DERECHO PENAL INTERNACIONAL ECONÓMICO

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

DERECHO PENAL INTERNACIONAL ECONÓMICO

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal especial para el Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya, Países Bajos; *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia.

(Traducción a cargo de Gustavo Urquizo, LL.M, doctorando y docente en la Georg-August-Universität Göttingen)

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2018

Zentralbibliothek der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität

THOMSON REUTERS PROVIEW eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.
La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).
Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.
Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Kai Ambos]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9197-768-1
DL NA xxxx-xxxx
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

ZB19/1647

SUMARIO

PRESENTACIÓN 11
NOTA DEL TRADUCTOR 15
ABREVIATURAS 17

I
OBSERVACIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES 23

II
LA INTERVENCIÓN DE LAS EMPRESAS EN EL INJUSTO PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRAXIS JURÍDICA 29

III
LA PRAXIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL 35
1. Núremberg 35

2. **Praxis actual** 43
2.1. *Nivel supranacional* 43
2.2. *Nivel nacional* 67

IV

CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA 71
1. **Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal («corporate approach»)** 71
2. **Modelo de organización versus modelo de atribución** 79

V

FORMAS DE INTERVENCIÓN PUNIBLE 103
1. **Responsabilidad en calidad de autoría** 104
2. **Complicidad punible versus comportamientos «neutrales»** 108
2.1. *Ámbito objetivo* 108
2.2. *Ámbito subjetivo* 120
2.3. *Grupos de casos* 126

VI

CONCLUSIÓN 133

VII

ÍNDICE DE MATERIAS 137

BIBLIOGRAFÍA 139

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

PRESENTACIÓN

Esta breve monografía aborda la cuestión de la responsabilidad penal de empresas económicas transnacionales por crímenes internacionales en el marco de un recuento del estado del derecho penal internacional económico, un ámbito poco investigado hasta ahora. Luego de unas observaciones conceptuales preliminares (I.) son presentadas las formas de intervención de las empresas en esos crímenes (II.) así como la praxis supranacional y nacional desde Núremberg (III.). Ello permite deducir una clara tendencia hacia la responsabilidad de la empresa, aunque encarnada en su personal directivo. Por esa razón y porque las personas jurídicas (empresas) actúan en última instancia mediante personas naturales (sus empleados), su responsabilidad penal (IV.) no puede ser fundamentada convincentemente solo de un modo colectivo –en el sentido de un modelo puro de organización (IV. 1.)– sino solo sobre la base del modelo de imputación y, en concreto, como una responsabilidad empresarial derivada, basada en un defecto de vigilancia o en una culpabilidad por organización (IV.2.) El enfoque de derecho penal individual del modelo de imputación –o, expresado en términos procesales, el factor

desencadenante («trigger») jurídico-individual de la persecución penal de las empresas– nos lleva a las ya conocidas formas de intervención punibles (V.), donde viene en consideración ante todo una responsabilidad por complicidad. En buena cuenta, y como resumen de la monografía, tiene que advertirse sin embargo de las expectativas demasiado altas en una responsabilidad penal (internacional) de la empresa. Como en otros muchos ámbitos, también aquí el derecho penal puede desplegar efectos preventivos (limitados) solo como parte de un enfoque global.

Algunas partes de esta monografía fueron discutidas en la Decimosexta Jornadas Franco-alemanas de Derecho Penal en Göttingen, 27/28.10.2017, en el Simposio sobre «Corporate Compliance and Human Rights», 23.2.2018, FU Berlín/ECCHR y en el marco de una exposición en la Universidad de Pekín, 9.3.2018 y en la Universidad Renmin, 10.3.2018. Una versión reducida de la presente monografía aparecerá en alemán en el libro sobre las mencionadas Jornadas Franco-alemanas, el cual será publicado por la editorial Duncker & Humblot (Ambos/Bock, (ed.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, en publicación).

Deseo agradecer a mis colegas Stefanie Bock, Carsten Momsen y Uwe Murmann por sus comentarios críticos respecto de la versión original del presente texto en idioma alemán («Wirtschaftsvölkerstrafrecht», de pronta publicación por la editorial Duncker & Humblot); a mi wiss. Mitarbeiter Gustavo Urquizo, por sus valiosas sugerencias, en especial, respecto al ámbito jurídico de lengua española y además por la traducción al castellano desde la versión original; al Sr. Jerre Sander deseo agradecer su ayuda en las labores de investigación y en la preparación de la publicación de la versión original. Finalmente agradezco a la editorial Thomson-Reuters por la rápida publicación de la presente monografía en idioma castellano.

Kai Ambos, Göttingen, junio de 2018

NOTA DEL TRADUCTOR

Las referencias a obras del autor que poseen una versión en castellano van acompañadas de citas a esta última versión, lo cual se indica en el texto. El lector hallará en la bibliografía tanto las obras del autor citadas en la versión original como la versión castellana citada adicionalmente por el traductor. En el caso de documentos relevantes que poseen una versión en castellano, las referencias originales han sido reemplazadas por referencias a esta última versión. El lector hallará ambas versiones en la bibliografía.

ABREVIATURAS

American Cr.L.Rev.	American Criminal Law Review (revista)
AppJ	Appeals Judgement (Sentencia en apelación)
Art.	Artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
ATS	Alien Tort Statute (Ley EE.UU)
BerkJIntL	Berkeley Journal of International Law (revista)
Beschl.	Beschluss (decisión)
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Suprema Alemana)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisiones de la Corte Suprema alemana en asuntos penales)
CAJDHP	Corte Africana de Justicia y de los Derechos Humanos y de los Pueblos (African Court of Justice and Human and Peoples' Rights, ACJHPR)
Cap.	Capítulo

CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (revista)
CDESC	Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR)
CDH	Consejo de Derechos Humanos de la ONU
cfr.	confróntese
CIJ	Comisión Internacional de Juristas (International Commission of Jurists, ICJ)
CLF	Criminal Law Forum (revista)
CNV	Comissão Nacional da Verdade
CoE	Council of Europe (Consejo de Europa)
Convemar	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional (International Criminal Court, ICC)
CRC	Committee on the Rights of the Child (Comité sobre los Derechos del Niño, CDN)
CSR	Corporate Social Responsibility
ECCHR	European Center for Constitutional and Human Rights (ONG)
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ed.	editor/editores
EE.UU	Estados Unidos de América (United States, U.S.)

EJIL	European Journal of International Law (blog)
Emory Int'l L.Rev.	Emory International Law Review
EP	European Parliament
Erwäg.	Erwägung (considerando)
et al.	et alii
EU	Europäische Union (Unión Europea, UE)
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista)
Gestapo	Geheime Staatspolizei (Policía Secreta Oficial de la Alemania nazi)
GLJ	German Law Journal (revista)
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review (revista)
HRC	Human Rights Council (Consejo de Derechos Humanos de la ONU)
ICL	International Criminal Law
ICLR	International Criminal Law Review (revista)
IG	Interessengemeinschaft (asociación de empresas del derecho alemán)
ILA	International Law Association
int.	International
IntHum RightsLawJ	International Human Rights Law Journal (revista)
IRRC	International Review of the Red Cross
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista)

JR	Juristische Rundschau (revista)
JZ	JuristenZeitung (revista)
KK	Karlsruher Kommentar
LO	Ley Orgánica
MNC	Multinational Corporation
MPC	Model Penal Code
N. del T.	Nota del Traductor
NILR	Netherlands International Law Review (revista)
NJW	Neue juristische Wochenschrift (revista)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts–, Steuer und Unternehmensstrafrecht (revista)
OEA	Organización de Estados Americanos
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE)
OIT	Organización Internacional de Trabajo (International Labour Organization, ILO)
ONU	Organización de las Naciones Unidas (United Nations, UN)
ÖstAnwbl	Österreichisches Anwaltsblatt (revista)
OTC	Oriental Timber Company
OTP	Office of the Prosecutor (Fiscalía de la CPI)

OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (Ley de Contravenciones alemana)
Oxf.J.of Legal Studies	Oxford Journal of Legal Studies (revista)
párr	párr.
Polít. Crim.	Política Criminal (revista)
Prof.	Profesor
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
p.	Página
pp.	Páginas
SA	Sturmabteilung (sección de asalto del Partido de los Trabajadores nacionalsocialista alemán)
SD	Sicherheitsdienst des Reichsführers SS (servicio de inteligencia de las SS)
SS	Schutzstaffel (escuadrones de Protección del Partido de los Trabajadores nacionalsocialista alemán)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StV	Strafverteidiger (revista)
TDG	Thiodiglycol
TEL	Tribunal Especial para el Líbano (Special Tribunal for Lebanon, STL)
Texas Int.L.J.	Texas International Law Journal (revista)

TMI	Tribunal Militar Internacional de Núremberg (International Military Tribunal Nuremberg, IMT)
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY)
TWC	Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Procesos subsecuentes de Núremberg)
UNTS	UN Treaty Series (Serie de Tratados de la ONU)
Vol.	Volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)
Yb	Yearbook
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)

I
OBSERVACIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de aquellos *comportamientos de empresas o de sus responsables* que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional[1]. Por lo general, las empresas en cuestión –en su calidad de actores privados, no estatales[2]– están organizadas de una forma transnacional o

1. Cfr. *Jeßberger*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 13 ss.; también *Wittig*, en: ibid, p. 241, 242 («Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos...»); acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito *International Commission of Jurists (ICJ)* (2008), p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico *Soyer*, en: Kert/Lehner, p. 113, 125.
2. Además de ello constituyen non-state actors sobre todo los «armed (opposition) groups», cfr. *ILA* (2014), p. 3, 5 ss.; además *Clapham*, en: *Moeckli* et al., p. 557 («entity that is not a state», «civil society» und «uncivil groups»). En el caso de las empresas estatales no consideradas en lo sucesivo (sean de un solo estado o de varios de ellos) viene en consideración una responsabilidad directa de los estados de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional, cfr. por ejemplo *Thurner* (2012), p. 53 s.

multinacional[3]. Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de productos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económico[4], que aparecen a menudo como comportamientos lícitos («neutrales») («ancillary/neutral business activities», «actions neutres»). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los *crímenes nucleares* del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos así como de sus normas primarias de comportamiento[5]. El crimen de agresión ocupa un lugar especial, pues está configurado como un crimen de autoridad («leadership crime»), por lo cual solo puede ser cometido por una persona que se encuentra «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» (Art. 8 *bis* párr. 1 ECPI). Si bien se discute si bajo esa noción también podría comprenderse a

3. Cfr. ILA (2014), p. 5, según el cual en el caso de una «transnational corporation» existiría una «unified corporation strategy», mientras que en el caso de las «multinational corporations» diversas empresas (en principio, independientes) trabajarían conjuntamente de un modo global.
4. Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica v. infra Cap. IV, nota 27 s. y texto principal.
5. Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos *Thurner* (2012), p. 220 ss., 227 s., 277 s. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo en general se extiende más allá de ellos).

los directivos de empresas, sin embargo, aquí esa cuestión no es abordada[6]. Adicionalmente a los crímenes nucleares del Derecho Internacional, los comportamientos del ámbito económico también pueden estar referidos a *crímenes transnacionales*, como el terrorismo y el tráfico de drogas. En ese sentido podría hablarse de Derecho Penal Internacional Económico en sentido amplio[7].

El *fin de protección* del Derecho Penal Internacional Económico se distingue del fin del *Derecho Penal Económico*[8] (nacional, transnacional o internacional). Mientras que este último se dirige a la protección de bienes jurídicos del ámbito económico (por ejemplo, de la competencia/de la economía, del patrimonio individual o colectivo –nacional o transnacional–), el Derecho Penal Internacional Económico protegería los mismos bienes jurídicos que el Derecho Penal Internacional en general, o sea, los intereses fundamentales de la comunidad internacional, en especial, la paz mundial y la seguridad internacional, así como los derechos humanos. Es decir, en el

6. *Ambos* (2014), p. 205 s.; al respecto también *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 895, 906 ss. (restrictivamente).
7. En ese sentido, a favor de una criminalización de «serious (transitional) economic offences», por ejemplo, *Roksandić Vidlička*, ZStW 129 (2017), 851 ss.; *la misma* (2017), p. 31 ss. Esto también se aplica al tráfico de órganos abordado por el Prof. *Dannecker* durante nuestro Seminario germano-francés (Göttingen, 27 y 28.10.2017).
8. El derecho penal económico transnacional comprende aquellas disposiciones jurídico-penales del derecho internacional (de los tratados) que criminalizan ataques contra bienes jurídicos del ámbito económico o imponen a los Estados Parte la implementación de las correspondientes normas penales en sus derechos internos.

Derecho Penal Internacional Económico no se trata de la protección del tráfico económico o del orden económico (internacional), sino de la protección de derechos humanos fundamentales o –en el contexto de la concepción de *Naucke* referida a un derecho penal económico entendido políticamente– de la protección de la libertad ante su destrucción a través del poder económico[9]. Como es natural, la creciente apertura del Derecho Penal Económico clásico a los derechos humanos conduce a superposiciones, especialmente en el marco del compliance respecto a los derechos humanos. No obstante, ello no altera en nada la orientación primariamente divergente de esos dos ámbitos[10]. La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability* en el ámbito del Derecho Penal Internacional, está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos[11]. A menudo existe también una intervención estatal en los

9. *Naucke* (2012), p. 4 (efecto destructivo «respecto de la libertad personal y de las instituciones jurídicas protectoras de la libertad»); al respecto *Bung*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 129, 131 ss.; Wittig, en: ibid, p. 258 s.
10. Respecto a una depreciación económica de los productos producidos bajo violaciones de derechos humanos recientemente *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 11 (2018) 50, 54 (compliance de derechos humanos como factor valorizador y componente de los «Non-Financial Factors o Risks»).
11. *Abrantes*, RPCC 26 (2016), 78; *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527, 528.

crímenes, de modo que una persecución penal está excluida de facto[12].

En otros idiomas, el ámbito del Derecho Penal Internacional Económico es descrito con un enfoque referido a la responsabilidad penal del colectivo en el ámbito del Derecho Penal Internacional, lo cual se corresponde con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, como «responsabilité des personnes morales au droit pénal international», «corporate criminal liability in international criminal law» –aunque ambos conceptos también son utilizados en relación con el Derecho Penal Económico Internacional–[13]. La terminología utilizada en el extranjero se debe también al hecho de que ella carece de la distinción existente, por ejemplo, en la terminología alemana (*internationales Strafrecht* y *Völkerstrafrecht*).

12. Cfr. también *Adam* (2015), p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como «ventaja» económica).
13. En ese sentido también se encuentran términos tales como «Droit Pénal International Économique», «Derecho Penal Internacional Económico» e «International Economic Criminal Law».

II
LA INTERVENCIÓN DE LAS EMPRESAS EN EL INJUSTO PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRAXIS JURÍDICA

En lo que respecta a la concreta intervención de empresas en crímenes internacionales –en el sentido de una «implicación empresarial indeseable» («undesirable business involvement»)[1] entendida de forma amplia y no técnica–, surge de diversos estudios, reportes de ONG e investigaciones periodísticas que ella, especialmente en el ámbito de las industrias extractivas, se lleva a cabo de una forma

1. Cfr. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 3 s. (indicando que en el discurso de los derechos humanos el término de la «complicity» sería entendido más bien de un modo no jurídico y en «a much richer, deeper and broader fashion» como «undesirable business involvement», donde la ICJ misma lo entiende –en el sentido de un «policy concept»– como «valuable tool enabling evocative description of the various ways in which companies become involved in undesirable ways in the perpetration of human rights abuses..»); similar *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 2 (uso del término «involvement» en lugar de «complicity», porque este sería poco claro (!)); también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 91 (100); *Ramasastry/Thompson* (2006), p. 17.

bastante diversa[2]. En términos generales, puede distinguirse entre casos de *intervención en calidad de autoría directa* e *indirecta* y de *intervención sin calidad de autoría*. La primera forma de intervención, que se presenta con menor frecuencia, comprende, por ejemplo, la comisión del hecho por parte de trabajadores de empresas de seguridad privadas[3], la apropiación de la propiedad ajena/saqueo o la utilización de trabajadores esclavizados[4]. Bastante

2. *Ramasastry*, BerkJIntL. (2002), 100 ss.; *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 341 ss.; *ICJ* (2008) Vol. 1, p. 27 ss. (cuatro situaciones específicas en las que las empresas (i) «provide goods or services», (ii) «use security providers [criminales]», (iii) «purchase from a supplier [criminal]» y (iv) el socio comercial «perpetrates gross human rights abuses»); *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 37 ss. (más detalladamente respecto a las situaciones (i)-(iii)); *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ (2010), 703 ss. (distinguiendo genéricamente entre la cooperación con regímenes dictatoriales y actividades en zonas de conflicto; en el primer caso, las empresas aprovechan la situación, facilitan las violaciones de derechos y apoyan al régimen correspondiente; en el segundo caso, incentivan los respectivos conflictos y prestan servicios); *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (816 s.); *Thurner* (2012), p. 85 ss.; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 63 ss. (cinco categorías de violaciones de derechos humanos); *Adam* (2015) p. 25 ss.; *Olson*, IntHumRightsLawJ, 1 (2015) issue 1, Article 5, 3 («four categories» de intervención) así como reportes en www.business-humanrights.org; *Kathollnig* (2016), p. 165 ss., 242 ss. (posibles violaciones de derechos humanos y su comprensión típica). Crítico sobre la ausencia de una comprobación empírica *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (927).
3. Al respecto *ICJ* (2018), Vol. 1, p. 29; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 63.
4. Como, por ejemplo, en los casos de la posguerra expuestos en III. 1, que, sin embargo, *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 102, 117 quiere clasificar dentro de la «direct complicity».

más frecuente[5] es en cambio la intervención que no conlleva la calidad de autoría, la cual, en todo caso, puede por lo general calificarse –en términos jurídico penales– como complicidad («complicity» en sentido técnico). En tal sentido, –con base en la categorización del UN Global Compact[6]– desde una perspectiva de la práctica jurídica se puede distinguir entre tres formas[7]:

- Complicidad directa (*direct complicity*): «cuando una empresa provee bienes o servicios que sabe serán utilizados para llevar a cabo la violación»[8];

5. Cfr. *Stoitchkova* (2010), p. 103 s. («rarely material perpetrators», «focus on complicity»); *Kyriakakis*, IRRC 94 (2012), 997 (gran parte de la intervención empresarial en crímenes): *Meyer*, ZStW 126 (2014), 128 («complejas formas de intervención indirecta»).
6. Es un tratado entre la ONU y las empresas –adoptado en el Foro Económico Mundial de Davos en 1999–, https://www.unglobalcompact.org/, en el que éstas se obligan a la observancia de diez principios, cfr. https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles (último acceso: 25.03.2018).
7. Cfr. las explicaciones sobre el principio 2 en https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-2 (último acceso: 25.03.2018) Cfr. también *Clapham / Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 339, 342 ss.; *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 101 ss.; *Stoitchkova* (2010) p. 105 s., 113 ss.; *Adam* (2015) p. 170; algo diferenciado *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 175, 176 s. («direct involvement» e «indirect involvement» mediante «material» o «financial support»).
8. (N. del T., Texto original: «when a company provides goods or services that it knows will be used to carry out the abuse») *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 346 («... directly complicit in human rights abuses where it decides to participate through assistance in the commission of human rights abuses and that assistance

- Complicidad indirecta (favorecedora): «cuando una empresa se beneficia de las violaciones de derechos humanos, incluso sin haber cooperado de modo positivo o haberlas causado»[9];
- Complicidad silenciosa (*silent complicity*): «cuando la empresa no dice ni hace nada frente a violaciones sistemáticas o continuas de derechos humanos»[10].

Sin embargo, esas formas de complicidad no son penalmente relevantes en la misma medida; en especial, la «complicidad silenciosa» ostenta más

contributes to the commission of the human rights abuses by another»); a favor *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 102.

9. (N. del T., Texto original: «when a company benefits from human rights abuses even if it did not positively assist or cause them»); *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 347: «... the business need not cause the harm for it to become tainted by the abuses»; también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 102 s., quien cuenta cómo uno de estos al caso *Doe v. Unocal* (trabajo forzado y cooperación con la dictadura militar birmana en el marco de la industria del petróleo) (132 ss.) y sobre esa base define la «beneficiary complicity» de la siguiente manera: «... an MNC's. [Multinational Corporation's] knowledge of ongoing human rights violations, combined with its acceptance of direct economic benefit arising from the violations and continued partnership with a host government...» (150).
10. (N. del T., Texto original: «when the company is silent or inactive in the face of systematic or continuous human rights abuse») *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 347 s. («The notion of silent complicity reflects the expectation on companies that they raise systematic or continuous human rights abuses with the appropriate authorities»).; también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 103 s.

bien una «dimensión moral» («moral dimension»)[11] y no algo que pueda fundamentar una responsabilidad penal[12] y, como consecuencia de ello, remite también al concepto no técnico de «complicidad» («complicity»)[13]. Volveremos sobre ello en relación con grupos de casos concretos en el marco de la discusión acerca de la punibilidad de la complicidad (*infra* V.2.3)).

11. *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 348.
12. Cfr. también Principle 2, UN Global Compact, supra Cap. II, nota 7: «This is the most controversial type of complicity and is least likely to result in legal liability». Contra una responsabilidad con base en una silent complicity también *Stoitchkova* (2010) p. 134-7, 137 s.
13. Cfr. supra Cap. II nota 1.

III

LA PRAXIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. NÚREMBERG

Los precedentes históricos están constituidos por los procesos subsecuentes de Núremberg contra Flick[1], Krupp[2], I.G. Farben[3], los trabajadores bancarios Puhl y Rasche en el marco del así denominado «Wilhelmstraßenprozess»[4] y el caso Zyklon-B[5]; también resulta significativo, aunque poco atendido, el proceso seguido ante el tribunal de guerra británico en Hong Kong contra nueve empleados de la compañía minera japonesa Nippon debido a los

1. U.S. v. Friedrich Flick et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No 10 (TWC), Vol. VI, US Government Printing Office 1952 («The Flick Case»).
2. U.S. v. Alfried Krupp et al., TWC, Vol. IX, 1950 («The Krupp Case»); al respecto *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 108 ss.
3. U.S. v. Krauch et al., TWC, Vol. VII y VIII (Urteil), 1953 («The I.G. Farben Case»); al respecto *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 106 ss.
4. U.S. v. von Weizsäcker et al., TWC, Vol. XIV («The Ministries Case»), 1951, 467 ss., 609-21 (Puhl), 621 s. (Rasche); respecto a Rasche *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 112 s.
5. British Military Court, Hamburg, Case No. 9, The Zyklon B Case. Trial of Bruno Tesch and two others, 1946.

trabajos forzados a los que fueron sometidos prisioneros de guerra[6]. En todos estos procesos, industriales y empleados bancarios de alto rango, es decir, personas naturales, comparecieron ante los tribunales debido a su intervención en los crímenes del régimen nacionalsocialista o del gobierno japonés, sin embargo, también se trataba de la responsabilidad –en todo caso moral– del sistema económico alemán considerado globalmente y de algunas empresas en particular[7]. En ese sentido, se puede decir que la responsabilidad colectiva de las empresas alemanas líderes –dicho más exactamente, el reproche a su responsabilidad colectiva como parte de una «organización integral de una economía de guerra»[8]– constituía el mensaje de los procesos contra sus representantes[9]. Naturalmente, esto

6. Al respecto *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 114 ss. con notas adicionales.
7. Cfr. *Priemel* (2016), p. 170 ss. (en especial respecto al proceso Krupp); resumidamente *el mismo*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 25, 29 ss.; también *Thurner* (2012), p. 212 ss.
8. *Priemel*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 29, también 44 («forma específicamente nacionalsocialista de la Public Private Partnership»).
9. Acerca de los enfoques explicativos de la instancia acusadora en ese sentido cfr. *Priemel* (2016), p. 165; cfr. también *el mismo* en Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 36 ss., 42 ss. (donde si bien este hace referencia a que no se pensó en perseguir a la empresa –«persecución de la empresa… claramente no fue pensada» [36 s.]–, sin embargo, al mismo tiempo también a los esfuerzos de una comprensión de la responsabilidad de la empresa como tal, en especial mediante el «institutional approach» de Drachsler [37 ss.], y la equiparación fáctica del comportamiento individual y el corporativo, por ejemplo, por parte de Telford Taylor [50]). Cfr. también *Stoitchkova* (2010) p. 102 («essentially deemed

no cambia en nada la restricción jurídico-formal a la persecución de personas individuales, tal como surge especialmente del Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional[10] (Estatuto del TMI)[11]. En nuestro contexto, tampoco ayuda la posibilidad de criminalización de determinadas organizaciones (Art. 9 Estatuto del TMI)[12] –el único precepto de Núremberg referido a la responsabilidad colectiva[13]–, pues esa posibilidad únicamente fue utilizada[14] para organizaciones políticas y precisamente no para organizaciones simplemente económicas;

the corporations responsible…»); *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 108, 112 y passim («Tribunal's focus on the actions of the corporate entity» [108], «attribution of criminal liability» a la empresa [Krupp], que aparecería como «prime actor and perpetrator» del crimen [108], «attributed intent to the corporate entity…» [112]); *Kathollnig* (2016), p. 142 s. (indirectamente condenado por la política empresarial).
10. 8 de agosto de 1945, UN Treaty Series (UNTS) 82 (1951) 280.
11. Condena de los «major war criminals» o «persons», «que han cometido crímenes como *personas individuales* o como *miembros de una organización o grupo* […] en interés de los estados pertenecientes al eje europeo».
12. El precepto señala en su decisiva primera oración: «En el proceso contra solo un miembro de un grupo u organización, el tribunal puede declarar (en conexión con cualquier acción, por la cual el acusado es condenado) que el grupo o la organización, del cual el acusado era miembro, era una organización criminal».
13. Más detalladamente *Adam* (2015) p. 38 ss.
14. International Military Tribunal Nuremberg (IMT), Trial against the Major War Criminals Vol. I, 257: «The Indictment asks that the Tribunal declare to be criminal the following organizations: The Leadership Corps of the Nazi Party; the Gestapo; the SD; the SS.; the SA; the Reich Cabinet, and the General Staff and High Command of the German Armed Forces».

además –al contrario de lo que cree *Adam*[15]– solo fue prevista para ello. Por otra parte, este precepto solo servía para la preparación de la condena contra los miembros de esas organizaciones por su pertenencia a ellas (Art. 10 Estatuto del TMI)[16], es decir, al final también se trataba de una responsabilidad individual[17].

No obstante, se podrá decir que en el Art. 9 del Estatuto del TMI y en la respectiva declaración de la naturaleza criminal de cuatro organizaciones nazis (cuerpo directivo del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, Gestapo, SD y SS)[18] también estaba al menos involucrado el reconocimiento de la responsabilidad penal de personas jurídicas privadas[19]. Especialmente en el proceso contra I.G. Farben[20] se reconoció explícitamente la peligrosidad

15. *Adam* (2015) p. 51 s.
16. En tal sentido, no puede pasarse por alto que la mera pertenencia no bastaría para una responsabilidad penal, sino que tendría que existir el conocimiento de los objetivos criminales de la organización o la intervención personal en sus hechos, cfr. IMT, Trial against the Major War Criminals Vol. I, 256: «[...] exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization [...] unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations».
17. Cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 s.
18. IMT, Trial against the Major War Criminals Vol. I, p. 257 ss.
19. En ese sentido, acertadamente *Adam* (2015) p. 51, 53 (Modelo de Núremberg como origen).
20. Respecto a la empresa IG Farben en el Tercer Reich y el proceso crít. *Jeßberger*, JZ 2009, 924 ss.; *el mismo*, JICJ 8 (2010), 783 ss.; también *Adam* (2015) p. 55 ss.

de la intervención empresarial en crímenes internacionales y concretamente en el sentido de una responsabilidad colectiva de la empresa como tal:

> «Cuando individuos particulares, *incluyendo personas jurídicas*, proceden a aprovechar la ocupación militar adquiriendo propiedad privada en contra de la voluntad y el consentimiento de su anterior propietario, esa acción... constituye una violación del Derecho Internacional... Del mismo modo, cuando un individuo particular o una *persona jurídica* se convierte en parte de una confiscación ilegal de propiedad pública o privada... la adquisición bajo tales circunstancias que sigue a la confiscación constituye una conducta que viola los Reglamentos de La Haya»[21].

> «Respecto a los cargos de la presente acusación que se refieren a las *actividades de Farben* en Polonia, Noruega, Alsacia-Lorena, y Francia, encontramos que la prueba establece más allá de una duda razonable que los delitos contra la propiedad... fueron *cometidos por Farben*, y que estos delitos estuvieron conectados con y fueron una inextricable parte de la política alemana respecto a los países ocupados como se ha descrito anteriormente...

21. TWC, Vol. VIII, p. 1132 s. (resaltado del autor). [Texto original: «Where private individuals, *including juristic persons*, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will and consent of the former owner, such action... is in violation of international law... Similarly where a private individual or a *juristic person* becomes a party to unlawful confiscation of public or private property... acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations»].

El resultado fue el enriquecimiento *de Farben*... a costa de los anteriores propietarios. Tal acción *por parte de Farben* constituyó una violación de los Reglamentos de la Haya»[22].

«No se pueden tolerar las *actividades de Farben* en cuanto a los despojos. Aunque *Farben* no marchó junto al ejército alemán, por lo menos, no estuvo lejos de éste»[23].

La última oración, de hecho ya célebre, queda explicada por la relevancia fundamental que ostentaba IG Farben para el ejército alemán de esa época (Wehrmacht) en cuanto a la provisión de botas sintéticas y combustible a los militares, para lo cual la empresa empleó alrededor de 300.000 personas, aproximadamente la mitad de ellas en calidad de mano de obra barata o esclavizadas[24]. Por otro lado, el objetivo del proceso era –por así decirlo, en un segundo paso[25]–, presentar a los líderes de la empresa que fueron acusados –todos sin excepción miembros de la dirección y del consejo de administración– como «generales con traje» («generals in grey suits»)[26] y, en ese sentido, esbozar una imagen representativa de la industria irrenunciable para la maquinaria de guerra nacionalsocialista. De los 23 acusados, 13 fueron condenados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en la forma de saqueo y apropiación de propiedad ajena así como por haber intervenido en un programa de trabajo esclavizado[27]; sin embargo, el suministro del gas venenoso Zyklon B en el campo de concentración quedó sin consecuencias penales –debido a la falta de un conocimiento demostrable de su uso mortal–[28]. Los acusados también fueron absueltos

22. TWC, Vol. VIII, p. 1140 (resaltado del autor). [Texto original: «With reference to the charges in the present indictment concerning *Farben's. activities* in Poland, Norway, Alsace-Lorraine, and France, we find that the proof establishes beyond a reasonable doubt that offenses against property... were *committed by Farben*, and that these offenses were connected with, and an inextricable part of the German policy for occupied countries as above described... The result was enrichment *of Farben*... at the expense of the former owners. Such action *on the part of Farben* constituted a violation of the Hague Regulations»]
23. TWC, Vol. VIII, p. 1153 (resaltado del autor). [Texto original: «One cannot condone the *activities of Farben* in the field of spoliation. If not actually marching with the Wehrmacht, *Farben* at least was not far behind»]
24. Cifra mencionada supra en *Jeßberger*, JZ 2009, 925; en *el mismo*, JICJ 8 (2010), 785 se habla de 150.000 personas empleadas, de las cuales un tercio serían esclavos o trabajadores inmigrantes. Cfr. también *Hayes*, en: Fritz Bauer Institut, p. 99 ss. (quien habla de 330.000 empleados, de los cuales alrededor de la mitad eran trabajadores esclavos o inmigrantes).
25. Cfr. *Adam* (2015) p. 56, quien distingue un procedimiento de dos pasos del Tribunal: en principio, la constatación de la responsabilidad de I.G. Farben y luego la de los acusados.
26. En ese sentido, el título de la «liquidación» por parte del fiscal *DuBois*: Generals in grey suits, 1953.
27. TWC, Vol. VIII, p. 1205-1209.
28. TWC, Vol. VIII, p. 1169 (si bien se comprobó que «large quantities of Cyclon-B... supplied to the SS. by Degesch and that it was used in the mass extermination of inmates of concentration camps, including Auschwitz», sin embargo, los jueces no estaban convencidos de que los acusados «had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put». Por el contrario: «Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought

respecto a una intervención en la guerra de agresión pues el tribunal arribó a la conclusión de que, en primer lugar, ninguno de ellos sabía de los verdaderos planes de Hitler, y, en segundo lugar, de que el crimen ya estaría limitado típicamente al nivel directivo político y militar[29]. Adicionalmente a ello, se exigió la comprobación de una culpabilidad personal, la cual no se podría derivar de la mera pertenencia a la directiva[30].

De modo resumido, es posible señalar que la considerable relevancia de la intervención empresarial en crímenes internacionales –sea mediante una comisión directa del hecho o una colaboración con el régimen nacionalsocialista[31]– ya se había puesto de manifiesto en Núremberg. Esa intervención va aparejada al incremento del riesgo generado por estructuras empresariales configuradas de modo cómplice[32]. Aunque con ello no puede extraerse directamente[33] un efecto de precedente

in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities»). Al respecto también *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 901 s.; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403, 462 (resaltando la diferencia con el denom. proceso Zyklon B, supra Cap. III nota 5, donde fueron aceptados el conocimiento de los acusados, por lo cual estos fueron condenados).

29. TWC, Vol. VIII, p. 1096 ss., 1125 ss.
30. TWC, Vol. VIII, p. 1106 ss.
31. Cfr. también *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 702.
32. Cfr. en ese sentido también *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 170 s. («complicidad entre Estado y economía» como elemento típico de esta forma de criminalidad empresarial).
33. También en contra *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122s. (enfatizando la responsabilidad individual); más bien

respecto a la punibilidad de las empresas, sin embargo, al menos, organizaciones políticas fueron declaradas criminales y –con base en ello– en los procesos subsiguientes se reconoció[34], aunque indirectamente, la responsabilidad –también penal– de las respectivas empresas o en todo caso su «capacidad para infringir el derecho internacional» («capacity to violate international law»)[35]. En ese sentido, ya de esa praxis en el ámbito del Derecho Penal Internacional puede extraerse una obligación para las empresas –en todo caso, en surgimiento– «de abstenerse de cometer actos que constituyan crímenes internacionales» («to refrain from committing acts that constitute international crimes»)[36].

2. PRAXIS ACTUAL

2.1. NIVEL SUPRANACIONAL

En la actualidad no existe ningún tribunal penal que pueda condenar penalmente a una empresa

restrictivo *Asholt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 61, 67 ss. (decisión contra el mencionado enfoque institucional, énfasis en una comprobación individual de culpabilidad).

34. Similar *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 180, quien, aunque no quiere aceptar ningún caso precedente, sin embargo, habla de un «first attempt»... «to create a model that directly aimed at a criminal grouping as such and branded the entity itself as criminal»; deja abierta la cuestión *Priemel*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 28, 59 s.
35. *ILA* (2014), p. 11 con nota 58.
36. *ILA* (2014), p. 11.

como tal. Esto se corresponde con el Derecho Internacional (vinculante) vigente, donde si bien se reconoce una responsabilidad (colectiva) de los estados[37], especialmente respecto a la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos[38], sin embargo, en cuanto respecta a actores no estatales, entre los cuales también se cuenta a las empresas[39], ella es rechazada[40] de modo general y, en cualquier caso, afirmada en relación con los grupos armados[41].

Esto surge ya del hecho de que los tratados de derecho internacional, incluyendo los de derechos

37. *ILC* (2001), vol. II, Part Two. Aquí tampoco se trata sin embargo de una responsabilidad penal, cfr. *van den Herik*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 155 (158 ss.).
38. Respecto a las obligaciones (positivas) en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos v. por ejemplo *Human Rights Council (HRC)*, General Comment 31; respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en ese sentido cfr. por ejemplo *CESCR*, General Comment 24, párr. 7 ss.
39. Cfr. ya supra en el capítulo I. en la nota 2.
40. Cfr. de modo general por ejemplo ILA (2014), p. 12 (solo «"soft" legitimate expectations», «moral responsibility and societal expectation»); en el resultado igualmente (aunque críticamente) *Thurner* (2012), p. 35 ss. (54 s.: «no sometido directamente a normas de derechos humanos», subjetividad en el derecho internacional «no aclarada»).
41. Respecto a la responsabilidad de los grupos armados en el ámbito de los derechos humanos v. la investigación fundamental de *Fortin* (2017), 359 ss. y passim. Sobre la base de un minucioso análisis de la poco clara y en parte contradictoria situación jurídica y práctica, ella resalta la función complementaria de los derechos humanos para la vida cotidiana de las poblaciones en zonas de conflicto («life goes one driver»), donde la protección de los derechos humanos portaría el «most added value» en situaciones de control territorial o allí donde aún no se hubiera alcanzado el umbral de un conflicto armado (Parte I, resumidamente

humanos, solo obligan a los Estados, motivo por el cual el Consejo de Derechos Humanos de la ONU instauró[42] un grupo de trabajo para la creación de

p. 359 ss. [366, 391]). La personalidad jurídica de grupos armados tendría que determinarse en cada caso «along a spectrum» y recurriendo a complejos criterios jurídicos, en especial el Derecho Internacional Humanitario, a saber, con referencia a la capacidad, el grado de organización y la condición «internacional» del grupo armado y de la situación de conflicto relevante (Parte II, p. 366 ss.). El momento y la forma («when and how») de una obligación de índole jurídico humanitaria surgiría ante todo del control territorial (donde un grupo armado usualmente reemplaza al estado como poder dominante, «principle of effectiveness» en conexión con un «bottom-up approach» para proteger a la población local) y –también, además de ese control– de la capacidad de cometer crímenes contra la humanidad (porque de allí surgiría un estándar organizativo mínimo); en cambio, el Derecho Internacional convencional sería improductivo y el derecho internacional consuetudinario –bajo la observancia de los mencionados criterios– tendría que haber sido explícitamente declarado aplicable respecto a grupos armados (Parte III, p. 374 ss.). Recientemente a favor de una autorización de non-state actors «[to] create international rights and obligations through unilateral law-making processes» *Sergeev*, German Law Journal (GLJ) 19 (2018), 65, donde, sin embargo, él entiende por ello –sin entregar una definición explícita– solo a las «major collective entities» (ibid, 66) en el sentido de etnias, esto es, no a las empresas.
42. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, establecido el 26.6.2014, cfr. http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx (último acceso: 25.03.2018). Allí también se encuentran diversos reportes del Working Group, por ejemplo su «Report on the first session», A/HRC/31/50, 5.2.2016, en el párr. 37 ss. se hallan los dictámenes de los representantes del gobierno respecto a la necesidad de la creación de un instrumento de derechos humanos vinculante en el ámbito del Derecho Internacional. Sobre la génesis también *Deva*, en: Letnar

un tratado que sea directamente vinculante desde la perspectiva del Derecho Internacional para las empresas económicas (transnacionales) –una iniciativa absolutamente controvertida–[43]. En todo

Černič/Carrillo-Santarelli, p. 13 ss.; sobre la posición latinoamericana *Cantú Rivera*, en: *ibid*, p. 163, 165 ss.; sobre la posición (crít). europea *Letnar Černič*, en: *ibid*, p. 229 ss.

43. Cfr. recientemente *Letnar Černič/Carrillo-Santarelli*, en: *los mismos*, p. 1 ss., quienes llaman la atención respecto a las distintas interpretaciones y «disagreements» –desde un cuestionamiento general de la necesidad de ese tratado hasta la existencia de un deber en el ámbito de los derechos humanos respecto a su creación– y presentan los respectivos aportes con los argumentos centrales referidos a un posible contenido de ese tratado y sus alternativas. Ellos mismos abogan en el resultado por ese tratado pues este «would have the benefit of being hard law... generating a "common" binding instrument, and... could complement... the Guiding Principles, and... insist on States reitaining their obligations», con lo cual en general una perspectiva jurídico individual («individuals... at the centre of a *human* rights analysis of protection from corporate conduct» [resaltado en el original]) resultaría fortalecida (Conclusion, en: ibid., p. 299 ss., 300); ellos exigen una jurisdicción amplia *ratione personae* y *materiae* y la regulación de «10 essential points» (ibid, p. 301 ss.); anteriormente ya a favor de un tratado de Derecho *Penal* Internacional con «penalización» de «comportamientos infractores» y correspondiente jurisdicción *Thurner* (2012), p. 67 ss., 211, 279 s.; sin embargo, crít. por ejemplo *T.L. Van Ho*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 111 ss. (enfoque tradicional, centrado en el estado más efectivo para la víctima). Desde una perspectiva jurídica resulta especialmente problemática la cuestión de una vinculación directa de las empresas, en caso de que esto fuera ya deseable (al respecto también *Letnar Černič / Carrillo-Santarelli*, en: ibid, p. 304 s.; a favor *Carrillo-Santarelli*, en ibid., p. 33 ss.), así como la identificación de las empresas que serán comprendidas (al respecto *Thurner* (2012), p. 59 ss., 220, quien pretende orientarse por el volumen de negocios).

caso, desde la aprobación de los «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos» de la ONU («Ruggie principles»)[44] por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU[45], puede reconocerse una clara **tendencia al reconocimiento de obligaciones de derechos humanos** de las empresas en el ámbito del soft law, lo que entre otras cosas se muestra en la incorporación de un «Capítulo sobre Derechos Humanos» –orientado a ello– en la nueva edición de las Directivas de la OECD para empresas multinacionales[46], en la declaración de la OIT sobre la responsabilidad político-social de las empresas multinacionales,[47] en la Estrategia de *Corporate Social Responsibility* (CSR) de la Comisión Europea[48] y en la implementación en el marco de la OEA[49]. Los mismos *Principios Rectores* –que distinguen[50] entre «principios fundacionales» y «operativos»– han reconocido una responsabilidad independiente de las empresas «de respetar

44. *CDH*, Principios Rectores, p. 6 ss.
45. *CDH*, Res. 17/4 de 16.6.2011.
46. *OECD* (2011), Cap. IV (p. 31 ss.).
47. *OIT*, Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 5.ª edición (2017), accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf>, último acceso 1.4.2018.
48. Cfr. http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_de último acceso: 25.03.2018.
49. Cfr. *Cantú Rivera*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 170 ss.; v. también *CoE*, Human Rights and Business, Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to Member States adopted on 2 March 2016 así como *EP* resolution of 25 October 2016 on corporate liability for serious human rights abuses in third countries (2015/2315(INI)).
50. *CDH*, Principios Rectores, principios 11-15 y 16-24.

los derechos humanos»[51], con lo cual se quiere decir que ellas «deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación»[52]. De modo más concreto, esto significa que la obligación de las empresas implica que ellas: «(a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; (b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos»[53]. Esta responsabilidad «se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura»[54]. Para cumplir con esa responsabilidad, las empresas tendrían que establecer «políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias»[55].

51. *CDH*, Principios Rectores, principio 11. Como «derechos humanos» serán entendidos ahí los «derechos humanos internacionalmente reconocidos», incluyendo los derechos laborales reconocidos por ILC, ibid, principio 12.
52. *CDH*, Principios Rectores, principio 11.
53. *CDH*, Principios Rectores, principio 13.
54. *CDH*, Principios Rectores, principio 14. Sin embargo, podría ser que «la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos» (ibid).
55. *CDH*, Principios Rectores, principio 15.

En el marco de esos principios operativos mencionados *supra* son fundamentados sobre todo deberes de diligencia en materia de derechos humanos (**«human rights due diligence»**), según los cuales las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una «evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas»[56]. En ese sentido, en el nivel más alto del Derecho Internacional el Consejo de Seguridad de la ONU ha exigido la observancia de una «*debida diligencia en la cadena de suministro*» («*supply chain due dilligence*») con respecto a la República Democrática del Congo[57]. Además de ello, en el año 2011 la OCDE

56. *CDH*, Principios Rectores, principio 17 así como principios 18-21; crít. sobre la falta de una diferencia entre el Management de «business risks» y el «standard of conduct required to discharge any obligation» *Bonnitcha/McCorquodale*, Concept, EJIL 28 (2017), 899 ss. (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de *Ruggie/Sherman*, Reply, EJIL 28 (2017), 921 ss. (923 ss.); dúplica de *Bonnitcha/McCorquodale*, Rejoinder, EJIL 28 (2017), 929 ss. Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos *Cantú Rivera*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 180 ss.
57. Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 1952 (2010), párr. 6 ss., donde son asumidas las respectivas recomendaciones de un grupo de expertos y todos los estados son llamados «adoptar medidas apropiadas para dar a conocer mejor las directrices para el ejercicio de la diligencia debida..., e instar a los importadores, las industrias procesadoras y los consumidores de productos minerales congoleños a que ejerzan la diligencia debida aplicando... los siguientes pasos..: fortalecimiento de los sistemas de gestión de las empresas, detección y evaluación de riesgos en

–paralelamente a una previsión explícita en sus directivas generales[58]– aprobó una «Due Diligence Guidance» respecto a minerales provenientes de zonas de conflicto[59], cuyo objetivo es –en calidad de «primer ejemplo de una iniciativa gubernamental y multilateral colaborativa sobre la gestión responsable de las cadenas de suministro de los minerales procedentes de las áreas de conflicto»–, «ayudar a las empresas a respetar los derechos humanos y a evitar contribuir al conflicto a través de sus prácticas de abastecimiento de minerales»[60]. A nivel regional esto ha sido incorporado en un Reglamento de la UE[61], que establece un «sistema de la Unión para el cumplimiento del deber de diligencia en la cadena de suministro» con el objetivo

la cadena de suministro, formulación y aplicación de estrategias para responder a los riesgos detectados, realización de auditorías independientes, y divulgación pública de las prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro y de las conclusiones al respecto;» (párr. 8).

58. OCDE (2011), p. 4 («enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas»), también p. 20, 23 s. así como la recomendación consistente en la instauración de «puntos nacionales de contacto», p. 72.
59. OCDE (2016) (con extensión a todos los minerales, ibid, p. 4).
60. OCDE (2016), p. 3.
61. Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento y del Consejo Europeo de 17.5.2017 respecto al establecimiento de deberes para el cumplimiento de deberes de cuidado en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio, tungsteno, obtenidos a partir de minerales u oro de zonas de conflicto o de alto riesgo, Abl. EU L 130/1, 19.5.2017; cfr. también *CoE*, Recommendation CM/Rec (2016)3, párr. 20, 22, 27, 28, 64; *EP* resolution of 25 October 2016, párr. 6, 19 y passim.

de «limitar» «las posibilidades de grupos armados y fuerzas de seguridad de comerciar» con las respectivas materias primas[62]. Los importadores de tales materias primas de la UE están obligados a un «compliance» de estos deberes de diligencia con miras a un «sistema de manejo», «deberes de manejo de riesgo», «verificaciones por parte de terceros» y «publicidad»[63], así como los Estados Parte lo están respecto a la instauración de agencias nacionales de control[64]. En ese contexto también merece ser considerado el deber de las empresas de cierta envergadura (en promedio, más de 500 trabajadores durante el año de operaciones), introducido en el año 2014, de realizar reportes sobre los «asuntos ambientales, sociales y de los trabajadores, la observancia de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y sobornos...»[65]. *Last but not least* también existen ahora leyes nacionales que sirven al cumplimiento de deberes de diligencia

62. Reglamento (UE) 2017/821; Ibid, Art. 1 párr. 1.
63. Ibid, Art. 3-5, 7.
64. Ibid, Art. 10.
65. Directiva 2014/95/EU del Parlamento y del Consejo Europeo de 22.10.2014 por el que se modifica la Directiva 2013/34/EU en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos, Abl EU L 330/1 de 15.11.2014, Art. 1 párr. 1 (incorporación de Art. 19a). Implementación en Alemania por medio de la «Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage– und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz)», BGBl 2017 I 802 (Modificaciones al HGB); respecto a Austria *Soyer*, en: Kert/Lehner, p. 120. Sobre la relevancia de tales deberes de reportar *Ségur-Cabanac*, ÖstAnwbl 2016, 597.

respecto a los derechos humanos en el tráfico económico[66].

Sin embargo, la responsabilidad empresarial fijada en los Principios Rectores es entendida de un modo predominantemente moral antes que jurídico, es decir, «se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes»[67]. A pesar de ello, los Principios Rectores y los otros instrumentos de soft law se han constituido en el fundamento sólido del creciente reconocimiento de una responsabilidad también *jurídica* (y respecto a los derechos humanos) de las empresas[68]. En ese sentido, el

66. Cfr. por ejemplo la UK Modern Slavery Act 2015 (obligación de un «slavery and human trafficking statement», secc. 54), la ley francesa respecto a un «devoir de vigilance» (al respecto infra Cap. IV nota 90) así como el proyecto holandés de un «Wet Zorgplicht Kinderarbeid»; respecto a los deberes de compliance en derechos humanos en virtud del Art. 102 schwStGB en relación con el proceso Nestle cfr. Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, cons. 3.4.3. A favor de un «deber general de diligencia debida» *Haumer*, ÖstAnwbl 2016, 582; para el establecimiento de ese deber en el derecho suizo v. la «Iniciativa de responsabilidad de empresas» en http://konzern-initiative.ch/die-initiative/initiativtext/, (último acceso: 25.03.2018); respecto a los esfuerzos de reforma también *Bueno/Scheidt*, p. 23 ss.
67. *CDH*, Principios Rectores, principio 12; en este sentido también *ILA* (2014), p. 12; *Clapham*, en: Moeckli et al., p. 568; *Kubiciel*, ÖstAnwbl 2016, 574, 576.
68. Cfr. con más detalle *Clapham*, en: *Moeckli et al.*, p. 568 ss. («move towards accountability»); anteriormente ya *el mismo*, JICJ 6 (2008), 899 ss.; del mismo modo *Savaresi/Cismas/Hartmann*, EJIL Talk, 22 de diciembre de 2017;

Comité de los Derechos del Niño manifestó que las correspondientes obligaciones «...se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas»[69]. Algo similar ha sido señalado

v. también *Köster* (2010), p. 24 ss. (no exclusión de entrada de una subjetividad de Derecho Internacional [154]), 268 ss. (no existe una vinculación general ni a los derechos humanos –aunque esto puede fundamentarse en el Derecho Internacional convencional y el Derecho Internacional consuetudinario, como en el caso de la prohibición de esclavitud y trabajos forzados y de la piratería– ni a las normas de comportamiento del Derecho Penal Internacional [infra Cap. III nota 111], de modo que ello constituye un «punto de partida para la continuación del desarrollo» [270]); *Thurner* (2012), p. 36 ss., 57 ss., 209 s., 218 s. (haciendo referencia, entre otras cosas, a la subjetividad de derecho internacional limitada tanto en el marco de los denom. tratados internacionalizados, con los cuales las empresas se convertirán en partes del tratado en el ámbito de las inversiones, como en el Derecho Internacional ambiental, por ejemplo, en virtud, del Art. 137 párr. 1 CONVEMAR, y el principio de efectividad del Derecho Internacional y, además –consecuentemente–, exigiendo la concesión interestatal o multinacional de al menos una subjetividad de derecho internacional limitada); *Carrillo-Santarelli*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 34, 44 ss., 54 ss.; *Letnar Černič/Carrillo-Santarelli*, en: ibid, p. 301; *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 1 (17); desde una perspectiva político-jurídica a favor de una subjetividad del Derecho Internacional (limitada) *Soyer* en: Kert/Lehner, p. 116 s.; *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 45 ss.; en contra de modo general *Kubiciel*, ÖstAnwbl 2016, 575 s. (ninguna conclusión desde el ser hacia el deber ser).
69. *Comité de los Derechos del Niño (CDN)*, Observación general n.º 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013) párr. 8.

por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el sentido que «... de conformidad con las normas internacionales, las empresas deben respetar los derechos enunciados en el Pacto, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica»[70]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo referencia a los Principios Rectores, ha señalado que «las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos»[71] y particularmente respecto a los grupos de la población indígena especialmente necesitados de protección[72]. Completamente de acuerdo con esta tendencia, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU recomienda en

70. *CESCR*, párr. 5 (con referencia a los Principios Rectores en la nota 17). Por eso, de acuerdo con lo señalado por el Comité, este comentario también procura «prestar asistencia al sector empresarial en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y la asunción de responsabilidades, mitigando así cualquier riesgo de pérdida de reputación que pueda asociarse a vulneraciones de los derechos recogidos en el Pacto en su esfera de influencia»; además los Estados Parte debían «pedir a las empresas que hagan todo lo posible por asegurar que las entidades.. respeten los derechos consagrados en el Pacto» (Ibid, párr. 33); a favor *D. Desierto*, EJIL Talk 13 de setiembre, 2017.
71. *CorteIDH*, Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 224.
72. Ibid, párr. 225: «... members of specific groups or populations, including indigenous and tribal peoples...».

su Proyecto de Tratado sobre crímenes contra la humanidad la responsabilidad de personas jurídicas («liability of legal persons»), sin embargo, sometida («[s]ubject») al derecho nacional y no necesariamente como responsabilidad penal[73]. Una responsabilidad penal también es exigida en recientes instrumentos europeos[74]. Desde el punto de vista de los principios jurídicos, la responsabilidad de las empresas respecto a los derechos humanos –prefigurada[75] ya por la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional referida a la asimilación de conflictos internacionales y no internacionales– puede basarse en un cambio de perspectiva consistente en variar la comprensión de los derechos humanos orientada al Estado por una que esté centrada en los derechos humanos mismos, con lo cual estos podrían ser derivados en última instancia de la dignidad humana –como derechos inalienables, independientes del Estado–[76].

73. Cfr. Art. 5 párr. 7 del artículo aprobado provisionalmente, en *ILC* (2017), p. 152 ss. (155: «Subject to the provisions of its national law, each State shall take measures, where appropriate, to establish the liability of legal persons for the offences referred to in this draft article. Subject to the legal principles of the State, such liability of legal persons may be criminal, civil or administrative»).
74. *CoE*, Recommendation CM/Rec (2016)3, párr. 44 («Criminal or equivalent liability...»); EP resolution of 25 October 2016, párr. 25 («effective remedy» también respecto a «criminal courts»).
75. *ICTY*, Prosecutor v Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal, 10.10.1995, IT-94-1-AR 72, nm. 71 ss.; al respecto *Ambos* (2013), p. 13 con notas adicionales.
76. Cfr. ya *Ambos*, Punishment Without a Sovereign?, Oxf.J.of Legal Studies 33 (2013) 293, 298 ss. [en español v. *el mismo*,

En lo concerniente a la situación del Derecho Penal Internacional en sentido estricto, en el caso de los *Tribunales Ad Hoc de la ONU* (TPIY, TPIR, TESL) una propuesta francesa orientada en los Arts. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no logró imponerse[77], y en la jurisprudencia de esos tribunales la responsabilidad de una persona jurídica solo se reflejó en los procesos del TPIR contra la emisora de radio RTLM[78], mientras que el TESL no se pronunció sobre las implicaciones de la industria del diamante («diamantes de sangre»)[79]. Por otra parte, la CPI solo tiene competencia respecto de personas naturales (cfr. Art. 25 ECPI); si bien el Art. 25(3) (d) ECPI reconoce la responsabilidad penal de los colectivos criminales («grupo de personas») al menos de forma implícita, sin embargo, con ello se criminaliza un (otro) aporte a tales grupos –en el sentido de la responsabilidad prevista en Núremberg para la colaboración con organizaciones[80]

Persona y Derecho, 68 (2013), 5, 12 ss.]; igualmente *Clapham*, en: Moeckli et al., p. 559, 565; también muestra esa tendencia *Carrillo-Santarelli*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 44 ss.

77. Cfr. *Adam* (2015), p. 60 s.
78. *ICTR*, Prosecutor v Nahimana et al., Sentencia de 3.12.2003, ICTR-99-52-T; al respecto también *Adam* (2015) p. 62 s.
79. Cfr. *Adam* (2015) p. 63. Respecto al rol del tráfico de diamantes en el conflicto en Sierra Leona cfr. Report of the Truth & Reconciliation Commission Sierra Leone, Vol. 3B, especialmente los párr. 72 ss., 89 ss. (respecto a las empresas interviniente); también *Davidson* (2016), p. 21 ss.
80. Cfr. por ejemplo el reconocimiento de una responsabilidad por complicidad por la cooperación de las SS. en el Proceso Flick, TWC Vol. VI, p. 1217 («One who knowingly by his influence and money contributes to the support thereof [of

declaradas criminales–[81]; sobre ello se volverá más adelante (V.1. y 2.2).

En el marco de la Conferencia de Estados de Roma del año 1998, un «Working Paper» referido al establecimiento de la responsabilidad penal de personas jurídicas[82] y basado en las re-

the SS.] must, under settled legal principles, be deemed to be, if not a principal, certainly an *accessory to such crimes*» [resaltado del autor]). Acerca de la difícil delimitación respecto a la responsabilidad por la pertenencia *Burchard*, JICJ 8 (2010), 936 s. Téngase en cuenta que la mera pertenencia no era punible, supra Cap. III, nota 16.

81. Cfr. más detalladamente *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª edición 2018, § 7 nm 43 con notas adicionales; *el mismo* (2013), p. 166 ss.
82. UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 251 s., «WORKING PAPER ON ARTICLE 23, PARAGRAPHS 5 AND 6.

5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute.

Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

(a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and
(b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and
(c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and
(d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, "juridical person" means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit,

comendaciones del Comité Preparatorio (Preparatory Committee) y de Francia[83], fue rechazado al final puesto que no existían (ni existen) estándares uniformes para esa responsabilidad, se temía la disolución del principio de la responsabilidad individual y, además, debido a las grandes dificultades probatorias para las investigaciones contra empresas que frecuentemente operan de forma multinacional, las cuales amenazaban con sobrepasar la ya de por sí limitada capacidad de la CPI[84]; por último, también la escasez de tiempo resultó relevante[85], aunque si hubiera existido la voluntad política para el establecimiento de la responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas, el tema –de forma similar a lo que pasó con el crimen de agresión[86]– hubiera

and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization.6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99» (nota al pie suprimida).

83. Respecto a las propuestas y discusiones cfr. *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 139, 143 ss.; *Stoitchkova* (2010) p. 108 ss.; *Adam* (2015), p. 64 ss.; *Schmidt* (2015), p. 370 ss.; *Kuntz* (2017), p. 25 ss.; *Fortin* (2017), p. 286.
84. *Ambos* (2018) § 7 nm 11 con notas adicionales; cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 123 s. (compartiendo esa evaluación en el resultado); *Adam* (2015), p. 80.
85. A lo que *Adam* (2015) p. 73, 80 le concede excesiva importancia.
86. *Ambos* (2018) § 7 nm. 261 ss.

podido ser remitido a un grupo de trabajo[87]. Sea como fuere, el proyecto contenido en el working paper preveía un modelo de atribución basado en la doctrina de la identificación (teoría del *alter ego*)[88], según la cual la persona jurídica puede ser responsabilizada por un comportamiento de su personal directivo que esté relacionado con el negocio («position of control within the juridical person»), siempre que estas personas hayan actuado en su nombre o con su consentimiento y hubiesen sido condenadas por ello[89].

Aunque la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Penal Internacional también fue discutida en el año 1998 en Roma (lo cual fue interpretado por sus defensores como un indicio de su creciente aceptación[90]), el tema

87. En ese sentido, también resulta por lo menos impreciso cuando *Adam* (2015) p. 106 sostiene que la Conferencia de Revisión de Kampala no habría dado lugar a nuevas conclusiones. El hecho de que el tema no hubiese sido tratado muestra precisamente –a diferencia de lo que Adam quiere hacer creer al lector– que faltó y falta aún una voluntad política para establecer una correspondiente responsabilidad penal.
88. Al respecto infra Cap. IV nota 81 y texto principal.
89. Supra Cap. III nota 82. Esto corresponde en lo esencial al modelo de atribución del Art. 121-2 Code Penal (CP) («responsables… des infractions commises… para leur organs ou représentants»; al respecto *Walther*, GA 162 (2015), 682, 683, 691), donde ésta, sin embargo, no está restringida de manera explícita a los directivos («organs our représentants») y la jurisprudencia ha abogado por una «responsabilité diffuse» (renuncia a una persona natural identificable) (Ibid, 692).
90. Cfr. *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 140: «[…] even though the negotiations in Rome failed to include legal persons within the jurisdiction of the Court the debate highlighted the importance of considering ways to tackle

ya no estuvo en agenda durante la Conferencia de Revisión de Kampala del año 2010 (y tampoco fue objeto de los tribunales posteriores)[91]. En lo que respecta a la persecución de empresarios criminales, el vigoroso anuncio del anterior fiscal general Luis Moreno Ocampo[92] no ha sido hasta ahora llevado a la práctica. La fiscalía, bajo la actual dirección de la Fiscal General Fatou Bensouda, manifestó recientemente en un «documento de política» («policy paper») que dedicaría una mayor atención a los casos de destrucción del medio ambiente, explotación ilegal de recursos y expropiación de tierras[93]. Dado que estas situa-

corporate war crimes and the perceived difficulties of devising rules of attribution». Con una perspectiva positiva también *Thurner* (2012), p. 238 ss. (reconociendo que es «esencial e innovador» y además su «actualidad e importancia»; en contra de mi defensa del rechazo de la propuesta francesa); *Kuntz* (2017) p. 27 («widespread consensus» explícitamente contra mi opinión expresada en *Ambos* (2013) p. 144). A favor de un reconocimiento de lege ferenda *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 56.

91. Cfr. últimamente el Art. 9 párr. 1 de la Ley del Tribunal Especial de Kosovo de 3.8.2015 (Law No. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office), con la cual la competencia es restringida a las personas naturales.

92. *ICC/OTP*, Communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Press Release No.: pids.009.2003-EN, 16.7.2003, Núm. III.b): «[...] the Prosecutor believes that investigation of the financial aspects of the alleged atrocities will be crucial to prevent future crimes and for the prosecution of crimes already committed» (respecto a la situación en la República Democrática del Congo); más detalladamente OTP Appeals Counsel *Gallmetzer*, JICJ 8 (2010), 947 ss.

93. *ICC/OTP* (2016), párr. 41 («... Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that

ciones aparecen frecuentemente en el contexto de la actuación empresarial, este anuncio puede verse como un esfuerzo para que las actividades empresariales sean analizadas con más precisión a la luz del derecho penal[94].

Junto a estas declaraciones, hasta ahora únicamente políticas, puede mencionarse –después de Roma– en todo caso dos decisiones del *Tribunal para el Líbano* (Tribunal Especial para el Líbano, TEL), en las que empresas como tales –al lado de una respectiva persona natural responsable– fueron acusadas por infracciones contra la administración de justicia[95]. Aquí se trataba de la publicación de los nombres de testigos ocultos en otros procesos del TEL por medio de personas jurídicas, en concreto, un canal de noticias[96] y un

are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land»). Das Policy Paper on Preliminary Examinations, 1 de noviembre de 2013, párr. 65 contenía solo la oración precedente («The impact of crimes may be assessed in light of, *inter alia*, the sufferings endured by the victims and their increased vulnerability; the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities»).

94. A favor en lo fundamental *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527 ss. («considerable potential from a business and human rights perspective»).

95. Críticamente con detalle *Meisenberg* (2016).

96. *STL*, AppJ, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt proceedings, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, 2.10.2014, párr. 60 (Concepto «person» en el sentido de la Regel 60*bis* incluiría a la persona jurídica), 67 (responsabilidad penal de la persona jurídica como «general principle of law»).

diario[97]. No obstante, el efecto de precedente para la fundamentación de la punibilidad de empresas desde la perspectiva del Derecho Internacional general podría ser limitado[98]. Pues el Tribunal del Líbano solo es competente para personas naturales (Art. 3 del Estatuto del TEL). La –por eso absolutamente controvertida– extensión de su competencia a personas jurídicas por parte de la jurisprudencia se fundamenta en que en la «facultad inherente» («inherent power») del Tribunal se hallaría ya el impedir efectivamente los delitos contra la administración de justicia para asegurar de esa forma su propia capacidad de actuación. Para ello sería necesaria una ampliación de la jurisdicción respecto a las personas jurídicas[99]. En opinión del tribunal, las distintas formulaciones de las normas relevantes permitían esa interpretación: mientras que el Art. 2 y el Art. 3 del Estatuto del TEL hablan de «personas» (lo que también de acuerdo con la opinión de la Sala significa personas *naturales*), en la Rule 60 *bis* de las reglas procesales («Contempt and Obstruction of Justice») se habla de «aquellos que consciente y deliberadamente obstruyen su administración de justicia» («*those* who knowingly and wilfully

97. *STL*, AppJ, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Case No. STL-14-06/PT/AP/AR126.1, 23.1.2015.
98. A favor de un efecto de precedente general *Bernaz*, JICJ 13 (2015), 313; también a favor *Clapham*, en: *Moeckli et al.*, p. 570 (con relación a la primera decisión); críticamente *Meisenberg* (2016), passim.
99. *STL*, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Redacted Version of Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment, párr. 18 ss.

interfere with its administration of justice»)[100] –en opinión de la Sala, «aquellos» («those») también pueden ser personas jurídicas–. Sin embargo, esa fundamentación está restringida al mismo tiempo a los delitos contra la administración de justicia, es decir, en cuanto a otras normas penales materiales la jurisdicción se limita a las personas naturales[101].

Si bien la nueva *Corte Africana de Justicia y de los Derechos Humanos y de los Pueblos* (CAJDHP) debería, entre otras cosas, poder ejercer su jurisdicción penal respecto de personas jurídicas a excepción de los Estados (Art. 46C Protocolo de Malabo)[102], sin embargo, en la actualidad su destino es incierto debido a la falta de las ratificaciones necesarias por parte de los Estados Miembros de la Organización Africana de Estados[103]. La responsabilidad penal

100. Resaltado del autor.
101. *STL*, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Redacted Version of Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment, párr. 21: «While [...] it is my view that any "person" prosecuted under Articles 2 and 3 of the Statute must be a natural person, the logic demanding this conclusion does not call for such limitation in the case of contempt».
102. https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf (último acceso: 25.03.2018).
103. Respecto al trasfondo histórico y político cfr. *Abass*, en: Werle/Vormbaum, p. 11 ss.; *Clarke*, en: Kastner, p. 174 ss.; *Clarke*, p. 174 ss.; respecto al estado de las ratificaciones https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-sl-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_cou.pdf (último acceso: 25.03.2018).

no se fundamenta en este caso –en el sentido de un modelo de atribución– en el comportamiento del trabajador de la empresa (cuya responsabilidad, en todo caso, permanece incólume, Art. 46C párr. 6), sino en la «política» («*policy*») de la empresa como tal, donde se procede tendencialmente con adscripciones y aligeramientos probatorios: una política en el sentido indicado «podría ser atribuida a una empresa cuando ello ofrece la explicación más razonable» de su comportamiento («may be attributed to a corporation where it provides the most reasonable explanation», Art. 46C párr. 3). La intención corporativa («Corporate intention») de cometer el delito «podría ser establecida con la prueba de que realizar el acto constitutivo del delito era la política de la empresa» («may be established by proof that it was the policy of the corporation to do the act which constituted the offence», Art. 46C párr. 2). El necesario conocimiento corporativo («corporate knowledge») que se sigue de ello «podría ser establecido con la prueba de que el conocimiento actual o constructivo de la información relevante era poseído dentro de la empresa» («may be established by proof that the actual or constructive knowledge of the relevant information was possessed within the corporation», Art. 46 C párr. 4). La asunción de ese conocimiento no fracasaría porque «la información relevante se halla dividida entre el personal de la empresa» («the relevant information is divided between corporate personnel», Art. 46C párr. 5). Es decir, los puntos de referencia de la responsabilidad penal son la *cultura y la política criminal de la empresa*, las cuales son derivadas de un

determinado comportamiento empresarial –como la «explicación más razonable» («most reasonable explanation»)– y, en lo que concierne al ámbito cognitivo, adscritas subjetivamente («constructive knowledge», «connaissance présumée»)[104].

En cuanto a los denominados *treaty-based crimes*[105], existen diversos convenios de Derecho Internacional que obligan a los Estados Parte a la previsión de una sanción penal de personas jurídicas[106]. Sin embargo, en estos convenios los criterios de la responsabilidad colectiva no son definidos detalladamente, sino que, junto a su implementación, ello es dejado a los Estados Parte[107]; dado el caso también puede bastar entonces con una sanción no penal[108], especialmente en el derecho penal europeo orientado a una triada mínima[109]. Sin

104. En general, a favor *Meloni* en: Werle/Vormbaum, p. 152 s.; *Kyriakakis*, en: Jalloh/Clarke/Nmehielle, forthcoming 2018; *Clapham*, en: Moeckli et al., p. 569 s.; *Clarke*, en: Kastner, p. 186 ss.
105. Sobre ese concepto *Ambos* (2014), p. 222 ss.
106. *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 59; respecto al convenio de derecho europeo y el derecho secundario *Adam* (2015) p. 85 ss.
107. Crít. en ese sentido también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 59 s.
108. Cfr. también *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178.
109. Cfr. *EuGH*, Kommission v. Griechenland, Sentencia de 21.9.1989 («escándalo del maíz griego»), párr. 24 (La sanción tendría que ser «eficaz, proporcional e intimidatoria»); al respecto con notas adicionales *Ambos* (2018) § 11 nm 39; respecto al ámbito español v. *Silva Sánchez* (2016), p. 328 s., para quien la consideración de esa triada «como mínimo, deja abierta la opción entre sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales y penas en sentido estricto»

embargo, en cualquier caso esa praxis de los tratados internacionales se basa en la suposición de que las *normas de comportamiento* (primarias) que subyacen a las normas de sanción (secundarias) del Derecho Penal Internacional –a pesar de la ausencia de jurisdicción[110]– también resultan *vinculantes* para los colectivos[111]. Con ello se confirma o cuando menos se continúa con la praxis del Derecho Penal Internacional de la posguerra –deber de omitir la comisión

(p. 329), debido a lo cual, se muestra crítico respecto al Preámbulo de la LO 5/2010. En tal sentido, resulta impreciso el *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes* (*Forschungsgruppe «Verbandsstrafrecht, Henssler et al.»*), 2017, p. 16, en el extremo en el que se habla de la exigencia de una «*responsabilidad penal*» (resaltado del autor); descargable en http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html.

110. Respecto a la fundamentación de la jurisdicción penal nacional a causa de la territorialidad, personalidad o el principio de justicia universal recientemente *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 5 ss., 12 ss.

111. Cfr. *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 896 ss., 908; igualmente *Köster* (2010), p. 141 ss. (187, 199), 268 s. (vinculación a normas de comportamiento del Derecho Penal Internacional o combinación de una norma de comportamiento y de sanción da lugar a una «vinculación de personas jurídicas privadas»); *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 76 («Vinculación de personas jurídicas.. a los deberes de comportamiento del Derecho Internacional»); *Carrillo-Santarelli*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli p. 54 ss.; ampliamente a favor del reconocimiento de un principio jurídico general en el sentido del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como consecuencia de obligaciones basadas en tratados y un extenso reconocimiento en el derecho nacional *Adam* (2015) p. 107 ss. (154 s.); en contra *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 74-6 para quien falta ya «un denominador normativo común, suficientemente consolidado» (75).

de crímenes internacionales[112]–. Por lo tanto, con base en la combinación de un deber impuesto por una norma de comportamiento proveniente del Derecho Penal Internacional y una vinculatoriedad en surgimiento respecto a los derechos humanos[113] se puede fundamentar completamente una *vinculación jurídica* –y no solo moral– de las empresas.

2.2. NIVEL NACIONAL

Aunque hasta ahora la praxis supranacional solo se ha desarrollado escasamente, en el *nivel* nacional es posible hallar algunos ejemplos de persecución penal[114] –por ejemplo, los procesos contra Frans van

112. Supra III. 1. *in fine*.

113. Supra III. 2. a).

114. Respecto a los enfoques no penales (por lo regular de índole jurídico civil) en el ámbito del Derecho Internacional y nacional cfr. *Adam* (2015) p. 157 ss.; *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 65 ss.; íbid, p. 60 ss. (ACTA-Praxis «discreta» [64], experiencia británica «más positiva» [71]). Sin embargo, con la decisión en el caso Kiobel de la Corte Suprema de los EE.UU el recurso al Alien Tort Statute, hasta entonces lo más efectivo (punitive damages en caso de violaciones de derechos humanos; al respecto *Adam* (2015) p. 178 ss.; sobre la intervención en crímenes nucleares internacionales *Clapham*, JICJ 6 (2008), 906 s.) podría quedar excluido en el futuro, pues luego de ello ya no sería aplicable extraterritorialmente (*US Supreme Court*, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 111, p. 1: «The presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and nothing in the statute rebuts that presumption»; al respecto también *Adam* (2015) p. 183 s.). Acerca de las razones de la irrelevancia de la experiencia alemana *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 72 s. (entre otras, debido a las menores sumas indemnizatorias en comparación con las del ámbito angloamericano) Respecto a la, por así decirlo, criminalización mediante la

Anraat y contra Guus Kouwenhoven en los Países Bajos–. Al primero se le imputaba haber vendido a Saddam Hussein insumos para la fabricación de gas mostaza, el cual fue utilizado por éste contra los kurdos iraquíes e iraníes. Debido a ello, Van Anraat fue condenado por complicidad en relación con los correspondientes crímenes de guerra[115].

Kouwenhoven fue procesado por sus vínculos comerciales con el entonces presidente de Liberia, Charles Taylor. La cuestión consistía en la compra de madera tropical para el financiamiento del conflicto en Liberia y Sierra Leona, el uso de violencia contra la población civil por parte del personal de seguridad de la empresa de Kouwenhoven (Oriental Timber Company, OTC) y la venta de armas infringiendo un embargo de la ONU. Kouwenhoven fue condenado a 19 años de pena privativa de libertad por haber incurrido en diversos actos de complicidad respecto de crímenes de guerra y por la entrega de armas a Charles Taylor[116]. En estos y otros casos[117], las agencias de persecución penal –de modo similar a los casos precedentes de Núremberg– se sirvieron de personas naturales para acceder a las personas jurídicas y reconocieron con ello, en todo caso de forma mediata, la responsabilidad de éstas[118].

denom. Terrorlistung *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178.

115. *Gerechtshof Den Haag* (van Anraat), Decisión del 9.5.2007, párr. 20; al respecto *Huisman / van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 807 ss.; también *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 65 s.

116. *Gerechtshof's-Hertogenbosch*, Sentencia del 21.4.2017 (tras el reenvío del asunto por parte del Hooge Rad), traducción al inglés disponible en https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2017:2650 (último acceso: 25.03.2018) respecto a este caso cfr. *Huisman / van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 810 ss.; también *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 66.

117. En Bélgica también se conoce el caso Desaedeleer. Al mencionado empresario, quien comerciaba con Charles Taylor con los denominados «diamantes de sangre», se le imputaba el crimen de guerra de pillaje. Sin embargo, murió mientras se hallaba cumpliendo la detención preventiva ordenada en Bélgica antes de la acusación, cfr. https://www.ijmonitor.org/2016/10/death-of-a-middleman-thwarts-blood-diamonds-case/ (último acceso: 25.03.2018). Además, en Suiza se llevaron a cabo desde noviembre de 2013 investigaciones contra la firma suiza Argor Heraeus SA por el cargo de una intervención en saqueos en la provincia de Ituri (República Democrática del Congo) y por lavado de dinero. Sin embargo, las investigaciones fueron archivadas en marzo de 2015, al respecto *de Moerloose*, 2016. Respecto a otros procesos penales (en Europa) *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 65 ss., 92 ss.

118. Similar *Clapham*, JICJ 6 (2008), 913 («reached down into the world of the arms trade and its injunctions are being aimed at businessmen and companies»).

IV
CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

1. CUESTIÓN PREVIA: ENFOQUE EN LA EMPRESA COMO TAL («CORPORATE APPROACH»)

Si bien en la discusión llevada a cabo en el ámbito del Derecho Penal Internacional se distingue entre la punibilidad de la empresa como tal y la del trabajador de la empresa, sin embargo, su enfoque principal –en el sentido de un modelo de imputación holístico-colectivo[1]– gira en torno a aquella[2]. Las razones esgrimidas son las que ya se conocen

1. Al respecto *Meyer*, ZStW 126 (2014), 129 con notas adicionales.
2. A favor por ejemplo *Stoitchkova* (2010) p. 108 ss.; *Thurner* (2012), p. 251 ss., 278 ss.; *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 175, 185, 186, 188 («special set of rules for corporate criminal responsibility», aunque sin desarrollo [186], y en todo caso una responsabilidad directa de personas jurídicas en cuanto a crímenes internacionales nucleares); *Adam* (2015) p. 225 ss. (quien ya al principio anuncia la fundamentación de un tal modelo de responsabilidad como objetivo de la investigación, p. 17 ss.); *Kathollnig* (2016), p. 146, 251 s. (complemento ECPI o un propio código); *Velten*, ÖstAnwbl 2016, 603 («derecho penal especial para colectivos» respecto a violaciones de derechos humanos); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 4.

de la discusión del Derecho Penal Económico nacional –en donde, desde hace años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas goza de una creciente preferencia[3], como consecuencia de lo cual Alemania aparece cada vez más aislada–[4]:

- Surgimiento de una estructura empresarial («corporate culture», «culture d'entreprise») que facilita o incluso promueve la comisión de delitos («actitud criminal del colectivo»[5], «irresponsabilidad organizada»[6], «irresponsabilidad individual estructural»[7]) y

3. Cfr. ya *Dannecker*, GA 148 (2001) 101, 106 s. (hablando de una «tendencia mundial»). V. como ejemplo de modificaciones legislativas en ese sentido: LO 5/2010 de 22.6.2010, modificada por la LO 1/2015 de 31.03.2015 (España, al respecto *Zugaldía Espinar* (2013), p. 59 ss.; v. también *Silva Sánchez* (2016); p. 319 ss., y especialmente 356 ss.; sobre la reforma española de 2015, ibid, p. 367 ss.); Ley n.° 20.393 de 2.12.2009 (Chile, v. al respecto *Hernández Basualto*, REJ 16 (2012), 75 ss.); Ley n.° 30424 de 21.4.2016, modificada mediante el Decreto Legislativo n.° 1352 de 7.1.2017 (Perú; aun cuando ambas leyes hacen referencia a la «responsabilidad administrativa de las personas jurídicas», sin embargo, existen voces en la literatura peruana que consideran ello como la incorporación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. al respecto *García Cavero*, en: Ambos/Caro/Urquizo).
4. Cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 124 («aldea gala», internacionalmente «ubicuo»).
5. *Adam* (2015) p. 244 (LK-Schünemann, citando el Vor §§ 25 ss. nm. 21); también *Velten*, ÖstAnwbl 2016, 599, 600; *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1019: «flaws in corporate culture»).
6. Fundamentación del concepto en *Schünemann* (1979), p. 13 ss. (quien no solo lo ha utilizado para la fundamentación de una responsabilidad autónoma sino para la descripción de la, en su opinión, lamentable falta de responsabilidad de empresas); al respecto v. también *Silva Sánchez* (2016), p. 287 ss., con notas 7 y 8.
7. *Heine* (1995), p. 198; asimismo *Dannecker*, GA 148 (2001), 104.

encubre la identificación de los responsables («corporate veil»)[8], debido a lo cual ella no puede ser modificada estructuralmente con el «reemplazo» o la criminalización de responsables individuales que sirven de chivos expiatorios («scapegoating» de directores individuales)[9];

- Una mayor estigmatización a través del proceso penal y de la pena (reproche ético-social, censure)[10] en comparación con el proceso y las sanciones civiles o administrativas y con ello un mejor efecto comunicativo (expressive), preventivo-especial[11] y preventivo-general[12];

8. *Thurner* (2012), p. 247; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 56; diferenciadamente *Schmidt* (2015) p. 384 ss.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, GA 148 (2001), 102 («encubrimiento de responsabilidades»); *Yates* Memorandum, p. 2 («responsibility... diffuse...»); recientemente *Estellita* (2017), p. 40, 47, 72.
9. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 247 (trabajadores de la empresa como «chivos expiatorios y peones sacrificados», pese a que ellos han actuado para y por medio de la empresa).
10. *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; *Thurner* (2012), p. 237 s.; sin embargo, relativizando ello desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Kölner Entwurf*, p. 22 s. (porque entre las consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas y las penales no existiría una diferencia sustancial, ético-socialmente justificable; por eso, el proyecto también utiliza el concepto «sanción» en lugar de «pena»).
11. Al respecto desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Holder* Memorandum, p. 1, 2 («change of corporate culture»); *Yates* Memorandum, p. 1 («changes in corporate behaviour»); basándose en el enfoque de los EE.UU *Kölner Entwurf*, p. 20, 21 s.
12. V. al respecto por ejemplo *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 333 (361-4), quien se sirve de la teoría expresiva de la

- Asunción de una intimidación más efectiva respecto a agentes racionales («rational choice Modell») («risk-benefit-calculation»)[13] y
- Esperanza de una recuperación de activos más sencilla y sobre todo más fructífera en el caso de empresas con un patrimonio considerable (usualmente multinacionales) en comparación con personas individuales[14].

Naturalmente, gran parte de esas suposiciones, especialmente en lo que respecta a la mayor capacidad de rendimiento del Derecho Penal, son

retribución –orientada preventivo-generalmente–; en general *Kuntz* (2017) p. 32 («enhance the effectiveness.»); v. también *Clapham* en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 153 («greater deterrent effect»); *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 6 («effective means of shaping corporate conduct»), 59 («effective impetus to improving business behaviour»); *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 183; *Thurner* (2012), p. 69 s., 237; también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 83; *Kubiciel*, ÖstAnwbl 2016, 577; *Kathollnig* (2016), p. 247; desde una perspectiva clásica del derecho penal económico *Dannecker*, GA 148 (2001), 104; *Yates* Memorandum, p. 1; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017) 129, 155; *Kölner Entwurf*, p. 13; crít. *Vogel*, en: Kempf, p. 205 (214 s.); *Schmidt* (2015), p. 374 ss.

13. *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 9; Discusión (distinguiendo entre personas jurídicas y naturales) en Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), 824 ss.; crít. en ese sentido *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 82 s.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Holder* Memorandum, p. 2 («deterrence on a massive scale»); *Yates* Memorandum, p. 1.

14. *Clapham* en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; *Schabas*, IRRC 83 (2001), 439 (453); *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 59 («enable victims' redress and remedy»); *Thurner* (2012), p. 237, 240; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, por ejemplo, *Dannecker*, GA 148 (2001), 103.

empíricamente inciertas[15]. Adicionalmente a ello, parece contradictorio aducir a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las funciones y los fines del tradicional Derecho Penal de la culpabilidad orientado a personas naturales (estigmatización, efecto expresivo, intimidación, etc.), si aquellas solo se pueden fundamentar para las personas jurídicas por medio de su asimilación a través de las personas naturales –psíquicamente constituidas– (al respecto seguidamente en el punto 2). Además, no puede pasarse por alto que un enfoque del Derecho Penal Internacional en el colectivo significa la inversión de su concepción original de derecho penal individual proveniente de Núremberg. Finalmente, la sanción penal del colectivo como tal puede hacer desaparecer de la mira a los individuos responsables en la realidad.

Por otro lado, la jurisprudencia de Núremberg referida al Derecho Penal Internacional Económico y aún más la actual implicación de empresas en violaciones de derechos humanos muestra ya sin embargo que una exclusiva persecución (penal individual) de los miembros de la empresa no se ajusta a la dinámica colectiva del comportamiento criminal empresarial

15. Respecto a las pocas investigaciones que no ofrecen una imagen clara *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 179 ss. (regulación no penal más efectiva); exigiendo más investigaciones *Schmidt* (2015), p. 388 s.; en ese sentido, sobre el ámbito español v. *Silva Sánchez* (2016); p. 325 («... la reforma legal no ha venido precedida de estudio empírico alguno que avalara las suposiciones de un sector de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas»).

–la empresa es precisamente más que la suma de sus miembros (sin pretender abogar con ello, sin embargo, por una aproximación fundada sistémicamente/en la sociología de la organización o, incluso, por una equiparación con las personas naturales, al respecto *infra* 2)–[16]. Adicionalmente a ello, desde una perspectiva político-criminal-normativa no puede existir ninguna duda de que los graves abusos del poder económico que culminan en la comisión de crímenes internacionales constituyen un injusto merecedor de pena, de modo que existe la necesidad de un Derecho Penal Internacional Económico –e incluso enfocado en la empresa como tal–[17]; en donde, no por último, la empresa aparece por eso como un destinatario idóneo de la imputación, sobre todo porque el mencionado «velo corporativo» («corporate veil») lleva a que la responsabilidad individual sea desfigurada hasta el punto de hacerla irreconocible[18].

En el caso de empresas que actúan de forma transnacional surge la cuestión respecto al

16. Cfr. también *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 184 («corporation as a special social system with its own rules and its own dynamics»); *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 214, 230 s., 234 («dinámica de un colectivo empresarial»).
17. Igualmente *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 234 (responsabilidad penal porque no constituye un simple injusto administrativo); *Singelnstein*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 145, 146 («consenso», de que determinados cursos de los acontecimientos «caen bajo la competencia del Derecho Penal...»); desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico y resaltando la proporcionalmente escasa sanción según el derecho alemán *Kölner Entwurf*, p. 13 (comparación con el hurto de bicicletas punible).
18. Cfr. desde una perspectiva de la teoría de la organización *Ortmann*, NZWiSt 2017, 243.

destinatario de la imputación del injusto de Derecho Penal Internacional: ¿la empresa matriz o la filial que actúa cerca al lugar de los hechos? En tal sentido, *Kuntz* ha desarrollado un concepto autónomo y supranacional de empresas autónomas –recurriendo al derecho internacional de inversiones[19], al derecho europeo de competencia («single economic entity doctrine»)[20] y al derecho de daños y de competencia de los EE.UU. («enterprise theory»)–[21], como resultado de lo cual, el control definitivo de la matriz surge de su control efectivo sobre la(s) filial(es)[22]. De ello se sigue que en caso la matriz permanezca inactiva a pesar de un comportamiento relevante para el Derecho Penal Internacional por parte de la filial, aquella puede ser responsabilizada por omisión («parent liability») –en caso de que se asuma una posición de garante de vigilancia frente a la fuente de peligro que representa la «filial»[23]– en todo caso si en

19. *Kuntz* (2017) p. 72 ss., 328 (demostrando previamente que del Derecho Internacional general no puede derivarse ningún criterio, p. 62 ss.).
20. *Kuntz* (2017) p. 111 ss. (160-2), 328 s.
21. *Kuntz* (2017) p. 204 ss. (242 s.), 248 ss., 331 s. donde el derecho de los EEUU –como el del Reino Unido (Ibid, p. 163, 167 ss., 197 ss., 330 s.)– distingue en principio más estrictamente (recurriendo a criterios jurídicos) entre la matriz y las filiales («Salomon principle», «separation of legal personalities»).
22. *Kuntz* (2017) p. 253 ss., 332 s., 337 («parent's power to control the subsidiary» y «actual exercise of parental control», siendo que estos controles se pueden fijar de la mano de determinados criterios). Igualmente, en el resultado, aunque con una fundamentación menos elaborada *Stoitchkova* (2010) p. 140 ss.; *Thurner* (2012), p. 254 s.; *Kathollnig* (2016), p. 155 (por medio de autoría o complicidad en caso de un hacer activo).
23. *Wittig*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 249; brevemente sobre la relación matriz-filial desde una perspectiva del Derecho Penal Económico clásico v. *Silva Sánchez*

el resultado de injusto se ha realizado el peligro relacionado con el negocio[24]. No obstante, aquí ha de considerarse que en tales casos los requisitos de la responsabilidad por omisión tienen que ser adecuados al contexto de comisión del Derecho Penal Internacional, es decir, tienen que ser *flexibilizados de acuerdo con el contexto específico*[25]. En relación con la posición y el deber de garantía esto significa, por ejemplo, que existen deberes de supervisión más intensos para la matriz en caso de operaciones en zonas riesgosas con estructuras de gobierno deficitarias («weak governance zones»)[26]. El criterio de la *relación con la actividad de la empresa* del comportamiento específicamente peligroso, como por ejemplo, la represión violenta de un movimiento local de protesta, también tiene que ser adecuado de acuerdo con

(2016), p. 233 («parece que la matriz debe intervenir si recibe la información relativa a un hecho ilícito (aunque sea en la forma de meras sospechas»)).

24. Cfr. también *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 205, 222 ss., 235 ss.; *Kubiciel*, ÖstAnwbl 2016, 578; en ese sentido, respecto al derecho holandés (más bien restrictivo) *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 10 s. (de acuerdo con lo cual para la imputación no sería suficiente el mero control de la matriz).

25. *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 236-8, 240 (Los criterios de imputación tendrían que «ser colmados con contenidos modificados», de modo que una «corresponsabilidad» por un injusto grave en la actividad empresarial puede ser comprendida adecuadamente en las regiones riesgosas); *Wittig*, en: ibid, p. 249 s. (aseguramiento de un proceso no violento con la cooperación con las fuerzas de seguridad locales), 250 s. (competencia plena de la directiva), 257 («muestra de la imputación... caracterizado de otra manera...»).

26. Sobre este concepto *OECD* (2006). Respecto al contexto de la práctica jurídica en general *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 159, 171 ss.

el contexto específico, de modo tal que ello ya ha de ser afirmado cuando el comportamiento relevante ha servido en un sentido amplio al interés empresarial de maximización de las ganancias[27]; pues dado que las empresas tienen que actuar para maximizar las ganancias, entonces, en todo comportamiento dirigido a ese fin existe también una relación interna con la actividad de la empresa[28].

2. MODELO DE ORGANIZACIÓN VERSUS MODELO DE ATRIBUCIÓN

Las cuestiones fundamentales acerca de la capacidad de acción, de culpabilidad y de ser penadas,[29]

27. *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 237 s. En este sentido también *Momsen*, en: Momsen/Grützner, p. 75 s. (suficiente «riesgo abstracto típico del negocio», que puede realizarse a través de delitos económicos centrales y –podría añadirse– de crímenes internacionales según las circunstancias).

28. Cfr. respecto al concepto –a veces entendido más estrictamente– de la relación con el negocio (Betriebsbezogenheit) en el marco del § 130 OWiG («Contravenciones de deberes... que conciernen al titular...») *Rogall*, § 130 nm. 81 ss.; *Niesler*, en: Graf/Jäger/Wittig, § 130 OWiG nm. 62 (Relación con el campo de acción o con la administración del negocio); *Raum*, en: Wabnitz/Janovsky, p. 257, 302 (relación interna, persecución del fin de la empresa); *von Galen/Maas*, en: Leitner/Rosenau, § 130 OWiG nm. 56 ss. («Relación con la administración del negocio y empresa»).

29. Conciso por ejemplo *Kuntz* (2017) p. 31 con referencias adicionales en nota 74 («pragmatic approach concerning moral blameworthiness.»); considera superables («not insurmountable») los problemas conceptuales *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 58 (sin embargo, sin ofrecer explicaciones concretas); cfr. también *Long*, ICLR 17 (2017), 997, 1014 ss. (quien

quiere lidiar con la crítica –formulada también y precisamente en la discusión angloamericana [cfr. por todos *Hasnas*, American Cr.L.Rev. 46 (2009), 1329 ss. con notas adicionales; resumidamente *Beale*, ZStW 126 (2014), 27 (36 ss.)]– respecto a la ausencia de responsabilidad moral de personas jurídicas por medio de un enfoque reactivo-normativo y consecuencialista radical en el sentido de Strawson, de acuerdo con la cual solo dependería de si «our lives will be better by projecting the norm of international criminal liability» (1019)). En la literatura jurídico penal nacional ya con anterioridad *Dannecker*, GA 148 (2001), 107 ss. (justificando una compatibilidad con las categorías fundamentales mencionadas en el texto principal); recientemente *Kölner Entwurf*, p. 17, 22 s. (ninguna contradicción con el principio de culpabilidad puesto que éste sería derivado de la dignidad humana, pero los colectivos «no tomarían parte... en la protección de la dignidad»; «sanción» en lugar de «pena»; al respecto ya supra Cap. IV nota 10); sin embargo, crít. *Schünemann*, en: Sieber et al., p. 429, 430 ss.; rechazando ello recientemente *Greco*, GA 162 (2015) 503 ss. (no existe una imputabilidad porque la culpabilidad sería personalísima, ni tampoco capacidad de ser penada porque la pena requeriría la culpabilidad –considerando la supresión de derechos congénitos causada con ella, por ejemplo, de la libertad–; v. también *Silva Sánchez* (2016), p. 310, quien basado en la ausencia de libertad y autoconciencia en la persona jurídica niega que sus hechos «[puedan] mostrar las características mínimas de la acción humana tal como ésta se examina en los niveles sistemáticos de la *acción*, la *imputación subjetiva* y la *culpabilidad* de las personas jurídicas desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales». Por eso, a los hechos de las personas jurídicas tampoco se las podría considerar culpables en un sentido clásico puesto que el reproche jurídico en sentido estricto estaría condicionado a un sujeto con conciencia y libertad, relación que precisamente estaría ausente en las propuestas alternativas al principio clásico de culpabilidad (p. 311); en definitiva, la falta de conciencia y libertad junto a otras dificultades (relativas al hecho) llevarían a tener que reconocer que no existiría un «hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por

de las empresas, que en el ámbito de lengua alemana pueden rastrearse hasta el siglo XIX[30], solo poseen

el hecho que diera lugar a la imposición de una pena» aunque sí una «base fáctica suficiente» para otras consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (p. 317); *Cigüela Sola* (2015), p. 381 ss. y passim; *el mismo*, InDret 1/2016, 18 ss.; *el mismo*, GA 163 (2016), 625 ss. (no existe una integración de una organización en el concepto de culpabilidad tradicional, orientado a un derecho penal individual, «puesto que ella como metasujeto colectivo no cumple con los requisitos de identidad,... para actuar frente a la norma de derecho penal como persona» [GA 163 (2016), 625; Culpabilidad, p. 383], al disponer únicamente de una «identidad narrativa» o «temporal» [GA 163 (2016), 626 ss.; más detalladamente *el mismo* (2015) p. 154 ss.] sin «capacidad de iniciativa propia» [GA 163 (2016), 630; más detalladamente, *el mismo* (2015), p. 166 ss.], sin «capacidad de comprender el sentido de la propia acción» [GA 163 (2016), 632; más detalladamente el *mismo* (2015), p. 211 ss.] y sin «identidad política» ni «ética» [GA 2016, 633 ss.; más detalladamente *el mismo* (2015), p. 243 ss. y 261 ss.], expresado brevemente, a ella le faltaría la capacidad de «*causar* autónomamente el hecho organizativo» y ella «desarrolla la organización únicamente como *aporte* de sus miembros», es decir, su organización depende de otros [GA 163 (2016), 637, resaltado en el original]); *Mulch* (2017), p. 43 ss., 199 ss. (quien rechaza una responsabilidad penal de personas jurídicas por falta de reprochabilidad personal y capacidad de ser penada); *Gracia Martín*, en: Silva Sánchez et al., p. 115 ss. con notas adicionales (contra el Art. 31 *bis* Código Penal español); igualmente en contra *Murmann* (en publicación); también crít., pero en última instancia dejando la cuestión abierta *Estellita* (2017) p. 63 ss., 73.

30. Cfr. por una parte *Savigny*, 1840, p. 312, 350-2 (denominada como teoría de la ficción, según la cual persona jurídica no sería un ser racional, sensible, sino «solo un ser que tiene un patrimonio», por lo cual su «existencia real» se basaría en «la voluntad representativa» de su trabajador, «la cual, como consecuencia de una ficción, puede serle atribuida como su propia voluntad» [312]; sin embargo, esto solo podría valer en el Derecho Civil) y por otra parte *O.v.Gierke*, 1887, p. 603, 607 s., 743 s., 754 s. (reconocimiento

una importancia reducida en la discusión del Derecho Penal Internacional, pues, especialmente en el círculo jurídico angloamericano, el extendido reconocimiento de una responsabilidad penal de la empresa es aceptado con cierta despreocupación pragmática como algo dado y además, por las razones mencionadas, existe el convencimiento de su necesidad político-criminal. De cualquier modo, la fragmentación de los enfoques presentes en los derechos nacionales, con sus modelos de responsabilidad configurados de un modo diverso, hace difícil hallar un modelo de responsabilidad universalmente aceptable. Por eso, la discusión del Derecho Penal Internacional también gira esencialmente en torno a los dos grandes modelos de responsabilidad, a saber, el de la responsabilidad colectiva de la persona jurídica en sí (modelo de organización) y el de la imputación individual, derivada (modelo de atribución)[31]. El enfoque colectivo orientado a

de la «personalidad colectiva real» de las personas jurídicas y entonces la «capacidad de voluntad y de acción» así como la capacidad penal de cometer delitos que se deriva de aquello).

31. Cfr. *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 78 ss. (quien en última instancia critica una «determinación arbitraria de los puntos definitivos de la imputación con base en consideraciones de utilidad», 84); *Adam* (2015) p. 190 ss. (teorías de la atribución, en especial la doble atribución del comportamiento y culpabilidad, teoría de la identificación y vicarious liability), 197 ss. (teorías sistémicas: de la personalidad colectiva al sistema autónomo, responsabilidad por el estado, adelantamiento; en general, a favor, especialmente respecto a la imputabilidad p. 207 ss.); desde una perspectiva del common law por ejemplo *Colvin*, CLF 6 (1995), 1 ss. (quien respecto al modelo de atribución habla de las «nominalist theories» y respecto al modelo de responsabilidad

la culpabilidad por organización de la empresa[32] («culpabilidad por la conducción del negocio» a causa del manejo deficiente del riesgo y una realización del riesgo típico del negocio[33], organización o ética empresarial deficitaria[34], «policy»[35] criminal), incluso en el caso de un concepto jurídico de persona con contenido sistémico (sobre esto, seguidamente), no ignora el hecho de que *siempre se actúa mediante personas naturales*[36], si no se quiere ya fingir

colectiva –de forma absolutamente sorprendente– habla de «realist theories»); a favor del «modelo de organización» *van den Herik*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 171 s.; crít. *Weigend*, JICJ 6 (2008), 927, 936 ss., 944 s.

32. Fundamental *Tiedemann*, NJW 1988, 1169, 1172 ss. («culpabilidad por organización», «déficit de organización»); *el mismo* (2017), p. 180 s. Explícitamente a favor de un traslado al Derecho Penal Internacional *Thurner* (2012), p. 264, 276.

33. *Heine* (1995) p. 253 s., 261 ss. (265 s.), 308 ss. (308, 310, 313); concretizando respecto a la gestión defectuosa del riesgo y a la realización del peligro típica del negocio ibid, p. 271 ss., 288 ss.; a favor *Thurner* (2012), p. 260.

34. *Dannecker*, GA 148 (2001), 112 s., 117 (estructura organizacional o ética empresarial deficitaria en el sentido de una ética social).

35. En ese sentido, la fundamentación de la responsabilidad como se ha mencionado precedentemente ACJHPR, Art. 46C Protocolo de Malabo, supra texto principal según la nota 103 del Cap. III.

36. Cfr. por ejemplo *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 895; *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 232; también *Kuntz* (2017), p. 31 («acting through natural persons»); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo *Dannecker*, GA 148 (2001), 109 ss. (persona natural como destinatario de la norma desde un punto de vista ontológico, sin embargo, con una fundamentación de deberes originales para la empresa), 118 s. (desencadenamiento de la responsabilidad a causa de un «comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan

jurídicamente el elemento de comportamiento –en conmemoración de von Savigny[37]–[38].

En ese sentido, también en el derecho angloamericano («common law»), favorable al modelo de organización, se reconoce que una empresa

por el colectivo» y adscripción a éste); *Greco*, GA 162 (2015), 508 (por eso «modelo de atribución camuflado»); *Silva Sánchez* (2016), p. 303 («los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno» y «cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo»); *Cigüela Sola* (2015), p. 182 s. y *el mismo*, GA 163 (2016), 629 (actuación de la persona jurídica tiene su «origen en las acciones primarias de otros sujetos..»); *el mismo* (2015), p. 169 y GA 163 (2016), 631 (el defecto de organización «aparece frecuentemente de modo *acumulativo* y *difuso* por parte de los miembros» [resaltado en el original]); *el mismo* (2015), p. 204 s. y GA 163 (2016), 632 (el conocimiento de la organización se compone «del de sus miembros»), *el mismo* (2015), p. 277 ss. y GA 163 (2016), 637 (condiciones de la identidad (temporal, organizativa, cognitiva, ética y política) de una persona jurídica se desarrolla solo como «*aporte* de sus miembros» [resaltado en GA]); *Mulch* (2017) p. 192 con notas adicionales (comportamiento individual como desencadenante de la responsabilidad); *Estellita* (2017) p. 66 («decisões e comportamentos de pessoas naturais»). Sin embargo, los defensores de un enfoque meramente consecuencialista como, por ejemplo, *Long*, ICLR 17 (2017), 997 (1014 ss.), supra Cap. IV nota 29, no se plantean esa cuestión.

37. Supra Cap. IV nota 30.
38. En ese sentido la crítica en *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 81 respecto a la fundamentación sistémica de la responsabilidad, que en última instancia acabaría en una ficción jurídica («corporate knowledge» o incluso «intent» ficticio, inexistencia de una relación actual entre un conocimiento/voluntad colectivo agregado y la acción del injusto, inexistencia de una capacidad de reflexión sobre el injusto).

tendría que actuar «por medio de personas vivas» («through living persons»[39]). Según *Colvin* el colectivo actuaría «como una entidad real» («as real entity») por medio del conjunto de sus trabajadores[40] (de lo cual también surgiría su imputabilidad así como su capacidad de ser sancionada penalmente)[41]. En el marco de su investigación acerca de la responsabilidad de la empresa a causa de la imputación del comportamiento (punible) de sus directivos en el derecho angloamericano (especialmente, australiano) Solaiman y Langsted parten de que una «corporación es incapaz de hacer algo, mucho menos cometer un delito, sin sus agentes humanos»[42]; la empresa actuaría por medio de la suma de sus trabajadores, cuyo conocimiento

39. Fundamental *House of Lords*, Tesco Supermarkets Ltd. v Nattras, [1972] AC 153, 170 (Lord Reid): «A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must *act through living persons*, though not always one or the same person». (Resaltado del autor); igualmente *Simester et al.* (2016), p. 288 («... gateway to corporate liability... through the conduct... of persons connected with the company»).
40. Respecto a la correspondiente «theory of aggregation» cfr. por ejemplo *Simester et al.* (2016), p. 285 s. («faults of any two or more persons associated with the company may be aggregated and attributed *in toto* to the company»; es decir se trata de la fundamentación subjetiva de la responsabilidad, de una «corporate guilt» [Resaltado en el original]).
41. *Colvin*, CLF 6 (1995), 18 ss., 23 ss. (el colectivo tendría un deber de configurar las estructuras organizacionales que eviten delitos; si omitiera ello, sería responsable a causa de su «organisational responsibility» [al respecto y sobre la corporate negligence 25 ss.]; el ámbito subjetivo del hecho [«mental state»] se derivaría de la corporate culture o policy [31 ss.]; v. su propuesta de ley p. 40 s.).
42. *Solaiman / Langsted*, CLF 28 (2017), 129 así como 130, 137, 144. [Texto original: «corporation is unable to do

agregado («aggregate») representaría al mismo tiempo el tipo subjetivo[43]. En un ámbito práctico los memorandos de los ex Fiscales Generales adjuntos de los Estados Unidos Eric Holder (2009-2015) y Sally Quillian Yates (2015-2017) resaltan el comportamiento de los miembros del colectivo[44], y especialmente el Memorando de Yates contiene referencias prácticas sobre la persecución más eficiente del personal directivo[45]. En el caso de autores cercanos al círculo jurídico europeo-continental («civil law») puede leerse algo similar. En el modelo holístico de *Stoitchkova* la imputación al colectivo como tal se produce como consecuencia de una «aggregation» de los aportes al hecho de

anything, let alone commit an offence, without its human agent...»],

43. *Solaiman / Langsted*, CLF 28 (2017), 130 (con referencia a Denning L J en *House of Lords*, H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd, [1957] 1 QB 159, 172 tal como es citado en *Supreme Court of South Australia*, The Queen v Goodall (1975) 11 SASR 94, 112: la empresa «in many ways be likened to a human body» con algunos trabajadores, quienes serían «nothing more than hands to do the work» mientras que los directivos serían «who represent the directing mind and will of the company, and control what it does») y 156 s. (con referencia a *U.S. District Court for the District of Massachusetts*, US v Bank of New England 821 s. 2d 844, 854 [1st Cir 1987]: conocimiento del banco como «sum of the knowledge of all of the employees»).
44. *Holder* Memorandum, p. 4 («corporation can only act through natural persons...»); *Yates* Memorandum, p. 1 ss. («individual accountability for corporate wrongdoing» [p. 1], «... investigations should focus on individuals from the inception of the investigation» [Punto 2, p. 4]).
45. *Yates* Memorandum, p. 1 ss.; al respecto v. *Silva Sánchez* (2016), p. 424 («golpe de timón en el *American Way* de afrontar la delincuencia de empresa»).

sus miembros[46]. *Adam* se decide en el resultado por un modelo de atribución modificado, el cual es combinado con una responsabilidad por omisión y organización y con lo cual no deja mucho de su anteriormente defendido enfoque sistémico; sin embargo, se renuncia a la condena de la persona natural[47].

Sin embargo, si esto es así, es decir, si los colectivos se componen de personas naturales y actúan mediante ellas, entonces a pesar de una extrema normativización los teóricos de una «personalidad de la empresa» («corporate personality») independiente –es decir, el colectivo como una persona social (con capacidad de acción, de injusto y de ser penada)– tampoco ignoran el hecho naturalístico de que incluso la interacción más elaborada de personas en un complejo colectivo e interpretada desde la perspectiva de la sociología de la organización no transforma a esas personas en máquinas ni al colectivo en una persona con todas las características específicas de la personalidad (así como la

46. *Stoitchkova* (2010) p. 113 ss. («combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient» [114]), con lo que entiende los posibles aportes al hecho de una manera amplia en el plano objetivo [134-7] y exige subjetivamente una «constructive corporative fault» [118-21] así como dolus eventualis e imprudencia [121-34]). Similar *Thurner* (2012), p. 259, 277 («Imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad propia», culpabilidad de los «trabajadores»).
47. *Adam* (2015) p. 225 ss. (225), 233 s.; respecto a su enfoque esencialmente sistémico teórico ya supra Cap. IV nota 31.

inteligencia artificial más desarrollada tampoco convierte una máquina en una persona).[48] Con ello no se niega la existencia de una específica cultura corporativa («corporate culture») producto de la cooperación sistémica y la interacción de personas naturales organizadas en la forma de un colectivo, pero el colectivo es y sigue siendo «persona» solo en un mero sentido jurídico, «sin una realidad trascendente más allá del ámbito meramente legal»[49].

Entre los teóricos de la personalidad autónoma del colectivo[50] *Carlos Gómez-Jara*[51] defiende la posición quizás más radical. Él defiende –con base en la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos– un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial[52], como resultado de lo

48. V. también *Dandekar/Kunz* (2017), p. 203 ss.
49. *Simester et al.* (2016), p. 288 (con referencia a *Hart*) [Texto original: «with no transcendent reality beyond the merely legal realm»]. La opinión de Lord Hoffman que allí se cita y que se remonta al empirismo inglés referida a que «there is no such thing as the company itself» queda sin embargo demasiado rezagada respecto a los conocimientos actuales de la sociología de la organización, a los cuales se hará referencia a continuación en el texto principal.
50. Ya con anterioridad, sin embargo, con una menor elaboración desde una perspectiva de la sociología de la organización *Dannecker*, GA 148 (2001), 108 s., 111, 116 s. (empresas como «sujetos sociales reales, autonómos» con una capacidad de acción fundamentadora de un injusto, aunque con su constitución jurídica como condición de su imputabilidad penal).
51. Cfr. en especial *Gómez-Jara Díez* (2005); resumidamente en alemán *el mismo*, ZStW 119 (2007), 290.
52. *Gómez-Jara Díez* (2005) p. 201 ss.; *el mismo*, ZStW 119 (2007),

cual se distingue[53] entre personas jurídicas imputables e inimputables y se hace depender la imputabilidad –tanto en el caso de personas naturales como jurídicas– de la «autorreferencialidad»[54]. La cuestión de si ésta se halla lo suficientemente desarrollada para la afirmación de la imputabilidad dependería de la complejidad interna de la persona jurídica[55]. Esta complejidad sería el fundamento de la capacidad de autoorganización, autodeterminación y autodirección, de lo cual se derivaría la «competencia sobre su ámbito de organización»[56] y la correspondiente responsabilidad por su aseguramiento[57];

293 ss., 302 ss. (la organización como sistema autopoiético que se reproduciría por sí misma). Crít. *Cigüela Sola* (2015), p. 189 ss., 382 s. (según el cual, la perspectiva de la sociología de la organización pasaría por alto la diferencia entre el «ser social» y el «deber-ser normativo».
53. *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. Vol. 5, N.° 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 455 ss.
54. *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. Vol. 5, N.° 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 456 s.; *el mismo* (2005) p. 242 ss.
55. *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. Vol. 5, N.° 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 457 («la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno»); *el mismo*, ZStW 119 (2007), 309 («autorreferencialidad como consecuencia de una suficiente complejidad interna»).
56. *Gómez-Jara Díez*, Polít. crim. Vol. 5, N.° 10 (diciembre 2010), Doc. 1, p. 461 («*cierta* competencia sobre su ámbito de organización», [resaltado en el original]); *el mismo*, Capítulo V, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez, p. 121 («una determinada competencia o **posición de garante sobre su propio ámbito organizativo**», [resaltado en el original]).
57. Gómez-Jara Díez, ZStW 119 (2007), 324, 325 ss. (libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias).

esto constituiría un equivalente funcional de la capacidad de acción propia de la persona natural[58]. Si bien Gómez-Jara reconoce las acciones de personas naturales en el marco de las personas jurídicas[59], considera que ello «no es lo propio de la persona jurídica»[60]. En ese sentido, solo constituirían presupuestos no identificables con el injusto realizado por medio del defecto de organización[61]. Lo decisivo para la determinación del injusto de la persona jurídica sería únicamente el ejercicio deficitario de la libertad de autoorganización[62] y el cuestionamiento

58. *Gómez-Jara Díez*, Capítulo V, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez, p. 122.
59. *Gómez-Jara Díez*, Capítulo V, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez, p. 109; con más detalle *Gómez Jara Díez*, Capítulo VI en: ibid p. 135 ss.
60. *Gómez-Jara Díez*, Capítulo VI, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez, p. 136 («**no es lo propio de la persona jurídica**» [resaltado en el original]).
61. *Gómez-Jara Díez*, Capítulo V, en: Bajo Fernández/ Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez (Cap. IV nota 56) p. 109: «la persona jurídica... no responde por dichos presupuestos –es decir, acciones u omisiones de personas físicas– sino... por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)»; cfr. también (en el marco de la proscripción de una responsabilidad por hechos ajenos) ibid, p. 135: «Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los comportamientos de personas físicas ***sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas pero no como su fundamento***» (resaltado en el original).
62. *Gómez-Jara Díez*, Capítulo VI, en: Bajo Fernández/ Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Diez (Cap. IV nota 56) p. 140 «... la persona jurídica tiene una libertad de autoorganización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización,

subyacente de la norma penal[63]. De manera similar, *Ortmann*[64], desde una perspectiva de la teoría de la organización, se ha basado recientemente en el grado de autoorganización y la autonomización de las organizaciones para fundamentar la capacidad de acción de éstas, independiente de sus miembros –actuación que «*pasa a través* de la actuación de sus miembros individuales»–[65]. El comportamiento organizacional podría ser entendido como una «causación imputable» (socialmente relevante) en el sentido de Jakobs[66] –quien no obstante rechaza la responsabilidad

que desde la perspectiva jurídico-penal constituye su injusto propio. O expresado de otra manera, lo que una persona jurídica "**hace**" es organizarse. Y dicha organización puede ser correcta o defectuosa. La persona física actúa, precisamente en el marco de esa organización correcta o defectuosa. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica. Sin embargo, cuando se produce dicha actuación delictiva en el seno de una organización defectuosa, entonces sí se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica». (resaltado en el original). Cfr. también *el mismo*, ZStW 119 (2007), 330 ss.
63. La capacidad para ese cuestionamiento se sigue de nuevo de la propia complejidad de la respectiva empresa, lo cual posibilitaría su capacidad para participar en el discurso público sobre normas en el sentido de un «good corporate citizen»; *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 315 s., 327 ss.
64. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241.
65. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 241 s. (resaltado en el original).
66. *Jakobs* (1992), p. 29 (respecto a la relevancia social del concepto de acción –como elemento conector entre sociedad y derecho penal, que consistiría en «hacer comprensible el mundo social»– ibid, 12, 27 ss., 45 s.).

penal de las personas jurídicas[67–68]. Las organizaciones, en especial las empresas, actuarían como «actores corporativos»; si bien el «surgimiento» de su capacidad organizacional de acción y responsabilidad se construiría sobre la base de acciones individuales y la responsabilidad individual, sin embargo, no se reduciría a ello[69]. La acción corporativa sería una realidad, y solo una ficción en el sentido de una producción de consecuencias prácticas y reales, de la causación imputable como «interconexión cíclica de autodescripción y heterodescripción, por una parte, y de autoimputación y heteroimputación de la decisión, la actuación y la comunicación, por otra parte...»[70]. La culpabilidad de la acción organizacional radicaría en la decisión contraria al derecho a pesar de la existencia de una «posibilidad de actuar de un modo distinto»; ello tendría que orientarse por la «capacidad de acción y por la responsabilidad» específicas de la persona jurídica, es decir, una «responsabilidad

67. A favor del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas *Jakobs* (1991), 6/44 s. («determinación valorativa del sujeto de imputación», «Output». «Conformidad constitucional de las actuaciones del órgano» [de la persona jurídica] como sus propias acciones); la explícita finalidad de esa perspectiva con referencia a la «relatividad de la personalidad» sin embargo *Jakobs*, en: *Prittwitz et al.*, p. 559, 560 con nota 7, 561 ss. (donde él enfatiza especialmente la diferencia entre la persona jurídica y natural y rechaza una adscripción en el ámbito de la acción, así como una transferencia de la culpabilidad).
68. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 243 («Organizaciones como *los* "colaboradores imputables" de los modernos... con lo cual es por mucho la mayor potencia»., resaltado en el original).
69. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 243 s.
70. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 245 s. (246).

empresarial» («corporate responsibility»), y no por un concepto de culpabilidad derivado de la dignidad humana.[71] La culpabilidad por organización sería precisamente «la culpabilidad *de la* organización»[72]. Por lo demás, tendría que distinguirse entre un defecto de organización –meramente imprudente– y una realización –dolosa– de fines u objetivos empresariales por medio de un comportamiento punible –«un objetivo organizacional»–[73].

En el *modelo de la atribución*, la responsabilidad se vincula –de un modo igualmente derivado– al comportamiento (relacionado con el negocio)[74] del miembro de la empresa. Aquí, sin embargo, la asunción de la subsistencia de una responsabilidad del correspondiente miembro[75] –más allá de la absolutamente controvertida cuestión sobre su

71. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 246 s.
72. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 248 (resaltado en el original).
73. *Ortmann*, NZWiSt 2017, 248.
74. Sobre el concepto v. ya supra Cap. IV nota 28 y texto principal.
75. A favor ya *v. Gierke*, p. 769 («sanción simultánea de los titulares o cotitulares de los órganos culpables individualmente»); asimismo desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Thurner* (2012), p. 263, 276 s., 282; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Holder* Memorandum, p. 2; *Dannecker*, GA 2001, 124; *Vogel*, en: *Kempf*, p. 213 s.; *Solaiman/Langsted*, CLF 28 (2017), 129, 142 ss., 148 ss. (quienes, en contra de la jurisprudencia angloamericana dominante, quieren hacer responsables a los directivos como «principal» y no solo como «accomplice»); asimismo *Rat der Europäischen Union*, p. 10 así como Art. 121-2 párr. 3 CP (responsabilidad penal del respectivo trabajador permanece intacta).

fundamentación[76] (contingente a la organización interna de la empresa) y sobre la que aquí no se profundizará– conduce a una duplicación o acumulación de la responsabilidad –responsabilidad paralela del trabajador y de la empresa– difícilmente justificable desde una perspectiva dogmática[77]. Si la

76. Sobre ello recientemente *Utz* (2016); desde una perspectiva del derecho comparado *Estellita* (2017), p. 37 ss. y passim (especialmente la referencia a la discusión brasileña, alemana y española con amplias referencias).

77. Crít. sobre todo *Jakobs*, en: Prittwitz et al., 2002, 565, según el cual una adscripción del comportamiento del órgano (trabajador) a la empresa presupondría que dicho comportamiento le fuera excluido a aquél, puesto que quedaría consumido mediante la adscripción; igualmente crít. *Weigend*, JICJ 6 (2008), 933 («split of personality»); en contra ya *Tiedemann*, NJW 1988, 1173 (culpabilidad de organización como «culpabilidad previa» del colectivo); *el mismo* (2017), p. 181 (distintos sujetos de imputación); *Vogel*, en: *Kempf*, p. 207 con nota 8 (según el cual en el ámbito de la participación una adscripción del autor principal al partícipe también tendría lugar sin la exclusión del comportamiento respecto de éste y que tendría que concederse primacía a los argumentos político criminales; con referencia a la exposición de motivos en el ámbito suizo); v. también *Silva Sánchez* (2016), p. 298, para quien el modelo de atribución abonaría más bien a una responsabilidad alternativa y, por eso, no fundamentaría satisfactoriamente una sanción simultánea del órgano y de la persona jurídica (además, en el contexto de su análisis de la legislación española, señala que «el carácter acumulativo de la responsabilidad puede resultar especialmente criticable en los casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones», p. 337, con nota al pie 30). El problema también es conocido en el derecho angloamericano, cfr. *Solaiman / Langsted*, CLF 28 (2017), 142 s. con referencia a la decisión contenida en *Supreme Court of South Australia*, The Queen v Goodall (v. Cap. IV nota 43), donde Bray CJ hablaba de «some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man», «so that it is in law both the act of the company and the separate

imputación presupone el control o dominio, entonces surge el problema de que a menudo las empresas no dominan suficientemente a sus trabajadores (órganos)[78], aunque tanto las premisas como la configuración concreta del dominio exigen una discusión más detallada.

Desde una perspectiva práctica se discute ante todo si bastaría con el comportamiento punible de cualquier trabajador de la empresa (modelo del motivo, vicarious liability)[79] o si sería necesario que ese comportamiento haya sido realizado por un directivo (directing mind)[80] (teoría de la

act of himself as an individual», pero consideraba esto en el resultado como irrelevante ((1975) 11 SASR 94, 99 s.).

78. *Schünemann*, en: Sieber et al., p. 431; a favor *Weigend*, JICJ 6 (2008), 937.

79. Al respecto *Colvin*, CLF 6 (1995), 6 ss.; *Vogel*, en: *Kempf*, p. 210.

80. Respecto al origen en la jurisprudencia inglesa cfr. *Kuntz* (2017) p. 165 ss.; sobre el asunto igualmente el Model Penal Code (MPC) de los EE.UU, que hace depender la responsabilidad penal de que «the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment». (§ 2.07(1)(c) Official Draft 1962); a favor también *Kölner Entwurf*, p. 22; igualmente en el ámbito de la Unión Europea, la posición del Consejo, según la cual la responsabilidad jurídico penal de una persona jurídica es posible cuando los delitos «fueron cometidos a su favor por una persona que ha actuado individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica y que... ostenta... una posición directiva...» (*Rat der Europäischen Union*, p. 9 s.). Respecto a la compleja definición abstracta de los directivos cfr. *Dannecker*, GA 148 (2001), 122 s.; para una definición v. *Kölner Entwurf*, p. 3 (§ 1 párr. 4).

identificación o teoría del *alter-ego*)[81]. En última instancia, se requiere de ambos enfoques (*modelo dual*), porque tanto un directivo[82] como cualquier otro trabajador pueden actuar[83], pero ha de distinguirse las exigencias en caso de una imputación a la empresa o a cargo de ella: en el caso de un directivo, éste actúa como si se tratara del colectivo mismo y su comportamiento (punible) es al mismo tiempo el del colectivo[84]; en el caso de otro trabajador, su comportamiento puede imputarse directamente al colectivo (cuando aquél ha

81. Sobre esto *Colvin*, CLF 6 (1995), 8 ss.; *Adam* (2015) p. 192 ss.; *Solaiman / Langsted*, CLF 28 (2017), 131 (así como ya las referencias de la jurisprudencia supra Cap. IV nota 43); crít. desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Thurner* (2012), p. 256 s.; crít. sobre la fundamentación de la imputación desde el punto de vista del derecho comparado *Heine* (1995) p. 221 s.
82. Donde la definición del «level of authority» tiene que manejarse de modo flexible y debería reflejar la «wide variety of decision-making systems in legal persons», cfr. *OECD* (2009), párr. 2 b.
83. Igualmente, *Meyer*, ZStW 126 (2014), 128 (planteamiento de identificación para el ámbito directivo y la culpabilidad por organización para los niveles medio/inferior); igual en el resultado desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 148 (2001), 118 («comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan para el colectivo»).
84. Cfr. *House of Lords*, Tesco Supermarkets, supra Cap. IV nota 39: «... the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company... He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the *persona* of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company». Cfr. tammbién *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 232 s.

actuado en el marco de su competencia) o como infracción del deber de vigilancia (en caso de un hecho excesivo)[85], siempre que allí se manifieste la ya mencionada culpabilidad por organización como consecuencia de una organización deficiente o de una ética empresarial[86] ausente[87]. Por un lado, el comportamiento criminal del trabajador constituye en cualquier caso un indicio de la

85. *Zerbes*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 233; en este sentido también UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, según el cual un colectivo es responsable de la muerte de una persona, cuando esto puede atribuirse a un «gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased», cfr. sección 1, accesible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/section/1 (último acceso: 25.03.2018); igualmente *Kyriakakis*, NILR 56 (2009), 365 («organisational model for the attribution of criminal fault to the corporation»). Respecto a la decisión de actuar en el marco de la competencia y excesivamente también *Dannecker*, GA 148 (2001), 118.
86. Supra Cap. IV nota 32 ss. y texto principal.
87. Cfr. desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 148 (2001), 119, 121; *Tiedemann* (2017), p. 181 (imputación del comportamiento del órgano complementado con el elemento colectivo de la organización consistente en un defecto de organización y de vigilancia). Esto corresponde al § 130 OWiG, según el cual la infracción (dolosa o imprudente) del deber de vigilancia del empresario en caso de comisión simultánea de una «contravención» (condición objetiva de la punibilidad) tiene un efecto fundamentador de la responsabilidad con base en su falta de vigilancia (omisión propia y peligro abstracto), cfr. más detalladamente *Rogall*, § 130 nm. 17 ss., 38 ss.; *von Galen/Maas*, § 130 nm. 54 ss. Cfr. también respecto a la punibilidad por corrupción OECD (2009), B), párr. 2 b. tercer guion («A person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing...»)

responsabilidad de la empresa, por otro lado, ello depende de forma decisiva de la organización de la empresa, por lo cual el modelo de la atribución desemboca en un «modelo organizacional oculto» («hidden organisational model»)[88] o resulta equiparable a un modelo de «responsabilidad estructural»[89]. En ese sentido, también es importante

88. Debo esta idea a una acotación en la discusión realizada por Carsten Momsen en el marco del Simposio realizado en Berlín mencionado en la presentación. Similar también *Thurner* (2012), p. 277 cuando propone una «imputación penal combinada a la empresa».

89. A favor de ello, con base en su rechazo de una culpabilidad propia de la organización (Cap. IV nota 29) *Cigüela Sola* (2015), p. 291 ss., 384 ss. (según el cual «aquellas personas jurídicas de organización suficientemente compleja, en cuyo seno se haya cometido un delito que se coexplique, en mayor o menor medida, por la influencia de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, radicados en el contexto de interacción que la organización ofrece, y que constituirían un "injusto estructural/objetivo" valorado negativamente por el Derecho», p. 384 s.]). El modelo de «responsabilidad estructural» constituiría un «nuevo "subsistema", análogo al "subsistema de medidas de seguridad"... [diferenciado] del "Derecho penal nuclear", con sus propios principios y reglas», p. 386). Similar *Silva Sánchez* (2016), p. 358 ss. cuando (al analizar la regulación española) señala que las «dinámicas de grupo internas» conformarían una «realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos», es decir un «estado de injusto» entendido como «injusto sistémico» (p. 359), en donde lo fundamental residiría en que el hecho antijurídico de la persona física manifieste «un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido» (p. 360). Dicho injusto no daría lugar a una culpabilidad habilitante de penas *stricto sensu*, pero sí representaría una base fáctica suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (de la mano de un «juicio de pasado», «juicio de presente» y «juicio de futuro», p. 360 s.), las cuales

observar que la culpabilidad por organización –en correspondencia con la nueva situación legal francesa[90]– puede ser presumida cuando una empresa no ha instaurado un programa de compliance, en especial respecto a posibles riesgos para los derechos humanos[91 y 92]. Sin embargo, esto significa a la inversa que en caso de un compliance perfecto habrá de reconocerse a la empresa una «defensa basada en una debida diligencia» («due diligence defence»[93]); la cual tiene como efecto el cumplimiento (casi) perfecto de los deberes de diligencia respecto a los derechos humanos, es decir, algo así como una «distancia prudencial» respecto a la responsabilidad penal de la empresa[94].

Adicionalmente a ello, se discute si tiene que probarse el delito concreto e identificar al trabajador

serían entendidas como un caso de la «segunda velocidad del Derecho Penal» (p. 364 s.).

90. Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1).

91. Ibid, Art. 1 párr. 4: «... mesure de vigilance... à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droit humains...»

92. En caso de que uno de ellos no hubiese sido creado luego de tres meses, la empresa puede ser obligada a ello, a pedido de cualquier persona con un interés justificado (ibid, Art. 1 penúltimo párr.).

93. Cfr. también *Simester et al.* (2016), p. 289 con notas adicionales en nota 129; *Kathollnig* (2016), p. 49 (exclusión de la responsabilidad penal con base en la existencia de compliance); *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 9; respecto a las posibles medidas (preventivas) de compliance con efectos excluyentes de la pena (de la mano del caso Nestlé) cfr. *Müller-Hoff/Schmidt*, juridikum 2012, 265 s.

94. *Kathollnig* (2016), p. 251.

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Uni

o si, en cambio, basta con que se haya cometido un delito desde la empresa –en el sentido de la mencionada «responsabilité diffuse»[95] del ámbito francés–[96]. A favor de esto habla no solo que toda necesidad de individualización o identificación conduce precisamente a problemas de comprobación («corporate veil»)[97], los cuales serían evitados mediante una responsabilidad autónoma de las empresas[98], sino también que la ausencia de identificación se debe a la organización defectuosa y por eso ha de ser soportada por la empresa[99].

Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional habla a favor del modelo de atribución que

95. Supra Cap. III nota 89.
96. Así *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 186 s., que en general considera a la(s.) persona(s.) natural(es) y jurídica(s.) como sujetos de imputación independientes entre sí, donde el comportamiento de aquellas tendría que evaluarse «in the corporate context» pero no tendría que ser imputable a una persona determinada. Más bien bastaría con que se demostrara que algún empleado ha cometido el hecho y existiera una correspondiente infracción de la supervisión de la persona jurídica. Igualmente, *Thurner* (2012), p. 263 s. (basta la imputación objetiva del comportamiento descuidado a la empresa); igualmente desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Dannecker*, GA 148 (2001), 118. Crít. por ejemplo, *Weigend*, JICJ 6 (2008), 934 («... if an individual offender becomes a mere fiction, so does the model itself»).
97. Cfr. ya supra Cap. IV nota 8 con el texto principal.
98. Acertadamente *Weigend*, JICJ 6 (2008), 933; crít. también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 80, según el cual el modelo de la atribución compartiría los problemas de responsabilidad asociados a la responsabilidad individual como consecuencia de recurrir a la responsabilidad del trabajador.
99. Cfr. también Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, Erwäg. [considerando] 3.4.3. («... l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent

este sería más compatible con la orientación individual del ECPI. En ese sentido, el modelo propuesto por la delegación francesa de la CPI en 1998[100] también representa un estricto *modelo de atribución individual-accesorio*, pues el comportamiento del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad del colectivo requeriría de la condena de aquél; es decir, la responsabilidad penal individual se convierte en el punto de partida de la imputación. Pero con ello, son reimportados al Derecho Penal Internacional Económico los problemas de la responsabilidad individual especialmente virulentos en el Derecho Penal Económico («corporate veil»)[101]. Es decir, la responsabilidad podría fracasar debido a la imposibilidad de que el hecho cometido desde la empresa sea imputado concretamente a alguno de sus trabajadores. Por otro lado, el modelo francés –que sigue la denominada doctrina de la identificación– está limitado a los miembros del nivel directivo de la persona jurídica, es decir, a los «directing minds»[102]. Si bien esta limitación puede explicarse por el hecho de que solo los directivos de una empresa –a modo de un alter ego– son quienes

d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise»).
100. Cfr. supra Cap. III nota 82.
101. Crít. en ese sentido también *Clapham*, JICJ 6 (2008), 915 ss. (917: «difficulties connected to any supposed need to first find an individual perpetrator», con referencia a *Kyriakakis*, Australian Prosecution of Corporations for International Crimes, JICJ 5 (2007), 809 (825)); *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 187; contra una persecución o condena de la persona natural también *OECD* (2009), B) párr. 1
102. Igualmente, *Stoitchkova* (2010) p. 110 s.

la representan y, por eso, pueden fundamentar su injusto y culpabilidad[103]; sin embargo, con ello se deja completamente de lado el comportamiento de otros trabajadores, relevante en el ámbito del Derecho Penal Internacional –a diferencia del enfoque dual que aquí se defiende–. De todos modos, a favor de una restricción a los directivos habla desde una perspectiva procesal penal internacional el que con ello se tendría en cuenta el principio de la persecución de los «más responsables» («most responsible»[104]); no obstante, esa consideración desatiende el hecho de que en última instancia se trata de la responsabilidad colectiva (de la empresa) y la persecución de los trabajadores (directivos) solo sirve como acceso («gateway») para ello[105].

103. Cfr. *Colvin*, CLF 6 (1995), 8 ss.; *Dannecker*, GA 148 (2001), 122 (reconocimiento de un propio injusto y de una propia culpabilidad de la organización, lo cual justifica la imposición de una pena solo en caso de un comportamiento de directivos).
104. Al respecto *ICC/OTP* (2016), párr. 42 s.; al respecto también *Ambos*, en: Ackermann/Ambos/Sikiri⊠, p. 24, 44 s., 48 con notas adicionales [en español v. *el mismo*, en: Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou, p. 9 ss., 13].
105. Cfr. ya *Simester et al.* (2016), p. 188.

V

FORMAS DE INTERVENCIÓN PUNIBLE

La mencionada distinción de la praxis jurídica entre una intervención en calidad de autor y una intervención carente de esa condición puede traducirse en clave jurídico-penal, y siguiendo el modelo diferenciador (terminológico-funcional) del Art. 25 ECPI[1], como una autoría (Art. 25 párr. 3 (a)) y una participación (Art. 25 párr. 3 (b)-(d)). Como ya se ha señalado, a la complicidad le corresponde una especial importancia práctica. La responsabilidad del superior en el sentido del Art. 28 ECPI podría venir en consideración para la responsabilidad (*commission par omission*) por autoría (omisiva), en todo caso, siempre que se trate de la responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por los subordinados[2].

1. Cfr. *Ambos* (2018) § 7 nm. 13, 17 ss.; *el mismo* (2013), p. 144 ss.
2. Para una distinción entre una responsabilidad en calidad de autoría con base en una omisión impropia (comisión por omisión) y una responsabilidad en calidad de participación debido a la infracción de un deber de vigilancia y la omisión de denunciar un delito cfr. §§ 4, 14, 15 VStGB.

1. RESPONSABILIDAD EN CALIDAD DE AUTORÍA

Una responsabilidad en calidad de autoría por un hacer activo vendría en consideración en los –seguramente pocos– casos en los que trabajadores mismos de la empresa cometen crímenes internacionales –como autores que actúan directamente (Art. 25(3)(a) Alt. 1 ECPI)–, conjuntamente (Art. 25(3)(a) Alt. 2 ECPI) o por medio de otro (Art. 25(3)(a) Alt. 3 ECPI). La última de las modalidades mencionadas, es decir, la *autoría mediata*, permite imputar al personal directivo los delitos de quienes actúan directamente, siempre que, con base en la *teoría del dominio de la organización*[3], se considere admisible una autoría mediata respecto de ejecutores del hecho plenamente responsables[4]. Si bien en el ámbito del Derecho Penal Internacional esta forma de imputación ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI[5], sin embargo, ello solo ha sucedido en relación con el comportamiento de actores estatales o no estatales (paramilitares) en el marco de conflictos armados y, precisamente, sin relación con la criminalidad de empresa. Incluso si, de acuerdo con la jurisprudencia alemana de la instancia más alta[6], se quiere trasladar

3. *Roxin* (2015), p. 242 ss., 736 ss.; *el mismo* (2003), § 25 nm. 105 ss.
4. Para una discusión v. *Meini* (2003), p. 181 ss. así como *Urquizo*, en: Pariona, p. 245 ss.; recientemente *Caro*: en Ambos/Caro/Urquizo.
5. Cfr. *Ambos* (2018) § 7 nm. 25; *el mismo*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 13 s.
6. Así ya la «sentencia sobre los disparos en el muro» BGHSt

esa teoría –en contra de Roxin, su spiritus rector[7]– a esta área, ello requiere de un esfuerzo considerable para fundamentar convincentemente un dominio de la dirección respecto de los hechos de los trabajadores de la empresa o de terceros que actúan como ejecutores directos. Aquí se trata menos de la comprobación del –de por sí prescindible[8]– criterio del apartamiento del derecho[9], que de la cuestión referida a si la respectiva empresa está organizada vertical y jerárquicamente, de forma tal que pueda partirse realmente de un dominio sobre el ejecutor del hecho plenamente responsable –por medio de la estructura organizacional–.

Pero en el caso de una eventual *responsabilidad en coautoría* también podría resultar difícil la comprobación de una autoría funcional[10]. Una responsabilidad conjunta en sentido amplio –con base en la «common purpose liability» reconocida en el Derecho Internacional y que ha adquirido una gran relevancia[11] en los Tribunales Ad Hoc de la

40, 218 (236); posteriormente BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (163 s.); NStZ 1998, 568; JR 2004, 245 (246).
7. *Roxin* (2015), p. 748 ss.; *el mismo*, (2003), § 25 nm 129 ss.
8. *Ambos*, GA 145 (1998) 241 ss. (242, 245); *el mismo*, (2004), p. 606 ss. con notas adicionales [en español v. *el mismo* (2005), p. 234 ss.].
9. Insistiendo en ello también con respecto a las empresas económicas *Roxin* (2003) § 25 nm. 130.
10. Cfr. también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 873 (880); *Vest*, JICJ 8 (2010), 851, 869.
11. Cfr. *Ambos* (2013), p. 123 ss., 160 ss. 172 ss.; *el mismo* (2018), § 7 nm. 19, 30 ss. Sin embargo, en el Estatuto de la CPI, en especial en el Art. 25 (igualmente, § 7 nm. 31) no se encuentra un fundamento jurídico *explícito*, por lo cual la doctrina de la JCE no ha tenido relevancia hasta ahora en

ONU particularmente en forma de la denominada empresa criminal conjunta («joint criminal enterprise», jce)– viene en consideración en caso de una cooperación de la empresa con (otros) actores criminales, por ejemplo, para la expulsión de una población local[12]. El propósito criminal o la empresa criminal consiste aquí en el comportamiento concretamente punible (planeamiento y ejecución); en tal sentido, resulta irrelevante el propósito general de la empresa[13]. Sin embargo, surgen complejas cuestiones (de delimitación) respecto a la responsabilidad en calidad de participación del Art. 25(3)(d) ECPI[14], pues allí se trata sobre todo de un (otro) aporte al crimen de un grupo, que –de acuerdo con la idea fundamental del jce– actúa con un «objetivo común» («common purpose»)[15].

Una responsabilidad por omisión de los directivos de empresas podría fundamentarse en general en la

la jurisprudencia de la CPI (en contra *Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero 2007, párr. 335).

12. Cfr. también *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 36; *Farrell*, JICJ 8 (2010), 879; *Vest*, JICJ 8 (2010), 868 s.
13. Orientándose por ello y confundiendo como consecuencia de esto la figura jurídica de la JCE *Thurner* (2012), p. 255 s.
14. *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, Decision on the Confirmation of Charges, 16.12.2011, párr. 282 considera la jce y el Art. 25(3)(d) como «not identical», pero «similar» y menciona cuatro diferencias (posibles) ((i) Forma de la intervención, (ii) pertenencia o no pertenencia al grupo, (iii) aporte al propósito común o al crimen cometido y (iv) criterio subjetivo).
15. Cfr. más detalladamente *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 28 ss.; *Ambos*, The ICC and Common Purpose – What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?, en: *Stahn* (ed.), Law and Practice of the ICC, 2015, p. 592

figura de la *responsabilidad del superior* en virtud del Art. 28(b) ECPI –en lo que respecta a los superiores civiles (no militares)–[16]. Sin embargo, si se concibe la responsabilidad del superior civil en dependencia de la del superior militar, entonces resulta difícil divisar una semejanza estructural suficiente entre el directivo civil de una empresa y un comandante militar[17]. Adicionalmente a ello, en el caso de las empresas que actúan de modo transnacional faltará por lo regular, en todo caso respecto a la dirección de la empresa que se encuentra alejada del lugar de los hechos, su

ss. [en español v. *el mismo*, Revista penal, 34 (2014), p. 5 ss.,]; brevemente *el mismo* (2018) § 7 nm. 43; crít. en nuestro contexto también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 941-45; más optimista *Farrell*, JICJ 8 (2010), 880 s. («more likely to capture a broader range of culpability of corporate actors...»).

16. A favor de una responsabilidad general del superior en caso de hechos del subordinado (trabajador de la empresa) referidos a la organización como forma independiente de intervención (§ 25a StGB) –orientada a los §§ 4, 13, 14 VStGB– debido a la «relevancia para el sistema» de estos hechos *Bülte* (2015), p. 777 ss. (812 ss., 891), 917 ss., 921 ss. (925, 970 ss.); crít. *Hoyer*, GA 165 (2018), 57 ss.; a favor desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional *Kelly*, Emory Int'l L.Rev. 24 (2010), 671 ss.
17. Cfr. *Schmidt* (2015) p. 326 ss. (359 s., 364), para quien faltaría una «sufficient similitude... to military authority relationships» y las «unilateral capabilities of (military) superiors»; sobre su modelo de tipos de autoría ibid, p. 75 ss.; crít. respecto del control efectivo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 870, 872. Similar al «limited value» de la «command responsibility» del Derecho Penal Internacional en cuanto a la posible responsabilidad por omisión de las organizaciones internacionales que no actúan de acuerdo con las obligaciones correspondientes a su mandato («role responsibility») *Klabbers*, EJIL 28 (2017), 1133, 1152 s. (puesto que organizaciones internacionales «do not normally encounter the type of situations ecountered by military leaders»).

«control y autoridad efectivos» («effective authority and control») sobre los subordinados que cometen el hecho[18] o el «control y responsabilidad efectivos» («effective responsibility and control») sobre las actividades relacionadas con los crímenes[19]. Sin embargo, de ello se sigue a la inversa que un control efectivo podría ser aceptado si los directivos de la empresa en el lugar pueden coordinar o vigilar el comportamiento típicamente relevante; sin embargo, en caso de que ellos incluso hubieran emitido órdenes criminales, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad (privadas)[20], entonces viene en consideración, una responsabilidad por un hacer activo en virtud del Art. 25(3)(b) ECPI[21]. En el marco de la responsabilidad del superior resultaría difícil probar el conocimiento («knowledge») o la imprudencia consciente («consciously disregarded information...»)[22] del personal directivo de la empresa respecto de los crímenes de sus subordinados.

2. COMPLICIDAD PUNIBLE VERSUS COMPORTAMIENTOS «NEUTRALES»

2.1. ÁMBITO OBJETIVO

Las mencionadas formas de intervención carentes de la calidad de autoría, es decir, formas de

18. Art. 28(b) oración 1 ECPI.
19. Art. 28(b)(ii) ECPI.
20. Afirmando en este caso la responsabilidad del superior *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 39.
21. Cfr. *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 18 ss.; *el mismo* (2018) § 7 nm. 45.
22. Respecto a este estándar cercano a la «wilful blindness», *Ambos* (2013) p. 227 s.

complicidad, hacen surgir la cuestión sobre la delimitación entre la complicidad punible y otros comportamientos («neutrales») que no alcanzan el umbral de punibilidad. Las exigencias objetivas de la complicidad no han sido aclaradas de modo suficiente en el Derecho Penal Internacional. En principio, el aporte al hecho tiene que ser *esencial* para la comisión del hecho principal[23], y el límite mínimo de ese requisito de esencialidad tiene que determinarse caso por caso. Como ya se ha señalado en otro lugar[24], es posible recurrir a los criterios de la imputación objetiva[25]. Entre ellos también se podría tener en cuenta el criterio (adicional) de la «dirección específica» («specific direction»), el cual es considerado por distintos tribunales y en parte de modo distinto por estos[26]. Dejando de lado la determinación precisa de ese límite mínimo puede

23. Cfr. *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 21 ss.; brevemente *el mismo* (2018) § 7 nm. 42; igualmente *ICJ* (2018), Vol. 2, p. 36; *CDH*, Principios Rectores, principio 17 («efectos relevantes»); *Vest*, JICJ 8 (2010), 857, 860; respecto a un estándar idéntico basado en el Alien Tort Statute (ATS) de los EE.UU *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 410 ss. (414: «inherently harmful or specifically designed to assist with the realization of harmful purposes...»).
24. *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm 26; con respecto al Art. 25(3)(d) *Ambos*, en: Stahn, p. 603, 606.
25. A favor de la imputación objetiva, en especial el incremento del riesgo también *Vest*, JICJ 8 (2010), 864; a favor de una mera limitación de la causalidad excesivamente amplia por medio de las «proximate causes» *Reggio*, ICLR 5 (2005), 671.
26. Más detalladamente *Ambos* (2018), § 7 nm 42 con notas adicionales de la literatura y jurisprudencia; respecto a la aplicación en nuestro contexto *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 430 ss. (432: «assistance was specifically meant to further the human rights violations»), quien sin embargo rechaza la restricción del tipo de complicidad conectada

sostenerse en cualquier caso que las exigencias no son demasiado altas –únicamente han de excluirse los aportes «infinitesimales»[27], los cuales de todos modos entrarían en conflicto con la exigencia de la causalidad[28] y el umbral de relevancia (gravity threshold) como principio fundamental de competencia del ECPI (v. por ejemplo Art. 17 párr. 1(d) ECPI)–.

Los criterios propuestos por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para la determinación del comportamiento empresarial relevante –desde «posibilitar» («enabling»), pasando por «exacerbar» («exacerbating») y hasta «facilitar» («facilitating») crímenes internacionales[29]– ofrecen una buena

con ello (457 s.); en contra también *Farrell*, JICJ 8 (2010), 890.

27. *ICC*, Mbarushimana Confirmation Decision 16.12.2011, párr. 277; similar en nuestro contexto *Vest*, JICJ 8 (2010), 858 (Exclusión de una «absolute minimal assistance»); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 444 («more than a minimal effect»). Contra «a certain minimum degree», sin embargo, *ICC*, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23.3.2016, párr. 44.
28. Recientemente *ICC*, Prosecutor v. Bemba et al., ICC-01/05-01/13, Judgment 19 October 2016, párr. 90 («effect on the commission... general causal requirement»), 94 («causal requirement... furthered, advanced or facilitated the commission...»). Esto corresponde al primer y tercer criterio («enables» y «facilitates» violaciones de derechos humanos) de la *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 8-9 (donde basta la existencia alternativa de los tres criterios –el segundo es la exacerbación [«exacerbates»] de la situación de los derechos humanos–); a favor de una exigencia de causalidad restringida *Kathollnig* (2016), p. 154; *Thurner* (2012), p. 269 considera sin embargo que esa «relación causal» no es necesaria, aunque por lo demás sigue a la Comisión Internacional de Juristas.
29. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 9, 10 ss.

base para la discusión de la determinación de los «crímenes nucleares político-empresariales» («corporate-political core crimes»), siempre que se comparta el punto de partida normativo del merecimiento general de pena del comportamiento descrito[30]; sin embargo, ellos describen solo un comportamiento empresarial riesgoso («zone of legal risk»)[31], no punible *per se*. Aquí el criterio de «enabling» –en el sentido de un aporte relevante («crucial») y necesario[32]– se corresponde con la exigencia de esencialidad, mientras que el de «exacerbating» recuerda al incremento del riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva[33] y el de «facilitating» –como una facilitación del hecho principal[34]– a la exigencia mínima del Derecho

30. Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 925 s., quien –inspirado en los criterios de la ICJ– quiere abarcar con ello los crímenes de actores políticos apoyados por la empresa; a favor también *Thurner* (2012), p. 269 s.
31. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 13.
32. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 9, 11 s. («abuses would not occur without the contribution of the company», «at least *one* such crucial ingredient», «necessary... factor» [resaltado en el original]).
33. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 9, 12 («company makes the situation worse... abuse would have occured on a smaller scale, or with less frequency...», «increased the range of... abuses..., number of victims.., severity of the harm...», «substantial negative effect»). Respecto al riesgo o incremento del peligro y a la correspondiente exclusión de la imputación en caso de reducción del riesgo *Roxin* (2006), § 11 nm. 53-57.
34. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 9, 12 s. («... company's conduct makes it easier to carry out the abuses or changes the way the abuses are carried out, including... methods... timing or... efficiency»; «... crime would not have happened in the same way»).

Penal Internacional para la responsabilidad penal por complicidad[35]. En definitiva, la capacidad de rendimiento de estos y otros criterios recién puede manifestarse en la discusión y solución de casos concretos complejos («hard cases»). Así, por ejemplo, en casos de entrega de instrumentos directos del delito[36] («tailor-made»), podría satisfacerse la exigencia de esencialidad y con ello, por lo regular, también un «enabling», pues sin tal instrumento no hay un hecho o en todo caso solo en una forma sustancialmente/significativamente distinta. En cuanto a la ya mencionada «silent complicity» una punibilidad solo vendría en consideración si pudiera verse en el silencio de la empresa una forma de cooperación psíquica que se presentara como una facilitación («facilitating») del hecho principal[37].

También resulta útil el criterio –también propuesto inicialmente por la CIJ[38]– de la proximidad («proximity») entre el comportamiento de la

35. Cfr. Art. 25(3)(c) ECPI («facilitating») y *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm 21 ss. con notas adicionales especialmente respecto a la jurisprudencia.
36. Acerca de la especial relevancia jurídico-penal en el suministro de «goods and services» «tailor-made» –en lugar de solo «generic»– *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 27 ss.; también *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 37.
37. Similar *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 14 s., cuando allí en el marco de una «silent presence» –neutral en sí misma– debe exigirse la manifestación de «approval and moral encouragement to commit the gross human rights abuses»; igualmente *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 20; respecto a una «moral contribution» en este sentido también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 623, 672 s.
38. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 8, 9, 23 ss.

empresa/sus directivos y los crímenes/autores/víctimas. La CIJ entiende la «proximity» –en un sentido geográfico-espacial y cualitativo (duración, frecuencia y/o intensidad)– como relación de cercanía entre la empresa y los hechos, autores o víctimas[39]. De ello se sigue que la responsabilidad penal de la empresa resulta más probable mientras más cercana se encuentre ella a los hechos, autores o víctimas[40]. A la inversa, de ello se sigue que con un considerable alejamiento («remoteness») entre el comportamiento empresarial y los crímenes ya no puede fundamentarse materialmente –por ausencia de una relación de imputación– una responsabilidad

39. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 8, 9, 23 ss. (8: «Was the company close or proximate (geographically, or in terms of the duration, frequency and/or intensity of interactions or relationship) to the principal perpetrator of the human rights abuses or the victims?» [p. 8]; Proximidad «in time and space and relationship», «certain level of closeness» [24]); resumidamente *Schmidt* (2015) p. 172 s.; a favor *Thurner* (2012), p. 273 s.; cfr. también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 118 («level, degree and duration», donde el grado de complicidad pertenece a la esencialidad en el sentido arriba mencionado, pero ella supone una «substantial assistance» por medio de una «duration», 150).
40. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 9 («the closer in these respects that the company or its employees are to the situation or the actors involved the more likely it is that the company's conduct will be found in law to have enabled, exacerbated or facilitated the abuses and the more likely it is that the law will hold that the company knew or should have known of the risk»), 24 («the closer –or more proximate– a company is, in time and space and relationship, to those who carry out the human rights abuses or those who suffer the abuses, the more likely it is that the company could be held legally responsible when it is complicit»); respecto a la «evidence of proximity» ibid, 25 s. En el resultado igualmente *Vest*, JICJ 8 (2010), 853.

penal o en todo caso ella es difícilmente comprobable desde una perspectiva procesal[41]. En ese contexto, a los deberes de diligencia (intensificados) en materia de derechos humanos y en el marco de las cadenas de suministro («supply chain due diligence»)[42] le corresponde una especial relevancia, pues a través de ello puede compensarse la creciente dilución de la relación de imputación[43].

Cuando la acción de participación no consiste ya *per se* en un comportamiento (antijurídico) prohibido, por ejemplo, debido a la infracción de normas permisivas o prohibitivas (¡embargo!)[44], surge, en cuanto a su relevancia penal, el problema discutido bajo el nombre de *acciones neutrales o cotidianas*[45]. Ya en Núremberg, Telford Taylor, fiscal en el

41. Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 925 (distinguiendo entre «causal», «motivational» y «organizational and structural remoteness»); similar en el resultado *Reggio*, ICLR 5 (2005), 672 (respecto al alejamiento en el sentido de causalidad); *Kathollnig* (2016), p. 157 s. (causalidad como problema central de la determinación de la responsabilidad en el marco de las cadenas de suministro).
42. Supra Cap. III nota 57 ss. y texto principal.
43. De otra opinión, sin embargo *Kathollnig* (2016), p. 157, cuando quiere negar que la mera infracción de la «due diligence» sobre derechos humanos constituya aún una infracción del cuidado de índole jurídico penal.
44. Respecto a la persecución de infracciones a sanciones de la ONU *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 50 s.; sobre el significado de un embargo en este contexto también *Reggio*, ICLR 5 (2005), 660.
45. Cfr. por ejemplo *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 62, 65 («conducta económica neutral»). Una acción «neutral» es per se atípica porque no es socialmente dañosa o porque no lesiona o pone en peligro un bien jurídico, cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 921 con nota 6. El problema es a menudo pasado por alto en la literatura. En ese sentido *Stoitchkova* (2010) p.

proceso contra Krupp, señaló, por ejemplo, que el tráfico de armas no sería «criminal por sí mismo»[46]. De manera similar, en el proceso Wilhelmstraßen se rechazó una condena contra Rasche, miembro de la junta directiva del Dresdner Bank, por el otorgamiento de créditos bancarios a empresas de las SS porque ello tendría que valorarse solo como un comportamiento económico habitual, el cual podría quizás ser considerado moralmente reprochable, pero no representaría una violación del Derecho Internacional[47]. En el proceso contra IG Farben

104 señala, por ejemplo, que la «lawfulness of the conduct does not preclude liability», es decir, priva a la legalidad del comportamiento de toda relevancia. Un comportamiento en calidad de autoría, esto es una «acción directamente dañosa para un bien jurídico», no vale a limine como neutral, cfr. por ejemplo *Heyer* (2013), p. 40, 478.
46. TWC, Vol. IX, p. 60: «The armorer's trade is no more inherently unlawful than that of the soldier or diplomat; all of these professions revolve around war and statecraft, but that does not make them criminal per se».
47. TWC, Vol. XIV, S. 622 («The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does he [Rasche] stand in any different position than one who sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchandiser of any other commodity. It does not become a partner in enterprise, and the interest charged is merely the gross profit, which the bank realizes from the transaction, out of which it must deduct its business costs, and from which it hopes to realize a net profit. Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime. Our duty is to

–aunque confundiendo el nivel objetivo y el subjetivo[48]– se reconoció incluso la posibilidad de un uso neutral del gas venenoso Zyklon B entregado al campo de concentración.[49] Aunque estos puntos de vista deben ser considerados en el especial contexto histórico de los procesos penales económicos de Núremberg –en los que los fiscales y jueces estadounidenses también se ocuparon de distinguir[50] el capitalismo nacionalsocialista criminal del capitalismo estadounidense «limpio»–, sin embargo, aquellos se encuentran paradigmáticamente al servicio de una jurisprudencia (estadounidense) favorable a la economía, que –dejando de lado el fuerte enfoque en el colectivo en el ámbito de la persecución previsto en el Memorando Holder[51]– pretende excluir tendencialmente y ya en el nivel objetivo a

try and punish those guilty of violating international law, and we are not prepared to state that such loans constitute a violation of that law, nor has our attention been drawn to any ruling to the contrary». Crít. desde la perspectiva actual de la amplia criminalización de la financiación de crímenes transnacionales *Burchard*, JICJ 8 (2010), 931; también *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 113, 118.

48. Crít. también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 938.

49. TWC, Vol. VIII, p. 1169 («But neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put. Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities»).

50. Cfr. *Priemel* (2016), p. 196 ss. («Saving Capitalism»).

51. *Holder* Memorandum; posteriormente *Yates* Memorandum.

las meras operaciones comerciales de una punibilidad por complicidad[52]. Incluso la CIJ –más bien favorable a la responsabilidad– concede que una práctica comercial orientada al lucro por sí sola no podría fundamentar la responsabilidad[53]. En todo caso, esto resulta convincente cuando –en el sentido de la ya citada teoría de la imputación objetiva[54]– los correspondientes actos de aportación no incrementan el riesgo[55] específico del hecho o éste no se ha realizado en el resultado concreto[56], es decir, cuando

52. Para un análisis crítico de la ATS y la jurisprudencia de los EE.UU. cfr. en ese sentido *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015), 409 ss., 435 ss., 444 («... activity that goes beyond making a mere commercial transaction»).

53. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 15 («... company will not be held *legally* responsible merely for commercial engagement with the perpetrator...» [resaltado en el original]); similar *Reggio*, ICLR 5 (2005), 655, 664 (compra o venta no es criminal per se).

54. Supra Cap. V nota 25.

55. Sobre la desaprobación normativa y la ausencia de «neutralidad» resultante de tales riesgos específicos del hecho cfr. *Heyer*, p. 487 ss., 555 s.; resumidamente *Schmidt* (2015), p. 293 ss. con notas adicionales, quien por lo demás rechaza también un riesgo especialmente permitido («risk permission») para los superiores civiles en el sentido del Art. 28(b) ECPI (ibid, p. 360 ss.).

56. A favor de la aceptación de una justificación en casos correspondientes a «negocios comunes» *Rackow* (2007), p. 551 ss. Para un panorama exhaustivo sobre la «emergence of the risk standard» en nuestro contexto *Schmidt* (2015) p. 201 ss., quien sin embargo incluso aboga por una restricción basada en los derechos humanos respecto al riesgo permitido (ponderación de libertad y seguridad en el contexto del Art. 21 párr. 3 ECPI) (p. 212 ss.) y en el resultado rechaza su aceptación, entre otras cosas, como consecuencia del estándar subjetivo estricto del Art. 30 ECPI (296 s., 300).

ellos, dicho de modo general, no se han revelado específicamente como socialmente dañosos o concretamente peligrosos.[57] De cualquier forma, concurre aquél caso –inexistencia de una fundamentación de un riesgo específico del hecho– cuando el mencionado umbral mínimo de relevancia no es superado o cuando el aporte resulta completamente irrelevante en el contexto del hecho[58]. Sin embargo, se tendrá que distinguir entre productos peligrosos per se o incluso letales, especialmente armas, y productos no peligrosos[59]; en este último caso, el riesgo específico del hecho no se incrementa per se, pero sí eventualmente debido al uso incorrecto de estos productos de uso doble («dual use») (por ejemplo, equipos informáticos).

El *contexto comisivo* también puede ser relevante. Así podrá distinguirse de acuerdo a ello, si una empresa opera en un estado totalitario y le ayuda a realizar sus planes criminales –como en el mencionado caso de IG-Farben en relación con el Estado nacionalsocialista– o si ella se encuentra dentro de un estado democrático-liberal y hace sus negocios allí. En el primer caso resulta dudoso si el comportamiento de la empresa puede ya ser considerado «neutral» o si el criterio de la neutralidad más bien

57. Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 921 («specific social harm or an unacceptable degree of social dangerousness»).
58. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 461 habla en ese sentido de la «immateriality of the assistance» y ofrece el ejemplo elocuente del zapatero de Hitler, cuyo comportamiento –confección de los zapatos– era penalmente irrelevante ya desde una perspectiva objetiva.
59. Cfr. *Kaleck / Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 721.

«pierde... su poder diferenciador» en un contexto totalitario[60].

Sin embargo, seguramente va demasiado lejos el dudar de modo general que el comportamiento efectuado en el marco de la actividad de empresas transnacionales pueda ser designado como «cotidiano» y «normal»[61], aun cuando ha de admitirse que el merecimiento de pena de los aportes al hecho en el marco de un contexto macrocriminal relacionado con un conflicto parece más evidente que fuera de ese contexto[62]. En última instancia, la punibilidad y el merecimiento de pena solo pueden ser juzgadas en la mayoría de casos con base en una valoración global *objetiva-subjetiva*, en la cual solo el aspecto subjetivo del hecho dará a la conducta (objetiva) externamente neutral un significado delictivo. Aquí uno podría orientarse con base en la distinción, propuesta originalmente por Roxin, entre conocimiento (en general punible) y el mero tener-por-posible (en general no punible) de la resolución delictiva/del sentido delictivo[63]. Esto nos lleva al ámbito subjetivo del hecho.

60. *Jeßberger*, JZ 2009, 931.
61. *Wittig*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 253.
62. *Vest*, JICJ 8 (2010), 855 s.; *Kathollnig* (2016), p. 159.
63. Cfr. *Roxin* (2003) § 26 nm. 220 ss.; igualmente la tendencia de la jurisprudencia alemana, recientemente BGH, decisión del 21.12.2016, en NStZ 2017, 337, 338; decisión del 26.1.2017, en StV 2018, 19 (sin embargo, aceptación de una punibilidad, cuando el cómplice «con su cooperación, se interesa en ayudar a un autor reconociblemente dispuesto al hecho»); crít. *Schörner/Bockemühl*, StV 2018, 20.

2.2. ÁMBITO SUBJETIVO

En el ámbito subjetivo, el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte respecto del hecho principal[64], sin embargo, sin tener que conocer sus detalles[65], es decir, tampoco el hecho (o los hechos) individual(es) específico(s) que subyace(n) al hecho global de Derecho Penal Internacional[66]. Ese conocimiento positivo parece ser adecuado a la luz del principio de culpabilidad y además plausible desde una perspectiva probatoria. Pues en el caso de la macrocriminalidad propia del Derecho Penal Internacional, las empresas que realizan actividades en zonas de crisis no podrán invocar de manera creíble

64. Así también *Schabas*, IRRC 83 (2001), 450; *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 143; *Reggio*, ICLR 5 (2005), 647, 681 (según el análisis de la jurisprudencia nacional); *Vest*, JICJ 8 (2010), 859 («awareness»); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 882, 889; *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 822; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 462 ss. (conocimiento «actual», «relevant»); *Olson*, IntHumRightsLawJ, Vol. 1, número 1, Article 5, 10 s. (rechazando la exigencia de una intención); *Aceves et al.*, p. 5 ss.; *CDH*, Principios Rectores, principio 17 («a sabiendas»); *Wisner*, JICJ 15 (2017), 348 s., 352; sobre la «evidence of knowledge» *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 21 ss.

65. *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 21 (no es necesario un conocimiento del «full extent» de los crímenes, bastando el conocimiento de «some abuses» o «one of a group of crimes»); *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 21; *Reggio*, ICLR 5 (2005), 681 («not of the specific crime»); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 882; *Burchard*, JICJ 8 (2010), 939; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 463 s. Esto corresponde a las exigencias generales del tipo subjetivo de la complicidad, *Roxin* (2003), § 26 nm. 272 ss.; *Ambos/Bock*, en: Reed/Bohlander, p. 334. Poco claro *Vest*, JICJ 8 (2010), 853 («... has to know specifically...»).

66. Sin embargo, a favor de tal conocimiento de la «sub-offence» *Burchard*, JICJ 8 (2010), 939.

el desconocimiento de las intenciones o actividades criminales de sus socios, si se tiene en cuenta la extensa cobertura que actualmente poseen los modernos medios de comunicación[67]. Si bien no se podrá inferir sin más el conocimiento de la mera presencia en una zona de crisis[68], esto se seguirá a menudo de la información disponible o podrá ser asumida como consecuencia del comportamiento pasado o de la posición de la empresa/de sus trabajadores[69]. En última instancia, el conocimiento positivo podrá ser derivado con frecuencia del contexto comisivo del hecho[70].

Sin embargo, *menores exigencias subjetivas*, ya sea en la forma del dolo eventual o de la *recklessness*[71], llevarían a que las empresas y sus trabajadores estuvieran expuestos a un riesgo más alto de punibilidad en caso de operaciones realizadas en zonas de crisis, lo cual solo podría ser eludido mediante una investigación minuciosa de sus socios. No obstante, tales deberes activos de investigación se dejarían derivar posiblemente de los deberes intensificados

67. *Schabas*, IRRC 83 (2001), 450 s.; *Reggio*, ICLR 5 (2005), 654 («extremely unlikely that an economic actor does not have knowledge...»); no obstante, crít. *Kaleck / Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 716 («difficult to prove...»).

68. Igualmente *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 23.

69. Cfr. *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 23 s.

70. Igualmente *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 462 s.

71. A favor *ICJ* (2008), Vol. 1, p. 19 («... even though it may not have wanted the abuses to occur, undertook the course of conduct anyway» = dolus eventualis), 20 ss. («should have known», «foreseeability», «wilful blindness»); *Thurner* (2012), p. 272 s., 276; *Kathollnig* (2016), p. 160, 162.

de diligencia en materia de derechos humanos[72], mencionados con anterioridad[73], sin embargo, ello requiere con seguridad de obligaciones «más intensas» y más precisas para la fundamentación de una responsabilidad penal. La responsabilidad por omisión en cuestión –omisión de una investigación activa– requiere de una especial posición de deber que sea similar a una garantía por custodia de la respectiva empresa con respecto a los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro, pues solo entonces se puede fundamentar deberes o mandatos de actuación que vayan más allá de meras prohibiciones de comportamientos (*neminem laedere*)[74]. Independientemente de esas consideraciones, desde una perspectiva jurídica general la aceptación de tales deberes de investigación tendría en todo caso consecuencias perjudiciales para la disposición a las inversiones.

Por otro lado, un *requisito de intención* adicional, como surge por ejemplo del Art. 25(3)(c) ECPI («for the purpose of facilitating»; «en vue de faciliter») parece dar lugar a una situación

72. Supra Cap. III nota 56 ss. y texto principal.
73. A favor (pero sin una fundamentación adicional) *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 463 («due diligence responsibilities», «active inquiries»).
74. En el fondo se trata de los deberes de actuación para la fundamentación de la punibilidad por omisión, cfr. originalmente *Feuerbach*, 1803, § 24, p. 24 s. con referencia a *Winkler*, 1776 (exigiendo un «especial argumento jurídico» que fundamente la «vinculación respecto a la comisión»); recientemente con una perspectiva de derecho comparado (respecto al derecho alemán, inglés y francés) *Schrägle* (2017), p. 13 ss., 51 ss.; específicamente sobre el common law *Ashworth* (2013).

desproporcionadamente restringida[75], dado que una empresa no persigue a menudo el objetivo de cooperar con crímenes internacionales, sino únicamente la maximización de las ganancias[76]. Una reinterpretación cognitiva del requisito de intención, tal como se discute en el marco de la intención de destruir propia del crimen de genocidio[77], no puede ser fundamentada convincentemente en nuestro contexto.[78] Sin embargo, viene en consideración una interpretación restrictiva consistente en que la intención –como consecuencia de la exigencia de un doble dolo en la participación– solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal; respecto a este rige el requisito del dolo que allí se encuentra previsto[79]. A favor de esa interpretación restrictiva habla también desde una perspectiva político-criminal-consecuencialista el hecho de que la exigencia de un componente

75. Sin embargo, a favor la jurisprudencia de la ATS desde *U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit*, Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., cfr. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 414 ss. (414, 427); a favor también *Burchard*, JICJ 8 (2010), 939 s.; explícitamente en contra *Farrell*, JICJ 8 (2010), 885 ss., concluyendo que el requisito de intención no es exigido en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario (889); en contra también *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 823.
76. Cfr. también *Ramasastry/Thompson* (2006) p. 18 s.; *Burchard*, JICJ 8 (2010), 925 («motivational remoteness» como expresión de diferentes fines de un actor político y una empresa); *Kathollnig* (2016), p. 162
77. Cfr. *Ambos* (2014), p. 27 ss. con notas adicionales.
78. Sin embargo, a favor *Vest*, JICJ 8 (2010), 862.
79. Cfr. *Stewart* (2015); también *van Sliedregt/Popova* (2014); a favor *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 27 con nota 194 s.; a favor *Wisner*, JICJ 15 (2017), 349.

doloso voluntativo se convertiría fácilmente en un obstáculo para la persecución[80]. Es decir, un comportamiento orientado a un objetivo solo existirá cuando la empresa se hace cómplice criminal de un régimen o de un actor no estatal en el sentido de la mencionada intervención con calidad de autoría, es decir, cuando actúa al mismo tiempo con «animus auctoris»[81]. En tal sentido, con base en un estándar de dolo incrementado voluntativamente no habría sido posible la condena contra van Anraat, puesto que a éste seguramente le era indiferente si Saddam Hussein quería utilizar los componentes del gas mostaza que le fueron entregados para un asesinato masivo de su propia población civil o solo para el blanqueo de textiles[82].

Sin embargo, se puede recurrir a ese requisito voluntativo consistente en la persecución de un objetivo criminal de un modo complementario o alternativo. En el ámbito del derecho positivo surge una *combinación cognitiva-voluntativa* del estándar general de dolo del Art. 30 ECPI en conexión con las

80. Cfr. también *Ramasastry/Thompson* (2006), p. 19 («too high a threshold»); *Farrell*, JICJ 8 (2010), 889 («unnecessarily onerous», «difficult to prosecute»); *Burchard*, JICJ 8 (2010), 939 («difficult to establish»), 944 (respecto al Art. 25(3)(d)); *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 828 («too high a threshold»); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 438 («in most cases of corporate complicity... difficult to satisfy this criterion [intent]»; para una derivación –poco aceptable– del elemento voluntativo desde el conocimiento *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 22.

81. Acertadamente *Burchard*, JICJ 8 (2010), 941.

82. En realidad, el Tribunal de distrito de La Haya sostuvo que un estándar de dolo eventual/previsibilidad era suficiente, cfr. *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 807 s., 821.

exigencias cognitivo-volitivas alternativas del Art. 25 párr. 3 (d)(i) y (ii) ECPI: o el partícipe es consciente de que su aporte incrementa el riesgo o él persigue por sí mismo el objetivo criminal. De acuerdo con ello, la persecución del objetivo criminal no tiene que existir de forma adicional (cumulativa), sino que basta con su concurrencia alternativa. Desde una perspectiva político criminal y de persecución estratégica habla a favor de una exigencia volitiva para el dolo la idea de una restricción de la persecución penal a los «most responsible», pues por lo regular son estos quienes precisamente persiguen el fin de cometer el hecho principal y por eso –dejando de lado el acceso total a la empresa representada por ellos– deberían caer primordialmente en el punto de mira de una persecución internacional[83]. Quien (tampoco) no quiere cooperar con el hecho principal es «menos responsable» («less responsible») y por ello –en el marco de una justicia penal internacional estructuralmente sobrecargada– solo posee una importancia subordinada.

El enfoque –aquí defendido– primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención descarta en todo caso la reducción (adicional) de las exigencias del dolo, ya sea mediante la creación de un tipo de complicidad específico de Derecho Penal Económico con dolo eventual[84] o en general con un aporte objetivo al hecho de especial peso (aquí denominado como

83. Al respecto ya las referencias en supra Cap. IV nota 104. Considerando a los «senior executives» de Caterpillar como «most responsible» *Wisner*, JICJ 15 (2017), 356.

84. *Stoitchkova* (2010), p. 108 ss.

modelo de la compensación) –en cierto modo, como una inversión del incremento usual de las exigencias subjetivas para la compensación de un escaso aporte objetivo al hecho–.

2.3. GRUPOS DE CASOS

Si uno presta atención, por ejemplo, a algunos grupos de casos, se revela la escasa capacidad de rendimiento –o, expresado positivamente, la dependencia del contexto– del concepto de las acciones neutrales y los límites derivados de ello para la valoración abstracta del injusto basada en criterios objetivo-subjetivos. En todo caso, ello confirma la extendida suposición de que por regla depende de la *valoración del caso concreto*.[85]

Un importante grupo de casos concierne a la –ya mencionada en diversas ocasiones– *entrega de instrumentos del delito*, por ejemplo, la venta de armas o vehículos[86]. En tal sentido, tiene que distinguirse

85. Igual en el resultado *Reggio*, ICLR 5 (2005), 671, 693; *ICJ* (2008), Vol. 2, p. 37 (según lo cual las soluciones «always depend on the particular factual situation...»); *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 445 ss. (crít. respecto a conceptos abstractos porque al final el resultado dependería de las «circumstances of each case» [447]), 460 (reconocimiento de «[S.]ome criteria», pero en última instancia hablando de un «detailed analysis of the specific circumstances of each case»), 464 (reconocimiento del test del «substantial effect» cuya aplicación y concretos criterios dependería del «context»); *Adam* (2015) p. 32; igualmente la jurisprudencia alemana, cfr. *BGH*, Res. de 21.12.2016, en NStZ 2017, 338 («consideración valorativa en el caso concreto»).

86. Cfr. también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 64; respecto al «militarized commerce» en ese sentido también *Adam* (2015) p. 26 s., 239.

entre mercancías claramente relacionadas con el hecho, especialmente armas, y aquellas que poseen un doble uso («dual use») –y que tienen como consecuencia adicional a los «actos con un doble propósito» («dual-purpose acts»[87])–. Así, por ejemplo, la empresa Caterpillar suministra desde hace años al gobierno israelí bulldozers equipados militarmente, el cual los utiliza para la construcción (contraria al Derecho Internacional) de asentamientos en las zonas palestinas ocupadas[88]. ¿Es esa empresa penalmente responsable a título de complicidad por los posibles crímenes cometidos con esos bulldozers?[89] ¿Dependería esto de que los correspondientes objetos sean usados predominantemente de un modo «civil» («neutral») o militar? ¿Adquieren los «bulldozer», por sí mismos neutrales, un propósito criminal debido a su equipamiento militar (blindaje antibalas, entrenamiento para conductores militares) ¿Tenía conocimiento la empresa proveedora respecto del uso (contrario al Derecho Internacional)? Otro conocido ejemplo de este grupo de casos es la ya mencionada venta de componentes de gas mostaza a Saddam Hussein por parte del comerciante holandés van Anraat. También aquí existe un producto con dual-use –los mencionados componentes se utilizan no solo para la fabricación de

87. *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403, 404 («commercially motivated or a dual-purpose act»).

88. *Schmidt* (2015) p. 29 s. y passim toma este ejemplo como caso modelo; cfr. también *Wisner*, JICJ 15 (2017), 343 (346) y passim.

89. Afirmando esto, sin embargo, sin una problematización de las cuestiones planteadas en el texto principal *Wisner*, JICJ 15 (2017), 348 ss.

gas mostaza como agente de guerra, sino también para blanquear textiles–, lo que hace dudoso el surgimiento de una punibilidad cuando no concurre una infracción jurídica adicional.

Otros casos están referidos a la *financiación* de crímenes internacionales o a la financiación de grupos de criminales. Esto se lleva a cabo, por ejemplo, por medio de la concesión de créditos a favor de regímenes criminales, cuyo aparato de poder colapsaría sin los aportes financieros. Como ejemplos conocidos de ello podría citarse la dictadura de Pinochet en Chile[90] y el régimen del Apartheid[91]. En tanto no exista una prohibición/embargo que resulte vinculante desde el Derecho Internacional, no podrá objetarse nada desde una perspectiva jurídico-penal a la financiación, pues difícilmente podrá establecerse una relación específicamente delictiva con posibles crímenes internacionales del régimen[92]. Otra forma de financiamiento puede tener lugar mediante la *compra de los denominados «bienes de guerra»*, es decir, bienes que han sido conseguidos a través de la comisión de crímenes internacionales. Ejemplos clásicos de esto son la compra de madera tropical, de los llamados «diamantes de sangre», petróleo o de otras materias primas[93]. En ese sentido, la empresa franco-suiza LafargeHolcim habría adquirido del denominado ISIS materias

90. A este respecto *Cassese*, Texas Int.L.J. 14 (1979), 251; más conciso *Bohoslavky/Rulli*, JICJ 8 (2010), 829.
91. *Abrantes*, RPCC 2016, 90.
92. *Abrantes*, RPCC 2016, 90 ss.
93. Cfr. respecto a los intentos de control, en especial respecto a los diamantes *Reggio*, ICLR 5 (2005), 660 ss.

primas controladas por éste para poder seguir manteniendo en funcionamiento su fábrica en el norte de Siria[94]. En este caso, una complicidad debido a un aprovechamiento de los bienes –punible en general en el marco del Derecho Penal Internacional[95]– que en realidad es ulterior puede llegar a constituir una complicidad en hechos futuros si es que el proveedor/vendedor de los bienes considera el comportamiento del comprador como la promesa concluyente de una nueva compra y, en tal sentido, se siente alentado a un (nuevo) abastecimiento criminal[96]. Sin embargo, también aquí la relación de imputación con los delitos relevantes necesita de una fundamentación precisa, para lo cual los mencionados deberes de diligencia en el marco de las cadenas de suministro («supply chain

94. En diciembre de 2017 fueron acusados seis antiguos directivos en Francia, al respecto *ECCHR*, Case Report Lafarge Syria, https://www.ecchr.eu/en/business-and-human-rights/lafarge-syria.html (último acceso: 25.03.2018). Recientemente, la empresa misma ha sido imputada por la justicia francesa por una presunta complicidad en crímenes contra la humanidad (v. al respecto www.ecchr.eu/nc/en/press-release/landmark-decision-in-lafarge-case/; último acceso: 28.06.2018).
95. *Ambos*, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 51 s. (punibilidad por medio del recurso al hecho principal).
96. Cfr. *Burchard*, JICJ 8 (2010), 932 s. («Interconnected and systematic crime transforms the accessory after the "initial" fact into an accessory before the "next" fact»).

due diligence»)[97] pueden tener efectos para la fundamentación y la extensión de la responsabilidad[98].

También puede pensarse en empresas multinacionales que *cooperan* con un régimen en la persecución de disidentes, por ejemplo, ayudando a vigilar a sus empleados o efectuando (o dejando que se efectúe) otra clase de medidas coercitivas contra ellas en sus instalaciones. Así, por ejemplo, durante la dictadura militar en Argentina los nombres y lugares de residencia de trabajadores y sindicalistas de las empresas Mercedes-Benz y Ford habrían sido revelados por directivos de esas empresas, respectivamente, a las fuerzas de seguridad estatales de la dictadura. Como consecuencia de ello, esos trabajadores habrían sido torturados (incluso en ambientes dispuestos en las instalaciones de la empresa) y/o desaparecidos[99]. A acusaciones

97. Supra Cap. III nota 57 ss. y texto principal.
98. Respecto a la extensión de los programas de compliance a las empresas proveedoras *Kathollnig* (2016), p. 187.
99. Al respecto *Kaleck / Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 699 (707); *los mismos* (2016), p. 92 s., quienes mencionan además el caso de la empresa argentina *Ledesma*, a la que se imputaba (especialmente a su jefe Carlos Pedro Baquier) en el marco de la denominada «Noche del apagón») haber posibilitado la detención de sindicalistas y opositores de la dictadura militar (ibid, p. 95 ss.). Sobre el caso Nestlé, en el que se trataba del secuestro, tortura y asesinato de Luciano Romero, antiguo trabajador de Cicolat, la filial colombiana de Nestlé, a manos de paramilitares colombianos ibid., p. 97 ss. En ese sentido, se imputaba a los directivos de la matriz Nestlé, el no haber tomado ninguna contramedida, luego de que la filial Cicolat había difamado a sindicalistas y con ello había incrementado el riesgo de un asesinato en contra de ellos, v. al respecto *Bueno/Scheidt*, p. 15. Tras el rechazo

similares relacionadas con la dictadura militar brasileña que duró de los años sesenta hasta los años ochenta del siglo pasado está sometida Volkswagen do Brasil, una empresa del grupo VW. De acuerdo con esa acusación, la empresa habría trasladado a trabajadores pertenecientes al partido comunista desde el servicio de seguridad privado a las autoridades del régimen[100].

En todos estos casos, la verificación del tipo objetivo de la complicidad puede revelarse ya como algo bastante complejo, especialmente con respecto a los necesarios incremento y realización del riesgo[101]. Si, por ejemplo, un proveedor ha suministrado bienes de la clase «dual use», entonces no se puede determinar por lo regular si los productos fueron utilizados para la comisión del delito o no. Si hay varios proveedores de un determinado producto, entonces puede resultar problemático constatar cuál ha sido utilizado de modo prohibido. Es decir, se trata de los clásicos problemas de la causalidad, incluyendo aquí las constelaciones de causalidad acumulativa y alternativa. En ese sentido, en el proceso contra van Anraat la causalidad de su aporte al

en el ámbito nacional y europeo de las quejas consistentes en una falta de investigaciones en sede nacional, el proceso ha concluido sin ningún resultado (Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014 y ECCHR, https://www.ecchr.eu/de/unsere-themen/wirtschaft-und-menschenrechte/nestle.html, último acceso: 14.3.2018).
100. V. al respecto el Informe final de la Comisión de la Verdad brasileña *CNV*, Relatório Vol. II, p. 72; también el informe de la ONG *Memória, Verdade, Justiça, Reparação*.
101. Acerca del «déficit empírico» en cuanto a las series causales y de imputación *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 71.

hecho fue afirmada porque el perito judicial pudo calcular –basado en datos referidos a la cantidad entregada de componentes de gas mostaza comparada con provisiones obtenidas por Saddam por cuenta propia o de manera distinta y la cantidad comprobable utilizada en el gas mostaza contra la población civil/combatientes enemigos– que los productos suministrados por van Anraat habían sido realmente utilizados y, en ese sentido, que su aporte tuvo un efecto sustancial en la comisión del hecho[102]. Por otra parte, en el caso Kouwenhowen el tribunal de primera instancia no se convenció de que las armas entregadas hubieran sido utilizadas para la comisión de los hechos[103].

102. *The Hague Court of Appeal*, van Anraat, párr. 12.2.6, descargable en http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=7548 (último acceso: 25.03.2018): «in a scenario in which the TDG that was supplied by the defendant was the last to be processed into mustard gas, it can be calculated based on TDG supplied (essentially) by others and the implementation of mustard gas filled ammunition, that the ammunition which was filled with TDG supplied by the defendant must have been used at the end of 1987 at the latest». Al respecto también *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 819 s. (a favor del estándar menor del «certain effect»).

103. *Rechtbank's-Gravenhage (District Court of The Hague)*, Sentencia de 7.6.2006, AY5160, Sección 6 in fine («... weapons can also be used for acts that are legally permitted or acts that cannot be included in the criminal offenses as charged...»), descargable en https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2006:AY5160 (último acceso: 25.03.2018).

VI
CONCLUSIÓN

Más allá de las diferencias ideológicas, llama la atención que el «Derecho Penal Internacional de Núremberg» haya reconocido como obvia la relevancia de la conducta empresarial para la comisión de crímenes internacionales por parte de los nazis, pero que esto parezca haber caído en un olvido casi absoluto en el «Derecho Penal Internacional de la Haya»[1]. En tal sentido, resulta absolutamente bienvenido que desde algunos años la funesta conexión entre el poder económico y las actividades criminales de un gobierno o de actores no estatales se haya convertido nuevamente en foco del interés científico y de la sociedad civil. A pesar de ello, no puede sobreestimarse el rol del Derecho Penal Internacional en este ámbito[2], sobre todo porque el efecto intimidatorio de este es incluso

1. V. por ejemplo *Stewart* (2017): «While public recognition of corporate implication in atrocity grew dramatically after the Cold War, the rebirth of modern ICL over the same period overlooked the commercial angle its earlier incarnation viewed as painfully obvious».

2. *Meyer*, ZStW 126 (2014), 126 advierte acerca de «no cambiar demasiado rápido al carril de adelantamiento del Derecho Penal Internacional» y exige a mediano plazo «un derecho económico de supervisión transnacional que sea efectivo».

más dudoso que el del Derecho Penal Económico general[3].

De hecho, el Derecho Penal Internacional Económico se halla insertado en un discurso internacional mucho más amplio, en el cual, se trata en última instancia de la *«accountability» de las empresas*, o sea, dicho de modo más concreto, de cómo ellas pueden ser responsabilizadas por su comportamiento eventualmente reprochable desde un punto de vista moral y dado el caso también contrario al Derecho (Internacional). Una responsabilidad penal (internacional) constituye aquí solo una posibilidad entre muchas, ella puede ser solo una parte de un paquete de medidas jurídicas y de la praxis jurídica –aclaración y precisión de los deberes para las empresas impuestos por el Derecho Internacional, especialmente respecto a los derechos humanos–[4], formalización de las obligaciones referidas al compliance en materia de derechos humanos, control de la sociedad civil sobre las iniciativas de los consumidores, etc.[5], las cuales deberían integrarse en un

3. Escéptico también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 131.
4. Respecto al ámbito de los derechos humanos también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 126.
5. Similar *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 187 s. («integrated into a wider legal context, a global governance of corporations»), quien sin embargo sobreestima el rol y las posibilidades de la CPI (p. 189 s.); *Burchard*, Texas Int.L.J.: The Forum 50 (2015), 2 (responsabilidad penal por complicidad como «one of many regulatory tools»); *Buzanich-Sommeregger*, ÖstAnwbl 2016, 580 (580 s.); desde un punto de vista criminológico *Karstedt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 179 ss., quien en el resultado es «más bien escéptica» respecto a la eficacia del Derecho Penal Internacional Económico (190).

reglamento amplio que contemple sus respectivas sanciones y que sea lo más preciso posible –quizás en forma de un tratado de derecho internacional vinculante para las empresas[6]–[7]. De esa forma las empresas podrían reconocer mejor las expectativas normativas que les son dirigidas y ajustar a ellas su política empresarial, incluyendo su compliance.

En lo que respecta al Derecho Penal Internacional en sentido estricto, resulta necesario advertir acerca de las demandas apresuradas de reestructuración, flexibilización o fragmentación de principios penales fundamentales en favor de una responsabilidad penal internacional del colectivo o de un Derecho Penal *sui generis*[8] del colectivo para el ámbito del Derecho Penal Internacional[9]; más bien, las formas de intervención existentes en el Derecho Penal Internacional tienen en principio que ser interpretadas y aplicadas de una forma tal que el comportamiento merecedor de pena de los trabajadores de la empresa pueda resultar comprendido de acuerdo con los estándares mínimos de un Estado de Derecho. Recién cuando esto se ha conseguido surge la

6. Supra Cap. III nota 42 y texto principal.
7. Cfr. también *Burchard*, Texas Int.L.J.: The Forum 50 (2015), 6 s. («... human rights would be better served by incentivizing typified human rights due diligence based on a typified characterization of the legitimacy or illegitimacy of doing business with a bad actor, instead of going the whole nine yards and deciding upon this legitimacy on a case-by-case basis by applying doctrinal principles that are yet to be determined»).
8. A favor los autores mencionados en Cap. IV supra nota 2.
9. Similar *Meyer*, ZStW 126 (2014), 129, quien en lugar de ello aboga por otro modelo de responsabilidad.

cuestión respecto a una eventual responsabilidad (penal) adicional de la respectiva empresa, para lo cual será imputado a ésta el comportamiento del trabajador de acuerdo con los fundamentos que han sido desarrollados anteriormente.

VII

ÍNDICE DE MATERIAS

Complicidad: 31-33, 42, 56, 68, 77, 103, 108 s., 112 s., 117, 120, 123, 125, 127, 129, 131, 134.

corporate veil: 73, 76, 100 s.

Culpabilidad por organización: 83, 93, 96 s., 99.

Cultura empresarial: 90.

Derecho Penal Internacional Económico: 23, 25-27, 75 s., 101, 134.

Derechos humanos: 24-27, 29 s., 32, 44-55, 67, 99, 110, 114, 117, 122, 134.

dual use: 118, 127, 131.

due diligence: 49 s., 99, 114, 122, 130, 135.

Empresa: 23 s., 29-32, 36-38, 40, 43-56, 61, 64, 67, 71, 74-78, 83-88, 91 s., 94-96, 98-100, 105, 107, 113, 118-125, 130, 134 s.

Estatuto del TMI: 37 s.

Flick: 35, 56.

I.G. Farben: 35, 38, 39-41, 115, 118.

Kouwenhoven: 68.

Krupp: 35-37, 115.

Modelo de atribución: 59, 64, 79, 82, 84, 87, 94, 100 s.

Modelo de organización: 79, 82-84.
Núremberg: 35, 37 s., 42, 56, 69, 75, 114, 116, 133.
Principios Rectores: 47-49, 52, 54, 109, 120.
Protocolo de Malabo: 63, 83.
Requisito de intención: 122 s.
Responsabilidad del colectivo: 101.
Responsabilidad del superior: 103, 107 s.
Responsabilidad empresarial: 52.
Teoría del dominio de la organización: 104.
van Anraat: 68, 124, 127, 131 s.
Wilhelmstraßenprozess: 35, 115.
Zyklon B: 35, 41 s., 116.

BIBLIOGRAFÍA

I. BIBLIOGRAFÍA ACADÉMICA

Abass, Ademola: Historical and Political Background to the Malabo Protocol, en: Werle, Gerhard/Vormbaum, Moritz (ed.), The African Criminal Court, Heidelberg et al.: Springer 2017, pp. 11-28.

Abrantes, António Manuel: Entre neutralidade e cumplicidade: O envolvimento de agentes económicos na comissão de crimes internacionais, en: RPCC 26 (2016), pp. 78-133.

Adam, Jendrik: Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015.

Ambos, Kai: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, en: GA 145 (1998), pp. 226-245.

– Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot 2004 [versión en castellano: La parte general del Derecho Penal Internacional, (trad. de Ezequiel Malarino), Bogotá: Temis 2005].

– Punishment Without a Sovereign?, en: Oxf.J.of Legal Studies 33 (2013), pp. 293-315 [versión en castellano: ¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente, en: Persona y Derecho 68 (2013), pp. 5-38].

– Treatise on International Criminal Law Vol. I, Oxford: OUP 2013.

– Treatise on International Criminal Law Vol. II, Oxford: OUP 2014.

– The ICC and Common Purpose – What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?, en: Stahn, Carsten (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford: OUP 2015, pp. 592-607 [versión en castellano: La Corte Penal Internacional y el propósito común ¿qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, en: Revista penal, 34 (2014), pp. 5-18].

– The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy, en: Ackermann, Bruce/Ambos, Kai/Sikirić, Hrvoje (ed.), Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška, 2016, pp. 24-50 [versión en castellano: El sistema de justicia penal internacional y la política de selección de la persecución, en: Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, Ma. Teresa, (coord.), Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Montevideo: BdeF, 2017, pp. 3-14].

– Article 25, en: Triffterer, Otto/Ambos, Kai (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary, 3. ed., München: Beck 2016, pp. 979-1029.

– Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 5. ed., München: Beck 2018.

Ambos, Kai/*Bock*, Stefanie: Germany, en: Reed, Alan/Bohlander, Michael, Participation in Crime. Domestic, Comparative and International Perspectives, Farnham: Ashgate 2013.

Asholt, Martin: Strafrecht als Grammatik: Die Nürnberger Prozesse als Modell eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts?, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 61-74.

Ashworth, Andrew: Positive Obligations in Criminal Law, Oxford: Hart 2013.

Beale, Sara Sun: Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, en: ZStW 126 (2014), pp. 27-54.

Bernaz, Nadia: An Analysis of the ICC OTP's Policy Paper on Case Selection and Prioritization from the Perspective of Business and Human Rights, en: JICJ 15 (2017), pp. 527-542.

Bohoslavky, Juan Pablo/*Rulli*, Mariana: Corporate Complicity and Finance as a «Killing Agent»:

The relevance of the Chilean Case, en: JICJ 8 (2010), pp. 829-850.

Bonnitcha, Jonathan/*McCorquodale*, Robert: The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, en: EJIL 28 (2017), pp. 899-919

– The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, en: EJIL 28 (2017), pp. 929-933.

Bueno, Nicolas/*Scheidt*, Sophie: Die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechten bei Auslandsaktivitäten, Wien: Südwind, 2015, accesible en https://www.ecchr.eu/de/dokumente/publikationen/rechtsgutachten/articles/die-sorgfaltspflichten-von-unternehmen-im-hinblick-auf-die-einhaltung-von-menschenrechten-bei-auslandsaktivitaeten.html (último acceso: 25.3.2018).

Bung, Jochen: Nauckes Narrativ – Politisches Wirtschaftsstrafrecht statt Wirtschaftsvölkerstrafrecht, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 129-144.

Burchard, Christoph: Ancillary and neutral business contributions to «Corporate-Political Core Crime», en: JICJ 8 (2010), pp. 919-946.

Buzanich-Sommeregger, Karin: Menschenrechte und Berichtspflicht, en: ÖstAnwbl 2016, pp. 580-581.

Bülte, Jens: Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos, 2015.

Cantú Rivera, Humberto: Business and Human Rights in the Americas: Defining a Latin American Route to Corporate Responsibility, en: Letnar Černič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás (ed.), The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al: Intersentia 2018, pp. 163-184.

Caro, Carlos: Empresas criminales y autoría mediata, en: Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquizo, Gustavo (ed.), Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales, Lima (en publicación).

Carrillo-Santarelli, Nicolás: A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (all) Corporations, en: Letnar Černič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás (eds.), The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al.: Intersentia 2018, pp. 33-61.

Cassese, Antonio: Foreign Economic Assistance and Respect for Civil and Political Rights: Chile – A Case Study, en: Texas IntLawJ 14 (1979), pp. 251-263.

Cigüela Sola, Javier: La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa, Madrid: Pons 2015.

– Schuld und Identität in kollektiven Organisationen: eine Kritik der Kollektivschuld, en: GA 2016, pp. 625-638.

– El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica, en: InDret 1/2016, pp. 1-28.

Clapham, Andrew: The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court, en: Kamminga, Menno T. /Zia-Zarifi, Saman, Liability of Multinational Corporations Under International Law, Den Haag: Kluwer Law International 2000, pp. 139-195.

– Non-State Actors, en: Moeckli, Daniel et al., International Human Rights Law, 3.ª ed., Oxford: OUP 2018, pp. 531-549.

Clapham, Andrew/*Jerbi*, Scott: Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses, en: Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), pp. 339-349.

Clarke, Kamari Maxine: Rethinking liberal legality through the African Court of Justice and Human Rights, en: Kastner, Philipp, International Criminal Law in Context, London: Routledge, 2018, pp. 170-196.

Colvin, Eric: Corporate Personality and Criminal Liability, en: CLF 6 (1995), pp. 1-46.

Dandekar, Thomas/*Kunz*, Meik: Bioinformatik. Ein einführendes Lehrbuch, Heidelberg: Springer Spektrum 2017.

Dannecker, Gerhard: Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, en: GA 2001, pp. 101-130.

Davidson, Nigel: The Lion that Didn't Roar. Can the Kimberley Process Stop the Blood Diamonds Trade?, Canberra: ANU Press 2016.

Desierto, Diane: The ICESCR as a Legal Constraint on State Regulation of Business, Trade, and Investment: Notes from CESCR General Comment No. 24 (agosto de 2017), en: EJIL Talk Sept. 13, 2017, www.ejiltalk.org/the-icescr-as-a-legal-constraint-on-state-regulation-of-business-trade-and-investment-notes-from-cescr-general-comment-no-24-august-2017/ (último acceso: 25.3.2018).

Deva, Surya: Alternative Paths to a Business and Human Rights Treaty, en: Letnar Černič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás (eds.), The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al..: Intersentia 2018, pp. 13-31.

Engelhart, Marc: International Criminal Responsibility of Corporations, in Burchard, Christoph/Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (Ed.), The Review Conference and the Future of the ICC, Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010, pp. 175-190.

Estellita, Heloisa: Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão, São Paulo: Marcial Pons 2017.

Farrell, Norman: Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals, en: JICJ 8 (2010), pp. 873-894.

Feuerbach, Paul Johann Anselm «Ritter von»: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, Giessen: Heyer, 2. ed. 1803.

Fortin, Katharine: The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law, Oxford: OUP 2017.

Gallmetzer, Reinhold: Prosecuting Persons Doing Business with Armed Groups in Conflict Areas. The Strategy of the OTP of the ICC, en: JICJ 8 (2010), pp. 947-956.

García Cavero, Percy: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal peruano: la Ley 30424, en: Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquizo, Gustavo (ed.) Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales (en publicación).

Gierke, Otto Friedrich von: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Zürich: Holms 1887.

Gómez-Jara Díez, Carlos: La culpabilidad penal de la empresa, Madrid: Marcial Pons 2005.

- Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs, en: ZStW 119 (2007), pp. 290-333.

- Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel, Polít. Crim. Vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475.

- Capítulo V: Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Bajo Fernández, Miguel/Feijoo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Diez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid: Marcial Pons 2012, pp. 109-133.

- Capítulo VI: El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad) en: Bajo Fernández, Miguel/Feijóo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Diez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid: Marcial Pons 2012, pp. 135-152.

Gracia Martín, Luis: ¿Tiene hoy sentido –y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance– algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?, en: Silva Sánchez et al., Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2017, pp. 115-128.

Graf, Jürgen Peter/*Jäger*, Markus/*Wittig*, Petra: Wirtschafts– und Steuerstrafrecht, München: Beck, 2. ed. 2017.

Greco, Luís: Steht das Schuldprinzip einer Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen vom Verhältnis zwischen Strafrecht und Schuld, en: GA 2015, pp. 503-516.

Grützner, Thomas/*Boerger*, Björn/*Momsen*, Carsten: Die „Dieselaffäre" und ihre Folgen für Compliance-Management-Systeme – Evolution durch Einbeziehung des Bereichs Produkt-Compliance in ein CMS (zB zum Zweck der Prävention produktbezogener Täuschungen), en: CCZ 11 (2018), pp. 50-63.

Hasnas, John: The Centenary of Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Responsibility, en: American Cr.L.Rev. 46 (2009), pp. 1329-1358.

Haumer, René: Europäisches und globales Unternehmensstrafrecht de lege ferenda, en: ÖstAnwbl 2016, p. 582.

Hayes, Peter F.: IG Farben und der IG Farben-Prozeß: Zur Verwicklung eines Großkonzerns in die nationalsozialistischen Verbrechen, en: Fritz Bauer Institut (ed.), Auschwitz. Geschichte, Rezeption und Wirkung: Jahrbuch 1996 zur Geschichte und Wirkung des Holocausts, 2. ed., Frankfurt/New York: Campus Verlag 1997, pp. 99-121.

Heine, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden: Nomos 1995.

Hernández Basualto, Héctor: Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: REJ 16 (2012), pp. 75-98.

Heyer, Antje: Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts, Köln: Inst. for Internat. Peace and Security Law, 2013.

Hoyer, Andreas: Rezension «Bülte, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht», en: GA 2018, pp. 57-60.

Huisman, Wim/*van Sliedregt*, Elies: Rogue Traders. Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity, en: JICJ 8 (2010), pp. 803-828.

Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. ed, Berlin: De Gruyter 1991.

– Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie [Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992], München: Beck 1992.

– Strafbarkeit juristischer Personen?, en: Prittwitz, Cornelius/ Baurmann, Michael/ Günther, Klaus/ Kuhlen, Lotar/Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (ed.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden: Nomos 2002, pp. 559-575.

Jeßberger, Florian: Die I.G. Farben vor Gericht, en: JZ 2009, pp. 924-932.

– On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activities. IG Farben on Trial, en: JICJ 2010, pp. 783-802.

– Zur Einführung, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 13-20.

Kaleck, Wolfgang/*Saage-Maaß*, Miriam: Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges, en: JICJ (2010), pp. 699-724.

– Unternehmen vor Gericht, Berlin: Klaus Wagenbach, 2016.

Karstedt, Susanne: Transnationale Unternehmen und Völkerstrafrecht: Kriminologische Perspektiven, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 159-192.

Kathollnig, Christoph: Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung: die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen im Rahmen internationaler Unternehmensaktivitäten, Wien et al: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2016.

Kelly, Michael: Grafting the Command Responsibility Doctrine onto Corporate Criminal Liability for Atrocities, en: Emory Intl L.Rev. 24 (2010), pp. 671-696.

Klabbers, Jan: Reflections on the Role Responsibility: The Responsibility of International Organizations for Failing to Act, en: EJIL 28 (2017), pp. 1133-1161.

Köster, Constantin: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

Kubiciel, Michael: Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht, ÖstAnwbl 2016, pp. 574-579.

Kuntz, Marie: Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law, Baden-Baden: Nomos 2017.

Kyriakakis, Joanna: Australian Prosecution of Corporations for International Crimes: The Potential of the Commonwealth Criminal Code, en: JICJ 5 (2007), pp. 809-826.

– Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Statute, en: NILR 56 (2009), pp. 333-366.

– Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes, en: IRRC 94 (2012), pp. 981-1005.

– Article 46C: Corporate criminal liability at the African Criminal Court, en: Jalloh, Charles/Clarke, Kamari/Nmehielle, Vincent, African Court of Justice and Human and People's Rights in Context, Cambridge: CUP 2018 (de próxima publicación), accessible en https://papers.ssrn.

com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970864 (último acceso: 25.3.2018).

Letnar Černič, Jernej: European Perspectives on the Business and Human Rights Treaty Initiative en: Letnar Černič, Jernej/ Carrillo-Santarelli, Nicolás (eds.), The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al.: Intersentia 2018, pp. 229-249.

Letnar Černič, Jernej/*Carrillo-Santarelli*, Nicolás (eds.): The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al.: Intersentia 2018.

Long, Ryan: Bioethics, Complementarity and Corporate Criminal Liability, en: ICLR 17 (2017), pp. 997-1021.

Meini, Iván: Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus empresarios, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Meisenberg, Simon M.: Auf dem Wege zu einem Unternehmensvölkerstrafrecht? Eine kritische Würdigung der „New TV S.A.L».Entscheidung des Sondergerichtshofs für den Libanon, Berlin: LIT 2016.

Meloni, Chantal: Modes of Responsibility (Article 28N), Individual Criminal Responsibility (Article 46B) and Corporate Criminal Liability (Article 46C), en: Werle, Gerhard/Vormbaum, Moritz (ed.), The African Criminal Court, Heidelberg et al.: Springer 2017, pp. 139-156.

Meyer, Frank: Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht, en: ZStrR 131 (2013), pp. 56-86.

Michalowski, Sabine: Doing Business with a Bad Actor: How to Draw the Line Between Legitimate Commercial Activities and Those that Trigger Corporate Complicity Liability, en: Texas Int.L.J. 50 (2015), pp. 403-464.

de Moerloose, Bénédict: Challenging the Pillage Process: Argor Heraeus and Gold from Ituri, Open Society Foundations 2016, accessible en https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/legal-remedies-10-demoerloose%20-20161107.pdf (último acceso: 25.3.2018).

Momsen, Carsten/*Grützner*, Thomas (ed.): Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch für Unternehmen und Anwaltspraxis, München: Beck 2013.

Mulch, Franziska: Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe, Berlin: Duncker & Humblot 2017.

Murmann, Uwe: Unternehmensstrafrecht, in Ambos, Kai/Bock, Stefanie (ed.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, Berlin: Duncker & Humblot, 2018, en publicación.

Müller-Hoff, Claudia /*Schmidt*, Thomas.: Strafanzeige gegen Nestle. Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen?, juridikum 2012, pp. 261-269.

Naucke, Wolfgang: Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, Berlin: LIT 2012.

Nerlich, Volker: Core Crimes and Transnational Business Corporations, en: JICJ 8 (2010), pp. 895-908.

Olson, Danielle: Corporate Complicity in Human Rights Violations under International Criminal Law, en: Int. Human Rights Law Journal, Vol. 1, issue 1, Article 5, pp. 1-13.

Ortmann, Günther: Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung, en: NZWiSt 2017, pp. 241-251.

Priemel, Kim Christian: Mehr Exempel als Modell. Die Nürnberger Prozesse gegen deutsche Industrielle und die Ursprünge des Wirtschaftsvölkerstrafrechts, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/ Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 25-64.

– The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence, Oxford/New York: OUP 2016.

Rackow, Peter: Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Frankfurt a.M.: Lang 2007.

Ramasastry, Anita: Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon – An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations, en: BerkJIntL 20 (2002), pp. 91-160.

Ramasastry, Anita/*Thompson*, Robert. C.: Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law, Oslo: Fafo 2006.

Raum, Rolf: 4. Kapitel. Allgemeine Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, en Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts– und Steuerstrafrechts, München: Beck, 4. ed. 2014, pp. 257-326.

Reggio, Andrea: Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen For «Trading with the Enemy» of Mankind, en: ICLR 5 (2005), pp. 623-696.

Rogall, Klaus: § 130 Verletzung der Aufsichtpflicht in Betrieben und Unternehmen, en: Karlsruher Kommentar zum OWiG, München: Beck, 5. ed 2018, § 130 nm. 1-132 = pp. 1812-1857.

Roksandić Vidlička, Sunčana: Filling the void: the case for international economic criminal law, en: ZStW 129 (2017), pp. 851-884.

– Prosecuting Serious Economic Crimes as International Crimes. A new mandate for the ICC?, Berlin: Duncker & Humblot; Freiburg i. Br.: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law 2017.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. ed, München: Beck 2006.

– Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, München: Beck 2003.

– Täterschaft und Tatherrschaft, 9. ed, Berlin/Boston: De Gruyter 2015.

Ruggie, John G./*Sherman*, John: The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, en: EJIL 28 (2017), pp. 921-928.

Ryngaert, Cedric: Accountability for corporate human rights abuses: Lessons from the possible exercise of dutch national criminal jurisdiction over multinational corporations, en: CLF 29 (2018), pp. 1-24.

Savaresi, Annalisa/*Cismas*, Ioana/*Hartmann*, Jacques: The Philippines Human Rights Commission and the «Carbon Majors» Petition, en: EJIL Talk Dec. 22, 2017, www.ejiltalk.org/the-philippines-human-rights-commission-and-the-carbon-majors-petition/ (último acceso: 25.3.2018).

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Darmstadt: Wissensch. Buchges. 1840.

Schabas, William A.: Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices, en: IRRC 83 (2001), pp. 439-459.

Schmidt, Thomas M.: Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the ICC, Baden-Baden: Nomos 2015.

Schörner, Christian/ *Bockemühl*, Jan: Zur Frage der strafbaren Beihilfe bei berufstypischen Handlungen, en: StV 2018, pp. 19-22.

Schrägle, Hannes: Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen, Berlin: Duncker & Humblot 2017.

Schünemann, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln: Heymann 1979.

– Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en: Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs/Vogel, Joachim/Walter, Tonio (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln: Heymanns 2008, pp. 429-447.

Ségur-Cabanac, Eva-Maria: Einhaltung von Menschenrechten durch Unternehmen, en: ÖstAnwbl 2016, pp. 597-598.

Sergeev, Artem: Unilateral Law and Non-State Actors: Exploring a New Paradigm, en: GLJ 19 (2018), pp. 65-84.

Silva Sánchez, Jesús María: Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, 2.ª ed., Madrid et al: Edisofer et al, 2016.

Simester, Andrew P./*Spencer*, John R./*Stark*, Findlay/*Sullivan*, G.R./*Virgo*, Graham: Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine, 6th., Oxford, Portland: Hart Publishing 2016.

Singelnstein, Tobias: Grenzen eines internationalen Wirtschaftsstrafrechts zur Ahndung von Menschenrechtsverletzungen, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 145-152.

Solaiman, Sheik/*Langsted*, Lars Bo: Crimes Committed by Directors Attributed to Corporations. Why Should Directors be Accessory?: Viewing Through the Complicity Rules in Common Law, en: CLF 28 (2017), pp. 129-161.

Soyer, Richard: Unternehmensstrafrecht, Schutz von Menschenrechten und Strafzwecktheorien, en: Kert, Robert/Lehner, Andrea (ed.), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel, Wien: NWV, 2018, pp. 113-125.

Stewart, James G.: An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute?, 21 de enero de 2015, accesible en http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/ (último acceso: 25.3.2018).

– The Historical Importance of the Kouwenhoven Trial, 5 de mayo de 2017, accesible en http://jamesgstewart.com/the-historical-importance-of-the-kouwenhoven-trial/ (último acceso: 25.3.2018).

Stoitchkova, Desislava: Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerp: Intersentia 2010.

Thurner, Gabriel W. B.: Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen, Wien: Verl. Österreich 2012.

Tiedemann, Klaus: Die „Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, en: NJW 1988, pp. 1169-1174.

– Wirtschaftsstrafrecht, 5. ed., München: Franz Vahlen 2017.

Urquizo, Gustavo: Acerca de la responsabilidad penal de los directivos por los delitos cometidos desde la empresa. ¿Un nuevo supuesto de autoría mediata?, en: Pariona, Raúl (ed.), Veinte años de vigencia del Código Penal Peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, Lima: Grijley 2012, pp. 245-258.

Utz, Maximilian: Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, Berlin: Duncker & Humblot 2016.

Van den Herik, Larissa: Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal

counterarguments, en: Burchard, Christoph/ Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (Ed.), The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010, pp. 155-174.

Van Ho, Tara L.: Band-Aids don't fix Bullet Holes: In Defence of a Traditional State-Centric Approach, en: Letnar Černič, Jernej/ Carrillo-Santarelli, Nicolás (eds.), The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Cambridge et al: Intersentia, 2018, pp. 111-137.

Van Sliedregt, Elies/*Popova*, Alexandra: Interpreting «For the Purpose of Facilitating» in Article 25(3)(c)?, 22 de diciembre de 2014, accessible en http://jamesgstewart.com/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/ (último acceso: 25.3.2018).

Velten, Petra: Verbandsverantwortlichkeit als Ordnungsmittel für globales Wirtschaften?, en: ÖstAnwbl 2016, pp. 599-603.

Vest, Hans: Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law, en: JICJ 8 (2010), pp. 851-872.

Vogel, Joachim: Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, en: Kempf, Eberhard (ed.), Unternehmensstrafrecht. 4. Symposium aus der Veranstaltungsreihe „Economy, Criminal Law, Ethics», Berlin: De Gruyter 2012, pp. 205-215.

Walther, Julien: Schuld und Haftung juristischer Personen im deutsch-französischen Vergleich – Kurze Bemerkungen zum Zusammenspiel von Dogmatik und Pragmatik, en: GA 2015, pp. 682-693.

Weigend, Thomas: Societas delinquere non potest? A German Perspective, en: JICJ 6 (2008), pp. 927-945.

– How to interpret complicity in the ICC Statute, 15 de diciembre 2014, accesible en http://jamesgstewart.com/how-to-intepret-complicity-in-the-icc-statute/ (último acceso: 25.3.2018).

Winkler, Karl Wilhelm: De Crimine Omissionis, Univ., Diss., Leipzig 1776.

Wisner, Sandra: The Invisible Hand. International Criminal Responsibility of Business Leaders for Aiding and Abetting the Forcible Transfer of Population in the Occupied Palestinian Territory, en: JICJ 15 (2017), pp. 343-359.

Wittig, Petra: Zu Legitimation und Grenzen eines rechtsstaatlichen Wirtschaftsvölkerstrafrechts, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 241-262.

Zerbes, Ingeborg: Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf– und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelnstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, pp. 205-242.

Zugaldía Espinar, José Miguel: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Valencia: Tirant lo Blanch 2013.

II OTRAS FUENTES (INFORMES DE ORGANIZACIONES ESTATALES Y NO ESTATALES, ETC.)

Aceves et al., Amici Curiae Brief in der Sache *Presbyterian Church of Sudan v Royal Dutch Petroleum*, accessible en http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/07/09-1262_Amicus-brief-of-International-Law-Scholars-William-Aceves-et-al.pdf (último acceso: 25.3.2018).

CESCR, General Comment 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24, 10 agosto de 2017, accesible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en (último acceso: 25.03.2018). [versión en castellano: CDESC, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, accesible en http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOuuG4TpS9jwIhCJcXiumBy835dMBXxx3qbFbFIQsxmftFUOg56%2F9JM1LMnnqJ1PRyKELBcKJtCKvrXnf%2FIH (último acceso: 14.05.2018)]

CoE, Human Rights and Business, Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States adopted on 2 March 2016, accessible en https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/1302-human-rights-and business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html (último acceso: 01.05.2018).

Comissão Nacional da Verdade, Relatório da CNV: Volume II, Textos temáticos, diciembre de 2014.

CRC, General Comment 16, State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013 [versión en castellano: *CDN*, Observación general N.° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, accesible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en(último acceso: 14.05.2018)]

EP, Resolution of 25 October 2016 on corporate liability for serious human rights abuses in third countries (2015/2315 (INI)), accessible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0405+0+DOC+PDF+VO//EN (último acceso 01.05.2018).

HRC, General Comment 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, accesible en http://

docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPl2mLFDe6ZSwMMvmQGVHA%3D%3D (último acceso: 25.3.2018).

– Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, Annex, accessible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf (último acceso: 25.3.2018) [versión en castellano: *CDH*, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, accesible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (último acceso: 14.05.2018)]

ICC/OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations, 1 de noviembre de 2013.

– Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 de septiembre de 2016.

ICJ, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 1: Facing the Facts and Charting the Legal Path, 2008.

– Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 2: Criminal Law and International Crimes, 2008.

ILA, Third Report of the Committee on Non State Actors, 2014.

ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, adoptado en la 53.ª session 2001, en Yb ILC, 2001, vol. II, Part Two.

– Sixty-ninth Session, Third report on crimes against humanity, A/Cn.4/704, 23 de enero de 2017, Annex I.

ILO, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) – 5th Edition (2017), accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/–ed_emp/–emp_ent/–multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, último acceso 1.4.2018 [versión en castelllano: OIT, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, accessible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/–ed_emp/–emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf].

Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (*Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht, Henssler et al.*), Köln 2017 (cit. como *Kölner Entwurf*), accesible en http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html (último acceso: 25.03.2018), publicado en NZWiSt. 2018, 1.

Memória, Verdade, Justiça, Reparação, A aliança empresarial-militar contra os trabalhadores: O caso Volkswagen, September 2015, accesible en http://

rosaluxspba.org/wp-content/uploads/2015/09/JornalVolks-Grafica.pdf (último acceso: 25.3.2018).

OECD, Weak Governance Zones – Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises, 8 de junio de 2006, accesible en http://www.oecd.org/daf/inv/mne/weakgovernancezones-riskawarenesstoolformultinationalenterprises-oecd.htm (último acceso: 25.3.2018).

– Working Group on Bribery in International Business Transactions, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Annex I: Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26 de noviembre de 2009.

– OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 [versión en castellano: OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Revisión 2011, accesible en https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf (último acceso: 14.05.2018)]

– OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, 3.ª ed. 2016 [versión en castellano: OCDE Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo, 3.ª ed. 2016, accesible en https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/2017/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3_es_tr.pdf (último acceso: 14.05.2018)]

Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Report on the first session, A/HRC/31/50, 5.2.2016.

Rat der Europäischen Union, Entwurf von Schlussfolgerungen des Rats über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rats im Bereich des Strafrechts, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, 27.11.2009.

U.S. Department of Justice – The Deputy Attorney General, Memorandum «Bringing Criminal Charges against Corporations», Washington D.C., 16.6.1999 (cit. como «*Holder* Memorandum»), accessible en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF (último acceso: 25.3.2018).

U.S. Department of Justice – Office of the Deputy Attorney General, Memorandum «Individual Accountability for Corporate Wrongdoing», Washington D.C., 9.9.2015 (cit. als «*Yates* Memorandum»), accessible en https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download (último acceso: 25.3.2018).