



De Clausewitz a Enron:

La guerra como prolongación del mercado por otros medios y nuevas perspectivas de Derecho penal internacional corporativo ex Cargo I de Nuremberg

Miguel Ángel Rodríguez Arias* *Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional*
UCLM
mangel.rodriguez@uclm.es

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

«Veo acercándose en un futuro próximo una crisis que me intranquiliza y que me hace dudar de la seguridad de mi país. Como resultado de la guerra, las empresas han sido entronizadas y se avecina una era de gran corrupción, en la que el poder económico del país intentará por todos los medios prolongar su reinado estimulando los prejuicios de la gente, hasta que todo esté en pocas manos y se destruya la República. Siento en estos momentos más que nunca ansiedad por la seguridad de mi país, incluso más que en el período de guerra. Por Dios espero que mis sospechas nunca se confirmen.»

Abraham Lincoln,
21 de noviembre de 1864, «Carta al Coronel William F. Elkins»

RESUMEN: *Tras la primera modernidad protagonizada por los Estados la nueva modernidad de las corporaciones trae consigo la necesidad de repensar los instrumentos de protección internacional de los Derechos humanos ante el nuevo poder transnacional y las nuevas posibilidades de abuso que ello conlleva. Más allá de la idea de un Derecho penal internacional de los Estados se abre así camino la idea de todo un nuevo Derecho penal internacional de las corporaciones y demás agentes no estatales, que encontrará su fundamento último en el cargo primero de los juicios principales del tribunal internacional de Nuremberg—conspiración del partido nazi contra la República de Weimar—así como en los Nachfolgeprozesse posteriormente llevados a cabo en la Alemania occidental, contra los ejecutivos de las grandes corporaciones del nazismo.*

PALABRAS CLAVE: *Nuevo Derecho penal internacional corporativo, legado de Nuremberg, procesos a los industriales nazis, actores no estatales, Segunda Modernidad.*

SUMMARY: *After the first modernity of the States the new modernity of the commercial corporations brings the need of rethink the instruments of Human Rights international protection because they new transnational power and the new possibilities of abuse. Beyond the well-known idea of an international criminal law of the States appears now the idea of a new international criminal law of the corporations and other non state actors, that it will find its foundation in the count one of the trial of the major war criminals before the International Military Tribunal of Nuremberg*

* Texto revisado del estudio que con el título «De Clausewitz a Enron: La guerra como prolongación del mercado por otros medios y el regreso del Cargo I de Nuremberg» fue galardonado con *accessit* al Premio Cesare Beccaria para Jóvenes Investigadores el pasado 22 de septiembre de 2007. El autor quiere agradecer a los profesores Rosario de Vicente Martínez y Luis Arroyo Zapatero su dirección y apoyo a lo largo del desarrollo de toda esta línea de investigación en materia de transparencia y nuevos instrumentos de tutela penal internacional de los derechos humanos frente al poder de las corporaciones internacionales en la Segunda Modernidad.

—conspiracy of the Nazi party against the Republic of Weimar— and the Nachfolgeprozesse in western Germany against the executives of the great corporations of Nazism.

KEY WORDS: *New corporate international criminal law, Nuremberg legacy, industrial trials, non state actors, Second Modernity.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Lo aparente y lo real: el enjuiciamiento de los dirigentes del agente no estatal «NS-DAP» como primer cargo acusatorio internacional ejercido por la humanidad. III. ¿Excepción alemana o terrible lección desatendida?: la conspiración corporativa contra F. D. Roosevelt en 1933 y otros supuestos a la luz de los Nachfolgeprozesse de Nuremberg y el Behemoth de Neumann. IV. Repensando el Cargo I de Nuremberg: dominio de la decisión sobre la excepción y levantamiento del velo gubernamental como posibles líneas de desarrollo. V. El regreso del Cargo I de Nuremberg como punto de partida de un nuevo Derecho penal internacional corporativo.*

I. Introducción

Habitualmente considerado como precursor de la idea de la *Totaler Krieg* o guerra total, acaso una de las más conocidas formulaciones de VON CLAUSEWITZ sería su definición de la guerra como prolongación o continuación de la política por otros medios. Para éste la guerra moderna —entiéndase con ello la guerra en la primera modernidad— suponía ante todo un «acto político», constituyendo ello, de hecho, su único elemento racional, de sujeción a los ritmos de la vida social de la nación-Estado, referente absoluto de su teorización¹.

Sin embargo, una vez transcurridos más de cincuenta años tras la última gran conflagración mundial y más de una década después de la caída del muro de Berlín, la reciente, e igualmente sobrecogedora, «guerra-fraude» de las armas de destrucción masiva que nunca existieron vendrá a suponer la última constatación de un profundo cambio operado en este ámbito: la toma de conciencia de que la única verdadera amenaza de «destrucción masiva» sería la que —para la castigada población civil de Irak— vendría representada por la rica presencia de recursos naturales en su territorio nacional, la necesidad de justificar

y sostener unos altos niveles de producción industrial armamentística, y la oportunidad de los succulentos beneficios de la reconstrucción en relación a toda un amplia serie de servicios de carácter civil asociados.

Esto es, toda una nueva perspectiva de amenaza potencial a la paz y seguridad internacional representada, en definitiva, por una suerte de conducta desviada de penetración y apoderamiento funcional de las estructuras de gobierno por parte de determinadas macro-corporaciones petroquímicas y del negocio de la guerra en sus distintos formatos.

No es que pensadores del renombre de ARENDT² o RUSSELL³, presidentes americanos como EISENHOWER con su conocida alocución sobre los peligros del complejo-industrial militar o, más tempranamente, el propio LINCOLN tras la experiencia de la industrialización bélica durante la guerra civil, no hubiesen expresado ya sus hondas preocupaciones a tal respecto, sino que de lo que se tratará ahora será de la necesidad de repensar todo ello en el actual momento de *globalización corporativa*; esto es respecto el mercado y la sociedad resultante del marco de las nuevas relaciones Estado-corporación —de ésta última a su vez con los derechos humanos, la paz y la

1. De hecho dicha supeditación sería precisamente sometida a fuerte crítica por Ludendorff, verdadero precursor de dicho concepto de *guerra total*, como apuntarán autores como NAVILLE o el propio SCHMITT, que ya en su teoría del partisano y a diferencia de lo que suele concluirse precipitadamente como su concepto de «guerra absoluta» no incorpora la eliminación del enemigo sino que se enmarca en las reglas tradicionales de la guerra Europea. Véase respectivamente el apartado «Karl Von Clausewitz y la teoría de la guerra», en: VON CLAUSEWITZ, K. (1992): *De la Guerra*, Ed. Labor, Barcelona, pp. 7-25, así como el apartado «Von Clausewitz zu Lenin», en: SCHMITT, C. (2006): *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker and Humboldt, Berlin, p. 52 y ss.

2. *Vid.*, en particular ARENDT, Hannah (2000), *Macht und Gewalt*, Piper Verlag, München.

3. Será aquí igualmente de obligada referencia igualmente el simbólico *Tribunal Bertrand Russell* de 1967 sobre los crímenes internacionales de guerra en Vietnam cuyas sesiones fueron realizadas el 2-10 de mayo de 1967 en Estocolmo, y el 20 de Noviembre-1 de diciembre del mismo año en Roskilde, Dinamarca; respectivamente sobre dicho tribunal, véase <http://www.vietnameseamerican.org/contents.html>, donde se encuentran descargables entre otros: la disertación inaugural de Jean Paul Sartre, la lista de sus componentes, o la propia presentación del *veredicto condenatorio* a Estados Unidos por crimen de agresión conforme la doctrina establecida por el Tribunal de Nuremberg además de la propia clausura de RUSSELL, Presidente honorario del mismo. El Tribunal de Russell sería igualmente precursor del también actual *World Tribunal on Iraq*: <http://www.worldtribunal.org>.

seguridad internacional— *después de Enron*⁴, paradigma del nuevo e inmenso poder no ya estatal sino transnacional y apenas sujeto a controles efectivos; especialmente en la actuación de dicho nuevo poder respecto las frágiles estructuras de un enorme número de países descolonizados y en desarrollo, y sin que dicho poder quede sometido tampoco a refrendo democrático alguno, lo que ha de representar un trascendente referente de la realidad internacional contemporánea del que es obligado tomar plena constancia en esta segunda modernidad nuestra tan distinta a la de CLAUSEWITZ⁵.

Y con ello mismo la correlativa idea, en definitiva, de una ulterior transformación de la guerra como «acto económico-corporativo», sometida, por tanto, a un nuevo elemento rector de «racionalidad», si bien estrictamente circunscrito ahora en términos de dinámica auto referencial, reflexiva, de obtención de balances saneados y sostenimiento de la productividad a cualquier precio, de forma desvinculada incluso del propio concepto de Estado-nación, más allá de su mera invocación —tan instrumental ésta como la propia posición a la que corre el riesgo de quedar reducido el aparato estatal como mero «juguete» en manos de un poder corporativo constituido en poder tras el poder como formularía ya RUSSELL⁶ de forma genuina en los años treinta del pasado siglo—.

Una tal hipótesis de trabajo habrá de partir pues, a la búsqueda de su pleno sentido jurídico y antecedentes, de la experiencia abordada en sede del largamente olvidado *legado de Nuremberg* en materia de responsabilidades de la industria petroquímica y armamentística «alemana»⁷, especialmente en el contexto de los que serían denominados *Nachfolgeprozesse* o procesos subsiguientes a los juicios principales, si bien, y antes incluso de ello, el olvidado cargo primero habrá de mostrar ya su singular valor en términos doblemente vertebradores para toda esta cuestión.

Por un lado en cuanto al claro precedente de condena penal internacional de responsables de *agente no estatal* —del partido nazi— por conspiración para apoderarse del

Estado, desencadenando la voladura desde dentro de las garantías constitucionales, y con la finalidad última del desencadenamiento de dicha guerra de agresión, lo que ha de ser imprescindible para nosotros como primer paso de nuestra reflexión en torno a tales posibles nuevas perspectivas de responsabilidad penal internacional corporativa en el contexto de conflictos armados.

Por otro lado el cargo primero nos llevará a una plena toma en consideración de la propia *conspiración* necesaria para todo ello, de el concreto papel jugado por la industria petroquímica y armamentística alemana en el establecimiento de la dictadura nazi y el desencadenamiento de la propia Segunda Guerra Mundial tanto como del previo establecimiento de las condiciones de manipulación informativa de la opinión pública, aptas para poder llevar a todo un conmocionado país hacia dicha conflagración, siguiendo la secuencia del incendio «terrorista» del *Reichstag* por los «enemigos» del Estado, la subsiguiente aceptación general de la legislación patriótica de *excepción* en nombre de la defensa de Alemania frente a estos últimos y la inmediata puesta en marcha, tan sólo semanas después, del campo de concentración de *Dachau*, la concesión de carta blanca a determinadas agencias del nuevo Estado como la GESTAPO para la detención de sospechosos al margen los derechos constitucionales, etc., en lo que constituiría toda una secuencia de actos concatenados en los que la guerra de agresión, altamente lucrativa para emporios económicos como *IG Farben*, *Krupp* y otros, no sería sino una fase subsiguiente a todo lo anterior como pondrían de manifiesto desde el exilio autores como NEUMANN⁸.

Todo un auténtico espejo, en definitiva, desde el que repensar las implicaciones de fondo de otros contextos más actuales de excepción a los derechos fundamentales, otros conocidos campos de concentración, otras guerras de agresión, y preguntarnos, igualmente, por el concreto papel desempeñado por algunas de las corporaciones internacionales más poderosas del planeta a la luz de todo ello,

4. Véase así, por ejemplo y de forma más amplia, el estudio HUMAN RIGHTS WATCH (1999): *The Enron Corporation: corporate complicity in human rights violations*, *Human Rights Watch*. New York. Véase igualmente el interesante artículo de ORTS, E. W. (2002): «War and the Business Corporation», en *Vanderbil Journal of Transnational Law*, Vol. 35, pp. 549-584.

5. Nos limitamos aquí, pues, a remitirnos al conjunto de la teoría de la Segunda Modernidad desarrollada por BECK como trasfondo interpretativo de nuestras tesis, y en particular BECK, Ulrich (1997), *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp; BECK, Ulrich (1996), *Reflexive Modernisierung: Eine Kontroverse*; BECK, Ulrich (2002), *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, Neue Weltpolitische Ökonomie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.

6. RUSSELL, Bernard (2001), *Macht*, Europa Verlag, Hamburg-Wien, p. 261.

7. Como veremos a continuación las más elementales consideraciones de transparencia en torno la real composición de la propiedad accionarial de algunas de tales compañías todavía a finales de 1940, dejarán cuando menos en entredicho la plenitud de dicha adjetivación.

8. Como este señalará la «fuerza tractora» del sistema económico alemán de grandes grupos económicos monopolistas, que no de libre mercado, será el imperialismo agresivo y expansionista del gran capital, liberado de efectivos controles de los sindicatos, de toda amenaza por parte de pequeños competidores y apenas sometido a controles efectivos y reales, notas éstas definitorias de la situación privilegiada creada por los nazis para estos grandes grupos por lo demás ciertamente no tan lejanas en nuestros días en virtud de la globalización. *Vid.* en particular el apartado «Das Gewinnstreben», NEUMANN, F. L. (2004), *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944*, Fischer Taschen buch, Frankfurt am Main, p. 414 y ss.

como paso previo para poder aprestar nuevos instrumentos de tutela de la paz y seguridad de la humanidad en nuestro propio tiempo.

II. Lo aparente y lo real: el enjuiciamiento de los dirigentes del agente no estatal «NSDAP» como primer cargo acusatorio internacional ejercido por la humanidad

Tal y como señalaría JACKSON en su *indictment* en Nuremberg, la conspiración nazi comenzaría con el plan de apoderamiento y retención del dominio total del Estado alemán utilizándolo después para perpetrar las agresiones en el exterior, llevando los conspiradores a cabo su plan o conspiración con crueldad y desprecio absoluto de las leyes de humanidad⁹ y abarcando, por tanto, su incriminación el propio momento de (re)fundación y desarrollo del partido nazi¹⁰; esto es, no meramente desde la efectiva toma del poder en 1933 sino ya desde 1921 con el acceso de Hitler a su condición de *Führer* del partido tras el fracasado *Putsch* de Munich, o intencionada de toma directa del poder, siendo refundado el *Deutsche Arbeiterpartei* como *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)*¹¹. Simplemente se daría un cambio de estrategia en la intención de hacerse con el gobierno

alemán mediante «formas legales» apoyadas con terrorismo¹².

En definitiva, y de forma contundente con el que fuera fiscal de los juicios principales, «*the Nazi Party, together with certain of its subsidiary organizations, became the instrument of cohesion among the defendants and their co-conspirators and an instrument for the carrying out of the aims and purposes of their conspiracy*»¹³.

Otros actos inhumanos anteriores al desencadenamiento de la II Guerra Mundial, pero una vez ya consumado el apoderamiento del control del Estado por parte del partido nazi, concernirían ya, de hecho, a la posterior fase de nazificación de Alemania, igualmente abordada en Nuremberg incluyendo éstos la temprana puesta en marcha del campo de *Dachau*, el 22 de marzo de 1933 —ni tan siquiera dos meses después de alcanzado el poder, el 30 de enero de 1933, y al abrigo de la aceptación de tales medidas por un país hondamente conmocionado tras el incendio «terrorista» del *Reichstag* el 27 de febrero de 1933— para pasar a crear posteriormente el de *Sachsenhausen*, 12 de julio de 1936, y los nuevos campos de *Buchenwald*, 15 de julio de 1937, *Flossenbürg*, 3 de mayo de 1938, y *Mauthausen*, 8 de agosto de 1938, o emprender otros inhumanos actos de persecución como la *kristallnacht* el 9 de noviembre de 1938.

9. Vid. «(g) War crimes and crimes against humanity committed in the course of executing the conspiracy for which the conspirators are responsible», *Count I, Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1, Indictment*, texto completo disponible en *The Avalon Project at Yale Law School*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/count.htm>.

Junto a ello una fuente de especial valor vendrá representada, a su vez, por los ocho volúmenes del informe *Nazi Conspiracy and Aggression*, Office of the United States Chief Counsel for Prosecution of Axis Criminality Washington, DC: United States Government Printing Office, 1946. Washington DC, igualmente rescatados del olvido por el *Avalon Project* y disponibles on-line en: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>.

10. QUINTANO RIPOLLÉS (1955), *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, Tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, p. 421; véase igualmente el apartado «(g)War crimes and crimes against humanity committed in the course of executing the conspiracy for which the conspirators are responsible», *Count I*, ob. cit.; finalmente y por el especial interés de su perspectiva partiendo en términos de reflexión en torno a la actualización del legado de Nuremberg remitimos aquí igualmente a RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S. (2001): *Accountability for Humans Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, New York.

11. Véase más ampliamente: «The origin and aims of the nazi party», *Avalon Project*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judnazi.htm#origin>.

12. Vid. Apartado «First steps in acquisition of control of State machinery», *Count I*, ob. cit. Y así JACKSON y el equipo de fiscales de Nuremberg describirán con idéntica claridad la actuación de los patrióticos nazis; inducción del miedo a la población y privación de derechos serán las notas prevalentes: *In order to make their rule secure from attack and to instill fear in the hearts of the German people, the Nazi conspirators established and extended a system of terror against opponents and supposed or suspected opponents of the regime. They imprisoned such persons without judicial process, holding them in «protective custody» and concentration camps, and subjected them to persecution, degradation, despoilment, enslavement, torture, and murder. These concentration camps were established early in 1933 under the direction of the Defendant Goering and expanded as a fixed part of the terroristic policy and method of the conspirators and used by them for the commission of the Crimes against Humanity hereinafter alleged. Among the principal agencies utilized in the perpetration of these crimes were the SS and the GESTAPO, which, together with other favored branches or agencies of the State and Party, were permitted to operate without restraint of law.* Apdo: «(d) The acquiring of totalitarian control of Germany: political».

13. Vid. Apartado «(a) nazi party as the central core of the common plan or conspiracy», *Count 1*, ob. cit.; véase también, más ampliamente, Chapter VII, «Means used by the nazi conspirators in gaining control of the German State», en *Nazi Conspiracy and Aggression*, Volume 1, ob. cit.; y así en el «apéndice B» del mismo *indictment* al reflejar los grupos u organizaciones que según la acusación debían ser considerados criminalmente responsables de los cargos acusatorios, y tras el propio gobierno de Alemania, esto es, una vez más de forma independiente a las propias responsabilidades atribuibles al mismo, se señalará nuevamente dicho partido.

Pero, con todo, el hecho fundamental, y profundamente olvidado sería que al margen de su diferente responsabilidad en otros cargos Goering, Jodl, Keitel, Ribbentrop, Rosenberg y Hess serían condenados en Nuremberg *ex cargo* primero como responsables de dicha conspiración del agente no estatal «partido nazi» contra la República de Weimar, de forma externa a la misma por tanto¹⁴.

De este modo, si hasta ahora se ha venido dando por sentado, de modo mayoritario —aún en un incipiente clima de debate a tal respecto¹⁵—, que el Derecho penal internacional viene a limitarse, esencialmente, a la responsabilidad de los crímenes cometidos desde el aparato estatal —salvo formas marginales de autoría individual en todo caso siempre en conexión con una política estatal—, la atenta revisión del propio cargo primero de Nuremberg arrojará un panorama susceptible de generar nuevas reflexiones al respecto, en tanto que supuesto de conspiración *contra* el Estado, de forma externa al mismo, para su apoderamiento; escenario éste justamente opuesto a la habitual toma en consideración de la mera complicidad no estatal con la política del Estado, o instrumentalización por parte de este último de otros grupos privados, como cuestiones en torno a las que hasta ahora habían venido quedando circunscritas las coordenadas del debate de la responsabilidad de los actores no estatales en Derecho penal internacional.

III. ¿Excepción alemana o terrible lección desatendida?: la conspiración corporativa contra F. D. Roosevelt en 1933 y otros supuestos a la luz de los *Nachfolgeprozesse* de Nuremberg y el *Behemoth* de Neumann

Junto a todo lo anterior el legado de Nuremberg pondría a su vez de manifiesto otro elemento de esencial valor para nosotros: el agente no estatal *NSDAP* no actuaría solo en su conspiración, sino en estrecha colaboración *con otros agentes* igualmente no estatales, pero esta vez, además, de carácter netamente económico; o nuevamente con JACKSON: los conspiradores nazis actuarían con toda una serie de industriales en torno a estos¹⁶.

Así, y una vez verificada la imposibilidad de realizar otros juicios bajo el mismo Tribunal Internacional de Nuremberg —tal y como de hecho se pretendió con especial atención puesta en los industriales alemanes implicados en los crímenes nazis y con distintos grupos económicos en perspectiva, tanto por parte de americanos como de franceses y británicos¹⁷—, todo ello sería finalmente abordado para la zona ocupada occidental mediante la ley n. 10 promulgada por el Consejo de Control, en virtud de la cual serían abordados los que serían conocidos como *Nachfolgeprozesse* de Nuremberg¹⁸ en los que, —entre otros casos más conocidos como el de los *Einsatzgruppen* o el de los médicos nazis— serían igualmente abor-

14. Por citar los juicios principales, *vid. Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, ob. cit., pp. 425-426.

15. Tómese por ejemplo constancia de la propuesta de BAIGÚN, D. (2001): «Responsabilidad penal de las transnacionales», en *Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique, Séminaire de travail*, Céligny, Genève, 4-5 mai 2001; *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, doc. ONU E/C.12/2000/13, pto. 2. Véanse igualmente antecedente de éstas, los Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, igualmente recogidos en el doc. ONU E/C.12/2000/13; *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, 15 de febrero de 2005, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Doc. ONU E/CN.4/2005/91, p. 19; *International Council on Human Rights Policy (2002), Más allá de lo Discrecional: Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas*, Versoix, p. 5, <http://www.ichrp.org/>; véase la versión completa del estudio: *International Council on Human Rights Policy (2002), Beyond voluntarism, Human Rights and the developing international legal obligations of companies*, Versoix; así como del *Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes* de la Comisión Internacional de Juristas, puesto en marcha en 2006, que partirá también de idénticos posicionamientos a lo anteriormente señalado: «*businesses have been involved in serious violations of human rights and humanitarian law that amount to international crimes*», entre los que serán expresamente enumerados: «*Acts that are widely recognized as international crimes include: genocide; war crimes; and crimes against humanity e.g. apartheid, enforced disappearance, enslavement, extrajudicial killing, torture. This list is not comprehensive and is intended only as a guide for those seeking explanation of the phrase «international crimes»*», véase su web <http://www.business-humanrights.org/Documents/ICJComplicityPanelInvitationforSubmissions>.

16. «e) The acquiring of totalitarian control in Germany: economic; and the economic planning and mobilization for aggressive war», *Count I*, ob. cit., así como, más ampliamente, Chapter VIII, «Economic aspects of the conspiracy», *Nazi Conspiracy and Aggression*, Volume 1, ob. cit.

17. BORKIN, J. (1979), *The Crime and punishment of IG Farben*, ed. Andre Deutsch, London, p. 136.

18. Y así conforme el art. 2.2 de la Ley n. 10 del Consejo de Control de la zona americana: «*Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (...) or (f) with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country*», *Control Council Law n.º 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946). Texto íntegro disponible en: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm>. Para una aproximación de conjunto véase igualmente la web de los *nachfolgeprozesse*: <http://www.nachfolgeprozesse.nuernberg.de/prozesse/prozesse7.html>.

dados los *industriellen Prozesse*, los juicios a los altos ejecutivos empresariales del nazismo, muy especialmente *The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*, el mayor de todos ellos, o caso del Cartel *IG Farben*, formado por Bayer, Hoechst and BASF, en el que el fiscal Telford TAYLOR, formularía cargos contra 24 altos directivos alemanes de dicho Cartel internacional como cargos principales por *planificación, preparación, e iniciación de una guerra de agresión e invasión de otros países*, nuevamente comenzando por la temprana alianza de IG con Hitler y el partido nazi, así como los cargos de *saqueo y expolio*, y el de *esclavitud y asesinato en masa*, «en completa ausencia de toda decencia y consideración humana» por parte de IG y sus responsables.

IG Farben no sólo habría sido la organización matriz de la filial «IG Auschwitz» y por tanto responsable del régimen de trabajo forzado y los terribles experimentos con seres humanos allí realizados así como de la producción y suministro de las enormes cantidades del gas Zyklon-B utilizado para el exterminio de millones de seres humanos en las cámaras de gas, sino que antes del estallido de la propia guerra y aún de la propia fase de nazificación de Alemania desde el aparato estatal-rehen, *IG Farben* sería el mayor de los financiadores industriales del partido nazi con la finalidad de que «las elecciones de 1933 fuesen las últimas»¹⁹, en lo que para TAYLOR había quedado sobradamente demostrado como voluntad de los directivos de *IG* del advenimiento de una dictadura mediante la conquista del poder por parte de Hitler que les permitiese actuar sin tener que tomar en consideración las demandas de las

masas, y de modo que les permitiese alcanzar el control de la industria química europea y, de ser posible, incluso de fuera de Europa.

Como señalaría este último con especial contundencia en su *indictmen*, IG marchó con la *Whermacht*, concibió, inició y preparó un detallado plan para hacerse, al amparo de ésta, con la industria química de Austria, Checoslovaquia, Polonia, Noruega, Francia, Rusia y otros países²⁰.

En idéntico y no menos significativo sentido nos cabrá entender, de hecho, la propia ley del Consejo de Control precedente, la n. 9, «*Beschlagnahme und Kontrolle des Vermögens der I. G. Farbenindustrie*», de 20 de septiembre de 1945, finalmente en vigor desde el 4 de diciembre del mismo año, que supondría la disolución del cartel, en si mismo todo antecedente de exigencia de responsabilidad internacional a la propia persona jurídica, fundamentada además la misma, según las palabras de su propio preámbulo, en la expresa consideración de «impedir que pudiese representar ninguna amenaza futura a sus vecinos o a la paz mundial *a través de Alemania*».

Las conclusiones del informe BERNSTEIN no lo habrían podido expresar tampoco con mayor claridad: si la política de los aliados persigue el objetivo de que Alemania nunca más pueda amenazar a sus vecinos y la paz en el mundo *IG Farben* debe ser destruido²¹.

No parece por tanto exagerado sostener que «*Farben was Hitler and Hitler was Farben*»²², pero aunque ninguno de los directos de la rama americana de IG fuesen procesados sostener sin más el carácter «alemán» de dicha corporación sería apresurado, habida cuenta de que, según

19. Sobre las gestiones de Schacht, ex presidente del *Reichsbank*, y posteriormente ministro de economía del Reich, con distintos industriales para reunir tres millones de marcos con los que financiar la campaña del partido nazi y los en torno a 400.000 marcos que se estiman aportados por IG «para que esas fuesen las últimas elecciones» en palabras de su representante en la reunión, Georg von Schnitzler, véase AA.VV. (2007), *Von Anilin bis Zwangsarbeit, Der Wegs eines Monopols durch die Geschichte. Zu Entstehung und Entwicklung der deutschen chemischen Industrie*, apartado «3.2.1 Wahlspenden, damit es die letzte Wahl werden sollte», pp. 43-45, así como KÖHLER, O. (1986), *Und Heute die ganze Welt, die Geschichte der IG-Farben und ihrer Väter*, Rash und Röhring Verlag, Zurich, en especial el apartado «Die höchste Spende von der IG – damit die letzte Wahl ist», pp. 215-228; En cuanto a las relaciones con Wall Street y grupos financieros americanos como la General Motors o la Standard Oil nos remitimos aquí a la obra de SUTTON, A. (2002), *Wall Street and the rise of Hitler*, GSG, California, de singular interés por lo demás los apdos. «General Electrics and the Financing of Hitler», pp. 55-59, «Financing Hitler in the March 1933 General Election», pp. 107-110 y «Were American Industrialists and Financers Guilty of war crimes?», pp. 159-162. Sobre el posterior devenir de las políticas económicas del régimen véase igualmente HAYES, P. (2001), *Industry and Ideology, IG Farben in the Nazi Era*, Cambridge University Press, Cambridge, apartado «From Schacht to Göring», pp. 125-161.

20. Vid. *The crime and punishment of IG Farben*, ob. cit. p. 137-138, una lista de dichos ejecutivos. Véase igualmente por su especial interés para la reflexión el análisis de los vínculos americanos de IG Farben en cuanto a lo que sería denominado por SCHREIBER como *comedia jurídica de once meses en formato americano* en cuanto a lo puramente simbólico de los resultados punitivos pese a la extrema gravedad de la implicación de los ejecutivos del Cártel en toda clase de crímenes. Vid. a este respecto SCHREIBER (1978), *Die untschuldigen Kriegsplaner, Profit aus Krisen, Kriegen und KZs*, Neuer Weg, Stuttgart, p. 151. Igualmente el apartado «Frühe Unterstützung der NSDAP», en ENZERBERGER [Ed.] (1986), *Ermittlungen gegen die I.G. Farben*, Office of Military Government for Germany Financial Investigation Section, Nördlingen, p. 161 y ss.

21. Vid. «Erklärung des Bernard Bernstein, Direktor des Untersuchungsabteilung für Kartelle und Auslandsvermögen im Amt der Amerikanischen Militärregierung (OMGUS, Deutschland), vor dem Unterausschuss für militärische Mobilmachung im Ausschuss für militärische Angelegenheiten des Senats der Vereinigten Staaten (Kilgore-Unterausschuss)», íntegramente reproducido en *Ermittlungen gegen die I.G. Farben*, ob. cit., p. 346.

22. Como sostendría gráficamente el Senador Homer T. Bone en su informe a la Comisión del Senado sobre Asuntos Militares el 4 de junio de 1943, vid. «The Empire of IG Farben», en *Wall Street and the rise of Hitler*, ob. cit., p. 33.

el propio informe de la sección de investigación financiera del gobierno militar de ocupación, todavía en 1940 — por tanto una vez ya iniciada la II Guerra Mundial y ya perpetrados por parte de IG buena parte de los terribles crímenes antes aludidos en el contexto de la nazificación de Alemania—, únicamente 35.616 acciones, del total de las 324.766 de la compañía, estaban en mano de personas con residencia en Alemania, mientras que casi el triple de acciones de *IG Farben*, 86.671, estaban en manos de inversores de nacionalidad estadounidense y casi cinco veces más 166.100 estaban en manos de ciudadanos suizos; esto es más de un 80% del capital social entre ciudadanos de ambos países frente a algo más de un 10% alemán²³.

En cualquier modo, el de la participación corporativa y financiera en la conspiración contra la República de Weimar no sería el único caso reconocible en dicho periodo, y así en el mismo 1933 otra conspiración —en este caso para deponer al presidente F.D. Roosevelt tal y como sería refrendado por el Comité de investigación McCormack-Dickstein—, sería desenmascarada en virtud de la denuncia pública formulada por propia iniciativa del general Smedley Darlington Butler al que se le había llegado a ofrecer el encabezamiento de la misma y del subiguiente gobierno resultante al frente de medio millón de hombres —buena parte de los cuales veteranos de la Primera Guerra Mundial y descontentos por la crisis de 1929, así como miembros de distintas organizaciones paramilitares y de extrema derecha entre las que destacaría la *American Liberty League*— en lo que constituía un conglomerado instrumentalizado y financiado desde una serie de poderosos grupos económicos con idéntico protagonismo de la industria petroquímica, en el caso americano *Du pont*; un supuesto, en definitiva, aún si frustrado todavía más paradigmático que el alemán de conspiración de carácter económico-corporativo y uno de los episodios menos conocidos de la historia de ese periodo²⁴.

Tampoco sería éste el último supuesto en lo tocante al siglo XX, y así, en lo que supone una materia opaca y de difícil indagación por excelencia, nos cabe tomar constancia de otros casos puestos de manifiesto con ocasión de los debates de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el impacto de la actividad de las corporaciones en la esfera de los derechos humanos entre los que se haría alusión a la presunta implicación de la multinacional ITT (*International Telephone and Telegraph*) en el derrocamiento del Gobierno constitucional de Salvador Allende en Chile, la de la *Gulf Oil Company* en el golpe militar de Hugo Banzer contra J. J. Torres en Bolivia en 1971, o la injerencia de la *United Fruit Company* contra el Gobierno de Jacobo Arbenz en Guatemala en 1954²⁵, hasta llegar, todavía más recientemente, a la constatación de la existencia de hechos documentados que dan evidencia de una intentona de golpe de Estado en Guinea Ecuatorial en 2004 por parte de un grupo de conspiradores en el que se encontraban tanto mercenarios como ejecutivos de empresas privadas de seguridad, tal y como pondría de manifiesto la propia Presidenta del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la actividad de grupos mercenarios en su comunicación sobre la utilización de estos como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación²⁶.

Actitud hostil recurrente ésta hacia el sistema democrático, y preferencia de opciones de gobierno dictatoriales por parte de determinados macroagentes económicos, que DIONIS vendrá a señalar, por su parte, respecto a algunas de sus manifestaciones actuales en hispanoamérica como regreso de la dinámica amigo-enemigo implícita a la *teoría del partisano* de Carl SCHMITT, y difundida por éste desde su retiro español en los sesenta, respecto la que un tal «estado de excepción *de facto*» llevado de lleno al orden económico representaría una de sus expresiones²⁷. Las significativas conexiones de esto últi-

23. *Ermittlungen gegen die I.G. Farben*, ob. cit., p. 38.

24. Vid. ARCHER, J. (1973), *The Plot to Seize the White House: The Shocking True Story of the Conspiracy to Overthrow FDR*, Hawthorne, New York.

25. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, 52.º período de sesiones, Acta Resumida de la 11.ª sesión, celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el miércoles 9 de agosto de 2000, a las 10.00 horas, E/CN.4/Sub.2/2000/SR.11, 1.º de diciembre de 2003, Pto. 6. Véase igualmente el apartado «Chile, Arbeiterblut fließt, die Investitionen steigen» sobre la actitud de colaboración de Hoesch Chile —una de las tres grandes empresas constituyentes del Cartel IG Farben como hemos visto— donde se reproduce íntegramente el texto de la carta de 17 de septiembre de 1973, informando a Frankfurt sobre el *largamente esperado alzamiento militar* que al fin había tenido lugar el 11 de septiembre de 1973 generando nuevas expectativas de beneficios para la compañía a raíz del mismo y *dando al gobierno Allende el final que merecía*, *Die untschuldigen Kriegsplaner*, ob. cit. p. 211.

26. Intervención Oral de la Sra. Amada Benavides, Presidenta del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación, ante la Asamblea General de 6 de noviembre de 2006.

27. Véase el trabajo del mismo en la web del equipo Nizkor, DIONIS, G. D. (2002), «Responsabilidad penal de las empresas sanitarias transnacionales», en WALDER, P. (2006), *El derecho al agua en el sur de las Américas. Exigibilidad ciudadana frente a procesos de privatización en servicios y recursos naturales. Negociaciones comerciales OMC, UE, ALCA, TLC, Alianza Chilena por un Comercio Justo, Ético y Responsable*, Santiago de Chile, 18 y 19 de noviembre de 2002, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/agua/index.html>; en cuanto a la propia obra de SCHMITT en sus reediciones más recientes a este respecto y junto a la teoría del partisano antes apuntada, vid. SCHMITT, C. (2003), *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Duncker and Humboldt,

mo dentro de la dinámica propia del denominado *Derecho penal del enemigo* y sus concretos respaldos materiales resultarán evidentes.

Pero si para SCHMITT la excepción lo prueba todo²⁸ y la garantía de la voluntad soberana tendería a reclamar la dictadura permanente, NEUMANN nos ofrecerá el reverso de la moneda y elemento definitivo de nuestro análisis: el caso crítico, el estado de excepción, servirá también para revelar en términos de transparencia dónde reside, en concreto, el poder político. El caso crítico descubre lo que frecuentemente la normalidad oculta en cuanto al ejercicio real del poder²⁹.

De modo que si para SCHMITT en la excepción el poder de la vida real penetra a través de la corteza de un mecanismo que se ha tornado inerte por repetición, su seguimiento se tornará entonces en un útil instrumento de rastreo del poder efectivo y nos permitirá una efectiva actualización de sus límites y mecanismos de responsabilidad allí dónde éste se encuentre en realidad, tratándose, por tanto, de la dificultad de articular los mecanismos jurídicos de transparencia e imputación jurídica de la responsabilidad por el real ejercicio del poder, más allá de dicha *corteza* meramente aparente. Al menos en ese concreto sentido no podremos sino coincidir con SCHMITT en cuanto al significativo valor de la excepción, si bien de forma contraria, respecto a la finalidad de aseguramiento de defensa del régimen democrático y el orden social de derechos humanos, paz y seguridad internacional que le sirve de base, y no como aceptación resignada de una ineludible deriva hacia la dictadura y el estado de excepción mundial permanente.

En esto último vendrá a incidir NEUMANN, por su parte, como uno de los puntos fuertes de análisis en su conocido *Behemoth* dejando de manifiesto, como pocos otros textos relativos al nazismo, la efectiva conveniencia para las grandes organizaciones económicas en la Alemania del momento de dicho estado de excepción permanente, más allá de la mera invocación de una idea de libre competencia de un amplio número de emprendedores independientes en los distintos ámbitos percibida en realidad de forma

hostil por éstas. La democracia misma lo era también como una amenaza para un tal sistema de grandes monopolios económicos³⁰, y la libertad económica, tanto como libertad la política, entendida esta última como una *ingenua pretensión liberal*, un «lujo» para la sociedad alemana. De este modo, también en lo económico se hacía preciso una situación de *Ausnahmezustand* o situación de excepción de mercado —mantenido, como el propio Estado, en su apariencia de respetabilidad institucional— neutralizada para el soberano corporativo la conflictividad laboral y la amenaza de la competencia, tanto como el soberano nazi precisaba de la excepción en lo político y constitucional.

Todos esos *sueños* de ganancias corporativas sin fin, tan megalómanos como los propios delirios nazis, se hicieron realidad a partir de 1933, y precisamente uno de los más valiosos rendimientos de la obra de NEUMANN será así el de llamar la atención sobre un tal espíritu expansionista, imperialista y agresivo de tales grupos económicos beneficiados, en muy distintos sentidos, por el estado de excepción general instaurado; así como colocar debidamente a los mismo en el primerísimo plano de su análisis de las responsabilidades como pieza esencial de la maquinaria que junto al partido nazi, la burocracia estatal copada por éste y el ejército llevaría a Alemania irremisiblemente hacia la guerra.

Un efecto que, ante el estado de excepción a la vigencia del sistema universal de derechos fundamentales de nuestro propio tiempo, ya no nazi-local sino corporativo-global, el Centro Europa-Tercer Mundo y la Asociación Americana de Juristas, vienen calificando como de «erosión» corporativa hasta de los mismos aspectos formales de la democracia representativa y del papel de las instituciones políticas, tanto nacionales como internacionales, como mediadores —o presuntos mediadores— entre intereses diferentes o contradictorios³¹.

Estas serían las *unschuldigen Kriegspläner* de nuestro propio tiempo, las inocentes planificadoras de la guerra que, parafraseando el título de la obra de SCHREIBER,

Berlin; (2004), *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker and Humboldt, Berlin; (1994), *Die Diktatur*, Duncker and Humboldt, Berlin.

28. Excepción entendida como intervalo o *Ausnahmezustand* en el que la legalidad constitucional y la discusión parlamentaria se ven interrumpidas, pero también en su ambivalencia como caso límite o *Ernstfall* que llama a una decisión soberana para preservar la unidad frente al enemigo, y por tanto a la guerra, superándose la *pretensión liberal* de ausencia de tal dinámica. O como señalará éste de forma tan gráfica como contundente en una de sus más conocidas afirmaciones, *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*: soberano es el que decide sobre el estado de excepción. SCHMITT, C. (2004), *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker and Humboldt, Berlin, p. 13.

29. Sin duda la gran obra de referencia a este respecto habrá de ser NEUMANN, F. L. (2004), *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944*, Fischer Taschen buch, Frankfurt am Main, remitiéndonos especialmente aquí a su segunda parte «Die totalitäre Monopolwirtschaft», pp. 269-449.

30. *Behemoth*, ob. cit., p. 415.

31. Véase con especial atención, igualmente, a la cuestión de los organismos internacionales, «C. Confusión entre el poder económico y el poder político», Pto. 11-12, en: CETIM/AAJ (2002): *¿Las Naciones Unidas harán respetar a las sociedades transnacionales las normas internacionales en materia de derechos humanos?*, ed. CETIM, Ginebra.

habrían de obtener ahora los suculentos beneficios de crisis, guerra y campos de concentración³².

Y ante ello la pregunta a formularnos será, por tanto, hasta que punto cabe seguir hablando de forma predominantemente unidimensional de la voladura de la democracia alemana de Weimar en términos de *excepción mesiánica* o corresponde extraer otras lecciones de fondo respecto la gravedad de un tal estado de excepción inquietantemente cercano en distintos aspectos a nuestros días. ¿Cabe acaso reconocer hoy, en determinadas tendencias de la globalización, verdaderos elementos de identidad del régimen económico totalitario nazi como la neutralización del contrapoder sindical³³ y de las posibilidades reales de competencia?, ¿cabe reconocer elementos compartidos entre un tal estado de excepción nazi a la vigencia del sistema de derechos fundamentales y el cotidiano estado de excepción *corporativo* a los mismos en el contexto de la globalización?, ¿cabe reconocer nuevas reformulaciones de la idea nazi de *vida sin valor vital* para el Estado —para un determinado tipo de Estado— en unos nuevos y genuinos términos de *vida sin valor vital* para el mercado —para un determinado tipo de mercado— ante toda una serie de sobrecogedores casos como el de las patentes del VIH o el cotidiano exterminio infantil del agua, también con más de 4.000 muertes al día este último, y otros variados supuestos en los que la vigencia material del derecho a la vida queda condicionada a la existencia, o no, de una efectiva capacidad económica que aportar al mercado para participar de determinados bienes insustituibles pero sujetos a un anómalo control corporativo?

A la luz de todo ello no creemos, ciertamente, que quepa calificar de otra forma distinta a verdadero «estado de excepción» el actual estado de observancia corporativa *a la carta*, en absoluta ausencia de efectivos mecanismos internacionales de sometimiento a responsabilidad y control, de lo que se pretende, por contra, todo un sistema universal de derechos humanos inalienables e indisponibles dotado de carácter *erga omnes* y constitutivo de *ius cogens*, adquiriendo así una renovada relevancia para nuestros días las reflexiones de SCHMITT y NEUMANN y la relación entre excepción, poder soberano *real* y cambio sistémico *fáctico*, bastante más allá de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

IV. Repensando el Cargo I de Nuremberg: dominio de la decisión sobre la excepción y nuevas perspectivas de levantamiento del velo *gubernamental* como posibles líneas de desarrollo

El vigente modelo de impunidad corporativa ante el Derecho penal internacional por la conspiración y comisión de nuevas tipologías de violaciones a gran escala de la paz y seguridad de la humanidad y el sistema de derechos humanos, quedará pues doblemente a la vista desde el legado de Nuremberg; esto, es, desde la enjuiciabilidad constatada de aparatos organizativos de poder no estatal —caso del NSDAP como hemos visto— tanto como desde el propio carácter menor de las condenas a los altos ejecutivos de las corporaciones que financiaron la conspiración contra la República alemana y armaron después a Hitler de modo que a las alturas de 1951, y a diferencia de sus homólogos en los altos puestos del Estado, estaban ya otra vez reincorporados al tejido corporativo ocupando nuevamente puestos de relieve.

En todo caso, sea en lo positivo tanto como en lo negativo, uno y otro elemento nos mostrarán, por igual, lo necesario de reflexionar en torno a la revisión de estructuras de imputación de responsabilidad penal internacional a los actores no estatales, muy especialmente ante la guerra —supuesto de estado de excepción por excelencia a los derechos humanos, propiamente *Ausnahmezustand* a la vez que verdadero *Ernstfall* en terminología decisionista de SCHMITT— y el aludido rastreo del verdadero poder tras el poder en su desencadenamiento, lo que nos llevará a la búsqueda de posibles nuevas estructuras que permitan identificar, e imputar, a los verdaderos responsables no estatales de esa influencia intolerable sobre la que nos alertaría EISENHOWER, en la perpetración de crímenes de extrema gravedad como los que aquí nos ocupan.

La toma en consideración de nuevas perspectivas de una suerte de tipología de *gobierno filial*, sometido *de facto* —no necesariamente en relación a todo acto de gobierno sino acaso de modo sectorial en determinados ámbitos decisionales por relevancia o especialidad—, a los designios de los conspiradores corporativos y sus cómplices, irrumpirá así en términos que por lo demás no dejan de reproducir las propias dificultades señaladas por GUISSÉ respecto la identificación de los concretos elementos *de facto* cuando una empresa matriz tiene una parte en otra empresa y ejerce efectivamente una influencia dominante

32. Como ya hemos apuntado en otro lugar nos referimos aquí a SCHREIBER (1978), *Die unschuldigen Kriegsplaner, Profit aus Krisen, Kriegen und KZs*, Neuer Weg, Stuttgart.

33. Hoy en términos de movilidad empresarial como nos enseña BECK particularmente en *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, ob. cit.

o la sucursal está bajo su dirección en materia de vulneración de derechos humanos³⁴. O como precisamente pondría de manifiesto JACKSON en el caso de la conspiración del agente no estatal *NSDAP* contra Alemania: «a) *The Nazi conspirators reduced the Reichstag to a body of their own nominees and curtailed the freedom of popular elections throughout the country*»³⁵.

Así, si bien esta ha de ser una cuestión cuyo detalle y desarrollo habrá de exceder ampliamente el ámbito de este estudio dirigido a la búsqueda de las bases de todo este nuevo ámbito científico, si nos cabrá cuando menos tomar conciencia, partiendo de todo lo anterior, de la rica teorización existente en torno a la figura del levantamiento del velo corporativo cuya atenta toma en consideración creemos que pueden ofrecer los rendimientos deseados, si bien abordando ahora la dificultad adicional de que no se tratará ya de discernir la autoría tras un «títtere» jurídico-privado sino —lo que resulta exponencialmente más grave y complejo— tras un «títtere» jurídico-público; tras un gobierno materialmente usurpado a sus propios ciudadanos en buena parte de sus decisiones más relevantes para la nación, mantenida en el engaño a través de toda una variedad de posibilidades de control de los medios de comunicación en virtud de las relaciones ampliamente ramificadas de los grupos económicos implicados en el apoderamiento de los resortes del Estado. Precisamente porque si en la excepción, en el dominio decisorio de su establecimiento, se manifiesta de modo especialmente perceptible la verdadera estructura del poder como hemos apuntado con NEUMANN, es por ello mismo que las medidas de manipulación y opacidad informativa habrán de hacerse en todo el proceso singularmente presentes.

Estado de excepción y desinformación pública se tornarán en elementos complementarios e interdependientes.

En definitiva, creemos que el posible camino a recorrer en una revisión del concepto de conspiración de la mano del legado de Nuremberg habría que hacer las cuentas con la toma en consideración —desde el amplio reconoci-

miento actual de un «*piercing of the corporate veil*»— de una suerte de «*piercing of the government veil*» en el ámbito específico de crímenes internacionales contra el sistema universal de derechos humanos, la paz y la seguridad de la humanidad que permita imputar jurídicamente a los verdaderos artífices y máximos responsables empresariales de la «decisión sobre el estado de excepción», la plenitud del rigor de los tipos penales internacionales de forma igualmente universal e imprescriptible, *hasta en las más alejadas regiones de la tierra*, y no únicamente ya a los responsables políticos.

Y así, al igual que la teoría del levantamiento del velo corporativo surgiria del reconocimiento por parte de la jurisprudencia, singularmente la estadounidense y la alemana³⁶, de casos en los que resultaba necesario *traspasar el velo* de la personalidad corporativa meramente aparente para descubrir la persona o personas que operaban tras ella ante determinadas situaciones lesivas como premisa para poder responsabilizarlas por los actos imputados a la entidad haciendo caso omiso de la personificación legal —idea de la «*disregard of legal entity*»—, se trataría ahora de tomar en consideración las dificultades y posibilidades de desarrollo de una tal modulación del instituto en el ámbito gubernamental, o más ampliamente institucional, tomando en consideración idénticas posibilidades de apoderamiento y control funcional de las instituciones nacionales, pero también internacionales precisamente en la línea del nuevo reclamo global de transparencia, lo que también aquí puede constituir instrumento necesario para la obtención de soluciones ajustadas a la justicia material tal y como viene siendo señalado como lugar común en la razón de ser de esta figura³⁷.

O tal y como puntualizaría THIAM, aún si en muchos sistemas legales el concepto de conspiración ha venido siendo aplicado a los crímenes contra el Estado —pues es el Estado el objetivo cuando los crímenes van dirigidos contra sus instituciones, su integridad territorial o su seguridad³⁸— una tal concepción podría llegar a mostrarse

34. Vid. *Ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales: la cuestión de las empresas transnacionales*, Documento de trabajo relativo a los efectos de las actividades de las empresas transnacionales sobre el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, preparado por el Sr. El Hadji Guissé en virtud de la resolución 1997/11 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1998/6, 10 de junio de 1998, pto. 5.

35. «Consolidation of control», *Count 1*, ob. cit.

36. En Alemania, a mediados del siglo XX, se comienza también a preguntar cuándo es legítimo prescindir de la estructura formal de la persona jurídica para que se pueda decidir mejor el caso penetrando hasta el sustrato mismo de aquélla, afectando a sus miembros. Se trató de encontrar una base jurídica objetivamente segura para esta «penetración» que permitiera lograr la transparencia («*Durchgriff*») del fondo personal subyacente; y se creyó encontrarlo en la necesidad de neutralizar la utilización fraudulenta o abusiva de la técnica de la personificación («*Missachtung der Rechtsform der juristische Person*»).

37. Vid entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2006), *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid; ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (1997), *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desensamblamiento*, Colex, Madrid. Mientras en términos jurisprudenciales nos cabe referirnos, entre otras sentencias recientes dada su plenitud, a la Sentencia de la AP Madrid (Sección 17.ª) de 29 enero 2005.

38. Vid. *Eighth report on the draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1990 vol. II(1) A/CN.4/430 and Add.1, p. 33, pto. 51.

demasiado restrictiva en el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pues el Estado no es la única entidad implicada en todo ello³⁹.

La idea habría de ser también aquí ahora que quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo Estatal o supraestatal, quién tiene el dominio real de la decisión sobre el establecimiento de la excepción, como hecho específico en materia de derechos humanos, no se sustraiga a la grave materialidad de sus responsabilidades invocando la apariencia formal de existencia de distintas organizaciones independientes, cabiéndonos tomar en consideración de modo especial de entre sus distintos criterios el del seguimiento de la dirección emprendida por el flujo de los beneficios resultantes del estado de excepción, la efectiva participación en la obtención del nombramiento⁴⁰, si la persona dominante aparece como «la cabeza y el cerebro» de la excepción o el relativo al control funcional de la entidad dominada, bien sea constante y efectivo en los términos tradicionales del instituto o focalizado ahora en lo concerniente a la propia esfera de actividad corporativa; todo ello como congruente complemento además de todo un nuevo reconocimiento de nuevas responsabilidades en materia de derechos humanos, justamente de modo también sectorial o circunscrita a dicha misma esfera de actividad, conforme las nuevas normas ONU para empresas⁴¹.

Y ello sin perjuicio de que, como hemos anticipado, la presunción de respetabilidad e independencia de la persona jurídica ante el levantamiento del velo corporativo haya de resultar aquí aún más fuerte y verdaderamente sometida a toda su debida carga *iuris tantum* —que no *iuris et de iure*— y por tanto dicho levantamiento sólo pueda producirse no ya respecto de cualquier abuso de derecho o utilización del ente jurídico para finalidades fraudulentas sino respecto de la instrumentalización del aparato estatal para perpetrar actos de la gravedad aludida, y que se

nos muestran por tanto como plenamente congruentes para hacer decaer la presunción de persona jurídica independiente de carácter estatal, que actúa con independencia de los intereses de los miembros que la integran, para pasar a dar el debido tratamiento jurídico penal internacional a la realidad de su situación de cautividad institucional sometida al control *de facto* de actores privados extraordinariamente poderosos y por tanto al procesamiento de los máximos jerarcas corporativos tras el *gobierno filial*.

Finalmente una tal hipótesis de trabajo resultará, en definitiva, aún más planteable cuando, de hecho, la cuestión del levantamiento del velo en el ámbito de relación filial «corporación-Estado» ya ha llegado a ser abordada por la jurisprudencia, si bien en un sentido de dependencia a *sensu contrario*, en el ámbito del Derecho administrativo, respecto la cuestión de los entes públicos o de gestión a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad —internamente—, perteneciente a la Administración⁴²; de modo que, debidamente tomado en consideración esto último, contemplar la posibilidad inversa de que, en determinadas circunstancias un órgano gubernamental externamente regido por los intereses generales y el derecho público, deberes de diligencia debida en la esfera de los derechos humanos, etc., en realidad —internamente— sea regido por intereses privados de la corporación matriz *de facto* no resultará, en definitiva, sino un congruente paso más de indagación jurídica del instituto.

En resumen, tratar de deslindar suficientemente en cada caso las respectivas esferas de real *responsabilidad por el dominio de la excepción* al sistema internacional de Derechos humano o, más exactamente, del dominio sobre la decisión de su establecimiento, nos ayuda a entender las distintas posibilidades de colaboraciones, supeditaciones e instrumentalizaciones recíprocas Corporación-Estado

39. *Idem*, pto. 52. Y así THIAM apuntará otras distintas entidades más allá del Estado como objetivos de la conspiración sin abordar expresamente las instituciones internacionales como apuntamos por nuestra parte pero sí abriéndonos el camino para la consideración de otros supuestos. Todo está por hacer en este ámbito tras la fugaz toma en consideración de la conspiración en el art. 2 del *Draft Code* de 1954 y en el art. 16 del subsiguiente *Draft Code* de THIAM, finalmente desaparecida como tal, Véase el *Eight Report* p. 32 y 33, párr. 39 y 50. Como el mismo QUINTANO señalará, si frente a la posición contraria francesa, continental, del magistrado DONNEDIEU DE VABRES, los fallos de Nuremberg concedieron a la *conspiracy* «perfecta sustantividad, no exenta de confusión, sin embargo, respecto a las demás figuras delictivas», serían tales tesis francesas, por el contrario, y no las del propio Tribunal, «la que ha logrado la adhesión de la mejor doctrina científica que prefiere configurar los supuestos conspiratorios en los de cooperación o participación criminal», *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, ob. cit. p. 422; esto es, de su sustantividad como tipo especial a su disolución o asimilación en torno a las cuestiones de autoría.

40. Aquí el criterio de que las personas que dirigen los negocios de la dominada sean designadas por la dominante deberá ser interpretado, tal y como nos enseña el caso de *IG Farben*, como financiación y respaldo corporativo a la llegada al poder sin el cual en nuestro vigente —no exento de paradojas y contradicciones— sistema democrático actual es sabido que ello no es en modo alguno posible.

41. Véase el *Comentario Relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, de 26 de agosto de 2003, Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2; igualmente, AMNISTÍA INTERNACIONAL (2004), *Las normas de Derechos Humanos de la ONU para Empresas. Hacia la responsabilidad legal*, Madrid.

42. *SAP 29 de enero de 2005*, ob. cit., fto. 5. Junto a esto en el caso español otra sentencia de referencia en torno a esta figura se hallará en la doctrina establecida por la Sentencia de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), TS.

—en términos por tanto en realidad multidireccionales—, de modo que, junto a la hoy ya debatida cuestión de la complicidad corporativa en crímenes internacionales, otros aspectos como la propia autoría directa corporativa, la coautoría propiamente considerada y, por qué no, nuevas modalidades de complicidad estatal o supraestatal en crímenes corporativos, se abran igualmente camino en el debate científico penal internacional contemporáneo, al tiempo que, paralelamente, nos ayuda a abordar también, desde el prisma contrario, el también reconocible fenómeno de la corporación bajo control gubernamental encubierto desde la que, en una suerte de fuerte fenómeno que entendemos como de *huida de Nuremberg*, de verdadero intento de *privatización de la gestión de ilícitos internacionales* —tortura, deportaciones, medidas de contrainsurgencia constitutivas de crímenes de guerra y contra la humanidad etc., mediante empresas privadas de seguridad o compañías aéreas, por ejemplo— dada, precisamente, la vigente percepción de inaplicabilidad del Derecho penal internacional a las corporaciones a diferencia de a los agentes del Estado y las beneficiosas consecuencias, para los autores de tales crímenes, de las actuales dificultades para el establecimiento de mecanismos de imputación corporativa en un Derecho penal internacional únicamente centrado hasta ahora en cuanto a sus desarrollos en el actor estatal⁴³.

La pregunta sobre hasta que punto nos será posible seguir desatendiendo una tal espacio de manifiesta impunidad respecto este tipo de conductas en sus manifestaciones más graves, resultará por tanto determinante. Y ello sin olvidar que la excepción negativa, la propia decisión sobre la propia inhibición de la entrada en escena de los normales mecanismos que habrían de tender a la rectificación de la situación excepcional, forma parte consustancial y subsiguiente al propio establecimiento de la excepción positiva: tanto el ejercicio de la soberanía positiva

como la negativa resultarán, en definitiva, parte del ejercicio de soberanía real, retomando nuevamente aquí nuestra reflexión precedente al respecto.

V. El regreso del Cargo I de Nuremberg como punto de partida de un nuevo Derecho penal internacional corporativo

La relectura de todo lo anterior resultará de especial utilidad para completar el cuadro de una joven República democrática, cultural y científicamente avanzada, como era la Alemania de Weimar, enfrentada no únicamente a un extraordinario azar protagonizado por una serie de perturbados agrupados en el partido nazi y dotados de una inagotable capacidad para engañar al pueblo alemán, aprovecharse de las distintas coyunturas surgidas, e ir destruyendo sistemáticamente las defensas democráticas internas del Estado; nos ayuda a ampliar la comprensión de la *conspiración* colocando en primera línea el escamoteado protagonismo de las corporaciones del momento, plenamente conscientes éstas de la «oportunidad de negocio» que un estado de excepción nacional podían representar para sus actividades como hemos visto con NEUMANN.

La posterior Guerra Mundial, los inenarrables crímenes perpetrados, dejan de manifiesto por sí mismo la impactante trascendencia material —hoy con visos de auténtica *puerta trasera* desde la que burlar el entero aparataje del sistema penal internacional desarrollado en las últimas décadas— que implica la contradicción de poder perseguir de forma imprescriptible y universal a los *responsables políticos* del crimen, mientras, paradójicamente, los *responsables económicos* continúan sin haber sido suficientemente tomados en consideración en la posterior evolución experimentada por el Derecho penal internacional y por la propia transformación del esquema de poder inter-

43. O como señalaría respecto dicha *huida de Nuremberg* de forma significativa la Presidenta del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación:

El Grupo de Trabajo también ha sido informado de violaciones de derechos humanos perpetradas en las prisiones de Abu Ghraib en Iraq, en las que estaban involucrados empleados de empresas militares y de seguridad privadas. Si bien las autoridades estadounidenses consideran que los contratos del personal estadounidense están sujetos a la jurisdicción penal de los tribunales federales de los Estados Unidos, el Grupo de Trabajo desconoce que los tribunales federales estadounidenses hayan juzgado o sancionado a empleados de empresas militares y de seguridad privadas implicadas en esas violaciones en Irak. (...) El Grupo de Trabajo desea llamar la atención sobre el creciente fenómeno en el que los Estados ceden funciones militares y de seguridad esenciales a empresas privadas y, le preocupa de manera particular, que en el marco de conflictos armados, algunas empresas militares privadas y compañías privadas de seguridad estén cometiendo violaciones de derechos humanos que quedan impunes. A menudo, esta situación se encuentra asociada a la creación, por parte de compañías transnacionales, de empresas satélites subsidiarias con personería jurídica en un país, que ofrecen sus servicios en otro país y contratan su personal en un tercero. Sin embargo, las empresas militares y de seguridad privadas y sus empleados se encuentran en un área gris que la Convención de 1989 no cubre de manera específica. *Intervención Oral de la Sra. Amada Benavides*, ob. cit. Véase igualmente, como referencia al creciente reclamo de una transparencia efectiva en tales relaciones formulado por distintas organizaciones de derechos humanos, «Transparencia, privatización y la Guerra contra el Terror», <http://rsechile.wordpress.com/2007/04/24/transparencia-privatizacion-y-la-guerra-contra-terror/>

nacional en el mundo actual como nos muestran autores como BECK con su teorización en torno la Segunda Modernidad.

Más aún una vez tomada constancia de la especial fragilidad institucional de determinados Estados en desarrollo ante la definitiva eclosión de un tal «nuevo» poder corporativo transnacional, cuestión esta igualmente pendiente y apenas abordada en unos pocos instrumentos internacionales como el art. 2.2.b) de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* desde la cual quedará formulado genéricamente el elemental principio de que «las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan».

Con todo, el *nunca más de Nuremberg* no llegaría a hallar una efectiva articulación en las décadas subsiguientes ni respecto al cargo primero de los juicios principales, ni frente a la grave y decisiva implicación en el mismo de tales actores no estatales de carácter económico, que quedaría en un discreto segundo plano a pesar de las aterradoras consecuencias sufridas por la entera humanidad tras la conspiración para el apoderamiento de la República de Weimar.

Y así, las figuras de líderes mesiánicos u otros individuos «solitarios» excepcionales —siempre dotados de sorprendentes capacidades para lo imposible, siempre de modo coincidentemente benigno a los intereses industriales militaristas y petroquímicos del momento y siempre antecediendo al subsiguiente estallido bélico y la terrible

pérdida de vidas humanas—, recurrente en ya demasiados escenarios de impunidad de gravísimas consecuencias a lo largo del último siglo no deben hacernos perder de vista la idea fundamental, y que, pese a todo, comienza a abrirse camino con claridad en nuestros días, de que el poder corporativo no puede seguir siendo ignorado por el Derecho penal internacional en lo tocante a su actividad gravemente vulneradora de la paz y la seguridad internacional y los derechos humanos; sea tanto en el supuesto bélico aquí apuntado en cualquiera de sus fases de desarrollo, como en toda una amplia serie de casos en último término reconducibles a lo que BAIGÚN califica como «de daño social».

En ese sentido, y al margen de las distintas reflexiones aquí formuladas en torno al cargo primero y la conspiración extremista-corporativa para el apoderamiento del Estado alemán —¿corporativo-extremista como lo fue la intentona de derrocamiento de Roosevelt en términos de mera instrumentalización del segundo elemento de la ecuación?—, la primera y genuina virtualidad de todo ello habrá de ser la de allanar el camino para la toma en consideración de un nuevo *Derecho penal internacional corporativo*, firme y legítimamente fundamentado en el legado de Nuremberg como hemos tratado de mostrar, en términos de debida actualización de los mecanismos de responsabilidad a la propia realidad y capacidad de acción de los nuevos protagonistas internacionales de nuestro tiempo.