrina del *forum non conveniens*, argumento que fue rechazado en ambos casos por los jueces británicos. Durante el juicio *Ngcobo Vs. Thor*, los jueces consideraron que existía un vínculo entre la negligencia mostrada por la empresa matriz en Inglaterra y el daño causado en Sudáfrica. Asimismo, consideraron igualmente el riesgo de la denegación de justicia. Una ley de Sudáfrica, la Ley de indemnización de los trabajadores de 1941 (SA), contempla una compensación a las víctimas de accidentes de trabajo (si estos resultan incapacitados para realizar su trabajo), con lo que se les prohíbe demandar a sus patrones ante los tribunales. Si las víctimas llegaran a obtener una compensación económica, ésta sería irrisoria. Ambos casos concluyeron en un convenio para indemnizar a las víctimas.

151 Véase principalmente: *Lubbe et al. Vs. Cape plc, op.cit., 1998; Group Action Afrika et al. Vs. Cape plc* (QBD 30 de Julio de 1999) (2000) 1 Lloyds Rep. 139; *Rachel Lubbe et al. Vs. Cape plc, op.cit.*, 2000. Véase igualmente: R. Meeran, *Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK* (La responsabilidad de las empresas: En un estado crítico en el Reino Unido), en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (La responsabilidad de las empresas bajo el Derecho Internacional), Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 2000, p. 258.

152 *Ngcobo Vs. Thor Chemicals Holdings* [1995] TLR 579; *Sithole Vs. Thor Chemicals Holdings* [1999] TLR 100.

En el caso *Lubbe Vs. Cape plc*., la Cámara de los Lores no se pronunció expresamente sobre la cuestión principal de la compatibilidad entre el principio de la doctrina del *forum non conveniens* y la Convención de Bruselas. Habría que esperar la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en el caso *Andrew Owusu Vs. NB Jackson* del 1 de marzo 2005, para que la doctrina del *forum non conveniens* fuera declarada **incompatible con la Convención de Bruselas de 1968**.[153] El caso enfrentó a un ciudadano británico, residente en el Reino Unido, con la empresa *N.B. Jackson*, también domiciliada en el Reino Unido, por daños causados en Jamaica. Dicha sentencia coincide con la jurisprudencia anterior del TJCE.[154] En teoría, los Estados miembros de la Unión Europea ya no podrían aplicar la doctrina del *forum non conveniens* para desechar un caso dentro de su jurisdicción, si la empresa en cuestión tiene su domicilio en la Unión Europea, bajo pena de ser condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Inmunidades

El Reglamento 44/2001 no aborda la cuestión de las inmunidades, ya que éstas **proceden en virtud de la legislación nacional** de cada Estado y podrían ser susceptibles de afectar un proceso civil en contra de una empresa multinacional.

Por ejemplo, en el Reino Unido la inmunidad soberana de un Estado no beneficia sólo a los Estados, sino también a sus empleados y agentes, incluso cuando éstos actúan fuera de sus funciones oficiales.[155] Una empresa (nacionalizada), actuando como un agente del Estado, podría entonces verse beneficiada de inmunidad en el marco de una acción civil en su contra.

La cuestión sobre la inmunidad de un Estado extranjero fue planteada ante los tribunales franceses en un caso presentado contra las empresas *Veolia Transport, Alstom y Alstom Transport*. Los jueces eludieron este obstáculo argumentando que el Estado, en este caso el Estado de Israel, no tenía soberanía sobre los territorios donde los hechos se produjeron.

---

153 CJCE, *Yrew Owusu Vs. N.B. Jackson, agissant sous le nom commercial «Villa Holidays Bal-Inn Villas» e.a.*, 1er marzo 2005, C-281/02, 2005, C-106/2: «El Convenio del 27 de septiembre de 1968 (...) impide a un tribunal de un Estado contratante declinar la competencia que tiene en virtud del artículo 2 de dicho Convenio bajo el argumento de que un tribunal de un Estado no contratante es un foro más adecuado para conocer del litigio en cuestión, incluso si la cuestión de la competencia de la jurisdicción de un tribunal de otro Estado contratante no establece, o que este litigio no tenga vínculo con alguno otro Estado contratante» (traducción libre)

154 Véase por exemplo: CJCE, *Group Josi Reinsurance Company SA Vs. Universal General Insurance Company, op.cit.*

155 State Immunity Act 1978, sec. 14, citado por M. Byers, *English Courts y Serious Human Rights Violations Abroad: A Preliminary Assessment* (Tribunales ingleses y violaciones graves a los derechos humanos cometidas en el extranjero: una evaluacíon preliminar), en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (Responsabilidad de las Empresas Multinacionales bajo el Derecho Internacional), Kluwer Law International, 2000, p. 245.

El caso del tranvía de Jerusalén

El 17 de julio de 2005, el gobierno israelí firmó un contrato con diferentes empresas, incluidas dos empresas francesas: Veolia y Alstom, para la construcción y operación de una línea de tranvía. El tranvía conectaría el Oeste de Jerusalén (territorio israelí) con dos asentamientos judíos en Cisjordania y pasaría por el Este de Jerusalén (territorio palestino). Las empresas obtuvieron una concesión de explotación por treinta años.

Dos demandas fueron presentadas ante el Tribunal de Segunda Instancia de Nanterre por la Asociación de Solidaridad Franco Palestina (AFPS por sus siglas en francés), una de ellas contra las empresas VEOLIA TRANSPORT y ALSTOM y la otra contra ALSTOM TRANSPORT. La Organización de Liberación de Palestina (OLP) se sumó a las demandas interpuesta por la AFPS en el transcurso del procedimiento. En un primer momento, las dos primeras empresas fueron condenadas a comunicar la totalidad del contrato de concesión y sus anexos a los demandantes. La comunicación de estos documentos reveló el involucramiento de ALSTOM TRANSPORT en el asunto, lo que motivó la segunda demanda.
La AFPS y la OLP intentaron obtener la anulación del contrato en razón de su carácter ilícito, así como la interrupción de las actividades en curso llevadas a cabo por las empresas en el marco del acuerdo. Los demandantes argumentaron que el contrato se concluyó en violación al derecho internacional y al derecho nacional, ya que contravendría la IV Convención de Ginebra de 1949, mencionada particularmente en la Resolución 465 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas del 1° de marzo de 1980. El párrafo 5° de la resolución señala que «todas las medidas tomadas por el Estado de Israel para modificar el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional o el estatuto de los territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967, incluso Jerusalén [...] carecen totalmente de validez jurídica». El Consejo de Seguridad llamó a todos los Estados a no proveer al Estado de Israel de asistencia alguna destinada a los asentamientos en los territorios ocupados. Adicionalmente, los demandantes argumentaron que este contrato era igualmente contrario al orden público francés y por ende nulo, en virtud de los artículos 6, 1131 y 1133 del Código Civil francés.

La defensa argumentó la falta de competencia del juez francés e invocó la inadmisibilidad de las demandas, particularmente sobre **el fundamento de la inmunidad de jurisdicción del Estado de Israel**. El tribunal emitió su decisión el 15 de abril de 2009. La AFPS fue admitida, mientras que a la OLP le negaron el derecho de acción. El tribunal declaró igualmente su competencia material y territorial sobre el caso.

– Por una parte, las empresas demandadas no podían alegar la inmunidad del Estado de Israel. Los jueces decidieron que no sólo **el Estado de Israel no era parte en el procedimiento**, sino que además, Israel **no puede alegar la calidad de Estado soberano en todos los casos**. En efecto, el Estado de Israel es una «**potencia ocupante** de un territorio de Cisjordania donde se construyó y se operaría el tranvía materia del litigio, una parte reconocida por la comunidad internacional y por la Corte Internacional de Justicia como parte del territorio palestino.» (traducción libre)
– Por otra parte, **la sede de las empresas se encuentran en territorio francés**.

Los jueces franceses fundaron su decisión en el artículo 6§1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a un **tribunal independiente e imparcial** y expresaron su deseo de garantizar el libre acceso a la justicia para los demandantes. El riesgo de impunidad derivada de la naturaleza de la controversia en cuestión refuerza la competencia de los tribunales franceses. En palabras del tribunal: "Es jurisprudencia reiterada que **el riesgo de ausencía de recurso judicial es un criterio de competencia de los tribunales franceses si el conflicto tiene un nexo con Francia**.» (traducción libre) Tal es el caso porque las empresas acusadas tienen su domicilio social en Francia, en tanto que cinco fábricas pertenecientes a ALSTOM TRANSPORT son las encargadas de la fabricación -en territorio francés- de 46 vehículos del tranvía de Jerusalén.

Las empresas ALSTOM y ALSTOM TRANSPORT apelaron la decisión. Sin embargo, el 17 de diciembre de 2009, el Tribunal de Apelación de Versalles confirmó la resolución de primera instancia.
El 30 de mayo del 2011, la Alta Corte de Nanterre rechazó la solicitud de la Asociación de Solidaridad Franco-Palestina (AFPS) de anular los contratos firmados por los transportistas franceses ALSTOM y VEOLIA. El tribunal de Nanterre determinó que conforme a la ley francesa, las leyes internacionales no tienen incidencia directa sobre los individuos y sociedades privadas que no se encuentren involucradas en el conflicto. El tribunal estimó que solamente los Estados Parte de las Convenciones de Ginebra de 1949 pueden ser sujetos obligados por las disposiciones de los tratados enlistados en los escritos presentados por la AFPS.

Cuál ley debe aplicar el juez competente de un Estado miembro de la Unión Europea?

El 11 de julio de 2007, el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa adoptaron el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).[156] Este Reglamento tiene por objeto:

– Unificar las reglas de **conflicto de leyes** aplicables a las **obligaciones extracontractuales**;
– Asegurar que los tribunales de todos los Estados miembros apliquen la misma ley en caso de controversias transfronterizas en materia de responsabilidad civil; y
– Facilitar así el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en la Unión Europea.

A partir del 11 de enero de 2009, este Reglamento **se aplica en todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca**, en el marco de litigios comuni-

156 Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo (Roma II) D.O. del 11 de julio de 2007. p. L 199/40.

tarios.[157] Es conveniente describir el sistema aplicable antes de su entrada en vigor y las modificaciones aportadas por el Reglamento.

1. La ley aplicable a los hechos que causen daños, ocasionados antes del 11 de enero de 2009

a) La ley del lugar donde sucedieron los hechos que ocasionaron los daños (*lex loci delicti commissi*): la solución generalmente aceptada

La regla

El Reglamento 44/2001 no determina la ley aplicable a un litigio; son las **reglas del derecho internacional privado de cada Estado las que lo determinan**. Por ello, no hay una solución jurisprudencial sencilla a este respecto, así **que corresponde a los jueces interpretar la regla de conexión**[158], es decir la ley del lugar donde sucedieron los daños o la ley de la conducta causal (lex loci delicti commissi). De hecho, dentro de los Estados miembros, el concepto de la «ley del lugar donde ocurrieron los hechos causantes del daño» tiene dos interpretaciones:

– **La ley de lugar donde <u>el daño</u> se causó, en cuyo caso la ley extranjera será aplicable, o**
– **La ley del lugar de la <u>conducta causal</u>, en cuyo caso se aplicará la ley de un Estado miembro de la Unión Europea.**

La ley que se aplicaría a una empresa multinacional con domicilio en la Unión Europea, que: a) decide la naturaleza y condiciones del ejercicio de sus operaciones en el extranjero que causen daño a un trabajador o un miembro de la comunidad local, o b) sin planear el hecho causante del daño, sin conocimiento de éste o ignorándolo conscientemente, no toma las medidas preventivas necesarias para evitar los daños sería la ley del lugar donde ocurrió el daño o la ley del lugar donde la conducta causal ocurrió.

El recurrir a la ley del lugar donde los daños fueron causados (*lex loci delicti commissi*) genera ciertas **incertitudes**:

– **Las <u>diferentes interpretaciones de la lex loci delicti commissi</u>**
– El **estatus de los hechos alegado**s por los demandantes en la legislación extranjera, y
– La **<u>ley aplicable</u>**. Por ejemplo, si los elementos constitutivos de la acción causal de los hechos están dispersados geográficamente y ocurrieron en diferentes países,

---

157 *Idem*, art. 32.

158 F. Rigaux y M. Fallon, *Droit international privé (Derecho Internacional Privado)*, Larcier, Bruselas, 2005, n°1531, p.700 (los autores sugieren el uso de la ley del lugar en que el autor del hecho actuó). Véase igualmente: G. Betlem, *Transnational litigation against multinationales before Dutch courts* (Litigio trasnacional contra las multinacionales ante las cortes holandesas), en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law* (Responsabilidad de las Empresas Multinacionales bajo el Derecho Internacional), Kluwer Law International, 2000, p. 290.

como en el caso de una empresa multinacional cuyas políticas son decididas por la empresa matriz en el territorio de diversos países de la Unión Europea, pero implementadas en un tercer país.

La excepción de orden público internacional

La aplicación de la ley extranjera puede **ser descartada por el juez sobre la base de la excepción de orden público internacional** cuando, por ejemplo, ésta priva a la víctima del derecho a un recurso, del derecho a una reparación o cuando ésta constituye una violación flagrante del derecho internacional de los derechos humanos.[159]

Adicionalmente, un Estado miembro de la Unión Europea podría considerar que la aplicación de una ley extranjera podría causar una grave violación de los derechos humanos, constituyendo así una **violación de sus obligaciones** en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos.[160] Si la ley extranjera es contraria al orden público internacional, el juez podrá decidir **aplicar la ley de su Estado en la controversia**. Aparte de este supuesto, la ley del Estado miembro de la Unión Europea en donde se localiza el juez competente podría ser aplicable en los casos siguientes:

– Cuando las actividades que causaron el daño hayan sido **planificadas o iniciadas** por una empresa en el Estado del foro del juez;
– Cuando los actos que constituyan la violación sea la **falta de supervisión** de la empresa en relación con sus operaciones en el extranjero y de sus consecuencias; o
– Cuando **las partes en el proceso opten** por la aplicación de la ley del foro del tribunal de la Unión Europea.

b) La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato

Las partes, de común acuerdo, también pueden designar directamente la ley aplicable a la controversia. Una vez más, la excepción de orden público internacional puede ser aplicable si la ley elegida es contraria a ésta.

2. La ley aplicable a los hechos que causen daños ocurridos después del 11 de enero de 2009

Para remediar la inseguridad jurídica antes mencionada, se adoptó el 11 de julio de 2007 el Reglamento Roma II.[161] Este Reglamento se aplica a las demandas presentadas sobre hechos que generen daños después de su entrada en vigor, es

159 Véase por ejemplo: *Oppenheimer Vs. Cattermole* (1976) AC 249.

160 O. De Schutter, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law* (La rendición de cuentas de las multinacionales por Violaciones Derechos Humanos en el Derecho Europeo), *op.cit.,* p. 40.

161 Reglamento (CE) n° 864/2007, *op.cit.,* Este Reglamento completa la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

decir, el 11 de enero 2009.[162] Sin embargo, se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento las obligaciones extracontractuales que se deriven de violaciones a los derechos a la privacidad y de la personalidad (Artículo 1), mismos que seguirán siendo objeto de diferentes normas de conflicto de leyes de los Estados miembros de la Unión Europea.

a) La regla general

En virtud de la regla general establecida en el **artículo 4 del Reglamento, Roma II**, la ley aplicable a una obligación extracontractual será:

(1) En principio, **la ley del Estado donde se produjo el daño directo** (*lex loci damni*), independientemente del país en donde el evento que produjo el daño ocurrió (entendido éste como el lugar del hecho causal) e independientemente del país en el que las consecuencias indirectas hayan tenido lugar, **aún cuando la ley aplicable no sea la de un Estado miembro**;

(2) Sin embargo, cuando tanto la persona responsable como la persona perjudicada tengan su **residencia habitual en el mismo país** al momento de producirse el perjuicio, **la ley de ese país será la ley aplicable**;

(3) De lo contrario, si de todas las circunstancias se desprende que el hecho perjuidicial está **manifiestamente más vinculado con un país distinto** a los mencionados en los párrafos 1 ó 2, la **ley de dicho país será la aplicable**. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado, particularmente, en la relación preexistente entre las partes, tal como en un contrato que esté estrechamente vinculado con el agravio de que se trate.

Sin embargo, puede ser difícil -y a veces imposible- determinar con exactitud el lugar donde ocurrió el perjuicio (*lex loci damni*). Desde luego, las víctimas pueden estar familiarizadas con la ley del país de su residencia o con la ley del lugar del hecho causante del perjuicio (ver más abajo el régimen específico en materia ambiental), que con la ley del lugar del perjuicio, es decir, la ley del lugar donde los efectos de la violación tuvieron lugar. Por último, la cuestión de la determinación de las consecuencias directas e indirectas del daño a las que se refiere el artículo 4(1) del Reglamento, puede plantear algunas dificultades de interpretación, debido a que el daño directo pudiera ocurrir igualmente en varios Estados a la vez.[163]

---

162 «Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» todos los Estados miembros excepto Dinamarca» (art. 1(4)).

163 Oxford Pro Bono Público, *op.cit.*, pp. 120 sig.

Régimen específico: daños ambientales

En lo que concierne a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que se deriven de un **daño ambiental o de las consecuencias posteriores** sufridas por las personas o causados a la propiedad, ésta será la ley designada en el artículo 4(1) del Reglamento, es decir **la ley del lugar donde ocurrió el daño**, a menos que el demandante no haya optado por **la ley del país en donde el hecho que generó el daño se produjo**. Esta situación específica está definida en el artículo 7 del Reglamento. Sin embargo, debe comprobarse sistemáticamente que no existe un marco legal específico aplicable a los daños de que se trate, como por ejemplo el Convenio Internacional del 3 de mayo de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

Régimen específico: daños causados por un producto

Cuando el daño es causado por un producto, (artículo 5 del Reglamento), en principio, la legislación aplicable es aquella donde la persona perjudicada tiene su residencia habitual, o la ley del lugar donde se compró el producto, o la ley del lugar donde se produjo el daño si el producto fue comercializado en ese país;

Trafigura Beheer BV y Trafigura Limited en Costa de Marfil[164]

Estos casos tienen como punto de partida la noche del 19 al 20 agosto de 2006, cuando el buque *Probo Koala* derramó 500 toneladas de desechos tóxicos en varios vertederos públicos en Abiyán (Costa de Marfil). El buque fue fletado por *Trafigura Ltd*., filial británica de la empresa holandesa *Trafigura. Puma Energy*, la filial de Trafigura en Costa de Marfil habría concluido un acuerdo con la empresa Tommy, nacional de Costa de Marfil, creada un mes antes de la llegada del buque Probo Koala a Abiyán, que se constituyó con el único fin de hacerse cargo de los residuos tóxicos, a grado tal que ha sido señalada por algunos como una empresa fantasma. Los términos de este acuerdo establecieron que el objetivo de la empresa Tommy sería el desecho de los residuos. El puerto de Ámsterdam, donde el buque Probo Koala había atracado antes, se había negado a permitirle el atraco debido a que Trafigura no había accedido a pagar un impuesto suplementario ante la alta toxicidad de los productos. Los gases de los desechos tóxicos envenenaron a más de 100,000 personas que buscaron atención médica, generando una crisis sanitaria de gran escala en Costa de Marfil. La mayoría de los pacientes presentaron cuadros de náuseas, dolores de cabeza, llagas en la piel y sangrado nasal. Según fuentes oficiales de Costa de Marfil, 16 personas murieron como resultado del contacto o la inhalación de los gases provenientes de los productos tóxicos.

164 El resumen de este caso es esencialmente un extracto obtenido del sito de la organización *Business & Human Rights* (Negocios y Derechos Humanos), perfil de caso: «Trafigura lawsuits» (en Costa de Marfil), www.business-humanrights.org.

Según el Centro de Lucha contra la Contaminación de Costa de Marfil (CIAPOL por sus siglas en inglés), los residuos contenían al menos tres sustancias: sulfuro de hidrógeno, H2S y mercaptanos. Los residuos de la refinación de H2S contienen grandes cantidades de azufre y son potencialmente peligrosos. Las pruebas que se realizaron sobre una muestra de los residuos vertidos en Abiyán por un laboratorio en Rotterdam no encontraron ninguna toxicidad. Sin embargo, persisten dudas sobre la autenticidad de estos resultados, ya que las muestras no fueron selladas ni marcadas.

El 12 de febrero de 2007, el gobierno de Costa de Marfil firmó un acuerdo con Trafigura. La empresa acordó pagar la suma de $198 millones de dólares estadounidenses para crear un fondo de compensación para las víctimas, construir una planta de tratamiento de residuos y contribuir en la atención de las víctimas. No obstante ello, Trafigura ha insistido en que esta suma no fue otorgada a causa de daños y perjuicios, ya que no reconoce su responsabilidad en el desastre. A cambio, el gobierno marfileño se comprometió a no demandar a la empresa. Tras este acuerdo, los representantes de Trafigura y de Puma Energy, previamente detenidos y encarcelados, quienes se encontraban en el país para constatar los incidentes, fueron puestos en libertad.[165]

En noviembre de 2006, la Corte Superior de Justicia de Londres aceptó conocer el caso presentado por un grupo de cerca de 30,000 víctimas, representados por el despacho de abogados Leigh Day & Co, contra el fletador Trafigura.

Para los demandantes, la alta toxicidad de los productos permitía calificar a los residuos como peligrosos, de acuerdo al Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación. La Unión Europea prohibió todas las exportaciones de desechos peligrosos de los países miembros hacia los países en desarrollo. Trafigura habría desembarcado estos desechos no tratados en Costa de Marfil, a sabiendas de la falta de instalaciones para el tratamiento de esos residuos en el sitio.

Trafigura negó la toxicidad de los productos. En su opinión, los residuos provenían de la operación normal de un buque, y negó toda responsabilidad. Señaló que habría confiado la operación bajo litigio a la empresa Tommy, y que no tenía razón alguna para dudar de la capacidad de la empresa marfileña. Según sus conclusiones, sólo 69 personas sufrieron realmente de trastornos físicos. La empresa trató de contactar a las víctimas para modificar sus declaraciones, por lo que la Corte ordenó el 23 de marzo de 2009 a Trafigura cesar cualquier contacto con éstas.

---

165 FIDH, Comunicado de Prensa *Affaire des déchets toxiques: une transaction au détriment de la justice et de la réparation pour les victimes*, (Caso de desechos tóxicos: una transacción determinó la justicia y la reparación para las víctimas) 16 de febrero de 2007, www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a2077.pdf. La FIDH y sus organizaciones miembros en Costa de Marfil, la LIDHO y la MIDH denunciaron que esta «transacción es en detrimento de la justicia […] no puede ser considerada en ningún caso como una reparación justa por los daños sufridos por las víctimas, que implicaría necesariamente el establecimiento de las diferentes responsabilidades y una evaluación real de los daños causados, así como de eventuales consecuencias futuras para el hombre y el medio ambiente y la reparación para las víctimas». (traducción libre)

En septiembre de 2009, las partes en el proceso civil llevado a cabo en el Reino Unido alcanzaron un acuerdo mediante el cual, Trafigura acordó pagar a cada uno de los 30,000 demandantes la suma de $1,500 dólares estadounidenses. A cambio, las víctimas reconocieron que no existía ningún nexo entre la exposición a los productos químicos de los derrames y las diversas enfermedades agudas y crónicas registradas. Una cláusula definitiva renunciando a todos las demandas contra Trafigura fue introducida en el acuerdo. La compensación ofrecida a las víctimas significa para Trafigura su *«compromiso social y económico con la región.»* De ninguna manera equivale a una admisión de culpabilidad. Trafigura insistió en un comunicado de prensa que el *«Probo Koala, en el peor de los casos, estuvo al origen de síntomas leves y transitorios, similares a los de la gripe o la ansiedad.»*[166]

En diciembre de 2009, la BBC de Londres fue condenada a pagar la suma de £28,000 libras esterlinas por daños y perjuicios a Trafigura, después de que ésta última hubiere interpuesto un recurso por difamación en contra de este medio de comunicación, que acusó a Trafigura de causar problemas de salud como consecuencia del vertido de residuos tóxicos en Abiyán. La BBC se retractó de sus denuncias y tuvo que pedir disculpas al aire.

Los problemas recurrentes en materia de indemnización

A finales de octubre de 2009, los tribunales de Costa de Marfil congelaron las cuentas bancarias a las que se transfirió el dinero de la indemnización, a petición de Claude Gohourou, quien alegaba representar los intereses de las víctimas. Éste último dirige el colectivo de asociaciones locales, la Coordinación Nacional de las Víctimas de los Residuos Tóxicos (CNVDT por sus siglas en francés). El 4 de noviembre de 2009, la Corte Superior de Londres comunicó su "profunda preocupación" ante el temor de que el dinero no sea redistribuido. El 22 de enero de 2010, la Corte de Apelación de Abiyán levantó el embargo del dinero destinado a la indemnización de las víctimas, y ordenó la transferencia de los fondos a la cuenta bancaria del colectivo dirigido por Claude Gohourou. El 14 de febrero de 2010, se firmó un acuerdo entre el despacho de abogados que representó a las víctimas (Leigh Day & Co) y Claude Gohourou. El control de los fondos los tendrá Leigh Day para garantizar que toda víctima obtenga efectivamente su reparación. Claude Gohourou insistió en que los términos del acuerdo permanecieran confidenciales. Las sumas debieron comenzar a transferirse a las víctimas a partir de mediados de marzo de 2010; sin embargo, la entrega de la remuneración es laboriosa debido a las complicaciones que surgen continuamente durante los procedimientos.

Procedimientos penales

Este caso continúa siendo objeto de un procedimiento penal. En junio de 2007, el Grupo Acción Legal de la FIDH en Francia presentó una denuncia penal en contra de dos ejecutivos del grupo Trafigura; esta denuncia fue desechada. En Costa de Marfil, Trafigura y su filial local Puma Energy no han sido procesados, beneficiándose de un sobreseimiento tras el período

166 FIDH, LIDHO y MIDH. Comunicado de prensa *Laccord intervenu à Londres entre Trafigura et près de 31 000 victimes ivéaseiennes ne doit pas occulter la responsabilité de Trafigura!* (El acuerdo celebrado en Londres entre Trafigura y alrededor de 31,000 víctimas de Costa de Marfil no debe ocultar la responsabilidad de Trafigura), 25 de septiembre de 2009, www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a7025.pdf.

de instrucción. Sin embargo, la denuncia presentada en Costa de Marfil ha dado lugar a un juicio penal en septiembre y octubre de 2008 contra los representantes involucrados en el desastre de la empresa Tommy.[167] En la actualidad, Trafigura es procesado ante los tribunales penales de los Países Bajos. Estos procedimientos se discuten en la parte sobre la responsabilidad penal de las empresas en esta Guía.

b) Excepciones

El Reglamento «Roma II» contiene algunas excepciones:

La renuncia decidida por las partes

Las partes pueden elegir la ley aplicable:
– por medio de un acuerdo *posterior* a los hechos generadores de los perjuicios, o
– si todas ejercen una actividad comercial, por un acuerdo negociado libremente antes de los hechos generadores de los daños.

La excepción del orden público nacional e internacional

La aplicación de una disposición legal de un país designado por el Reglamento podrá ser excluida si su aplicación es **manifiestamente incompatible con el orden público del foro** (artículo 26 del Reglamento). Dependiendo de las circunstancias del caso y la ley respectiva, esta excepción puede servir a los demandantes o demandados en la acción.[168] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también podría ser llamado a pronunciarse sobre la interpretación de esta disposición.[169]

Debido a las numerosas excepciones y derogaciones, es difícil predecir cuál ley será aplicable en el proceso. En la práctica, parece que la ley del lugar donde ocurrió el perjuicio se aplicará, a menos que sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado en donde se encuentre la corte competente para pronunciarse sobre el asunto (Artículo 26 del Reglamento Roma II).[170]

c) Ámbito de la ley aplicable

El artículo 15 del Reglamento (Roma II) dispone que la ley aplicable a una obligación extracontractual en virtud del Reglamento se rige principalmente por:

---

167 FIDH, LIDHO, MIDH, LDH, Greenpeace y Sherpa, Comunicado de prensa : *La Cour dassises dAbiyán rend son verdict, en labsence des principaux responsables* (La Corte de Apelaciones de Abiyán rindió su veredicto en ausencia de los principales responsables), 28 de octubre 2008, www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a5961.pdf.

168 Oxford Pro Bono Publico, op.cit, p. 124: «Las normas que permitan el otorgamiento de compensación por daños punitivos que resulten excesivos en relación con las circunstancias del caso y la ley del foro, podrán considerarse manifiestamente en la violación del orden público del foro. (traducción libre)

169 Para mayor información sobre la excepción del orden público a nivel europeo, véase: Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., pp. 116 sig.

170 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., p. 124.

– Las condiciones y el alcance de la responsabilidad, incluyendo la determinación de las personas que puedan considerarse responsables;[171]
– Las causas de exoneración, limitación y reparto de la responsabilidad;
– La existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
– Dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal, las medidas que éste puede adoptar para garantizar la prevención, el cese del daño y asegurar su reparación;
– La transmisibilidad del derecho a la reparación, incluyendo por sucesión hereditaria;
– Las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
– La responsabilidad por actos de terceros;
– Las reglas de prescripción o extinción de la acción.

La aplicación de los reglamentos comunitarios: El ejemplo de Francia y el Reino Unido

El caso de Francia

De acuerdo al Código de Procedimiento civil francés, en demandas relativas a obligaciones extracontractuales, el actor puede presentar una demanda ante:
– La jurisdicción donde vive el demandado (el lugar donde se encuentra domiciliada la empresa)
– La jurisdicción del lugar que dio origen a los daños; o
– La jurisdicción del lugar donde se sufrió el daño.[172]

Cualquier víctima de nacionalidad extranjera que sufra violaciones a los derechos humanos cometidas por una empresa francesa en el extranjero, podrá dirigirse al juez francés, en la medida en que la empresa tenga su domicilio en Francia. Las víctimas tienen que sujetarse a las mismas bases de competencia que las contempladas en el Reglamento 44/2001. Además, ni la doctrina del *forum non conveniens*, ni la del *acto de Estado* o la de los *asuntos políticos*, que se encuentran contemplados en el sistema legal estadounidense, se aplican en Francia.

En el marco del Reglamento Roma II, la ley aplicable a los litigios transnacionales en materia penal (por los actos generadores de daños ocurridos a partir del 11 de enero de 2009) es la ley del lugar en donde ocurrió el daño directo. Las víctimas extranjeras que interpongan un recurso contra una empresa francesa, responsable por los daños causados en el extranjero, podrían no beneficiarse de la ley francesa. De hecho, los jueces franceses aplicarán la ley del lugar donde ocurrió el daño, es decir, la ley extranjera. Sin embargo, más a menudo cuando las víctimas interponen un recurso fuera de la jurisdicción de su país, en nuestro caso, lo hacen buscando el beneficio de una ley extranjera más comprensiva y protectora

171 Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, el artículo 17 del Reglamento señala que «habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad.» Esta disposición deberá ser clarificada por las jurisdicciones nacionales y por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase Oxford Pro Bono Publico, *op.cit.*, p. 122.

172 Código de Procedimiento civil francés, art. 46(1) y (3).

del derecho a la reparación. Ello no podrá ser garantizado por el tribunal francés, salvo si las excepciones al principio de la *lex loci damni* señalan a la ley francesa como aplicable.

El máximo tribunal francés de justicia, la Corte de Casación, consideró que la ley extranjera que no se ajuste a los «principios de justicia universal considerados de valor internacional absoluto por la opinión pública francesa»[173] debe ser desestimada. Este criterio, sin embargo, continúa siendo aún vago y queda por verse si los tribunales franceses en el futuro optarán por aplicar la legislación francesa, cuando la norma extranjera en principio aplicable, no ofrezca las garantías esenciales del derecho a la reparación.

El caso del Reino Unido

El Reglamento 44/2001 es aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea desde el 2007. Sin embargo, el sistema legal británico tiene algunas peculiaridades en torno a la determinación de su competencia, en casos donde una parte tenga su domicilio fuera de la Unión Europea. El juez británico puede aplicar la doctrina del *forum non conveniens*, a pesar de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia (véase la sección II.B de este capítulo), cuando el litigio implique a un nacional de un Estado externo a la Unión Europea. En este caso, el juez británico considera que el Reglamento no se aplica, salvo que el litigio presente un nexo con un Estado miembro de la Unión Europea. Las doctrinas del *acto de Estado* y de la *cuestión política* pueden igualmente ser aplicadas por el juez.

Dado que el Reglamento Roma II tiene aplicación directa, incluido en el Reino Unido, éste se aplica a todos los hechos generadores de daños causados a partir del 11 de enero de 2009. Sin embargo, el Parlamento británico aprobó una ley el 18 de noviembre de 2008, en vigor desde el 11 de enero de 2009, para homologar la ley británica de conformidad con la legislación comunitaria y armonizar en algunos casos las normas sobre conflicto de leyes entre Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar. En cuanto a los hechos generadores de daños que ocurran después del 11 de enero de 2009, los jueves deben hacer referencia a las disposiciones del Reglamento «Roma II». Observaciones similares al caso de Francia pueden hacerse sobre la aplicación de este Reglamento en el Reino Unido. En el marco de los **hechos generadores de daños que se produzcan antes del 11 de enero de 2009**, la jurisprudencia[174] señala que las cortes inglesas podrán rechazar la ley extranjera (ley del lugar donde ocurrió el daño) en favor de la ley británica, cuando exista un vínculo suficientemente estrecho entre la empresa establecida en el Reino Unido y los agravios.

---

173 Véase el caso: Cass. fr., ch. Civs., *Lautour*, del 25 de mayo de 1948.

174 *Ngcobo Vs. Thor, op.cit; Sithole Vs. Thor, op.cit; Connelly Vs. RTZ co. Plc,* [1998] AC 854, [1999] CLC 533. Sobre este tema ver igualmente: K. SONTAG, La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales (La justiciabilidad de los derechos humanos contra las empresas transnacionales) en *Droits économiques et droits de l'homme*. Bajo la dirección de L. Boy, JB Racine, F. Siirainen, Larcier, Bélgica, 2009, p. 604.

CAPÍTULO III

La responsabilidad de las empresas matrices por los actos cometidos en el marco de sus operaciones transnacionales: «el levantamiento del velo corporativo»

* * *

Algunas clarificaciones

Un problema común encontrado cuando se trata de establecer la responsabilidad de las empresas multinacionales en un país distinto de aquel en el que operan, es la forma en que estas entidades organizan la internacionalización de sus actividades. Desde un punto de vista legal, la internacionalización puede realizarse de tres maneras:

(1) la empresa puede estar **directamente presente en el país anfitrión,** con el establecimiento de una sucursal o una sede en este país.

En este caso, no se produce el problema específico de la impunidad. Las acciones u omisiones de las empresas multinacionales, que se presentan sobre el territorio del Estado de origen (normalmente en su domicilio social o el centro principal de actividades) o en el territorio del Estado anfitrión donde se realizan sus actividades, son consideradas como las suyas propias. La aplicación de la legislación del Estado de origen a tales actos no es problemática.

(2) La empresa puede **crear una entidad jurídica propia, regida por la legislación del país anfitrión, pero que esté bajo su control,** por ejemplo, siendo su accionista mayoritario o mediante la designación de los directivos de su filial. Una **relación de la sociedad matriz con su filial** puede tomar muchas formas y puede conducir a un control más o menos estricto ejercido por la empresa matriz.

(3) La empresa puede desarrollar **relaciones contractuales con los socios locales.**[175]

La responsabilidad de la sociedad matriz de la empresa multinacional por violaciones cometidas por una filial extranjera u otra entidad activa en su cadena de suministro, es sin duda una de las cuestiones jurídicas más complejas planteadas en un procedimiento por responsabilidad civil en contra de una empresa

175 O. De Schutter, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations* (La jurisdicción extraterritorial como un instrumento para mejorar la rendición cuentas de las Empresas Transnacionales sobre los derechos humanos), Dec 2006., pp. 35-37.

multinacional.[176] Dos escenarios son posibles: la participación directa o indirecta de la empresa matriz en el acto causante del daño.

1. La participación directa de la empresa matriz en el acto que originó el daño

La sociedad matriz de la empresa multinacional puede **causar daños o participar directamente**:
– Por acción (participa en la decisión que dio lugar a los daños), o
– Por omisión (cuando conociendo la decisión, no actúa a pesar de su capacidad para prevenir el daño).

En estos casos, la responsabilidad de la empresa matriz recae en los conceptos clásicos de la responsabilidad jurídica directa[177], o incluso de la responsabilidad solidaria en caso de que haya actuado conjuntamente con otra empresa, filial, subcontratista o proveedor. Legalmente, este caso no plantea ningún problema. Sin embargo, a nivel fáctico es difícil probar que una empresa matriz causó el agravio o que haya participado directamente en los hechos en cuestión.

La misma situación ocurre cuando la entidad responsable es una sucursal, una oficina o una agencia, ya que éstas no cuentan con personalidad jurídica propia. Por tanto, la empresa de la cual dependan legalmente será responsable por las violaciones que éstas cometan, a pesar de que las transacciones de la empresa matriz sean conducidas en el extranjero. **Con la excepción de los bancos, en la práctica es raro que las empresas lleven a cabo actividades directas en el extranjero**. Generalmente, las multinacionales operan en el extranjero a través de empresas con personalidades jurídicas separadas.

2. La participación indirecta de la empresa matriz en el acto que originó el daño: «el levantamiento del velo corporativo»

Al contrario, cuando el nexo entre la empresa matriz y el hecho causante del daño sea sólo indirecto, **el principio de la personalidad jurídica de las personas jurídicas inherente al derecho mercantil dificulta la identificación de la responsabilidad de la empresa matriz** por los actos de una filial o de otra entidad en su cadena de suministro.

Estas entidades, aunque ligadas a la empresa multinacional por una relación de sociedad (filial) o contractual (entidades de su cadena de suministro), se benefician

---

176 La cuestión se plantea igualmente en el contexto de un proceso penal.

177 Sobre la responsabilidad directa de la empresa matriz de la empresa multinacional, véase: P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Empresas multinacionales y la ley), Blackwell Publishers, 1995, pp. 323 sig.; S. Joseph, *Corporations y Transnational Human Rights Litigation* (Litigio sobre derechos humanos y corporaciones trasnacionales), Hart Publishing, 2004, pp. 134-138.

de una **personalidad jurídica propia**, por lo que son legalmente responsables de sus actos. **La sociedad matriz de la empresa multinacional,** con personalidad jurídica distinta, **no puede, salvo excepciones, verse implicada en las violaciones** cometidas por entidades jurídicas distintas.

Estas excepciones son raras, confusas y variables conforme al derecho nacional correspondiente, y permiten lo que conocemos como **«el levantamiento del velo corporativo»**. De manera esquemática, **el «levantamiento del velo» depende de la naturaleza del nexo existente entre el perpetrador directo del perjuicio y la sociedad matriz de la empresa multinacional**. En el marco de una relación existente entre la sociedad matriz de una empresa multinacional y su filial, **el «levantamiento del velo corporativo» dependerá particularmente del grado de control *de jure* o *de facto* que la primera ejerza sobre la última**.

Al crear entidades separadas jurídicamente, la empresa matriz organiza sus relaciones con diferentes entidades del grupo de manera que evada su responsabilidad jurídica. La empresa matriz está legalmente separada del centro de toma de decisiones y de sus operadores locales. Esto es conocido como la doctrina de la responsabilidad limitada.[178] Sin embargo, las empresas multinacionales frecuentemente ignoran la personalidad jurídica de las otras empresas y delegan actividades con pleno conocimiento de ello, o al menos sin ignorar las condiciones bajo las cuales se están llevando a cabo estas actividades. La ficción legal que constituye la personalidad jurídica distinta permite a las empresas **realizar actos a través de otras empresas y en un tercer Estado, que no podrían realizar en el seno de la Unión Europea o en los Estados Unidos** y de esta manera maximizar sus ganancias y evitar su responsabilidad. Para determinar la responsabilidad de una empresa por hechos que generen daños, es importante considerar **no sólo la organización económica del grupo de sociedades, sino también las relaciones económicas y profesionales, así como la naturaleza de los actos incriminados**. Identificar a la empresa matriz es un elemento crucial cuando los bienes de la empresa filial son insuficientes para reparar los daños a las víctimas. El papel del juez es, en este aspecto, fundamental.

Así, con las dificultades ligadas a la aplicación de la teoría del *forum non conveniens* y las disparidades de recursos financieros entre los demandantes y las empresas demandadas, **el tema del levantamiento del velo corporativo, constituye un obstáculo suplementario** a las acciones intentadas por las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

---

178 R. Meeran, *op.cit.*, 2000, p. 252.

Los tribunales estadounidenses

En el marco de los procedimientos presentados bajo el ATCA, los tribunales estadounidenses sólo han explorado vagamente la cuestión de la responsabilidad de las empresas matriz por los actos llevados a cabo por una filial u otra entidad ligada a ésta contractualmente. El análisis de esta cuestión está basado en la legislación general de los Estados Unidos sobre el «levantamiento del velo corporativo», y de manera accesoria en la jurisprudencia existente en torno al ATCA, a pesar de que ningún caso ha triunfado ni ha sido resuelto sobre el fondo.[179]

La jurisprudencia existente es difícil de sistematizar y está basada en dos teorías: la teoría del levantamiento del velo corporativo (*piercing the corporate veil*) y la teoría de la doctrina de la agencia (*agency*) analizada en el Capítulo III.B.2. Ninguna de las dos teorías ofrece una respuesta satisfactoria al problema planteado.

1. La teoría del levantamiento del velo corporativo

En la jurisprudencia estadounidense[180], la teoría del levantamiento del velo corporativo deriva en la doctrina de la instrumentalidad *(instrumentality doctrine)* cuando la empresa matriz domina completamente a la otra entidad[181] o en la doctrina del alter ego (*alter-ego doctrine*) cuando la propiedad e interés de ambas entidades se sobreponen.[182] En la práctica estas teorías son fácilmente intercambiables.[183]

La doctrina del alter ego tiene por objeto **evaluar la separación jurídica de dos entidades legales**. Esta sólo se aplica en casos excepcionales ya que las condiciones para su aplicación son inciertas y difíciles de presentarse. Para establecer que una empresa matriz y su filial son *alter egos*, y que no son realmente entidades legales separadas, **los demandantes deben demostrar que**:

---

179 Los razonamientos jurídicos sobre esta cuestión varían en función del contexto en el que se presentan: la competencia personal (Véase *Supra – competencia personal*) o el fondo del caso (S. Joseph, *op.cit.*, p. 87; P.I., Blumberg, *op.cit.*, p. 500.).

180 Esta descripción se basa en P.I. Blumberg, *op.cit.*, pp. 304 y sig. Véase igualmente: S. Joseph, *op.cit.*, pp. 129 y sig.; P. Muchlinski, *op.cit.*, pp. 325-327.

181 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 297, nota 17. La *instrumentality doctrine* requiere un control excesivo (es decir, un dominio completo, no sólo en el plano financiero, sino igualmente en las prácticas políticas y los negocios respecto de la transacción en cuestión, de tal manera que al momento de dicha transacción, la empresa concerniente no cuente más con su propia personalidad, voluntad o existencia), una conducta injusta o inapropiada y una relación de causalidad entre el comportamiento imputado y el perjuicio causado al demandante por el cual presenta la acción.

182 *Idem*: La teoría del *alter ego* es aplicable cuando la unidad de la propiedad y de los intereses entre las dos empresas es tal que ya no tienen personalidad jurídica propia y que la filial es relegada a estado de alter ego de la empresa matriz. Por otra parte, su reconocimiento como entidades separadas puede indicar un fraude o conduce a un resultado injusto.

183 *Ibídem*.

– La empresa filial no cuenta con personalidad jurídica propia:
– La filial es usada con el fin de realizar acciones fraudulentas, injustas o imparciales a beneficio de la empresa matriz o del accionista mayoritario; y
– Un nexo causal entre la conducta y el daño sufrido por los demandantes.

El estudio de la jurisprudencia revela algunas tendencias:[184]
– Los tribunales estadounidenses se inclinan más en levantar el velo corporativo en relación con accionistas individuales, que a las empresas accionistas, y
– Los tribunales estadounidenses usan frecuentemente la teoría del levantamiento del velo corporativo en acciones que involucran la responsabilidad contractual, más que en procedimientos relativos a una acción de responsabilidad civil por agravios (*tort*).

La evaluación de estas condiciones depende en gran medida de los hechos. Basar una demanda en cualquier generalización de los criterios utilizados para «levantar el velo corporativo», incluyendo la determinación de un control excesivo, traerá como consecuencia resultados inciertos. Actualmente, que la empresa matriz controle todas las actividades diarias de sus filiales parece ser la única manera de levantar el velo corporativo.[185]

a) La ausencia de personalidad jurídica propia de la filial

Esta condición se actualiza **cuando la empresa matriz (o la accionista mayoritaria) ejerce un control excesivo sobre la dirección, organización y toma de decisiones de la filial**, lo que elimina toda la independencia de los administradores y directivos de esta última.

La jurisprudencia señala que la falta de personalidad jurídica de la filial puede ser demostrada al exponer, por ejemplo, el incumplimiento de las formalidades legales (tales como la falta de formalidades relativas a la asamblea general o al consejo de administración, la ausencia de una contabilidad separada, entre otros.), la ausencia de locales, de activos, de los propios empleados de la filial o de otro tipo de relaciones comerciales con entidades jurídicas distintas a la empresa matriz, o la falta de una adecuada capitalización de la filial.

La jurisprudencia no ofrece una clara indicación del nivel de control requerido a efecto de ignorar la personalidad jurídica de una filial e imputar sus acciones a la empresa matriz de la cual depende. La única certeza es que **este control debe**

184 S. Joseph, *op.cit.*, p. 130; R.B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study* (El levantamiento del velo corporativo: un estudio empírico), *Cornell L. Revs.*, 1991, vol. 76, p. 1036; R.B. Thompson, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors* (El levantamiento del velo corporativo dentro de los grupos corporativos: accionistas como meros inversionistas), *Conn.J.Intl L.*, 1998-1999, vol. 13, pp. 379 y sig.

185 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 498. Véase igualmente: S. Joseph, *op.cit.*, p. 84.

ser excesivo e ir más allá de lo generalmente considerado como una práctica aceptable. La cuestión dependerá de los hechos y el resultado está sujeto a la consideración del juez y su discrecionalidad.[186]

b) Utilización de la filial por la empresa matriz para realizar actos fraudulentos o ilícitos

En cuanto a la segunda condición, también es difícil de determinar sobre la base de la jurisprudencia, qué deben ser consideradas como actividades fraudulentas, injustas o inequitativas para el beneficio de la empresa matriz o del accionista mayoritario. La apreciación del juez será nuevamente basada en los hechos del caso.

Existe sin embargo una certeza, la sola comisión del perjuicio es insuficiente, y no la simple negligencia o imprudencia puede constituir un acto fraudulento. Deberá probarse que el autor tenía la intención de cometer un perjuicio o fraude.

c) Relación causal entre los hechos y el perjuicio

En lo que refiere a la tercera condición, la prueba de la relación causal entre el acto y el perjuicio pocas veces se demuestra en la práctica.

* * *

Las condiciones son tales que cualquier empresa que cuente con asesoría profesional puede fácilmente alegar que es sólo inversionista y evitar así «el levantamiento del velo corporativo».[187] Esta teoría sigue siendo totalmente insatisfactoria. Sin embargo y a pesar de las limitaciones a su aplicación, esta teoría ha demostrado ser útil en cierto casos para establecer la responsabilidad de la sociedad matriz de la empresa multinacional.

Así, en los casos *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum/Shell y Doe Vs. Unocal*, la teoría del levantamiento del velo corporativo ha tenido eco, de manera incidental, en diversas jurisdicciones donde los demandantes buscaron demostrar la responsabilidad de la empresa matriz por los actos de sus filiales.

---

186 VS. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé* (La personalidad jurídica en el Derecho Privado comparado), Bruylant, Bruselas, 1995, p. 474.

187 R.B. Thompson, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors* (El levantamiento del velo corporativo dentro de los grupos corporativos: accionistas como meros inversionistas), *op.cit*., p. 391.

Doe *Vs.* Unocal et al. (Doe I)

Esta demanda fue presentada contra Total y Unocal ante los tribunales del Estado de California (Estados Unidos). En el 2001, el juez aplicó la doctrina del *alter ego*.[188]

Con respecto a Total, el juez determinó que no tenía competencia, al no haberse demostrado la existencia de una relación de *agencia* o *alter ego*. Cabe destacar que el examen para demostrar estas relaciones, de «agencia» o «alter ego», fue útil en esta etapa y en esas circunstancias, solamente para establecer la presencia de suficientes vínculos entre la empresa matriz y el foro, lo que permitió a los tribunales de Estados Unidos reconocer su competencia en el caso (el razonamiento de la Corte usado en el examen de la relación de *agencia* son desarrollados a continuación). El juez **se negó a considerar a las filiales californianas de la empresa Total como su *alter ego***, sobre la base de que la participación directa y activa de la empresa matiz en la toma de decisiones de sus filiales, aunque importante, era insuficiente para establecer una unidad de intereses y de la propiedad entre ellos. Total habría cumplido con los trámites necesarios para mantener la separación legal de ambas.[189] La corte no examinó las otras condiciones.

Por el contrario, la Corte de Apelaciones del Estado de California estableció en su resolución del 18 de septiembre de 2002, que los hechos a su alcance eran suficientes para sostener a *Unocal* como responsable por los actos de sus filiales en Birmania, las cuales se habrían convertido en cómplices de los militares birmanos por el uso de trabajo forzado. Las dos empresas involucradas, Unocal Pipeline Corp. y Unocal Offshore Co., fueron consideradas *alter egos* de Unocal y, en consecuencia, sus acciones le eran imputables. Para ello, la Corte se basó en la subcapitalización de estas dos filiales y la participación directa de Unocal en su dirección.[190]

2. La teoría de la *agencia*

La teoría clásica de la agencia (*agency*) requiere la existencia de un acuerdo general entre el agente principal y la agencia, a través del cual la agencia actúa en el nombre y representación del primero.[191]

Una filial, es la agencia de su empresa matriz si se demuestra que las funciones que ésta realiza, en tanto que representante de la empresa matriz, son importantes al grado de **que en su ausencia, las prestaciones similares deberían ser cubiertas**

188 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001, p. 926.

189 *Ibid.* p. 927.

190 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2002, págs. 14222-14223, nota 30: El tema se discute en una nota de pie de página de la resolución, después de haber establecido que los elementos del caso demostraron que las condiciones de responsabilidad se cumplieron bajo los estándares del ATCA, (*actus reus y mens rea*) por complicidad en el trabajo forzoso.

191 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 497, note 13. Véase igualmente: S. Joseph, *op.cit.*, p. 85.

por la empresa matriz. La presencia de la filial debe entonces sustituir la de la empresa matriz.[192]

➔ Para evaluar la existencia de una relación de *agencia* y la existencia de una presencia continua del agente en el foro, los tribunales del Estado de Nueva York han tradicionalmente considerado diversos criterios. Los **elementos fácticos** son aquellos tales como: la posesión de una oficina, una cuenta bancaria u otros bienes o una línea telefónica y el mantenimiento de las relaciones públicas o la presencia continua de individuos en el Estado de Nueva York.[193]

La existencia de una relación de *agencia* se establece a condición de que:
(1) La empresa matriz (principal) haya manifestado su voluntad de que la filial (agencia) actúe en su nombre y representación;
(2) La filial (agencia) haya aceptado esta obligación; y
(3) Las partes aceptan que el control de las operaciones recaiga en la empresa matriz (principal).

El derecho común (c*ommon law*) requiere que se compruebe no sólo un **«control» importante de la empresa matriz sobre la filial,** sino también la existencia de una transacción consensual entre las dos entidades o el **consentimiento mutuo**. Si la primera condición es generalmente satisfecha en el contexto de una relación en un grupo de empresas, debe demostrarse igualmente en los hechos. A pesar de que la empresa matriz conscientemente utiliza diferentes filiales para evadir su responsabilidad, la segunda condición rara vez se actualiza, ya que requiere que las partes expresamente acuerden que la filial (agente) actuará en nombre de la empresa matriz (principal).[194]

En los casos de *Unocal* y *Wiwa*, los jueces apreciaron de forma autónoma, la aplicación de esta teoría.[195]

➔ **Bowoto *Vs.* Chevron**

Esta resolución permitió entender la aplicabilidad de la teoría de la *agencia* y de la *ratificación* (la teoría alternativa de la responsabilidad que tiene la empresa principal por los actos cometidos por el agente fuera de sus funciones, si la principal ha expresado su acuerdo) en un recurso fundado en el ATCA para determinar la responsabilidad de una empresa matriz por las actividades de su filial.

En mayo de 1998, los miembros de la comunidad Ilaje participaron en una manifestación pacífica contra la filial nigeriana de Chevron, debido a las desastrosas consecuencias para

192 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001; *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2000, p. 95.
193 *Wiwa Vs. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, 2000.
194 Restatement of Agency (Third) párr. 1.01 (Borrador preliminar N° 2, 14 de marzo de 2001).
195 P.I. Blumberg, *op.cit.*, p. 499. Véase igualmente: S. Joseph, *op.cit.*, p. 85.

el medio ambiente y daños a los intereses económicos sufridos por las comunidades como resultado de la explotación de petróleo. La protesta fue organizada en una plataforma petrolera frente a las costas de Nigeria. En esta ocasión, varios abusos, como asesinatos, torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, fueron cometidos por las fuerzas de seguridad del gobierno de Nigeria.

Varias teorías de responsabilidad fueron invocadas por los demandantes, entre ellos la teoría de la agencia *(agency)*. Los demandantes alegaron que las fuerzas de seguridad del gobierno de Nigeria habían actuado como un agente de la filial nigeriana de Chevron, que a su vez actuó como un agente de la empresa matriz, Chevron Corporation, y de dos empresas de Chevron con domicilio en los Estados Unidos, Chevron, Investments, Inc., y Chevron U.S.A Inc..[196] Los demandantes alegaron que la empresa matriz de Chevron y sus filiales debían ser declaradas como responsables por haber aportado apoyo material y financiero, por haber controlado a las fuerzas de seguridad nigerianas y por haber participado directamente en los ataques.

La juez de los Estados Unidos declaró admisible la demanda sobre la base del ATCA, y aceptó la teoría de la agencia desarrollada por los demandantes. La juez estableció que una relación de *agencia* podía deducirse de la conducta de las partes: su existencia está en gran medida dada en función de las circunstancias específicas del caso.[197] La Corte reconoció que había pruebas suficientes para demostrar que Chevron y sus filiales ejercieron un «derecho de control» sobre las fuerzas de seguridad que habrían contratado.

Si bien es cierto para que la empresa principal pudiera ser declarada legalmente responsable, el perjuicio causado por el agente debe haber ocurrido dentro de los límites de las funciones que le fueron encomendadas a éste por la principal[198], la Corte precisó que el incumplimiento de los términos del contrato por un agente **no necesariamente exime a la empresa matriz** de su responsabilidad. Por lo tanto, el gobierno de Nigeria pudo haber actuado dentro del límite de las funciones que le fueron atribuidas, incluso si la conducta en cuestión no fue autorizada por Chevron, si:

– Un nexo puede ser razonablemente establecido entre su comportamiento y las tareas que Chevron habría confiado al gobierno, o
– Si Chevron podría esperar razonablemente que un comportamiento de este tipo ocurriera, teniendo en cuenta el pasado violento de las fuerzas de seguridad.

Además, si este comportamiento está fuera del alcance de las tareas atribuidas al agente, **el acuerdo de las partes se puede encontrar en una autorización previa o en la ratificación posterior**. Si la empresa matriz (principal) sabía o debería haber conocido los hechos y aceptó el comportamiento llevado a cabo por su filial (agente), se tendrá como responsable del hecho cometido por su agente. Se requieren **dos elementos: el conocimiento y la aceptación**. La aceptación de una conducta no autorizada previamente puede ser determinada por:

196 Bowoto *Vs*. Chevron Texaco, 2007 WL 2349336 (N.D. Cal. 2007), págs. 15-16.
197 *Bowoto 2004*, 312 F. Supp. 2do párr. 1239.
198 *Idem* párr. 1239-1240.

– La adopción del comportamiento de la filial (agente) por la empresa matriz (principal) como «acto oficial» de la empresa;
– La asistencia otorgada por la empresa matriz (principal) a la filial (agente) para ocultar la conducta fraudulenta (Chevron Corporation ha publicado informes falsos de los hechos en cuestión y ocultó los vínculos financieros que unen a la filial y los militares);
– El uso continuo de los servicios de la filial (agente) por la empresa matriz (principal) después de la comisión de la conducta en cuestión; o
– El hecho de que la empresa matriz (principal) no haya tomado las medidas adecuadas para investigar o detener este comportamiento.[199]

Una empresa matriz (principal) puede resultar responsable de las actividades de una filial (agente) que no estaba actuando en el ámbito de la práctica autorizada por la sociedad matriz al momento de los hechos en litigo.

En noviembre del 2008, después de examinar el fondo del caso, el jurado no reconoció la responsabilidad de Chevron y sus filiales. Un recurso de apelación fue presentado ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito y luego en Junio de 2011 ante la Corte suprema. A la fecha la decisión no ha sido emitida.

Incluso en ausencia de un acuerdo expreso, una relación de *agencia* puede entonces crearse si la principal, expresa o implícitamente, respalda o encubre *a posteriori* los actos de su filial.[200]

Doe I *Vs.* Unocal et al. (Doe I)

La jurisprudencia del Estado de California considera que a partir del momento en que el demandado no residente en el Estado tiene *contactos mínimos* con el foro o si opera de forma «sustancial, continua y sistemática» en este foro, se puede establecer su competencia personal, incluso si sus contactos en el foro no tienen relación alguna con el litigo.

Según los demandantes, las filiales estadounidenses de Total eran sus agentes y Total mantenía contactos con el foro (el Estado de California) a través de sus órganos subsidiarios presentes en los Estados Unidos. Para probar la existencia de una relación de *agencia*, los demandantes hicieron referencia a las actividades de las filiales en el informe anual de Total, a la posesión indirecta de acciones, y al ejercicio de control por parte de Total y de supervisión indirecta de las actividades de sus filiales o grupos financieros.[201] El juez se **negó a reconocer la calidad de agentes a las filiales** de Total (californianas o no, pero

199 *Bowoto Vs. Chevron Texaco, Instructions to Jury* (Instrucciones al jurado), Case 3:99-civ-0506-SI, Doc. 2252, 28 de noviembre de 2008, pp. 29-33, 37-39. Véase igualmente: Restatement (Third) of the law of Agency, sec 4.06 (Ratificación), comentario d.
200 S. Joseph, *op.cit.*, p. 132.
201 S. Joseph, *op.cit.*, p. 132.

manteniendo contacto con California), debido a que sus **actividades de representación en el foro eran inexistentes.**[202] En consecuencia, se declaró incompetente.

Wiwa *Vs.* Royal Dutch Petroleum/Shell

La determinación de la competencia personal del juez estadounidense

En el 2000, la Corte de Distrito del Estado de Nueva York, se declaró competente para pronunciarse sobre el caso presentado contra Royal Dutch Petroleum Company (Países Bajos) y Shell Transport and Trading Company (Reino Unido) con base en el hecho de que dos de sus agentes tenían sede en Nueva York. Éstos realizaban negocios en nombre de las empresas matrices. La práctica de estas actividades era continua y sistemática en el lugar del foro, lo que permitió cumplir el requisito de *hacer negocios*, que no necesariamente debe ser realizado por la empresa extranjera misma. La jurisprudencia del Estado de Nueva York reconoce su competencia personal si existe una relación de *agencia* entre la empresa extranjera y una entidad presente en el Estado de Nueva York.

En este caso, la Oficina de relaciones de inversión (*Investor Relations Office*) y el sr. James Grapsi, su administrador, tenían su sede en Nueva York, y dedicaban todo su tiempo al negocio de Shell. Esta última rembolsaba íntegralmente los gastos de la Oficina de relaciones de inversión, especialmente los salarios, locales, costos de electricidad y costos de correspondencia. En cuanto a Grapsi, éste esperaba la aprobación de los demandados para tomar decisiones importantes. Por lo tanto, fueron considerados como agentes de la Royal Dutch Petroleum Company y de Shell Transport and Trading Company en Nueva York.

La determinación de la responsabilidad de la empresa matriz

En su resolución del 28 de febrero de 2002, la Corte consideró que Royal Dutch Petroleum Company y Shell Transport and Trading Company (empresas matriz) controlaban a Shell Nigeria (filial) y que las actividades de esta última podían ser atribuidas a los primeros, en la medida en que las empresas matriz no sólo eran las **accionistas de dicha filial**, sino que también **participaban directamente en sus actividades**. La Corte concluyó que Shell Nigeria era, en aquello relacionado a las actividades señaladas, el agente de las empresas matriz.[203]

Presbyterian Church de Sudán *Vs.* Talisman Energy[204]

En 2001, la Iglesia Presbiteriana de Sudán (Presbyterian Church) y varios individuos sudaneses, presentaron una demanda ante una corte federal de los Estados Unidos contra la empresa canadiense Talisman Energy, fundada en el ATCA. Las víctimas acusaron a la

202 *Doe Vs. Unocal, op.cit.*, 2001.

203 *Wiwa Vs. Royal Dutch/Shell, op.cit.*, 2002, nota 14: Estas consideraciones fueron formuladas por el Tribunal en una nota a pie de página, relativa a los argumentos de los demandantes para establecer la responsabilidad de Royal Dutch/Shell por su complicidad con la filial de Nigeria con las autoridades, debido a un conocimiento suficiente de los actos en cuestión.

204 *Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc. y The Republic of Sudan, op.cit.*, p. 331.

empresa de complicidad con el gobierno de Sudán, quien ha cometido graves abusos contra los sudaneses no musulmanes (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). Los demandantes alegaron que estos actos fueron dirigidos contra los habitantes de la región donde está ubicado el sitio de petróleo, y que habrían facilitado la explotación de la concesión por la empresa Talisman Energy.
El juez sostuvo que las filiales estadounidenses de la empresa extranjera Talisman **debían considerarse como sus agentes**, debido a los numerosos vínculos entre ellas, incluyendo:
– La importancia de las actividades desarrolladas por Fortuna en Nueva York, filial 100% de su propiedad, en nombre de la empresa matriz;
– La identidad de sus directivos;
– La falta de independencia financiera de la filial; y
– Su ubicación en la misma dirección.

Por otra parte, el juez también basó su decisión en la presencia de la sociedad matriz en la Bolsa de Nueva York, lo que significa una base fáctica para el reconocimiento de la competencia personal, siempre y cuando los otros contactos con el foro sean establecidos.[205]

El 12 de septiembre de 2006, la Corte declaró la demanda inadmisible por falta de pruebas suficientes y el 2 de octubre de 2009, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó esta decisión. Para la Corte de Apelaciones, los demandantes no habían demostrado que Talisman Energy había actuado con el **objetivo de apoyar las violaciones al derecho internacional** cometidos por el gobierno sudanés. Las víctimas no demostraron que los pagos efectuados por Talisman iban dirigidos directamente al suministro de armas para el gobierno sudanés. Tanto en este caso como en otros, los elementos de prueba fueron considerados insuficientes y la prueba para demostrar el **elemento intencional** constituyó **un obstáculo para las víctimas.**

Sin embargo, esta jurisprudencia de la teoría de la agencia *(agency)*, al tomar en cuenta la presencia de la empresa en la Bolsa de valor de Nueva York, en el caso *Wiwa* y de la *Presbyterian Church,* **brinda esperanzas** en la medida en que muchas empresas multinacionales extranjeras cumplan con esta condición. Deberá, sin embargo, aún ser confirmada por otros hechos.

Los criterios necesarios para establecer la competencia personal dependen de los hechos del caso, la legislación y la jurisprudencia de la corte competente. Por tanto, **la incertidumbre sobre la competencia de la corte en relación con una empresa multinacional extranjera es grande**,[206] al punto de correr el riesgo de limitar la aplicabilidad del ATCA exclusivamente a las empresas nacionales.

---

205 *Idem*., p. 330.
206 S.M. Hall, *op.cit*., p. 408.

Las jurisdicciones de los Estados miembros de la Unión Europea.

En el marco de un procedimiento fundado en el Reglamento 44/2001, la responsabilidad de la empresa matriz por los hechos de sus filiales **será regulada estrictamente en función de cada derecho nacional aplicable**.

Se pueden distinguir dos mecanismos tradicionales: (1) el levantamiento del velo corporativo y (2) la responsabilidad directa de la empresa matriz por el incumplimiento de su deber de ejercer la diligencia debida (*due diligence*) en relación con su filial.

1. El levantamiento del velo corporativo

Los diferentes ejemplos citados son extraídos del derecho mercantil y del derecho de la competencia. Su análisis nos da una idea de los principios que podrían regir eventualmente la responsabilidad de una empresa matriz por las violaciones de derechos humanos cometidas por sus filiales.

Derecho mercantil

En los **Países Bajos**, las deudas contraídas por una filial pueden ser atribuidas a la empresa matriz si:

– La empresa matriz es el accionista mayoritario de la filial;
– La empresa matriz sabía o debía haber sabido que los derechos de los acreedores serían violados;
– La violación es el resultado de un acto de la empresa matriz o de una profunda implicación de ésta en los actos de su filial; y
– La empresa matriz no ha dado la debida consideración a los intereses de los acreedores.[207]

En otras palabras, para levantar el velo corporativo se requiere una implicación financiera profunda de la empresa matriz dentro de la filial, así como de un conocimiento por parte de ésta sobre la violación de los derechos humanos cometida por su filial.

La jurisprudencia belga rara vez ha aplicado la teoría del levantamiento del velo corporativo, y cuando lo ha hecho ha sido en áreas distintas al derecho internacional de los derechos humanos.

El Presidente del Tribunal de Comercio de Charleroi consideró que, teniendo en cuenta la realidad económica del grupo, la influencia de la empresa matriz sobre

[207] Sobre la situación en los Países Bajos, véase N. Jägers y M.-J. Van Der Hejden, *op.cit.*, pp. 840 y sig.

la gestión de su filial era suficiente para levantar el velo corporativo, e imputar a ésta los hechos denunciados.[208]

La mayoría de la doctrina belga encuentra el fundamento jurídico de la imputación de la carga a la empresa matriz por los actos de su filial, en casos cuando la primera desconoce los intereses de la segunda. Para ello, el juez interpreta que la voluntad de las partes se basa en el régimen de responsabilidad extracontractual o en el principio de *buena fe*. Esto ocurre en un litigio entre la filial y la sociedad matriz, en donde la primera espera que las acusaciones en su contra sean imputadas a la sociedad matriz, citando el hecho de que se desprendía claramente de la voluntad de las partes -una filial y la empresa matriz-, que fuera la empresa matriz la que dirija todas las acciones de la filial. Otro fundamento jurídico que se invoca es la teoría de la *apariencia*. Cuando el tercero es inducido a un error sobre la personalidad jurídica de la otra parte, es decir, cuando podría creer legítimamente que contrató con la sociedad matriz, cuando en realidad lo hizo con la filial, la responsabilidad por los daños que hubieren resultado se podrá atribuir a la empresa matriz. Estos mismos fundamentos jurídicos permiten declarar a una empresa como ficticia y «levantar el velo corporativo», si esa empresa no tiene autonomía de la sociedad matriz o si hay una confusión de los patrimonios.[209]

Derecho de competencia

La **jurisprudencia europea** designa inicialmente a la empresa matriz como el autor principal de las infracciones cometidas por una de sus filiales sobre el territorio comunitario cuando ésta última, «a pesar de tener una personalidad jurídica distinta, no decide de manera autónoma su comportamiento en el mercado, y en esencia implementa las instrucciones directas que le son dadas por la empresa matriz».[210] El Tribunal de Justicia ha declarado que «el hecho de que una filial tenga personalidad jurídica propia no excluye la posibilidad de que su comportamiento sea atribuido a la empresa matriz».[211]

---

208 Corte Comercial de Charleroi, del 5 febrero de 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 443. Véase igualmente: P. Van Ommeslaghe y X. Dieux, *Examen de jurisprudence* (Examen sobre la jurisprudencia) (1979 à 1990). *Les sociétés commerciales, R.C.J.B.*, 1992, pp. 629 y sig.

209 T. Tilquin y V. Simonart, *Traité des sociétés* (Tratado de las empresas), t. 1, 1996, Kluwer, Belgique, p. 575 y sig.

210 Véase CJCE, *Continental Can*, 21 de febrero de 1973, *Rec*. 1973, p.215. (traducción libre). Este caso se refiere a la compra por parte de la empresa, Europemballage, de las acciones emitidas por una empresa constituida en Holanda, mientras que el capital de Europemballage pertenecía en su totalidad a la empresa matriz American Continental Can. La Comisión Europea decidió que la empresa matriz estaba abusando de su poder y era el autor de la infracción, debido a que ésta «era la única accionista de Europemballage, al poseer el 85% del capital de SLW». La Comisión decidió que American Continental Can controlaba a dos empresas, y que por lo tanto había lugar para «atribuirle su comportamientos» (traducción libre).

211 *Idem*. En el mismo sentido véase: CJCE, *Affaire des fabricants de colorants* (caso sobre los fabricantes de colorantes), Comisión, 24 de julio de 1969, *J.O.C.E.*, n°L195, 7 de agosto de 1969, CJCE, 14 julio 1972, *Rec*., 1972, 619. El artículo 85 del Tratado de Rome se aplica a las sociedades matrices.

Algunos autores han señalado que para que esta decisión sea compatible con el derecho mercantil y no niegue la personalidad jurídica de la filial, los demandantes deben «establecer la participación directa de la empresa matriz en los actos y comportamientos que se les imputa y demostrar que la filial había actuado siguiendo instrucciones específicas y obligatorias de la sociedad matriz, privándola así de su libertad de acción.»[212]

En un caso posterior, el Tribunal consideró que es necesario tener en cuenta la entidad económica formada por la empresa matriz (en este caso la empresa estadounidense CSC) y su filial (la empresa italiana ICI), que se caracteriza por una «unidad de acción obvia» como parte de su relación con la empresa Zoja. La Comisión había decidido la coautoría de CSC y ICI en el delito de abuso de posición dominante contra esta última.[213]

Más recientemente, el 10 de septiembre de 2009, el Tribunal de Justicia decidió en el caso *Akzo Nobel*[214] que la **empresa matriz**, quien posee el 100% del capital de una filial, se **presume responsable** de las acciones de esta última **sin haber participado, ya sea directa o indirectamente**. En este caso se presumió que la sociedad matriz tenía «una influencia decisiva en el comportamiento de su filial». Por tanto, deberá ser ésta quien demuestre la independencia de su filial en la conducción de sus actividades. Esta decisión se aplica únicamente **en materia de prácticas monopólicas**; sin embargo, nada impide a las futuras decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evolucionar y extender esta solución a otros supuestos, en particular con respecto a violaciones de los derechos humanos.

Varias dificultades se presentan:
– La dificultad de predecir si estos precedentes, en materia mercantil y de competencia, pueden ser fácilmente exportadas a cuestiones como la violación extraterritorial de derechos humanos;
– Demostrar el levantamiento del velo corporativo, que en este caso está a cargo de los demandantes, lo que resulta ya difícil de demostrar; y
– La posibilidad de levantar el velo corporativo es una cuestión de hecho, y podría alentar a las empresas matriz a ya no tener control sobre sus filiales para evitar el levantamiento del velo: mientras menos una empresa se encuentre implicada en la política y en las operaciones de su filial, menor probabilidad tendrá de que la responsabilicen de los hechos de esta última.[215]

---

212 [Traducción libre.] B. Oppetit, *Groupes de société et droit du travail* (Grupos empresariales y el derecho al trabajo), *Revs. Soc.*, 1973, p. 69.

213 M. Delmas-Marty, *La responsabilité pénale des groupements* (La responsabilidad penal de agrupamientos), *Revs. Intern. dr. Pén.*, 1980, p. 52; CJCE, *Zoja*, Comisión, 14 de diciembre de 1972, JOCE., N°L 299, 31 de diciembre de 1972 ; CJCE, *Instituto Chimiotéripaco Italiano Spa*, 6 de marzo de 1974, Rec.1974, 223; CJCE, *Moët y Chyon*, 27 de noviembre de 1981, JOCE., N°L94, p.259.

214 CJUE, *Akzo Nobel*, 10 de septiembre de 2009, Casp N° C 97/08P.

215 N. Jägers y M.-J. Van Der Hejden, *op.cit.*, 2008, p. 842.

2. La responsabilidad directa –*diligencia debida*[216]

El concepto de la diligencia debida (*due diligence* - el deber de cuidado) es a la vez un mecanismo jurídico no vinculante (*soft law*) y una herramienta legal. Es el proceso mediante el cual las empresas se obligan a respetar no sólo las leyes nacionales, sino también se esfuerzan en evitar el riesgo de vulnerar los derechos humanos.

Un mecanismo jurídico no vinculante (soft law)

Los reiterados abusos a los derechos humanos cometidos por parte de las empresas multinacionales han llevado al anterior Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie a desarrollar el concepto de la *debida diligencia* (véase la sección I de la Guía sobre los mecanismos intergubernamentales dentro de la ONU). A falta de un marco formal sobre la responsabilidad jurídica de las empresas multinacionales a nivel internacional, el Representante alienta a las empresas multinacionales a adoptar las medidas necesarias para medir el impacto de sus actividades en materia de derechos humanos, prevenirlas y remediarlas. Las empresas son exhortadas a integrar este enfoque en sus políticas de gestión.

Un concepto jurídico

El concepto de la diligencia debida es un concepto legal estadounidense, o de manera más amplia del derecho anglosajón, que se utiliza en materia de responsabilidad civil. La legislación del Reino Unido ha desarrollado un concepto similar, «el deber de cuidado» (*duty of care*), cuyo origen es jurisprudencial. Ambos conceptos son similares y sancionan la negligencia de una persona física o moral por incumplimiento de su deber de cuidado. El concepto de diligencia debida es un requisito procedimental, mientras que el **deber de cuidado** es una obligación sustantiva, cuyo nivel de exigencia es mayor.

Por lo tanto, se trata de **tomar todas las precauciones necesarias y razonables para prevenir la aparición de un perjuicio.** De lo contrario, habrá un incumplimiento del deber de cuidado o diligencia. En nuestros casos, la imprudencia, la negligencia u la omisión de la sociedad matriz en relación con sus filiales constituyen una violación de las normas de responsabilidad civil. Para cumplir con estos estándares, la empresa multinacional debe evaluar los riesgos de la comisión de violaciones de

---

216 Otro principio que puede ser interesante desarrollar en el contexto de la responsabilidad de las empresas por un comportamiento contrario a las normas de derechos humanos y el medio ambiente es el principio de la prevención. Éste refiere a los riesgos probables que aún no se confirman científicamente, pero donde la posibilidad de su comisión puede ser identificada a partir de los conocimientos empíricos y científicos. Para las empresas, se trata de poner en práctica medidas de control del riesgo. Altamente recomendable en materia ambiental. Sin embargo, es poco claro cómo sería aplicado por actores públicos y privados, particularmente debido a que su interpretación varía en cada país.

derechos humanos, conocer a sus socios comerciales y el contexto en el que ésta opera en el extranjero, a fin de satisfacer su obligación de diligencia.

Sin embargo, bajo el derecho estadounidense, el concepto introduce una presunción en favor de la empresa. La carga de la prueba cambia a la parte contraria en un procedimiento. Por lo general, esta teoría sirve como una defensa para las empresas en búsqueda de evadir la condena. Esto puede ser un obstáculo para el éxito de una demanda basada en el ATCA.

Los dos ejemplos siguientes ilustran este deber legal de diligencia razonable impuesto a las empresas multinacionales en la conducción de sus actividades en el extranjero.

Lubbe *Vs.* Cape plc.[217]

Un grupo de trabajadores de Sudáfrica presentó una demanda contra la empresa matriz británica por no haber tomado medida alguna para reducir los riesgos asociados a la explotación minera, ya que controlaba a su filial desde el Reino Unido. Se trata de un caso de violación **al deber de cuidado** en virtud del cual el empleador está obligado a proporcionar un lugar de trabajo seguro y saludable para sus empleados.

La Corte de apelación se adhirió al argumento presentado por los demandantes, quienes aludieron que el hecho de que las operaciones en cuestión no eran ilegales bajo la ley de Sudáfrica, no significaba que la empresa demandada no había sido negligente. La empresa matriz debería haber tenido en cuenta los conocimientos científicos disponibles para reducir los riesgos. Por otra parte, aun cuando la fuente de los daños se encontraba establecida en Sudáfrica, y había razones fundadas para creer que el asunto podría haber sido oído por los tribunales locales, los jueces británicos consideraron que los directivos de la empresa matriz eran responsables de las decisiones que produjeron el deterioro de la salud de los trabajadores, debido a que las decisiones que produjeron las violaciones de las obligaciones tenían un nexo con el Reino Unido. La Corte consideró que las víctimas podrían presentar sus demandas contra *Cape plc.* ante la Corte Suprema británico (High Court).[218] El caso fue resuelto en el 2001 por medio de una indemnización ofrecida por la empresa a los trabajadores.

217 *Lubbe et al. Vs. Cape plc, op.cit.*, 1998; *Rachel Lubbe et al. Vs. Cape plc, op.cit.*, 2000.

218 N. Jägers, *Corporate Human Rights Obligations in Search of Accountability* (En la búsqueda de la rendición de cuentas de las obligaciones corporativas sobre derechos humanos), Intersentia, Antwerpen/ Oxford/ New York, 2002, p. 207; R. Meeran, *op.cit*. 2000 pp. 258-261.

El caso del oleoducto OCENSA

El caso fue presentado ante los tribunales británicos por un grupo de 70 agricultores colombianos en contra de la filial colombiana de BP especializada en la explotación de petróleo, BP Exploration Company (Colombia) Ltd. ("BPXC»). La construcción del gasoducto a finales de 1990 por BPXC habría dañado gravemente la tierra de los agricultores, particularmente con la contaminación del suelo y de los recursos hídricos, teniendo como consecuencia que las tierras se volvieren inadecuadas para el cultivo. El 8 de diciembre de 2009 se celebró una audiencia ante la Corte Real de Justicia. El juicio está pendiente. Para una mayor eficacia y rapidez, los casos más representativos serán seleccionados en el futuro próximo. Algunos demandantes habrían firmado un contrato con la filial, y por lo tanto actuaban en incumplimiento de dicho contrato; otros alegaron la negligencia por parte de la empresa en la realización de sus actividades, ya que no había tomado las medidas adecuadas para prevenir la ocurrencia de los daños.

Será interesante seguir la evolución de este caso sobre el concepto de negligencia. Sin embargo, otro grupo de 53 campesinos colombianos habrían intentado previamente una demanda contra BPXC por los daños ambientales causados como resultado de la construcción de este oleoducto. El caso se vio interrumpido por un acuerdo entre las partes en 2006, cuyos términos son confidenciales. BPXC no ha admitido su responsabilidad.

Algunos ejemplos adicionales

Los tribunales holandeses en acción: El caso Shell Nigeria[219]

Dos agricultores de Nigeria, llamados Oguru y Efanga, pobladores de Oruma en el Estado de Bayelsa, situado en el delta de Nigeria, presentaron una demanda colectiva con Milieudefensie («Amigos de la Tierra Holanda») contra Shell ante los tribunales holandeses. En esta alegaron que las tierras de cultivo próximas a Oruma y el agua potable fueron contaminadas por un derrame del oleoducto operado por Shell Nigeria. Adicionalmente se habrían causado otros daños, entre ellos: daños a los cultivos de peces, la destrucción de los bosques y daños a la salud de los habitantes de Oruma y sus alrededores.

Esta no es la primera fuga de petróleo de gran escala a la que la empresa Shell se ha enfrentado durante sus actividades en Nigeria. Entre 200 y 340 fugas al año han sido documentadas por Shell entre 1997 y 2008.[220] En el periodo de 1998 a 2007, Shell Nigeria es responsable del 38% de todos los derrames de petróleo causados por Shell en el mundo.[221]

---

219 Esta información contiene extractos obtenidos de Milieudefensie, *Documents on the Shell legal case* (Documentos básicos sobre casos legales), www.milieudefensie.nl/english/shell/documents-shell-courtcase.

220 Cfr. Milieudefensie, *Factsheet oil spills in the Niger Delta* (Resumen sobre derrames de petróleo en el Delta/Nigeria), www.milieudefensie.nl/english/shell/documents-shell-courtcase.

221 Royal Dutch Shell plc, *Financial and Operational Information 2003-2007: Delivery y Growth* (Información Financiera y Operacional 2003-2007: Crecimiento y Desarrollo), www.faoi.shell.com/2007/servicepages/welcome.php.

El 8 de mayo de 2008, las víctimas notificaron a Shell su intención de demandar su responsabilidad ante los tribunales holandeses. El 7 de noviembre de 2008, Shell fue objeto de una citación judicial para comparecer ante los tribunales en donde se detallaron los hechos en cuestión. Antes de que los jueces entraran al estudio del fondo del caso, Shell solicitó que se resolviera la sobre la competencia de los tribunales holandeses para conocer los hechos en cuestión. El 30 de diciembre de 2009, el juzgado civil de La Haya se declaró competente. El juicio fue programado para el 10 de febrero de 2010; sin embargo, fue diferido a solicitud de los demandantes, a fin de contar con más tiempo para prepararse. El procedimiento se reanudó el 24 de marzo de 2010. En esta ocasión, los demandantes solicitaron que Shell revelara información clave bajo el principio de divulgación.[222] Estos documentos proporcionan evidencia adicional para establecer la responsabilidad de Shell por las acciones de la filial nigeriana. También solicitaron la divulgación de documentos específicos relacionados con las fugas de petróleo. En Junio de 2010, Shell se nego a compartir esta información. El caso esta pendiente.

La relación entre Shell y Shell Nigeria

La multinacional holandesa Royal Dutch Shell plc. (Shell) funciona como una entidad única: las decisiones se toman en la sede y todas las filiales y socios deben cumplirlas. La política ambiental de Shell, evidenciada por una guía y la adopción de estándares de Salud, Seguridad y Política Medioambiental («Health, Safety & Environment Policy») y Estándares Globales en materia Ambiental (Global Environmental Standards), se desarrollan en la sede de la empresa, quien a la vez se asegura de su cumplimiento. Por lo tanto, todas las decisiones relativas a la política de la multinacional tienen la capacidad de influir en la conducta de las operaciones de Shell Nigeria.

En su calidad de única accionista, Shell ejerce una influencia directa y cierta autoridad sobre el nombramiento de los directores ejecutivos de Shell Nigeria. Era su responsabilidad nombrar a directivos preparados y capaces de reparar o al menos limitar los daños que pudieran resultar de la explotación petrolera. Por esta razón, Oguru, Efanga y Milieudefensie iniciaron acciones legales en contra de Royal Dutch Shell plc. y Shell Nigeria.

La competencia de la jurisdicción holandesa

Shell Nigeria se opuso a comparecer ante un tribunal holandés junto con Shell. Las dos entidades no están suficientemente conectadas para que el tribunal se reconozca competente respecto de la filial (Shell Nigeria). Oguru, Efanga y Milieudefensie citaron el caso *Freeport Vs. Arnoldsson*, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual sostuvo que la falta de oficinas o locales comerciales en un país no son un obstáculo para que esta empresa sea llevada ante los tribunales de dicho Estado. El artículo 6, punto 1 del Reglamento 44/2001 establece que en un caso con varios acusados, uno de los demandados podrá ser emplazado ante el tribunal del domicilio de alguno de los acusados, bajo la condi-

222 Milieudefensie, *Nigerian oil victims demand transparency from Shell via court* (Víctimas nigerianas de derrame petrolero demandan transparencia por parte de Shell ante tribunales), Comunicado de prensa del 24 de marzo de 2010.

ción de que «las demandas estén tan estrechamente vinculadas que sea oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para evitar que haya diferentes sentencias irreconciliables si los casos fueron juzgados por separado». De acuerdo con los jueces luxemburgueses, el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados tengan diferentes fundamentos jurídicos no se opone a la aplicación de esta disposición.
Otras dos demandas fueron presentadas el 6 de mayo de 2009 por dos nigerianos, M. Chief Barizaa Dooh y M. Friday Alfred Akpan, junto con Mileudefensie. Estos son los casos de Goi e Ikot Ada Udo. Shell será probablemente demandada or hechos similares ante las cortes holandesas.

Guerrero *Vs.* Monterrico Metals plc. y Rio Blanco Copper SA[223]

Monterrico, una empresa con domicilio en el Reino Unido, tiene varias filiales, una de ellas, Rio Blanco Copper SA, especializada en la explotación del cobre, situada en el norte de Piura, en Perú. A pesar de que aún está en desarrollo, el proyecto de Monterrico se convertirá en una de las 20 minas de cobre más grandes del mundo. Los demandantes, en su mayoría agricultores y granjeros en el Perú, asistieron a la manifestación que tuvo lugar desde finales de julio hasta principios de agosto de 2005 en contra del proyecto. Durante la manifestación, 28 manifestantes fueron llevados por la fuerza al sitio de la mina, donde fueron detenidos y torturados durante 3 días. Algunas mujeres habrían sido víctimas de abusos sexuales y un hombre murió a causa de las heridas sufridas. Las empresas demandadas no ponen en entredicho los excesos del uso de la fuerza policial durante la manifestación, ni la detención de algunos manifestantes.

Los demandantes argumentaron ante los tribunales ingleses que los agentes de Monterrico deberían haber intervenido para impedir tales abusos y/o serían responsables por los daños a la integridad personal. Los demandantes señalan:
– La participación directa de dos codirectores de Monterrico en los hechos litigiosos;
– El hecho de que Monterrico aceptó manejar los daños inherentes a su funcionamiento y administración de su filial; y
– El control efectivo de Monterrico sobre su filial peruana, al punto tal de que constituyen una sola entidad jurídica.

Monterrico confirmó su método de administración de riesgos y control directo sobre su filial en sus reportes anuales.

El 2 de junio de 2009, la corte inglesa pronunció una medida cautelar para congelar las cuentas bancarias de la empresa matriz. Como resultado, los demandantes solicitaron a la Suprema Corte de Justicia inglesa (*High Court of Justice*) que la medida fuera prolongada. El 16 de octubre de 2009, el juez reconoció la existencia de pruebas suficientes y en consecuencia declaró que los demandantes tenían un derecho de acción. La congelación de las cuentas bancarias de la empresa se adjudicó hasta £7.4 millones de libras esterlinas

223 Cfr. *Guerrero Vs. Monterrico Metals plc. y Rio Blanco Copper SA [2009] EWHC 2475 (QB).*

(equivalente a los daños e intereses que pudieron haberse causado). La juez señaló en su análisis la ausencia de controversia sobre la base del artículo 2 del Reglamento 44/2001 por parte de Monterrico en relación con la competencia de los tribunales británicos. La juez hizo referencia al caso *Owusu Vs. Jackson*, haciendo hincapié en que Monterrico tenía su domicilio en Inglaterra, en el momento en que la demanda fue presentada, y rechazó la

doctrina del *forum non conveniens*. El caso será juzgado en octubre del 2011 en Londres, durante diez semanas. Actualmente, las diferentes partes buscan llegar a un convenio confidencial que permitiría a las víctimas recibir indemnizaciones.

El desequilibrio económico entre las empresas multinacionales y las víctimas

Un elemento central debe ser considerado: el desequilibrio inherente a un litigio entre una empresa multinacional y un individuo, víctima de la conducta de la empresa, en términos de recursos, principalmente financieros. En el contexto de la responsabilidad de las multinacionales por conductas contrarias a los derechos humanos, un problema recurrente es la duración del procedimiento y el costo resultante. Un procedimiento a veces puede durar más de 15 años. Actualmente, existe un desequilibrio entre los medios empleados por una empresa para evitar cualquier decisión judicial adversa a su reputación, y aquellos utilizados por las víctimas, en tanto que individuos, para obtener una reparación. Esta desigualdad de armas, lamentablemente, puede afectar el resultado de un procedimiento judicial e inclinar la balanza a favor de la empresa. La sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 15 de febrero de 2005 en el caso *Steel y Morris Vs. Reino Unido* (Solicitud N º 68416/01) ilustra este fenómeno.

Steel y Morris *Vs.* Reino Unido[224]

Dos ciudadanos desempleados de nacionalidad británica, Helen Steel y David Morris, tenían vínculos con el grupo «London Greenpeace», pequeño grupo ajeno a Greenpeace Internacional, dedicado principalmente a las cuestiones ambientales y sociales. En 1986, el grupo London Greenpeace elaboró y distribuyó un folleto de seis páginas titulado «¿Qué hay de malo en McDonald´s?» en donde se alegaba que la empresa multinacional vendía alimentos nocivos para la salud, perjudicaba al medio ambiente, e imponía condiciones indignas de trabajo a sus empleados y que su publicidad era dirigida de manera abusiva a los niños.

London Greenpeace no era una persona jurídica. Por lo tanto, era imposible demandarla ante los tribunales. Después de haber investigado y haberse infiltrado en el grupo para encontrar a los responsables de esta campaña, la empresa McDonald's Corporation («McDonald's E.U.A») y McDonald's Restaurants Limited («McDonald's Reino Unido») demandaron a Helen Steel

224 CEDH, *Steel y Morris Vs. Reino Unido*, 15 de febrero de 2005, N° 68416/01.

y David Morris por difamación y exigieron una indemnización ante la Corte Superior de Justicia de Londres (High Court of Justice). A los demandados **se les negó asistencia judicial**, lo que afectó su defensa a lo largo del juicio y las apelaciones, beneficiándose únicamente de la asistencia legal brindada por abogados voluntarios. Los demandados alegaron estar **seriamente obstaculizados por la falta de recursos**, no sólo con respecto a la asesoría legal y representación jurídica, sino también ante las cuestiones administrativas para preparar la investigación, la preparación del juicio y para cubrir el costo de los peritos y testigos. Durante todo el proceso McDonald's Corporation estuvo representada por dos abogados (el abogado principal y el abogado junior) con experiencia en leyes de difamación, y por uno y a veces dos abogados auxiliares y otros asistentes. El juicio tuvo lugar ante un juez único del 28 de junio de 1994 al 13 de diciembre de 1996, en donde se utilizaron 313 días de audiencias (el juicio más largo en la historia legal de Inglaterra). En la apelación, el tribunal de apelación rechazó la mayoría de los argumentos de Helen Steel y David Morris, incluidos la falta general de respeto a la ley y la equidad. La indemnización concedida por el juez de la causa se redujo de £60,000 libras esterlinas a un total de £40,000 libras esterlinas. A Helen Steel y David Morris se les negó acudir a la Cámara de los Lores para apelar esta decisión. Por su parte, McDonald's no ha buscado la ejecución de la sentencia por los daños y perjuicios.

Helen Steel y David Morris presentaron una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra el Reino Unido por incumplimiento del artículo 6§1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un juicio justo). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la cuestión de si la concesión de asistencia jurídica es necesaria para garantizar un procedimiento justo debe decidirse sobre la base de los hechos y circunstancias de cada caso, y dependiendo de la gravedad del asunto para el promovente, la complejidad de la ley y procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante para defender con eficacia su causa. La Corte consideró que se había cometido una violación del artículo 6§1. Para ella, el hecho de «que los demandantes no recibieran asistencia jurídica les privó de la oportunidad de defender su causa con eficacia ante el tribunal y entrañó una **desigualdad inaceptable de armas con McDonald's**».[225]

225 *Idem*., párr. 72.

Una visión general del procedimiento estadounidense

* * *

Con la excepción del Reino Unido,[226] el procedimiento ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea difiere en gran medida de aquel llevado ante los tribunales de los Estados Unidos, ya que a nivel europeo, éstos quedan sujetos a la legislación nacional. En este contexto, es difícil presentar una visión general sobre los procedimientos europeos. Por lo tanto, este apéndice se centra en la descripción de los aspectos del procedimiento estadounidense. Sin embargo, una tendencia general puede ser señalada: la ausencia de procedimiento de descubrimiento (discovery) en los Estados miembros de la Unión Europea.

En primer lugar, vale la pena recordar que, en cuanto al **papel de la víctima en el procedimiento civil estadounidense**, este procedimiento es acusatorio. Esto significa que el papel de las partes es predominante en relación al del juez.[227] Son las partes las que dirigen el proceso, deciden la forma en que se desarrollará, y aportan la prueba de los hechos que alegan. La función del juez es sólo la de controlar el cumplimiento del procedimiento (*gatekeeper*) por las partes, mientras que la decisión final del juicio es tomada por el jurado.

En nuestro caso, en general las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales cuentan con menos recursos materiales y financieros que sus oponentes para investigar y aportar pruebas de los hechos y los daños que alegan. Para contrarrestar este tipo de desequilibrio, el artículo 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil establece que cualquiera de las partes podrá pedir al otro que le transmita cualquier información útil. Este es el **procedimiento de descubrimiento** (***discovery***). Este mecanismo de obtención de pruebas permite al demandante obtener, mediante una decisión judicial, frente al acusado u otras personas, los elementos necesarios para su acción. Por lo tanto, las víctimas pueden exigir a las empresas la entrega de algunos documentos, aunque estos los incriminen directamente.[228] Si no lo hacen, pueden ser severamente castigados por el juez, quien puede decretar el desacato a la Corte *(contempt of Court),* resultando en sanciones económicas onerosas.

---

226 Para una comparación con el procedimiento en vigor en el Reino Unido, véase: M. Byers, *op.cit*., 2000, p. 244.

227 Sobre el procedimiento estadounidense, véase igualmente: Earthrights International, *op.cit*., 2006, pp. 51 y sig.

228 A. Blumrosen Bernard-Hertz-Bejot, *Conférence de consensus sur l'expertise judiciaire civile, Groupe d'analyse des textes - Lexpertise judiciaire et civile en droit américain* (Conferencia del acuerdo sobre la experiencia judicial civil, Grupo de análisis de textos, la experiencia judicial y civil en el derecho estadounidense), 2007, p. 3.

La carga de la prueba en los Estados miembros de la Unión Europea

Con excepción del Reino Unido, a menudo quien debe demostrar la responsabilidad de la empresa multinacional en la realización de los hechos es la víctima, a pesar de que todos los documentos y otras pruebas materiales estén en manos de la empresa matriz, de sus filiales o sus subcontratistas en el extranjero. Situación similar ocurre con los posibles testigos. No hay un equivalente al procedimiento de descubrimiento. La desigualdad entre el demandante y el demandado será aún más flagrante, ya que en general el demandado cuenta con todos los medios financieros y logísticos. Un sistema de asistencia jurídica (parcialmente) gratuita, sin embargo, es generalmente aplicado en la mayoría de estos Estados miembros.

Si bien algunas normas de procedimiento estadounidenses constituyen obstáculos potenciales a un juicio sobre la base del ATCA, otros como el procedimiento de descubrimiento representan más bien **ventajas con respecto a las normas existentes en el ámbito Europeo**. ¿Cuáles son esas?

▶ VENTAJAS

– La posibilidad de interponer una demanda a nombre de un grupo de personas **(acción colectiva)** o la posibilidad de interponer una demanda protegiendo la identidad del demandante;
– La posibilidad de **modificar o completar la demanda** basándose en la información obtenida a través de un procedimiento de descubrimiento (*discovery*);
– La celebración del juicio, incluso en ausencia del demandado, siempre que se establezca la competencia personal de la corte *(default judgment);*
– **La independencia del procedimiento civil** en relación con posibles procedimientos penales - el dicho «el proceso penal detiene al civil» (*«le pénal tient le civil en l´état»*) no es aplicable[229] -;
– El cálculo de honorarios de los abogados es proporcional a la cantidad de la condena o acuerdos amistosos (los honorarios de contingencia- ***contingency fees***);
– La existencia de ***abogados de interés público gratuitos*** que trabajan con las Escuelas de Derecho o con despachos privados sin cobrar honorarios;
– Los altos montos en daños otorgados por los **jurados populares**;
– La ausencia de la práctica de que la parte «perdedora» asuma los costos de la otra parte (no hay pena por perder el litigio- ***no penalty for losing***);
– La posibilidad de obtener daños compensatorios e intereses punitivos, así como medidas cautelares de la Corte, pidiendo cambios en las prácticas (los daños punitivos tienen por objeto castigar al acusado por los hechos, y disuadir a otros de realizar tales actos); y
– La falta de una indemnización por actos **«frívolos y temerarios»**[230] (si una parte

229 Esta máxima implica dos reglas: la suspensión del juicio civil y del efecto de la cosa juzgada en el proceso penal.

230 B. Stephens y M. Ratner, o*p.cit*., 1996, pp. 45, 179 y sig., 208 y sig., 391 y sig.; B. Stephens, *op.cit*., 2002, p. 14 y sig.

utiliza la acción *vis-a-vis* la otra parte, y tal acción se declara frívola y vejatoria, dará lugar a una indemnización para la contraparte; puede ser una acción sin reflexión, por ligereza o descuido, o una acción sin fundamento jurídico).

▶ DESVENTAJAS/OBSTÁCULOS[231]

– La dificultad de establecer la competencia personal de los tribunales estadounidenses con respecto a una empresa por actos de sus filiales o establecimientos secundarios (y viceversa), sobre todo cuando estas empresas forman parte de las multinacionales más importantes;
– La doctrina del ***forum non conveniens***;
– Las doctrinas del ***acto de Estado*** y ***de los asuntos políticos***;
– Los obstáculos prácticos para **el reconocimiento y ejecución en el extranjero de las decisiones tomadas en los tribunales de Estados Unidos** (debido a la dificultad de los gobiernos extranjeros para aceptar la jurisdicción extraterritorial de los jueces estadounidenses, así como el carácter a veces percibido como excesivo de daños compensatorios y punitivos otorgados por los jueces de los Estados Unidos) y **la renuencia de los tribunales estadounidenses a reconocer y ejecutar sentencias extranjeras.** Estas barreras son aún más graves, ya que existen pocos acuerdos de ejecución de sentencias entre los Estados Unidos y otros países.[232] Estas restricciones exigen a los demandantes considerar las jurisdicciones extranjeras donde quiera hacerse cumplir la decisión de los tribunales estadounidenses, de manera que planteen su acción de la mejor manera posible para asegurar su ejecución en el Estado en cuestión.
– Los Estados Unidos no cuentan con una norma constitucional o legal que disponga el derecho a ser asistido por un abogado en casos civiles. No existe un sistema organizado de **asistencia jurídica**; la ayuda gratuita que existe es otorgada por algunos abogados y organizaciones no gubernamentales, pero no por el gobierno federal;
– Salvo en algunas ocasiones, no existe un principio que permita a un demandante tener éxito y obtener el **reembolso de sus propias costas**; y,
– Por último, los intérpretes certificados no pueden ser nombrados por la Corte, a menos que el gobierno sea demandante.

* * *

231 Oxford Pro Bono Publico, *op.cit*., pp. 304 y 310.
232 *Idem*, p. 325 y sig.

El Reglamento 44/2001 permite a un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea establecer su competencia frente a una multinacional por responsabilidad civil, sobre la base de las reglas de competencia que hemos discutido anteriormente.

Por lo demás, el Reglamento 44/2001 no determina la ley aplicable a la responsabilidad civil, ni las reglas de procedimiento. Para ello es necesario hacer referencia al Reglamento Roma II y/o la legislación nacional de la corte en cuestión. Particularmente aplicable a todas las acciones de responsabilidad civil, **el Reglamento 44/2001 no tiene en cuenta la materia específica que nos ocupa**. Sin embargo, es sin duda una oportunidad para actuar en territorio europeo que no debe pasarse por alto.

Queda claro que ***a priori***, **el ATCA tiene muchos beneficios que no pueden invocarse ante la legislación europea**. En concreto, atribuye competencia a los tribunales federales de los Estados Unidos para conocer de cualquier acción civil presentada por un extranjero, víctima de una violación del derecho internacional. La jurisprudencia ha interpretado ampliamente las diferentes condiciones para esta acción y, en particular, para afirmar la competencia de los tribunales estadounidenses en torno a las acciones de responsabilidad civil contra las empresas multinacionales por violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, en el contexto de sus actividades en el extranjero. También ha admitido la aplicación del derecho internacional como legislación aplicable a los litigios, y ha desarrollado un enfoque liberal para levantar el velo corporativo. Además, el procedimiento actual es particularmente favorable a la acción, al incluir la posibilidad de demandar a una empresa multinacional que no tenga su domicilio en el territorio, la existencia de una demanda colectiva, el procedimiento de descubrimiento o el sistema de honorarios por contingencia de los abogados.

En la práctica, **un procedimiento basado en el ATCA sigue presentando múltiples dificultades e incertidumbres que hacen que sea muy impredecible**; incluso, dicen algunos, la acción basada en el ATCA está comprometida desde el principio. Las condiciones de fondo para la acción civil, y en particular la relativa a la violación del derecho internacional, son difíciles de cumplir. Muchos obstáculos procesales limitan la competencia cuasi-universal concedida, requiriendo un vínculo territorial de la controversia, ya sea a través de la competencia personal o de la teoría del *forum non conveniens*, o buscando la ausencia de interferencia con la política exterior estadounidense. Todo esto hace que los procedimientos sean largos y costosos para las víctimas.

Además, pese a una evolución jurisprudencial globalmente favorable en torno a la afirmación de la existencia de un derecho de acción sobre el territorio estadounidense para las víctimas de una violación del derecho internacional, no es menos cierto que **aún existen muchas controversias doctrinales y jurisprudenciales sobre la aplicación y conveniencia de una legislación como el ATCA**. Por otra parte, la administración del ex-Presidente Bush, con el apoyo de algunos grupos de presión

de la industria, trató de limitar el alcance del ATCA, cuestionando sus fundamentos y/o intentando limitar su aplicación a aquella señalada originalmente por el espíritu del legislador. Sin embargo, el 25 de junio de 2009 el Presidente Obama designó a Harold Hongju Koh, como el nuevo Asesor Jurídico del Departamento de Estado, conocido por haber apoyado constantemente el uso extensivo del ATCA desde la década de los años 90 y, en particular cuando la administración Bush mostró su oposición. La posición estratégica ocupada por Harold Koh en la administración de Obama sugiere una evolución más favorable a la aplicación del ATCA.

A la fecha, **ninguna demanda basada en el ATCA ha seguido todo el procedimiento judicial.** El caso más emblemático, *Doe Vs. Unocal*, concluyó con una transacción financiera entre las partes sin que el fondo del asunto haya sido objeto de una revisión judicial. Muchas de las demandas y cuestiones están aún pendientes. A pesar de la ausencia de sentencias definitivas, algunos autores han hecho hincapié en el valor de las acciones prsentadas con fundamento en el ATCA, al destacar que el ATCA provee de un foro público donde las víctimas pueden denunciar públicamente las violaciones sufridas, que obliga a las empresas a responder por sus actos ante un tribunal independiente y dar a conocer algunos documentos pertinentes a través del procedimiento de divulgación (*disclosure*); y que el impacto en la reputación corporativa ante las cortes juega un papel preventivo.[233]

A pesar de estos obstáculos, sigue siendo relevante tomar al ATCA como modelo, en particular en cuanto al contenido y los principios que ha ido generando, además de destacar algunas lecciones de su práctica para construir **un modelo apropiado de responsabilidad civil que responda a los desafíos de la globalización**. En cuanto a la **legislación europea**, ésta ofrece **oportunidades reales de éxito** en los litigios efectuados con fundamento en las normas comunitarias sobre la competencia territorial y la ejecución de sentencias. En este sentido, la decisión de la jurisdicción holandesa sobre el caso Shell en Nigeria es significativa. Sus efectos se aclararán en cuanto las sentencias se ejecuten.

Por lo tanto, ante la inexistencia de un sistema jurídico realmente eficaz, es importante **mejorar la coordinación entre las ONG y los abogados**, profundizar la **defensa** y encontrar maneras de **aumentar los litigios** relacionados a violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales, a fin de lograr una evolución jurídica.

---

233 Véase: H. Ward, *Governing Multinationals : the role of foreign direct liability*, Briefing Paper, Energy and Environment Programme, New Series n°18 February 2001 ; D. Kirkowski, *Economic Sanctions Vs. Litigation under ATCA: U.S. Strategies to Effect Human Rights Norms; Perspectives from Burma*, Working Paper, 2003.

OTROS RECURSOS

– **Comisión Internacional de Juristas,** ***Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes- Corporate complicity & legal accountability*** **(Informe sobre el panel de expertos legales en complicidad corporativa en crímenes internacionales- complicidad corporativa y rendición de cuentas), vol. 3: recursos civiles, Ginebra, 2008.**

– **Oxford Pro Bono Público,** ***Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse – A Comparative Submission Prepared for Prof. John Ruggie*****, UN SG Special Representative on Business and Human Rights (Obstáculos a la Justicia y Reparación para las Víctimas de Abusos Corporativos de Derechos Humanos - Un estudio comparativo elaborado para el Prof. John Ruggie, Representante Especial del SG de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos), 3 de noviembre de 2008**
www.law.ox.ac.uk/opbp.

– **L. Boy, JB Racine, F. Siirainen,** ***Droits économiques et droits de l'homme*** **(Derechos económicos y derechos del hombre), Larcier, Bélgica, 2009.**

Guías:

– **Earthrights International,** ***Transnational Litigation Manual for Human Rights and Environmental Cases in United States Courts – A resource for Non-Lawyers*** **(Manual de Litigio Trasnacional para Derechos Humanos y Casos Ambientales en los Estados Unidos- una herramienta para los no-abogados), Revs. Sec. Ed., 2006.**

Sitios de Internet útiles:

– **Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos: Corporate Legal Accountability Portal**
www.business-humanrights.org/LegalPortal/Home (inglés)

– **Center for Constitutional Rights**
ccrjustice.org/ (inglés)

– **Earthrights International,**
www.earthrights.org (inglés)

↗ En la izquierda, Pablo Fajardo, abogado en la demanda colectiva contra Chevron/Texaco en Ecuador quien ganó, juntamente con Luis Yanza el Premio Goldman en 2008. Ambos son co-fundadores de la ONG Frente de Defensa de la Amazona (FDA).

© Natalie Ayala

PARTE II

LA RESPONSABILIDAD PENAL EXTRATERRITORIAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

La tendencia de ciertas empresas a participar en actividades delictivas graves es una situación comprobada. En diferentes momentos de la historia, éstas han sido utilizadas por dictadores, por los ejércitos rebeldes e incluso por grupos terroristas para cometer sus crímenes.[234] Con frecuencia los delitos denunciados incluyen la elaboración y explotación de productos químicos tóxicos utilizados en conflictos armados recientes (ej. en la ex-Yugoslavia),[235] así como los "pactos de connivencia" (prácticas de corrupción) entre las empresas extranjeras y las autoridades locales.[236]

En Sudáfrica, después de que comenzaron las audiencias de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) en 1997, sobre la participación de los actores económicos en la política del *apartheid*,[237] la CVR decidió inequívocamente que las empresas habían provisto de ayuda material sostenida a este crimen institucionalizado, y que habían desempeñado un papel central en el apoyo a una economía que había mantenido al Estado de Sudáfrica bajo el apartheid, además de que habían obtenido un beneficio sustancial del sistema de privilegios raciales. La CVR incluso afirmó que algunas empresas, especialmente en el sector minero, habían contribuido a la elaboración e implementación de las políticas de *apartheid*.[238]

---

234 Así, por ejemplo, las empresas Ford y Mercedes Benz, acusadas de complicidad durante la dictadura argentina de mediados de los años 70, fueron acusadas de haber entregado a sus trabajadores a los represores y de haber mantenido en sus fábricas destacamentos militares. Las empresas también fueron cómplices de los crímenes más graves cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. D. Vandermeersch, *La dimension internationale de la loi* (La dimensión internacional del Derecho), en *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* / Bajo la dirección de M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2005, p. 243.

235 D. Baigun, *Reponsabilidad penal de las transnacionales,* Ginebra, 4-5 de mayo 2001, CETIM/AAJ, pp. 3-4.

236 Véase por ejemplo Global Witness, *L'heure est à la transparence* (Es la hora de la transparencia), Informe del 24 de marzo de 2003.

237 La Comisión de la Verdad y la Reconciliación no tenía autoridad para condenar penalmente a los autores de violaciones a los derechos humanos; no obstante, podía conceder amnistías. Las audiencias sobre "negocios" examinaron el papel de los actores, económicos, del gobierno y de los sindicatos. Varios sectores de la economía fueron entrevistados. Para mayor información sobre este proceso, véase: B. Lyons, *Getting to accountability: business, apartheid and human rights* (Hacia la rendición de cuentas: negocios, apartheid y derechos humanos), N.Q.H.R., 1999, pp.135 y sig.

238 Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Final, Vol.4, Capítulo 2, párr. 161.

Diez años antes, la Asamblea General de Naciones Unidas había ya condenado el apartheid, calificándolo como un crimen de lesa humanidad cuando la discriminación racial sea sistemática y masiva. La *Convención de las Naciones Unidas sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* de 1973, por su parte, señala como criminales a "las organizaciones, las instituciones y los individuos que cometen el crimen de apartheid."[239]

La capacidad de las empresas para violar el derecho internacional humanitario no se encuentra en este momento acompañada por la consagración de su responsabilidad penal ante los tribunales internacionales. Como resultado de la Segunda Guerra Mundial,[240] existe el creciente reconocimiento del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones nacionales, así como numerosos convenios internacionales e instrumentos regionales que llaman a los Estados a legislar en esta dirección. El siglo XX se vio marcado por el aumento en el número y tamaño de las empresas, al punto de que la vida social y política se encuentra fuertemente influenciadas por el comportamiento de éstas. A su mayor participación en las relaciones sociales le corresponde proporcionalmente una mayor participación en actividades delictivas.

Mucha gente considera que la introducción de un régimen que reconozca la responsabilidad penal de las empresas, más allá de las personas que en ellas trabajan o las dirigen, hará que la persecución y el castigo sean más justos y eficaces.[241]

En efecto, la dificultad o imposibilidad de identificar a la (o las) persona(s) física, personal y penalmente responsable(s), a pesar de un análisis serio del organigrama de la empresa, de su estructura interna, de sus memorándums, de sus contratos de delegación de poderes y de sus mandatos por escrito, con frecuencia ha conducido a un callejón sin salida: la impunidad de la empresa, o bien la imposición de una sanción a los superiores jerárquicos, por la posición que ocupan, y sin que ninguna

---

239 Véase art. 1(2) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada el 30 de noviembre de 1973, en vigor desde el 18 de julio de 1976. La responsabilidad penal directa de las personas puede verse comprometida sobre esta base. Han existido varias propuestas de Protocolos, que nunca fueron adoptados, para crear un tribunal internacional con jurisdicción sobre las personas jurídicas, y especialmente sobre las empresas multinacionales. Véase A. Clapham, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons* (La cuestión sobre la jurisdicción bajo el derecho penal internacional sobre presonas morales), en *Liablility of Multinational Corporations under International Law,* Bajo la dirección de M. T. Kamminga y S. Zia-Zarifi, Kluwer Law Intrenational, La Haya/Londres/Boston, p.173.

240 G. Stessens, *Corporate criminal liability a comparative perspective* (Responsabilidad penal de las empresas, una comparación), I.C.L.Q. 1994, (493), 493; R. Roth, *La responsabilité pénale des personnes morales* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas), en *La responsabilité. Aspects nouveaux* (Travaux de l'association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française), Tomo L., L.G.D.J., 1999, pp. 683 y sig.

241 N. Rontchevsky, Rapport français (Informe francés) en *La responsabilité. Aspects nouveaux* (Travaux de l'association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française), Tomo L., 1999, L.G.D.J., p.741.

culpa personal les pueda ser atribuida.[242] De una manera puramente funcional, regularmente el juez encuentra al director de una empresa como penalmente responsable, aún cuando se haya aceptado unánimemente que las dimensiones importantes de la empresa multinacional -y más aún si se tratara de un grupo internacional de empresas- no permiten controlar el total de sus actividades.[243] Por lo tanto, parece necesario establecer **la responsabilidad penal de la empresa, sin eclipsar las diferentes responsabilidades penales individuales** en la medida en que éstas sean identificadas.

Por otra parte, en algunos aspectos, la responsabilidad penal de las empresas sería más "prometedora" que la responsabilidad civil, porque:

– Ofrece la ventaja de **librar teóricamente a la víctima** de la carga de la prueba.
– Tiene un **efecto disuasorio mayor** en contra la repetición de violaciones en el futuro, especialmente si la sanción impuesta a la empresa no sólo incluye multas, sino también la confiscación de ciertos bienes o el **cierre** de sucursales de la empresa involucradas en el delito; y
– Algunos plazos de prescripción, especialmente en los casos de violaciones graves del derecho internacional humanitario (crímenes imprescriptibles) son más amplios en materia penal.

Sin embargo, no debemos pasar por alto el hecho de que el nivel de la prueba requerido es (más) alto -y por tanto, más difícil de demostrar-, tanto en materia penal como civil, ya que en el primer caso, el sospechoso puede ser absuelto ante el beneficio de la duda. Por otra parte, la lentitud de algunos procedimientos penales a veces puede impedir la conclusión de los asuntos.

---

242 M. Delmas-Marty, *La responsabilité pénale des groupements* (La responsabilidad penal de las agrupaciones), Rev. Intern. dr. Pén., 1980, pp.39-41; A. De Nauw, *La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge* (La delincuencia de las sociedades anónimas y la asignación del delito a una persona física por el juez), Nota sobre el caso, R.C.J.B., 1992, p.570. A modo de ejemplo, en las socieda des anónimas, el poder es ejercido por un órgano colegiado y aún con la excepción de una delegación particular, ningún miembro dispone de un poder de decisión a título individual.

243 Esta tendencia se ilustra particularmente en Bélgica. Véase Roger-France, La délégation de pouvoir en droit pénal, ou comment prévenir le risque pénal dans l'entreprise? (La delegación de poder en el derecho penal, o ¿cómo prevenir el riesgo penal de las empresas?), J.T., 2000, p.258.

CAPÍTULO I

La persecución penal contra las empresas multinacionales ante los tribunales internacionales

A. Los Tribunales Penales Internacionales *Ad hoc*
B. La Corte Penal Internacional

* * *

Los tribunales penales internacionales son de dos tipos: los tribunales penales internacionales (TPI) *ad hoc* que son temporales, y la Corte Penal Internacional (CPI), de carácter permanente.

A. Los tribunales penales internacionales ad hoc

Los TPI son tribunales no permanentes creados por el Consejo de Seguridad con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a las acciones que pueden adoptarse en caso de *amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*.

Varios TPI han sido creados por el Consejo de Seguridad:
- El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en 1993;
- El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en 1994.

Más recientemente, las Naciones Unidas han creado, junto con los Estados interesados, tribunales penales mixtos o híbridos (cuya creación, composición y funcionamiento son manejados tanto por las Naciones Unidas, como por el Estado en cuestión):
- El Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL por sus siglas en inglés) en 2002;
- Las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (ECCC por sus siglas en inglés) en 2004;
- El Tribunal Especial para el Líbano (STL por sus siglas en inglés) en 2007.

Los primeros tribunales penales *ad hoc* se establecieron después de la Segunda Guerra Mundial para juzgar a los criminales internacionales, principalmente alemanes y japoneses:
- El Tribunal Militar Internacional de Núremberg, creado en 1945 por un acuerdo entre los Estados Unidos, el Reino Unido, la URSS y Francia.
- El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, establecido en 1946.

Los estatutos de los tribunales internacionales (actualmente en función) responsables del juzgamiento de violaciones graves al derecho internacional humanitario, no prevén ninguna posibilidad de persecución penal de las personas jurídicas públicas o privadas. Su competencia se limita a las personas físicas (agentes del Estado o particulares), coautores, cómplices o instigadores, y en representación de las personas jurídicas.[244] Sólo los dirigentes de las empresas (y no las empresas como personas jurídicas) pueden ser perseguidos por éstos.

Varios juicios posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial condujeron a la condena de industriales por delitos graves o por complicidad en la comisión de estos delitos:

- 1947-1948: Los *Estados Unidos de América Vs. Alfried Krupp, et al*. Este juicio condujo a la condena de varios miembros de la familia Krupp (industria de las armas) por crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad.
- 1947-1948: Los *Estados Unidos de América Vs. Carl Krauch, et al*. Este juicio culminó en la condena de varios industriales alemanes del grupo químico IG Farben, productor del gas Zyklon B, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Los actores económicos privados ante el TPIR

La Corte de Apelaciones del TPIR confirmó el 16 de noviembre de 2001 la pena de cadena perpetua dictada en primera instancia, el 27 de enero de 2000, contra el ex-director de la fábrica de té de Gisovu (prefectura de Kibuye, al oeste de Ruanda), Alfred Musema, por el crimen de genocidio y exterminio como crimen de lesa humanidad (Caso No. ICTR-96-13-I). Alfred Musema, el mayor empleador en la zona, fue declarado culpable de prestar vehículos, conductores y empleados de la fábrica para el transporte de los asesinos a los lugares de las masacres en Ruanda.[245]

En la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la petición presentada por la Fiscalía con el fin de obtener una solicitud formal de aplazamiento ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en virtud de los artículos 9 y 10 de las Reglas de Procedimiento y Prueba), dictada el 12 de marzo de 1996 (ICTR-96-5-D), se estableció que: "ya que las investigaciones

244 Véase los artículos 6 y 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Estatuto adoptado el 25 de mayo de 1993 por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad), los artículos 5 y 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Estatuto aprobado el 8 de noviembre de 1994 por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad). Véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, del 30 de noviembre de 1973 (en vigor desde el 18 de julio de 1976). Su artículo 1(2) establece que son "criminales las organizaciones, instituciones e individuos que cometen el crimen de apartheid". La responsabilidad penal directa de las personas puede comprometerse internacionalmente sobre esta base.

245 TPIR, *Musema Vs. Le Procureur,* Caso N° ICTR-96-13-A, 6 noviembre de 2001. Sobre las múltiples acusaciones en su contra, véase R. Boed, Current developments in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Desarrollos actuales en la juriprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), I.C.L.R., Volumen 2, Número 3, 2002, pp. 283-295(13). En primera instancia, véase TPIR, *Le Procureur Vs. Musema,* Caso N° ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000.

se han enfocado principalmente sobre las personas en posiciones de autoridad, el Fiscal considera que la responsabilidad penal de Alfred Musema podría ser decisiva. De hecho, Alfred Musema fue director de la fábrica de té de Gisovu (Prefectura de Kibuye). Él habría usado esta posición de director para ayudar y alentar la ejecución de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Más concretamente, se presume que fue visto varias veces en el sitio de la masacre [...]. Además, los vehículos de la fábrica habrían sido utilizados para llevar a los asesinos al lugar de las masacres. Sus empleados y conductores también habrían estado presentes de forma regular."[246]

En relación con la autoridad moral ejercida por una empresa sobre su entorno por su mera presencia, debe recordarse el análisis de Andre Guichaoua, sociólogo francés y profesor de la Universidad de Lille, presentado el 6 de mayo de 1999 en Arusha, en calidad de perito. El profesor Andre Guichaoua indicó que Alfred Musema tenía una clara influencia sobre la población: "En mi opinión, un director de una fábrica de té, con lo que representa la distribución de los recursos, tenía una influencia considerable sobre la población local y las autoridades de la comunidad". Es interesante relacionar este análisis con el de la resolución dictada por el TPIR en el caso *El Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu,* del 2 de octubre de 1998 (Caso No. ICTR-96-4) en donde se estableció que: un espectador complaciente que goza de alta estima entre los demás autores del crimen, tanta que su presencia llega a alentar la comisión de éstos, puede ser condenado por complicidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad.[247]
Este criterio no es aislado. En el caso *El Fiscal Vs. Obed Ruzindana,* el Fiscal sostuvo el 28 de octubre de 1998 ante el TPIR que Obed Ruzindana era un conocido y respetado hombre de negocios en la prefectura de Kibuye, y que tenía una posición social privilegiada como para disuadir a los autores de las masacres que se llevaron a cabo.[248]
El reconocimiento gradual de la esfera de influencia[249] o de la autoridad moral que poseen los industriales y sus empresas, y por lo tanto, el poder que pueden ejercer sobre el desarrollo de los acontecimientos por su mera presencia, es la base de la responsabilidad penal que se le puede imputar cuando, presentes en la escena del crimen, ellos omiten actuar para tratar de impedir su comisión.
El caso del *Fiscal Vs. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze,* comúnmente conocido como el caso de los "medios de odió", es relativo a la campaña mediática llevada a cabo por tres personas en Ruanda en 1994, con la intención de desensibilizar a la población hutu e incitarlos a matar a los tutsis.

---

246 Centro de Derecho Internacional ULB, *Tribunal pénal international pour le Rwanda – recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1995-1997* (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, las ordenanzas, decsiones y sentencias 1995-1997), Bruylant, Bruselas, 2000, p. 389. (traducción libre)

247 Véase igualmente el TPIY, Caso *Furundzija,* párr. 209: "La presencia, cuando se combina con la autoridad, puede constituir una ayuda en forma de apoyo moral, es decir, el actus reus del crimen. La persona que apoya debe ocupar una posición determinada para que podamos hablar de responsabilidad penal" (traducción libre)

248 En torno al juicio en este caso, véase TPIR, *Le Procureur Vs. Obed Ruzindana,* ICTR-96-10-T et ICTR-96-1-T, 1 junio 2001.

249 El término fue utilizado también en el caso Musema en la decisión de la apelación. Véase TPIR, *El Fiscal Vs. Musema,* 1ro de junio de 2001 (ICTR-96-10-T y ICTR-96-1-T).

Ferdinand Nahimana y Jean Bosco Barayagwiza eran miembros prominentes del comité de iniciativa detrás de la creación de la Radio Televisión Libre Mil Colinas (RTLM), una estación de radio que emitió de julio de 1993 a julio de 1994 mensajes agresivos que estigmatizaban a los tutsis, señalándolos como "los enemigos" y a los hutus moderados como "colaboradores" de éstos. Nahimana, un ex-profesor universitario y director de la Oficina de Información de Ruanda (ORINFOR) fue acusado de ser el ideólogo de la creación de RTLM, y era considerado el presidente de la empresa. Barayagwiza, antiguo Director de Asuntos Políticos del Ministerio de Asuntos Exteriores, fue considerado como el número dos de la RTML.
Hassan Ngeze fue el fundador, propietario y editor en jefe del Periódico *Kangura,* que se publicó de 1990 a 1991 y que fue ampliamente leído en Rwanda. Al igual que la programación de la RTLM, Kangura publicó mensajes de odio, estigmatizando a los tutsis como enemigos que trataban de derrocar el sistema democrático y tomar el poder.
El 28 de noviembre de 2007, la Sala de Apelaciones declaró a Nahimana y Ngeze culpables de incitación directa y pública a cometer genocidio, y a Barayagwiza por la comisión de genocidio, incitación al genocidio, exterminio y persecución, como crímenes de lesa humanidad.[250]
En todos los casos descritos anteriormente, los líderes de las empresas implicadas han sido considerados como autores o cómplices directos de los crímenes. Hay otros casos en los que la empresa es indirectamente cómplice del crimen, cuando se aprovecha de su comisión.

B. La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI), cuya sede se encuentra en La Haya, es la primera corte penal internacional de carácter permanente. La CPI fue creada por el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas.

¿Cuáles son los crímenes castigados?

Los crímenes de la competencia de la CPI se encuentran definidos en el artículo 5 y siguientes del Estatuto de Roma: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Además, se incluyen ciertos delitos contra la administración de justicia contenidos en los artículos 70 y 71 del Estatuto.

La jurisdicción de la CPI está limitada a cuatro tipos de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional, aquellos considerados como los más graves:
- El **crimen de genocidio**, definido en el artículo 6 del Estatuto;
- Los **crímenes de lesa humanidad**, definidos en el artículo 7 del Estatuto;
- Los **crímenes de guerra**, definidos en el artículo 8 del Estatuto; y

250 Sophia Kagan, *L'affaire des « médias de la haine » devant le tribunal pour le Rwanda: L'arrêt Nahimana et al*. (El asunto de los medios de comunicación de odio frente al tribunal penal para Ruanda: Sentencia Nahimana et al). The Hague Justice Portal, www.haguejusticeportal.net.

- El **crimen de agresión**. Conviene señalar que si bien los Estados que participaron en la Conferencia de Roma incluyeron este crimen. Su definición fue adoptada durante la Conferencia de Revisión del Estatuto celebrada en 2010.

El artículo 6 señala que el **crimen de genocidio** puede cometerse a través de cualquiera de los siguientes actos, cuando sean cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
- La matanza de miembros de un grupo;
- La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de un grupo;
- El sometimiento intencional de un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- Las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo; y
- El traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo.

Los **crímenes de lesa humanidad** consisten en actos dirigidos contra toda población civil, como parte de un **ataque generalizado o sistemático** y cuando el atacante tenga conocimiento de dicho ataque (Art. 7). Estos actos incluyen el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la tortura. La lista contenida en el artículo 7 no es exhaustiva.

La CPI también tiene competencia para juzgar a las personas sospechosas de haber cometido un **crimen de guerra**, en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes. (Art. 8) El Estatuto indica qué se debe entender por crimen de guerra en el artículo 8, en el cual enumera alrededor de 50 delitos, entre las que se encuentran: la violación, la deportación y la esclavitud sexual.

El **crimen de agresión** también es competencia de la Corte, aunque no podría ejercerla sino hasta que una definición fuera acordada por los Estados Parte. En junio de 2010, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, en Kampala, Uganda, se aprobó una resolución para modificar el Estatuto de Roma e introducir una definición de la agresión sobre la base de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. La definición acordada señala que "una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas."[251] Sin embargo, en la práctica, la Corte sólo podrá ejercer su competencia sobre este delito cuando la enmienda haya entrado en vigor (con la ratificación de 30 Estados Partes), y sólo después de una decisión

251 CPI. Anexo I Resolución RC/Res. 6. del 11 de junio de 2010,

adoptada por los Estados Partes después del 1 de enero de 2017. Esta limitación impuesta a la jurisdicción ha sido criticada por las ONG.[252]

NOTA

Los crímenes de competencia de la Corte no prescriben (Art. 29). Esto significa que no hay límite temporal después de la comisión de un delito para interponer acciones legales (sin embargo, el crimen debe haberse cometido después de 2002 y tras la fecha de ratificación del Estatuto de Roma por el Estado en cuestión. Vér *infra*).

¿Quién puede ser juzgado por la CPI?

- El Estatuto establece que la Corte tiene sólo competencia sobre las personas físicas. **Las personas jurídicas, como las empresas, están actualmente excluidas de la competencia de la CPI.** Esta elección se justifica por el hecho de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es universalmente reconocida.[253] Sin embargo, existe la posibilidad de perseguir individualmente a los directivos de una empresa.

- La CPI tiene competencia sobre los **autores**, **coautores**, **directores**, **instigadores** y **cómplices**. "Las diversas formas de responsabilidad reconocidas son la responsabilidad individual (autor), la responsabilidad conjunta (junto con otra persona), y la responsabilidad indirecta (a través de otra persona)"[254] (Art. 25,3,a).

Debido a que la comisión de crímenes internacionales suele implicar a varias personas, el artículo 25 del Estatuto establece que la CPI tiene competencia no sólo en relación con cualquier persona física que haya cometido un crimen previsto por el Estatuto, sino también respecto de todas aquellas personas que intencionalmente ordenaron la comisión de estos crímenes, incitaron a otros a que los cometieran o proporcionaron los medios para cometerlos.[255]

El Estatuto de Roma opta por una **definición amplia complicidad**. De hecho, un individuo será penalmente responsable si:
- Ordena, solicita o alienta a la comisión de un crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa (Art. 25,3,b); o

---

252 FIDH, Conclusion of Landmark ICC Review Conference: Difficult Compromise and Commitments to be Confirmed (Conclusión de la Histórica Conferencia de Revisión de la CPI: Difícil acuerdo y compromisos a ser confirmados), Comunicado de Prensa del 14 de junio de 2010,.

253 K. Ambos, *Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale* (Los fundamentos jurídicos de la Corte Penal Internacional), Rev. trim. D.H., 1999, p. 749.

254 K. Ambos, *op.cit.,* p.749.

255 Véase FIDH, Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG,Abril 2007, www.fidh.org/Los-Derechos-de-las-victimas-ante-la-Corte-Penal.

- Proporciona ayuda, colaboración, asistencia, o de otra manera contribuye a la comisión o a la tentativa de comisión del crimen (Art. 25.3.c).

El artículo 25.3.d) también establece que una persona que contribuye de algún otro modo a la comisión o a la tentativa de comisión del crimen, por un grupo de personas que tenga una finalidad común, será condenada. Este comportamiento debe ser intencional y dirigirse a facilitar la actividad delictiva del grupo, si la actividad delictiva o los fines delictivos implican la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, o se hace con pleno conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito.[256]

- Las personas perseguidas ante la CPI deben ser mayores de **18 años de edad** cuando los hechos son cometidos. (Art. 26).

Existen varias causas de exoneración penal (Art. 31). Una persona no puede ser considerada penalmente responsable si al momento de la comisión de la conducta, la persona:
- Padeciera una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para controlar su conducta; o
- Estaba actuando razonablemente en defensa propia; o
- Actuó como consecuencia de la necesidad o de una amenaza.

El carácter oficial del sospechoso no es causa de exoneración de responsabilidad penal, (Art. 27); las inmunidades de las que pueden beneficiarse algunas personas (como agentes de las empresas públicas) no son admisibles ante la CPI.

➔ ¿Qué pasa con la complicidad de las personas involucradas en la comisión de crímenes internacionales cometidos por o con la complicidad de una empresa?

Bajo el Art. 25,3,c del Estatuto de la CPI

> "3.[...] será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] c) 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".

En un comunicado de prensa del 26 de septiembre de 2003, el Fiscal de la Corte Penal Internacional llamó la atención sobre una serie de nexos entre los crímenes cometidos en Ituri (República Democrática del Congo, RDC) y algunas empresas en Europa, Asia y América del Norte, en la explotación ilegal de los recursos al Este de RDC para financiar los conflictos en esta región. El Fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, ha dicho que sus propias investigaciones sobre las violaciones de los derechos humanos en RDC se basan en los informes sucesivos del grupo de expertos de la ONU sobre la explotación ilegal de los recursos naturales y otras

256 M. Bassiouni, *op.cit.*, p.17.

riquezas en la República Democrática del Congo;[257] informes que tratan de identificar el papel de las empresas en la perpetuación de los conflictos armados. En su declaración, Moreno Ocampo precisó que "investigar los aspectos financieros de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad no es una idea nueva. Después de la Segunda Guerra Mundial, los industriales alemanes fueron procesados ante los tribunales militares de Núremberg por su colaboración con el régimen nazi. Uno de estos tribunales afirmó que era un principio establecido de derecho que una persona que contribuye a sabiendas de que un delito se cometía, con su influencia y/o apoyo financiero, al funcionamiento de una organización criminal, podría ser responsable de la comisión de estos crímenes".[258] Sin embargo, la investigación de la Oficina del Fiscal de la CPI en la RDC y los primeros casos que incluyen los crímenes cometidos en el Norte y el Este de este país, no muestran todavía ninguna consideración real sobre la complicidad de los actores económicos en los delitos perseguidos.

¿Quién puede accionar la competencia de la Corte Penal Internacional?

El Fiscal podrá iniciar investigaciones y casos de cuatro formas (Art. 13):
- Los Estados Parte del Estatuto puede remitir situaciones al Fiscal;
- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podrá solicitar a la Fiscalía abrir una investigación sobre una situación;
- El Fiscal podrá iniciar de oficio (facultad *motu proprio*) una investigación con base en la información recibida de fuentes fidedignas;
- Los Estados que no sean parte del Estatuto también pueden remitir una situación al Fiscal, aunque sólo a través de una declaración *ad hoc* acceptando la competencia de la Corte (ver más abajo).

Por "situación" se entiende "el contexto general de los hechos donde se sospecha que 'un crimen de la competencia de la Corte' se ha cometido".[259]

---

257 Informe sobre el Grupo de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas sobre la explotación ilegal de recursos naturales, S/2001/357, 12 de abril de 2001; S/2001/1072, 13 de noviembre de 2001; S/2002/1146, 16 de octubre de 2002; S/2003/1027, 23 de octubre de 2003.

258 Véase L. Moreno Ocampo, *Le Procureur sur la coopération de la Cour pénale internationale avec la RDC et d'autres Etats au sujet de la situation en Ituri* (El Fiscal sobre la cooperación de la Corte Penal Internacional con RDC y otros Estados sobre la situación en Ituri), *Documento de información,* La Haya, 26 de septiembre de 2003. (traducción libre)

259 M. Bassiouni, *Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional,* Rev. Internat. dr .pén., 2000 p.18. (traducción libre)

La remisión de una situación a la Corte por un Estado Parte (Art.14)

Un Estado Parte podrá solicitar al Fiscal que inicie una investigación en una situación particular. No todos los Estados pueden solicitar al Fiscal la apertura de una investigación, sino sólo aquellos que hayan ratificado el Estatuto de Roma. Los Estados que no son parte podrán, sin embargo, informar al Fiscal de la comisión de delitos de su competencia, a fin de que éste utilice sus facultades y actúe de *motu proprio*.[260] El Estado que remita una situación al Fiscal deberá reunir una serie de información que pueda servir como evidencia.

La remisión de una situación a la Corte por parte del Consejo de Seguridad (Art. 13b)

El Consejo de Seguridad debe actuar con la intención de prevenir una amenaza a la paz y la seguridad (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas). En esta hipótesis, la CPI tiene competencia incluso si los crímenes fueron cometidos en el territorio de un Estado no parte que no haya ratificado el Estatuto de Roma, o por un nacional de dicho Estado. El único requisito es que la situación constituya una "amenaza a la paz y la seguridad".[261]

Una vez recibidas cualesquiera de estas dos remisiones, el Fiscal decidirá iniciar una investigación si encuentra que existe una "base razonable" para proceder en el marco del Estatuto de Roma.

La apertura de una investigación por el Fiscal actuando por iniciativa propia (motu proprio) (Art.15)

El Fiscal de la CPI tiene la facultad de iniciar una investigación por su propia voluntad. La apertura efectiva de una investigación por iniciativa propia está condicionada a la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (compuesta por tres jueces). En el caso de que la Sala considere que la evidencia es insuficiente y por lo tanto niegue el permiso para la apertura de la investigación, el Fiscal podrá presentar posteriormente una nueva solicitud sobre la base de hechos o pruebas nuevas.[262] Sin embargo, si la Sala le autoriza la apertura de la investigación, el Fiscal lo notificará a todos los Estados Parte y a los Estados interesados. A partir de esta notificación, los Estados contarán con un plazo de un mes para informar al Fiscal sobre los procedimientos que se hubieren presentado a nivel nacional.

Para determinar si procede a abrir una investigación, el Fiscal podrá buscar información relevante de fuentes confiables, tales como los Estados y las organizaciones

---

260 D. Becharoui, *op.cit.,* p.353.
261 M. Bassiouni, *op.cit.,* p. 18.
262 K. Ambos, *op.cit.,* p.745.

intergubernamentales. En esta etapa del procedimiento, las víctimas, las organizaciones intergubernamentales y los organismos de la ONU podrán proporcionar información al Fiscal que le ayudará a determinar si procede o no, a iniciar una investigación.

> En noviembre de 2009, el Fiscal solicitó de los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para abrir una investigación sobre la situación en Kenia.
> El 31 de marzo de 2010, los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares II concedieron al Fiscal de la CPI la autorización para abrir una investigación sobre crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en Kenia en el marco de la violencia postelectoral de 2007-2008. Esta es la primera vez que el Fiscal de la CPI solicitó la apertura de una investigación basado en sus facultades de *motu proprio.* La investigación se esta desarrollando, seis personas son actualmente perseguidas por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.[263]

Las víctimas y las ONG pueden igualmente, con fundamento en este artículo o en el artículo 54,3,e, **enviar información a la Oficina del Fiscal a fin de facilitar la apertura de la investigación *motu proprio***, o contribuir con la investigación y el enjuiciamiento en curso. En este contexto, la FIDH ha enviado numerosas comunicaciones a la Fiscalía, en particular sobre la situación en la República Democrática del Congo, en República Centroafricana, en Colombia y en Honduras.

La remisión de una situación a la Corte por un Estado no parte (Art.12.3)

Los Estados no parte del Estatuto podrán remitir al Fiscal una situación sólo si realizan una declaración *ad hoc* de aceptación de la competencia de la Corte, tal como fue el caso de la situación de Costa de Marfil en 2003, donde el gobierno hizo una declaración aceptando la competencia de la Corte por los crímenes cometidos desde el 19 de septiembre de 2002.

❍ ¿Bajo qué condiciones?

El lugar de la comisión del crimen y la nacionalidad del acusado

El artículo 12.2 del Estatuto establece las hipótesis en que la Corte podrá ejercer su competencia. Ésta se dará cuando el Estado donde se cometió el delito o de donde el directivo de una empresa presuntamente responsable de un crimen del Estatuto es nacional, sea a su vez un Estado Parte. En otras palabras, que el delito se haya cometido en un Estado que ha ratificado el Estatuto de Roma o por uno de sus nacionales.

---

263 FIDH, fidh.org/Kenya-must-uphold-the-rule-of-law-by-continuing

Si el crimen fue cometido en el territorio de un Estado no Parte o por un nacional de un Estado no Parte, la Corte no será, en principio, competente para juzgar este crimen. Sin embargo, el Estado no Parte puede reconocer la competencia de la Corte de manera *ad hoc* (Art. 12.3). Por consiguiente, también podría ejercer su competencia cuando un Estado no parte del Estatuto de Roma haya otorgado su consentimiento a la Corte para tal efecto, si se trata de un Estado en el cual se cometió el crimen o de cuya nacionalidad sea el sospechoso.[264]

Una situación también puede ser remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

La competencia de la Corte sólo puede ejercerse si:
- El acusado es un nacional de un Estado Parte o de un Estado que de otro modo ha aceptado la competencia de la Corte;
- El crimen fue cometido en el territorio de un Estado Parte o de un Estado que de otro modo ha aceptado la competencia de la Corte;
- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha referido la situación al Fiscal, independientemente de la nacionalidad del sospechoso o del lugar donde se cometió el delito.

El principio de complementariedad (Art.17)

La CPI no pretende sustituir a los tribunales nacionales. La **obligación de perseguir** y castigar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra recae principalmente **en las jurisdicciones nacionales**, la Corte interviene sólo en caso de incumplimiento de éstos o del Estado. La CPI es complementaria a las jurisdicciones penales nacionales (lo que la distingue claramente de los tribunales penales internacionales *ad hoc*). Por lo tanto, puede procesar y juzgar a las personas sobre las cuales ningún tribunal nacional ha iniciado un procedimiento o si un órgano jurisdiccional nacional afirma su intención de hacerlo, pero sin realmente tener la **voluntad o la capacidad para conducir un proceso**. Habrá falta de voluntad cuando un Estado esté claramente tratando de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, ya sea a través de la realización de un simulacro de juicio para lograr la protección de la persona sospechosa de haber cometido estos crímenes, al retrasar el procedimiento o al llevar a cabo un procedimiento parcial.[265] Habrá incapacidad para juzgar un caso cuando el sistema judicial nacional haya colapsado, se haya desintegrado durante un conflicto interno, o se encuentre impedido para reunir las pruebas suficientes.

---

264 D. Becheraoui, *L'exercice de la compétence de la Cour pénale internationale* (El ejercicio de la jurisdicción de la competencia de la Corte Penal Internacional), Rev. internat., 2005, liv.3-4, p. 347.

265 K. Ambos, *op.cit.,* p.746.

La Corte ejerce su competencia como último recurso.[266] Este principio permite a las jurisdicciones nacionales ser las primeras en investigar e iniciar las acciones judiciales.

La fecha de los hechos

La CPI tiene competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, es decir, después del 1 de julio de 2002.

Para los Estados que ratifiquen el Estatuto después de esa fecha, la competencia de la CPI sólo se aplicará a los delitos cometidos después de su ratificación por parte de ese Estado. El artículo 124 del Estatuto también permite que un Estado, al convertirse en Estado parte del Estatuto, aplace la aplicación de la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra durante siete años. La supresión de este artículo estuvo en la agenda de la Conferencia de Revisión de junio de 2010; sin embargo, se mantuvo en el texto del Estatuto.

El papel de la víctima en el procedimiento[266]

A diferencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, un **papel importante fue acordado a las víctimas** ante la CPI. El Estatuto de Roma otorga un lugar autónomo para las víctimas en el procedimiento judicial. Esta revolución es parte de la transición de una justicia basada en la condena de los acusados (justicia retributiva) a una justicia que pone a la víctima en el centro de la demanda (justicia restaurativa). El lugar de las víctimas en los procedimientos judiciales ante la Corte Penal Internacional es otro ejemplo del esfuerzo realizado para que los autores de delitos graves paguen por sus acciones.

La noción de víctima

El artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba define en términos generales el concepto de "víctima". Esta definición de víctima es amplia y abarca también a las **víctimas indirectas**:[267]

- Cualquier persona física que haya sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen que sea competencia de la Corte;
- Toda organización o institución que haya sufrido daños directos a alguno de sus bienes dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios.

---

266 Véase FIDH, Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG, op.cit.

267 J. Fernández, *op.cit.,* p.7.

A diferencia de las víctimas que son personas físicas, la definición de las víctimas en tanto que personas jurídicas es restrictiva. Una asociación que no cumpla con los criterios del artículo 85 no podrá asistir a las víctimas valiéndose de su objeto social.

En cuanto al daño, es la responsabilidad del juez determinar casuísticamente los daños que se hayan sufrido y que podrán incluir **daños a la integridad física y psicológica, y daños materiales**.

La participación de la víctima durante la fase preliminar del procedimiento[268]

Las víctimas pueden enviar información al Fiscal de la CPI, en relación con los crímenes que sean de competencia de la Corte, a fin de que éste analice si deben ser juzgados y decida sobre la pertinencia de abrir una investigación.[269] Estas podrán **intervenir mediante la presentación de sus puntos de vista sobre la competencia de la Corte**. El Fiscal deberá tener en cuenta sus intereses, particularmente si decide perseguir estos crímenes.[270] Igualmente, las víctimas tienen el **derecho de participar en el procedimiento** (el artículo 68 del Estatuto, que regula las modalidades de participación de las víctimas en los procedimientos, establece que "La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales…") y a solicitar la reparación del daño.[271]

Las víctimas también pueden presentar sus observaciones ante la Corte cuando ésta conozca de su competencia, en el marco de un recurso, o cuando se estudie la admisibilidad de los casos.[272]

La FIDH apoya en este sentido la participación de las víctimas en la República Democrática del Congo (y a las víctimas en otros casos), y, en general aboga por el acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional. En el derecho interno, la sentencia dictada por la Corte Penal Internacional tiene el carácter de "cosa juzgada", por lo que las víctimas tienen derecho a invocarla ante un juez nacional para solicitar una reparación.

* * *

268 Nos limitamos en esta parte a la fase preliminar.

269 Véase la decisión del 17 de enero de 2006 de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la demanda de seis personas afectadas por los crímenes cometidos en RDC.

270 J. Fernández, *op.cit.*, p.7.

271 FIDH, Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG, op.cit.

272 Artículo 19(3); L. Walleyn, *Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole* (Víctimas y testigos de crímenes internacionales: el derecho a la protección del derecho a hablar), R.I.C.R., marzo 2002, vol. 84, p. 57.

Las empresas como personas jurídicas: ¿Cuáles son las perspectivas de que la CPI sea competente para juzgarlas?

En el caso de los crímenes en donde están implicadas las empresas, las víctimas tendrán que demostrar la existencia de **una relación de complicidad entre la persona física condenada por la Corte Penal Internacional, y la persona jurídica de la cual estén buscando obtener la reparación por los daños sufridos**.[273]

Durante los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, algunos debates se centraron en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El proyecto de Estatuto para la creación de una corte penal internacional preparado por M.C. Bassiouni[274] establecía en su artículo XII que el tribunal tendría competencia para juzgar a las "personas". En esta propuesta, el término "personas" ("*individuals*", en inglés) fue utilizado en su sentido más amplio, y se aplicaba por igual tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En el proyecto de Estatuto presentado por la Comisión de Derecho Internacional se usó el término "personas", y el texto mismo sugería una referencia exclusiva a las personas "físicas".[275]

El informe de la **Comisión Preparatoria para la creación de una Corte Penal Internacional** de 1996, contiene propuestas relativas a la inclusión de las empresas, a fin de que a manera de recomendación el tribunal internacional tuviera la facultad de "conocer sobre la **responsabilidad penal de [...] las personas jurídicas**, con excepción de los Estados, cuando los crímenes fueran cometidos en nombre de la persona jurídica o por sus agentes y representantes".[276]

Algunas delegaciones expresaron sus reservas acerca de estas propuestas, argumentando que sería más útil limitar la competencia de la Corte a las personas físicas, sobre todo porque las empresas están controladas por individuos.

---

273 E. David, *La participation des victimes au procès devant la Cour pénale internationale* (La participación de las víctimas en el procedimiento ante la CPI), *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor,* agosto de 2005, p.7.

274 M.C. Bassiouni, *Draft Statute: International Criminal Tribunal* (Borrador de Estatuto: Corte Penal Internacional), 1998.

275 Cristina Chiomenti, Corporations before the International Criminal Court (Las corporaciones frente a la Corte Penal Internacional), Global Law Working Paper 01/05, Symposium: Transnational Corporations and Human Rights, NYU Law, 2005.

276 Véase el informe del Comité Preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional, Propuesta 2, Parte 3bis, Artículo B, párr. a. Competencia personal, daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/

En la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998,[277] **Francia propuso incluir la noción de las organizaciones criminales y las empresas como personas jurídicas en el Estatuto.**[278]

Los Estados participantes se opusieron en gran medida a esta propuesta, alegando que el objetivo primordial de la propuesta de la CPI era juzgar a los individuos responsables de cometer crímenes internacionales, así como por razones de orden práctico, tales como que: la definición de las personas jurídicas varía de un Estado a otro, los principios de complementariedad y subsidiariedad a los que se enfrentarían algunos sistemas jurídicos nacionales, que establecen pocas o ninguna disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que la Corte se enfrentaría a grandes dificultades para reunir pruebas.

Algunas delegaciones trataron de encontrar un término medio, y propusieron que el tribunal fuere competente para conocer sobre la responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas. Esta propuesta fue apenas debatida.

A pesar de la posición y las esperanzas planteadas por algunos representantes de la sociedad civil, la inadmisibilidad de los recursos interpuestos contra las empresas no fue discutida durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que se celebró en Kampala, Uganda en mayo/junio de 2010.

Además, varias propuestas de Protocolo, jamás realizadas, fueron presentadas para crear un tribunal internacional con competencia sobre las personas jurídicas, y específicamente sobre las empresas multinacionales.[279] Muchos grupos de la sociedad civil continúan ejerciendo presión para la creación de dicho tribunal.

---

277 Acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas sobre la creación de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/10, 17 de julio de 1998.

278 "[...] El tribunal debe ser competente para juzgar a las personas jurídicas [...]" en el marco de ciertas condiciones: cuando el delito haya sido cometido por una persona que ejerza el control en la persona jurídica; cuando el delito haya sido cometidos en nombre de la persona jurídica, con su consentimiento explícito, y como parte de sus actividades, cuando el individuo haya sido condenado por el crimen en cuestión." (traducción libre) La propuesta francesa se refería únicamente a las empresas, y excluía a los Estados, a las personas jurídicas de derecho público, las organizaciones internacionales públicas u organizaciones sin fines de lucro.

279 Véase A. Clapham, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons* (La cuestión de la competencia bajo el Derecho Penal Internacional sobre las personas jurídicas), en *Liablility of Multinational Corporations under International Law,* Eds. Menno T. Kamminga Saman Zia-Zarifi, Kluwer Law Intrenational, La Haya /Londres/Boston, p.173.

PARA OBTENER MÁS INFORMACIÓN VISITE:

– **CPI**
www.icc-cpi.int

– **Coalición por la Corte Penal Internacional:**
www.iccnow.org

– **FIDH, Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG sobre los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional:**
www.fidh.org/Los-Derechos-de-las-victimas-ante-la-Corte-Penal

– **Informe de la FIDH sobre los primeros años de la Corte Penal Internacional:**
www.fidh.org/Informe-de-la-FIDH-sobre-los-primeros-anos-de-la

↗ **Secretaría de la Asamblea de los Estados Partes, Corte Penal Internacional, en La Haya, Países Bajos.**
© ICC-CPI

CAPÍTULO II

La responsabilidad penal extraterritorial de las empresas multinacionales en los Estados miembros de la Unión Europea

* * *

Por razones jurídicas y prácticas, similares a las descritas en la sección sobre la responsabilidad civil de las empresas (Sección II, Parte I), este capítulo se limita a proporcionar una visión general de la legislación vigente sobre la responsabilidad penal extraterritorial en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá.[280]

Sin proporcionar una descripción detallada de las legislaciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, este capítulo destaca las diferencias generales entre éstas para identificar a los Estados que actualmente ofrecen el sistema "más exitoso" de la responsabilidad penal de las empresas y en este sentido, que podrían ser preferidos por la víctima cuando tenga la posibilidad de elegir entre varios *foros*.

La hipótesis considerada en este capítulo se refiere principalmente a: una empresa multinacional cuya sociedad matriz se encuentra instalada en alguno de Estados miembros de la Unión Europea. Esta multinacional ha sido hallada culpable de violaciones a los derechos humanos en un tercer Estado.

---

280 Varios estudios interesantes se han realizado sobre este tema. Véase principalmente las publicaciones recientes de la Comisión Internacional de Juristas sobre la responsabilidad civil y penal de las empresas en Sudáfrica, Polonia y Colombia (referencias al final de la Sección II, Parte.1). Véase también J.A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas : A report for the Harvard Corporate Social Responsbility Initiative to help informe the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights* (Jurisdicción extraterritorial: Lecciones para las empresas y la esfera de los derechos humanos en seis áreas de regulación: Un informe para la Universidad de Harvard para ayudar a informar el mandato del Representante Especial del SG de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos), Documento de Trabajo No. 59, junio de 2010. Véase también Oxford Pro Bono Público, *Obstacles to Justice and Redress for Vicitms of Corporate Human Rights Abuse- A Comparative Submission Prepared for Prof. John Ruggie, UN SG Sepcial Representative on Business and Human Rights* (Obstáculos a la Justicia y la reparación para víctimas de abusos a los Derechos Humanos cometidos por las empresas- Presentación comparativa elaborada por el profesor John Ruggie, Representante Especial del SG de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos), 3 de noviembre de 2008. www.laz.ox.ac.uk/opbp.

La responsabilidad penal de las empresas en la Unión Europea

En materia penal, no existe un equivalente al Reglamento 44/2001 que regule la responsabilidad civil de las empresas (véase la Sección II, Parte I, sobre la responsabilidad civil extraterritorial de las empresas). Sin excepción, cada miembro de la Unión Europea regula este tema de acuerdo con su propio sistema judicial nacional. Por lo tanto, en materia penal, cada uno de dichos Estados es poseedor de une dimensión extraterritorial que le permite juzgar a une empresa madre por los actos cometidos por una de sus filiales en el extranjero. Sin embargo, y a pesar de que el principio de la responsabilidad penal de las personas morales continúa fortaleciéndose en el territorio de la Unión Europea, observamos que los Estados miembros no están de acuerdo sobre el régimen que es preciso aplicarle a este tema.

Denuncias presentadas en Bélgica y Francia *Vs.* Total

Las denuncias presentadas con cuatro meses de diferencia tanto en Bélgica como en Francia, son un caso ilustrador de la materia. El 25 de abril de 2002, en virtud del principio de jurisdicción universal, cuatro refugiados birmanos instauraron una acción civil contra la empresa madre de Total (anteriormente TotalFinaElf) con sede en Francia, y contra su filial TMEP (por su siglas en ingles) localizada en Birmania (ver infra) : frente a los tribunales belgas, dichas empresas fueron acusadas de complicidad de crimines de lesa humanidad cometidos en Birmania. El 26 de agosto de 2002, dos refugiados birmanos víctimas de secuestro y de trabajo forzado, instauraron une denuncia similar en Paris, amparados en el principio de la competencia personal activa (puesto que el presunto autor des delito es titular de la nacionalidad francesa). Por razones técnicas, solo fueron imputados los directivos de la empresa, y no la empresa en sí misma. Los procesos de instrucción se llevaron a cabo paralelamente en Bélgica y en Francia, sin consulta o dialogo entre los tribunales y esto, hasta la interrupción de dichos procesos.

Algunas de las convenciones regionales o internacionales más recientes sobre la delincuencia transnacional, financiera y económica invitan a los Estados firmantes, sin obligarlos, a introducir el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su derecho interno.[281] El artículo 10, apartado 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional prevé que las personas jurídicas deben someterse a **sanciones civiles, penales o administrativas** eficaces, proporcionales y disuasivas. Las Recomendaciones del Consejo de Europa,[282] así como algunas posiciones comunes y las decisiones adoptadas en el marco de la Unión Europea, están redactadas en términos similares.

La mayoría de los países de la UE, tanto de tradición jurídica anglosajona (derecho común) y de tradición romano-germánica (de derecho civil), han adoptado este principio. Sin proceder a una comparación exhaustiva de los regímenes de los Estados miembros de la Unión Europea, se tratará de identificar las principales tendencias que se pueden encontrar en éstos.

Este principio de la responsabilidad penal de las empresas se reconoce, particularmente, en: **Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Reino Unido, Luxemburgo y España.**[283]

Grecia e **Italia** aún consideran este principio como inconstitucional;[284] por su parte, Alemania cuenta con una combinación de medidas.[285]

---

281 Véase principalmente El artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, y abierta a la firma por la Conferencia en Palermo los días 12-15 de diciembre de 2000; la Convención de las Naciones Unidas de 1988 Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; el artículo 2 de la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.El Convenio Penal sobre la Corrupción (No. 173 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 27 de enero de 1999, contiene la obligación para los Estados Partes de adoptar medidas legislativas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de corrupción (art. 18).

282 La Recomendación R (81) sobre la criminalidad en los negocios del 25 de junio de 1981 y la Recomendación Nº 18/88 del 20 de octubre de 1988, sobre la responsabilidad de las empresas personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades.

283 Para una visión general de la legislación nacional pertinente Véase "Para mayor información" al final de esta Sección.

284 Italia admite una responsabilidad administrativa "casi penal": a través de la legislación de 8 de junio de 2001, ha creado "una curiosa responsabilidad para personas administrativas que cometen un delito". Véase C. Ducouloux-Favard, *Où se cachent les réticences à admettre la pleine responsabilité pénale des personnes morales?* (¿Dónde se esconden las reticencias para admitir la responsabilidad pernal de las personas jurídicas?), en *Liber Amicorum,* Sobre la dirección G. Hormans, Bruylant, Bruselas, p. 433.

285 La legislación alemana permite la aplicación de "medidas" de carácter punitivo para ser aplicadas a empresas delincuentes, de acuerdo con la legislación administrativa -penal (§ 30 OwiG).

Antes de discutir los regímenes que los Estados miembros de la Unión Europea reservan al principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se plantea una cuestión preliminar: ¿cómo imputar a la empresa madre las violaciones de derechos humanos cometidas por su filial en "beneficio" de la multinacional? De hecho, esta última no dispone de una personalidad jurídica expresa. Las diferentes entidades que la conforman -la empresa madre y las filiales- son **personas jurídicas separadas**, en virtud del principio de la responsabilidad de limitada. Por lo tanto, identificar las funciones de las diferentes entidades dentro del mismo grupo, cuando sus actividades legales e ilegales también están estrechamente entrelazadas (especialmente en lo que respecta a la delincuencia económica y financiera), se convierte en un ejercicio difícil.

1. Aplicar el principio de la responsabilidad penal al grupo multinacional de empresas

Las leyes nacionales suelen eludir generalmente la cuestión de cómo tratar los delitos cometidos por una empresa que pertenece a un grupo de empresas.[286] Las filiales incluso si disponen de un patrimonio propio que les proporcione autonomía funcional y capacidad de financiación – son, por definición, dominadas "económicamente" por la empresa madre, la cual es titular de la totalidad o de la mayor parte del capital.[287] Por lo tanto, estas filiales son a menudo privadas, *de facto,* de todo poder de decisión. Sin embargo, la empresa madre puede desvincularse del proceso de responsabilidad penal causado por los crimines perpetrados por su filial, bajo el pretexto de que ella no puede ser considerada "penalmente responsable por los hechos de un tercero".[288]

---

286 Para un estudio comparativo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas véase: R. Roth, *La responsabilité pénale des personnes morales* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas), *op.cit*., p. 692. E. Montealegre Lynett es el único que ha mencionado específicamente que en Colombia, la empresa matriz que controla a las filiales es responsables de los actos que éstas cometan. Véase E. Montealegre Lynett, *Rapport colombien* (Informe sobre Colombia) en *La responsabilité. Aspects nouveaux, op.cit*., p.737. En Canadá algunos autores sugieren nuevas teorías de responsabilidad penal, más acordes con la realidad empresarial. Véase: J.A. Quaid, *The Assessment of Corporate criminal liability on the basis of Corporate Identity: An Analysis* (La evaluación de la responsabilidad penal de las empresas en base a la responsabilidad empresarial: un análisis), (1998), 43 R.D. McGill, 67.

287 De conformidad con el artículo L. 233-1 del Código de Comercio francés, una empresa es una filial de otra si posee más de la mitad del capital de aquella. Bajo la ley belga, en virtud del artículo 6 de la Ley de Sociedades (nuevo código sobre las empresas establecido por la Ley del 7 de mayo de 1999 (En vigor desde el 6 agosto 1999)), la sociedad matriz es la que tiene un control sobre otra empresa, mientras que la filial es la empresa respecto de la cual existe un control efectuado por otra empresa. Sobre el concepto de control véanse los art. 7 a 9 del Código.

288 El principio de la personalidad en los procesos y las sanciones se deduce del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Sólo los individuos que infrinjan la ley podrán ser perseguidos.

Frente a la "discontinuidad" que se observa con frecuencia entre el derecho (el desarrollo de estructuras legales independientes) y los hechos (ausencia de dirección autónoma de las empresas creadas por la empresa matriz), es importante **levantar el velo corporativo** que envuelve la personalidad jurídica de la filial con el objetivo de mantener la responsabilidad de la empresa madre por las acciones de sus filiales, de manera que el grado de subordinación de la segunda a la primera sea significativo.[289]

Por otra parte, en situaciones en donde diferentes entidades legales actúen juntas, debe tenerse en cuenta las responsabilidades penales acumuladas de varias empresas (ej. la empresa matriz, las filiales y los subcontratistas) a través de las nociones de **complicidad,** cuando las diferentes entidades hayan actuado de manera concertada, cada una obteniendo un beneficio de la infracción.[290] La complicidad en los actos cometidos en el extranjero por una filial, constituye uno de los modos de participación que podrían ser atribuidos a la empresa matriz siempre y cuando "la ayuda indispensable o accesoria para cometer la infracción provenga de la casa matriz, que la ayuda encaje en el marco de la realización de su objeto social o en la defensa de sus intereses o que estos actos se realicen por su cuenta propia."[291]

En este caso, la filial no será necesariamente exonerada de toda responsabilidad, ya que, por analogía, "la orden ilegal de un superior no es, por regla general, una causa de justificación o de excusa, a menos de que la filial pueda demostrar que actuó en una situación de obligación moral (eximente de responsabilidad)".[292] Sin embargo, si la interferencia de la empresa madre en la gestión de sus filiales es mínima, la distinción entre las diversas personas jurídicas limitará el proceso de imputación o de corresponsabilidad. Este examen habrá de realizarse cada vez que se haga la evaluación de los hechos.

---

289 Aquí la expresión se entiende en un sentido amplio, sin hacer referencia a las diversas teorías que se han desarrollado en la sección relativa a la responsabilidad civil. En la legislación danesa, G. Töftegaard Nielsen sostiene que la filial será automáticamente culpable si es quien directamente infringió las leyes penales y que la empresa matriz, es únicamente una "accionista" y sólo en determinadas circunstancias, será responsable por los actos de su filial, sin especificar cuáles son éstas. Véase G. Töftegaard Nielsen, *Criminal liability of companies in Denmark – Eighty years of expérience* (La responsabilidad penal de las empresas en Dinamarca - Ochenta años de experiencia) en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe,* bajo la dirección de S. Adam, N. Colette-Basecqz y M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2008, p. 126.

290 Los Estados miembros de la UE prevén en general un modelo dual de la responsabilidad penal individual (autor principal y cómplice). Algunos adoptan un modelo tripartito (el autor principal, cómplice, e instigador). Sin embargo, hay que subrayar que las nociones de complicidad no tienen el mismo significado en los diferentes códigos penales nacionales.

291 D. Vandermeersch, *op.cit*., p.248.

292 D. Vandermeersch, *op.cit*., No. 10, p. 249. Para los crímenes de derecho internacional humanitario, el Estado de Derecho y el poder de la autoridad no son justificaciones válidas. Sin embargo, podrán interferir en el grado de la sanción.

Para establecer la responsabilidad penal de la empresa matriz en los crímenes cometidos por sus filiales y subcontratistas en el extranjero, tendrá que asegurarse la presencia de un **nexo causal adecuado entre el modo de la participación y la realización del delito.**

2. Las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea

Las legislaciones nacionales que contemplan la responsabilidad penal de las empresas no se encuentran armonizadas: las disposiciones aplicables no permiten en ningún caso verificar que los mismos actos cometidos o, al menos, perseguidos en dos Estados distintos de la Unión Europea sean juzgados de forma similar.[293] En su Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales en la Unión Europea, la Comisión Europea señaló que: "tratándose de sanciones contra las personas jurídicas, existen diferencias considerables entre los Estados miembros".[294] Sin embargo, sería mejor que la "responsabilidad penal de las personas jurídicas" se introduzca en condiciones similares en los diferentes Estados de la Unión Europea, para garantizar una **competencia leal** entre las empresas que ahí tengan su domicilio.[295]

Así, según sea el caso, las leyes nacionales han optado por un sistema:
a) General o especial;
b) De responsabilidad directa o indirecta;
c) En el cual la responsabilidad de la persona física identificada o de la persona jurídica, excluye la responsabilidad de la otra;
d) Que permita la acumulación de responsabilidades, tanto de manera limitada como ilimitada.

Desde el punto de vista de las penas, cada Estado goza de plena libertad en la elección de las sanciones específicas aplicables a las personas jurídicas condenadas. Sin embargo, las cuestiones procesales siguen planteando cuestiones delicadas.

---

293 Véase por ejemplo, el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección de los intereses financieros de la UE, JOCE C 316, 27 de noviembre de 1995, pp.49-57. El artículo 3 relativo a la responsabilidad penal de los directivos empresariales estipula que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para permitir que los directivos de las empresas o cualquier persona con poder de decisión y control en el seno de una empresa pueda ser declarado penalmente responsable, de acuerdo con los principios establecidos por su legislación interna, en caso de actos fraudulentos [...] por una persona sometida a su autoridad a nombre de la empresa." (traducción libre)

294 Comisión Europea, Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales de la Unión Europea del 30 de abril de 2004, COM/2004/0334 final, punto 3.1.6. En el mismo sentido véase el Informe de la Comisión Europea del 25 de octubre de 2004, La aplicación por los Estados miembros del Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos [COM (2004) 709 - no publicado en el Diario Oficial.

295 Véase en este sentido: B. Bouloc, Nota sobre el caso crim., 9 de diciembre de 1997, D., 1998, pp. 296 y sig.

Antes de discutir sobre estos diferentes conceptos, se debe reponder a la siguiente pregunta: ¿La empresa en cuestión es una "persona jurídica" a la que puede imputársele responsabilidad cierta penal?

La empresa en cuestión ¿es una persona jurídica?

Conforme a las normas del derecho internacional privado, en cuanto a su constitución y a la extensión de su personalidad jurídica, tanto la filial como su empresa madre, se encuentran sujetas a las leyes del Estado de su nacionalidad.[296] Por lo general, será la ley del Estado en donde han sido creadas.

Algunos ejemplos[297]:

Tanto en **Bélgica** como en otros Estados, la ley que establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas crea una especie de "personalidad jurídica penal a la medida", al ofrecer la cualidad de persona jurídica a las empresas que aun no disponen de ella en el ámbito civil (por ejemplo, empresas comerciales en proceso de formación).[298] La ley Belga del 4 de mayo de 1999 se aplica a la persona jurídica privada, que constituye una realidad social cierta y que está llevando a cabo operaciones u otras actividades especificas[299]. Esta ley se aplica principalmente a las entidades económicas que funcionan a pesar de no tener personalidad jurídica en sentido estricto.[300]

En **Francia,** es posible que los tribunales penales reconozcan la personalidad jurídica a un grupo con el único fin de imponerle una sanción penal.[301]

---

296 Nacionalidad se define como "el orden jurídico estatal de donde la empresa obtiene su personalidad jurídica y bajo la cual se organiza y funciona."Este razonamiento es circular. P. Van Ommeslaghe y X. Dieux, *Examen de jurisprudence* (1979-1990). *Les sociétés commerciales* (Examen de la jurisprudencia (1979-1990). Las empresas comerciales), R.C.J.B., 1992, p. 673. Sobre la noción de nacionalidad, véase infra sobre la "personalidad activa".

297 Véanse las referencias al final de esta sección para encontrar más ejemplos.

298 M. Nihoul, *Le champ d'application* (El campo de aplicación), en *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* / bajo la dirección de M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2005, p. 25.

299 D. Vandermeersch, *op.cit*., pp. 246-247. Esto se aplica a todas las empresas enumeradas en el artículo 2 de la Ley de Sociedades, ya sea que estén sujetas a las leyes comerciales o civiles, e independientemente de los interés económicos de la Unión Europea. Véase A. Misonne, *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique – UN régime complexe, une mise en œuvre peu aisée* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Bélgica. Un régimen complejo, una puesta en marcha poco fácil), in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe,* bajo la dirección de S. Adam, N. Colette Basecqz y M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2008, p. 67.

300 Informe sobre la Comisión de la Justicia, *Doc. parl*., Senado, sess. ord. 1998-99, No. 1-1217/6, p. 7.

301 "Una doctrina particularmente respetada considera que el artículo 121(2) del Código Penal francés, postula la teoría de la realidad de la persona jurídica, que ha sido apoyada por el Tribunal de Casación en su famosa decisión del 28 de enero de 1954." (traducción libre) (*D*., 1954, p.217). Véase a este respecto N. Rontchevsky, *Rapport français* (Informe francés), *op.cit*., p.746.

El **Reino Unido** no requiere la existencia de una personalidad moral atribuida a la entidad abstracta, para que ésta pueda ser considerada penalmente responsable.[302]

Portugal: el principio se introdujo en el Código Penal de 1982.

Luxemburgo: el 4 de febrero de 2010, el Parlamento consideró crear un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal. Este régimen aún debe ser creado.

España: la reforma del Código Penal aprobada por el Senado el 9 de junio de 2010 introduce la responsabilidad penal de las empresas por primera vez (ver art. 31 bis del Código Penal Español)

La desaparición de una persona jurídica, a través de una operación de fusión o absorción, podrá evitar que se adquiera la responsabilidad de la empresa adquirida por actos cometidos antes de la fusión, mientras que la sociedad absorbente también podrá evitar cualquier convicción debido a la prohibición, en derecho penal, de la responsabilidad de terceros.[303] El resultado de la impunidad será el mismo si varias empresas forman una nueva sociedad, mediante la transferencia de sus activos a ésta.[304]

El principio de generalidad o especialidad

Algunos Estados (como Bélgica, Francia o los Países Bajos) han optado por el **principio de generalidad,** a través del cual las personas jurídicas, al igual que

---

302 Por lo tanto, la ley inglesa, reconociendo el principio de la responsabilidad penal de las entidades abstractas, subordina la concesión de la personalidad jurídica a la reunión de criterios que llevan a distinguir a las "personas jurídicas" (*corporate bodies)* (asociaciones con autonomía jurídica) de las "entidades no incorporadas" (*unincorporated bodies*) (grupos sin autonomía). Sin embargo, se desprende que a pesar de que estas últimas carecen de personalidad jurídica, pueden ser procesadas por determinadas infracciones. Véase M. Delmas Marty, *Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international)* (Personas jurídicas extranjeras y francesas (Cuestiones de derecho penal internacional), Rev. soc., pp. 255 y sig. La pregunta podría surgir en cuanto a si se puede confiar solamente en la existencia de la personalidad jurídica en el Estado del foro, o si puede incorporar el hecho de que, incluso con personas jurídicas que no cuenten con personalidad jurídica, algunos grupos susceptibles a sanciones penales en su país de origen, pueden ser encontrados penalmente responsables en el Estado persecutor. En esos casos se tendrá que hacer referencia expresa a la legislación penal del Estado extranjero.

303 J.-C. Saint-Pau, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise* (La inseguridad jurídica de la determinación de la responsabilidad penal en la empresa), Gazette du Palais, 9-10 février 2005, p. 136.

304 Véase S. Braum, *Le principe de culpabilité et la responsabilité pénale des personnes morales – remarques relatives au projet de loi luxembourgeois* (El principio de culpabilidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas - observaciones sobre el proyecto de ley de Luxemburgo), en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* / sobre la direction de S. Adam, N. Colette-Basecqz y M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2008, p. 236.

los individuos, están sujetas a los Códigos Penales nacionales y a las leyes complementarias y decretos.[305] Otros Estados prefieren el **principio de especialidad** (como Portugal, Estonia, Finlandia o Dinamarca)[306], **por medio del cual se autoriza la persecución de la persona jurídica por los delitos que estén expresamente previstos por el código penal nacional** (y/o las leyes o decretos adicionales).

En el 2004, diez años después de la entrada en vigor del principio de la responsabilidad penal de las empresas, **Francia** ha sustituido el régimen de generalidad por el de la especialidad, ante la necesidad de adaptar su ordenamiento jurídico a la evolución del mundo de la delincuencia y de fortalacer la eficacia de sus esfuerzos juridiciales.[307] Sin embargo, la aplicación del principio de especialidad, parece insuficiente, ya que los casos que se presentan ante la justicia incluyen con frecuencia toda una serie de delitos diversos y conexos.

Imputar el acto material del delito (actus reus) a la persona jurídica

Para imputar materialmente una infracción a una persona jurídica (es decir, para atribuirle un acto, definido y sancionado por la ley), debe probarse que la comisión del **delito ocurrió en el contexto de sus actividades y "por su cuenta"**. Este principio está presente tanto en los instrumentos regionales e internacionales, como en el derecho interno.[308]

---

305 La ley **Belga** del 4 de mayo de 1999 contiene una ficción jurídica que, en la medida de lo posible, equipara a las corporaciones con las personas (Doc. Parl, el Senado, *Exposé des motifs* (exposición de motivos), 1- 1217 / 1, sesión 1998-1999, p. 1). Véase A. Masset, *La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modernisé* (La ley del 4 de mayo de 1999, instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas: una extensión de la red penal modernizada), J.T., 1999, p. 655. **Francia** adoptó el principio de la generalidad desde la Ley del 9 de marzo de 2004 (*loi Perben II*), No. 2004-204, D.O. 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 31 de diciembre de 2005) modificando el artículo 121(2) del Código Penal Francés. Véase en este sentido H. Matsopoulou, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* (La generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), *Rev. Sociétés,* 2004, pp. 283 y sig. En los **Países Bajos,** pioneros en Europa continental en este campo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en 1950, únicamente para los delitos económicos, y fue extendido a todos los delitos en 1976.

306 En 1996, existían en Dinamarca más de 200 leyes particulares.

307 Ley N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004, en vigor desde el 31 de diciembre de 2005.

308 En Bélgica, para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de un delito, debe probarse que la comisión de la ofensa está directamente vinculada al cumplimiento del objeto social, a la defensa de sus intereses, o en su nombre. Véase A. De Nauw y F. Deruyck, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen,* OR, 1999-2000, pp. 902 y 903; A. Misonne, *Le concours de responsabilité* (El concurso de la responsabilidad), en *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique,* ed. M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2005, pp. 92 a 96.
En Francia, el artículo 121(1) del Código Penal también contiene la frase "en nombre de ...", que incluye cualquier tipo de beneficio para la empresa. Las empresas serán materialmente responsables por delitos que se lleven a cabo por su interés (el interés que cuenta es aquel que tienen los accionistas y que no corresponden específicamente al interés de los empleados o acreedores), pero también por aquellos realizados en el marco de las actividades necesarias para garantizar la organización y su funcionamiento. N. Rontchevsky, *op.cit.,* p. 741.

Su objetivo es el de evitar la imputación de cargos a una empresa bajo la óptica de la responsabilidad penal objetiva (es decir, sin culpa), por los delitos comidos por terceros en beneficio propio, aprovechando el marco legal o económico de dicha empresa. Solo será imputable a la persona jurídica el ilícito que, de una forma u otra, sea cometido en un intento de procurarse un beneficio o de evitar una molestia.[309] Se debe examinar igualmente la cuestión de si, además de la defensa de un **interés económico,** la búsqueda de un **interés moral** puede satisfacer esta condición.[310]

Los beneficios privados del delito cometido por la persona jurídica se convierten entonces en un criterio constitutivo de responsabilidad. Del mismo modo, los delitos cometidos por el interés financiero o económico de la persona jurídica, o en el ejercicio de actividades destinadas a garantizar su funcionamiento, suponen la responsabilidad de la persona jurídica, incluso si ningún beneficio resulto del delito cometido. En el ejemplo de la demanda contra Total y TMEP, los demandantes argumentaron que, independiente de los beneficios financieros obtenidos gracias al manejo del gasoducto de Yandana en Birmania, las empresas imputadas se habrían beneficiado directamente de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por sus socios comerciales encargados de garantizar la seguridad del gasoducto.

En **Bélgica,** la responsabilidad penal no depende de la calidad de las personas que hayan cometido el hecho punible (órgano de representación, persona jurídica o física), sino únicamente de las características del acto cometido. La legislación Belga se acerca más al artículo 51 del Código Penal **Holandés**, que estipula simplemente que "los hechos punibles pueden ser cometidos por personas físicas o morales". En este sentido, no sólo las acciones de los **directivos** generan responsabilidad, sino que también, las acciones de los trabajadores subordinados (o la suma de las acciones de varias personas) pueden ser atribuidas a la empresa.

A la pregunta de qué puede materialmente comprometer la responsabilidad de la persona jurídica, algunos Estados han decidio responder a través de una lista exhaustiva.

En **Francia,** por ejemplo, el artículo 121-2 del Código Penal especifica que sólo será materialmente imputable a una persona jurídica una infracción cometida

---

309 Para Bélgica, véase M. Gollier y F. Lagasse, *La responsabilité pénale des personnes morales: le point sur la question après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la cuestión después de la entrada en vigor de la ley del 4 de mayo de 1999), *Chron. dr. soc.*, 1999, p. 523.

310 El "interés moral" puede ser el de un patrón que practica la discriminación racial en la contratación del personal, de acuerdo con sus ideas racistas, sin revestir en el caso de cualquier lógica económica.

en su nombre por una o más personas físicas, que tengan la **calidad de dirigentes**[311] o de **representantes.**[312]

La mayoría de los Estados, sin embargo, optado por una mezcla entre estos dos modelos teóricos.

Imputar el elemento subjetivo del delito *(mens rea)* a la empresa

Una responsabilidad directa o indirecta

El principio general del derecho penal según el cual la responsabilidad penal sólo se establece si se reúnen los elementos materiales y subjetivos, se aplica igualmente a las personas jurídicas. En efecto, en derecho penal no puede haber responsabilidad objectiva o sin culpa. Por lo tanto, se considera que la persona jurídica es una realidad social que puede tener una voluntad real y autónoma, diferente a la suma de las intenciones los distintos órganos, representantes y agentes que la conforman. En la práctica, la presencia del elemento subjetivo de la empresa será evaluada por el juez, quien dispone como único criterio de la actitud de las personas físicas que trabajan dentro de ella.
Contrariamente a lo que ocurre en la legislación Francesa (responsabilidad indirecta)[313] o en la legislación Inglesa,[314] la legislación Belga -al igual que la Holandesa- no define qué personas físicas pueden "por su culpa o su voluntad" poner en riesgo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dejando esta evaluación a discreción del juez. Sin embargo, deducir que de cada falta de un empleado se traduce la responsabilidad penal de la empresa, sería igual a ampliar el concepto de dolo (*mens rea*, la intención de cometer el delito) más allá de cualquier límite aceptable. La exposición de motivos del proyecto de ley Belga consideraba que para determinar el elemento subjetivo (dolo) imputable a la persona jurídica, el juez debe basarse en el comportamiento de las personas **con una posición de dirección,**[315] la

311 El Consejo está encargado por la ley de gestionar y administrar la empresa, y por lo tanto actúa en nombre de ella, de forma individual y colectiva.

312 En Francia, la responsabilidad penal de las empresas requiere "la intervención de una o más personas físicas calificadas para actuar legalmente en nombre de estas" (traducción libre). N. Rontchevsky, *op.cit.,* p. 749. El Reino Unido y Alemania (sección 30 del *Ordnungswidrigkeiten*) también limitan el número de personas que pueden comprometer la responsabilidad de la persona jurídica. Lo mismo sucede en Canadá.

313 En Francia, debe probarse que el Consejo o uno de sus miembros cometieron todos los elementos del delito (materiales y morales).

314 "La ley Inglesa, por ejemplo, solo atribuye la intención criminal de un agente a la corporación, si éste es el *alter ego* de la empresa, mientras que los tribunales suelen definir el *alter ego* en el sentido de un agente que se encuentra en lo alto de la jerarquía de la empresa" (traducción libre) V. S. Khanna, *Corporate criminal Liability: What purpose Does it Serve?* (Responsabilidad penal corporativa: ¿A qué propósitos sirve?), 109, Harv. L. Rev., 1477, 1996, p. 1491.

315 Exposición de motivos, *Doc. parl.,* Senado, sess. ord., 1998-1999, 1-1217/1, p. 6. Ha existido un retorno a la "responsabilidad indirecta/derivada" para las empresas. Los directivos pueden ordenar, dirigir o simplemente aceptar la ofensa.

Comisión de Justicia del Senado especifica que el criterio más frecuente y revelador (pero no exclusivo) del elemento de intencionalidad radica en las actitudes y las decisiones de los directivos,[316] pero no constituye un requisito legal.

Si la **acción** y la **intención,** componentes de cualquier delito, están por naturaleza estrechamente vinculadas con una persona en caso de responsabilidad penal individual, éstos pueden provenir de diferentes personas en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De hecho, es muy común que "el conocimiento y la voluntad" en una empresa sean compartidos entre entidades diferentes. Es la suma de estos componentes la que constituye el conocimiento de la empresa respecto de una operación en particular (la doctrina del conocimiento colectivo o "*collective knowledge*").[317]

Entre las distintas soluciones posibles, existe cierta preferencia por la siguiente: que el *actus reus* (elemento material) emane de un dirigente o agente, mientras que el *dolo* o *mens rea* (la intención de cometer el delito) emane de una o más personas que en conjunto realicen la función de "dirección".[318] Aquí, la "dirección" debe entenderse como cualquier persona que factualmente tiene el poder de decisión, y de cuyo acto dependerá el de la persona jurídica, siempre y cuando dicho acto haya sido realizado por el individuo en el ejercicio de sus funciones y dentro del marco de sus atribuciones[319]. Deben considerarse como "directores de facto" los que han sido "la personificación de la persona jurídica al momento de la infracción".[320] Generalmente, el proceso de toma de decisiones es un procedimiento colegiado que nace de una voluntad difusa y compartida, lo que hace que sea difícilmente imputable a una persona en concreto. La voluntad así expresada será considerada como la voluntad de la empresa, más que como aquella de los individuos que la conforman (se distingue fundamentalmente de la voluntad individual de cada uno de sus miembros).

El principio de acumulación de las responsabilidades

El establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no implica la consiguiente impunidad de la persona física que presuntamente haya cometido el delito en nombre de la empresa. La Recomendación nº R(88)18 del Consejo

316 Informe sobre la Comisión de Justicia del Senado, *Doc. Parl.*, Senado, sess. ord., 1998-1999, 1-1217/1, p. 26.

317 Véase *Doc. parl.*, Senado, 1-1217/1, sess. ord., 1998-1999, p. 5. Véase igualmente: A. De Nauw, *Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction* (La voluntad propia de la persona jurídica y la acción civil resultante de una infracción), RCJB, 1995, p. 247.

318 M. Lizée, *De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales* (De la capacidad orgánica y de responsabilidad delictual y penal de las personas jurídicas), *Revista de Derecho McGill,* 1995, vol. 41, p. 165.

319 M. Lizée, *op.cit.*, p. 147.

320 J. Messinne, *Propos provisoires sur un texte curieux: la loi du 4 mayo 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales* (Declaración provisional sobre un texto curioso: la ley del 4 de mayo de 1999, que instituye la responsabilidad penal de las personas jurídicas), *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 689.

de Europa promueve el principio de la **acumulación de responsabilidades** de las personas físicas y morales. Mientras tanto, el nuevo artículo 12.1 del *Corpus Juris 2000* establece que "si cualquiera de los delitos definidos anteriormente (Arts. 1 a 8) se cometió en representación de una empresa, por una persona actuando bajo su autoridad, son igualmente responsables el director de la empresa y toda otra persona que ostente poder de decisión o de control en el seno de la empresa, **si conscientemente** permitieron que se comenta el ilícito [...]"[321]. Una de las lecciones más interesantes de la comparación de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea es que la acumulación de responsabilidades, que es común para los delitos intencionales, **es mucho más raro en delitos no intencionales**[322] (Esta guía se centra en delitos no intencionales, ya que el elemento de intención a menudo es muy difícil de determinar o incluso ausente en casos de violaciones cometidas por las empresas).

Hay que recordar que se trata solamente de una recomendación y que por lo tanto, no significa que haya una armonización del principio de acumulación de las responsabilidades entre las diversas legislaciones nacionales europeas.

En el **Reino Unido**, la persona física será penalmente perseguida, sin la acumulación obligatoria con la responsabilidad de la persona jurídica.

En **Francia**, en virtud del artículo 121-2 sección 3 del Código Penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no podrá excluir aquella de las personas físicas, autores o cómplices de los mismos hechos. En los casos de violaciones no intencionales, la acumulación de responsabilidades no se impondrá de oficio.[323]

En los **Países Bajos,** la posibilidad de acumulación está prevista en toda hipótesis, sin ser obligatoria.[324]

Las sanciones

En **Bélgica**, como se indica en el artículo 7 bis del Código Penal, las sanciones pueden incluir una multa, el embargo, la disolución de la persona jurídica (sólo cuando esta fuere creada para proporcionar un marco para la comisión de ciertos delitos), la suspensión temporal o definitiva de su actividad, o el cierre temporal o definitivo de un establecimiento(s) de la empresa.

En **Francia**, las multas se aplicarán en todos los casos en los cuales un delito haya sido cometido, mientras que las otras penas, mencionadas en el artículo 131-39

---

321 M. Delmas-Marty y J.A.E. Vervaele, *The Implementation of the Corpus iuris in the Member States* (La implementación del Corpus Iuris en los Estados miembros), Intersentia, 2000.

322 R. Roth, *op.cit.,* p. 686.

323 Acerca de la acumulación en el derecho penal Francés, véase J.-C. Saint-Pau, *op.cit.,* p. 138.

324 Véase el art. 51 del *Nederlandse wetboek van strafrecht*.

del Código Penal, tales como la exclusión de la persona jurídica de los mercados públicos, se aplicarán únicamente a los casos expresamente previstos por la ley.[325] Por lo tanto, la disolución de la persona jurídica solo puede ser prevista para las infractiones más graves: las cuales incluyen crímenes y delitos contra las personas, crímenes de lesa humanidad, trabajo o alojamiento en condiciones contrarias a la dignidad humana. La condena por crímenes de esa humanidad también podrá dar lugar al embargo del patrimonio completo de la empresa.

La característica común de las penas previstas es que constituyen una **afrenta al grupo en su actividad económica, incluso en su patrimonio**, y no debe ignorarse el impacto directo que puedan tener sobre el empleo (tras el cierre temporal como una condena pecuniaria pesada, que podría inducir a la necesidad de reestructurase), instaurando *de facto* una **responsabilidad colectiva no deseada.**

La ejecución de la pena en un Estado con respecto a las personas jurídicas extranjeras no será siempre posible: ¿Cómo ejecutar la pena impuesta por los tribunales belgas a la empresa francesa Total, por su complicidad en los crímenes cometidos en Birmania? La imposición de una sanción general, como la multa, podría hacerse sobre los bienes que posea dicha empresa en Bélgica, y las penas específicas (como la disolución o el cierre) a su vez podrían ser ejecutadas en territorio belga, a través de la sede de la empresa extranjera o a sus actividades en Bélgica (teniendo cuidado de no aplicar la pena sobre una persona jurídica distinta). Sin embargo, debido a que las personas jurídicas extranjeras no son, por su naturaleza, susceptibles de extradición, el efecto de las sanciones específicas se limitan a los activos que se encuentren en territorio belga.[326] Lo contrario sería socavar la soberanía del Estado donde la empresa matriz está constituida.

Sin embargo, si la ejecución de la sentencia en contra de una empresa extranjera en otro Estado puede parecer demasiado frágil (o imposible debido a la falta de activos en el territorio del Estado cuya corte ejerza su jurisdicción), sigue siendo posible **denunciar los hechos** ante el Estado donde la empresa tenga su sede.[327] Ese Estado podría actuar en virtud de su competencia personal activa (competente en razón de la nacionalidad del autor del delito, véase *infra*).

---

325 Sobre este tema véase H. Matsopoulou, *op.cit.,* p. 289. Una sanción similar existe en el derecho rumano. Véase F. Streteanu, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumayon – Une réforme attendue* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho rumano: Una reforma esperada), en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Eds. S. Adam, N. Colette-Basecqz y M. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2008, p. 277.

326 Durante los trabajos preparatorios que llevaron a la adopción de la legislación belga, un comisionado destacó la importancia del contexto internacional: **el cierre de una filial en Bélgica no tiene importancia si la empresa matriz puede, sin preocupación, seguir sus actividades en el extranjero.** Véase el Informe sobre la Comisión de Justicia, *Doc. Parl*., Senado, sess. ord., 1998-1999, No. 1-1217/6, pp. 14-15.

327 "A petición de otro Estado, la terminación o la remisión de las actuaciones a la autoridad extranjera es el procedimiento mediante el cual un Estado abre o reanuda la investigación que normalmente sería llevada a cabo en ese otro Estado". (traducción libre) Véase D. Vandermeersch, *op.cit.,* p. 263; C. Van den Wijngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht,* Anvers, Maklu, 2003, p. 1159.

En resumen, los desafíos son enormes para la víctima: para identificar la jurisdicción más apropiada (la menos cuestionable en virtud del derecho internacional), la víctima deberá en primer lugar determinar quién, de la persona jurídica o de la persona física "dirigente" de la empresa matriz, podría incurrir en responsabilidad penal según lo señalado en ese foro, e igualmente investigar la nacionalidad de los presuntos autores del delito, lo que permitirá activar el principio de la personalidad activa *(ver infra)*. De manera recíproca, será la legislación del Estado competente en virtud de tal o cual principio de extraterritorialidad, la que determinará si la persona jurídica podrá ser considerada penalmente responsable.

Determinar la competencia extraterritorial del juez

El principio rector de la competencia en materia penal sigue siendo el de la **territorialidad**[328]: la competencia se otorga **prioritariamente a los jueces del lugar de la comisión del delito,** independientemente de la gravedad del mismo y de la nacionalidad de los presuntos autores y de las víctimas.[329]

Sin embargo, son los tribunales del lugar donde se cometen los actos ilícitos (principalmente Estados en vías de desarrollo) quienes, por regla general, fracasan en perseguir a las empresas "europeas" sospechosas de la comisión de violaciones de derechos humanos. El principio de territorialidad, sin embargo, sigue siendo útil en el contexto de nuestro problema.

Particularmente en **Francia** como en **Bélgica**, el **principio** de la territorialidad es en efecto asociado con el principio de la **ubicuidad** que presenta un interés para los delitos cometidos en parte en un tercer país. En Francia, en nombre de la teoría de la ubicuidad, el delito puede haber ocurrido indistintamente en el lugar donde se llevó a cabo el acto o donde se produjeron sus resultados.[330] La jurisprudencia y la doctrina belgas consideran, por su parte, que los tribunales belgas son competentes para conocer de los delitos que han sido parcialmente cometidos en

---

328 Véase por ejemplo el artículo 3 del Código Penal Belga. Sobre este principio, véase H.-D. Bosly y D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale* (El Derecho Penal Procesal), 2001, 2da Ed., La Charte, pp. 56-57, 62-70.

329 La sentencia de Lotus de fecha 7 de septiembre de 1927 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la disputa entre Francia y Turquía, sin embargo, marca un punto de inflexión en la materia al declarar que el principio de territorialidad en el derecho penal no es un principio absoluto en el derecho internacional (CPJI, *Lotus - Francia Vs. Turquía,* 7 de septiembre de 1927, Serie A, No. 10).

330 M. Delmas Marty, *Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international)* (Personas jurídicas extranjeras y francesas- Cuestiones del derecho penal internacional), *op.cit*., p.256. La Corte de Casación francesa también estableció que los tribunales franceses tienen jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero por un extranjero, si están inseparablemente vinculados a los delitos cometidos en Francia por el mismo autor. Véase caso crim. Fr., R, 27 de octubre de 2004, No. 04-85.187, *Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur,* marzo de 2005, pp. 13-14.

Bélgica:[331] "será suficiente que uno de los elementos "materiales" constitutivos del delito (y no puramente intencionales) se haya realizado en el territorio del Reino, sin que sea necesario que el delito sea cometido en su totalidad en Bélgica, o en el caso de una violación instantánea que implique la realización de un resultado, que esta ya haya ocurrido".[332]

Junto a la territorialidad, seis principios denegatorios de la competencia pueden ser identificados a través de las distintas legislaciones nacionales:[333]

– El principio de **personalidad activa** (el Estado conoce la infracción cometida por su nacional en el extranjero);
– El principio de **personalidad pasiva** (el Estado tiene jurisdicción para conocer de las infracciones cometidas en el extranjero contra sus nacionales);
– El principio de **universalidad** (sólo aplicable en casos de los delitos más graves: el Estado en cuyo territorio se encuentra el autor del delito[334] puede juzgarlo, sin importar cual sea el lugar de la comisión de la infracción y la nacionalidad del autor o la víctima);[335]
– El principio de **"la bandera" o "Teoria del Territorio"** (aplicación de la ley penal en los aviones y los buques que porten la bandera nacional);
– El principio de **protección** o competencia real (El Estado tiene jurisdicción sobre hechos concretos cometidos en el extranjero que puedan dañar sus intereses esenciales); y

---

331 D. Vandermeersch, *op.cit.,* p. 250. Cass., 23 de enero de 1979, Pas., 1979, I, p. 582; Cass., 4 de febrero de 1986, Pas., I, 1986, p. 664; F. Tulkens y M. van de Kerkhove, *Introduction au droit pénal* (Introducción al Derecho Penal), 6a Ed., Bruselas, Kluwer, 2002, p. 232; C. Hennau y J. Verhaegen, *Droit pénal général* (Derecho Penal General) Bruylant, Bruselas, 2003, p. 75.

332 D. Vandermeersch, *op.cit.,* p.250 (Traducción libre). Sobre este tema véase H.-D. Bosly y D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale* (Derecho Procesal Penal), La Charte, Bruges, 2003, pp. 67 a 73.
Por otra parte, ciertas leyes belgas penalizan independientemente los actos de preparación de un ilícito, si estos son cometidos en el territorio belga. Por lo tanto, los tribunales belgas son competentes, incluso si el delito se lleva a cabo en el extranjero. (Véase ejemplo, los artículos 136 sexto y séptimo del Código Penal belga relativo a la fabricación, posesión o transporte de los instrumentos, dispositivos u objetos destinados a cometer un delito bajo el derecho internacional humanitario. El Código Penal belga también tipifica como delito las órdenes y las propuestas de la comisión de un delito bajo el derecho internacional humanitario o la incitación a cometer tal crimen, incluso si estas acciones no se realizan).

333 L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives* (Jurisdicción Universal: Perspectivas legales internacionales y municipales). Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 21-22.

334 La legislación de diferentes Estados establecen diferentes situaciones en las cuales la presencia de los autores de crímenes en el territorio del Estado que los persigue, no es necesaria para invocar el principio de jurisdicción universal. Ver *infra*.

335 L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives* (Jurisdicción Universal: Perspectivas legales internacionales y municipales), *op.cit.,* p. 5.

– El principio de la representación.[336]

Se abordan sólo los principios de personalidad activa, pasiva y el de la universalidad, los más invocados para establecer la jurisdicción extraterritorial por los Estados miembros de la Unión Europea.
No hay duda de que las empresas y/o sus directivos pueden, sobre estas diferentes bases de la competencia, ser perseguido(s) penalmente por los actos cometidos en el extranjero. El juez penal respectivo **aplicará al procedimiento la ley penal de su Estado**, teniendo en cuenta el hecho de que las investigaciones estarán condicionadas a que los hechos denunciados estén también penados en el Estado en el que fueron cometidos (principio de doble incriminación, véase *infra*).

1. El principio de personalidad activa o el criterio relativo a la nacionalidad del presunto autor del delito.

Algunos instrumentos internacionales obligan a los Estados a contemplar la personalidad activa en su legislación nacional para perseguir a los autores de violaciones de derechos fundamentales, en particular la Convención contra la Tortura de 1984 (Artículo 5(1)(b)), y el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999 (Art. 7). Paralelamente, a través de algunas decisiones marco, la UE generaliza entre sus Estados miembros, el principio de personalidad activa para determinados delitos (ej. terrorismo, trata de personas, entre otros).

Aparte de estos supuestos, el principio de la personalidad activa está generalizado en los Estados miembros de la UE. La competencia fundada en la personalidad activa es considerada como **el corolario de la regla de la no-extradición de nacionales.** En este sentido, debe tener un alcance diferente según se aplique a las personas físicas o morales: siendo estas últimas por naturaleza no extraditables, el principio de personalidad activa deberá, por supuesto, aplicarse plenamente a ellas. En primer lugar, exploraremos las diversas formas que reviste este principio a través de la legislación penal de algunos Estados miembros de la UE; a continuación, nos ocuparemos de las cuestiones transversales que deben ser aclaradas si deseamos que la personalidad activa constituya, en el seno de la UE, una base sólida para perseguir a las empresas que violen los derechos humanos en terceros países.

336 Sobre el principio de representación, L. Reydams afirma que "según el Comité Europeo de Problemas Penales, el término refiere a casos en los cuales un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial cuando se considere que actúa por otro Estado que está directamente implicado, siempre que se cumplan ciertas condiciones. En general, las condiciones incluyen la solicitud de otro Estado para hacerse cargo de los procedimientos penales, o bien la negativa de una solicitud de extradición a un Estado que no pedirá la extradición". (traducción libre) L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives* (Jurisdicción Universal: Perspectivas legales internacionales y municipales), *op.cit*., p. 22.

La personalidad activa en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea

En **Bélgica**, el sistema de personalidad activa depende de si los hechos en cuestión están clasificados como "delitos comunes", o como violaciones graves al derecho internacional humanitario.

– La competencia de los tribunales belgas y la utilización consecuente de la legislación Belga se aplica a todos los belgas (personas físicas o morales) autores de los crímenes y delitos "comunes" cometidos en el extranjero, si se cuenta con la **presencia** del sospechoso en territorio belga y se **respeta el requisito de la doble incriminación**.[337] Cuando la víctima de las violaciones sea extranjera, lo que es más probable, el Estado belga podrá intervenir a título subsidiario si, además de la exigencia de que el presunto delincuente se encuentre en el territorio belga y no pueda ser extraditado, la intervención del tribunal belga será necesariamente **precedida por una denuncia previa de la víctima o su familia, o por la comunicación de una solicitud de requerimiento de la autoridad extranjera del lugar donde sucedió la infracción.**[338]

Por lo tanto, podrá ser procesada en Bélgica, toda empresa multinacional con sede en dicho país, cuyas sucursales o filiales mayoritariamente controladas violentan los derechos fundamentales fuera de las fronteras Belgas, cometiendo un delito incriminado tanto por la ley Belga como por la ley del lugar donde se cometió el ilícito. Esto, con el objetivo de superar la inercia o la incapacidad material de poner en práctica la persecución penal en el Estado en donde se cometieron los actos ilícitos. Por supuesto, el éxito de estas acciones dependerá de la admisibilidad o no del levantamiento del velo corporativo, en cada caso en particular.

– En casos de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el principio de personalidad activa se aplica cuando el presunto autor sea de **nacionalidad** belga o tenga su **residencia principal** en Bélgica, (estos criterios pueden ser, respectivamente, determinados en el momento de la comisión del delito, o al inicio

---

337 El sistema de personalidad activa está previsto en los artículos 6, 7 y 9 de la Ley del 17 de abril 1878 que contiene el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal (Sólo la hipótesis del artículo 7 tiene una importancia real para nuestro problema). El requisito de la doble incriminación no es necesario si uno de los elementos constitutivos del delito -en su mayoría cometidos fuera del territorio belga- se realizó en Bélgica. Véase Cass. belge, 18 de noviembre de 1957, *Pas*., 1958, I, p. 285.

338 Por otra parte, en este último caso, la acusación se pondrá en marcha sólo a petición del Ministerio Público belga, de conformidad con el artículo 7(2) de la Ley del 17 de abril 1878 que contiene el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal. También debe tomarse en cuenta que si el Belga que cometió un delito en el extranjero cuenta con un coautor o un cómplice fuera, el artículo 11 de dicha ley establece que éste puede ser procesado en Bélgica en forma conjunta con el acusado belga, incluso después de la condena del nacional, siempre que el coautor o cómplice sea capturado en territorio belga.

de los procedimientos penales).[339] En este caso, **no se requiere que el acusado se encuentre en Bélgica**[340] (veremos, sin embargo, que este "aligeramiento de condiciones" sólo será trascendente cuando el acusado sea una persona física), o que exista la **doble incriminación**. No hay información sobre qué debe entenderse por la residencia principal de una persona jurídica en Bélgica.

Mientras tanto, en **Francia**, la nacionalidad francesa de las personas jurídicas o físicas dará lugar a la competencia de los tribunales franceses si se demuestra que eran franceses al momento de la comisión del delito en el extranjero, o al inicio del procedimiento penal en Francia. El mantenimiento de la alternativa impide que una persona adquiera otra nacionalidad con el fin de escapar de la persecución penal. En cualquier caso, la **doble incriminación** es un requisito en todos los delitos cometidos en el extranjero por un nacional francés, requisito que sólo será necesario si el nacional es un cómplice y no el autor principal de los hechos.[341] En caso de delito, sólo el ministerio público podrá decidir sobre el ejercicio de la acción pública.[342] Sin embargo, ésta debe ser **precedida por una denuncia de la víctima o sus acreedores o por una denuncia oficial por parte de la autoridad del país donde se cometió el acto**. La persecución fundada en la personalidad activa es subsidiaria en relación al Estado del territorio donde se cometió el delito, y no se ejercerá si hay una sentencia extranjera ejecutoriada por los mismos hechos (salvo si se tratara de una amnistía).[343]

La presencia del sospechoso en el territorio no es necesaria para iniciar un procedimiento, y un juicio *en rebeldía* (en ausencia del presunto autor del delito) es posible.

Denuncia en Francia contra una filial y la empresa matriz del grupo francés Rougier, sospechosos de la comisión de múltiples delitos en Camerún

El 22 de marzo de 2002, siete aldeanos de la región Djoum en Camerún, presentaron una denuncia penal acompañada por una demanda civil el Decano de los jueces de instrucción de París, las demandas alegan destrucción de bienes, falsificación, fraude, posesión de bienes robados y soborno de funcionarios. Estas acciones fueron entabladas contra la dirección de la Sociedad forestal de Doumé (SFID por su siglas en francés), filial camerunesa del

339 Art. 6, 1°*bis* del Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal modificado por la ley del 5 de agosto de 2003 relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, M.B., 7 de agosto de 2003.

340 B. Swart, *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux* (El lugar de los criterios tradicionales de la jurisdicción en el juzgamiento de crímenes internacionales), en *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Eds. A. Cassese y M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, pp. 567 y sig.

341 Art. 113(6) y 113(5) del Código Penal Francés. Véase sobre este tema: Cass. Crim. (fr.), 10 de febrero de 1999, *Bull. crim*, No. 15, D. 1999, jurisprudencia p. 491, nota. A. Fournie.

342 El artículo 113(8) del Código Penal Francés establece que: en los casos previstos por los artículos 113(6) y 113(7), la persecución de los delitos sólo podrá ser ejercida a petición del Ministerio Público. (traducción libre)

343 Art. 113(9) del Código Penal Francés.

Grupo Rougier (lider mundial en la industria maderera), asi como de su empresa madre, la compañía francesa Rougier SA, con sede en Francia.

Los demandantes alegaron que los hechos descritos se inscriben en el marco del saqueo ilícito de recursos forestales en detrimento de la población local. En efecto después de haber explotado ilegalmente varios tipos de madera -sin licencia de explotación- y destruido campos para establecer vías de acceso a las zonas forestales, la empresa SFID se opuso al pago de cualquier indemnización que fuese reclamada por los habitantes del pueblo saqueado. Los demandantes se enfrentaron a la inercia del gobierno local, considerado como, y del que se sospecha haber sido beneficiaro directo o indirecto de la SFID. La denuncia presentada por los demandantes ante la Procuraduría General de la República de Camerún fue sobreseída.

Ante la evidente corrupción local (producto de la alianza entre la filial inculpada y las autoridades nacionales camerunesas), y con el fin de ver garantizado su derecho a un recurso efectivo ante un juez independiente e imparcial, los demandantes presentaron una denuncia en Francia con base en los principios de personalidad activa y territorialidad. De manera acuerdo con los demandantes, Rougier SA, empresa de nacionalidad francesa contra la cual se dirigió la demanda, sería responsable de encubrimiento y complicidad puesto que dicha empresa habría cobrado los dividendos producidos por la SFID a sabiendas que dichos dividendos eran el producto de una actividad ilícita, la madera habiendo sido saqueada del Camerún para ser importada a Francia[344] A la luz de las denuncias anteriores contra la SFID,[345] la empresa madre Rougier SA no podía desconocer las actividades ilegales de su filial.

De acuerdo con las víctimas, Rougier SA también debería ser sometida a juicio por su presunta participación en otros crímenes atribuibles a su filial SFID, no sólo por ser el principal beneficiario, sino también tomando en cuenta la interdependencia existente entre las dos empresas: Rougier SA posee una participación mayoritaria en SFID, y las cuentas de estos últimos se integran fiscalmente a aquellas de la empresa matriz. Del mismo modo, en el momento de los hechos (1999), una misma persona desempeñaba las funciones de la Dirección General tanto de la SFID como de su empresa madre, siendo la gestión de ambas desempeñada por administradores comunes.[346] Los denunciantes argumentaron que esta estrecha superposición de capital y dirección entre empresas jurídicamente independientes, significaba que las decisiones adoptadas por SFID eran obviamente impuestas de manera directa por Rougier SA. Los quellerantes argumentaron que, en consequencia, Rougier debía ser perseguida por su responsabilidad personal (y no bajo una responsabilidad indirecta), ya

---

344 El principio de "territorialidad- ubicuidad" se aplica aquí. El artículo 113-2 del Código Penal Francés establece que un delito se considera cometido en el territorio de la República si un elemento de éste ocurrió en territorio francés. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, el encubrimiento iniciado en el extranjero, pero continuado en Francia, recae dentro de la jurisdicción francesa.

345 En 2001, la SFID fue condenada por tres cargos: por la exportación ilegal de especies protegidas (*assamela*), por falsificación de documentos de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y por haber superado las cuotas en la madera.

346 La mayoría de los representantes y funcionarios locales de la SFID tienen nacionalidad francesa.

que había colocado a su filial, oficialmente el autor principal de los hechos, en una situación de simple ejecutante. La filial no era más que el instrumento mediante el cual se cometió el delito, mientras el acto denunciado fue realizado por orden del grupo, en su propio interés y con los medios previstos por éste.

El 13 de febrero de 2004, la Sala de Instrucción de la Corte de Apelación de París confirmó la decisión de desechar la denuncia, citando dos obstáculos procesales. En primer lugar, la persecución de los delitos (así fueron calificados los hechos en este caso) cometidos por los nacionales franceses en el extranjero sólo pueden ser perseguidos a petición del ministerio público (artículo 113-8 del Código Penal Francés), mismo que se había negado en virtud de las solicitudes realizadas el 27 de septiembre de 2002: aunque el impacto económico de los hechos denunciados sobre la población local no pudiera ser debatido, el Ministerio Público consideró que los actos denunciados no eran de una gravedad suficiente para justificar el ejercicio de la acción penal. En segundo lugar, la Corte de Apelaciones invocó el artículo 113-5 del Código Penal Francés, en el sentido de que el cómplice francés (Rougier SA) de quien se presumía un delito cometido en el extranjero, no podrá ser perseguido en Francia, salvo si el autor principal del crimen o delito ha sido condenado por una sentencia definitiva de la jurisdicción extranjera. Sin embargo, es precisamente por la imposibilidad de obtener un juicio justo en Camerún que los denunciantes habían elegido "acudir" a los tribunales franceses. A pesar de este hecho, la Corte desestimó este argumento y juzgó que no existían pruebas suficientes del delito de corrupción en Camerún. Se interpuso un recurso de revisión, el cual tambíen fue rechazado. Una demanda fue presentada ante la Corte Europea de Derechos Humanos por la ONG Sherpa, accíon que fue posteriormente declarada inadmissible.[347]

Perspectivas

Si se desea aumentar la probabilidad de la persecución basada en el principio de la personalidad activa, la condición impuesta por las jurisdicciones francesas de que el crimen o el delito investigado haya sido comprobado mediante sentencia definitiva de la jurisdicción extranjera, debería revisarse. Hacer que la condena de una sociedad matriz en Francia dependa de aquella de sus cómplices en el extranjero es problemático por varias razones. En primer lugar, significa no tener suficientemente en cuenta el estado del sistema judicial del país en el que se establece la filial: la falta de recursos y la corrupción serán en general un obstáculo a toda condena de estas últimas. En segundo lugar, la empresa matriz y su filial son en algunos casos cómplices de violaciones graves de derechos humanos, cuyos autores principales son los representantes oficiales del Estado donde se encuentra operando la filial: la inmunidad penal de éstos ante los tribunales nacionales evitará cualquier intento de enjuiciar a las empresas culpables de actos de participación. El enfoque adoptado por el

347 Véase, Sherpa, *Rapport d'activités 2006, actualisé au 2 mai 2007* (Informe de actividades de 2006, actualizado al 2 de mayo de 2007), p. 2.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que declaró que una persona puede ser condenada por complicidad a pesar de que el autor no haya sido identificado, es preferible.[348]

Por último, sería interesante examinar la elección discrecional ejercida por el Ministerio Público. ¿No debería ser necesario que las víctimas puedan apelar su decisión, sobre todo cuando no hay otro país en el que su queja pueda ser efectivamente escuchada? Se teme que en tales casos el Estado pueda ser juez y parte. La autoridad persecutora también es un Estado receptor (y a veces incluso es el accionista mayoritario) de una poderosa empresa que crea riqueza. Teniendo en cuenta las fuertes sanciones pecuniarias que podrían ser impuestas después de un proceso, podría ser difícil perseguir a una empresa multinacional cuya matriz se encuentra en su territorio.

Explotación maderera de DLH y la perpetuación del conflicto en Liberia

El caso enfrenta a Global Witness, Sherpa, Greenpeace Francia, Amigos de la Tierra y un activista Liberiano en contra de la multinacional DLH (Dalhoff, Larsen y Horneman), un proveedor de madera con operaciones a nivel mundial. Los demandantes presentaron una denuncia ante el Ministerio Público en el Tribunal de Nantes, Francia, a finales de 2009.

Los demandantes acusaron a DLH-France de haber contribuido a la guerra civil en Liberia entre 2000 y 2003, abasteciéndose de las empresas de Liberia, quienes apoyaron al régimen del dictador Charles Taylor, que era en ese momento objeto de sanciones internacionales. DLH-France fue declarada culpable por el encubrimiento en la compra de madera procedente de concesiones madereras ilegales, punible con arreglo al artículo 321-1 y siguientes del Código Penal Francés. Según un comunicado de prensa de Global Witness, "la denuncia se basa en pruebas sólidas de la **implicación de los proveedores de DLH en actividades ilícitas** tales como el soborno, la evasión fiscal, la degradación del medio ambiente, el comercio de armas en violación del embargo de la ONU y violaciones de derechos humanos."[349] El caso está aún en curso. Dos otros casos, uno contra DHL Nordisk A/S (como autor de la violación) y el otro contra DHL A/S como cómplice, fueron presentados en Dinamarca.

---

348 Véase TPIR, *El Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu*, 2 de octubre de 1998, Caso No. ICTR-96-4, párr. 530-531. El Tribunal de Casación belga sostuvo que: "cualquiera que participe en la comisión de un crimen o delito, será castigado como autor o cómplice, si todas las condiciones de participación criminal se cumplen, aún cuando el autor principal escape a la persecución". (traducción libre) (Véase Cass.b., 5 de noviembre de 1945, *Pas*., 1945, I, p .364). Aunque el autor sea desconocido, el cómplice sigue siendo objeto de enjuiciamiento y condena (Véase Cass.b., 31 de mayo de 1897, Pas., 1927, I, p. 108). Véase igualmente A. Clapham y S. Jerbi, *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses* (Niveles de complicidad corporativa en violaciones a derechos humanos), New York, 21-22 de marzo de 2001, p. 2.

349 Global Witness, Comunicado de prensa: *L'entreprise forestière internationale DLH accusée d'avoire financé la guerre au Libéria* (Empresa de mensajería DHL, acusada de haber financiado la guerra en Liberia), 18 de noviembre de 2009, www.globalwitness.org/.

El principio general de la personalidad activa está especialmente consagrado en los códigos penales de **Alemania, Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Holanda, Portugal y Suecia.**

Dos características comunes a todas las disposiciones penales se pueden identificar: aparte de excepciones específicas, **todos los crímenes y delitos** (el delito debe tener un cierto grado de gravedad, lo que excluye automáticamente a las infracciones) **pueden ser perseguidos con base en la personalidad activa, siempre que también sean punibles en el Estado donde se cometieron** (doble incriminación).

En **Dinamarca**, la competencia de la personalidad activa se extiende a los residentes extranjeros, y los ciudadanos y extranjeros residentes en Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, si éstos están presentes en Dinamarca en la fecha del inicio de los procedimientos, y no en la fecha de la comisión del crimen. Un esquema similar se prevé en Finlandia y Suecia.[350] También es interesante observar que Grecia no condiciona el ejercicio de la personalidad activa a la doble incriminación, si los hechos se cometen en un país carente de organización estatal, y similarmente en Portugal, si los hechos se cometen en un lugar donde no exista un poder represivo.

El principio de personalidad activa, sin embargo, es rechazado por el **Reino Unido, país que generalmente acepta la extradición de sus nacionales.**[351] Sin embargo, existe una excepción a esta regla, en los supuestos contenidos en la Ley de Delitos contra la Persona de 1861 (*Offences against the Person Act*),[352] y la Ley sobre la Corte Penal Internacional (*International Criminal Court Act*), de 2001.[353]

---

350 Sección 6, Capítulo 1 del Código Penal Finlandés. Véase también la Sección 11, Capítulo 1 del Código Penal de Finlandia que establece los principios de la doble incriminación y de la *lex mitior*. Acerca de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales finlandeses, véase M. Joutsen, R. Lahti y P. Pölönen, *Criminal Justice Systems in Europe and North America: FINLAND* (Los sistemas penales en Europa y América del Norte: Finlandia), Helsinki, Finlandia, 2001, pp. 8-9, www.legal.coe.int/. Sobre la ley sueca, véase la Sección 2 Chapter 2 del Código Penal sueco.

351 B. Swart, *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux* (El lugar de los criterios tradicionales de la jurisdicción en el juzgamiento de crímenes internacionales), *op.cit*., pp. 567 y sig. L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives* (Jurisdicción Universal: Perspectivas legales internacionales y municipales), *op.cit*., p. 202.

352 La ley de los "delitos contra la Persona" (*Offences against the Person Act*) de 1861 establece la jurisdicción sobre el asesinato y el homicidio involuntario (art. 9) y sobre la bigamia (art. 57) cometidos por los británicos, independientemente de su ubicación. La persecución en estos casos, sin embargo, sólo se llevará a cabo si regresa voluntariamente al Reino Unido después de la comisión del delito, y la persecución por parte del Estado donde se cometió el delito sea imposible.

353 La Ley sobre la Corte Penal Internacional (*International Criminal Court Act*), de 2001 incorpora al derecho interno "el corazón" del Estatuto de Roma. Los artículos 51 y 68 resumen el alcance de la jurisdicción *ratione personae* y *loci*. Bajo esta ley, la jurisdicción extraterritorial se limita a la persecución de los residentes en el Reino Unido, en el momento del crimen, o que se han convertido en residentes después del crimen y que continúen siendo residentes al inicio del procedimiento.

2. Preguntas transversales

Existen varios puntos que deben aclararse sobre el principio de la personalidad activa:
– El significado de la nacionalidad y su adquisición;
– La extensión del principio a los residentes;
– La doble incriminación; y
– La necesidad de la presencia en el territorio de la persona acusada.

En su aplicación a las personas jurídicas, estas preguntas revisten una complejidad particular.

a) El significado de la nacionalidad y su adquisición

El uso de la nacionalidad como criterio de vinculación a un país puede ser problemático en los casos donde se involucre la responsabilidad penal de una persona jurídica, debido a que la nacionalidad no se le confiere del mismo modo de que le es otorgada a las personas físicas.[354]

La determinación de la nacionalidad de una sociedad consiste en identificar el "orden jurídico estatal donde la empresa mantiene su personalidad jurídica y bajo el imperio de la ley en la cual se organiza y funciona".[355] De acuerdo con la resolución de la Corte Internacional de Justicia del 5 de febrero de 1970 en el caso *Barcelona Traction Light and Power* respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas, el derecho internacional establece una analogía con las normas que rigen la nacionalidad de las personas físicas. La regla tradicional atribuye el derecho a la protección diplomática de una empresa al Estado **bajo cuya legislación se ha constituido y en cuyo territorio tenga su sede**.[356] En realidad, el derecho internacional público parece no haber expresado ninguna preferencia por algún criterio. **Corresponde a cada Estado**, como lo ha hecho mediante la adopción de reglas sobre la atribución de la nacionalidad de las personas, **decidir en qué condiciones se considera que**

---

354 Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law* (Derecho Internacional de Oppenheim), vol. 1, 9ª ed., 1996, p. 861: "El concepto de la nacionalidad en relación con las empresas no tiene un fundamento legislativo en las leyes nacionales que existen en el caso de los individuos, y es mucho más abierto a una evaluación pragmática conforme al grado de apego de la empresa al Estado". (traducción libre) Para los individuos, el criterio de la nacionalidad también puede plantear dificultades de interpretación: ¿La personalidad activa puede ser aplicada a un nacional que nació en el extranjero, vive en el extranjero y que pueda tener igualmente la nacionalidad del nuevo país de residencia? Véase L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal legal perspectives* (Jurisdicción Universal: Perspectivas legales internacionales y municipales), *op.cit*., p.23.

355 Véase P. Van Ommeslaghe y X. Dieux, Examen de jurisprudence (1979-1990) (Exámen de la jurisprudencia 1979-1990). Les sociétés commerciales R.C.J.B., 1992, p. 673.

356 C.I.J., Caso *Barcelona Traction Light and Power Company (Bélgica Vs. España)*, 5 de febrero de 1970, Rec. 1970, p. 43.

una empresa de su "nacionalidad", debe cumplir con las normas cuya observancia se aplica a todos sus ciudadanos, independientemente de su lugar de trabajo.[357]

Según las normas generales del derecho internacional privado, las empresas tienen la nacionalidad del **lugar de inscripción** (registro) o del Estado en cuyo territorio tengan su **domicilio social**. Existe una amplia variedad de posiciones sobre el factor decisivo. Por lo tanto, el criterio de **control**, que se basa en la nacionalidad de los accionistas mayoritarios o de las personas que dirijan efectivamente la empresa, también podría ser utilizado para establecer su nacionalidad.[358] Lo mismo sucede con el **lugar donde se desarrolla la actividad principal** de la empresa.[359]

El criterio de la nacionalidad como criterio de vinculación, aun cuando sea claramente definido por la ley, puede resultar controvertido.[360]

Bajo la **ley Belga** (Art. 56 de la Ley de Sociedades), el **domicilio social** real de la empresa determinará la ley aplicable a ésta. Todas las empresas que tengan su domicilio social en Bélgica "se consideran bajo la legislación belga, incluso si han sido válidamente constituidas en un país extranjero y que siempre hayan operado bajo las leyes de este país".[361] Por el contrario, una empresa constituida en Bélgica, que tenga su domicilio social real en un país extranjero se considera como "ciudadana" de ese Estado, aun cuando la legislación de dicho país imponga una norma diferente (por ejemplo, el criterio del domicilio social).[362] El "domicilio

---

357 El criterio de eficacia, a que refiere la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* sobre individuos, fue desechado en relación con las personas jurídicas. La decisión del 5 de febrero 1970 de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* es explícito al respecto: "En el ámbito específico de la protección diplomática de las personas jurídicas, ningún criterio absoluto de los nexos mínimos ha sido aceptado de manera general". (traducción libre) (Rec., 1970, p. 43).

358 Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public* (Derecho Internacional Público), Paris, L.G.D.J., 6ta Ed. (M. Forteau, P. Daillier y A. Pellet), 1999, p. 492. Véase por ejemplo la decisión del Consejo Federal del 30 de octubre de 1996, en L. Calfisch, *La pratique suisse en matière de droit international public*, *1996, Rev. Suiza de derecho internacional y derecho europeo,* vol. 7, 1997, p. 673, citado por A. Clapham, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons* (La cuestión de la competencia sobre personas jurídicas bajo el derecho penal internacional), *op.cit.,* p. 188.

359 M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité* (El principio de la universalidad en el derecho penal internacional- Derecho y obligación de los Estados de investigar y juzgar de acuerdo al principio de universalidad), Bruylant, Bruselas, 2000, p. 26.

360 Véase *infra* caso Trafigura en Costa de Marfil donde el juez invocó la ausencia de un nexo con Francia incluso cuando los acusados (ej. El director de la compañía) tenían nacionalidad francesa.

361 D. Vandermeersch, *op.cit.,* p. 246.

362 R. Prioux, *Les sociétés belges et les sociétés étrangères* (Las empresas belgas y las empresas extranjeras), en *Dernières évolutions en droit des sociétés,* C.U.B., Bruselas, Ed. de jeune Barreau de Bruxelles, 2003, pp. 311 y 312.

social real" se puede definir como aquél en donde se encuentra la dirección jurídica, financiera y administrativa de la empresa.[363]

Un criterio similar se utiliza en **Francia:** conforme al derecho francés, será francesa la persona jurídica que tenga su domicilio social real en Francia, aunque sea controlado por extranjeros.[364]

Debido a que las reglas que regulan la nacionalidad de las empresas varían mucho entre los diferentes países, el principio de personalidad activa de las personas jurídicas podría crear **numerosos conflictos de competencia**.[365] Varios Estados han extendido también este principio a las personas que han adquirido la nacionalidad después de la comisión del delito. En 1990, el Consejo de Europa consideró que "el poder legislativo debe, al establecer su competencia sobre las personas jurídicas conforme al principio de personalidad activa, indicar claramente las normas en virtud de las cuales las considera como sus nacionales".[366] El Consejo añadió que en ausencia de esta aclaración, "desde el punto de vista de la previsibilidad, la ubicación de la sede de esa persona parece ser el único criterio aceptable".[367]

b) La extensión del principio de personalidad activa a los residentes

La tendencia actual es la extensión de la competencia basada en el principio de personalidad activa del vínculo que resulte de la **residencia habitual o de la residencia principal del sospechoso en el territorio del Estado que pretende ejercer su competencia extraterritorial**[368], más allá del vínculo de la nacionalidad.

Los **países escandinavos** generalmente aplican el principio de residencia de la personalidad activa.

El Código Penal **Suizo** prevé la aplicación del principio de personalidad activa en ciertos casos cuando la extradición del autor no se justifique.[369]

---

363 G.-A. Dal y A.-P. André Dumont, *Personnalité juridique des sociétés* (Personalaidad jurídica de las sociedades), en *Centre d'Etudes Jean Renauld, Le nouveau Code des sociétés,* Bruylant, Bruselas, 1999, p.205.

364 A. Huet y R. Koering-Joulin, *Droit pénal international* (Derecho Penal Internacional), Paris, PUF, 2da Ed., 2001, p. 208; M. Delmas-Marty, *Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international), op.cit*., p. 258.

365 M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international* … (El principio de la universalidad en el derecho penal internacional- Derecho y obligación de los Estados de investigar y juzgar de acuerdo al principio de universalidad), *op.cit*., p. 26.

366 Consejo de Europa, *Compétence extraterritoriale en matière pénale* (Jurisdicción extraterritorial en materia penal), 1990, pp. 29 y 30.

367 *Ibid*.

368 A. Cassese, *International Criminal Law* (Derecho Penal Internacional), Oxford, 2003, p. 282

369 M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international* ... (El principio de la universalidad en el derecho penal internacional- Derecho y obligación de los Estados de investigar y juzgar de acuerdo al principio de universalidad), *op.cit*., p. 25.

El **Reino Unido** y **Bélgica** aplican el concepto del vínculo de la residencia de los acusados de cometer violaciones al derecho internacional humanitario.[370]

Por último, en un caso de genocidio, la **Corte Suprema Federal alemana** sostuvo que los tribunales alemanes tienen competencia cuando el acusado haya vivido en Alemania por varios meses, haya establecido ahí su centro de sus actividades o bien haya sido detenido en Alemania.[371]

Esta extensión tiene aún más sentido cuando el Estado donde se cometió el delito enfrenta dificultades para obtener la extradición.

Identificando la residencia principal de la empresa multinacional Total en Birmania

En una resolución del 5 de mayo de 2004 en el caso *Total en Birmania,* la Corte de Casación belga decidió que "no puede considerase, como se argumenta, que el grupo multinacional Total tiene su residencia principal en Bélgica como resultado de la constitución de su centro de coordinación de operaciones en Bruselas", cuando se estableció, en conformidad con el Real Decreto N° 187 de 30 de diciembre de 1982, que dicho centro de coordinación esta registrado bajo la ley Belga como una sociedad de responsabilidad limitada y de personalidad jurídica propia, lo que le impide ser considerado como la sede de la empresa TotalFinalElf.[372] La Corte añadió que de acuerdo con los artículos 24 y 62bis del Código Belga de Procedimiento Penal, es la ubicacíon de la sede o domicilio social de la persona jurídica, la que determina las reglas de competencia y de admisibilidad de la acción pública relativa a los delitos y faltas cometidos fuera del país. La Corte resolvió que las condiciones necesarias para la aplicación extendida del principio de la personalidad activa, introducido por la ley Belga el 5 de agosto de 2003 y relativo a violaciones graves al derecho internacional humanitario, no se habían cumplido, y por lo tanto Total SA no tenía su sede en Bélgica, sino en Francia.

Los trabajos preparatorios de la ley del 5 de agosto de 2003 no aportan certeza alguna sobre el alcance que debe darse a la residencia principal de una persona jurídica y, *a fortiori,* de una empresa multinacional. Difícilmente aplicables de manera análoga a la persona jurídica,

370 La Ley de Crímenes de Guerra (*War Crimes Act*) de 1991 introduce la posibilidad de perseguir penalmente a cualquier ciudadano británico o residente en el Reino Unido por ciertos delitos cometidos entre 1935 y 1945 en Alemania o en los territorios ocupados por Alemania, (los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, mencionan este ejemplo en su voto particular conjunto anexo a la Sentencia del 14 de febrero de 2002 por la Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre la orden de detención del 11 de abril de 2002). Véase también más arriba, la ley de la Corte Penal Internacional, de 2001 arriba mencionada. Para Bélgica, véase el art. 6, 1º bis del Título Preliminar del Código Procedimientos Penales.

371 Bundesgerichtshof, 13 de febrero de 1994, 1 BGs 100.94, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1994, p. 232. Citado por el Presidente Guillaume en su opinión individual anexa al fallo de fecha 14 de febrero de 2002 por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la orden de arresto del 11 de abril de 2000.

372 Caso. b., 5 de mayo de 2004, Ref. P.04.0482.F/3 (en el caso Totalfinaelf).

las "directrices" proponen determinar la residencia principal de una persona física en "base a una situación de hecho".[373]

Debido a que el concepto de residencia es un concepto factual, los querellantes habían considerado conforme a la realidad concreta que la sede del grupo Total estaba localizada en el domicilio de su centro de coordinación, establecido en Bruselas. En concordancia con su nombre, los centros de coordinación tienen por finalidad coordinar y centralizar las actividades administrativas y financieras de las empresas multinacionales. En este contexto, las actividades financieras del Grupo Total se concentraban en el centro de coordinación, el cual centralizaba los pagos del Grupo, coordinaba la tesorería y los financiamientos de las inversiones en beneficio de las empresas del grupo. La preferencia por una unidad central de coordinación en vez de la pluralidad de las sedes de cualquiera de los componentes del Grupo implicado en los hechos alegados, representaba para las víctimas el beneficio de tener un factor unificador, legítimo y pertinente. Aunque criticado, el interés de la sentencia de la Corte de Casación deriva del hecho que confirma que, **en ningún caso, un grupo multinacional puede ser visto como un todo.** Además, a pesar de que la empresa matriz del Grupo Total y su filial en Birmania fueron específicamente mencionadas en la denuncia, no se determinó que el domicilio de la empresa matriz estuviera en Bélgica, ya que aunque era la sede de la administración central del grupo, la empresa belga era una persona jurídica independiente.

Por razones de seguridad jurídica de las personas jurídicas en cuestión, sería más apropiado usar el **concepto de domicilio** como un criterio de conexión alternativo al de la nacionalidad, ya que podría ajustarse a la definición contenida en el artículo 60 del Reglamento (CE) No. 44/2001 del 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El domicilio se define como el lugar donde esta localizado el **domicilio social**, ya sea donde se encuentra **la administración** central, o donde se encuentra el **principal establecimiento** de la empresa (véase la Sección II, Parte I).

Sin embargo, debe admitirse una vez más que el alcance de estos términos no es muy claro, ya que se superponen parcialmente. ¿Cómo se diferencian? ¿Sería preferible el criterio de la sede real, adoptado por algunos Estados para determinar la nacionalidad de una empresa? Todas las diversas soluciones adoptadas por los Estados miembros de la UE complican los procedimientos legales y contribuyen a mantener los conflictos de competencia.

---

373 Véase principalmente el trabajo preparatorio del artículo 3 de la Ley del 19 de julio 1991 de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley sobre violaciones graves del derecho internacional humanitario, *Doc. parl.,* Ch. Repr., *Sess.extr.*, 51 0103/00, pp. 4-5, el Informe de Goris, del 28 de julio de 2003, sobre el anteproyecto de Ley Violaciones graves del derecho internacional humanitario, *Doc. parl.*, Ch. Repr., *Sess.extr.*, 51 0103/003, pp. 36-37.

c) La doble incriminación

En general, los procedimientos penales por actos cometidos en el extranjero están sujetos al principio de la doble incriminación del delito, que constituye una aplicación de la regla de "la legalidad de los delitos y las penas" (principio básico en virtud del cual un juez no puede condenar a una persona si el delito no está establecido por la ley). El concepto de la doble incriminación implica verificar si el hecho objeto de persecución penal es **punible tanto bajo la ley del Estado donde se cometió el delito, como bajo la ley del Estado cuya jurisdicción sea competente.**[374]

En procesos penales dirigidos contra una empresa, la pregunta toma un enfoque especial: ¿La doble incriminación refiere sólo a la cuestión de saber si existe la **incriminación de los hechos en el extranjero** (la doble incriminación *in abstracto*), o también a la **imputación de los hechos a la persona sospechosa** (la doble incriminación *in concreto*)?[375] Algunos autores optan por la segunda alternativa, la no incriminación de los hechos en el extranjero a la persona jurídica no significa la irresponsabilidad de esta última: el hecho no sería castigable en su contra, sino exclusivamente en contra de las personas físicas identificadas.[376] La dificultad para las víctimas se encuentra nuevamente en el hecho de que no **todos los Estados en el mundo aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas** y, entre aquellos que lo aceptan, algunos privilegian el principio de especialidad al de generalidad.

También hay que señalar que **cuando el delito es especialmente grave, algunos Estados miembros no condicionan el ejercicio de la personalidad activa al de la existencia de la doble incriminación.**

---

374 D. Vandermeersch, *op.cit*., p. 258. de acuerdo con la doctrina belga y francés, no es necesario que la calificación dada a los hechos sea idéntica dentro de las dos legislaciones.

375 De acuerdo con este segundo principio, es importante comprobar si el sospechoso puede ser procesado y castigado bajo la ley del Estado en donde se cometió el delito, teniendo en cuenta principalmente los principios de responsabilidad (¿la responsabilidad penal de las personas jurídicas es admitida en el tercer Estado?) y las causas de exclusión de la culpa, de la pena o del enjuiciamiento. Véase D. Vandermeersch, *op.cit*., p.259. En este sentido, el autor cita a su vez la opinión de A. Nauw entregada al Parlamento sobre el proyecto de ley que modifica la Ley del 5 de agosto de 1991, sobre la importación, exportación y tránsito de armas, municiones y equipo destinado específicamente para uso militar y tecnología relacionada y que complementa el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, Doc. parl., Ch., sess. ord. 2000-01, No. 0431/009, p. 8; C. Van den Wijngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht,* Anvers, Maklu, 2003, pp. 1103 y 1104.

376 La determinación de la competencia y el alcance de las facultades de investigación de un juez instructor son determinadas por los hechos expuestos en el acto de reenvío, es solicitado *in rem*, y no *in personam*. En otras palabras, si la responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe en la ley que rige los hechos, sería suficiente que el magistrado se base en el principio clásico de la responsabilidad individual de las personas para justificar la continuación de una investigación que ha iniciado. D. Vandermeersch, *op.cit*., p. 260.

Es el caso de **Francia** cuando su nacional sea el autor principal de un delito en otro país.

Bélgica ofrece una competencia personal activa en sus tribunales, sin exigir el requisito de la doble incriminación para violaciones graves del derecho internacional humanitario. Ya que estos delitos son considerados normas de *jus cogens*, a menudo se considera que su prohibición se impone, en principio, a todas las personas -físicas y morales- independientemente de su incorporación a las distintas legislaciones penales nacionales.

Recuérdese también que **Grecia** y **Portugal** no requieren de la doble incriminación cuando el territorio en el que se cometió el delito, sufre respectivamente de la ausencia de una "organización estatal" o de un "poder de represión".

Demanda presentada en Francia contra los ejecutivos del grupo francés Total por los delitos de secuestro cometidos por una filial en Birmania

Durante un tiempo, los tribunales de los Estados Unidos, Francia y Bélgica investigaron simultáneamente las violaciones a los derechos humanos cometidas en las inmediaciones del gasoducto de Yadana en Birmania, operado por las empresas petroleras Unocal (estadounidense), Total (francesa), MOGE (birmana) y PTT (tailandesa), socios en un proyecto común. Total, originalmente denunciada junto a Unocal en el procedimiento civil en California,[377] se habría visto beneficiada en 1997 por un escrito de amicus curiae presentado en nombre de la República Francesa ante la Corte Federal de Los Ángeles, según el cual: "Francia se opone respetuosamente al ejercicio de la competencia personal [de la Corte] sobre Total y tiene la responsabilidad soberana de regular la conducta de sus ciudadanos corporativos, por consiguiente, mantener esta acción contra Total ante una corte estadounidense contraviene a los intereses de la política exterior de Francia".[378] El 26 de agosto de 2002, dos refugiados birmanos presentaron una denuncia en París con fundamento en el principio de personalidad activa, en contra de dos dirigentes de la multinacional francesa Total, por actos constitutivos del delito de secuestro.

377 Sobre este tema véase la parte relativa a la responsabilidad civil.

378 El *amicus curiae* es reproducido en el anexo de la obra de F. Christophe, *TotalFina: entre marée noire et blanchiment* (TotalFina: entre la marea negra y el blanqueamiento), Villeurbanne, Ediciones Golias, 2000.

Los fundamentos de hecho y de derecho de la denuncia[379]

Desde sus inicios (en 1992), el proyecto del gasoducto ha sido fuertemente criticado por varias organizaciones de defensa de los derechos humanos,[380] quienes sostuvieron que durante todas las etapas del desarrollo de sus actividades, la empresa Total S.A. (al igual que Unocal) no podrían más que mantener una estrecha colaboración con el régimen dictatorial de "Myanmar". La militarización de una zona de 63 km de longitud con el propósito de garantizar la seguridad de la contracción del construcción del gasoducto (comenzado en 1995). Provoco el desplazamiento de la población, el trabajo forzoso para la construcción de la infraestructura del Ejercito de Bimania (campamos, caminos, pistas de aterrizaje, etc.) y la movilización de civiles tanto para despejar el camino para la construcción de futuras carreteras como para desminar algunas zonas de minas antipersonales (o quiebra patas). Los testimonios de civiles y soldados birmanos que huyeron del país tienden a demostrar que **Total tuvo un conocimiento exacto de estas violaciones** y que la empresa dirigió algunos de los trabajos, remunerando a los soldados a través de la empresa birmana MOGE.

Fue en este contexto que los dos denunciantes, refugiados en Tailandia, afirman haber sido obligados por el ejército birmano a abandonar sus aldeas a finales de 1995 para realizar trabajos relacionados con la instalación del gasoducto de Yadana; habrían sido obligados a "trabajar bajo la constante amenaza del uso de violencia por parte de los batallones, quienes los amenazaban si no realizaban las tareas asignadas a ellos, y afirman haber sido testigos de abusos y violencia cometidos por estos batallones contra otros trabajadores en el mismo sitio."[381] Un testigo afirma haber visto a unos 300 trabajadores asignados para la construcción del helipuerto para el uso de Total.[382] Citando en particular el testimonio de soldados desertores y de los ejecutivos de Unocal, los denunciantes han reprochado a **Total haber reclutado y pagado a los batallones de la Junta Militar** (conocidos por los trabajadores como "los batallones de Total") **para vigilar las instalaciones**,[383] y por lo tanto **haberse beneficiado conscientemente del trabajo forzoso** en el sitio a pesar de las reiteradas denuncias por parte de la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, sobre la existencia en Birmania de este delito cometido a gran escala y sistémicamente.

---

379 Sobre las circunstancias de este caso, véase principalmente L. Hennebel, *L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis* (El caso Total-Unical en Birmania juzgado en Europa y los Estados Unidos), 2006, No. 26, p. 41 cridho.cpdr.ucl.ac.be/index.php?pageid=9.

380 Véase entre otros, FIDH, *La Birmanie, TOTAL et les droits de l'Homme: dissection d'un chantier* (Birmania, Total y los derechos humanos: la discreción de un astillero), octubre de 1996; *Total en Birmanie. Total pollue la démocratie - stoppons le TOTALitarisme en Birmanie* (Total en Birmania. Total contamina la democracia - que pondrá fin al TOTALitarismo en Birmania), Grupo transnacional de asociaciones (incluida la FIDH), 4 de julio 2005, www.fidh.org. Véase igualemente Earthrights International, *Total Denial* (Negación Total), 1996; Earthrights International, *Total denial continues* (Continúa la negación Total), mayo de 2000; Earthrights International, *Total Denial: More of the Same* (Negación Total: Más de lo mismo), septiembre 2001, www.earthrights.org/.

381 Extracto de la CA de Versalles, Sala de Instrucción, 10a Sala.-Sección A, 11 de enero de 2005, p. 8.

382 Documento dirigido al Presidente y Consejeros de la 10a Sala, Sección A de la Sala de Instrucción de la CA de Versailles, audiencia del 14 de diciembre de 2004 a las 11hrs., Caso No. 2004/01/600, pp. 11 y sig.

383 La vigilancia de las instalaciones fue proporcionada en virtud de un acuerdo entre las autoridades birmanas y la compañía francesa.

En la ausencia de un delito específico en la legislación francesa, los denunciantes consideraron que el trabajo forzado que habían sufrido y del cual se había beneficiado Total, era equivalente al crimen de secuestro tal como lo define el Código Penal Francés: en este caso habiando sido ejercido por la fuerza por los militares para llevar a cabo, entre 1995 y 1998, trabajos no remunerados, con la obligación de trabajr y residir en el lugar del proyecto sin alimentos o atención médica (lo que constituye una circunstancia agravante del delito de secuestro), durante un tiempo determinado y sin ninguna posibilidad de escape (amenazas de malos tratos).[384]

Sin embargo, **el principio de "especialidad"** que regula la materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia (**en el momento de la presentación de la demanda**), representó un obstáculo para la persecución de la empresa "Total" como tal: **no está establecido que el delito de secuestro pueda ser atribuido a una persona jurídica.** Sin excluir las responsabilidades individuales resultantes de la investigación del juez, como aquellas de los directores de operaciones, de las oficinas privadas empleadas localmente por la empresa, los demandantes identificaron a diferentes individuos como los principales responsables de las violaciones incluyendo a Thierry Desmarest, Presidente y Director General de Total SA y principal responsable del proyecto Yadana, en su calidad de Director de la División de Exploración y Producción de la empresa de julio de 1989 a 1995 y a Hervé Madeo, Director de la filial local Total Myanmar Exploration Production (METR por sus siglas en inglés) de 1992 a 1999.

La investigación comenzó en octubre de 2002, y en octubre de 2003 se celebró la audiencia ante el juez de instrucción que examinó a **Hervé Madeo** bajo la calidad de "testigo asistido" (intermediario entre un simple "testigo" y la persona acusada). El 11 de enero de 2005, la Sala de Instrucción de la Corte de Apelación de Versalles[385] rechazó la solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal de Nanterre.[386] Es interesante señalar que durante el juicio oral, el abogado francés de los denunciantes birmanos hizo referencia al procedimiento en los Estados Unidos y señaló que "Unocal, que está menos implicada que Total en este proyecto, decidió llegar a un convenio antes de someterse a un juicio. Esto significa que las pruebas aportadas por los denunciantes eran tales que podrían culminar en una condena."[387]

La juez de instrucción, sin embargo sobreseyó la denuncia el 10 de marzo de 2006, alegando la falta de una tipificación adecuada, al señalar que la ley establece que "los elementos constitutivos del delito de secuestro no estaban presentes en este caso", y que el trabajo forzoso

384 CA de Versailles, Sala de Instrucción, 10a Sala.-Sección A, 11 de enero de 2005, p. 10.

385 Véase CA de Versailles, Sala de Instrucción, 10a Sala.-Sección A, 11 de enero de 2005, p. 16

386 El fiscal consideró que, de acuerdo con los resultados de la investigación, las víctimas no fueron "detenidas y recluidas", de acuerdo con la denuncia, pero fueron víctimas en cambio de "trabajo forzado", delito que no existe en la legislación francesa.

387 P. Grangereau, *Travail forcé en Birmanie:* Unocal préfère transiger (El trabajo forzoso en Birmania: Unocal prefiere negociar), Libération, 14 de diciembre de 2004. Unocal concluyó un "acuerdo" en marzo de 2005 bajo el cual los demandantes birmanos desistieron de su acción civil en los tribunales de los Estados Unidos a cambio del pago de 30 millones de dólares. Para obtener más información, véase la parte de la Guía dedicada a la responsabilidad civil.

pareciere, por su parte, no poder ser probado en el estado actual de la ley Francesa, ya que es un "elemento factual susceptible de corroborar el delito de secuestro (...), y no el delito en sí mismo". En efecto, "el trabajo forzoso, a pesar de los compromisos internacionales de Francia, no constituye un delito penal en la legislación interna", y que "necesitando el derecho penal una interpretación estricta, es imposible aplicar el razonamiento utilizado para asimilar los trabajos forzados al delito de secuestro en ausencia de disposiciones legales expresas." La juez añadió en su resolución que "a pesar de los informes de organizaciones internacionales y de defensa de los derechos humanos y el compromiso parlamentario sobre las empresas petroleras, claramente el legislador no tuvo la intención de legislar sobre este tema". La juez, de instrucción sin embargo destacó que "las alegaciones de los ocho denunciantes que señalan que fueron víctimas de trabajo forzado (...) son coherentes entre sí y fueron confirmadas por varios testigos" y concluyó que "la veracidad de los hechos denunciados no puede ponerse en duda."[388]

Proceso transaccional

Antes de esta decisión de improcedencia por la corte, en el marco de un acuerdo hecho público el 29 de noviembre de 2005, Total se comprometió, impulsado por Unocal, a establecer un fondo de solidaridad de "5.2 millones para participar en acciones humanitarias colectivas a nivel local, en particular a favor de la vivienda, la salud y la educación en Birmania.[389] Aunque el Grupo reiteró su "rechazo categórico" a las acusaciones del uso de "trabajos forzados", el fondo también contempla una cantidad de hasta "10,000 euros[390] para indemnizar a cada denunciante, y para cualquier otra persona que pueda comprobar haber estado en una situación similar en la región cercana a la obra de construcción del gasoducto de Yadana. Las acciones de movilización de los fondos se llevarán a cabo bajo la supervisión de organizaciones humanitarias internacionales unánimemente elegidas por las partes.

Si bien este acuerdo implicó implícitamente el retiro de los cargos, la juez de instrucción no estaba en lo absoluto obligada por esta transacción, y por lo tanto debío continuar con el proceso de instrucción. Sin embargo, tras el acuerdo alcanzado, el desistimiento de la denuncia pudo haber puesto en peligro su ejecución. El 10 de marzo de 2006 la juez señaló en su decisión de desistimiento que tras este retiro de la denuncia, la audiencia de los denunciantes, así sea en calidad de meros testigos, como de las otras personas citadas en la denuncia, [...] sería de hecho imposible", ya que todos están hoy "en la clandestinidad en el territorio tailandés" donde están refugiados. Sin embargo, las audiencias habrían sido esenciales para "corroborar

388 La orden se mantuvo confidencial, sin embargo fragmentos extensos fueron citados en la prensa. Véase: M. Bastian, Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie (Total sobreseída, aunque el trabajo forzado haya existido en Birmania), Nota de AFP, 22 de junio de 2006; X., *Travail forcé en Birmanie: non-lieu de la justice française pour Total* (Trabajo Forzado en Birmania: sobreseimiento de la justicia francesa contra Total), L'Echo, 21 de junio de 2006.

389 Total, *Myanmar: Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour des actions humanitaires* (Myanmar: Total y la Asociación Sherpa alcanzan un acuerdo para establecer un fondo de solidaridad humanitaria), Comunicado de prensa de Total, 29 de noviembre de 2005, www.total.com/fr/.

390 Seis víctimas se sumaron a las dos denuncias originales.

el crimen", ya que los ocho denunciantes birmanos son los únicos capaces de proporcionar "los elementos de hecho para establecer el delito de secuestro".[391]

Debido a que crímenes internacionales están involucrados, la conformidad de estos convenios judiciales con las normas del derecho internacional de los derechos humanos podría ser cuestionada. La FIDH está muy interesada en este asunto en particular y solicitó concretamente al Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos, John Ruggie, analizar el tema de los acuerdos de transacción desde el punto de vista del derecho de las víctimas a la reparación.[392]

3. El principio de la personalidad pasiva (o el criterio de la nacionalidad de la víctima)

A nivel internacional, la Convención contra la Tortura de 1984 (artículo 5, 1°,c) y el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999 (artículo 7,2,a), entre otros instrumentos, mencionan el principio de la personalidad pasiva, pero sólo como una **competencia facultativa** y en solo contra de sus ciudadanos. La integración de este principio en el derecho penal de los Estados miembros de la UE ha sido lenta.[393]

El principio de la competencia personal pasiva en materia penal es una **competencia de protección**, tradicionalmente basada en la idea de que el ataque a un nacional de un Estado equivale a una violación contra el propio Estado. En nuestra hipótesis inicial, dado que la víctima debe tener la nacionalidad de un Estado miembro de la UE al momento de cometerse la infracción, la personalidad pasiva presenta un interés considerablemente menor al de la personalidad activa. De hecho, en la mayoría de los casos, la víctima tendrá la nacionalidad de un tercer Estado, de aquel en donde la empresa multinacional sospechosa de cometer violaciones haya elegido para invertir. Por lo tanto, después de una breve presentación de las diversas formas posibles que puede revestir este principio, esta sección explora primeramente la pertinencia de ampliar el beneficio de este principio a los "residentes habituales" y los refugiados, tal como lo contemplan algunos Estados.[394]

---

391 Véase M. Bastian, *Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie* (Total descartada, aunque el trabajo forzado haya existido en Birmania), op.cit.

392 Véase principalmente FIDH, *Défendre les droits de l'Homme en garantissant la cohérence* (Defender los derechos humanos para garantizar la coherencia), Documento de posición, Octubre 2010, www.fidh.org

393 CoE, "jurisdicción extraterritorial en materia penal" 1990, p. 26-31

394 Sin embargo, ninguna convención internacional menciona la posibilidad de la personalidad pasiva aplicable a las víctimas que residan en el Estado sin tener la nacionalidad.

La personalidad pasiva en los Estados miembros de la UE

En **Bélgica**, el Título Primero del Código de Procedimiento Penal establece que los tribunales belgas son competentes para conocer de un **delito** cometido en el extranjero en contra de un ciudadano belga, en particular cuando la pena máxima prevista en la legislación del lugar del crimen exceda los **cinco años de privación de la libertad**.[395] El principio de la competencia personal pasiva requiere la **doble incriminación** y la **presencia** del acusado en el territorio belga, la víctima pudiendo constituirse parte civil sobre esta base.

Sin embargo, cuando se trata de una violación al derecho internacional humanitario, los tribunales belgas son competentes cuando, **en el momento de los hechos**, la víctima fuera un ciudadano belga o un extranjero con residencia efectiva, habitual y legal en Bélgica de por lo menos tres años, o un refugiado que tenga su residencia habitual en Bélgica, incluso si el acusado no se encuentra en Bélgica y las violaciones no son punibles en el Estado en donde se cometieron.[396] En estos casos, sin embargo, la acusación sólo puede ser iniciada por el fiscal federal, y no por la parte civil.[397] La condena en rebeldía (*in abstentia*) de las personas jurídicas no es tan delicada como la de las personas físicas, ya que la persona jurídica está en gran medida "arraigada" en un lugar por lo que será más fácil de encontrarla, incluso en caso de traslado, ya que no podrán operar en absoluta confidencialidad.

En **Francia**, el artículo 113-6 del Código Penal francés introduce un principio de personalidad pasiva en condiciones similares a las usadas en la personalidad activa. El artículo 113-7 del Código Penal francés afirma también que la víctima debe tener la nacionalidad francesa en el momento de la comisión del delito para que este criterio se pueda aplicar.

Alemania, Austria, Estonia, Grecia y **Portugal,** entre otros, también contemplan la competencia extraterritorial para todos los delitos (y faltas) cometidos contra sus nacionales.[398]

---

395 El ámbito de aplicación de la personalidad pasiva se define en los artículos 10, 12 y 13 de la Ley del 17 de abril de 1878 contenida en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal.

396 Art. 10, 1°bis del Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal.

397 En cuatro circunstancias, el fiscal federal puede ordenar al juez no investigue: 1) la denuncia es manifiestamente infundada; 2) los hechos mencionados en la denuncia no corresponden a una calificación de infracciones graves del derecho internacional humanitario; 3) la denuncia no puede ser admitida como una acción pública; 4) un tribunal internacional o un tribunal nacional competente, independiente e imparcial, es más adecuado para hacer frente a la denuncia. En los tres primeros casos, la decisión de no enjuiciar, sin embargo, se confía a la Sala de Instrucción del Tribunal de Apelaciones de Bruselas, quien decidirá a petición del fiscal federal. En la cuarta hipótesis, el fiscal federal debe notificar al Ministro de Justicia, quien a su vez informará a la Corte Penal Internacional por crímenes cometidos después del 30 de Junio de 2002.

398 Art. 7 del Código Penal Alemán; art. 7 del Código Penal Griego; art. 5(d) del Código Penal Portugués.

Finlandia y **Suecia**, respectivamente, amplían el ámbito de aplicación de este principio a los extranjeros que residen permanentemente en Finlandia y a los extranjeros domiciliados en Suecia.[399] En Suecia, sin embargo, esta competencia se aplica sólo a los actos cometidos en una zona que carezca de un sistema de justicia estatal.

Italia incluye a las personas apátridas que residan en el territorio italiano en su definición de "ciudadano italiano", al tiempo que limita el ejercicio de la competencia personal pasiva a casos cuando el acusado se encuentre en su territorio (como en Bélgica para los delitos comunes y en **Portugal**).

En **España**, el principio de la personalidad pasiva no existe realmente.

En **Dinamarca,** el principio de personalidad pasiva existía sólo en casos excepcionales y después se extendió a los residentes.[400]

En los **Países Bajos**, el principio de personalidad pasiva sólo se reconoce cuando un acuerdo internacional vinculante para los Países Bajos contiene una obligación para aplicarlo. Sin embargo, se ha introducido para todas las violaciones graves del derecho internacional humanitario.[401]

Por último, el **sistema británico** admite el principio de personalidad pasiva **frente a** violaciones de especial intensidad, tales como la traición o el asesinato.

Cuestiones transversales sobre la personalidad pasiva

Aunque esto no siempre sea explícito en el derecho penal, pareciera que la nacionalidad, residencia o el domicilio de la víctima debe ser adquirido o establecido antes de que esta sufra el delito para presentar una denuncia en el Estado al que la víctima pareciera estar ligada. Esta guía hace un amplio uso de esta hipótesis en los casos que contiene. Por lo tanto, es importante primero examinar el alcance del concepto de víctima para luego analizar cómo la extensión de la personalidad pasiva aplicada a los refugiados y a los residentes habituales es en gran parte ineficaz si estas cualidades deben estar presentes al momento en que se cometieron los actos ilícitos.

---

399 La Sección 5 del Código Penal Finlandés indica que el acto debe ser punible con pena de prisión de al menos 6 meses, Sección 3, Capítulo 2 del Código Penal Sueco.

400 "Excepto cuando sea cometida una ofensa de cierta gravedad contra un danés o una persona residente en el Estado danés fuera del territorio de cualquier Estado" (traducción libre) (*Strfl*. §8(1)(3)).

401 Sección 2 de la Ley del 19 de junio 2003 respecto a las normas que conlleven violaciones graves del derecho internacional humanitario (*International Crimes Act* -Ley de Crímenes Internacionales). La presencia en el territorio es requerida.

a) La noción de víctima

En Francia

En una decisión de fecha 31 de enero de 2001, la Corte de Casación francesa precisó que la aplicación del principio de personalidad pasiva requiere de una **"víctima directa"** de nacionalidad francesa, y que la nacionalidad francesa de las víctimas indirectas (como los familiares de la víctima directa fallecida) no permite la aplicación de la competencia extraterritorial. El caso se interesaba en el asesinato del Presidente de la República de Níger, crimen cometido fuera de Francia. A pesar de que el Presidente tenía ciudadanía nigeriana, la viuda y los hijos de la víctima eran residentes franceses, y por lo tanto intentaron buscar una indemnización ante los tribunales franceses. Si bien las **"víctimas indirectas"** compararon su denuncia con aquella de una víctima directa con nacionalidad francesa e invocaron la discriminación de que fueron objeto en este sentido, la Corte de Casación decidió que "las disposiciones de los artículos 6 y 14 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no pueden ser interpretadas como un desafío a la competencia internacional de las leyes y jurisdicción penales francesas".[402] Esta decisión fue confirmada por una sentencia de la Corte de Casación del 21 de enero de 2009, en un caso relacionado con la desaparición en Camboya en 1975 del Presidente de la Asamblea Nacional de Camboya, el Sr. Ung Boun Or.

Por lo tanto, bajo ninguna circunstancia se permitiría a las víctimas de violaciones cometidas por una empresa que, después de haber huido de su país para residir legalmente en Francia y adquirir la nacionalidad francesa, presenten una denuncia con fundamento en la personalidad pasiva, como víctimas indirectas de los daños sufridos por los miembros de su familia que permanecen en su país de origen (a menos que estos últimos también tengan la nacionalidad del "Estado persecutor").

b) La extensión de la personalidad pasiva a los refugiados

Sólo Bélgica establece específicamente la competencia personal pasiva para delitos cometidos contra refugiados que tengan su residencia habitual en el territorio del Estado. Sin embargo, las condiciones restrictivas unidas al principio de la personalidad pasiva impiden, por definición, que todos los refugiados reconocidos en Bélgica presenten denuncias ante los tribunales belgas en contra de los autores que se encuentren en el país que dejaron. No sólo porque las personas obtienen la calidad de refugiado después de haber sufrido las violaciones y no precisamente en el momento en que éstas se llevaron a cabo, sino también porque una vez reconocidos como refugiados, se verán seriamente impedidos a regresar a su país de origen, bajo pena de perder la condición de refugiado y volver a exponerse a altos riesgos de sufrir nuevas violaciones a sus derechos.

---

402 Caso. fr., 31 de enero de 2001, *Bull. crim.*, 2001, No. 31, p. 81.

Al hacer la asimilación entre el refugiado y el ciudadano para el beneficio del régimen de la personalidad pasiva, Bélgica tiene la intención de confirmar la primacía de la obligación internacional vigente que se deriva del artículo 16.2 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, según la cual, "En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la cautio judicatum solvi".[403] Este nuevo enfoque, sin embargo, se ha realizado sin hacer consideraciones pragmáticas. Cuando el régimen de la personalidad pasiva de los nacionales se aplica estrictamente a los refugiados, el requisito de ser refugiado al momento de la violación garantiza que ningún solicitante de asilo tendrá una razón "estratégica" para elegir Bélgica como un Estado receptor que le proporcione un foro efectivo para la reparación judicial de la violación a sus derechos humanos a las que el exiliado haya querido escapar. Temiendo el efecto de un recurso de apelación en materia de asilo en Bélgica, el Parlamento belga claramente estableció un deseo de evitar "la *compra de asilo"(asylum shopping)*. Una **alternativa** que permitiría reducir este riesgo potencial a la vez que mejora el acceso a la justicia para los refugiados, sería garantizar que todos los Estados de la Unión Europea adoptaran legislación que conceda la personalidad pasiva a los refugiados en el momento en que la persecución del crimen comience.

El controvertido desistimiento de la denuncia presentada por cuatro refugiados birmanos en Bélgica contra Total

La cuestión de la extensión de la personalidad pasiva a los refugiados fue objeto de acalorados debates en el contexto del caso presentado en Bélgica por cuatro refugiados birmanos contra X, Total S.A. y los Sres. T. Desmarest y H. Madéo. La ley del 16 de junio de 1993 sobre el castigo de violaciones graves al derecho internacional humanitario (ley conocida como la ley de **competencia** universal, la cual ha sido modificada en varias ocasiones) **conforme** a la cual se presentó la denuncia el 25 de abril de 2002, fue derogada por la entrada en vigor de la ley del 5 de agosto de 2003, que intenta poner fin a la alegada utilización indebida de la **competencia** universal. **A fin de** determinar la aplicación inmediata de la nueva ley, el legislador consideró que sería útil adoptar una medida transitoria para garantizar, dentro de los límites del derecho internacional, la **competencia** de los tribunales belgas en algunos casos (cuarenta denuncias han sido presentadas **con fundamento en** la ley anterior), cuando

403 Sobre el alcance de esta disposición, véase A. Grahl-Madsen, *Commentary on The Refugee Convention 1951* (Comentario sobre la Convención de Refugio de 1951), Publicado por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, 1997, pp. 66-67; J.-Y. Carlier, *Droits de réfugiés* (Derecho de los refugiados), Bruselas, Ed. Story-Scientia, 1989, p. 110; J.C. Hataway, *The Law of Refugee Status* (La ley sobre el estatus de refugiado), Vancouver, Butterworths, 1992; F. Flauss, *Les droits de l'Homme et la Convention de Genève du 28 julio 1951 relative au statut des réfugiés* (Los derechos humanos y la Convención de Ginembra del 28 de julio sobre el estatus de refugiado) en *La Convention de Genève du 28 julio 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2001, p. 102; D. Alland y C.Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile* (Tratado sobre el derecho al asilo), PUF, Paris, 2002, p. 554.

la fase procesal de instrucción haya determinado una conexión con Bélgica[404]; esto hace referencia, en particular, a los demandantes que tengan lazos **con la** nacionalidad **belga** al momento en que comenzó su persecución.

Si bien de conformidad con el procedimiento establecido, la Corte de Casación estaba a punto de pronunciarse sobre el desistimiento de la denuncia contra Total en donde, en particular, ninguno de los reclamantes tenía la nacionalidad belga, estos últimos solicitaron a la Corte de Casación presentar ante la Corte Constitucional una cuestión prejudicial respecto a la constitucionalidad del régimen transitorio. Argumentaron que, al ratificar la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, Bélgica se comprometió, en virtud del artículo 16.2 de la Convención, a otorgar en condiciones de igualdad el acceso a los tribunales para los refugiados que residan habitualmente en su territorio, al igual que a sus nacionales. Según ellos, estaba claro que el desistimiento de la denuncia de un refugiado, reconocido en Bélgica y que tuviera su residencia habitual allí, y que se hubiere constituido como parte civil frente ante el juez de instrucción le negaba, efectivamente y de manera discriminatoria, el derecho al acceso a la justicia, al tiempo que lo mantenía en beneficio de sus nacionales. Por último, recordaron que un refugiado no reclama más la protección de su Estado de origen (con el que ha roto toda relación con sus autoridades oficiales al refugiarse en Bélgica), sino aquella de su Estado anfitrión y por lo tanto las autoridades judiciales de este último. En su sentencia del 5 de mayo de 2004, teniendo en cuenta este argumento, la Corte de Casación acordó solicitar a la Corte Constitucional la cuestión prejudicial planteada por los querellantes.[405]

La Corte Constitucional confirmó el 13 de abril del 2005 el carácter discriminatorio de la diferencia de trato denunciada.[406] En su opinión, al desistirse del caso los tribunales belgas, cuando **uno de los denunciantes es refugiado** reconocido en Bélgica en el momento de la apertura del procedimiento, existe una inconsistencia con el artículo 16 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Asimismo, añadió que de acuerdo con la Recomendación del la Comité de Derechos Humanos de la ONU, del 2 de agosto de 2004, Bélgica "debe garantizar los derechos adquiridos por las víctimas a interponer recursos efectivos, sin discriminación alguna, en la medida en que las normas imperativas de derecho internacional general sobre la inmunidad diplomática o estatales no se apliquen".[407] Entre

---

404 Exposición de motivos del proyecto de ley relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, Ch. Repr., sess. extr., 51ava sesión., *Doc. Parl.*, No. 0103/001, p. 10; Informe realizado a nombre de la Comisión de Justicia por M. Stef Goris, Ch. Repr., sess. extr., 51ava sesión., *Doc. Parl.*, No. 0103/003, pp. 10-11.

405 Caso. b., 5 de mayo de 2004, RG P.04.0482.F, www.cass.be.

406 C.A., 13 de abril de 2005, No. 68/2005, www.arbitrage.be. La Corte concluyó en su sentencia que "en eso requeriría a los tribunales belgas desestimar la acción aunque el denunciante sea un refugiado reconocido en Bélgica en el momento en que iniciaron los procedimientos legales, artículo 29(3), párrafo 2 de la Ley de 5 de agosto de 2003, relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario viola los artículos 10, 11 y 191 de la Constitución." Para una visión general de esta decisión véase N. Benaïssa, *La loi de compétence universelle. Commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage* (La jurisdicción universal. Comentario sobre las sentencias del 23 de marzo y el 13 de abril de 2005 por la Corte de Arbitraje), J.T., 2005, pp. 389-391.

407 Véase CCPR, *Observaciones finales – Bélgica*, 12 de agosto de 2004, CCPR/CO/81/BEL; CCPR, Cuarentavo *informe periódico – Bélgica,* 16 de mayo de 2003, CCPR/C/BEL/2003/4.

sus principales preocupaciones, el Comité expresó su inquietud sobre el cumplimiento de los artículos 2, 5, 16 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por los efectos de la aplicación inmediata de la Ley del 5 de agosto de 2003, sobre las denuncias presentadas en virtud de la Ley del 16 de junio de 1993.

En su decisión del 29 de junio de 2005, la Corte de Casación decidió, sin embargo, desestimar la denuncia contra X, Total SA y los Sres. Desmarest y Madeo[408], estableciendo que **no podía compensar la deficiencia** legislativa y por lo tanto no podía, ni siquiera por analogía, decidir la aplicación a los refugiados del régimen transitorio utilizado en las denuncias presentadas por los belgas, y agregó que la legalidad de la persecución en este caso sería dudosa, si no declaraba la incompetencia del juez belga. Para la Corte, la constatación del contenido de los artículos 6 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no compensa la falta de una base jurídica, ya que "estas disposiciones no impiden a la legislatura utilizar el criterio de la nacionalidad como criterio de competencia personal con respecto a los delitos cometidos fuera del territorio". Por consiguiente, la Corte de Casación desechó la instrucción contra Total y los Sres. Desmarest y Madeo, y el legislador adaptó el controvertido régimen transitorio para cumplir con las obligaciones internacionales de Bélgica, de acuerdo con lo confirmado por la Corte Constitucional.[409]

Después de numerosas vueltas procesales, el caso Total fue finalmente enterrado en octubre de 2008, sin que el fondo de las acusaciones pudiera ser discutido.[410]

* * *

Se constata que los criterios tradicionales de competencia (la territorialidad y la personalidad) no satisfacen totalmente las necesidades para perseguir las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales. El Estado donde se cometió el crimen sigue siendo en su mayoría inactivo. El principio de personalidad activa será de poco o nulo alivio en dos casos:
1) Cuando la legislación del Estado competente sobre esta base, no reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas (o le asigne un alcance limitado); o,
2) Si la empresa matriz no posee la nacionalidad o residencia de un Estado miembro de la Unión Europea.

---

408 Caso. b., 29 de junio de 2005, www.cass.be

409 Ley de 22 de mayo 2006 que modifica algunas disposiciones de la Ley del 17 de abril de 1878 que contiene el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, y una disposición de la Ley del 5 de agosto de 2003, relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, MB, 7 de julio de 2006. Véase igualmente Ch. Repr., sess. ord., Doc. Parl., 51 2305/003, pp. 7-8.

410 Para un análisis parcial, véase N. Benaïssa, *La loi sur la compétence universelle, acte III* (La ley sobre la jurisdicción universal, Acto III), J.T., No. 6241 – 35/2006, 4 de noviembre de 2006, p. 663; A. Kettels, *L'affaire TotalFina: quand le pragmatisme prend le pas sur la réalité intellectuelle* (El caso TotalFina: cuando el pragmatismo prevalece sobre la realidad intelectual), J.L.M.B., 2006/34, pp. 1508-1509.

Más allá de los obstáculos legales, no debemos subestimar la eventual reticencia de los Estados en los que se encuentra la empresa matriz para poner en práctica la jurisdicción extraterritorial, por el potencial "conflicto de intereses" (y principalmente los intereses financieros).

Mientras tanto, en su estado actual, **la personalidad pasiva sólo ofrece raramente nuevas oportunidades para las víctimas.** Por tanto, es útil explorar las leyes de la competencia universal adoptadas por los Estados miembros y analizar el grado en que éstas se ocuparían de las deficiencias señaladas anteriormente. El caso Total ofrece una excelente ilustración de este fenómeno. Tan sólo la denuncia presentada en Bélgica con fundamento en el principio de universalidad permite invocar la responsabilidad penal de la empresa. El principio de especialidad que existe en la materia en Francia, al momento de la presentación de la denuncia, obstaculizó la persecución de la empresa Total en Bélgica.

3. El principio de la competencia universal

En general, la competencia universal se deriva del principio "*aut dedere, aut iudicare*", en virtud del cual **los Estados están obligados a extraditar (o transferir a un tribunal internacional), o a procesar y juzgar a los autores de la infracción cuando éstos sean detenidos en su territorio.** La competencia universal permite a todos los tribunales nacionales en el mundo perseguir y enjuiciar a los autores de los crímenes internacionales más graves, sin importar dónde se cometieron ni la nacionalidad del autor o la víctima de estos delitos. El fundamento de esta competencia radica en la naturaleza de los delitos en cuestión, que son de tal importancia que la comunidad internacional en su conjunto se ve afectada.

A primera vista, el principio de universalidad abre posibilidades evidentes para las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales en un tercer país, para presentar una denuncia en cualquier Estado que cuente con dicha competencia. Este principio no requiere el nexo con el territorio (en la mayoría de los casos implicando la condición de la presencia del sospechoso), ni la condición de la nacionalidad de los distintos actores (sospechoso(s) y/o de la víctima (s)). Sin embargo, cabe señalar que a través de la definición de estos crímenes internacionales, se persiguen los atentados extremadamente graves a los derechos humanos -caracterizados por su magnitud y/o sistematicidad- como el derecho a la vida y a la integridad física, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, mientras que las violaciones imputadas a las empresas multinacionales no se cometen en este contexto (violaciones de los derechos civiles y políticos que se llevan a cabo a nivel de la empresa y no a nivel del Estado), o son de naturaleza diferente (violaciones de los derechos económicos y sociales).

Tres tratados internacionales incluyen expresamente la competencia universal:
– Las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, art. 49, 50, 129 y 146;
– La Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, art. 5(2); y
– La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, art. 9(2).

La implementación del principio de competencia universal es una obligación que el Estado ha aceptado al ratificar un tratado, o por iniciativa propia. Por lo tanto, una variedad de reglas sobre la competencia universal existe entre los Estados miembros de la Unión Europea.[411] La siguiente sección contiene un resumen de estos sistemas, lo que permite identificar con mayor precisión los delitos en los que pueden aplicarse; resumen que será seguido por una revisión de los aspectos técnicos y prácticos que han impedido o impedirían su aplicación efectiva en casos iniciados en contra de una empresa.

Crímenes de guerra y actos de tortura en presencia de una obligación convencional.

Los crímenes de guerra y la **tortura** requieren de una atención especial, ya que son violaciones graves a los derechos humanos que **obligan convencionalmente a los Estados a utilizar el principio de competencia universal**.[412]

El principio de competencia universal derivado de obligaciones convencionales existe en **Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Portugal,** y **Suecia**.[413]

---

411 Para una visión comparativa, ver FIDH, *Une approche par étapes de l'exercice de la compétence universelle (pénale) dans les pays d'Europe de l'Ouest* (Un enfoque paso a paso sobre el ejercicio de la jurisdicción (penal) universal en los países de Europa Occidental), abril de 2009, www.fidh.org. Para consultar las legislaciones de diferentes países en materia de violaciones al derecho internacional humanitario, Véase: www.icrc.org/ihl-nat.nsf/WebLAW?OpenView.

412 Con respecto a los crímenes de guerra cometidos durante un conflicto armado internacional, ver el artículo Común (respectivamente 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146 (IV)) a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y el artículo 85 (1) del Protocolo adicional I de 1977. En su sentencia de 1986 en contra de Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia dictaminó en el (párr. 220) que el artículo 1 de los Convenios de Ginebra es el derecho consuetudinario, lo que implica que debe ser respetados por los Estados no partes a los Convenios. Todos los demás Estados tienen el derecho de exigir al Estado, observe los convenios en cuestión cuando en su territorio se encuentre el autor de un delito grave. En cuanto a la tortura, véase los artículos 5(2) y 7(1) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General del 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987. Véase también J. Herman Burgers y Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture; A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment* (La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, un manual sobre la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes), p. 132.

413 Para una visión general de la legislación nacional Véase "Para obtener más información" al final de la parte sobre la responsabilidad penal de la Guía.

Grecia e **Italia**, respectivamente, se refieren a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre los crímenes de guerra y a la Convención Internacional de la ONU del 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.[414]

Los **Países Bajos** introdujeron una cláusula sobre el principio *aut dedere, aut judicare* (obligación de extraditar o juzgar) como resultado de una convención internacional que les obliga, a ejercer su jurisdicción sólo si una solicitud de extradición de un tercer país ha sido recibida y rechazada.

El **Reino Unido** cuenta con un enfoque similar al de los **Países Bajos**: la competencia universal está autorizada, a través de una legislación especial, sólo cuando una convención lo exige expresamente.[415]

Irlanda y **Luxemburgo** reconocen la competencia universal de sus tribunales para los crímenes de guerra y la tortura, entre otros delitos.

En **Francia**, existen dos opciones para el ejercicio de la competencia universal. El artículo 689-2 del Código de Procedimiento Penal prevé la posibilidad de perseguir a una persona sospechosa de haber cometido el **delito de tortura** tal como se lo define en la Convención de 1984 conforme al principio de la competencia universal. La ley del 9 Agosto 2010 cuyo objeto es la implementación del Estatuto de Roma, introdujo la posibilidad de persecuciones para el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, en base al principio de la competencia universal.

La **presencia en el territorio** de un Estado es una condición establecida para que proceda la acusación cuando la convención internacional lo prevea, lo que es usualmente la regla general. Debe deducirse de los artículos 5, 7 y 8 de la **Convención contra la Tortura** que las investigaciones serán obligatorias sólo si el sospechoso está presente en el territorio del Estado firmante. Los **Convenios de Ginebra** y sus comentarios oficiales, sin embargo, guardan silencio sobre este aspecto. Sin embargo, la jurisprudencia internacional y nacional mayoritariamente

---

414 *Ibid*.

415 El Reino Unido continúa apegado fuertemente a la idea de que cualquier crimen es local, lo que resulta en el uso prominente de la extradición y la ausencia de actuaciones sobre la base de la jurisdicción universal ha sido identificada. Durante la redacción de los tratados contra la tortura, el genocidio y el apartheid, el Reino Unido siempre se ha opuesto a la jurisdicción universal. L. Reydams, *op.cit*. Véase *Geneva Conventions Act* (Ley sobre los Convenios de Ginebra) (1957) (crímenes de guerra), *Geneva Conventions (Amendements) Act* (Ley sobre los Convenios de Ginebra, modificaciones) (1995), l'*Aviation Security Act* (Ley de Seguridad de Aviación) (1982), le *Taking of Hostage Act* (Ley sobre la toma de rehenes) (1982), y el artículo 134 (Tortura) de la *Criminal Justice Act* (Ley de Justicia Penal)(1988).

condicionan el enjuiciamiento a la presencia del sospechoso.[416] Si bien la acusación no será nunca obligatoria sin la presencia del acusado en el territorio de un Estado, algunos autores y legislaciones continúan defendiendo la admisibilidad de la acción penal en rebeldía (*en abstentia*),[417] e incluso algunos insisten en la importancia de que exista una demanda expresa de extradición, para evitar un juicio en ausencia del acusado.[418] Esta posición tiene un interés particular cuando involucra la persecución de una empresa. Las autoridades estatales podrían tener un mayor interés en perseguir y juzgar a una empresa que se encuentre totalmente ausente del territorio, pues no que el interés económico nacional no correría ningún riesgo. Las personas físicas, especialmente los directivos, sabrán que no existe un paraíso penal, ya que el hecho de refugiarse en un Estado donde no puedan ser perseguidos (porque no ha ratificado las convenciones internacionales pertinentes) no será un obstáculo a la acción penal de otro Estado. La admisibilidad del juicio penal en ausencia,[419] sin embargo, no es unánime, los riesgos de persecución penal son múltiples y pueden afectar a todo el sistema.

Denuncia en Bélgica contra la empresa matriz francesa Total, acusada de ser cómplice de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en Congo-Brazzaville

El 11 de octubre de 2001, tres nacionales congoleses se constituyeron parte civil y presentaron una denuncia ante un juez de instrucción en Bruselas contra el Presidente de Congo Brazzaville Sassou Nguesso por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura, detenciones

416 Véase principalmente M. Sassoli, *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international* (La decisión de Yerodia: algunas observaciones sobre un caso en el punto de colisión entre dos áreas del derecho internacional), R.G.D.I.P., 2004, pp. 804-805. C.I.J., 14 de febrero de 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 abril 2000 (République Démocratique du Congo Vs. Belgique*) (Caso sobre la orden de detención del 11 de abril de 2000. República Democrática del Congo vs Bélgica). Véase Ch. Acusación de CA Bruselas, del 16 abril de 2002, sentencia relativa sobre la admisibilidad de la demanda contra A. Yerodia; Ch. Acusación de CA Bruselas, el 26 de junio de 2002, sentencia relativa sobre la admisibilidad de la demanda contra A. Sharon y L. Gbabgo. Para una serie de ejemplos nacionales que exigen la presencia del sospechoso principalmente, para crímenes de guerra, véase R. Rabinovitch, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción universal *en ausencia*), *Fordham Intern. Law Journ*., 2005, vol. No. 28, pp. 507-510; C. Bassiouni, *International Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practices* (La jurisdicción universal para los crímenes internacionales: Perspectivas históricas y prácticas comparadas), 42 Va. J. Int'L L., 2001, pp. 136-137 y 139-149.

417 Véase principalmente R. Rabinovitch, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción Universal en ausencia), *op.cit*., pp. 499-530; A. Poels, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción Universal en ausencia), N.Q.H.R., 2005, pp. 65-84; C. Reyngaert, *Universal criminal Jurisdiction over Torture: a State of Affairs after 20 years un Torture Convention* (La jurisdicción universal en casos de tortura: el estado de las cosas a 20 años de la Convención contra la Tortura), N.Q.H.R., 2005, pp. 590 y sig.; Los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, Principio 13 párr. 2.

418 A. Poels, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción Universal en ausencia), *op.cit*., p. 84.

419 M. Sassoli, *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international* (La decisión de Yerodia: algunas observaciones sobre un caso en el punto de colisión entre dos capas del derecho internacional), *op.cit*., p. 806.

arbitrarias y secuestros cometidos en Congo, e igualmente contra la empresa matriz francesa de la multinacional petrolera Total (ex integrante del Grupo Elf) por su participación en los delitos mencionados. Los denunciantes señalan que la empresa multinacional participó en estos crímenes a través del apoyo financiero y logístico ofrecido a la brutal represión del sistema militar de Sassou Nguesso.

La denuncia concretizó por primera vez en Bélgica, la articulación entre la legislación Belga del 4 de mayo de 1999, que instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la ley entonces vigente del 16 de junio de 1993 (modificada el 10 de febrero de 1999) relativa a la represión de violaciones graves al derecho internacional humanitario.[420] Esta contemplaba la competencia universal absoluta, sin la exigencia de un vínculo con el Estado belga ni la presencia del sospechoso en Bélgica, de tal manera que abrió las posibilidades de un éxito excepcional en la persecución de los acusados. En efecto, las empresas multinacionales señaladas como culpables, directa o "indirectamente", de violaciones graves al derecho internacional humanitario en el extranjero podían ser juzgadas por un tribunal belga, independientemente de la ubicación de la sede de la empresa matriz u otras entidades abstractas dependientes de ésta.

Se le reprochó a la empresa francesa, particularmente, el haber proporcionado helicópteros para las milicias armadas. Los querellantes hicieron referencia al testimonio público dado en la audiencia del 28 de febrero de 2001 ante la 17ª Sala Correccional del Tribunal de Segunda Instancia de París por el diputado francés Noël Mamère (en *Sr. Denis Sassou Nguesso Vs. Sr. F.X. Verschave y Laurent Beccaria*), donde habló de los actos de limpieza étnica cometidos en los distritos del sur de Brazzaville entre mediados de diciembre de 1998 y finales de enero de 1999. Él señaló que: "Estos hechos están probados, hubo testigos. Había familias masacradas; jóvenes de origen lari eran reiteradamente acusados de pertenecer a la milicia "ninja" (opuestos a las "cobras" de Sassou Nguesso). De enero a agosto de 1999, habían prácticamente limpiado regiones enteras en el Sur. No tengo cifras para darle, porque no conozco la magnitud exacta de la ayuda de Elf (Aquitania) provista a Sassou Nguesso. Creo que oirá otros testimonios que le dirán cosas que dan miedo, tales como masacres cometidas desde los helicópteros, desde donde era fácil leer el logotipo de Elf [...] Claramente, la empresa Elf no contenta de ayudar al Sr. Sassou Nguesso, también ayudó a Lissouba. Ayudó a los que podían servir a sus intereses. Esta empresa no actúa más que en función de sus intereses. [...] Las pruebas [...] demuestran claramente el papel de lo que podría llamarse el brazo armado de la política africana de Francia, el Grupo Elf [...]."

Satisfechos los criterios establecidos en las disposiciones transitorias de la nueva ley del 5 de agosto de 2003, la denuncia parece aún ser objeto de investigación.

Mientras tanto, el apoyo logístico de los actores económicos en la comisión de crímenes de guerra fue objeto de una decisión de la Corte Penal de Bruselas. Entre el 9 de mayo y el 29 de

420 *M.B.*, 5 de agosto de 1993 (en vigor desde el 15 de agosto de1993) y *M.B.*, el 23 de marzo de 1999 (en vigor desde el 2 de abril de 1999), p. 9286. La ley del 5 de agosto de 2003, relativa a violaciones graves del derecho internacional humanitario (M.B., 7 de agosto de 2003) derogó la ley del 16 de junio de 1993.

junio de 2005 se celebró en Bélgica, 11 años después del hecho, el segundo juicio por crímenes de guerra cometidos durante el genocidio de Ruanda. Dos comerciantes importantes, Kibungo y Kirwa, fueron acusados y condenados a 12 y 9 años de prisión respectivamente por haber participado en la preparación, planificación y ejecución de masacres perpetradas principalmente por las milicias genocidas Interhamwes (extremistas hutus). Después del comienzo de los asesinatos, que tuvieron como resultado cerca de 50,000 víctimas en la región de Kibungo, los comerciantes habrían puesto sus camionetas y víveres a disposición de la milicia para sus expediciones asesinas. La abrogación de la ley del 16 de junio de 1993 y su sustitución por la del 5 de agosto de 2003 no tuvo repercusiones en el procedimiento, ya que los presuntos autores se encontraban en territorio belga, por lo que el procedimiento debía llevarse a cabo en aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre los crímenes de guerra.

Otras violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos

Algunos Estados miembros de la Unión Europea establecen que podrán perseguirse ciertos crímenes a pesar de la **ausencia de obligación internacional convencional** en este sentido. Para los efectos de esta guía los delitos enumerados taxativamente se dividen en dos categorías:

– Por un lado, las **violaciones graves al derecho internacional humanitario que no constituyan crímenes de guerra** (para los que existe la obligación de perseguirlos en virtud de los Convenios de Ginebra, ver ***supra***): **los crímenes de lesa humanidad** y **el genocidio**;[421] **y**
– Por otro lado, las **infracciones graves** que generalmente incluyen una **dimensión internacional**, tales como el desarrollo y la proliferación de armas de destrucción masiva, el lavado de dinero, los abusos sexuales, la trata de seres humanos, la corrupción, etc.

En particular, **Austria, Bélgica, España, Grecia, Luxemburgo** y **Portugal** cuentan con disposiciones similares en su legislación penal. Su legitimidad reside en la naturaleza misma de los crímenes perseguidos. En todos estos casos suele generalmente exigirse (salvo excepción) que el acusado "se encuentre" en el territorio del Estado persecutor.

---

421 Sobre el alcance de este delito, véase Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité* (Reflexiones sobre la especificidad de los crímenes de lesa humanidad), Paris, LGDJ, 2002, p. 550; G. Robertson, *Crimes against Humanity* (Crímenes de lesa humanidad), Penguins Book, London, 2002; M.C. Bassiouni, Crimes against Humanity: The need for a specialized Convention (Crímenes de lesa humanidad: La necesidad de una convención especial), *Columbia Journal of Transnational Law,* vol. 31, 1994, pp. 457-494.

Cabe señalar que aunque para los crímenes contra la humanidad y el genocidio no existe un equivalente a los Convenios de Ginebra sobre crímenes de guerra,[422] el uso por los Estados de la competencia universal para perseguir estos delitos es ahora muy extendido. Numerosos Estados han conferido el mismo sistema de persecución para todas aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario.

La legislación **Alemana** contempla la competencia universal para los crímenes de lesa humanidad y el genocidio (similar a la otorgada para los crímenes de guerra), equivalente a lo que ocurre en los **Países Bajos** y **España**. **Italia, Finlandia, Luxemburgo, Portugal** y **Suecia** prevén en su legislación la competencia universal exclusivamente para el crimen de genocidio, mientras **Grecia** lo hace para los crímenes de lesa humanidad.[423]

En **Francia**, el fundamento del principio de competencia universal para cualquier violación grave del derecho internacional humanitario se encuentra establecido tanto en las leyes que rigen la cooperación con el TPIY y TPIR[424], como en la ley de implementación del Estatuto de Roma con relación a los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímines de guerra.

Finalmente, la ley **Belga** del 5 de agosto de 2003, relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, contrariamente a la ley del 16 de junio de 1993 que la primera derogó, no contempla explícitamente la competencia universal para el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Una expansión de los regímenes de la personalidad activa y pasiva fue introducida respecto a esos crímenes (ver *supra*), además de la obligación de ejercer la competencia universal cuando una convención internacional ratificada por Bélgica lo prevea.

---

422 Artículo VI de la Convención del 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio **impone la obligación de enjuiciar sólo el Estado en cuyo territorio el acto fue cometido.** Otros Estados no pueden negarse a extraditar al sospechoso con el pretexto de que constituyen delitos políticos (artículo VII), lo que garantiza el castigo universal del delito de genocidio a través de la colaboración de todos los Estados con el Estado *loci delicti,* para que pueda enjuiciarlo. Corte Internacional de Justicia, en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio *(Bosnie-Herzégovine Vs. Yugoslavia),* Excepciones preliminares, 11 de julio de 1996, *Rec*., 1996, pp. 615-616, párr. 31.

423 *Ibid*.

424 Estas leyes establecen jurisdicción sobre todos los delitos bajo la jurisdicción de los tribunales *ad hoc, ratione materiae, loci y temporis*, cuando los sospechosos se encuentren en Francia. En el caso Barbie, la Corte Suprema de Justicia declaró que el concepto de crímenes de lesa humanidad es de orden internacional en el que las nociones de fronteras y las normas de extradición no tienen cabida. Véase Cass. (fr.), *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes et autres Vs. Barbie, Journ. Dr. Intern*., 6 de octubre de 1983, p. 779. Los conceptos de crímenes de lesa humanidad y genocidio no fueron introducidos en el Código Penal Francés de 1994 (Véase los artículos 212(1) (crimen de lesa humanidad) y 211(1) (genocidio)). El crimen de genocidio es considerado como una especie del crimen de lesa humanidad.

4. Tres preguntas comunes a los diferentes tipos de competencia extraterritorial

1) La presencia del sospechoso en el territorio: en la mayoría de los casos, la presencia del sospechoso en el territorio es un requisito previo para el ejercicio de la acción penal por actos cometidos en un tercer Estado, ¿Cómo interpretar esta condición en lo que respecta a una persona jurídica?

2) Las formas de presentación de la denuncia también merecen una atención especial, en la medida en que el Ministerio Público a menudo no estará dispuesto a comenzar un procedimiento por violaciones a los derechos humanos cometidos fuera de su territorio.

3) La cuestión del ***"forum non conveniens"*** penal.

La noción de la presencia del sospechoso, persona física o moral

Para la **persona física** -que se trate de un miembro del ejecutivo de la empresa o de cualquier otro miembro de la misma- existen dos elementos que constituyen unánimemente la presencia. En primer lugar, un simple traslado a través del territorio suele ser suficiente para alcanzar la condición de presencia. En segundo lugar, el requisito de la presencia no podrá ser satisfecho si resulta de una extradición, a menos que la presencia sea necesaria únicamente en el momento del juicio. En este caso se requiere una **presencia voluntaria.**

Un criterio que difiere de un Estado a otro

Existen **diferencias entre los Estados sobre la cuestión de cuándo debe producirse este criterio;** un mismo Estado a veces utiliza diferentes criterios en función del delito en cuestión. Varias soluciones son consideradas por los Estados: El momento en que la denuncia es presentada, cuando la persecución comienza[425]

---

425 Véase Redress -FIDH, *Recours juridiques pour les victimes de « crimes internationaux » - favoriser une approche européenne de la compétence extraterritoriale – Rapport final* (Informe final: Los recursos para las víctimas de crímenes internacionales- a favor de un acercamiento europeo de la jurisdicción universal), marzo 2004, p. 61; Redress - FIDH, *EU Update on International Crimes* (Actualización de la EU en Crímenes Internacionales), 1ro de junio de 2006, p. 6. En los **Países Bajos,** la presencia del acusado es un requisito previo para la persecución (y durante toda la fase de juicio) en la mayoría de los casos, particularmente cuando se aplica la Ley sobre crímenes internacionales (Exposición de motivos, p. 38). El juicio en rebeldía está permitido, en otros casos (art. 278 a 280 del Código de Procedimiento Penal (*Wetboek van Strafvordering*)).

(véase la posición de Francia, *infra*), el inicio del proceso[426] (véase la posición española, *infra*), o un momento "más indeterminado".[427] Estos criterios en realidad son definidos por los principios procesales nacionales, a veces combinados con el respeto de los estándares internacionales de derechos humanos, pero no por el propio derecho internacional.[428]

Una visión general de...

LA POSICIÓN FRANCESA

En Francia, el artículo 689-1 del Código de Procedimiento Penal exige que el sospechoso "se encuentre" en el territorio francés antes de iniciar cualquier procedimiento judicial. Este es el resultado de dos sentencias de la Corte de Casación del 9 de abril de 2008 sobre el caso de los desaparecidos de la Playa de Brazzaville (Beach de Brazzaville), y del 21 de enero de 2009, la cual otorgó a los jueces un poder soberano para determinar si en el momento de la apertura del procedimiento, el sospechoso se encuentra en territorio francés.[429] Una vez que el acusado ha sido encontrado en territorio francés y que los procedimientos se han iniciado, éstos podrán continuar, incluso si el autor ha huido o ha salido del país (véase el caso del teniente mauritano *Ely Ould Dah* condenado en rebeldía el 1 de julio de 2005 a 10 años de prisión por el Tribunal de Apelación de Nimes, por actos de tortura cometidos en 1990). En sus últimas conclusiones y recomendaciones dirigidas a Francia, el Comité contra la Tortura, recomendó sobre este mismo caso que "cuando el Estado Parte se determine competente para conocer actos de tortura cuando el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la detención de dicha persona y garantizar su presencia, de conformidad con sus obligaciones en virtud del artículo 6 de la Convención.

426 En **Dinamarca, Grecia y el Reino Unido,** el sospechoso debe estar generalmente presente, sólo durante el juicio, debido a que los juicios en ausencia no están permitidos (Art. 847 de la Ley sobre la Administración de la Justica). Sin embargo, hasta el comienzo del juicio, la investigación podría desarrollarse para ciertos delitos bajo el derecho de los tratados, independientemente de la ubicación del acusado. Véase Redress - FIDH, *Recours juridiques pour les victimes de crimes internationaux* (Informe final: Los recursos para las víctimas de crímenes internacionales- a favor de un acercamiento europeo de la jurisdicción universal), *op.cit*., pp. 55, 64 y 75. En **Alemania**, para violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Fiscal decidirá si la acusación puede continuar cuando el sospechoso no se encuentra en Alemania, ni es probable que se encuentre allí. Véase la sección 153f del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional.

427 En Bélgica, la condición de la presencia en el territorio en general se cumplirá si el presunto delincuente ha sido visto o se encuentra, después de que el delito que se sospecha cometió, incluso si salió del territorio antes de la persecución: La noción presencia es por lo tanto contemplada en un sentido amplio. Bruselas (mis. acc.), 9 de noviembre de 2000, *Rev. dr. pén. crim*., 2001, p. 761.

428 C. Reyngaert, *Universal criminal Jurisdiction over Torture* (La jurisdicción universal en casos de tortura: el estado de las cosas a 20 años de la Convención contra la Tortura), *op.cit*., p. 591.

429 Caso. Ch. crim., 9 de abril de 2008, No. 07-86.412; Caso. Ch. crim., 21 de enero de 2009, No. 07-88.330.

LA POSICIÓN ESPAÑOLA

La Ley Orgánica del Poder Judicial no establece expresamente que es necesaria la presencia del acusado en el territorio de España para ejercer su competencia universal.

En el caso de Pinochet, la Audiencia Nacional había determinado competentes a los tribunales españoles, mientras que A. Pinochet se encontraba en el Reino Unido. Sin embargo, los juicios en rebeldía no son permitidos, salvo en circunstancias excepcionales (véanse los artículos 791(4), 789(4) y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La decisión del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003 en el caso *Ríos Montt,* condujo a **relativizar la falta del requisito de la presencia sino hasta el momento del juicio**. En este caso, el alto tribunal español decidió que en la aplicación de los principios de la soberanía estatal y no injerencia, los tribunales españoles no podían ejercer su competencia respecto de los actos presuntamente constitutivos de genocidio, a menos que existiera un nexo con España. El tribunal español "no especifica el momento en el cual el autor deberá encontrarse en el territorio español, sino que implica que este elemento sería esencial para establecer previamente la competencia de un tribunal de España. El inicio de la investigación en ausencia del acusado, sin embargo, aún podrá ser posible".[430]

El momento en el cual la presencia es requerida dependerá probablemente de si la presencia es una **condición para que los tribunales se consideren penalmente competentes, evitando así cualquier conflicto de jurisdicción o de competencia.** En este caso, esta condición deberá cumplirse en el momento de la persecución penal, o incluso a partir de la presentación de la denuncia. O si la presencia es sólo un requisito **procesal necesario** para evitar un juicio en rebeldía, nada impide que las investigaciones preliminares se inicien a pesar de la ausencia del sospechoso.[431] Aunque las investigaciones en ausencia del acusado son relativamente comunes y no controvertidas en el derecho internacional, los juicios en rebeldía pueden plantear serios debates.[432]

De acuerdo a nuestro conocimiento, el alcance de la "**presencia**" de una **persona jurídica** no ha sido totalmente aclarado por la jurisprudencia penal. Al tocar esta cuestión, el Sr. Henzelin observa que en algunos casos, una empresa extranjera

---

430 Redress -FIDH, *op.cit*., p. 57.

431 B. Swart, *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux* (El lugar de los criterios tradicionales de la competencia en la persecución de los crímenes internacionales), pp. 567 y sig. en A. Cassese y M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux,* Paris, PUF, 2002.

432 R. Rabinovitch, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción universal en ausencia), *op.cit*., p. 519. Véase igualmente sobre este tema: V. Bouchard, *Procédures par contumace et par défaut au regard de l'Article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme* (Procedimiento en rebeldía, y en defecto en virtud del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos), R.S.C., 2002, pp. 517-535.

se considera, en el marco del *Alien Tort Claims Act*, como presente en territorio de los Estados Unidos "tan pronto como realiza algunas de sus actividades ahí"; según el autor, podría incluso ser suficiente que la empresa extranjera cuente con un representante que viaje con frecuencia a los Estados Unidos para crear los nexos mínimos necesarios para otorgar competencia a sus tribunales.[433]

Como norma penal, la presencia de una empresa en un Estado miembro de la UE implica: que ésta tenga su **domicilio social o real** (condición que se identifica con aquella de la nacionalidad, véase *supra*), que tenga un **lugar de trabajo** en un Estado miembro (una condición que se asemeja a aquella de la residencia, véase *supra*), o que la persona jurídica **ejerza actividades** en el Estado miembro.

Requerir que se satisfagan las condiciones que corresponden a la residencia no parece justificarse en relación con lo que generalmente está reservado al concepto de presencia con respecto a una persona física, donde la "presencia" no requiere una residencia continua en un territorio determinado, sino un paso ocasional en el territorio. Por lo tanto, la pregunta que surge es si la propiedad accionaria que tiene Total sobre su empresa filial, resulta *ipso facto* en la "presencia física" de la empresa multinacional en territorio belga, con independencia de cualquier complicidad de la filial belga con los delitos cometidos en Birmania.

La condición de la presencia en el territorio lógicamente está justificada por la posibilidad de aprehender al presunto responsable a fin de ser juzgado. En este sentido, es razonable argumentar que si la filial (sucursal u oficina de representación o de negocios) establecida en un Estado ha prestado asistencia a la empresa matiz extranjera en la comisión del delito en un tercer país, se cumple con la condición de la presencia en el territorio del Estado persecutor.[434]

El caso Total ante los tribunales belgas

En la sentencia del 5 de mayo de 2004, la Corte de Casación belga declaró que a pesar de la **presencia del Centro de Coordinación de Total** (administración central que proporciona todas las funciones necesarias para representar al grupo industrial y comercial), **ésta no era suficiente** para determinar la presencia material de la empresa multinacional en el territorio belga. Sin embargo, en los hechos, la participación del Centro de Coordinación de las operaciones de Total en Birmania no puede ser tan fácilmente excluida. Según la

433 M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*... (El principio de la universalidad en el derecho penal internacional- Derecho y obligación de los Estados de investigar y juzgar de acuerdo al principio de universalidad), *op.cit.*, p. 185. (traducción libre)

434 Véase D. Vandermeersch, *op.cit.*, pp. 252-253. El autor afirma que cuando la presencia del acusado en el territorio belga es necesaria, debe significar que los procesamientos se limitarían a las empresas que tengan su sede actual en Bélgica y a las empresas extranjeras cuya sede operativa en Bélgica haya estado involucrada en la comisión del delito.

Corte, el hecho de que el Centro de Coordinación tenga una personalidad jurídica distinta es suficiente para desestimar la idea de que la sociedad matriz se "encuentra" en el territorio belga; por lo tanto, el posible levantamiento del velo corporativo no fue considerado.

Modalidades para presentar una denuncia: la participación de las víctimas

Nótese en primer lugar, en cuanto a los principios sobre el inicio del procedimiento, que los sistemas de justicia penal de los Estados miembros de la UE están divididos con respecto a los principios de oportunidad (es decir el poder discrecional del ejercicio de la acción penal en casos de delitos graves) y de legalidad (es decir, el hecho de que el fiscal sea sistemáticamente obligado a ejercer la acción penal en cualquier caso que llegue a su conocimiento).

El principio de oportunidad se aplica en Bélgica, Francia, Dinamarca, Irlanda, el Reino Unido, Luxemburgo y los Países Bajos. Mientras que en Alemania, Austria, España, Finlandia, Suecia, Grecia, Italia y Portugal, es el principio de legalidad que se aplica.[435]

La participación de las víctimas en el proceso penal para obtener una reparación por daños personales derivados de la infracción, es ahora un fenómeno regular. La posibilidad de las víctimas y de las organizaciones de iniciar el proceso penal ante el juez, sin intermediarios, beneficia directamente su acceso a la justicia. Por el contrario, las restricciones a la capacidad de las víctimas a proponer directamente la apertura de una investigación ante un juez, aunado al principio de oportunidad (discrecionalidad en la persecución hecha por los ministerios públicos), pueden impedir el acceso de las víctimas a tribunales. En algunos Estados, las normas aplicables al inicio de un procedimiento sobre la base de la competencia extraterritorial difieren de las aplicables a los delitos comunes o "territoriales".[436]

---

435 Los Ministerios públicos de estos Estados están obligados a ejercer la acción pública, cuando un delito es llevado a su atención (eventualmente mediante la presentación de una denuncia), a menos que los tribunales no sean competentes sobre los hechos o las alegaciones sean manifiestamente infundadas. Véase principalmente Comisión Europea, Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales de la Unión Europea del 30 de abril de 2004, COM/2004/0334 final p. 29, pt. 3.1.1.1.

436 Informe Redress - FIDH, *op.cit.*, 2004, p. 7.

El caso de España

El caso de **España** es ejemplar en esta área. La acción penal se rige por un "juez central de instrucción" que puede ser activado a través del **Ministerio Público**, la **víctima**,[437] o por cualquier **ciudadano** o **asociación** bajo la figura de la "acción popular" (acción presentada ante un tribunal penal por un ciudadano común, motivado ya sea por el interés particular de este individuo, o por el interés de toda la sociedad). España es el único país entre los Estados miembros de la UE que contempla la acción popular en materia penal. La discrecionalidad del Ministerio Público es inexistente en el procedimiento español.[438]

En general, según la tradición jurídica del país en cuestión, la víctima podrá disfrutar eventualmente de la oportunidad de iniciar una acción pública a través de la figura de "parte civil"[439], o bien será el Ministerio Público el único que podrá activarla en tanto que representante del Poder Ejecutivo.[440]

Alemania tiene un sistema híbrido. Si bien las víctimas no pueden iniciar la acción penal, tienen la posibilidad de intervenir en el procedimiento en calidad de auxiliares del ministerio público.[441]

La figura de la **parte civil**, que permite presentar un recurso directo ante un juez de instrucción, es algo polémica. Si bien a menudo parece ser necesario para luchar contra la inercia del ministerio público,[442] algunos autores advierten sobre el riesgo

---

437 Debe notarse que la legislación Española establece que una denuncia penal presentada por la víctima, entraña *ipso facto* la demanda civil, a menos que el denunciante realice una renuncia expresa (artículo 112 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal).

438 Informe Redress - FIDH, *op.cit*., 2004, p. 57.

439 En Bélgica, Francia, Italia y Luxembourg. A. Poels, *Universal Jurisdiction in abstentia* (Jurisdicción Universal en ausencia), N.Q.H.R., 2005, p.79.

440 En Austria, Dinamarca, Finlandia (artículo 12(2) del Código Penal en Finlandés), Grecia, Irlanda, los Países Bajos, el Reino Unido, y Suecia. En Suecia y Dinamarca, la decisión de enjuiciar un delito extraterritorial pertenece a una autoridad administrativa (autoridad política). Véase la sección 5 del Capítulo 2 del Código Penal Sueco, y la Sección 8(4-6) del Código Penal Danés. En Irlanda también, la Ley de los Convenios de Ginebra establece que el Ministro de Relaciones Exteriores tiene el poder exclusivo para determinar si la Ley es aplicable a un caso concreto.

441 Sobre este procedimiento, véase Redress - FIDH, *op.cit*., 2004, p. 45; M.E.I. Brienen y E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems: The Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure* (La implementación de la recomendación 85 (11) del Consejo de Europa sobre el papel de la víctima en la ley penal y el procedimiento penal), Universeit van Tilburg (Nijmegen, Países Bajos, 2000, Wolf Legal Productions (WLP)), Chapítulo 9; J. Doak, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospect for participation* (Los derechos de las víctimas en el proceso penal: prospectos de participación), *Cardiff University Law School*, 2005, pp. 308-310.

442 La mayoría de las investigaciones fueron iniciadas como resultado de los esfuerzos concretos de las víctimas. Véase Redress - FIDH, *Legal remedies for victims of 'international crimes' – Fostering an EU approach to 'Extraterritorial Jurisdiction* (Los recursos para las víctimas de crímenes internacionales-Impulsando una aproximación europea a la jurisdicción extraterritorial), Documento de *Antecedentes,* Julio 2003, p.11.

de la presentación de denuncias simbólicas, ideológicas o políticas, que desviarían al poder judicial de su propósito original (ver *infra*).[443]

El **mecanismo de constitución en parte civil** es sin duda útil, ya que permite evitar una declaración de inejercicio de la acción penal cuando un fiscal ejerce su poder de discrecionalidad (el principio de legalidad de las persecuciones penales es minoritario) sobre la persecución o no de crímenes extraterritoriales. Podemos considerar la cautela de los ministerios públicos en estos casos, tanto por razones políticas como financieras: los crímenes cometidos en el extranjero requieren recursos importantes (jueces de instrucción, traductores, un presupuesto para cartas rogatorias, etc.) y suele ser el mismo fiscal quien decide el monto del presupuesto requerido para cada caso, y por lo tanto, los recursos que se asignarán a la probable etapa de instrucción. En relación con la voluntad del "Ejecutivo" de perseguir a las empresas multinacionales con sede en su territorio, suena lógico que este podría abstenerse si dichos procesos suponen un perjuicio para los intereses económicos del país.

Alemania, Grecia y los **Países Bajos** también prevén expresamente la posibilidad de renunciar a la persecución de ciertos delitos por razones políticas.[444]

Estos elementos son significativos. En este marco, y bajo el temor de las víctimas a exponerse a través de un procedimiento judicial, el reconocimiento de un derecho a las asociaciones que defienden los intereses de las víctimas, para constituirse como partes civiles o la presentación de "acciones colectivas", como lo que está previsto en Francia para ciertos delitos,[445] es sin duda una medida útil para ser adoptada por los Estados.[446]

En 2003, **Bélgica** limitó la posibilidad de los denunciantes de violaciones al derecho internacional humanitario para constituirse como parte civil.[447] En la actualidad sólo será posible esta constitución cuando la empresa y/o su director

---

443 L. Reydams, *op.cit*., p. 108; D. Vandermeersch, *La compétence universelle* (La jurisdicción universal) en *Juridictions nationales et crimes internationaux* / Bajo la dirección de A. Cassese y M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, pp. 589 y sig.; J. Wouters en L. De Smet, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen voor ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in het licht van de Belgische Genocidewet, en Bedrijven en mensenrechten – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid,* Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 309-338.

444 Véase la Sección 153 del Código de Procedimiento Penal Alemán; Art. 67 y 242 del Código de Procedimiento Penal holandés.

445 Véase art. 2-4 du Código de Procedimiento Penal Francés. La FIDH ha utilizado esta posibilidad en el caso de Ely Ould Dah, y en muchos otros casos presentados en Francia sobre la base de la jurisdicción universal. Véase CA Montpellier, *Federación Internacional de Derechos Humanos et al. Vs. Ould Dah,* 25 de mayo de 2001.

446 Véase en el mismo sentido los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, Principio 16 párr. 3.

447 Las denuncias se han presentado principalmente en contra de George W. Bush sobre la segunda intervención militar en Irak.

tengan nacionalidad belga o residan en el territorio belga (personalidad activa),[448] mientras que en otros casos, las investigaciones sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público Federal.

Del mismo modo, un proyecto de ley que incorpora a la legislación nacional los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado en **Francia** en Julio de 2010 con el fin de otorgar el monopolio de la acción penal en estos casos al ministerio público. Esto priva a las víctimas de la oportunidad de constituirse como parte civil.[449]

Las normas nacionales que estipulan **que la acción penal está monopolizada** por el ministerio público (de acuerdo con el principio de oportunidad)**,** también prevén en general un recurso para las víctimas cuyas demandas son denegadas.[450] A través de estas disposiciones, los Estados cumplen con las directrices internacionales que tienen en cuenta los derechos de las víctimas, en particular de aquellas víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, las cuales deben recibir una atención particular.[451]

Las jerarquías y la subsidiariedad en los principios de competencia extraterritorial: ¿Hacia un "*forum non conveniens*" en materia penal?

El Título Preliminar del **Código de Procedimiento Penal Belga** establece un mecanismo explícito similar al del *forum non conveniens*.[452] El Fiscal general podrá desechar un caso si la investigación muestra que, en aras de la buena administración de la justicia y del respeto de las obligaciones internacionales de Bélgica, la denun-

---

448 Cabe señalar que por regla general en violaciones graves del derecho internacional humanitario, los denunciantes tiene carácter de parte civil en Bélgica. Por lo tanto, una violación de los derechos humanos cometidos en el extranjero podría ser conocida en una demanda civil bajo los principios de la personalidad activa y pasiva.

449 Véase la legislación adoptada el 13 de Julio de 2010 que incorpora a la legislación Francesa el Estatuto de la Corte Penal Internacional y las críticas de la sociedad civil: "la CFCPI consternée par le vote de l'Assemblée nationale", 13 Julio 2010, disponible: www.fidh.org/Justice-internationale-La-CFCPI-consternee-par-le

450 Véase L. Reydams, *op.cit*. En los Países Bajos, por ejemplo, las víctimas pueden apelar ante un tribunal las decisión del fiscal de no procesar (art. 12 y 13(a) del Código de Procedimiento Penal Holandés). En el mismo sentido, véanse las secciones 277, 278 y 287-2(b) del Código de Procedimiento Penales Portugués; los artículos 408 a 410 del Código de Procedimiento Penal Italiano; y los arts. 43(1), 47 y 48 del Código de Procedimiento Penal Griego.

451 Véase principalmente la regla 7 de la Recomendación No. R (85)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el derecho penal y en el proceso penal aprobada el 28 de junio de 1985, el artículo 12 de la Resolución No. 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas E/CN.4/RES/2005/35, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder de las Naciones Unidas, 1985, AG ONU Res. 40/34. Véase también la Regla 89(1) y 92(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (ICC-ASP/1/3).

452 Véase los artículos 10, 1bis, párr. 3, 4 y 12bis, párr. 3 del Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal.

cia debe ser presentada ante los tribunales internacionales, ante la jurisdicción del lugar donde sucedieron los hechos, ante el tribunal del Estado del que el autor sea nacional o en el tribunal del lugar donde se pueda encontrar al autor, siempre que este tribunal tenga las características de independencia, imparcialidad y equidad, de manera que pueda dar cumplimiento a los compromisos internacionales que vinculan a Bélgica con ese Estado.

Un principio de subsidiariedad similar en materia de violaciones graves del derecho internacional humanitario también existe en la **legislación Alemana,**[453] **el cual deriva** de la jurisprudencia española.

El **Tribunal Supremo español** ha declarado en las sentencias de los casos *Ríos Montt* y *Fujimori* que la competencia territorial tiene prioridad sobre cualquier otra forma de competencia cuando existan "supuestos de concurrencia efectiva y real de competencias activas".[454] En la resolución *Fujimori*, el Tribunal Supremo aclaró que para llevar a cabo la persecución penal en España sobre la base de la competencia universal, se deben aportar pruebas "serias y razonables" que demuestren que "los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por el Estado que tenga competencia territorial".[455] La reforma que se llevó a cabo el 3 de noviembre 2009 establece dentro de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* un nuevo obstáculo en términos del uso de la competencia universal, en el sentido de que los tribunales españoles no deben reconocer su competencia, si los procedimientos se han iniciado en otro país competente o ante un tribunal internacional, lo que supone tanto una investigación como un proceso judicial eficaces de los crímenes ante esas instancias presentados.[456]

En la actualidad, el criterio de la "jurisdicción efectiva" de un tercer Estado permite declinar, sin condiciones, la jurisdicción **belga, española** o **alemana**, a pesar de que el Estado al que se reenvíe el asunto muestre posteriormente una falta de voluntad para perseguir realmente el caso.[457] La existencia de un mejor *foro* podría ser sólo una posibilidad teórica.

---

453 Art. 153(f) del Código de Procedimiento Penal (StOP); C. Reyngaert, *Universal criminal Jurisdiction over Torture*... (La jurisdicción universal en casos de tortura: el estado de las cosas a 20 años de la Convención contra la Tortura), *op.cit.,* p. 603. Para una aplicación de este principio véase infra.

454 Véase Audiencia Nacional (España), *Rigoberta Menchu Tum et al. Vs. Montt et al.,* 13 de diciembre de 2000; Redress -FIDH, *op.cit.*, 2004, p. 58.

455 Redress - FIDH, *op.cit.*, 2004, p. 58. Los tribunales españoles confirmaron estos principios en una decisión reciente relacionada con una acción presentada por palestinos contra ciudadanos israelitas. Tribunal Supremo *Miguel Colmenero Menéndez de Luarca,* Auto 550/2010, 4 de marzo de 2010.

456 Art. 24(3) de la LOPJ, Ley Orgánica 1/2009, 3 de noviembre de 2009.

457 C. Reyngaert, *op.cit.*, p.602. Redress - FIDH, *op.cit.*, 2004, p. 58.

Trafigura Beheer BV y Trafigura Limited en Costa de Marfil

La descarga de 500 toneladas de residuos tóxicos en Abiyán (Costa de Marfil) por el buque Probo Koala en la noche del 19 al 20 agosto de 2006, ha tenido consecuencias humanas y ambientales desastrosas (para más información sobre el contexto de este caso, véase la Sección II, Parte I, sobre la responsabilidad civil extraterritorial de las empresas). Las empresas involucradas incluyen a Trafigura Beheer BV (la empresa matriz con sede en los Países Bajos), Trafigura Ltd (su filial inglesa, que fletó el buque), Puma Energy (una filial de Trafigura Beheer BV en Costa de Marfil), Tommy (una empresa de Abiyán especializada en el drenaje de tanques, mantenimiento y recarga de combustible de barcos) y Waibs Shipping, asignada por Trafigura para la coordinación de las operaciones de recepción y eliminación de los residuos de Probo Koala. Estas empresas han sido objeto de procedimientos judiciales en Costa de Marfil, los Países Bajos y Francia.

Los procedimientos judiciales en Costa de Marfil

Tras una investigación llevada a cabo por las autoridades de Costa de Marfil, varias personas fueron acusadas, entre ellas el representante de Puma Energy, el director de Waibs, el director de Tommy, y cofundador de Trafigura, Claude Dauphin y su gerente para África, Jean Pierre Valentini, quienes fueron detenidos en el aeropuerto de Abiyán, cuando trataban de abandonar el país después de una visita para establecer los hechos del incidente.

Los dos representantes de Trafigura permanecieron detenidos desde su arresto el 18 de septiembre de 2006 hasta el 14 de febrero de 2007. El 19 de marzo de 2007, a pesar de que todo tendía a establecer la responsabilidad de Trafigura, a cuya cuenta y en cuyo beneficio fueron vertidos los residuos tóxicos, la Sala de Acusación de la Corte de Apelaciones de Abiyán abandonó la acusación contra los señores Dauphin y Valentini, alegando la falta de pruebas por las siguientes razones:

– En relación con el delito de complicidad en los actos de envenenamiento, la investigación no reveló ningún acto cometido personalmente por los acusados Jean Claude Valentini y Claude Dauphin;
– En cuanto a la violación de la ley sobre la protección de la salud pública y el medio ambiente contra los efectos de los desechos tóxicos y residuos industriales nucleares y sustancias nocivas, la decisión de la Corte de Apelaciones de Abiyán consideró que la investigación mostró que Claude Dauphin y Jean Claude Valentini no habían cometido ningún delito, y que se encontraban en el centro de estos procedimientos debido a que ellos mismos habían viajado a Costa de Marfil por su cuenta para ayudar a reducir las consecuencias perjudiciales de los actos cometidos por Ugborugbo Salomon Amejuma (director de Tommy) y otros.[458]

[458] Decisión de División de Acusación de la Corte de Apelaciones de Abiyán, 19 de marzo de 2008, pp. 5-26.

Los cargos contra el director de Puma Energy también fueron desechados. La Sala de Acusación de la Corte de Apelaciones de Abiyán finalmente reenvió a doce personas ante el Tribunal de lo criminal por su participación en el vertido de desechos tóxicos.[459]

El juicio comenzó el 29 de septiembre de 2008. El 22 de octubre de 2008, el tribunal de apelación de Abiyán reconoció el carácter tóxico de las sustancias vertidas, y el peligro que representan para los seres humanos, y condenó al director de la empresa Tommy (que había recogido y vertido los residuos tóxicos) a 20 años de prisión, y a un empleado de Waibs que habría recomendado a la empresa Tommy a la filial de Trafigura en Costa de Marfil (Puma Energy), a 5 años de prisión. El gobierno de Costa de Marfil no ha tenido que enfrentar ninguna responsabilidad por estos hechos. Todos los funcionarios de aduana inculpados, y el ex capitán del puerto y ex director de los Asuntos Marítimos y Portuarios fueron acusados pero finalmente absueltos de todos los cargos.[460]

Procedimientos judiciales en curso en Francia

El 29 de junio de 2007, 20 víctimas de Costa de Marfil, con el apoyo de los abogados de Grupo de Acción Legal (GAJ, por sus siglas en francés) de la FIDH, presentaron una denuncia ante la Fiscalía de París contra los directivos de Trafigura, los Sres. Dauphin y Valentini, por desechar sustancias nocivas, por homicidio involuntario, corrupción y por la violación de disposiciones específicas relativas a los movimientos transfronterizos de desechos.[461]

Sorprendentemente, el 16 de abril de 2008, el Fiscal Adjunto de la Salud Pública del Departamento de Delitos Económicos y Sociales" suspendió el caso al considerar que el proceso era "completamente de origen extranjero", en particular por las siguientes razones:

– La falta de vínculos permanentes con el territorio francés de las personas que pudieran estar involucradas, incluyendo a los Srs. Dauphin y Valentini, respectivamente Presidente y Miembro del Consejo de Administración de Grupo Trafigura;
– La ubicación, fuera del territorio francés, de las empresas filiales y de las entidades comerciales propiedad de Grupo Trafigura; y
– La existencia concomitante de otros procedimientos legales.

Cabe señalar que, en virtud del principio según el cual la competencia se funda en la identidad del acusado, y del cual el artículo 113-6 del Código Penal Francés establece las modalidades de aplicación, la nacionalidad francesa de los autores de la infracción es razón suficiente para

459 Véase el comunicado de prensa FIDH-LIDHO-MIDH: *Deux ans après la catastrophe, les responsables restent impunis et les victimes démunies* (Dos años después del desastre, los responsables siguen impunes y las víctimas despojadas), 14 de agosto de 2008, www.fidh.org.

460 Véase el comunicado de prensa conjunto de la FIDH y sus organizaciones miembros en Costa de Marfil y en Francia, Greenpeace y Sherpa, *La Cour d'assises d'Abidjan rend son verdict en l'absence des principaux responsables* (El Tribunal Penal de Abiyán emitió su veredicto en ausencia de los principales responsables) 28 de octubre de 2008, www.fidh.org

461 Véase el comunicado de prensa conjunto de la FIDH y sus organizaciones miembros en Costa de Marfil y en Francia, *Appel à l'établissement des responsabilités et à la justice pour les victimes du déversement des déchets toxiques en Côte d'Ivoire* (Llamado para establecer la responsabilidad y la justicia para las víctimas del derramamiento de residuos tóxicos en Costa de Marfil), 21 de diciembre de 2007, www.fidh.org.

determinar la competencia de los tribunales franceses. En este sentido, el hecho de que los involucrados tengan su domicilio o cuenten con vínculos permanentes con el territorio francés es irrelevante. Y en cuanto a la existencia de otros procedimientos, éstos no se refieren a los mismos actos o las mismas personas, y por ello tampoco deben tener importancia (Véase arriba para el significado del requisito de la nacionalidad).

El **16 de junio de 2008,** la decisión de retirar el caso fue impugnada por los abogados del GAJ, quienes presentaron una demanda ante la oficina del fiscal con fundamento en el artículo 40-3 del Código Penal Francés, argumentando que la competencia de los tribunales franceses se determina por el mero hecho de la nacionalidad (francesa) de los autores de los hechos, y que por tanto, cualquier otro argumento basado en la existencia de otros procedimientos pendientes o sobre la dificultad de la realización de la investigación en el territorio francés no constituyen criterios válidos. Hasta el momento, no ha habido respuesta a esta solicitud.

Procedimientos judiciales en curso en los Países Bajos

El proceso penal en los Países Bajos, concierne sólo a los hechos que tuvieron lugar en Ámsterdam, antes de que los desechos tóxicos fueran vertidos en Costa de Marfil.[462] Estos implican a Trafigura, al capitán del buque Probo Koala, y a la ciudad y al puerto de Ámsterdam.

El juicio ha sido aplazado en varias ocasiones. Una audiencia se celebró en mayo de 2010, la cual debiá ser reanudada en septiembre de 2010. Trafigura fue acusado de violar la legislación europea sobre la eliminación de residuos, y podría ser multada con hasta 450,000€ y/o seis años de prisión. Trafigura también es acusada de falsificar documentos relativos a la composición de los residuos, y de no haber informado a la APS (una empresa de reciclaje de residuos holandesa-danesa) sobre la naturaleza tóxica de los residuos que trataría.

APS es acusado de descargar y recargar una parte de la carga tóxica del Probo Koala cuando hizo escala en el puerto de Ámsterdam en julio de 2006. Cuando los residuos demostraron ser más tóxicos de lo que se había anunciado, el fletador se negó a pagar el tratamiento de las sustancias identificadas. Claude Dauphin, Director General de Trafigura, ha sido acusado de la exportación ilegal de residuos tóxicos.

El 19 de diciembre de 2008, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam desechó cualquier acusación penal contra el Director General de Trafigura. Sin embargo, el 6 de julio de 2010, la Suprema Corte holandesa anunció que Claude Dauphin podría todavía ser perseguido, solicitando a la Corte de Apelaciones de juzgar nuevamente sobre la persecución del director general de Trafigura, estimando que no todos los elementos de prueba habían sido tomados en cuenta. El 5 de febrero de 2009, APS fue declarado culpable de violar las leyes de protección del medio ambiente, y condenado a pagar una multa de 450,000€. Uno de sus ex-ejecutivos fue condenado a 240 horas de servicio comunitario, cuya pena fue reducida a la mitad. El caso contra Trafigura continúa pendiente.

462 Greenpeace, que es parte en el procedimiento, cuestionó la limitación del caso a los hechos que tuvieron lugar en Ámsterdam. La apelación aún continúa pendiente.

Una novedad importante en el procedimiento se produjo en la audiencia del 19 de mayo de 2010 ante la Corte de Apelaciones de Ámsterdam, cuando Greenpeace presentó el testimonio de los conductores de camiones en Costa de Marfil que transportaron los residuos tóxicos del Probo Koala, en donde afirmaron que habían sido pagados por la empresa Trafigura para brindar testimonios falsos durante los procedimientos civiles en Londres (véase la Sección II, Parte I, sobre la responsabilidad civil de las empresas).[463] El juicio comenzó el 2 de junio de 2010.

El 23 de julio de 2010, Trafigura fue **condenada a pagar un millón de euros por infringir la legislación** Europea sobre la importación y exportación de residuos, así como por no haber mencionado el tipo de residuos transportados. Por el contrario, la empresa fue absuelta del cargo de falsificación de documentos, decisión que fue apelada por el Fiscal de Ámsterdam. Además, el empleado de Trafigura que habría coordinado la escala, Naeem Ahmed, fue condenado a seis meses de prisión condicional y 25,000€ de multa; el capitán ucraniano del carguero Sergiy Chertov, fue condenado a cinco meses de detención condicional.

En febrero de 2011, Greenpeace presentó un recurso para reiniciar el procedimiento, solicitando la ampliación de la competencia de la jurisdicción holandesa por los hechos ocurridos en Costa de Marfil. El 13 de abril de 2011, la Corte de Apelaciones de La Haya decidió no extender el procedimiento iniciado en los Países Bajos, invocando la falta de cooperación de las autoridades marfileñas como un obstáculo a la realización de un proceso penal efectivo. Entre dichos obstáculos, la Corte mencionó el hecho de que ninguno de los sospechosos tenía la nacionalidad holandesa ni vivía en los Países Bajos, y que las actividades de las sociedades involucradas se encontraban ubicadas fuera del país.

* * *

En la mayoría de los casos, los persecuciones penales basadas en el principio de la competencia universal se enfrentan a una fuerte resistencia por parte de los Estados que no desean asumir los costos políticos y diplomáticos que conllevan estos procedimientos. Esto es especialmente cierto cuando la denuncia está dirigida contra una empresa presente en su territorio, y que por lo tanto ésta pueda amenazar, por ejemplo, con retirarse de ese país. A raíz de dos denuncias presentadas en Bélgica en contra de empresas multinacionales y de sus ejecutivos por violaciones graves a los derechos humanos, la Federación de Empresas de Bélgica denunció la ley Belga del 16 de junio de 1993 que contemplaba la competencia universal, como un factor que generaba en Bélgica un clima inhóspito para las empresas que operan en diferentes partes del mundo. El ámbito de aplicación de la ley fue reducido considerablemente, y con ello el juez se declaró incompetente para conocer la denuncia judicial contra las inversiones de Total en Birmania.

463 Véase el artículo publicado en Libération el 18 de mayo de 2010, *Probo Koala: l'affrêteur Trafigura pris à témoin* (Probo Koala: El fletador Trafigura llamado a testificar) www.liberation.fr/monde/0101636039-probo-koala-l-affreteur-trafigura-pris-a-temoins.

No deben pasarse por alto las dificultades técnicas derivadas de las normas relativas a la responsabilidad penal de las empresas en el derecho interno, que se añadirán a las relacionadas con la extraterritorialidad. Un marco convencional adecuado es "necesario para dar la certeza jurídica necesaria a la acción de la justicia a nivel internacional"[464] y para asegurar la viabilidad de los procedimientos. Se debe constatar que los crimines internacionales con cierto grado de gravedad que hayan sido cometidos por empresas, deben sur objeto de investigaciones y de persecuciones penales, sin que se deba esperar para esto a que las víctimas presenten la denuncia correspondiente a dichos crimines. El papel de las víctimas y el apoyo de las ONG continúan siendo cruciales.

PARA MAYOR INFORMACIÓN (Y REFERENCIAS)

Para un enfoque comparativo de los regímenes de responsabilidad penal en vigor en Europa véase:

– H. de Doelder y K. Tiedemann, *La criminalisation du comportement collectif* (La criminalización del comportamiento colectivo), Kluwer, 1996.

– S. Geeroms, *La responsabilité pénale des personnes morales: une étude comparative* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparativo), *Rev. int. dr. comp.,* 1996, pp.533-579.

– Asociación Henri Capitant los Amigos de la Cultura jurídica francesa, *La responsabilité. Aspects nouveaux* (La responsabilidad: aspectos novedosos), Tome L, L.G.D.J., 1999.

– M. Wagner, *Corporate Criminal Liability – National and International Responses* (La responsabilidad penal empresarial: Respuestas nacionales e internacionales), *Background paper for the International Society for the Reform of Criminal law – 13th International Conference Commercial and Financial Fraud : A Comparative Perspective,* Malta, 8-12 julio de 1999, pp. 2-3.

– M. Delmas-Marty y J.A.E. Vervaele (dir.), *La mise en œuvre du Corpus Iuris dans les Etats Membres* (La puesta en práctica del cuerpo legal en los Estados Miembros), Vol.1., Antwerp/Groningen/Oxford, Intersentia, 2000.

– S. Adam, N. Colette-Basecqz y M. Nihoul, *Corporate Criminal Liability in Europe* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Europa), Bruselas/Bruges, La Charte/Die Keure, 2008.

– C. Buggenhoudt & S.Colmant,"Justice in a Globalised Economy: A Challenge for Lawyers Corporate Responsibility and Accountability in European Courts", Avocats sans frontières, marzo de 2011, www.asf.be

464 D. Vandermeersch, *La dimension internationale de la loi* (La dimensión internacional del Derecho), *op.cit.*, p. 273.

Sobre el reconocimiento del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea:

– **Austria:** Ley VbVG *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* (Ley Federal sobre la responsabilidad de las asociaciones en materia penal) para los delitos cometidos desde 1° de enero de 2006. Véase también M. Hilf, *La responsabilité pénale des personnes morales en Autriche – Le régime de la nouvelle loi autrichienne sur la responsabilité des entreprises* (La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Austria - El régimen de la nueva legislación austríaca en materia de responsabilidad corporativa) en *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*. Ed. S. Adam, N. Colette-Basecqz y el Sr. Nihoul, La Charte, Bruselas, 2008, pp. 47-62.

– **Bélgica:** Ver el art. 5 del Código Penal Belga, modificado por la ley de 4 de mayo de 1999, que instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas (M.B., 22 de junio de 1999, p. 2341). Esta ley entró en vigor el 2 de julio de 1999.

– **Estonia:** Véase el artículo. 14 y 37 del nuevo Código Penal de 2002.

– **Finlandia:** Véase el Capítulo 9 del Código Penal (tras la reforma de 1° de septiembre de 1995 (1995/743).

– **Francia:** Véase el art. 121(2) del nuevo Código Penal, en vigor desde el 1° de marzo de 1994. Modificado recientemente por la Ley de 9 de marzo de 2004.

– **Países Bajos:** Véase el art. 51 Nederlandse wetboek van strafrecht (Código Penal Holandés), introducido por la Ley de 22 de junio de 1950 sobre los delitos económicos, y revisado por la Ley de 23 de junio de 1976. Véase también J. D'Haenens, *Sanctions pénales et personnes morales* (Las sanciones penales y las personas jurídicas), Rev. dr. Pén. Crim., 1975, pp.747-748. J. Vervaele, *La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Entre pragmatisme et dogmatisme juridique* (La responsabilidad penal de y en las personas jurídicas en los Países Bajos. Entre el pragmatismo y el dogmatismo jurídico), Rev. sc. crim. (Fr.), 1997, lib. 2, pp. 325-346. D. Roeff, T. D Roos, *De strafrechetlijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten, en X, De strafrechelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders* en Amberes, Intersentia, Serie Ius Commune Europeanu, No. 25, 1998, pp. 49-121. A. De Nauw y F. Deruyck, *De Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen,* R.W, 2000, pp. 897-898.

Sobre el principio de competencia universal en los Estados miembros de la Unión Europea:

– **Alemania:** Párr. 6 del *Strafgesetzbuch* (Código Penal). Ver también la Sección 1 del Código de Crímenes de Derecho Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch o VStGB*), adoptado el 30 de junio de 2002. G. Werle y F. Jessberger, *International Criminal Justice is coming Home: The new German Code of Crimes against International Law* (La Justicia Penal Internacional llega a casa: El Nuevo Código alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional), Criml. L. F., 2002, 191 p. 214. Este código es considerado como un modelo y por lo tanto puede ser una fuente de inspiración para otros países europeos. M. Delmas-Marty, *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation* (Derecho Penal como la ética de la globalización), R. S. C., 2004, p. 8. El juicio en rebeldía se encuentra permitido, pero sólo con el objetivo de preservar los medios de prueba para posibles acciones legales futuras (StPO §276, StPO §285(1)).

– **Austria:** Párr. 64 (64(1) a 64(8)) y 65 del *Strafgesetzbuch ou StGB* (Código Penal). Con respecto al crimen de genocidio, en particular, la jurisdicción universal se contempla por la jurisprudencia. Ver Asociación de Derecho Internacional, *Final Report on the exercise of Universal jurisdiction in respect of gross human rights offences* (Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal en materia de violaciones graves a los derechos humanos), informe preparado por el Sr. Kamminga, 2000, p. 24.

– **Bélgica:** Art. 12 bis del Capítulo II del Título I del Código de Procedimiento Penal (reemplazado por la Ley de 18 de julio de 2001 y modificado por la Ley del 5 de agosto de 2003 (en vigor desde el 7 de agosto de 2003) y el artículo 378 del la Ley de 22 de diciembre de 2003 (en vigor desde el 31 de diciembre de 2003)). Véase también el art. 6(3)-(10, 10bis, 10ter, y 10quater) del Título I del Código Procedimiento Penal.

– **Dinamarca:** Strfl. § 8(1)(5) y las Secciones 2, 5(2) y 6 del Código Penal Militar (Ley N º 216. abril de 1973).

– **España:** Art. 23(4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1° de julio de 1985.

– **Finlandia:** Sección 7 - Capítulo 1 del Código Penal (modificado por el 650/2003).

– **Francia:** Art. 689(1) del Código de Procedimiento Penal y Casación del 26 de marzo de 1996, Bull. Crim., N ° 132. Ley del 9 Agosto 2010 de implementación del Estatuto de Roma.

– **Grecia:** Art. 8(h) y 8(k) del Código Penal.

– **Irlanda:** Sección 3 de la ley irlandesa sobre los Convenios de Ginebra de 1962, modificada por la Ley de los Convenios de Ginebra de 1998 (Enmienda), Sección 2 y 3 de la Ley Irlandesa de 2000, sobre la Justicia Penal (Convención de Naciones Unidas contra la Tortura).

– **Italia:** Art. 7(5) del Código Penal. En cuanto a delito de tortura, véase también el artículo 3(1)(c) de la Ley Núm. 498 del 3 de noviembre de 1988 (Legge 3 novembre 1988, n°498) y el artículo 10 del Código Penal. Legge 9 ottobre 1967, N º 962. El Código Penal Italiano establece también la jurisdicción universal para cualquier delito previsto en la legislación italiana que se castigue con pena de prisión de al menos tres años. Sobre esta base, los tribunales italianos pueden a juzgar los crímenes de lesa humanidad en virtud del principio de universalidad.

– **Luxemburgo:** Art. 10 de la Ley del 9 de enero de 1985, sobre el castigo de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Mem. A No. 2 del 25 de enero de 1985, p. 24); art. 1 de la Ley del 2 de agosto de 1947 sobre el castigo de los crímenes de guerra (Mem.1947 755 – Pas. 1947. 500); art. 7(3) del Código de Procedimientos Penal, en relación con el art. 260(1) a 260(4) del Código Penal y art. 7(4) del Código de Procedimientos Penal. Véase también el artículo 4 y el artículo 5(1) del Código de Procedimientos Penal y el art. 163, 169, 170, 177, 178, 187(1), 192(1), 192(2), 198, 199, 199bis y 368 a 382 del Código Penal. Véase también el artículo 6 de la Ley del 8 de agosto de 1985 sobre el castigo del crimen de genocidio. La jurisdicción de los tribunales de Luxemburgo también se establece para conocer de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad cometidos durante ciertos períodos en la ex Yugoslavia, en Ruanda y sus países vecinos.

– **Países Bajos:** Las secciones 2(1)(a) y (c) y 2(3) de la Ley sobre Crímenes Internacionales, adoptada el 19 de junio de 2003, en vigor desde el 1° de octubre de 2003. Bajo la ley de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los tribunales holandeses pueden ejercer la jurisdic-

ción universal por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura, cuando el presunto autor de los crímenes se encuentre en el territorio de los Países Bajos o haya adquirido la nacionalidad holandesa después de la comisión del delito.

– **Portugal:** Art. 5(2) del Código Penal. Véase también el artículo 5, párr. 1(b) y el art. 239 párr. 1 del Código Penal.

– **Suecia:** Capítulo 2, sección 3(6) y el Capítulo 22, Sección 6 del Código Penal. Véase también el Capítulo 2, Sección 3 (7) del Código Penal en relación con la Ley (1964/169) para el castigo del genocidio.

– **FIDH, Informe de la FIDH sobre la competencia universal: Un enfoque paso a paso sobre el ejercicio de la competencia (penal) universal en los países de Europa Occidental, junio de 2009,** www.fidh.org/INFORME-DE-LA-FIDH-SOBRE-LA-JURISDICCION

– **FIDH-REDRESS, FIDH-REPARACIÓN, Encourager une approche européenne en matière de responsabilité face au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et à la torture** (Fomentar de un enfoque europeo de la responsabilidad por el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura), Abril 2007, www.fidh.org/Encourager-une-approche-europeenne-en-matiere-de (inglés y francés)

CAPÍTULO III

Responsabilidad penal extraterritorial de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos ante los tribunales estadounidenses y canadienses

A. Ante los tribunales estadounidenses
B. Ante los tribunales canadienses

* * *

A. Ante los tribunales estadounidenses

1. El reconocimiento del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sanciones aplicadas

Para determinar la responsabilidad de una empresa por actos criminales cometidos por los individuos, los tribunales de los Estados Unidos se basan en tres teorías:[465]

– **La teoría de la agencia (*agency*)**: Esta teoría permite establecer que una empresa es responsable por las violaciones cometidas por sus empleados (responsabilidad indirecta -*vicarious liability*). Se deberá demostrar que el empleado actuó dentro del ámbito de sus funciones en beneficio de la empresa (al menos en parte), y que la intención (*mens rea*) y el acto material (*actus reus*) de la infracción cometida por el empleado son atribuibles a la empresa.

– **La teoría de la identificación**: Esta teoría permite sancionar a una empresa por las violaciones cometidas por sus directivos o ejecutivos. Hay una identidad entre la persona jurídica y las personas que no están vinculadas por una relación jerárquica dentro de la empresa. La conciencia y la voluntad de cometer el delito, necesarias para comprometer la responsabilidad penal de la empresa, son aquellás de las personas físicas consideradas como "la conciencia y la voluntad" (*the directing mind and will*) de la empresa. El comportamiento del directivo de la empresa se equipara al de la empresa misma. A diferencia de la teoría de la agencia, esta ficción jurídica conduce a una responsabilidad directa de la empresa por los actos cometidos por sus ejecutivos y su personal.

465 E. Engel, *Extraterritorial criminal liability: a remedy for human rights violations?* (La responsabilidad penal extraterritorial: ¿un recurso para violaciones de derechos humanos?), *Saint Jonh's Legal Commentary,* primavera 2006, p. 2.

– **La teoría de la complicidad** *(the theory of accomplice liability)*: Esta es la teoría de la complicidad que permite condenar a una sociedad que ha sido cómplice en actos ilegales cometidos por terceras personas. La complicidad debe contener un elemento intencional[466], "la intención criminal común" (*shared criminal intent*). En los Estados Unidos, el cómplice debe **tener la voluntad** de que el crimen sea cometido y **asistir** al autor principal del delito en la comisión de los hechos. Algunos han interpretado estas disposiciones de manera tal que el autor principal de la infracción y su cómplice deberían tener los mismos motivos para la comisión del crimen.[467] Sin embargo, en el contexto de la complicidad de las empresas transnacionales, la teoría de la "intención criminal común" dificulta las cosas porque, en general, estas empresas no alientan las violaciones a los derechos humanos por las mismas razones que los autores de estos crímenes. De hecho, a menudo las empresas multinacionales son motivadas exclusivamente por el lucro. En otras palabras, se podría argumentar que las empresas transnacionales y los autores de los crímenes actúan simplemente por interés común. Sin embargo, la Comisión Internacional de Juristas considera que dentro de esta interpretación existe una confusión entre la motivación y la intención del autor principal y del cómplice.[468]

Siendo que los Estados Unidos tienen una nación federada, el sistema estadounidense de justicia penal tiene fundamento jurídico no sólo la Constitución Federal, en sus seis enmiendas y en las leyes penales federales, sino también en la legislación penal de cada Estado. El papel del Ministerio Público, así como las sanciones, serán diferentes dependiendo de si uno se enfrenta a una ley federal o una ley local.[469]

Sin embargo, los Estados Unidos han adoptado directrices que determinan de manera general las sanciones que pueden ser impuestas a las personas jurídicas. De hecho, la Guía Federal de Sentencias (*Federal Sentencing Guidelines*), desarrollada en 1991, contribuyó a armonizar las penas aplicables a las personas jurídicas en los Estados Unidos. Estas directrices contienen una serie de sanciones que se han desarrollado teniendo en cuenta la gravedad del delito, la culpabilidad de la empresa y el beneficio económico obtenido por ésta después de la ofensa.

---

466 En los Estados Unidos el elemento intencional se llama "estado mental" (*state of mind*): la intención de cometer o participar en un delito.

467 A. Ramasastry, R. C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict, legal remedies for private sector breaches of international law, a survey of sixteen countries* (Comercio, delincuencia y conflictos, los recursos legales para infracciones al Derecho Internacional por el sector privado, un estudio de dieciséis países), FAFO, 2006, p. 18-19.

468 Comisión Internacional de Juristas, *Corporate complicity & legal accountability – Report of the International Commission of Jurists expert legal panel on corporate complicity in international crimes* (Complicidad empresarial y la responsabilidad - Informe del grupo de expertos legales de la Comisión Internacional de Juristas sobre la complicidad corporativa en los crímenes internacionales), vol. 2, 2008.

469 J. Jacobs, *L'évolution du droit pénal américain* (La evolución del derecho penal norteamericano), *Revue électronique du département d'Etat*, volume 6, No. 1, 1ro de julio de 2001, p. 6.

Además de estas directrices, cada ley incluye sus propias sanciones y penas:

– La **multa**, que es una sanción administrativa que se determinada por el juez en dos etapas. En primer lugar, se calcula la multa base haciendo referencia a la cantidad indicada en la tabla de infracciones, más los beneficios financieros y las pérdidas generadas por el delito. La multa es entonces aumentada o disminuida en función de la culpabilidad de la empresa.[470]

– La **supervisión (*probation*)** es una sanción penal que permite poner a la empresa bajo supervisión por un período de hasta 5 años. Esta supervisión puede estar acompañada por un consejo y es efectuada por el gobierno. La empresa puede también ser condenada a presentar informes periódicos de actividad al oficial de supervisión (*probation officer*) o ante los tribunales. Además de la supervisión, algunas leyes como la RICO (ver *infra*) prevén una pena de prisión de hasta 20 años para las personas condenadas por crimen organizado.[471]

– El **decomiso** es el equivalente a la confiscación. Esta sanción civil está contemplada por la ley RICO. Ésta prevé que la empresa debe entregar al gobierno estadounidense todos los bienes obtenidos a través de un acto ilegal, así como todos los intereses financieros que ella haya obtenido por esta vía.

– La **indemnización** está igualmente prevista para las víctimas del delito y puede ser considerada como una sanción civil a cargo de las empresas. También existen los daños punitivos (*punitive damages*). A diferencia de los países con tradición de derecho civil, los países con tradición derivada del *common law*, prevén el pago de una suma de dinero **como pena adicional.** Se trata de una connotación punitiva de la reparación, de castigar la conducta reprobable y disuadir igualmente su repetición. Esta sanción no debe ser confundida con la multa.[472]

2. La competencia de los tribunales estadounidenses por hechos cometidos en el extranjero

a) La competencia territorial

En aplicación de la competencia territorial, los Estados Unidos siguen la doctrina de los "efectos". La mayoría de la legislación extraterritorial estadounidense sólo se aplican si el ilícito cometido en el extranjero puede tener un "**efecto directo,**

470 M. Wagner, *Corporate Criminal Liability: National and International responses* (Responsabilidad penal empresarial: respuestas nacionales e internacionales), *Commonwealth Law Bulletin*, 1999, pp. 8-9.

471 Título 18 del USC. A§ 1964(a).

472 M. Wagner, *op.cit*., p. 9.

sustancial y previsible en el territorio nacional" (*effects test*),[473] o **si la conducta ilícita que causó directamente el daño en el extranjero, tuvo lugar en el territorio de los Estados Unidos** (*conduct test*). La aplicación extraterritorial de estas leyes está limitada, en estos casos, por la existencia de nexos mínimos con el territorio de los Estados Unidos.

b) La competencia personal

Los Estados Unidos aplican el principio **de personalidad activa** y **pasiva**.[474] La mayoría de las leyes penales de los Estados Unidos utilizan como nexo la **personalidad activa**, lo que significa que sólo se aplican si el autor es un ciudadano estadounidense. Sin embargo, existen algunas leyes específicas, como la ley de crímenes de guerra (*U.S war crimes statute*), que utilizan el criterio de **personalidad pasiva**, por lo que se aplican también cuando el delito es cometido por un extranjero y la víctima es estadounidense.[475]

La responsabilidad penal extraterritorial de las empresas es una cuestión que no está totalmente resuelta. En efecto, tanto académicos como los tribunales estadounidenses no siempre concuerdan sobre la legitimidad o no de una teoría y sus criterios de aplicación. Debido a que el sistema de *common law*, está basado principalmente en precedentes y en la doctrina como fuente de derecho y no en leyes escritas,[476] es difícil ponerse de acuerdo sobre criterios de aplicación claros y precisos sobre este tipo de responsabilidad. Algunos defienden la tesis de que las empresas deben ser responsables por los actos delictivos que cometan en el extranjero, sobre la base de un principio de *common law* conocido como: *ultra vires* (más allá de las facultades conferidas por las leyes o por los estatutos de la empresa).

Hoy en día, este principio significa que la empresa que recibe sus poderes y privilegios (la personalidad jurídica, la doctrina de la responsabilidad limitada) del Estado no sólo debe respetar las leyes del Estado, sino también las obligaciones de derecho internacional a las que el Estado se ha comprometido a respetar.

---

473 O. De Schutter, *Les affaires TOTAL et UNOCAL: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme* (Los casos de Total y Unocal: complicidad y extraterritorialidad en la imposición de obligaciones en materia de derechos humanos), AFDI, LII, 2006, p. 35. Esta doctrina fue utilizada por primera vez en 1945 por la Corte de Apelaciones del 2do Circuito de los Estados Unidos, *en Estados Unidos vs Aluminum Co. of America* (Alcoa). Su uso es analizado bajo la ley RICO más adelante.

474 Idem, p. 36.

475 A. Ramasastry, R. C. Thompson, Commerce, *Crime and Conflict, legal remedies for private sector breaches of international law...* (Comercio, delincuencia y conflictos, los recursos legales para infracciones al Derecho Internacional por el sector privado, un estudio de dieciséis países), *op.cit.,* p. 16.

476 A pesar de que pocas leyes penales regulan en específico la cuestión de la responsabilidad penal extraterritorial de las empresas transnacionales, sin embargo mayos no existe una norma escrita. Estas leyes se discuten más adelante.

Existen varias leyes estadounidenses, tales como la ley RICO (contra el crimen organizado) o la Ley Contra la Corrupción (*Anti-bribery Law- FCPA*), que rigen la responsabilidad penal de las empresas multinacionales, pero que sólo se aplican en ciertos delitos.

c) La competencia universal

La Constitución Federal limita a los Estados federados en el ejercicio de su competencia federal.[477] Los Estados federados no pueden extender su competencia más allá de los crímenes cometidos en sus territorios.[478]

El gobierno federal puede promulgar leyes penales con efecto extraterritorial.[479] Sin embargo, éstas sólo contienen pequeñas extensiones del derecho estadounidense, y no constituyen en realidad una competencia universal.

Las convenciones protectoras de los derechos humanos

Estas incluyen:
– La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en vigor a partir del 20 de noviembre 1994;
– La Convención contra el Genocidio, del 9 de diciembre de 1948; y
– Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos facultativos.

Los Estados Unidos son parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la ha incorporado a su legislación nacional. Así, la Ley contra la Tortura (*Torture Statute)*,[480] otorga una competencia cuasi-universal, siempre que el presunto autor de los hechos sea un ciudadano estadounidense, o se encuentre presente en el territorio de los Estados Unidos, independientemente de la nacionalidad de la víctima o del presunto perpetrador.

Los Estados Unidos también son parte de la Convención contra el Genocidio. La ley federal establece que los tribunales estadounidenses tienen competencia universal para juzgar el delito de genocidio. Sin embargo, establece ciertas condiciones,[481] incluida la **nacionalidad estadounidense** de los acusados o **su presencia en el territorio**.

Ningún instrumento jurídico internacional establece la obligación para los Estados de ejercer su competencia jurisdiccional en casos de genocidio y crímenes de lesa

477 A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Jurisdicciones nacionales y crímenes internacionales), PUF, Paris, 2002, p. 458.
478 Véase la Enmienda 14 (Cláusula 1868 sobre la salvaguardia de las libertades individuales).
479 A. Cassese y M. Delmas-Marty, *op.cit.*, p. 458.
480 Véase 18 USC 2340A.
481 Véase 18 USC 1091.

humanidad, si los hechos no demuestran alguna relación o nexo con su territorio. Sin embargo, ya que estos crímenes se consideran parte de las normas de *jus cogens*, existe una obligación consuetudinaria de los Estados de acabar con estas prácticas.[482]

Los Estados Unidos también han incorporado un elemento de los Convenios de Ginebra: la represión de los crímenes de guerra a través de la Ley de Crímenes de Guerra (*War Crimes Statute)*[483]. Los tribunales estadounidenses tienen competencia sobre un crimen de guerra si el autor o la víctima, es un ciudadano estadounidense o un miembro de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos. Además de los crímenes de guerra, ninguna otra disposición de los Convenios de Ginebra se han incorporado en el sistema legal estadounidense, ni tampoco los crímenes de lesa humanidad.[484]

Cabe señalar también que los Estados Unidos no han ratificado el Estatuto de Roma y por lo tanto, en principio, la Corte Penal Internacional no tiene competencia sobre crímenes internacionales cometidos por ciudadanos estadounidenses.

Así, cuando estos convenios son incorporados al derecho interno de los Estados Unidos, debe tenerse en cuenta que generalmente se aplican a situaciones en las que los crímenes fueron cometidos en el extranjero por un autor o contra una víctima estadounidense. **Un nexo con los Estados Unidos será siempre requerido**.[485]

La aplicabilidad de estas leyes federales contra la tortura, contra los crímenes de guerra, o genocidio a las personas jurídicas (empresas, por ejemplo) es un tema no resuelto en la actualidad. Sin embargo, podría considerarse legítimamente utilizar como alternativa el foro de los Estados Unidos, especialmente en lo que respecta a la Ley contra la Tortura, que utilizando el término genérico "persona" deja un espacio abierto para fincar la responsabilidad a las personas jurídicas y no sólo a las personas físicas. A pesar de que ninguna disposición excluye expresamente la aplicabilidad de estas leyes a las empresas, debe hacerse referencia siempre a los trabajos preparatorios de dicha ley antes de llevar a cabo cualquier acción judicial.

---

482 O. De Schutter, *Les affaires TOTAL et UNOCAL…* (Los casos de Total y Unocal: complicidad y extraterritorialidad en la imposición de obligaciones en materia de derechos humanos), *op.cit*.

483 Véase 18 USC 2441.

484 Actualmente existe un debate en los Estados Unidos sobre la posible adopción de una ley federal contra de los crímenes de lesa humanidad.

485 E. Engel, *op.cit*., pp. 30 –31. En una publicación reciente la Dr. Jennifer Zerk señala que "Los Estados parecen tomar el principio de la nacionalidad como la base más solida para el uso de la jurisdicción penal extraterritorial directa" (traducción libre) Cfr. J. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas: A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG´s Special Representative on Business and Human Rights* (Jurisdicción extraterritorial: Lecciones para las empresas y los derechos humanis desde seis áreas regulatorias: Un informe para centro de Harvard sobre la responsabilidad social empresarial para ayudar a informar el mandato del Representante Especial del Secretatrio General de la ONU en materia de negocios y derechos humanos), Documento de trabajo No. 59, junio, 2010

El caso especial de la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Praticies Act, FCPA) y la Ley contra el Crimen Organizado (Racketeering Influenced and Corrupt Organizations, RICO)

En los Estados Unidos existen también varias leyes penales que permiten perseguir a una empresa por violaciones de derechos humanos, en las cuales participa fuera de su territorio. En efecto, existen leyes extraterritoriales estadounidenses contra el lavado de dinero, cuando ese lavado permita la entrada a los Estados Unidos de América de dinero obtenido ilegalmente en un país extranjero. También hay una ley contra la importación de bienes robados y una ley contra la importación de drogas ilícitas.[486]

Las leyes más importantes son la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA por sus siglas en inglés) y la Ley contra el Crimen Organizado (RICO por sus siglas en inglés):

Leyes contra la Corrupción (Anti-bribery Laws)

A nivel internacional, los Estados Unidos se encuentran vinculados legalmente por dos convenciones: la *Convención Interamericana contra la Corrupción* del 29 de marzo de 1996 y la *Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* del 18 de diciembre de 1998. La primera fue adoptada dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la segunda dentro de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

A nivel nacional, dos instrumentos tratan esta materia: La FCPA y las recomendaciones de la Comisión de Bolsa y Valores (*Securities and Exchange Commission* (SEC)). **La FCPA se aplica en casos de actividades ilegales llevadas a cabo en el extranjero por empresas estadounidenses**. Esta ley tipifica principalmente la **corrupción** de los funcionarios del gobierno de los países que reciben la inversión para obtener alguna ventaja. Sin embargo, **las empresas estadounidenses no pueden ser perseguidas por prácticas que no estén tipificadas por las leyes del país anfitrión**, ni cuando los pagos hayan sido realizados para la demostración o explicación del producto, o cuando permitan ejecutar un contrato ya firmado con un gobierno extranjero.

Las empresas que sean encontradas culpables de cometer el delito de corrupción a oficiales extranjeros pueden ser sancionadas con una multa que ascienda hasta $2,000,000 de dólares estadounidenses, mientras que los oficiales, directores, accionistas, empleados y agentes pueden recibir una multa de hasta $100,000 dólares y/o cinco años de prisión..

---

486 Ibídem, p. 26.

Securities and Exchange Commission (SEC) *Vs.* ABB Ltd, 2004

En 2004, ABB Ltd., una empresa suiza del grupo sueco especializado en tecnología, fue objeto de una investigación de la SEC.

En su denuncia, la SEC determinó que entre 1998 y 2003, las filiales de ABB en los Estados Unidos y otros países que deseaban entrar en relaciones comerciales con Nigeria, Angola y Kazajstán, ofrecieron pagos ilícitos por más de $1.1 millones de dólares estadounidenses a los funcionarios de esos países.

Según la denuncia, todos los pagos se hicieron para influir en los actos y las decisiones de los funcionarios extranjeros, con el fin de ayudar a las filiales de ABB para establecer y mantener relaciones de negocios en estos países.

Adicionalmente, la denuncia alegó que los pagos se hicieron con el conocimiento y la aprobación de algunos miembros del personal encargado de la gestión de las filiales de ABB, y que por lo menos se pagaron $865,726 dólares después de que se registró ABB ante la SEC en abril de 2001, y por lo tanto, desde ese momento se encontraba sujeta a las obligaciones, impuestas por la Comisión, de presentar información.

Por último, la denuncia acusa a ABB de haber registrado mal estos pagos en sus libros y registros contables, y de no haber establecido un control interno eficaz para prevenir o detectar estos pagos ilícitos.

Según la SEC, al hacer estos pagos a través de sus filiales, ABB violó las disposiciones anticorrupción de la ley FCPA (Sección 30A de la Ley de la Bolsa de Valores (*Securities Exchange Act*) de 1934).
La Comisión también declaró que, por haber registrado mal estos pagos, ABB violó las disposiciones de la ley FCPA relativas a los libros y registros (Artículo 13 (b)(2)(A) de la Ley de la Bolsa de Valores (*Securities Exchange Act*) de 1934).

Finalmente, la SEC acusó a ABB de haber violado las normas de los controles internos de contabilidad de la ley FCPA (Artículo 13(b)(2)(B) de la Ley de la Bolsa de Valores (*Securities Exchange Act*) de 1934), al omitir poner al día o contar con un sistema eficaz de controles internos para prevenir o detectar estas violaciones de la ley FCPA.

Para aceptar el convenio propuesto por la ABB, la SEC tuvo en cuenta la plena cooperación que la empresa otorgó al personal de la Comisión durante su investigación. La SEC consideró también el hecho de que la ABB llevó este asunto a la atención del personal de la Comisión y del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

En 2004, la Comisión condenó a ABB Ltd. al pago de una multa de $10.5 millones de dólares estadounidenses, y una suma adicional de $5.9 millones de dólares.
Además, ABB ha tenido que pagar cerca de $17 millones de dólares en honorarios legales.

La extraterritorialidad de la FCPA ha dado lugar a muchas discusiones, ya que algunos la consideran como una afrenta a la soberanía del Estado receptor. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen en su mayoría un carácter extraterritorial de la FCPA.[487]

NOTA

Sólo la SEC y el Departamento de Justicia pueden entablar una demanda; las personas pueden, sin embargo, solicitar la intervención de estas instituciones e informarlas de los delitos de los que tengan conocimiento.

La ley RICO

Esta ley fue incorporada en el Título 18 del *US Code (USC)*, y permite combatir el crimen organizado. El Título 18 U.S.C.A § 1962 establece que: "está prohibido para cualquier trabajador o asociado de una empresa que participe en, o cuyas actividades afecten el comercio entre los Estados o el comercio exterior, participar directa o indirectamente en la conducción de las actividades de la empresa a través de un patrón de actividades vinculadas la una con la otra." [488]

La ley RICO define de manera muy amplia lo que podría ser considerado como una empresa: se trata de un "grupo de personas asociadas en conjunto con el propósito común de participar en el curso de una conducta".[489] Una empresa matriz y su filial pueden ser consideradas como una sola empresa si el delito se comete como parte de su relación.[490]

La empresa debe haber cometido "un patrón de actividades de delincuencia organizada", es decir, una serie de actos delictivos relacionados entre sí. Estos crímenes deben tener cierta **continuidad**. Los actos criminales que podrían permitir una acusación basada en la ley RICO son los citados en la Ley Hobbs y en el Título 18 del USCA § 1962(c). Además de esta lista de crímenes, la ley RICO permite **culpar a una empresa por actos considerados como delictivos en el país donde tiene sus operaciones**. Por lo tanto, una denuncia que se base sobre la ley RICO puede presentarse sobre la base de la violación de la ley extranjera, si estas violaciones están relacionadas con la violación de las leyes estadounidenses.[491] Sin embargo, la ley RICO se aplica sólo si la situación delictiva **tiene un nexo directo con los**

---

487 Véase *S.E.C. Vs. Montedison*, S.P.A., Lit. Release No. 15164, 1996 WL 673757 (D.D.C., 1996). En este caso, la SEC demandó a la empresa Montedison por violar la FCPA en el marco de sus actividades en Italia. El Tribunal de Justicia declaró a la empresa responsable.

488 [traducción libre] Título 18 U.S.C.A § 1962 (c).

489 Título 18 U.S.C. A§ 1961 (3).

490 E. Engel, *op.cit.*, p. 7.

491 Véase *Orion Tire Corp. Vs. Goodyear Tire & Rubber* Co. 268 F. 3d 1133, 1137 (9° Cir. 2001): Esta decisión abrió el camino para poder utilizar leyes extranjeras en el marco de la ley RICO.

Estados Unidos y puede tener un **efecto directo sobre el comercio de los Estados Unidos**[492] (criterio de la conducta/efectos).

La posibilidad de aplicar la Ley RICO de manera extraterritorial, en la ausencia de criterios de vinculación con los Estados Unidos, se está debatiendo actualmente ante los tribunales de ese país y podría evolucionar en los próximos años.

3. El papel de la víctima y del Ministerio Público en el inicio del procedimiento

El papel de la víctima en el inicio de los procedimientos

En el sistema de justicia penal estadounidense, **la víctima no puede iniciar un procedimiento penal. Sólo el Ministerio Público (fiscal) puede iniciar un procedimiento en cualquier momento**. La víctima de un delito nunca será una parte en el procedimiento, sólo puede ser un testigo. Sin embargo, puede al margen de la acción penal presentar una acción de responsabilidad civil, a menos que la ley penal no lo disponga. El Ministerio Público cuenta así con el monopolio de la acción penal.

El papel del Ministerio público y su discrecionalidad sobre los procedimientos

El sistema penal estadounidense se basa en un proceso contradictorio/acusatorio, y por tanto **es el Ministerio Público el que debe demostrar la culpabilidad del acusado**. Para ello, el fiscal tiene un amplio margen de apreciación para determinar si es útil y oportuno perseguir a uno u otro sospechoso en particular.[493] Esto sugiere que en muchos casos, el fiscal podrá, más por razones políticas o económicas, que jurídicas, negarse a ejercer la acción penal contra las corporaciones multinacionales por violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero.

Una visión general de...

Los obstáculos procesales y políticos

Los obstáculos procesales en sentido estricto

El Departamento de Justicia (*Department of Justice*) se enfrentará a varios obstáculos procesales. La mayoría de ellos son similares a aquellos a los que se enfrentan durante una acción civil presentada por las víctimas, por ejemplo la prescripción,

492 E. Engel, *op.cit.*, pp. 7-8.
493 J. Jacobs, *op.cit.*, p. 2.

la doctrina del acto de Estado y la doctrina de reciprocidad internacional[494] (para una descripción detallada, consulte la Parte I de la Sección II sobre la implicación de la responsabilidad civil de las empresas multinacionales).

El costo de los litigios

Ya que la víctima no es parte en el juicio, será el Departamento de Justicia quien deba cubrir los costos de la investigación y de la persecución penal. Si el demandado tiene la opción de utilizar sus propios abogados o solicitar asistencia jurídica gratuita, parece cierto que una multinacional acusada se inclinará siempre por la primera opción. Sobre todo será muy probable que los recursos financieros movilizados por la empresa sean superiores a los invertidos por el Departamento de Justicia, lo que genera un desequilibrio entre las partes en el procedimiento penal.

NOTA

En cuanto al reconocimiento de las decisiones judiciales estadounidenses en el extranjero o de las sentencias extranjeras en los Estados Unidos, **por lo general los tribunales de un Estado no reconocen o no ejecutan las sentencias de los tribunales penales extranjeros**. Entre las excepciones a este principio existen los acuerdos bilaterales de extradición, o aquellos que facilitan el reconocimiento de ciertas sentencias condenatorias. Sin embargo, entre estas excepciones no se encuentran las condenas contra las empresas.

B. Ante los tribunales canadienses

1. El reconocimiento del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sanciones aplicables

En Canadá, las personas jurídicas o morales (incluidas en la categoría de "organización") son susceptibles de ser procesadas por la mayoría de delitos previstos en el Código Penal. En efecto, el artículo 2 del Código Penal especifica que los términos "cualquiera", "individuo", "persona" y "propietario" ("*quiconque*", "*individu*", "*personne*" y "*propriétaire*") que utiliza el código, incluyen específicamente a "Su Majestad y las organizaciones". Del mismo modo, la palabra "persona" que se utiliza en la Ley sobre los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra incluyen a las personas jurídicas, *inter alia*, ya que el artículo 2 establece que: "A menos que se indique lo contrario, los términos de esta Ley se interpretará en el marco del Código Penal" (traducción libre). Canadá, por lo tanto, permite procesar a las personas jurídicas por genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y la responsabilidad de un comandante militar o de otro superior.

494 *United States Vs. Giffen*, 326 F. Supp. 2d 497; 2004 U.S. Dist. LEXIS 12273.

El Código Penal Canadiense hace una distinción entre los delitos por negligencia (Art. 22.1) y los delitos en los que debe probarse el conocimiento o la intención (art. 22.2). Así, en virtud del artículo 22.1 del Código Penal, "Tratándose de un delito cuya acusación requiere probar el elemento moral de **negligencia**, se considera que una organización participó cuando: a) actuando en el ámbito de sus funciones: i) uno de los representantes sea parte en el delito o ii) dos o más de sus representantes tengan una conducta, ya sea por acción u omisión, que, si considerados individual o colectivamente con otros de sus agentes, también habrían participado en la perpetración; y b) cuando un alto ejecutivo responsable de las actividades sobre el terreno de la organización que dio lugar a la infracción, o los altos directivos en conjunto, difieran notablemente del estándar de cuidado que habría sido razonable adoptar en las circunstancias para impedir la participación en el delito de uno de sus representantes." (traducción libre)

En otras palabras, en relación con el elemento material, una organización será responsable del acto de negligencia o de la omisión negligente de cualquiera de sus agentes. Sin embargo, el delito puede ser el resultado de la conducta colectiva de varios agentes de la organización. En cuanto al elemento de intencionalidad, el funcionario o los funcionarios de alto nivel, de manera colectiva, deben apartarse notablemente de la norma de cuidado que se espera en estas circunstancias para evitar la negligencia.

Además, en virtud del artículo 22.2 del Código Penal: "Se trata de un delito que requiere para la acusación **probar el elemento intencional más allá de la negligencia**, y toda organización se considera como participante cuando con la intención, aun parcial, de tomar ventaja, uno de sus altos directivos: a) participa del delito en el marco de sus responsabilidades; b) se encuentre en el estado mental necesario para ser parte del delito y actúe en el marco de sus funciones, dirija el trabajo de otros representantes de la organización para que realicen el acto o la omisión especificada en el delito; o c) a sabiendas de que un representante de la organización sea parte, o esté a punto de serlo, omita tomar las medidas necesarias para impedir el delito." (traducción libre)

El artículo 22.2 del Código Penal prevé tres formas en las que una persona jurídica puede cometer un delito que requiere el conocimiento del hecho o una intención específica. En todos los casos, se hace hincapié en un ejecutivo que debe tener la intención de usar a la organización para la comisión del delito.

El Código Penal del Canadá prevé multas para las organizaciones que sean encontradas culpables de una violación del derecho mercantil. El Código no establece ningún

límite para la multa que pueda imponerse a una organización. Esta cantidad será fijada a discreción del tribunal y pueden variar en función de una serie de factores.[495] Las órdenes de supervisión (*probation*) para las empresas también están previstas en el Código Penal.[496] Las condiciones que el tribunal puede imponer a una organización incluyen:

– Proporcionar una compensación para las víctimas del delito, con el fin de señalar que las pérdidas sufridas por estas son la prioridad del juez al determinar la pena;
– Exigir a la organización que informe al público de la infracción, la pena y las medidas correctivas que haya adoptado;
– La implementación de políticas y procedimientos para reducir la posibilidad de cometer otros delitos;
– Comunicar estas políticas y procedimientos a sus empleados;
– Nombrar a un alto ejecutivo para supervisar la aplicación de estas políticas y procedimientos; y
– Informar sobre la implementación de las diversas sanciones.

2. La competencia de los tribunales penales canadienses por los actos cometidos en el extranjero

a) La competencia territorial

El principio de territorialidad está privilegiado en la ley canadiense. Artículo 6(2) del Código Penal de Canadá[497] establece que "sin perjuicio de otras disposiciones de esta ley o cualquier otra ley federal, ninguna persona podrá ser condenada de acuerdo al artículo 730 por un delito o abuso cometido en el extranjero."(traducción libre)

Debe tomarse en cuenta que cuando exista un nexo entre Canadá y el delito imputado, si la actividad se lleva a cabo en gran medida fuera de Canadá, pero **una parte importante de la infracción en cuestión se cometió en Canadá, entonces es posible establecer un "nexo real y sustancial"[498] con Canadá**, de manera que tenga competencia para perseguir estos delitos. Sin embargo, para determinar la existencia de dicho vínculo, el tribunal debe examinar los hechos que han ocurrido en Canadá (en la sede de la empresa, por ejemplo, en el caso de una empresa canadiense operando en el extranjero). Además, deberá determinar si el ejercicio de su competencia extraterritorial puede ser mal percibido por la comunidad internacional.

495 Estos factores están contemplados en la sección 718.21 del Código Penal de Canadá y son esencialmente los beneficios obtenidos por la organización derivados de la comisión del delito, la complejidad de la planificación involucrada en el delito, el grado de colaboración de organización durante la investigación, los gastos efectuados por la administración, y el efecto de la sentencia sobre la viabilidad de la empresa.

496 Art. 718.21 del Código Penal canadiense.

497 Código Penal, art. 6(2) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modificado)

498 Véase por ejemplo R. *Vs*. Libman, [1985] 2 S.C.R. 178 (S.C.C.).

b) La competencia personal

Los principios de **personalidad activa** (ante el cual el juez canadiense es competente para conocer de todos las actos cometidos por los nacionales que se hayan declarado culpables de un delito, independientemente del lugar donde se cometieron) y de **personalidad pasiva** (ante el cual los tribunales canadienses tienen competencia cuando sus ciudadanos hayan sido víctimas de un delito, independientemente del lugar en donde se cometió) **son raramente usados**. Sin embargo, se utilizan para los crímenes internacionales más graves, tales como:

Los crímenes terroristas prohibidos por las convenciones internacionales;[499] y
Los crímenes de guerra y crímenes de lesa la humanidad[500] y la traición.[501]

c) La competencia universal

Canadá utiliza el principio de competencia universal en forma cautelosa. De acuerdo con el artículo 7(3.71) del Código Penal Canadiense,[502] toda persona que cometa un acto u omisión en el extranjero que constituya un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad y una violación a la ley canadiense en el momento de la acción u omisión, se considerará que se ha cometido en Canadá si:

1) En ese momento,
– El acusado era un ciudadano canadiense o empleado civil o militar de Canadá;
– El acusado era un ciudadano de cualquier Estado que participaba en un conflicto armado contra Canadá, o era empleado al servicio de uno de estos Estados, a título de civil o militar;
– La víctima era un ciudadano canadiense o nacional de un Estado aliado con Canadá en caso de un conflicto armado.

2) Al momento de la acción u omisión, y de conformidad con el derecho internacional, Canadá podía ejercer su competencia en relación con esa persona por la acción u omisión, sobre la base de la presencia de este persona en el territorio de Canadá, y si después de la acción u omisión, la persona está presente en el territorio.

Para cumplir las condiciones en los casos de competencia universal, los delitos deben estar relacionados con los crímenes antes mencionados y constituir una

---

499 Código Penal, art. 7(3) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modificado) y el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, abierto a la firma en New York el 12 de enero de 1998.

500 Código Penal, art. 7(3.71) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modificado); ley sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la modificación de diversas leyes, *S.C. 2000, Vs. 24;* la Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, ratificados por Canadá el 5 de mayo de 1965 y el 20 de noviembre de 1990.

501 Código Penal, art. 46(3) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modificado).

502 Código Penal, art. 7(3.71) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modificado).

violación de la legislación canadiense y además la parte involucrada debe caer en una de las dos categorías de personas afectadas antes mencionadas.

Canadá ha incorporado plenamente en su legislación nacional los tres crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, basados en el derecho internacional consuetudinario y convencional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), mediante la adopción de la Ley sobre los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra.[503]

La aplicabilidad de esta ley a las empresas es discutida, principalmente por las definiciones inadecuadas de estos crímenes en el derecho internacional a actos cometidos por las empresas.

Según la legislación canadiense, la complicidad en la comisión del genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, constituye en sí misma un delito. Así, los artículos 4,1.1 y 6,1.1 de la Ley sobre los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra estipulan que "toda persona será culpable de una ofensa que constituya a) genocidio, b) un crimen de guerra o c) un crimen de lesa humanidad", y "es un accesorio después de su comisión o si aconseja en su comisión." (traducción libre)

Algunos consideran que la Ley de Medidas Económicas Especiales (*Special Economic Measures Act* SEMA) tiene el potencial de sancionar a las empresas que violen los derechos humanos en el extranjero.

La SEMA autoriza al Consejo de Ministros, para poner en práctica una decisión, resolución o recomendación de un organismo internacional del que Canadá es miembro, a tomar medidas económicas en contra de otro Estado, si una organización internacional lo ha solicitado.

Sin embargo, la SEMA ha sido interpretada por el Gobierno de Canadá como que ésta sólo autoriza la adopción de tales medidas a petición de un organismo internacional.

Por último, en virtud del artículo 11 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: "Todo acusado tiene derecho [...] a no ser declarado culpable por una acción u omisión que, cuando haya sido cometida, no constituya un delito en el derecho interno de Canadá o en el derecho internacional y no tenga el carácter criminal, según los principios generales del derecho reconocidos por todas las naciones." (traducción libre)

---

503 Ley sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la modificación de diversas leyes, *S.C. 2000, Vs. 24,* artículos 4 y 6.

El alcance de este derecho no ha sido delimitado en la práctica, pero podría permitir la persecución de una empresa en Canadá por la violación del derecho internacional.

3. El papel de la víctima y del Ministerio Público en el inicio de los procedimientos

Si bien la víctima puede desencadenar la acción penal, ésta sólo podrá hacerlo con la aprobación del juez. En efecto, el artículo 9,3 del Código de Procedimiento Penal establece que: "pueden iniciar un procedimiento: 1) El Fiscal General; 1.1) El Director de Procesos Penales; 2) El fiscal designado en virtud de cualquier otra ley distinta al presente Código, según lo dispuesto por esa ley; 3) la persona autorizada por un juez para incoar la acción penal". Así, una víctima podrá iniciar un procedimiento penal cuando reciba la autorización del juez. Para ello, las víctimas deberán presentar una solicitud de autorización ante el juez instructor. Cuando el juez tenga motivos razonables para creer que un crimen ha sido cometido, autorizará su persecución.

Por lo general, las acusaciones son asumidas en primera instancia por el Fiscal General o el Director de Procedimientos Penales.[504] Sin embargo, en lo que respecta a los crímenes internacionales, el consentimiento, por escrito, del Fiscal General de Canadá o de su Subprocurador General es necesario a fin de ser procesados.[505] El Grupo Interministerial de Operaciones (*Groupement interministériel des opérations* GIO, o IOG por sus siglas en inglés) desarrolló una política para establecer los criterios necesarios para que los casos bajo investigación reciban la prioridad adecuada en cuanto a la posible persecución en virtud de la Ley sobre los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra. Estos criterios se agrupan en tres categorías:

1) **La naturaleza de la denuncia**: la credibilidad, la seriedad del delito (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad), puesto militar o civil, y la solidez de las pruebas.

2) **La naturaleza de la investigación**: el progreso de la investigación, la capacidad para obtener la cooperación de otros países o de tribunales internacionales, la posibilidad de una colaboración efectiva con otros países, la presencia de las víctimas o testigos en Canadá o en otros países donde el acceso sea fácil, la probabilidad de investigaciones paralelas en otro país o por un tribunal internacional, la posibilidad de que pueda ser parte de una investigación colectiva en Canadá, la capacidad de buscar documentos para evaluar la credibilidad de las alegaciones, las posibilidades de la persecución del delito o el peligro para el público sobre los presuntos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

---

504 Código Penal Canadiense, art. 11.

505 Ley sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la modificación de diversas leyes, S.C. 2000, *Vs*. 24, art.9.

3) **Otros factores**: la nula probabilidad de reenvío, la ausencia de perspectivas razonables de persecución eficaz y efectiva en otro país, la acusación por un tribunal internacional o la poco probable demanda de extradición, factores que afecten el interés nacional.

Asociación Canadiense Contra la Impunidad (ACCI) *Vs.* Anvil Mining Limited en la República Democrática del Congo

El 8 de noviembre del 2010, las organizaciones congolesas ASADHO, ACIDH y sus socios, el Centro Canadiense para la Justicia Internacional, RAID y Global Witness, todos ellos miembros de la Asociación Canadiense Contra la Impunidad, que incluye a los ciudadanos congoleses afectados por los sucesos ocurridos en Kilwa en octubre del 2004, presentaron una demanda colectiva contra la sociedad Anvil Mining Limited. Esta última era acusada de haber provisto un apoyo logístico a la armada congolesa, que violó, torturó y asesinó a la población de Kilwa.

El 28 de abril del 2011, la Corte Suprema de Quebec autorizó la investigación y persecución del caso. En su decisión, el juez Benoit Emery rechazó la posición de Anvil Mining, que argumentaba que los lazos con Quebec serían insuficientes para permitir a la Corte considerarse competente sobre el caso. Según el juez, es imposible determinar si las autoridades del Congo o de Australia tienen una mayor competencia para juzgar el caso, añadiendo que en ese momento procesal, conforme al artículo 3135 del Código Civil Quebequense, si el tribunal rechazara la demanda colectiva, las víctimas no tendrían ningún otro medio de defensa legal. La Corte deberá juzgar sobre la legitimidad de la demanda colectiva, a fin de permitir a las víctimas de Kilwa que presenten acciones contra Anvil Mining.

Los abogados de Anvil consideraron la posibilidad de presentar una apelación contra esa decisión, por lo que se celebró una audiencia el 3 de junio de 2011. Conforme a la ley, en los casos de demandas colectivas, tales apelaciones son autorizadas excepcionalmente. El principal debate jurídico trata sobre la interpretación del término "actividades". ACCI sostiene que el término de actividades ha sido generalmente interpretado de manera extensa en la jurisprudencia de Quebec, por lo que sería suficiente demostrar que la empresa tenía un establecimiento secundario ("establishment") y llevaba a cabo actividades para que el caso pudiera continuar.

No obstante, el juez Leger, quien presidió la audiencia, consideró la existencia de un grado de imprecisión en la jurisprudencia sobre la cuestión de la competencia, por lo que en vista de las circunstancias autorizó a Anvil a apelar, a la vez que ordenó la suspensión de los procedimientos civiles. La audiencia de apelación está prevista para el 25 de noviembre de 2011.

Una visión general de...

Los obstáculos procesales y políticos

Accesibilidad de la justica canadiense para los extranjeros

La legislación canadiense no distingue entre ciudadanos canadienses y extranjeros en el acceso a la justicia.

La doctrina del asunto político (Political Question Doctrine) *y la doctrina del acto de Estado* (Act of State Doctrine)

La Corte Suprema de Canadá declaró que cualquier asunto es justiciable.[506]
El Parlamento, sin embargo, concede inmunidad total a los Estados extranjeros y a sus gobiernos ante los tribunales canadienses. Dicha inmunidad, sin embargo, no es otorgada a los procedimientos relacionados con las actividades comerciales del Estado extranjero.

Forum non conveniens

La Corte Suprema de Justicia hizo hincapié en el carácter excepcional del ejercicio del principio del *forum non conveniens*, argumentando que la existencia de un foro más adecuado no debe conducir a un tribunal suficientemente apropiado a declararse incompetente.

La Asistencia legal

La asistencia legal gratuita podrá concederse en materia penal a los ciudadanos canadienses, así como a los refugiados y migrantes. En Quebec, está es dedicada casi exclusivamente a los ciudadanos canadienses.

El costo de los procedimientos

En general, la parte que no haya obtenido una resolución satisfactoria cubrirá los gastos efectuados por la otra parte. En Quebec, las costas están determinados por los Aranceles y Costas Judiciales (*Tariff and Court Costs*), mientras que en Ontario, las costas son generalmente repartidas entre las partes.

---

506 Operation Dismantle *Vs*. The Queen, 1985.

© Daniel Lanteigne