

De Clausewitz a Enron: La guerra como prolongación *del mercado* por otros medios y el regreso del Cargo I de Nuremberg.

Miguel Ángel Rodríguez Arias.
UCLM.

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.

I. Introducción. **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. **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 parte del desarrollo de un nuevo Derecho penal internacional corporativo.

I. Introducción.

Habitualmente considerado como precursor de la idea de la *Totaler Krieg*, 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 suponía ante todo un "acto político", constituyendo ello, de hecho, su único elemento racional, de sujeción, en definitiva, a los ritmos de la vida social de la nación-Estado, referente absoluto de su teorización¹.

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 definitiva y última constatación de un profundo

¹ A decir verdad dicha supeditación sería precisamente sometido a fuerte crítica por Ludendorf, 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, págs. 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, pág 52 y ss.

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 suculentos beneficios de la reconstrucción en relación a toda una amplia serie de servicios de carácter civil asociados. La nueva amenaza de destrucción masiva como amenaza para la paz y seguridad internacional representada, en definitiva, por la posible conducta desviada de penetración en las estructuras de gobierno por parte de determinadas corporaciones 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 de EEUU durante la guerra civil americana, 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 de las relaciones Estado-corporación – de ésta última a su vez con los derechos humanos, la paz y la seguridad internacional – , *después de Enron*, paradigma del nuevo e inmenso poder no ya estatal sino transnacional, apenas sujeto a controles efectivos y no sometido a refrendo democrático alguno, como nuevo referente del que es obligado tomar plena constancia⁴.

La correlativa idea, en definitiva, de una ulterior transformación de la guerra como puro “acto económico-corporativo”, sometida por tanto a un nuevo elemento rector de “racionalidad”, recluso ahora éste, además, en su propia dinámica autoreferencial, reflexiva, de beneficios económicos y sostenimiento de la productividad, de forma desvinculada incluso del 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, mero “juguete” en manos de un poder corporativo constituido en poder tras el poder como señalaría ya en los años treinta el propio RUSSELL⁵ –.

Una tal hipótesis de trabajo habrá de partir necesariamente, a la búsqueda de su pleno sentido jurídico y antecedentes, de la experiencia abordada en sede del largamente aletargado *legado de Nuremberg* en materia de responsabilidades de la industria

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.vietnamese-american.org/contents.html>, dónde se encuentran descargables entre otros: la disertación inaugural de Jean Paul Sastre, 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>.

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. pág. 549-584.

⁵ RUSSELL, Bernard (2001): *Macht*, Europa verlag, Hamburg-Wien, pág. 261

petroquímica y armamentística “alemana”, 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 mostrarse de 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 – el partido nazi – por conspiración para apoderarse del Estado violentando 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 la toma en consideración en el primer plano de lo preventivo-general de la propia *conspiración* necesaria para todo ello, no sólo del 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, sino también del previo establecimiento de las necesarias condiciones de manipulación informativa y 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 actuación al margen de la ley y de los derechos constitucionales de los ciudadanos, etc, en 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 el lógico paso subsiguiente a todo lo anterior como pondrían de manifiesto desde el exilio autores como NEUMANN⁶.

Todo un auténtico espejo, en definitiva, vivido hace tan sólo cincuenta años, desde el que repensar de forma paralela otros contextos de excepción a los derechos fundamentales más cercanos, otras guerras de agresión, y preguntarnos, también en nuestros días, por el concreto papel desempeñado por algunas de las corporaciones más poderosas del planeta a la luz de todo ello, como paso previo para poder prestar nuevos instrumentos de tutela.

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 el fiscal JACKSON en su *indictment* la conspiración nazi comenzaría con el plan de apoderamiento y retención del dominio total del Estado

⁶ 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 definitivas 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, pág. 414 y ss.

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 humanidad⁷, abarcando aún la propia fundación y desarrollo del partido nazi como parte de la misma⁸; esto es, no meramente desde 1933 y la efectiva toma del poder por parte del mismo, sino ya desde 1921 y el acceso de Hitler a su condición de Führer del partido tras el fracasado *Putsch*, o intentona golpista *directa* de toma del poder, de Munich siendo refundado el *Deutsche Arbeiterpartei* como *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)*⁹, momento en el que en palabras de JACKSON simplemente se daría un cambio de estrategia en la intención de hacerse con el gobierno alemán mediante “formas legales” apoyadas con terrorismo¹⁰.

En definitiva, y de forma contundente con JACKSON “*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*”¹¹.

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

⁷ 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 online en: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>.

⁸ QUINTANO RIPOLLES (1955): *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, Tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pág. 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.

⁹ Véase más ampliamente: “The origin and aims of the nazi party” *Avalon Project*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judnazi.htm#origin>

¹⁰ Vid. Apdo “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”.

¹¹ Vid. el apartado “(a) nazi party as the central core of the common plan or conspiracy” *Count I, 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.

partido nazi y sus jerarcas, concernirían ya, de hecho, a la posterior fase de nazificación, igualmente abordada en Nuremberg incluyendo hechos como 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, símbolo de la soberanía nacional, el 27 de febrero de 1933 por parte de unos enemigos del Estado a neutralizar – 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 acciones como la terrible *persecución* judía conocida como *kristallnacht* el 9 de noviembre de 1938.

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 efectivamente condenados en sede penal internacional ex cargo primero como responsables de unos u otros actos de conspiración del agente no estatal “partido nazi” para el apoderamiento de la República de Weimar, y por tanto de forma externa al Estado, si bien cada vez con una mayor capacidad de penetración en sus instituciones precisamente como parte de tal apoderamiento, de forma previa a tales posteriores crímenes ya de carácter estatal¹².

De este modo, si hasta ahora – aún en un constatable clima de incipiente debate a tal respecto¹³ – se ha venido dando por sentado, de modo mayoritario, que el Derecho penal internacional vienen 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 – , el propio cargo primero de Nuremberg arrojará por sí mismo un panorama susceptible de generar nuevas reflexiones al respecto, en tanto que supuesto de conspiración *contra* el Estado,

¹² Por citar los juicios principales, vid. *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, *ob cit*, pág. 425-426.

¹³ 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, pág. 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, pág. 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>.*

de forma externa al mismo, para su apoderamiento lo que viene a suponer un escenario opuesto a la habitual toma en consideración de la complicidad *con* la política del Estado, o instrumentalización *por parte de éste* de otros grupos privados, como cuestiones en torno a las que habían venido quedando circunscritas las coordenadas del debate de la responsabilidad de los actores no estatales.

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* no estatales, esta vez de carácter netamente económico; o nuevamente con JACKSON, los conspiradores nazis actuarían con toda una serie de industriales en torno a estos¹⁴.

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 británicos¹⁵–, 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 Nuremberg¹⁶ subsiguientes a los juicios a los principales jefes nazis y en los que,– entre otros casos más conocidos como el de los *Einsatzgruppen* o el de los médicos nazis – serían igualmente abordados los *industriellen Prozesse*, los juicios a los ejecutivos empresariales implicados en los crímenes nazis y entre los que, junto a los casos *The United States of America vs. Friedrich Flick, et al.* y *The United States of America vs. Alfred Krupp, et al.* – quinto y el décimo de tales procesos respectivamente – el mayor de éstos y el que más destacaría habría de ser el caso *The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*, o caso del Cartel *IG Farben*, formado por *Bayer, Hoechst and BASF*, en el que el fiscal responsable de estos nuevos procesos sustituyendo a JACKSON, Telford TAYLOR, procesaría a 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

¹⁴ “(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 I, ob cit*.

¹⁵ BORKIN, J (1979) *The Crime and punishment of IG Farben*, ed. Andre Deutsch, London, pág. 136.

¹⁶ 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 No. 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 integro 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>.

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.

Así *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”¹⁷, 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 TAYLOR en su *indictment*, 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 países¹⁸.

En idéntico y no menos significativo sentido cabrá entender, de hecho, la 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 y en si misma verdadero antecedente de la propia responsabilidad de la persona jurídica, fundamentada, según las palabras de su propio preámbulo en la voluntad de “impedir que pudiese representar ninguna amenaza futura a sus vecinos o a la paz mundial a

¹⁷ Sobre las gestiones de Schacht, ex presidente del *Reichsbank*, y posteriormente ministro de economía del Reich, con distintos industriales para reunir tres millones de markos con los que financiar la campaña del partido nazi y los en torno a 400.000 markos 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 AAVV (2007): *Von Anilin bis Zwangasarbeit, Der Weg 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”, pág. 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”, pág. 215-228; En cuanto a las relaciones con Wall Street y grupos financieros americanos como la General Motors o la Stándar 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”, pág. 55-59, “Financing Hitler in the March 1933 General Election” pág. 107-110 y “Were American Industrialists and Financers Guilty of war crimes?” pág 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”, pág. 125-161.

¹⁸ Vid. *The crime and punishmen of IG Farben*, ob cit. pág. 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 Cartel en toda clase de crímenes. Vid a este respecto SCHREIBER (1978): *Die unschuldigen Kriegsplaner, Profit aus Krisen, Kriegen und KZs*, Neuer Weg, Stuttgart, pág. 151. Igualmente el apartado “Frühe Unterstutzung der NSDAP”, en: ENZERBERGER [Ed.] (1986): *Ermittlungen gegen die I.G. Farben*, Office of Military Government for Germany Financial Investigation Section, Nördnlingen, pág. 161. y ss.

través de Alemania”. El informe BERNSTEIN lo habría señalado, de hecho, con igual claridad entre sus conclusiones: 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 destruido¹⁹.

Como sostendría gráficamente el Senador Homer T. Bone, “*Farben was Hitler and Hitler was Farben*”²⁰, pero aunque ninguno de los directos de la rama americana de IG fuesen procesados sostener sin más el carácter “alemán” de dicha corporación sería, cuando menos, apresurado habida cuenta de cómo, según 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 perpetrados por parte de IG buena parte de los terribles crímenes antes aludidos –, 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% alemán²¹.

En cualquier modo, el de la implicación corporativa y financiera en la conspiración contra la República de Weimar no sería el único caso semejante reconocible en dicho periodo, y así en el mismo 1933 en el que como hemos visto, con ayuda de la financiación internacional de *IG Farben* la República alemana vería *sus últimas elecciones*, otra conspiración, en este caso para deponer al presidente F.D. Roosevelt – tal y como sería posteriormente refrendado por las conclusiones del Comité de investigación McCormack-Dickstein –, sería desenmascarada *in extremis*, 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 conspiración para el apoderamiento del Estado, y del subisguiente 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 la organización de sesgo paramilitar denominada *The American Liberty League* y otras organizaciones menores similares – en lo que constituía un conglomerado instrumentalizado y financiado desde una serie de poderosos grupos económicos, entre los que, también en esto de modo paralelo al rol del cartel petroquímico *IG Farben*, las industrias petroquímicas *Du pont tendrían un mercado protagonismo*, en lo que habría de resultar un caso, aún si frustrado, todavía más paradigmático que el propio alemán de conspiración corporativa y uno de los episodios menos conocidos de la historia americana²².

Tampoco sería éste el último supuesto verificable a lo largo de las últimas décadas y así, en lo que supone una materia opaca y de difícil indagación por

¹⁹Vid. “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.* pág. 346.

²⁰ 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.* pág. 33.

²¹ *Ermittlungen gegen die I.G. Farben*, *ob cit.* pág. 38.

²² Vid. ARCHER, J. (1973): *The Plot to Seize the White House: The Shocking True Story of the Conspiracy to Overthrow FDR*, Hawthorne, New York.

excelencia, nos cabe tomar constancia de la denuncia formulada a este respecto con ocasión del debate 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 siendo apuntados como otros posibles el de la intervención de la empresa multinacional ITT (*International Telephone and Telegraph*) en el derrocamiento del Gobierno constitucional de Salvador Allende en Chile, la implicación 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* en contra del Gobierno de Jacobo Arbenz en Guatemala en 1954²³, 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 en el que se encontraban tanto mercenarios como ejecutivos de empresas privadas de seguridad, tal y como pondría de manifiesto la 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 determinación²⁴.

Actitud hostil recurrente ésta hacia el sistema democrático y preferencia de opciones de gobierno dictatoriales por parte de determinados agentes económicos que DIONIS, director del equipo Nizkor, 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 Karl SCHMITT, y difundida por éste desde su retiro español en los sesenta, respecto la que el “estado de excepción de facto” llevado de lleno al orden económico representaría una de sus expresiones²⁵. Las significativas y evidentes conexiones de esto último dentro de la actual lógica del conocido como *Derecho penal del enemigo* y sus concretos respaldos materiales resultarán evidentes.

²³ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, 52º período de sesiones, Acta Resumida de la 11ª 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, 1º de diciembre de 2003, Pto 6. Véase igualmente el apartado “Chile, Arbeiterblut fließt, die Investitionen steigenm,” sobre la actitud de colaboración de Hoesch Chile – una de las tres grandes empresas constitutivas 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. pág. 211.

²⁴ 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.

²⁵ 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, Berlin; - (2004): *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker and Humboldt, Berlin; -; - (1994): *Die Diktatur*, Duncker and Humboldt, Berlin.

Pero si para SCHMITT la excepción lo prueba todo²⁶ 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, a sensu contrario, para revelar dónde reside en concreto el poder político. El caso crítico descubre lo que frecuentemente la normalidad oculta en cuanto al ejercicio real del poder²⁷.

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 para nosotros en un útil instrumento de rastreo del poder efectivo para la actualización de sus límites allí dónde éste se encuentre en realidad, tratándose entonces 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 con la finalidad de aseguramiento 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.

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 la efectiva conveniencia para las grandes organizaciones económicas en Alemania de dicho estado de excepción permanente nazi, más allá 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 como una amenaza para un tal sistema de grandes monopolios económicos²⁸, y la libertad económica, tanto como la política, 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* corporativos, igualmente megalómanos, se hicieron realidad en la Alemania nazi, y precisamente uno de los más valiosos rendimientos de la obra de NEUMANN será así el de llamar la atención sobre el espíritu expansionista, imperialista y agresivo de tales grupos económicos beneficiados en muy distintos sentidos por dicho estado de excepción general que colocará en primerísimo plano de su análisis como parte esencial de la dinámica que junto al partido nazi, la burocracia estatal copada por éste y el ejército llevaría a Alemania irremisiblemente hacia la guerra y dejando a la vista todo

²⁶ 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, pág 13.

²⁷ 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, remitiendonos especialmente aquí a su segunda parte “Die totalitäre Monopolwirtschaft”, págs. 269-449.

²⁸ *Behemoth, ob cit.* pág. 415.

ello el mismo efecto que 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 el papel de las instituciones políticas, tanto nacionales como internacionales, como mediadores - o presuntos mediadores- entre intereses diferentes o contradictorios²⁹. Ellas serían las *untschuldigen Kriegsplaner*, las inocentes planificadoras de la guerra, parafraseando el título de la obra de SCHREIBER, que habrían de obtener los suculentos beneficios de crisis, guerra y campos de concentración³⁰.

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 sindical³¹ y de las posibilidades reales de competencia?, ¿cabe reconocer elementos compartidos entre el estado de excepción “local” 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?. Ciertamente no creemos 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 de sometimiento a responsabilidad y control internacional, de lo que se pretende, por contra, 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 de facto.

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 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 – tanto como desde el propio carácter menor de las condenas a los altos ejecutivos, únicamente alemanes, 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

²⁹Véase 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.

³⁰ Como ya hemos apuntado en otro lugar nos referimos aquí a SCHREIBER (1978): *Die unentschuldigen Kriegsplaner, Profit aus Krisen, Kriegen und KZs*, Neuer Weg, Stuttgart,

³¹ Hoy en terminus de movilidad empresarial como nos enseña BECK, vid. entre otras numerosas obras, 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.

sus homólogos en los altos puestos del Estado, estaban ya otra vez reincorporados al tejido corporativo ocupando igualmente nuevos puestos de relieve.

En lo positivo así como en lo negativo de uno y otro elemento nos mostrarán, por igual, lo necesario de reflexionar en torno a las estructuras de imputación de responsabilidad penal internacional a los actores no estatales, muy especialmente ante el supuesto de estado de excepción por excelencia a los derechos humanos – propiamente *Ausnahmezustand* a la vez que verdadero *Ernstfall* en terminología decisionista de SCHMITT –: la guerra, y el aludido rastreo del verdadero poder tras el poder en su desencadenamiento.

Ello nos llevará a la reflexión en torno a aquellas posibles nuevas estructuras que permitan identificar e imputar a los verdaderos responsables no estatales, en su caso, esa influencia intolerable sobre la que nos alertaría EISENHOWER, en la perpetración de crímenes de extrema gravedad como lo son aquellos contra la seguridad y la paz de la humanidad y el sistema universal de derechos humanos.

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 aliados, irrumpirá en primer plano de la escena jurídica, 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 o la sucursal está bajo su dirección en materia de derechos humanos³². Como precisamente pondría de manifiesto JACKSON en el caso de la conspiración 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*”³³.

Así, esta ha de ser una cuestión cuyo detalle y desarrollo habrá de exceder ampliamente el ámbito de este estudio pero cuyas notas esenciales sí nos cabrá cuando menos reenviar, partiendo de todo lo anterior, a 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 una persona jurídico-privada “títtere” 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 un férreo control de medios de comunicación en virtud de las relaciones ampliamente ramificadas de los grupos económicos implicados en el apoderamiento del Estado; si en la excepción, en el dominio decisional 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

³² 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.

³³ “Consolidation of control”, *Count 1, ob cit.*

medidas de manipulación y opacidad informativa habrán de hacerse en toda ella singularmente presentes.

En resumidas cuentas, 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 reconocimiento actual de un “*piercing of the corporate veil*” hacia el posible desarrollo de un “*piercing of the government veil*” en materia de crímenes internacionales contra los derechos humanos, la paz y la seguridad de la humanidad que permita imputar jurídicamente a los verdaderos artífices y responsables de la “decisión sobre el estado de excepción”, la plenitud del rigor de los tipos penales internacionales de forma igualmente imprescriptible y *hasta en las más alejadas regiones de la tierra*, en célebre expresión de Nuremberg y no únicamente ya a los responsables políticos.

Y así, al igual que la teoría del levantamiento del velo corporativo surgiría del reconocimiento por parte de la jurisprudencia, singularmente la estadounidense y la alemana³⁴, 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 y responsabilizarlas por los actos imputados a la entidad haciendo caso omiso de la personificación legal – o 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 figura³⁵.

O tal y como puntualizaría igualmente 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 seguridad³⁶ – una tal concepción podría llegar a mostrarse 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 ello³⁷.

³⁴ 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 aquella, 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*”).

³⁵ Vid entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ (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 desenmascaramiento*, Colex, Madrid; Mientras en términos jurisprudenciales nos cabe referirnos, entre otras sentencias recientes dada su complitud, a la Sentencia de la AP Madrid (Sección 17ª) de 29 enero 2005.

³⁶ 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, pág. 33, pto51.

³⁷ 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

La idea habría de ser también aquí, por tanto, 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 los actuales criterios de levantamiento del velo 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 nombramiento³⁸, 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, como reverso de la moneda del paralelo 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 empresas³⁹.

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 carga *iuris tantum* – que no *iuris et de iure* – y por tanto dicho levantamiento sólo pueda producirse no ya respecto de cualquier de abuso de derecho o utilización del ente jurídico para finalidades fraudulentas sino, en términos de última ratio, respecto de la instrumentalización del aparato estatal para perpetrar violaciones sistemáticas de los derechos humanos mediante actos de la gravedad del desencadenamiento de guerras de agresión, crímenes contra la humanidad y otros supuestos semejantes que se nos muestran como 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 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 jefes corporativos tras el *gobierno filial*.

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* pág. 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.* pág. 422; esto es de su sustantividad como tipo especial a su disolución o asimilación en torno a las cuestiones de autoría.

³⁸ 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 el vigente – no exento de paradojas y contradicciones – sistema democrático actual es sabido que ello no es en modo alguno posible.

³⁹ 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.

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, cuando se habla 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 regido por el Derecho privado, pero en realidad – internamente –, perteneciente a la Administración⁴⁰; 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 – en términos pues multidireccionales –, de modo que, junto a la hoy ya debatida cuestión de la complicidad empresarial en crímenes internacionales, otros aspectos como la autoría directa corporativa, la coautoría propiamente considerada y, porque no, nuevas modalidades de complicidad estatal o supraestatal en crímenes de autoría corporativa, se abran igualmente camino en el debate científico contemporáneo, al tiempo que, paralelamente, nos ayuda de hecho a abordar desde el prisma contrario el también reconocible fenómeno de la corporación bajo control gubernamental encubierto desde la que, en una suerte de fenómeno de *huida de Nuremberg*, “privatizar la gestión” de ilícitos internacionales – tortura, deportaciones, medidas de contrainsurgencia constitutivas de crímenes de guerra y contra la humanidad etc. – dada la vigente percepción de inaplicabilidad del Derecho penal internacional a las corporaciones 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 debidamente sujeto al principio de legalidad y únicamente centrado hasta ahora en cuanto a sus desarrollos en el protagonista estatal⁴¹. El hasta que

⁴⁰SAP 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.

⁴¹ 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

punto nos será posible seguir desatendiendo una tal espacio de manifiesta impunidad respecto este tipo de conductas en sus manifestaciones más graves, constituye sin duda una de las preguntas científicas más urgentes en la materia. Y ello sin olvidar que la excepción negativa, o de inhibición de los normales mecanismos tendentes a la rectificación de la situación, forma parte consustancial y subsiguiente al propio establecimiento de la excepción positiva: tanto el ejercicio de la soberanía positiva como la negativa resultan, en definitiva, parte del ejercicio de soberanía real, retomando nuevamente aquí la reflexión sobre la terminología decisionista de SCHMITT.

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

La relectura de todo lo anterior resultará de especial utilidad para completar el cuadro de una República democrática, una nación moderna, culta y científicamente puntera como era la Alemania de Weimar, enfrentada no únicamente a un extraordinario azar protagonizado por una serie de perturbados agrupados en torno al partido nazi y dotados de una inagotable capacidad para engañar al pueblo alemán, aprovecharse de las distintas coyunturas surgidas, e ir destruyendo las defensas democráticas internas del Estado; nos ayuda a ampliar la comprensión de la *conspiración* colocando en primera línea el escamoteado protagonismo de los mastodónticos grupos económicos del momento, plenamente conscientes 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 contra la humanidad perpetrados, el crimen de agresión y los crímenes de guerra, 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 internacional en el mundo actual como nos muestran autores como BECK. Más aún 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 algunos 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

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/>

principales, ni frente a la grave y decisiva implicación en el mismo de tales actores no estatales de carácter económico, y ello a pesar de las sobrecogedoras consecuencias verificadas 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 y para poner en jaque al entero poder democrático legítimamente constituido, 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 toda claridad ya 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 y posibles perspectivas de desarrollo aquí formuladas en torno al cargo primero de los juicios principales y las perspectivas de 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, abriendo nuevas y numerosas perspectivas, para una plena, a nuestro juicio debida, toma en consideración un propio *Derecho penal internacional corporativo* firme y legítimamente fundamentado en el legado de Nuremberg como hemos tratado de mostrar.