

Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario

Éric Mongelard*

Éric Mongelard es titular de una Maestría en Derecho Internacional Humanitario (Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra) y miembro del Colegio de Abogados de Quebec.

Resumen

El hecho de que, en la gran mayoría de los casos, las violaciones del derecho internacional humanitario sean juzgadas por tribunales penales no significa que esas violaciones no comporten una responsabilidad civil. En el presente artículo, el autor analiza el concepto de la responsabilidad civil de las empresas implicadas en violaciones del derecho internacional humanitario, pasando revista para ello a las diferentes cuestiones jurídicas que plantean este concepto y su aplicación, tanto en los sistemas basados en el derecho continental europeo como en el common law.



En los últimos años, se ha debatido e informado mucho en los medios de comunicación sobre las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los Estados y la cuestión de la responsabilidad penal individual

* El autor desea agradecer a los profesores Marco Sassòli y Éric David sus valiosos comentarios de diversos borradores de este artículo.

por esas violaciones. El tema de la responsabilidad de las empresas atrae también ahora mucho la atención de los medios informativos. La responsabilidad civil de las empresas¹ y las violaciones del derecho internacional humanitario son, pues, conceptos familiares no sólo para los jurisconsultos, sino también para el público en general. Sin embargo, rara vez se los aborda juntos, aunque las empresas operan cada vez más en lugares donde era impensable que lo hicieran hace sólo algunos años, sobre todo en zonas de conflicto armado. Si bien el hecho de que las compañías trabajen en zonas de conflicto o en apoyo de las fuerzas armadas no constituye un fenómeno totalmente nuevo, el conflicto en Irak, donde las compañías extranjeras que ofrecen servicios de seguridad y otros servicios de apoyo aparecieron en escena casi al mismo tiempo que el ejército de Estados Unidos, es un ejemplo extremo del papel que las entidades privadas pueden cumplir durante las hostilidades.

Las empresas pueden desempeñar muchos papeles diferentes en un conflicto armado y se puede recabar su participación en éste de diversas maneras. En las primeras etapas, pueden ser una fuente de ingresos para los beligerantes, lo que contribuye a veces a que el conflicto se prolongue más de lo que lo habría hecho sin esa participación. En Colombia, por ejemplo, las compañías petroleras fueron obligadas a pagar un tributo especial para restablecer la ley y el orden, que adoptó la forma de un impuesto especial de 1,25 dólares por barril. En 1996, ese impuesto proporcionó al Gobierno colombiano un total de 250 millones de dólares². Se puede afirmar que, en Angola, durante los diez últimos años de conflicto, los beligerantes pudieron seguir luchando sólo por los ingresos que la parte gubernamental obtenía de las compañías petroleras que explotaban los yacimientos submarinos de petróleo, así como por los que De Beers proporcionaba a la entonces fuerza rebelde UNITA, que controlaba las minas de diamantes³.

Las compañías también pueden participar indirectamente en un conflicto armado sufragando las fuerzas de seguridad especialmente encargadas de proteger a sus miembros y sus instalaciones. Este tipo de financiación puede acordarse sea por medio de la firma de contratos entre la compañía y el Ministerio de Defensa, por ejemplo, o, tácitamente, mediante la prestación de servicios gratuitos por la compañía a las unidades militares encargadas de su seguridad⁴. En ese caso, ¿son responsables las compañías si sus equipos son utilizados por el ejército para cometer violaciones del derecho internacional humanitario? Esa es una de las preguntas a las

1 En este artículo, los términos “empresas”, “compañías” y “multinacionales”, cuyas definiciones jurídicas no deseamos abordar, se utilizan de manera intercambiable. Sólo los empleamos para referirnos a toda persona jurídica que ejerza una actividad comercial. El término “empresarial” también se utiliza aquí con esa connotación general.

2 “Colombia: Human rights concerns raised by the security arrangements of transnational oil companies”, Human Rights Watch, www.hrw.org/advocacy/corporations/colombia/Oilpat.htm (consultado el 28 de mayo de 2006).

3 BBC, “Fuelling the war: diamonds and oil”, 28 de enero de 1999, www.news.bbc.co.uk/l/hi/special_report/1999/01/99/angola/264228.stm (consultado el 28 de mayo de 2006).

4 En Colombia, p.ej., un consorcio de compañías petroleras firmó un contrato con el ejército colombiano por 2 millones de dólares anuales, a pagar en efectivo o en especie, entre otras formas, mediante equipamientos, transportes de tropas y horas de vuelo de helicópteros. *Human Rights Watch*, nota 2 supra.

que se propone responder el presente artículo.

Por último, se puede considerar que una compañía participa en un conflicto cuando contrata empresas de seguridad privadas o ella misma es una empresa militar privada que ha firmado un contrato con el Gobierno para prestar servicios militares. ¿Qué significa, en la práctica, que puede considerarse que una empresa ha cometido una infracción del derecho internacional humanitario? ¿Qué responsabilidad tiene la compañía en tal caso?

Las violaciones graves del derecho internacional humanitario suelen ir asociadas a una responsabilidad penal. Sin embargo, no debe olvidarse que algunos países no reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, que, además, la responsabilidad civil ofrece algunas ventajas. Si se iniciaran acciones civiles contra las compañías y los tribunales las condenaran a pagar grandes cantidades de dinero por daños y perjuicios, se podría inducirlas a responsabilizarse más y a cambiar su cultura empresarial; los accionistas también concienciarían más de sus responsabilidades, pues verían disminuir sus ganancias y temerían perder sus inversiones. Además, existe el aspecto práctico de la acción civil, que habilita a las víctimas o a sus representantes a solicitar una instrucción penal. Esto es particularmente importante en sistemas judiciales que no tienen un mecanismo para que las víctimas inicien procesos penales. Por otro lado, una acción civil permite a las víctimas obtener compensación material por los daños sufridos, mientras que otros sistemas jurídicos no incluyen esta posibilidad en los procesos penales. Por último, el criterio para tomar una decisión en un proceso civil es la preponderancia de la prueba, mientras que, en un juicio penal, la existencia de dudas razonables es suficiente para impedir un fallo condenatorio. De modo que una acción civil ofrece un camino más fácil para que las víctimas obtengan la compensación moral que implica el reconocimiento de responsabilidad por un tribunal.

Para examinar la cuestión de la responsabilidad civil de las empresas, hay que considerar tres aspectos: las bases jurídicas de la responsabilidad civil de las empresas, en particular en qué medida el derecho internacional puede crear obligaciones para las compañías y si existe una obligación general de reparar las violaciones del derecho internacional humanitario; la determinación de la responsabilidad por una violación del derecho internacional humanitario; y la exigencia de esa responsabilidad ante los tribunales nacionales, es decir, la determinación del derecho aplicable y de la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por empresas.

Bases jurídicas de la responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario

En todo sistema jurídico, el incumplimiento de un compromiso, un contrato o un tratado genera una obligación para la parte infractora, consistente, en general, en indemnizar todo daño causado. Varios autores contemporáneos opinan que la responsabilidad puede considerarse hoy como un principio general

de derecho⁵. Tanto la Corte Internacional Permanente de Justicia como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, confirmaron hace tiempo que la consecuencia de un acto ilícito lesivo era la obligación de reparar⁶. Este principio general ha sido codificado recientemente en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de la CDI)⁷, ulteriormente aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸.

El caso específico del derecho internacional humanitario

Mucho antes de que la CDI lo codificara, el principio de la obligación de reparar se formuló expresamente en el contexto específico del derecho internacional humanitario, en el artículo 3 del IV Convenio de La Haya de 1907⁹.

Al examinar los informes de la Conferencia de la Paz de La Haya, puede comprobarse que la intención de los delegados no era establecer un principio, sino más bien ampliar el precepto existente en el derecho privado de que un jefe es responsable de los actos de sus subordinados en lo referente a las infracciones de las leyes y los usos de la guerra¹⁰. La primera parte de ese artículo no es más que una reiteración del principio general de responsabilidad estatal. Sus disposiciones fueron confirmadas luego por el artículo 91 del Protocolo adicional I de 1977, que es, en lo esencial, una repetición del mencionado artículo 3 del Convenio de La Haya¹¹. De todos modos, los Convenios de Ginebra de 1949, que hacen hincapié

5 “Hoy en día, se puede considerar la responsabilidad como un principio general de derecho internacional, concomitante a las normas sustantivas y a la suposición de que los actos u omisiones pueden ser categorizados como ilegales respecto de las normas que establecen los derechos y las obligaciones”, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^a ed, Oxford University Press, p. 420. V. también Q. D. Nguyen, P. Dallier y A. Pellet, *Droit international public*, París, LGDJ, p. 762: “Todo orden jurídico supone que los sujetos comprometen su responsabilidad cuando sus comportamientos atentan contra los derechos y los intereses. Esta idea es equitativa e irrefutable”.

6 *Case concerning the Factory at Chorzow*, Corte Permanente Internacional de Justicia, 1927: “Es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso implica una obligación de reparar de forma adecuada”, *Corfu Channel Case*, [1949], CIJ Rep., p. 23: “estas graves omisiones implican su [de Albania] responsabilidad internacional. El Acuerdo Especial pide a la Corte que diga si, basándose en esto, Albania tiene “alguna obligación” de “pagar una indemnización” al Reino Unido... La Corte respondió afirmativamente”.

7 El art. 1 del Proyecto de la CDI estipula que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

8 Aprobado en 2001, figura en el anexo de la Resolución de la Asamblea General 56/83, A/RES/56/83.

9 Convenio (IV) de La Haya sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

10 El informe del Segundo Comité, que estudió este artículo, muestra que la propuesta de Alemania (futuro artículo 3) era hacer extensivo al derecho internacional, por lo que respecta a todas las violaciones del Reglamento de La Haya, el principio del derecho privado de que un jefe es responsable de sus subordinados o agentes. Este principio parece haber sido aceptado, dado que, según el informe, la propuesta de Alemania no halló oposición. F. Kalshoven, “State responsibility for warlike acts of armed forces”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, p. 832.

11 Cabe señalar que el artículo 91 amplía el ámbito de este principio a otras infracciones del derecho internacional humanitario y a las guerras para la libre determinación de los pueblos, mencionadas en el artículo 1 (4) de ese Protocolo.

por lo que respecta al enjuiciamiento y castigo por la responsabilidad penal de los individuos, contienen un artículo referente a la responsabilidad estatal¹².

En virtud del principio general de responsabilidad estatal y de las diversas disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, el Estado tiene la obligación de reparar todo hecho internacionalmente ilícito cometido por él o que resulte de la conducta de sus agentes.

Obligaciones de las empresas según el derecho internacional

La cuestión aquí es determinar si, según el derecho internacional, las entidades no estatales pueden ser responsabilizadas por violaciones del derecho internacional humanitario y, en tal caso, si existe una obligación concomitante de reparar. Por lo tanto, debemos analizar en qué medida el derecho internacional tipifica obligaciones para las entidades no estatales¹³.

En el siglo XIX, el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados: según el punto de vista tradicional, sólo los Estados y sus agentes podían estar obligados por el derecho internacional. Sin embargo, la proliferación de actores no estatales en la escena internacional, tales como los grupos armados y las empresas multinacionales, que ejercen un poder económico y social incluso mayor, ha hecho que el derecho internacional se interese por ese tipo de entidades¹⁴. Los individuos tenían sin duda obligaciones específicas, según el derecho internacional, mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, pero desde entonces, las instancias de los nuevos derechos y obligaciones de las personas estipulados por el derecho internacional han aumentado considerablemente. La gran expansión del derecho internacional de los derechos humanos en los dos decenios posteriores a dicha guerra evidencia que el objetivo del derecho internacional no es sólo regular las relaciones entre los Estados, sino también entre los Estados y los individuos.

12 “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.” Art. 51 del Convenio de Ginebra I del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; art. 52, Convenio de Ginebra II del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el Mar; art. 131, Convenio de Ginebra III del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; art. 148, Convenio de Ginebra IV del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. La intención de los autores, al incluir esa disposición, no era repetir el artículo 3 del Convenio de La Haya, sino especificar que la observancia de la obligación de enjuiciar a los perpetradores de violaciones graves no exonerá a los Estados de las obligaciones que tienen en virtud del artículo 3 del Convenio de La Haya.

13 Las personas jurídicas y, por ende, las empresas, compañías, etc. son entidades no estatales. La expresión “entidades no estatales” puede incluir también a los grupos armados. Otros actores no estatales son los individuos armados. Una parte importante del debate sobre el lugar que ocupan los actores no estatales en el sistema jurídico internacional se refiere a la cuestión de su personalidad jurídica, es decir, a si están sujetos o no al derecho internacional. No abordaré este problema aquí, puesto que no tiene mucha relación con la cuestión de las obligaciones en virtud del derecho internacional.

14 P. Muchlinski, “Human rights and multinationals: is there a problem?”, *International Affairs*, vol. 77, 2001, p. 31.

Un examen de la Declaración Universal de Derechos Humanos parece, pues, indicar que el derecho internacional puede asignar obligaciones a los actores no estatales. El uso de la expresión “tanto los individuos como las instituciones”¹⁵ en el preámbulo la interpretan algunos¹⁶ como una prueba de que los autores pretendían que las disposiciones de la Declaración sean aplicables a todos los actores no estatales y, por lo tanto, también a las empresas¹⁷. Análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos vinculantes, contienen en el primer párrafo de su artículo 5 común¹⁸ claramente la disposición de que ningún “grupo” deberá “emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades” reconocidos en los Pactos citados. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que, en relación con el derecho a una alimentación adecuada, todos los miembros de la sociedad, incluido el sector privado, tienen responsabilidades¹⁹. Si se acepta la interpretación del Comité, las entidades no estatales tienen responsabilidades en virtud del Pacto, aunque no sean Partes en éste.

La evolución del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario desde la Segunda Guerra Mundial ha demostrado, además, que el derecho internacional no se aplica sólo a los Estados, sino también a las entidades no estatales y, en particular, a los individuos²⁰. Esa tendencia ha continuado en los últimos diez años, con la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda²¹ por el Consejo de Seguridad de la ONU y la aprobación

15 “Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

16 Louis Henkin sostiene que el término “instituciones”, utilizado en el preámbulo de dicha Declaración, incluye a las personas jurídicas y, por lo tanto, a las empresas, y que, por ende, la Declaración les es aplicable. Citado en *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, International Council on Human Rights Policy, Versoix, 2002, p. 58.

17 Cabe señalar que, a pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos no es, en sí, un instrumento jurídicamente vinculante, es el instrumento de derecho indicativo más importante, puesto que tiene un valor moral indiscutible en cuanto que constituye es la base misma del derecho internacional de los derechos humanos moderno.

18 “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario general 12: El derecho a una alimentación adecuada, 12/05/1999, E/C.12/1999/5.

20 V.g., los Tribunales Militares Internacionales para Alemania (Nuremberg) y el Extremo Oriente (Tokio) y la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que incluyen un artículo sobre el enjuiciamiento penal de quienes hayan cometido infracciones graves de los Convenios.

21 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia se constituyó en virtud de las Resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad (S/RES/808 y S/RES/827) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cumplimiento de la Resolución 955 (S/RES/955).

del Estatuto de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional (CPI). En el contexto de los conflictos armados no internacionales, el derecho internacional humanitario impone obligaciones no sólo a los individuos, sino también a otros actores no estatales, en particular a los grupos armados. El artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra y las disposiciones del Protocolo adicional II se aplican directa y automáticamente a todas las partes en un conflicto internacional, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación.

La idea de que el derecho internacional se aplica a los actores no estatales y, por ende, a las empresas, y de que éstas tienen obligaciones y responsabilidades en virtud de ese derecho no plantea, por consiguiente, un problema conceptual. Además, hay algunas otras convenciones que establecen explícitamente obligaciones para las compañías en ámbitos específicos²². La primera es la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, cuyo artículo 1 se refiere a “las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”²³. El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación contiene una disposición a fin de que las Partes prohíban “a todas las personas” transportar o eliminar desechos peligrosos, a menos que estén autorizadas a hacerlo²⁴. Otra convención, concerniente al sector marítimo, establece la responsabilidad civil de los propietarios de buques por los daños causados por las contaminaciones que puedan provocar los hidrocarburos²⁵. Por último, en el artículo 10 de la Convención más reciente de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional²⁶, aprobada por la Asamblea General el año 2000, se estipula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Todos estos tratados confirman la tesis de que el sistema jurídico internacional puede definir lo que constituye un crimen o un delito civil por parte de una compañía²⁷.

Por otro lado, existen numerosos instrumentos de “derecho indicativo” que se ocupan exclusivamente de la responsabilidad de las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos. Mencionemos aquí sólo tres. La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, que es un documento especial²⁸, en el sentido de que no es

22 B. Stephen, “The amorality of profit: transnational corporations and human rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 69.

23 Art. 1, párr. 2: “Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”.

24 Art. 2: “Por “persona” se entiende toda persona natural o jurídica”.

25 Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 29 de noviembre de 1969.

26 A/RES/55/25.

27 A. Clapham, “The question of jurisdiction under criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, en Menno T. Kamminga y Saman Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 178. V. también B. Stephen, nota 22 supra, p. 70.

28 Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en su 204º período de sesiones (Ginebra, noviembre de 1977). V., en particular, el art. 8.

sólo una expresión de la voluntad de los Estados, dado que fue aprobado por consenso por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, del que forman parte representantes de los empleadores y trabajadores de los Estados miembros y, por ende, también del sector privado. Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, elaboradas en 1976 y revisadas en 2000, subrayan la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades²⁹. Por último, las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos³⁰, adoptadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 55º período de sesiones de 2003, son particularmente pertinentes, puesto que estipulan que las empresas “no cometerán ni se beneficiarán” de violaciones del derecho internacional humanitario³¹.

La obligación de las empresas de reparar según el derecho internacional

Por consiguiente, las personas jurídicas tienen obligaciones en virtud del derecho internacional, o al menos existe una fuerte tendencia en ese sentido. Sin embargo, en la práctica, ninguno de los instrumentos antes mencionados establece un mecanismo para exigir ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse ni estipula ninguna obligación de las empresas de reparar; dejan a los Estados Partes en los tratados la tarea de cómo aplicar las normas. Así pues, si bien es posible concluir que las empresas tienen la responsabilidad, según el derecho internacional, de reparar los daños resultantes por infringir sus obligaciones internacionales, es más difícil afirmar que un mecanismo establecido por el derecho internacional vela por el cumplimiento de esa obligación. No obstante, varios textos internacionales recientes que hacen referencia explícita a la obligación de reparar parecen apoyar esta demanda. Un ejemplo son las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, que establecen que “las empresas transnacionales... proporcionarán una compensación... a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las Normas”³². Otros dos instrumentos también parecen confirmar la hipótesis de que, según el derecho internacional, las entidades no estatales están obligadas a reparar los daños resultantes de una infracción del derecho internacional.

29 Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, párr. 1. V. también Policy Brief: *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: A Key Corporate Responsibility Instrument*, OCDE, septiembre de 2003, disponible en www.oecd.org/dataoecd/52/38/2958609.pdf (consultado el 7 de febrero de 2006).

30 E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

31 Ibíd., párr. 3.

32 Ibíd., párr. 18: “Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las presentes Normas mediante, entre otras cosas, la indemnización, la restitución, la retribución y la rehabilitación por todo daño irrogado o todo bien esquilmando”.

El primero de ellos son los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones³³, cuyo objetivo es definir los mecanismos que permitan obtener reparación a las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Según esos principios básicos, los Estados están obligados a velar por que las víctimas tengan “acceso efectivo a la justicia”, independientemente de quién resulte en definitiva responsable de la infracción³⁴, y “ejecutar las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos”³⁵. Esas entidades pueden ser empresas.

Por último, el artículo 75 del Estatuto de Roma de la CPI parece confirmar la tendencia en favor del reconocimiento de la obligación de las entidades no estatales de reparar con arreglo al derecho internacional. El artículo 75 afirma que “[l]a Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas”. Según las Reglas de procedimiento y prueba, la Corte puede otorgar reparaciones tomando en cuenta el alcance y la magnitud del daño, la pérdida o la lesión; las órdenes de reparación serán dictadas directamente contra el condenado³⁶. A pesar de que estas sentencias de reparación se pronuncian en el marco de procedimientos penales, se desprende de lo dicho que requieren los mismos elementos que un laudo de indemnización en un proceso civil. La persona contra la cual se pronuncia el fallo de reparación debe haber cometido un acto ilícito y ese acto tiene que haber ocasionado el daño. El debate que tuvo lugar durante la negociación del Estatuto de Roma ilustra la divergencia de los puntos de vista de las delegaciones acerca del tipo de reparación que debe imponerse. Algunas delegaciones veían las reparaciones como una manera de que las víctimas interpongan una demanda civil a través de la Corte contra la persona responsable de los crímenes, mientras que otras consideraban las reparaciones como una sanción adicional pronunciada por la Corte. Se impuso la primera interpretación, es decir, que las reparaciones se otorguen de forma individual, salvo cuando la Corte considera más apropiada una sentencia de reparación sobre una base colectiva o una combinación de ambas³⁷.

Antes del Estatuto de Roma de la CPI, no había un mecanismo jurídico internacional que permitiera a las víctimas presentar demandas de reparación contra la persona directamente responsable de una infracción³⁸. A pesar de que, tal y como la impone el derecho internacional, esa obligación de reparar sólo se aplica a los individuos condenados por un crimen, nada indica que no pueda

33 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147.

34 Ibid., principios 1 y 3.

35 Ibid., principio 17.

36 Arts. 97 y 98 de las Reglas de procedimiento y prueba.

37 P. Lewis y H. Friman, “Reparations to victims”, en R. S. Lee, *The International Criminal Court*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 483.

38 Ibid., pp. 474-475.

imponerse a una persona jurídica. Francia presentó una propuesta para que la Corte tenga jurisdicción sobre las personas jurídicas, pero la retiró después de largas negociaciones, debido al debate conceptual en torno a si las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal³⁹. Si se hubiera aceptado esa propuesta y se hubiera atribuido a la Corte competencia sobre las personas jurídicas, la obligación de reparar, estipulada en el artículo 75, se habría aplicado a éstas *ipso facto*. No se puede pasar por alto esa disposición, ya que forma parte de un instrumento que tiene fuerza de ley así como de un mecanismo de aplicación; además, puede considerarse que el Estatuto de Roma expresa la *opinio juris* de los Estados en muchos ámbitos⁴⁰, dado el gran número de países que lo han firmado y ratificado⁴¹.

De lo dicho puede concluirse que el derecho internacional puede establecer, mediante tratados, normas que ríjan las actividades de las empresas, en la medida en que les imponen ciertas obligaciones. En todos los tratados que abordan la cuestión de las obligaciones de las empresas, la tarea de tomar medidas legislativas para aplicar la responsabilidad penal o civil de las empresas recae en los Estados. A pesar de la carencia de mecanismos internacionales de aplicación, se advierte una tendencia en el derecho internacional a considerar que las entidades no estatales que violan las obligaciones dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario tienen efectivamente la obligación de reparar.

Imputabilidad de una violación del derecho internacional humanitario a una empresa

Como hemos visto, una empresa puede tener obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario. Sin embargo, antes de que se la pueda declarar responsable, ha de poder imputársele una infracción de ese derecho. Este es uno de los tres elementos fundamentales requeridos para la responsabilidad civil, es decir un acto ilícito, un daño y la relación causal entre ambos. Una violación del derecho internacional humanitario que constituya un acto ilícito puede ser el resultado de las propias acciones de la empresa o, en algunos casos, de la acción de terceros.

Responsabilidad por sus propias acciones

A primera vista, es difícil imaginar cómo una empresa, que es una entidad abstracta, no física, podría cometer una violación del derecho internacional humanitario directamente, es decir por sus propios actos. En la mayoría de los casos, las violaciones del derecho internacional humanitario son atribuibles ya sea a una parte en el conflicto⁴² o, conjuntamente, a un individuo y a una parte en el

39 Para más información sobre esas negociaciones y la propuesta de Francia, v. A. Clapham, "The question of jurisdiction under criminal law over legal persons", en Kamminga y Zia-Zarifi, nota 27 *supra*.

40 *Prosecutor v. Anto Furudnjija*, IT-95-17/1/T, Sala de Instrucción II, 10 de diciembre de 1998, párr. 227.

41 Al 28 de mayo de 2006, 139 Estados habían firmado el Estatuto de Roma y 100 lo habían ratificado.

42 Es difícil imaginar cómo la inobservancia de las garantías fundamentales establecidas en el artículo 75 del Protocolo I, u otras obligaciones que son responsabilidad únicamente de las Altas Partes Contratantes, podrían ser atribuidas a una empresa.

conflicto⁴³. También se puede responsabilizar a una empresa por actos cometidos por sus empleados, pero esta cuestión será analizada más adelante.

Así pues, ¿qué tipo de actos son directamente imputables a una empresa? El mejor lugar para buscar una respuesta a esta pregunta son las sentencias dictadas por los Tribunales Militares de Estados Unidos en Nuremberg (TMN) constituidos tras la Segunda Guerra Mundial. La *Allied Control Council Law No. 10* habilitó a las autoridades ocupantes a juzgar a todas las personas sospechosas de haber cometido crímenes, incluidos los crímenes de guerra, en sus respectivas zonas de ocupación⁴⁴. Así pues, los tribunales no podían inculpar a las empresas como tales por los crímenes que pudieran haber cometido. Sin embargo, para poder condenar a los altos directivos, el Tribunal tuvo que examinar las acciones de las empresas. Un tribunal militar estadounidense constituido en virtud de la *Allied Control Council Law No. 10* oyó tres causas⁴⁵ concernientes a empresarios alemanes, dos de las cuales son de particular interés en este contexto, ya que constituyen antecedentes para responsabilizar a las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario.

En el primero de los tres casos, doce altos directivos del conglomerado industrial alemán Krupp fueron acusados, entre otras cosas, de crímenes de expliación y pillaje de bienes públicos y privados en el territorio ocupado y de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por emplear, en condiciones inhumanas, a prisioneros de guerra, civiles extranjeros e internos de campos de concentración en fábricas de armas. En varias ocasiones, el tribunal tuvo que examinar las actividades de la propia para poder establecer la responsabilidad penal de las personas que la habían dirigido. El tribunal examinó en primer lugar la cuestión de la adquisición de bienes en Francia, Alsacia y Holanda por la empresa. En la sentencia, el tribunal hace varias veces referencia a las actividades de la empresa, en contraposición con la conducta individual de un empleado o de un alto cargo⁴⁶.

En relación con la compra de una empresa en Francia, el tribunal parece incluso haber atribuido un intento particular a Krupp como persona jurídica: “la correspondencia entre la firma Krupp y la oficina en París muestra la avidez de la empresa por comprar la fábrica de Austin y la propiedad en París”⁴⁷.

43 V.g., todos los actos que pueden ser cometidos por los combatientes, en particular las infracciones graves del derecho que dan lugar a responsabilidad penal individual de los autores y que implican la responsabilidad estatal.

44 *Allied Control Council Law No. 10*, 20 de diciembre de 1945.

45 *Trial of Friedrich Flick and Five Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 20 de abril–22 de diciembre de 1947, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. IX, pp. 1–68; *The I.G. Farben Trial*, *Trial of Carl Krauch and Twenty-two Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 14 de agosto de 1947–29 de julio de 1948, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. X, pp. 1–68; *The Krupp Trial*, *Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, Tribunal Militar de EE.UU., Nuremberg, 14 de agosto de 1947–29 de julio de 1948, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, vol. X, pp. 69–181.

46 A. Ramasastry, “Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon – an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 109.

47 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, United States Government Printing Office, Washington, 1950, p. 1351.

La conclusión del tribunal sobre la compra de esa empresa denota su opinión de que la empresa Krupp tenía la capacidad de actuar como tal y, por lo tanto, de participar en un crimen:

Concluimos, teniendo en cuenta las pruebas fidedignas de que disponemos, que la confiscación de la fábrica de Austin, basada en leyes antijudías de inspiración alemana y su subsiguiente ocupación por la compañía Krupp constituye una violación del artículo 48 del Reglamento de La Haya, que exige que se respeten las leyes en vigor en un país ocupado; que fue asimismo una violación del artículo 46 de ese Reglamento, que dispone que la propiedad privada debe respetarse; que la compañía Krupp, por medio de los acusados Krupp, Loeser, Houdremont, Mueller, Janssen y Eberhardt, participó voluntariamente y sin presiones en esas violaciones... y que no había justificación para tal acción⁴⁸.

Por último, al examinar las pruebas relativas a los actos de pillaje cometidos en Holanda, el tribunal volvió a referirse a actos cometidos por la empresa Krupp:

Concluimos que ha sido claramente establecido mediante pruebas fidedignas que, a partir de 1942, se cometieron actos ilícitos de explotación y pillaje en gran escala en Holanda por y en nombre de la compañía Krupp y que, en particular, entre septiembre, aproximadamente, de 1944 y la primavera de 1945, algunas empresas de Holanda fueron explotadas y saqueadas para el esfuerzo bélico alemán, de la manera más despiadada, sin consideración de la economía local y como consecuencia de una intención y un plan deliberados⁴⁹.

Estos extractos de la sentencia denotan sin duda que el tribunal reconoció que la empresa Krupp como tal había cometido el acto de pillaje.

En relación con la tercera acusación de que el grupo Krupp había utilizado en sus fábricas como mano de obra a prisioneros de guerra, trabajadores extranjeros e internados civiles de los campos de concentración, el tribunal se refirió tanto al trato que recibieron de la compañía y sus empleados, así como a su uso en fábricas de armamento. Sobre este último punto, los acusados alegaron en su defensa que se vieron forzados a utilizar a esos trabajadores en las fábricas del grupo, dado que, si se hubieran negado, habrían corrido el riesgo de que se confiscaran las fábricas y los bienes del grupo⁵⁰. Para refutar esa argumentación, el tribunal tuvo que considerar los actos de Krupp como empresa. El tribunal señaló que “no se trataba de negarse a aceptar una mano de obra asignada. Las empresas tenían que presentar demandas. Muchas fábricas de armamento no quisieron. La empresa Krupp buscó obreros en los campos de concentración, debido a la escasez de mano de obra que había entonces en Alemania”⁵¹.

48 Ibid., pp. 1351-1352.

49 Ibid., p. 1370 (el subrayado es nuestro).

50 Ramasasty, nota 46 *supra*, p. 112.

51 *The Krupp Trial*, nota 47 *supra*, p. 1412.

El tribunal concluyó que la casa Krupp tenía un “ferviente deseo” de utilizar trabajadores forzados. Esta conclusión deja claro que el tribunal intentó imputar la intención a la persona jurídica de la empresa, a fin de demostrar que ese propósito procedía de la directiva. El hecho de que el tribunal estimara que la empresa Krupp había planificado y deseado utilizar a los prisioneros de guerra para trabajar en sus fábricas de armas, contraviniendo las leyes y las costumbres de la guerra ya vigentes en aquella época⁵², muestra que una compañía puede ser responsabilizada por una infracción del derecho internacional humanitario⁵³.

En el asunto *I.G. Farben*, veintitrés miembros de la dirección de la compañía química y farmacéutica alemana fueron acusados, entre otras cosas, de crímenes de guerra, pillaje y expoliación de bienes públicos y privados en territorios ocupados, así como de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por haberse servido de trabajadores forzados. El tribunal basó varias de sus conclusiones en el papel de I. G. Farben como persona jurídica. Si bien no hizo referencia a las actividades de la compañía en relación con la acusación de utilizar mano de obra forzada, limitándose al papel directo de los acusados en negociaciones y reuniones sobre ese asunto⁵⁴, sí lo hizo ampliamente cuando se abordaron los cargos por pillaje:

*Por lo que respecta a los cargos del presente auto de acusación sobre las actividades de Farben en Polonia, Noruega, Alsacia-Lorena y Francia, consideramos que la prueba deja fuera de toda duda razonable que Farben cometió delitos contra la propiedad, tal y como se los define en la Control Council Law Nº 10, y que esos actos estaban relacionados con la política alemana para los países ocupados, de la que formaban parte inseparable, como acabamos de exponer.*⁵⁵

Además, el tribunal dictaminó que la empresa era responsable de una violación específica del artículo 47 del Reglamento de La Haya, que prohíbe el pillaje⁵⁶. El tribunal no interpretó que esa infracción podía ser cometida únicamente por la potencia ocupante. El tribunal consideró que una persona jurídica tenía la capacidad de infringir las leyes y costumbres de la guerra⁵⁷ y que el derecho

52 Art. 6 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante, Reglamento de La Haya).

53 Ramasastry, nota 46 *supra*, p. 112.

54 *The I. G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-two Others*, nota 45 *supra*, pp. 53-61.

55 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, nota 47 *supra*, p. 1141 (el subrayado es nuestro).

56 “Esa infracción por parte de Farben constituyó una violación de los derechos de la propiedad privada, protegida por las leyes y las costumbres de la guerra” (el subrayado es nuestro), *Trials of War Criminals*, nota 47 *supra*, p. 1140.

57 “Cuando las personas privadas, *incluidas las personas jurídicas*, proceden a explotar la ocupación militar adquiriendo una propiedad privada contra la voluntad y sin el consentimiento del propietario anterior, y esa acción no está expresamente justificada por ninguna disposición aplicable del Reglamento de La Haya, ello constituye una violación del derecho internacional... Cuando una persona *privada o una persona jurídica* participa en una confiscación ilícita de bienes privados o públicos, planificando y ejecutando un propósito claramente definido de adquirir esos bienes en forma permanente, la adquisición, en esas circunstancias subsiguientes a la confiscación, constituyen una conducta que infringe el Reglamento de La Haya” (el subrayado es nuestro), ibid., p. 1132.

internacional humanitario era aplicable *ipso facto* a una empresa⁵⁸.

Del fallo del tribunal militar estadounidense puede deducirse, por consiguiente, que el crimen de guerra de pillaje se le podía imputar directamente a I.G. Farben como empresa, aunque el tribunal no tuviera jurisdicción sobre las personas jurídicas⁵⁹.

Estos dos fallos muestran que las empresas pueden ser imputadas por violaciones del derecho internacional humanitario, sobre todo por crímenes de guerra, como en este caso, por pillaje y uso de trabajo forzado.

Responsabilidad secundaria

Una persona jurídica puede ser responsabilizada por una violación del derecho internacional humanitario no sólo por sus propios actos, sino, en ciertos casos, por actuaciones de sus empleados o de otras entidades, empresas, grupos armados o incluso de un Estado. Para que una empresa sea considerada al menos parcialmente responsable, han de cumplirse algunas condiciones. Analicemos a continuación los diversos casos en que una violación puede atribuirse a una empresa.

Responsabilidad civil subsidiaria. Es un principio del derecho privado según el cual un superior es responsable de los actos de sus subordinados. En los sistemas jurídicos nacionales también se denomina el principio de responsabilidad vicaria. Este tipo de responsabilidad existe asimismo en el derecho internacional en forma de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos. En el segundo capítulo del Proyecto de la CDI⁶⁰ se aborda la responsabilidad por actos de órganos de un Estado o de personas o entidades que ejercen funciones públicas. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por terceros, el hecho de que el derecho se aplique a nivel nacional significa que la atribución de la responsabilidad se regirá por las normas de derecho civil de los sistemas jurídicos nacionales⁶¹. En el derecho quebequés, por ejemplo, el principio correspondiente aparece en el artículo 1.463 del Código Civil de Quebec: “El superior es responsable de reparar los daños resultantes de faltas de sus agentes y empleados en el cumplimiento de sus funciones, aunque le conserva la posibilidad de recurrir contra ellos”. Este artículo tipifica una presunción de responsabilidad del superior, en este caso la empresa, por actos de terceros; de modo que no es necesario que el superior haya cometido algún acto ilícito para establecer esa responsabilidad⁶². En el *common law*, el sistema de responsabilidad civil, que se ocupa de la responsabilidad no contractual, también reconoce este principio, denominado principio del *respondeat*

58 Clapham, nota 27 *supra*, p. 169.

59 *Ibid.*, p. 171, y Ramasastry, nota 46 *supra*, p. 107.

60 V. nota 13 *supra*.

61 V. más adelante.

62 J. L. Baudouin, *La responsabilité civile*, cuarta ed., Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1994, p. 342. Este principio está codificado en casi todos los sistemas de derecho civil; v., p. ej., el art. 2.049 del Código Civil italiano.

superior. Las condiciones que deben cumplirse para que el principio sea aplicable son más o menos las mismas que en el sistema de derecho civil que se describe más adelante⁶³. Para que haya responsabilidad, deben cumplirse tres condiciones en forma acumulativa, a saber, que sea: un acto ilícito por parte del empleado, que exista una relación de subordinación y que el agente haya causado el daño en el ejercicio de sus funciones. A primera vista, esas condiciones parecen relativamente claras, pero la segunda y la tercera merecen un examen más detenido. La relación contractual no es particularmente importante para determinar la existencia de una relación de subordinación. Lo que ha de establecerse es más bien la autoridad del superior sobre el agente, así como la tarea de éste y el método utilizado para cumplir sus funciones⁶⁴. El superior debe tener el poder de supervisión, autoridad y control de la manera en que el agente efectúa su trabajo. De ahí que la relación de subordinación entre una empresa y un subcontratista puede ser más difícil de establecer. La independencia del subcontratista, a quien se confían ciertas tareas es, con frecuencia, incompatible con el grado de control requerido para que se aplique la presunción de la responsabilidad del superior⁶⁵. Obviamente, si se puede probar que el superior conserva un grado de control de las actividades de su subcontratista que satisfaga los criterios mencionados, el superior puede ser imputable.

La noción de “cumplimiento de sus funciones” también plantea algunas dificultades. El criterio que se considera más seguro a los fines de determinar si el acto se cometió en el cumplimiento de las funciones del agente es la prueba del “propósito de la actividad del empleado”. Si el acto ilícito se cometió en beneficio del agente y del superior, o sólo en beneficio de este último, se presumirá que se ha cometido en el cumplimiento de las funciones del agente. En cambio, si se estima que el acto fue sólo en beneficio del agente, no se hará esa presunción⁶⁶. Como se ha señalado, cuando el empleado desobedece o desatiende deliberadamente las órdenes del empleador, éste no incurrirá en responsabilidad. Sin embargo, esto no es necesariamente así. El criterio que se aplica es siempre el propósito del acto, ya que la “desobediencia por parte del agente no es necesariamente incompatible con el cumplimiento de sus funciones”⁶⁷. Lo mismo cabe decir de los actos delictivos, ya que la perpetración de un acto delictivo no siempre presupone *per se* que el agente actúa fuera del ámbito de sus funciones⁶⁸. Estas aclaraciones son de particular importancia cuando se trata de establecer la responsabilidad civil de una compañía por violaciones del derecho internacional humanitario, dado que estas infracciones son a menudo crímenes. Una empresa que opera en una

63 “Como ocurre con las personas físicas, la empresa empleadora será considerada responsable cuando un acto ilícito de un agente se cometa en el ámbito de la autoridad y durante la actividad laboral de este agente.” B. Stephen, “Corporate accountability: International human rights litigation against corporations in US courts”, en Kamminga y Zia-Zarifi, nota 27 *supra*, p. 219. V. también V. Oosterveld y A. C. Flah, “Holding leaders liable for torture by others: command responsibility and respondeat superior as frameworks for derivative civil liability”, en C. Scott, *Torture as Tort*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 450-451.

64 Baudouin, nota 62 *supra*, p. 353.

65 *Ibid.*, pp. 361-363.

66 *Ibid.*, pp. 383-386.

67 *Ibid.*, p. 375.

68 *Ibid.*, pp. 373-374.

zona de conflicto puede ordenar a sus empleados que respeten el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero el hecho de dar esas instrucciones no será suficiente para que la empresa evite la imputabilidad por los actos de sus agentes, cuando esos actos se realizan en interés de la empresa y ésta se beneficia de ellos.

Complicidad (ayudar e incitar). La complicidad es, ante todo, un concepto de derecho penal con normas de aplicación estrictas. Según Schabas, han de cumplirse tres condiciones: 1) se debe probar que otra persona ha cometido un crimen; 2) el cómplice tiene que haber realizado un acto material de asistencia al autor del crimen; y 3) este acto tiene que haberse llevado a cabo deliberadamente y conociendo el acto del autor del crimen⁶⁹. Dado que el concepto de complicidad no existe como tal en el derecho de las obligaciones civiles extracontractuales, ni por delitos civiles ni en el derecho civil en general, hemos de preguntarnos cómo se expresa ese concepto en el derecho privado.

En varias situaciones en las que las empresas han sido acusadas de violaciones del derecho internacional humanitario, las infracciones habían sido efectivamente cometidas por las fuerzas gubernamentales, es decir, por el Estado. En algunos casos muy particulares, la empresa y las autoridades firman un contrato según el cual las fuerzas gubernamentales custodian las instalaciones de la empresa, tarea que se asigna con frecuencia a una unidad militar específica⁷⁰. En la mayoría de tales casos, esas unidades pueden considerarse como contratistas independientes, puesto que no reciben órdenes. El principio de responsabilidad vicaria antes descrito es, pues, aplicable.

Ahora bien, puede considerarse, de manera general, que si la empresa contribuye de forma deliberada, activa o pasiva, a la comisión de una infracción, podría ser responsabilizada de ella en virtud de sus propios actos, siempre y cuando pueda establecerse una relación de causalidad suficientemente fuerte entre el acto delictivo de la empresa y la violación⁷¹.

El derecho estadounidense es algo más específico. Define los tipos de conducta que implican una responsabilidad solidaria por un hecho ilícito. Esa responsabilidad se plantea cuando una persona “ordena o induce determinada conducta, si: (a) conoce o debería conocer las circunstancias que convertirían el acto en delito, si fuera un acto propio, o (b) realiza una actividad con ayuda de un tercero e incurre en culpa por imprudencia al emplearlo o (c) permite que un tercero actúe en sus instalaciones o con sus instrumentos, sabiendo o teniendo razones para saber que ese tercero está actuando o actuará delictivamente”⁷². Además, los tribunales

69 W. A. Schabas, “Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices”, *International Review of the Red Cross*, vol. 83, N.º 842, junio de 2001, pp. 447-448.

70 V. las observaciones sobre la situación en Colombia, en la introducción.

71 *Beyond Voluntarism*, nota 16 supra, p. 126.

72 Restatement (Second) of Torts 877 (1965), citado en C. Shaw, “Uncertain justice: Liability of multinationals under the Alien Tort Claims Act”, *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, p. 1382.

estadounidenses, al aplicar la *Alien Tort Claims Act* (ATCA)⁷³, han imaginado dos pruebas más que permitirían una forma de complicidad aplicable en casos civiles.

En casos de complicidad entre empresas y Gobiernos, puede aplicarse la teoría de la “acción conjunta”, utilizando la prueba de la acción conjunta. En tales casos, debe demostrarse que existía un acuerdo entre las partes con miras a lograr un objetivo común.

El asunto *Doe v. Unocal Corp.* es un buen ejemplo de jurisprudencia que ilustra la aplicación de esa teoría⁷⁴. En esta causa, que fue oído en primera instancia en un tribunal del distrito federal de Estados Unidos, la empresa Unocal fue demandada por ciudadanos de Myanmar por ayudar e incitar a militares de Myanmar a cometer graves violaciones de los derechos humanos. Varias de esas infracciones (torturas, abusos sexuales, desplazamientos forzados, etc.) serían violaciones del derecho internacional humanitario si se cometieran en el marco de un conflicto armado, de ahí la pertinencia que tiene aquí esa sentencia. Dichas violaciones fueron perpetradas en el contexto de operaciones de extracción de gas y petróleo y de la construcción de un oleoducto. El Gobierno se había encargado de garantizar, entre otras cosas, de velar por la seguridad y proporcionar la mano de obra para el proyecto, una empresa mixta en la que participaban Unocal, Total y el Gobierno de Myanmar. En su análisis, el Tribunal llegó a la conclusión de que, para que la infracción fuera imputable a la empresa en virtud de la teoría de la acción conjunta, el demandante tenía que demostrar que las partes que participaban en ella, a saber: Unocal y el Gobierno de Myanmar, tenían el objetivo específico común de violar los derechos de las víctimas. El Tribunal sentenció que las dos entidades sólo tenían un objetivo común: llevar adelante el proyecto de manera provechosa⁷⁵. El Tribunal también aplicó la prueba de la “causa inmediata”, a fin de determinar si la infracción cometida por un Estado era imputable a una empresa. Para satisfacer esta prueba, el demandante tenía que demostrar que la empresa ejercía un control de la decisión del Gobierno de cometer una violación⁷⁶. En este caso, a pesar de que las pruebas demostraron que Unocal sabía que se utilizaba el trabajo forzado y de que el proyecto se beneficiaba de éste, no eran suficientes para imputar esa infracción a la empresa en virtud de la teoría de la acción conjunta. El fallo fue apelado y revocado. Sin embargo, los apelantes no impugnaron la teoría de la acción conjunta *per se*, sino sólo su aplicabilidad en este caso.

73 La *Alien Tort Claims Act* (en adelante, ATCA) permite que un ciudadano extranjero emprenda una acción civil contra una parte que ha causado un daño como resultado de una violación del derecho internacional. “Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción de primera instancia sobre toda acción civil incoada por un extranjero sólo por un acto delictivo cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de Estados Unidos”, 28 U.S.C, apartado 1330.

74 *Doe v. Unocal Corp.*, 110f. Supp. 2d. 1294, (C.D. Cal. 2000), US Federal District Court, fallo del 31 de agosto de 2000.

75 D. Betz, “Holding multinational corporations responsible for human rights abuses committed by security forces in conflict-ridden nations: an argument against exporting federal jurisdiction for the purpose of regulating corporate behaviour abroad”, *De Paul Business Law Journal*, N.º 14, 2001, p. 176.

76 Ibíd., p. 177.

En el juicio en segunda instancia⁷⁷, la Sala de Apelaciones del noveno circuito judicial dictaminó que el tribunal de distrito debería haber aplicado la teoría de la complicidad, tomada del derecho penal, en particular la de ayudar e instigar. Para fundamentar su fallo, la Sala de Apelaciones dijo que, conforme a la teoría del conflicto de derechos en el derecho internacional privado, era preferible utilizar los principios del derecho internacional para decidir sobre cuestiones jurídicas en casos basados en la primacía del derecho de gentes⁷⁸. La Sala de Apelaciones expuso tres argumentos en favor de la aplicación de los principios del derecho penal internacional en una causa civil en el derecho interno: 1) el derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en gran medida en el contexto de procesamientos penales, más que en el de enjuiciamientos civiles; 2) la distinción entre crimen y delito civil sirve de poca ayuda para evaluar las normas del derecho internacional de los derechos humanos, porque lo que constituye un crimen en una jurisdicción es a menudo un delito civil en otra⁷⁹; y 3) el criterio de ayudar e instigar en el derecho penal internacional es similar a la norma de ayudar e incitar en el derecho interno de responsabilidad civil⁸⁰. Sobre la base de esta teoría y del hecho de que Unocal tenía conocimiento de las violaciones de los derechos humanos antes de participar en la empresa conjunta, la Sala de Apelaciones sentenció que había pruebas suficientes para imputar a Unocal en virtud de la ATCA.

Esta aplicación del criterio de ayudar e incitar fue retomada por el tribunal del distrito de Nueva York en el asunto *Talisman*⁸¹, en el que una compañía petrolera canadiense fue demandada por colaborar con el Gobierno sudanés en violaciones de los derechos humanos y en crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado internacional de Sudán. Talisman impugnó el criterio de ayudar e incitar, sosteniendo que esa teoría no se aplicaba a una demanda civil en virtud de la ATCA⁸². El Tribunal dictaminó que ese argumento era infundado:

El argumento de Talisman es incorrecto. Su análisis interpreta mal la naturaleza fundamental de la ATCA. La ATCA estipula el derecho de demanda por violaciones del derecho internacional. Para determinar si existe un derecho de demanda en virtud de la ATCA, los tribunales han de recurrir al derecho internacional. Por eso, independientemente de que se reconozcan o no los criterios de ayuda e instigación y de complicidad, en relación con los cargos de genocidio,

77 *Doe v. Unocal Corp.*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, fallo del 18 de septiembre de 2002.

78 T. Garmon, “Domesticating international corporate responsibility: holding private military firms accountable under the Alien Tort Claims Act”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 2003, pp. 347-348.

79 La Sala parece haberse equivocado al citar esta razón, por lo menos en lo que respecta a las violaciones del derecho internacional humanitario, ya que los Estados están obligados por los Convenios de Ginebra a clasificar las violaciones graves como actos criminales. Por lo tanto, es imposible cualquier diferencia de clasificación de estos tipos de conductas.

80 Garmon, nota 78 *supra*, p. 348.

81 *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 244 f. Supp. 2d 289, US District Court for the Southern District of New York, 19 de marzo de 2003.

82 *Ibid.*, p. 320.

esclavitud, crímenes de guerra y similares, es una cuestión que debe responderse a la luz del derecho internacional⁸³.

De modo que la teoría de ayudar e incitar parece ser aplicable en demandas civiles por violaciones del derecho internacional humanitario, al menos en Estados Unidos en virtud de la ATCA. Es interesante observar que, a fin de determinar el grado de participación requerido para que una parte sea considerada miembro de una “empresa mixta”, los tribunales británicos y australianos han utilizado un concepto similar a la teoría de ayudar e instigar⁸⁴. Por lo tanto, será útil definir lo que se entiende por “ayudar e instigar”.

El asunto *Furundzija*, juzgado por en el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, ofrece la definición más completa de los criterios para establecer si ha existido complicidad en forma de ayuda o instigación. La asistencia prestada ha de tener un efecto sustancial en la perpetración del crimen, y la persona que ayuda o incita tenía que saber que la asistencia prestada contribuía a perpetrar un crimen, incluso aunque no tuviera un objetivo común con la persona que lo cometió directamente:

En resumen, la Sala de Primera Instancia considera que los ingredientes jurídicos de ayudar e incitar en el derecho penal internacional son los siguientes: el actus reus consiste en la asistencia práctica, la incitación o el apoyo moral que tiene un efecto sustancial en la perpetración del crimen. La mens rea necesaria es el conocimiento de que esos actos ayudan a cometer el delito. Se ha de distinguir la noción de ayudar e instigar del concepto de objetivo común, cuyo actus reus consiste en la participación en una empresa criminal conjunta y la mens rea requerida es la intención de participar⁸⁵.

Así pues, las empresas pueden ser imputadas por violaciones del derecho internacional humanitario, cuando esas violaciones son el resultado de sus propios actos o de actos de terceros y siempre que se pueda establecer una relación suficientemente fuerte entre un acto u omisión de la empresa y la infracción, o si la conducta de la empresa puede calificarse de complicidad. Una vez establecido que las empresas tienen obligaciones en relación con las violaciones del derecho internacional humanitario y que pueden ser responsabilizadas por ellas, debemos

83 Ibid. Argumentando que la decisión de la Corte Suprema en el asunto *Álvarez-Machain (Sosa v. Álvarez Machain et al.*, 542 US Supreme Court, 29 de junio de 2004) había sentado nuevos criterios, Talisman intentó que se revocara esta decisión, sosteniendo que la existencia de responsabilidad secundaria, en particular de responsabilidad por ayudar e incitar, no estaba demostrada con pruebas suficientes y que el concepto no estaba suficientemente definido en el derecho internacional. El Tribunal de distrito rechazó los argumentos, confirmando la decisión de 2003, según la cual la responsabilidad secundaria existía en el derecho internacional. Además, el Tribunal dictaminó que el argumento de Talisman de que el criterio de ayudar e incitar no estaba suficientemente definido en el derecho internacional era erróneo, tal y como se estableció en el asunto *Álvarez Machain. Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 374 f. Supp. 2d 331, US District Court for the Southern District of New York, 13 de junio de 2005.

84 *Beyond Voluntarism*, nota 16 *supra*, p. 130.

85 *Prosecutor v. Anto Furundzija*, nota 40 *supra*, apdo. 249.

examinar ahora de qué medios disponemos para hacer cumplir a las compañías este tipo de obligaciones.

Exigir el cumplimiento de las responsabilidades civiles de las empresas

Como hemos dicho en la primera sección, las empresas tienen obligaciones dimanantes del derecho internacional. También parece haber una tendencia a considerar que tienen una obligación concomitante de reparar en virtud del derecho internacional. Sin embargo, como este derecho no establece ningún mecanismo para exigir el cumplimiento de sus responsabilidades civiles a las empresas, es necesario examinar los derechos internos para ver qué posibilidades existen, si es que existen, de aplicar la responsabilidad civil por violaciones del derecho internacional humanitario.

¿Quién es el sujeto del derecho a recibir reparación estipulado en el derecho internacional humanitario?

Esta pregunta es crucial para las próximas etapas del análisis. Como las demandas de reparaciones se efectúan a través de diligencias civiles, es fundamental determinar quién puede incoar una acción civil basándose en el derecho internacional. La primera medida para responder a esa pregunta es investigar cuál fue la intención de los Estados al aprobar el artículo 3 del IV Convenio de La Haya. Un examen de las deliberaciones previas lleva a la conclusión de que la finalidad del artículo 3 era, entre otras cosas, conferir a los individuos el derecho a recibir reparación⁸⁶. El propósito del artículo era establecer un nuevo mecanismo, como una alternativa a la protección diplomática, que no existía o era ineficaz en el marco de ocupación por una parte beligerante, para permitir a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario obtener reparación. Por ello era necesario otorgar a las propias víctimas el derecho a recibir reparación. Varios tribunales nacionales han expresado opiniones al respecto, que es importante analizar en este contexto.

Desde los años sesenta, los tribunales japoneses, al estudiar las demandas de reparación presentadas por víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, tuvieron que examinar la cuestión de quién es el sujeto del derecho a recibir reparación. Tras analizar el artículo 3 y el derecho consuetudinario, el tribunal de distrito de Tokio,

86 “Sería inaceptable que una víctima pudiera reclamar reparación sólo del oficial o del soldado culpable de la infracción”, citado en Kalshoven, nota 10 supra, p. 834. “Si en este caso las personas lesionadas como consecuencia de una violación del Reglamento no pudieran exigir reparación del Gobierno y estuvieran obligadas a recurrir al oficial o al soldado infractor, en la mayoría de los casos no podrían obtener la debida indemnización”, citado en Pierre d’Argent, *Les Réparation de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l’épreuve de la guerre*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 508. Estas dos intervenciones, que no fueron cuestionadas, demuestran, por su enunciado y el empleo de los términos “víctimas” y “personas lesionadas”, que las partes deseaban conferir el derecho de reparación a los individuos y no a los Estados.

en dos sentencias recientes⁸⁷ concernientes a ex prisioneros de guerra e internados civiles, rechazó las demandas con el argumento de que los individuos no tenían un derecho personal a recibir reparación en el momento de las violaciones⁸⁸. Llegaron a esa conclusión basándose en los criterios establecidos en la causa *Shimoda*, entablada por cinco demandantes japoneses para recibir reparación por los daños y perjuicios que les ocasionó el lanzamiento de la bomba atómica por Estados Unidos⁸⁹. Según esta sentencia, para que un individuo pueda reclamar una indemnización a un Estado, debe ser sujeto de los derechos que confiere el derecho internacional. La prueba establecida en ese caso para determinar si alguien es titular de esos derechos fue la siguiente: esas personas han de poder tener derechos y asumir obligaciones por y en sus propios nombres. Para que una persona pueda reclamar reparación a un Estado, debe ser un sujeto de un derecho en el derecho internacional⁹⁰.

Sin embargo, la interpretación de los tribunales japoneses parece ser errónea. La correcta aplicación de los criterios debería llevar a una conclusión algo diferente, ya que el derecho internacional humanitario es directamente aplicable a los individuos y establece obligaciones, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal. Por consiguiente, incluso conforme a la prueba aplicada por los propios tribunales japoneses, los individuos deberían ser sujetos del derecho a recibir reparación.

En general, los tribunales estadounidenses no han reconocido tradicionalmente el derecho individual a recibir reparación por una violación del derecho internacional humanitario, porque no se consideraba que el Convenio de La Haya fuera de aplicación automática⁹¹. Ahora bien, esta interpretación tradicional parece estar cambiando. En la causa *Karadzic*, la Sala de Apelaciones del segundo distrito reconoció la posibilidad de que las personas individuales fuesen sujetos del derecho de indemnización⁹². Esta tendencia parecen confirmarla otros fallos

87 En ambos casos, cada demandante pedía una indemnización de 22.000 dólares EE.UU. por los daños resultantes de los malos tratos infligidos por el ejército japonés. El hecho de que las víctimas habían sufrido malos tratos no fue puesto en duda. La cuestión principal era determinar si las víctimas tenían o no derecho a recibir reparación. *Arthur Tihterington and others v. State of Japan*, Civil Division N.º 316, Tribunal de Distrito de Tokio, 26 de noviembre de 1998, y *Sjoerd Lapré v. State of Japan*, Civil Division N.º 6, Tribunal de Distrito de Tokio, 30 de noviembre de 1998, citado en Fujita Hisaku, Suzuki Isomi y Nagano Kantoro, *War and Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha, Tokio, pp. 104, 118.

88 "El artículo 3 de la Convención de La Haya no es nada más que una disposición que clarifica la responsabilidad internacional del Estado de indemnizar a una nación víctima de violaciones del Reglamento de La Haya... Y en los tribunales de Japón, los individuos que sufrieron daños por la conducta de miembros de las fuerzas armadas que violaron el derecho internacional humanitario no pueden pedir indemnización al país del infractor." *Sjoerd Lapré v. State of Japan*, ibid., p. 124.

89 Asunto *Shimoda*, 7 de diciembre de 1963, *Japanese Annual of International Law*, vol. 8, 1964.

90 Hisaku Fujita, "Introduction: post-war compensation litigation from the viewpoint of international law", en Hisaku et al., nota 87 *supra*, p. 19.

91 *Goldstar (Panama) S.A. v. United States*, US Court of Appeals, 16 de junio de 1992, *International Law Reports*, 96, 1992, p. 58. V. también *Hugo Prinz v. Federal Republic of Germany*, Court of Appeals for the District of Columbia, 1 de julio de 1994, *International Legal Materials*, 33, 1994, p. 17: "ninguna disposición de la Convención de La Haya, ni siquiera implícita, otorga a los individuos el derecho a pedir reparación por daños resultantes de violaciones de sus disposiciones".

92 "El derecho de gentes no establece en general cláusulas de acción privada para reparar sus violaciones, pero deja a cada nación la tarea de definir las compensaciones disponibles por violaciones del derecho internacional." *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232, 1995, p. 246.

recientes, al menos por lo que respecta a las demandas de indemnización, en virtud de la ATCA, violaciones del derecho internacional humanitario⁹³.

Por último, el derecho de las víctimas a demandar reparación por daños resultantes de violaciones del derecho internacional humanitario ha sido reconocido en una causa reciente en Grecia. Según la Sala de primera instancia, no era necesario que presentara la demanda de indemnización el Estado del que las víctimas eran ciudadanos, dado que ninguna norma del derecho internacional impide a los individuos presentar tales demandas por sí mismos⁹⁴. Esta sentencia la confirmó el Aerios Pagos (Tribunal Supremo), cuya conclusión presenta un resumen convincente del estado de la jurisprudencia sobre el derecho de las víctimas a reclamar reparación:

En nuestra opinión, estamos en la etapa de surgimiento de una práctica de fundamentar la jurisdicción de los tribunales en el foro (más apropiado) para adjudicar las demandas de indemnización presentadas por personas individuales contra un Estado extranjero por infracciones de las normas de jus cogens, especialmente las que salvaguardan los derechos humanos, siempre que exista un vínculo entre esas infracciones y el Estado del foro.⁹⁵

Recientes desarrollos, tanto en el derecho de los derechos humanos como en el derecho penal internacional, también denotan que los Estados reconocen que los individuos son sujetos del derecho a recibir reparación. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones⁹⁶, por ejemplo, reconocen que los individuos son sujetos del derecho a obtener reparaciones por violaciones graves del derecho internacional humanitario. El derecho de las personas individuales a reclamar reparación también ha sido reconocido por uno de los órganos más importantes de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, que, en su resolución 827, por la que se constituyó el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, afirmó que:

La labor del Tribunal Internacional se llevará a cabo sin perjuicio del derecho de las víctimas a reclamar reparación, por los medios apropiados, por los daños sufridos como resultado de violaciones del derecho internacional humanitario.

Por último, a pesar de que no aborda las demandas de responsabilidad civil, el artículo 75 del Estatuto de la CPI reconoce el derecho de las víctimas a obtener

93 V., por ejemplo, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, nota 81 supra, en el que el Tribunal desestimó la demanda de Talisman, pero reconoció el derecho de los individuos a reclamar reparación.

94 *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Causa Nº 137/1997; Court of First Instance of Leivadia, 30 de octubre de 1997, *American Journal of International Law*, vol. 92, 1997, p. 767.

95 *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Causa N.º 11/2000, Areios Pages, 4 de mayo de 2000, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 203.

96 Nota 33 supra, El Principio 13 también destaca la importancia de dar acceso a las víctimas al sistema judicial para presentar demandas de reparación.

reparación. Este es, sin duda, un indicio de que gran parte de la comunidad internacional considera que los individuos son sujetos del derecho a recibir reparación.

¿Es una violación del derecho internacional humanitario un acto ilícito o un delito civil en el derecho interno?

Para determinar la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario, los tribunales nacionales deben tener jurisdicción para pronunciarse sobre esas violaciones. Esto significa que las violaciones del derecho internacional humanitario deben formar parte del derecho interno⁹⁷; en otras palabras, el derecho internacional humanitario ha de incorporarse en el derecho interno. El derecho nacional también tiene que reconocer que una infracción del derecho internacional humanitario constituye un acto ilícito a los fines de la responsabilidad civil.

La gran mayoría de los Estados ha cumplido el requisito de incorporar el derecho internacional en el derecho interno. Pero ¿una violación de ese derecho constituye un acto ilícito civil a los fines del derecho privado?

En los sistemas de derecho civil, un acto ilícito civil se define como el incumplimiento, la violación de una norma de conducta prescrita, de la obligación general que tiene toda persona de no causar daño a terceros. Un eminent autor quebequés ha definido el acto ilícito civil como la violación de una conducta que se considera aceptable en virtud de la legislación o de la jurisprudencia, de modo tal que da lugar a una obligación de reparar el daño causado⁹⁸. En la gran mayoría de los casos, el derecho internacional humanitario se hace efectivo mediante la legislación nacional; por ello, la conducta que transgrede las normas de conducta que define puede constituir un acto ilícito civil. Esto es válido *a fortiori* para las infracciones graves, dado que se las considera actos criminales⁹⁹. Continúa afirmando que una transgresión de una obligación específica impuesta por una ley o un reglamento, particularmente si es internacional, constituye en principio un acto ilícito civil, porque es una violación de una norma de la conducta impuesta por el legislador¹⁰⁰. Por lo tanto, en el sistema del derecho civil, no parece haber ningún obstáculo conceptual para clasificar una violación del derecho internacional humanitario

97 Excepto en Estados Unidos, donde los tribunales federales tienen jurisdicción para oír casos basados en el derecho internacional, en virtud del *Alien Tort Claim Act*, que más adelante examinaremos con más detenimiento.

98 ‘Es pues la violación de la conducta juzgada legislativa o jurisprudencialmente aceptable lo que conlleva la obligación de reparar el perjuicio causado.’ Baudouin, nota 62 *supra*, p. 82. Esta definición es similar a la que han dado varios juristas franceses.

99 V.g., en Canadá, en la nota 113 del *Article 3 of Geneva Conventions Act*, se establece: “Toda persona que, dentro o fuera de Canadá, cometiera una infracción grave... es responsable de un acto criminal...”; y en India, el artículo 3, capítulo II, de la *1960 Geneva Conventions Act*.

100 “Una obligación específica impuesta por una ley o un reglamento, sobre todo si es internacional, constituye en principio una falta civil, dado que entonces hay una violación de una norma de conducta fijada imperativamente por el legislador.” Baudouin, nota 62, *supra*, pp. 91-92.

como un acto ilícito en acciones civiles. Sin embargo, como no hay jurisprudencia al respecto, es difícil predecir cómo reaccionaría un tribunal a una demanda basada en una violación del derecho internacional humanitario.

En los sistemas de *common law*, o de derecho anglosajón, la cuestión debe enmarcarse de otra forma. La definición de un “delito civil” (*tort*) es mucho menos neta que la de “acto ilícito” en el derecho civil. El derecho anglosajón ha creado numerosas categorías de conductas que pueden considerarse como delitos; las más comunes son la negligencia y la infracción intencional contra personas o bienes. A diferencia del derecho civil, el *common law* no define el incumplimiento de una disposición legislativa como un delito general *per se*. El incumplimiento de una obligación impuesta por la ley puede invocarse como prueba de que el acusado ha sido negligente, pero no es punible en sí misma. En el asunto *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*¹⁰¹, la Corte Suprema de Canadá rechazó la idea de un delito civil basado solamente en los daños resultantes de la infracción de una ley. No obstante, le Corte estableció que el incumplimiento de la ley era un factor en la tarea de determinar si el acusado había sido negligente o no¹⁰².

Sin duda, por numerosas violaciones del derecho internacional humanitario, sobre todo las infracciones graves, puede presentarse una demanda contra la parte infractora sobre la base de delitos reconocidos. La tortura, los atentados graves contra la integridad física, el trato inhumano o infligir deliberadamente sufrimientos intensos son violaciones que se considerarían delitos de maltrato, de causar daños físicos intencionales o sufrimientos emocionales deliberados. Una violación del derecho internacional humanitario también podría considerarse como un delito de negligencia si la parte infractora no tenía la intención de causar daño. Para determinar si ha habido negligencia es necesario mostrar que el acusado tenía un deber de socorro para con la víctima y no lo cumplió. Pero definir el deber de socorro o diligencia de una compañía con respecto a las víctimas en el contexto de un conflicto armado es más complejo. Según la Corte Suprema de Canadá, para que haya un deber de socorro debe haber primero una relación de proximidad entre la empresa y la víctima, de modo que sea previsible que la negligencia por parte de la empresa podría causar pérdidas o daños a la víctima. En segundo lugar, la empresa debe haber sido negligente, es decir, que tiene que haber actuado de manera tal que objetivamente haya ocasionado un riesgo inadmisible de pérdida o daño¹⁰³.

Por último, en teoría parece no haber nada que impida el desarrollo de nuevos delitos; el hecho de que una demanda sea novedosa y no pueda ser clasificada en ninguna categoría de delito ya definido no impide incoar una acción civil. El derecho anglosajón permite que un tribunal reconozca nuevos derechos de

101 *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [193], Corte Suprema de Canadá, 1 RCS 205.

102 E. M. Hyland, “International human rights law and the tort of torture: what possibility for Canada?”, en Scott, nota 63 *supra*, pp. 413-414.

103 V. el análisis de los fallos en *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] Corte Suprema de Canadá, 2 RCS 2, y *Ryan v. Victoria (City)* [1999] Corte Suprema de Canadá, 1 RCS 201, en C. Forcese, “Deterring “militarized commerce”: the prospect of liability for “privatized” human rights abuses”, *Ottawa Law Review*, vol. 31, 1999/2000, pp. 209-10

demandas. La tipificación de nuevos delitos depende de la disposición de los jueces a desarrollar jurisprudencia, a fin de tomar en consideración los cambios en los derechos y los deberes de los individuos¹⁰⁴. Por lo tanto, es posible que algún día veamos que un tribunal de la jurisdicción del *common law* declare a una empresa responsable de un delito en virtud del derecho internacional humanitario.

Además, es importante destacar que, en este tipo de casos, puede plantearse la cuestión del conflicto de leyes en el derecho internacional privado. Si una empresa es demandada en el Estado donde está domiciliada por un acto cometido en otro Estado, es necesario determinar qué leyes son aplicables: las del Estado donde se ha presentado la demanda o las del Estado en que se ha cometido el presunto acto ilícito. Existe una norma general de derecho internacional privado según la cual el derecho aplicable es la *lex loci delicti*, es decir, “la ley del lugar donde se cometió el acto ilícito”¹⁰⁵.

En resumen, sobre la base de la teoría jurídica —ya que actualmente no hay jurisprudencia al respecto— las violaciones del derecho internacional humanitario constituyen actos ilícitos civiles de conformidad con las definiciones dadas por el derecho interno en los sistemas de derecho civil y, en muchos casos, pueden ser clasificadas como delitos civiles en los sistemas de *common law*. Por otra parte, al menos en teoría, no existe ninguna razón por la cual no debería establecerse la figura de un nuevo delito para esas violaciones.

La jurisdicción de los tribunales nacionales

Nuestro análisis ha demostrado que las violaciones del derecho internacional humanitario pueden ser imputadas a empresas y servir de base para demandas civiles. La siguiente cuestión que hemos de abordar es la del foro ante el cual una víctima o un grupo de víctimas pueden incoar una acción para reclamar reparación por daños sufridos como resultado de un acto ilícito cometido por una empresa.

Normas generales de jurisdicción

En el derecho internacional privado, el principio básico para establecer qué instancia judicial tiene jurisdicción en un caso dado es la del *actor sequitur forum rei*,

104 Hyland, nota 102 supra, pp. 411-413. Al analizar esta cuestión, el autor cita al profesor Prosser en relación con la tipificación de delitos: “No hay ninguna necesidad de que un delito esté tipificado. Constantemente se reconocen nuevos delitos no tipificados, y los avances de la jurisprudencia están marcados por muchas causas de primera instancia, en las que el tribunal ha tenido que bregar mucho para tipificar un nuevo derecho de demanda, donde antes no lo había... El derecho de responsabilidad civil por delitos no es en absoluto estático, y su desarrollo no tiene límites. Cuando es evidente que los intereses del demandante están legitimados a recibir protección jurídica contra la conducta del acusado, el mero hecho de que la demanda sea inédita no constituirá un obstáculo para presentar el recurso”.

105 En el derecho civil quebequés, esta norma se recoge en el artículo 3126 del Código Civil de Quebec: “La obligación de reparar daños causados a terceros está regida por el derecho del país donde se haya cometido el perjuicio”. Durante mucho tiempo, los tribunales de las jurisdicciones de *common law* tendían a un enfoque contrario, aplicando la *lex fori*, es decir, el derecho local del tribunal. Sin embargo, en Canadá, el fallo *Tolofson* de la Corte Suprema indicó claramente que la norma que debía seguirse era la de la *lex loci delicti*. En Inglaterra, la *Private International Law Act*, promulgada en 1995, también estableció esta norma para cuestiones de conflictos de leyes.

es decir, que el tribunal competente es el del lugar de domicilio del demandado.

Conforme a este principio general, los tribunales de una jurisdicción dada pueden conocer de cualquier caso, siempre y cuando el acusado esté domiciliado en esa jurisdicción, incluso si el presunto acto ilícito se ha cometido en otro Estado. Otro principio de jurisdicción, universalmente reconocido, es la del lugar donde el acto que ha dado lugar al litigio, en este caso la violación del derecho internacional humanitario, ha tenido lugar¹⁰⁶. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es difícil imaginar que se entable una acción civil contra una empresa ante los tribunales del Estado donde la violación del derecho internacional humanitario ha tenido lugar pues, en general, el sistema judicial prácticamente no existe o el Gobierno es cómplice de las violaciones cometidas.

Por último, en la mayor parte de los Estados de *common law*, los tribunales tienen jurisdicción sobre las personas que están presentes en su territorio, aunque sea de forma temporal¹⁰⁷. Una de las condiciones para el ejercicio de esa jurisdicción que se notifique al acusado la acción judicial cuando está en ese territorio¹⁰⁸. Por lo que respecta a las empresas, la presencia en el territorio ha sido definida en el derecho estadounidense como el simple hecho de estar presentes en un Estado o realizar actividades comerciales continuas y sistemáticas en él. Si se satisfacen esos criterios, los tribunales de Estados Unidos tienen jurisdicción¹⁰⁹.

Hay diferentes tipos de jurisdicción, sobre todo de jurisdicción extraterritorial, que varían de un sistema a otro y que, por lo tanto, no los examinaremos aquí¹¹⁰. El único aspecto que tienen en común es la necesidad de que el litigio tenga una conexión real y sustancial con la jurisdicción donde se interpone la demanda.

El caso especial de la Alien Tort Claims Act

La *Alien Tort Claims Act*¹¹¹ data de 1789. Tras un largo período de olvido, resurgió su aplicación con el asunto *Filartiga v. Pena-Irala* en 1980¹¹². Esta ley única

106 *International Business Machines Corporations (IBM) contre Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA)*, Fallo del Tribunal Federal Suizo, 4C.296/2004 del 22 de diciembre de 2004. En este caso, la Corte Suprema suiza apoyó la conclusión del tribunal de apelaciones de Ginebra de que los tribunales de Ginebra tienen jurisdicción para conocer del caso porque existe la probabilidad de que los actos preparatorios de complicidad para el genocidio fueron cometidos por IBM en su sede europea de Ginebra.

107 A. C. McConville, “Taking jurisdiction in transnational human rights tort litigation: Universality jurisdiction’s relationship to ex juris service, forum non conveniens and the presumption of territoriality”, en Scott, nota 84 supra, p. 161: “Esta “jurisdicción de derecho” se extiende a los demandados que no son residentes, pero que están físicamente presentes en Inglaterra, incluso de forma transitoria.”

108 V. *Kadic v. Karadzic*, nota 92 supra, p. 238. En este caso, se notificó al acusado la acción judicial en 1993, en la recepción de un hotel de Nueva York, donde estaba con motivo de unos debates en la ONU.

109 J. L. Heil, “African private security companies and the Alien Tort Claims Act: could multinational oil and mining companies be liable?”, *Northwestern School of Law Journal of International Law & Business*, vol. 22, 2002, p. 306.

110 V.g., el art. 3136 del Código Civil de Quebec dispone que “aunque una autoridad quebequesa no tenga jurisdicción para conocer de un litigio, puede llegar a entender en éste si tiene relación suficiente con Quebec, si no es posible instruir las diligencias fuera de Quebec o si no está justificado solicitar la instrucción de esas diligencias fuera de Quebec”.

111 *Alien Tort Claims Act*, 18 United States Code section 1330 (1789).

112 *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

establece la jurisdicción civil universal por violaciones del derecho internacional. Los tribunales federales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer de cualquier causa civil basada en una violación del derecho internacional, independientemente de dónde se haya cometido. Recientemente, la Corte Suprema dictó un fallo sobre una impugnación del ámbito de aplicación de esa ley en el asunto *Álvarez-Machain*¹¹³. En su primera opinión sobre esta ley, la Corte Suprema confirmó que confería jurisdicción a los tribunales de distrito por violaciones del derecho internacional, pero especificó que esa jurisdicción estaba limitada a las violaciones de las normas del derecho internacional que no tenían un contenido menos definido que los paradigmas habituales cuando se promulgó la ley en 1789. Así pues, las violaciones graves del derecho internacional humanitario parecerían estar incluidas. En cuanto a las partes, la propia índole de la ley exige que quienes pidan reparación sean ciudadanos extranjeros, requisito que no se aplica a quienes son demandados en virtud de esa ley¹¹⁴. Ahora bien, esa jurisdicción universal no es absoluta, dado que el tribunal debe tener jurisdicción *ratione personae* sobre el demandado. Este criterio es fácil de satisfacer, ya que el simple hecho de que la empresa efectúe actividades comerciales en Estados Unidos significa que los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción *ratione personae*, lo que facilita la aplicación de la ATCA¹¹⁵.

Desde el asunto *Filartiga v. Pena-Irala*, se han incoado muchos procesos por víctimas de violaciones de los derechos humanos. También ha habido un número menor de causas relacionadas con violaciones del derecho internacional humanitario¹¹⁶. Si bien en el primer caso, relativo a actos de tortura cometidos en Paraguay, el acusado era una persona, muchas empresas han sido procesadas en virtud de la ATCA. En un sólo caso fue acusada una empresa de violaciones del derecho internacional humanitario, a saber, en el asunto *Talisman* antes mencionado¹¹⁷. En esta causa, el tribunal decidió que tenía jurisdicción sobre *Talisman ratione personae*, porque la empresa llevaba a cabo actividades comerciales en Nueva York a través de dos sucursales enteramente de su propiedad¹¹⁸.

La doctrina del forum non conveniens

La doctrina del *common law* según la cual un juez puede desestimar un caso aduciendo que otra jurisdicción es más competente para conocer de él se denomina *forum non conveniens*. Casi siempre se plantea cuando el litigio se origina en una jurisdicción diferente de la del *forum*, es decir, de la propia jurisdicción del tribunal.

113 Nota 83 *supra*.

114 Cabe señalar que, en varias causas relacionadas con la ATCA, los tribunales han examinado la teoría del “acto de gobierno”, que sostiene que los tribunales de un Estado no pueden juzgar la conducta de otro Estado en virtud del principio de la soberanía de los Estados. Dado que en este artículo nos hemos concentrado en las empresas, no abordaremos esta cuestión.

115 B. Stephen, “Translating Filartiga: a comparative and international law analysis of domestic remedies for international human rights violations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002, pp. 11-12.

116 V., por ejemplo, *Kadic v. Karadzic*, nota 92 *supra*, y *Doe v. Unocal Corp.*, notas 74 y 77 *supra*.

117 Nota 81 *supra*.

118 Ibíd., pp. 329-330. V. también el análisis del Segundo Circuito en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F 3d 88, Second Circuit, 2000.

Es probable que esto suceda con procesos relacionados con violaciones del derecho internacional humanitario.

A pesar de tratarse de un principio de *common law*, fue codificado en el derecho civil de Quebec cuando se reformó el Código Civil en 1994¹¹⁹. Su primera prueba fue el asunto *Cambior*¹²⁰, en el que la organización no gubernamental *Recherches internationales Québec* presentó un recurso colectivo en nombre de 23.000 residentes de Guyana damnificados por una catástrofe en una mina explotada por una empresa de la que *Cambior* era el principal accionista. El juez ratificó la argumentación de *Cambior*, basada en el principio de *forum non conveniens*, y decidió que los tribunales de Guyana estaban en mejores condiciones para conocer del caso. El juez estableció una prueba basada en ocho factores: 1) la residencia de las partes y los testigos; 2) la ubicación de los elementos de prueba; 3) el lugar donde se había cometido la falta; 4) la existencia y la sustancia de litigios pendientes en otros países; 5) la ubicación de los bienes del demandado; 6) el derecho aplicable al litigio; 7) las ventajas para el demandante de incoar el proceso en la jurisdicción elegida; y 8) los intereses de justicia¹²¹.

El juez decidió que, dado que los demandantes, los testigos y los elementos de las pruebas estaban mayormente en Guyana y el acusado tenía bienes en ese país, y dado que el derecho de Guyana se aplicaba al caso y el sistema judicial de Guyana ofrecía la posibilidad de un proceso equitativo, Guyana era el mejor foro para la causa, a pesar de que los tribunales de Quebec también tenían jurisdicción. El último factor (los intereses de justicia) es particularmente pertinente en causas basadas en el derecho internacional humanitario, puesto que los países que salen de un conflicto armado reciente o que aún están implicados en un conflicto no pueden ofrecer con frecuencia las garantías necesarias. En ese caso, aunque todos los demás factores abogaran a favor del foro del lugar donde se había cometido la falta, no sería en interés de la justicia que el caso se procesara en ese foro¹²².

El examen de la doctrina de *forum non conveniens* realizada por los tribunales estadounidenses en diversas acciones judiciales presentadas en virtud de la ATCA también resulta muy interesante. En el asunto *Talisman*, la empresa se basó en esa doctrina, sosteniendo que Sudán y Canadá —*Talisman* era una empresa canadiense— eran foros alternativos. El tribunal decidió que Sudán no era un foro apropiado para la causa, porque la acción se basaba en violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por las fuerzas gubernamentales sudanesas. Por otra parte, el tribunal sostuvo que la aplicación de la ley *sharia* habría sido perjudicial para los demandantes, dado que no eran musulmanes y, por lo tanto, tenían derechos reducidos en el derecho islámico¹²³.

119 Art. 3135, Código Civil de Quebec: “Aunque una autoridad de Quebec tenga jurisdicción para conocer de un litigio, puede excepcionalmente declinar la jurisdicción a petición de una parte, si considera que las autoridades de otro país están en mejores condiciones para decidir”.

120 *Recherches internationales Québec v. Cambior*, Tribunal Superior, 1998, JE 98 1905.

121 A. Durocher, “Revue de la jurisprudence en droit de l’environnement en 1998”, *Revue juridique Thémis*, vol. 34, 2000, p. 909.

122 Forcese, nota 103 *supra*, p. 206.

123 *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, nota 81 *supra*, pp. 335-336.

El tribunal no estaba convencido de que Canadá fuera un foro adecuado, ya que los delitos pertinentes reconocidos por el derecho canadiense no reflejaban la gravedad de las presuntas violaciones. Además, en virtud de la teoría del conflicto de leyes, un tribunal canadiense podría haberse considerado legalmente obligado a aplicar la legislación sudanesa y, por lo tanto, la ley *sharia*¹²⁴. No obstante, dado que los demandantes no habían cuestionado los argumentos de *Talisman* acerca del foro canadiense, el tribunal no se pronunció al respecto y dio por válido que Canadá era un foro alternativo. Pero, como nada indicaba que Canadá fuera un foro mejor que el tribunal de Nueva York, el juez decidió que su tribunal era el foro apropiado¹²⁵.

El principio del *forum non conveniens* puede representar un obstáculo para la jurisdicción de los tribunales nacionales en causas que tienen su origen en otros Estados. Pero su aplicación está limitada por los factores establecidos por los tribunales, en particular por los intereses de justicia, pues a menudo los tribunales consideran que éstos serán mejor servidos si las causas relacionadas con violaciones del derecho humanitario se transfieren al foro del lugar donde se cometieron los actos ilícitos en cuestión.

Conclusión

La finalidad del derecho internacional humanitario es reducir el sufrimiento causado por los conflictos armados. Para ello, establece normas que todas las partes en un conflicto armado deben respetar. Esas normas fueron elaboradas, en principio, para los Estados, pero a raíz de los desarrollos del derecho en ese ámbito desde la Segunda Guerra Mundial, ahora también están destinadas a las entidades no estatales. Los fallos de los tribunales militares estadounidenses en Nuremberg y en el asunto *Talisman* confirmaron que las empresas pueden cometer violaciones del derecho internacional humanitario y ser procesadas por ello.

En teoría, el derecho nacional permite exigir responsabilidades a las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario, puesto que ya existen las causas de demanda que dan derecho a una reparación judicial. Sin embargo, la realidad aún está muy lejos de la teoría y, en la práctica, los jueces rara vez están dispuestos a entender en causas basadas en el derecho internacional humanitario. No hay mucha jurisprudencia al respecto, y el fallo de Estados Unidos en el asunto *Talisman* puede ser una indicación de una práctica incipiente. La responsabilidad civil de las empresas existe, pero es difícil exigir su cumplimiento; por el momento, es necesario hacer avanzar el derecho penal internacional para castigar a quienes

124 Ibid., p. 337. Sobre la cuestión de la severidad de los delitos civiles, el Tribunal afirmó que “si bien los demandantes pueden llegar a obtener la misma reparación en los tribunales canadienses que la que buscan en esta jurisdicción, es evidente, por las declaraciones prestadas, que los tribunales canadienses sólo podrán procesar las denuncias de los demandantes como violaciones del derecho canadiense, y no del derecho internacional. Dado que este tratamiento no reconoce la gravedad de las denuncias de los demandantes, el Tribunal se pregunta si los tribunales canadienses no serían foros alternativos adecuados”.

125 Ibid., pp. 337-341.

violan el derecho internacional humanitario. Los desarrollos actuales del derecho penal internacional, como fue el reconocimiento de la jurisdicción universal en causas penales, requirió cincuenta años. La aplicación efectiva de las normas sobre la responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario tardará sin duda algún tiempo. Esperemos que no tanto.