

Debate: Dictadura y complicidad corporativa

Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina *

Juan Pablo Bohoslavsky* y Veerle Opgenhaffen**

Entre 1976 y 1983 Argentina fue gobernada por una dictadura militar cuyas prácticas incluyeron la masiva tortura, asesinato y desaparición de miles de personas. Desde la caída de la junta militar el país ha dado pasos significativos en procura de justicia sobre los hechos ocurridos durante ese periodo, y con la anulación de las normas de amnistía en 2003 los procesos penales fueron reabiertos.

Este artículo examina un elemento aún ausente en el espectro de las responsabilidades derivadas de aquellos hechos: el rol de las instituciones financieras extranjeras y su posible complicidad corporativa por haber apoyado un régimen cuyas masivas violaciones de derechos humanos eran ampliamente conocidas.

La primera parte describe los aspectos técnicos-jurídicos de la responsabilidad corporativa por complicidad, focalizando en la actividad bancaria. Analiza la ilegalidad –corporizada en el Derecho Internacional así como en el doméstico (Alien Tort Claim Act de Estados Unidos y Derecho de Daños de Argentina) de ciertas contribuciones comerciales a Estados que cometen crímenes de lesa humanidad, el factor culpabilidad en el cómplice, y la naturaleza específica de los perjuicios sufridos por las víctimas y su conexión causal con la asistencia corporativa provista.

En la segunda parte, que en esencia es un estudio de caso de responsabilidad corporativa, se examina la información empírica e histórica relacionada con la dictadura argentina. Se comprueba que mientras los bancos concedieron sumas ingentes de préstamos a la dictadura, teniendo un impacto en la economía del país y así en el funcionamiento

• Una versión en inglés de este artículo se publicará en *Harvard Human Rights Journal*. Los autores agradecen por los comentarios, críticas, sugerencias y preguntas relativas al artículo, y también por el material e información recibidos, a Marcelo Alegre, Ariel Armony, Cynthia Arnson, Jack Blum, Ruben Carranza, John Dinges, Norman Dorsen, Richard Feinberg, Roberto Gargarella, Jo Marie Griesgraber, Xiuli Han, Wolfgang Kaleck, Jaime Malamud Goti, Sabine Michalowski, Robert Pastor, William Schmidli, Lars Schoultz, Kathryn Sikkink, Thomas Scheetz, Bert Swart y Héctor Timerman, así como a los participantes del foro Hauser de la Universidad de Nueva York y del simposio “*Transnational Business & International Criminal Law*” organizado por la Universidad Humboldt en los cuales este trabajo fue presentado y debatido en abril y mayo de 2009 respectivamente. Un especial agradecimiento para Juan Méndez, Burt Neuborne y F.A. “Tex” Harris por su constante y entusiasta apoyo. Las opiniones y conclusiones reflejadas en este artículo sólo reflejan la de sus autores y de ninguna manera la de las personas arriba mencionadas o de las instituciones a las cuales los autores están afiliados.

* Hauser Global Fellow, Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York; director organizador de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Río Negro.

** Directora del Centro de Derechos Humanos y Justicia Global, Universidad de Nueva York.

del Estado, la administración de Carter rehusó prestarle asistencia financiera a la junta militar fundándose explícitamente en la masiva violación de derechos humanos que estaba ocurriendo en Argentina. El trabajo también revela en qué medida esos crímenes eran públicamente conocidos en ese momento, analiza el desempeño macroeconómico de Argentina durante ese periodo, estudia la evolución de la dependencia financiera externa del país, así como los gastos militares en los que se incurrió, todo eso, a fin de demostrar el vínculo entre esos factores y los préstamos bancarios.

El artículo concluye que la asistencia provista a la dictadura Argentina por parte de las instituciones financieras privadas jugó un rol significativo en el sostenimiento de ese régimen. Su participación merece un análisis más pormenorizado a fin de completar una pieza esencial en la narrativa histórica de la responsabilidad derivada de crímenes masivos y para proveer de mayores elementos para el estudio y la propia evolución global de la responsabilidad civil por complicidad. La relevancia actual de este estudio de caso es reforzada por el hecho de que los procesos penales contra los represores argentinos aún se encuentran en trámite.

“(…) Con ese ‘criterio’, los préstamos otorgados a la Alemania nazi habrían recibido una aprobación pro forma por el hecho de que eran económicamente viable. En algún lado la línea debe ser trazada”

[Carta enviada por Steven Oxman a Warren Christopher, ambos oficiales de alto rango del Departamento de Estado de Estados Unidos, discutiendo sobre los Estados que querían conceder préstamos multilaterales a la junta militar argentina, office memorandum, 20 de junio de 1977, Washington D.C.].

Introducción

Este artículo examina los principales aspectos legales de la responsabilidad civil corporativa por contribuir a la comisión de graves violaciones de derechos humanos, focalizando especialmente en la actividad bancaria. Analiza en detalle el caso argentino y la ayuda financiera recibida por la última dictadura militar (1976-82).

Existen por lo menos tres remedios legales distintos para canalizar las consecuencias de financiar delitos de lesa humanidad. Primero, cuestionando la propia validez del préstamo, que está relacionada con el debate de la doctrina de las deudas odiosas¹. Segundo,

1. BUCHHEIT, L., GULATI, M. & THOMPSON, R., “*The Dilemma of Odious Debt*”, Duke Law Journal, 2007, 56, ps. 1201 s.; MICHALOWSKI, S., *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, Ed. Ashgate, Aldershot, 2007; RAMASASTRY, A., “*Odious Debt or Odious Payments? Using Anti-Corruption Measures to Prevent Odious Debt*”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 32, 2007, ps. 819 ss. Explorando la aplicación de esta doctrina en el ámbito específicamente argentino, BOHOSLAVSKY, J.P., “*El Pago al Club de París y la Evocación a la Revitalizada Doctrina de las Deudas Odiosas*”, Jurisprudencia Argentina, 3 de diciembre de 2008.

comprobando la responsabilidad penal de los cómplices². Y tercero, la opción sobre la cual este artículo trabaja, demostrando la responsabilidad civil del comportamiento corporativo en cuestión.

La primera sección expone y desarrolla la teoría legal de la responsabilidad corporativa por complicidad con abusos de derechos humanos. Comienza describiendo la evolución conceptual de este tipo de responsabilidad desde los tribunales militares creados luego de la segunda guerra mundial, pasando por la jurisprudencia de las cortes penales internacionales actuales, y llegando al llamado moderno *soft law*. También analiza específicas aristas de la responsabilidad corporativa que han registrado un notable desarrollo, así como la reciente progresión del uso del *Alien Tort Claims Act* de Estados Unidos. Siguiendo con esa descripción general, el artículo analiza los diferentes tipos de comportamiento que pueden tornar ilegal la complicidad corporativa, los recaudos exigidos en materia de culpabilidad, los daños indemnizables y el vínculo causal entre la contribución de la empresa y esos daños.

La segunda parte –en esencia un estudio de caso– provee un análisis empírico de los hechos fundamentales relacionados con el comportamiento registrado por los bancos prestamistas, el gobierno de Estados Unidos y la comunidad internacional hacia la dictadura argentina. A fin de evaluar la correlación entre los préstamos bancarios otorgados al país y la actividad criminal de la junta militar, también se observa en detalle el desempeño macroeconómico de la economía argentina entre los años 1976 y 1983, así como la evolución del gasto militar durante ese mismo periodo.

Este tipo de análisis empírico contribuye a la crucial tarea de determinar si los recaudos exigidos por la responsabilidad civil por complicidad corporativa se encuentran presentes en este caso. El caso argentino es particularmente relevante ya que los procesos penales contra los dictadores aún están abiertos, y el país continúa debatiendo sobre cuestiones relativas a responsabilidad y verdad en torno a ese período. De esa manera, estudiar el caso argentino implica más que un ejercicio dogmático de explorar los límites de la complicidad corporativa. Se trata de examinar en profundidad el rol que jugaron los bancos, y así procurar una pieza faltante en el puzle de la historia, y entender la dinámica nacional e internacional que contribuyó al *éxito* de la junta.

I. Responsabilidad corporativa por contribuir a la violación de derechos humanos

a. La evolución de la responsabilidad por complicidad

La responsabilidad corporativa por facilitar abusos de derechos humanos presenta actualmente una fuerte dogmática jurídica en su respaldo, y su origen formal, que fue penal, se remonta a los juicios que sucedieron a la Segunda Guerra Mundial.

2. CHIOMENTI, C., “Corporations and the International Court”, en DE SCHUTTER, O., *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, Oxford, Portland, 2006, ps. 287 ss.; GREENFIELD, D., “The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia Got It Wrong, and Why It Matters”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 2008, Vol. 98, No. 3, ps. 921-52; International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II (Segunda Parte). Analizando especialmente este tipo de responsabilidad penal de las empresas, ver el volumen de próxima aparición del *Journal of International Criminal Justice* que publicará los trabajos presentados en el simposio de la Universidad Humboldt mencionado en la nota 2.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art.6) sancionaba la cooperación o contribución a la comisión de los delitos principales. Aplicando esa norma, las llamadas “*causas industriales de postguerra*” (en los tribunales de Nuremberg y Gran Bretaña) han sido la piedra fundacional de este tipo de responsabilidad de los cómplices. En esas causas, fundadas en Derecho Internacional consuetudinario, se sancionaron a industriales alemanes que colaboraron con el régimen nazi. Se condenaron, entre otros civiles, a quienes habían contribuido comercial (Bruno Tesch, por proveer de gas al campo de concentración en Auschwitz³) y financieramente (Friedrich Flick, el industrial alemán que usó trabajo esclavo y también donó dinero a la comandancia de las SS⁴) a la comisión del genocidio cometido por el régimen nazi⁵.

Si bien en esos casos las condenas se aplicaron a personas físicas, las sentencias fueron claras al analizar y juzgar las conductas corporativas⁶. Esa noción de *responsabilidad por complicidad* fue reconocida por esos tribunales, y fue lo que dio contenido y vigor a la moderna responsabilidad por complicidad corporativa o, lo que es lo mismo, por ayuda o facilitación para la comisión de delitos de lesa humanidad⁷.

En Nuremberg se señaló expresamente que “*aquellos que ejecutan el plan no evaden su responsabilidad demostrando que actuaron bajo la dirección de la persona que lo concibió (...) Esa persona tuvo que tener la cooperación de políticos, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando estos, con el conocimiento de sus propósitos, le prestaron cooperación a aquella persona, ellos mismos formaron parte del plan que ésta había iniciado. Ellos no son juzgados inocentes (...) si sabían lo que estaban haciendo*”⁸.

Desde 1945 a la fecha se han aprobado diversas convenciones internacionales que protegen derechos humanos fundamentales, y su gran mayoría han incorporado normas específicas sobre responsabilidad de los cómplices que contribuyen o colaboran con la perpetración de esos delitos. Esas normas son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 4), Convención Internacional sobre Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid (art. 3b), Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (art.6), Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. 3e), Convención de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (art.1.2), Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art.5.1.b), Convención sobre la Supresión del Financiamiento del Terrorismo

3. “*In re Tesch (The Zyklon B case)*”, 13 Ann. Dig 250 (Brit. Mil. Ct. 1946), reimpresso en 1 *United Nations War Crimes Comm’n, Law Reports of Trials of War Criminals*, 93, 1947.

4. “*United States v. Flick (The Flick case)*”, 22 de diciembre de 1947, en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, No. 10, 1, 1952*.

5. RAMASASTRY, A., “*Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon an Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations*”, *Berkeley Journal of International Law*, 2002, Vol. 20, ps. 91 ss.

6. SKINNER, G., “*Nuremberg’s Legacy Continues: The Nuremberg Trials’ Influence on Human rights Litigation in U.S. Courts under the Alien Tort Statute*”, *Albany Law Review*, 2008, No 71, esp. ps. 325 ss., 343 ss., 362 ss.

7. HERZ, R., “*Text of Remarks: Corporate Alien Tort Liability and the Legacy of Nuremberg*”, 10 *Gonzaga Journal of International Law*, 2006-2007, 10, ps. 76 ss.

8. 6. F.R.D.69, 112.

(art.2.5.a), Convención Internacional sobre la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art.2.3.a) y el Protocolo contra el Contrabando de Inmigrantes (art. 5.1.b).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 25.3) y los Estatutos de las Cortes Internacionales para Ruanda (art. 6, aplicado en el caso “Akayesu”⁹) y la ex Yugoslavia (art. 7, aplicado en los casos “Furundzija”¹⁰ y “Vasiljevic”¹¹) sancionan expresamente la complicidad en la comisión de delitos de lesa humanidad.

La responsabilidad corporativa ha evolucionado con el correr de los años, y gradualmente ha ido incorporando nociones de responsabilidad netamente civiles de las propias corporaciones¹². Transita en esa misma dirección el emergente *soft law* encarnado en los códigos de conducta que dan forma a la responsabilidad social corporativa¹³, que son auspiciados y desarrollados por Naciones Unidas¹⁴, la OCDE¹⁵ y Amnistía Internacional¹⁶, algunos de los cuales ya existían incluso antes de la dictadura en Argentina¹⁷.

Esta tendencia ha sido sintetizada, explicitada y plasmada en el reciente informe sobre “*Complicidad corporativa y responsabilidad legal*” elaborado por la Comisión Internacional de Juristas en 2008¹⁸. Dicho informe enfatiza en la responsabilidad de las empresas que asisten en la violación masiva de derechos humanos, si de esa manera “*hacen posible*”, “*tornan más fácil*”, o mejoran la “*eficiencia*” en la comisión de tales delitos¹⁹. En otras palabras, con su aporte “*permiten*”, “*facilitan*” o “*exacerban*” los abusos de derechos humanos.

En cuanto al tipo de delito con el que esa “*contribución*” se conecta, debe tratarse de un comportamiento que afecte intereses protegidos con la máxima fuerza legal que puede otorgar el Derecho: deben estar amparados por el *Jus Cogens*²⁰. De hecho, en este campo

9. 2 de septiembre de 1998.

10. 10 de diciembre de 1998.

11. 25 de febrero de 2004.

12. MUCHLINSKI, P., *Multinational Enterprises & The Law*, 2º ed., The Oxford International Law Library, New York, 2007, ps. 514 ss.

13. McLEAY, F., “*Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations—A Small Piece of a Large Puzzle*”, 2005, New York University School of Law, <http://www.nyulawglobal.org/workingpapers/documents/GLWPO105McLeay.pdf>; ZERK, J., *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press, 2006. Sobre los principios de equidad específicamente aplicables a los bancos, v. HANSEN, R., “*The Impact of the Equator Principles on Lender Liability: Risks of Responsible Lending*”, LL.M. Dissertation, London School of Economics and Political Science, noviembre de 2006 (*mimeo*).

14. “*UN Global Compact*”, 1999.

15. “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*”, 2000.

16. “*Human Rights Principles for Companies*”, 1998. .

17. ONU, “*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*”, G Res. 3201, UN GAOR, 6ta. sesión especial, sup. No. 1, 527/8, UN Doc. A/9559 (1974); E.S.C. Res. 1913, U.N. ESCOR, sesión 57, sup. No. 1, U.N. Doc. 5570/Add 1 (1975).

18. “*Corporate Complicity & Legal Accountability*”, Vols., I, II y III, Geneva, 2008.

19. *Ibid.*, Vol. I, ps. 9 ss.

20. “*Jus Cogens es una norma pensada para ser tan fundamental que incluso invalida reglas emanadas de tratados o costumbres. Usualmente, una norma de Jus Cogens presupone un orden público lo suficientemente potente para controlar los Estados que podrían de otra manera establecer reglas contrarias a través de una manera consensual*”, JANIS, M., *An Introduction to International Law*, 4th ed., Aspen Publishers, New York, 2003, ps. 62-3. Ver también KOSKENNIEMI, M., “*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, A/CN.4/L/682, 2006, p. 189; Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al art. 40 parágs 4-6, A/56/10.

las demandas judiciales que han prosperado han estado fundadas en la comisión de las más graves violaciones del Derecho Internacional²¹.

Particularmente la jurisdicción norteamericana ha tenido que dar respuesta en los últimos años a diversos planteos (han habido más de cuarenta casos²²) contra empresas que de una manera u otra habrían facilitado la comisión de delitos graves. Esos casos –que han merecido dispar solución, de acuerdo a las circunstancias de cada supuesto- han consistido, entre otros, en reclamos contra Chiquita, por haber supuestamente pagado a paramilitares colombianos para mantener las plantaciones de bananas libre de “*oposición laboral y malestar social*”²³; diversos bancos y otras empresas, alemanas, austriacas, francesas, norteamericanas y suizas, por haber ayudado al régimen nazi proveyéndole el apoyo financiero necesario para continuar con la segunda guerra mundial al menos un año más de lo que de otra manera hubiera durado, no reintegrar los depósitos bancarios a las víctimas y utilizar trabajo esclavo²⁴; Banque Nationale Paris Paribas, por haber supuestamente pagado al régimen de Saddam Hussein en violación de programa Petróleo por Comida de Naciones Unidas²⁵; Yahoo, por proveer al gobierno chino de información y archivos que le permitieron identificar y supuestamente torturar a un activista de derechos humanos²⁶; Nestle, por comprar cacao y proveer servicios a los campesinos de cacao utilizando la fuerza laboral de niños²⁷; Unocal, por participar en el proyecto de construcción de un oleoducto, contratando fuerzas de seguridad que supuestamente aplicaron trabajo forzado, mudanzas forzosas, asesinatos y violaciones en Burma²⁸; y Barclay’s Bank y docenas de

21. RAMASASTRY, (2002), op. cit., p. 98.

22. Human Rights Council, “*Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic and Cultural Rights, Including the Right to Development. Clarifying the Concepts of ‘Sphere of Influence’ and ‘Complicity’*”, informe del representante especial de la Secretaría General en Derechos Humanos y Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales, John Ruggie, 2008.

23. Complaint ¶ 2, at 459-99, “*Does v. Chiquita Brands Int’l, Inc.*”, No. 07-CV-10300 (S.D.N.Y. 14 de noviembre de 2007).

24. “*Holocaust Victim Assets Litigation*”, Master Docket No. 96-CIV-4849 (ERK)(MDG), 2000 U.S. Dist. LEXIS 20817 (E.D.N.Y. Nov. 22, 2000); “*Austrian and German Bank Holocaust Litigation*”, No. 98 Civ. 3938, 2001 U.S. Dist. LEXIS 2311 (S.D.N.Y. Mar. 7, 2001). La demanda contra el banco francés, “*Bodner v. Banque Paribas*”, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000). Ver ampliamente ALFORD, R., “*The Claim Resolution Tribunal and Holocaust Claims Against Swiss Banks*”, Berkeley Journal of International Law, N° 20, 2002, ps. 250 ss.; AUTHERS, J., “*Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Laborers*”, en DE GRIEFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford Univ. Press, 2006, ps. 420-448; NEUBORNE, B., “*Holocaust Reparations Litigation: Lessons for the Slavery Reparations Movement*”, NYU Annual Survey of American Law, Vol. 58, 2003, ps. 615-622; RAMASASTRY, A., “*Secrets and Lies? Swiss Banks and International Human Rights*”, 1998, Vanderbilt Transnational Law Journal, 1998, Vol. 31, ps. 387 ss.; RATNER, M., “*Factors Impacting the Selection and Positioning of Human Rights Class Actions in United States Courts: A Practical Overview*”, NYU Annual Survey Of American Law, 2004, Vol. 58, ps. 626 ss.

25. Complaint at 8-10, “*Mastafa v. Australian Wheat Bd., Ltd.*”, No. 07-CIV-7955 (S.D.N.Y. 11 de septiembre de 2007).

26. Second Amended Complaint at 2, “*Xiaoning v. Yahoo! Inc.*”, No. 07-CV-2151 (N.D. Cal. 30 de julio de 2007) (caso acordado).

27. Complaint ¶¶ 35-37, “*Doe v. Nestle S.A.*”, No. 05-CV-5133 (C.D.Cal. 14 de julio de 2005).

28. “*Doe I v. Unocal Corp.*”, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), *reh’g en banc granted*, 395 F.3d 978 (9th Cir. 2003) (caso acordado).

multinacionales, por proveer créditos, transportes y otros servicios esenciales para la implementación del régimen del *apartheid* de Sudáfrica²⁹.

La mayor relevancia de las corporaciones en el funcionamiento de la economía moderna y así en las decisiones que toman y las actividades que desarrollan los Estados es un dato innegable³⁰. Ese mayor poder ha sido, presumiblemente, lo que ha dado sustento al fortalecimiento jurídico -del que los jueces se han hecho eco- de la idea de que las corporaciones pueden cometer violaciones de derechos humanos o bien contribuir substancialmente a ello³¹. Por esa razón sus deberes son crecientes³².

b. ¿Por qué es ilegal contribuir a la comisión de violaciones de derechos humanos?

No sólo los Estados sino también los sujetos privados³³, incluidas las corporaciones³⁴, deben cumplir con las obligaciones internacionales emanadas de normas de *Jus Cogens* cuando se relacionan con otros Estados (otorgándole créditos, por ejemplo). Eso comprende no cometer ni facilitar de manera culpable los delitos que infrinjan esas normas que conforman el núcleo duro del Derecho Internacional.

Las normas y jurisprudencia internacionales citadas en el apartado anterior reflejan una costumbre internacional y constituyen el paraguas jurídico para la sanción de la *complicidad*. La traducción indemnizatoria de esas reglas está relacionada con el deber de no dañar y de indemnizar los perjuicios ilegítimamente ocasionados, deberes que recaen en cabeza de un sujeto privado que no necesariamente comete los crímenes sino actos civilmente ilícitos relacionados con ellos. La costumbre internacional ha sido interpretada de manera tal que no sólo crea remedios criminales sino también civiles³⁵.

29. "Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.", 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), *aff'd for lack of quorum sub nom "American Isuzu Motors Inc. v. Lungisile Ntsebeza"*, 2008 U.S. LEXIS 3868 (12 de mayo de 2008), "South African Apartheid Litigation", SDNY (8 de abril de 2009).

30. ZERK, ob. cit., ps. 8 ss.

31. MCBETH, A., "Holding the Purse Strings: The Continuing Evolution of Human Rights Law and the Potential Liability of the Finance Industry for Human Rights Abuses", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, N° 1, marzo de 2005, ps. 20 ss.; SKINNER, op. cit., ps. 321 ss.

32. AADO, M., "Human Rights Perspectives of Corporate Groups", *Connecticut Law Review*, 2005, 37, ps. 677 ss.; CLAPHAM, A., "The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons", en KAMMING & ZIA-ZARIFU (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer, 2000, ps. 189-90.

33. RAMASASTRY (2002), op. cit., ps. 91 ss.

34. "Agent Orange Product Liability Litigation," 373 F.Supp.2d 7 (EDNY 2005), p. 59; "Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.," 244 F.Supp.2d 289 (S.D.N.Y. 2003), ps. 305-314, RATNER, S., "Corporations and Human Rights: A Theory of Corporate Responsibility", *Yale Law Journal*, 2001, Vol. 111, p. 504.

35. "Republica v. De Longchamps", 5 U.S., 1 114, 1784; "Talbot v. Janson", 3 U.S. 3 Dall., 133, 161, 1795; "Talbot v. Seeman", 5 U.S. 1 Cranch, 1 36, 1801; "Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle", 13 U.S., 9 Cranch, 191, 198, 1815; "The Nereid", 13 U.S., 9 Cranch, 388, 423, 1815. Ver ampliamente el memorando de derecho presentado en junio de 1997 por Burt Neuborne in re "Holocaust Victim Assets Litigation", Eastern District of New York.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia norteamericana³⁶, aún constituye una cuestión controvertida si al momento de definir los extremos de esa responsabilidad deben aplicarse las normas de Derecho Internacional o las de Derecho doméstico. Esto seguramente tiene relación con que el *Alien Tort Claim Act* (ATCA), que otorga jurisdicción a una corte norteamericana cuando se ha violado el *Derecho de las Naciones* en otro país, requiere la violación primaria de normas de Derecho Internacional básicas para poder justificar esa jurisdicción extraterritorial.

Pero fuera del supuesto especial del ATCA, los postulados internacionales básicos en materia de responsabilidad por complicidad se encuentran reflejados en los respectivos Derechos domésticos, que son los que específicamente regulan y dan respuesta concreta cuando se debate la responsabilidad civil corporativa por daños producidos dentro del territorio de un determinado Estado (*lex loci delicti*, lo cual reduce significativamente el campo de aplicación de la doctrina *forum non conveniens*). Incluso Estados Unidos cuenta con normas resarcitorias particulares en materia de complicidad (Sección 876 del *Restatement (Second) of Torts*).

El Derecho de Daños argentino protege a quien sea dañado culpablemente (arts. 1067, 1109 y cces. del Código Civil), y tratándose de perjuicios derivados de abusos de derechos humanos, con impacto constitucional, la protección es aún más severa. Por su parte, el art. 1081 del Código Civil obliga a los cómplices a reparar los daños provocados por el autor del ilícito principal. Esa noción de complicidad por contribución a la comisión de actos ilícitos es compatible con el desarrollo jurídico internacional existente en materia de responsabilidad corporativa por complicidad que analizamos más arriba.

En materia específica de responsabilidad bancaria, el incumplimiento del deber de evaluar adecuadamente el riesgo crediticio del prestatario -lo que implica conocer mínimamente las contingencias políticas del país- puede desembocar en responsabilidad civil si se financia (facilita) una actividad ilícita, como lo es la comisión de delitos de lesa humanidad, que constituye por antonomasia una actividad dañosa. Este fundamento se conoce genéricamente como *responsabilidad por concesión abusiva de crédito*, que es una clase especial de responsabilidad aquiliana, y es reconocida por diversos ordenamientos jurídicos, incluido el argentino (arts. 1109 y cces. C.Civ.)³⁷.

Recae en cabeza de las entidades de crédito, tanto privadas como oficiales y multilaterales, una sofisticada deontología tendiente a evaluar adecuadamente los riesgos que se asumen al conceder un préstamo. Esta exigencia promueve el uso eficiente de los

36. "Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.", 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); "Sosa v. Alvarez-Machain", 542 U.S. 692 (2004). V. CHRISTENSEN, D., "Corporate Liability for Overseas Human Rights Abuses: The Alien Tort Statute After Sosa v. Alvarez-Machain", 62 Wash. & Lee Law Review, 62, 2005, ps.1219 ss.; VAZQUEZ, C., "Sosa v. Alvarez-Machain and Human Rights Claims against Corporations under the Alien Tort Statute", Georgetown Law and Economics Research Paper No. 844350, noviembre de 2005.

37. BOHOSLAVSKY, J.P., *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, Abaco Ed., Buenos Aires, 2009; DI MARZIO, F., *Abuso nella concessione del credito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; LIKILLIMBA, G-A, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, 2nd Ed., Litec, París, 2001; SIMONT, L. & BRUYNEEL, A., *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en Droit Comparé*, Feduci, Siena, 1984.

recursos, la protección del propio crédito³⁸ y previene de daños a terceros. En lo que aquí más nos interesa, se trata, así, fundamentalmente, de evitar las consecuencias dañosas de los créditos concedidos de manera especulativa y/o temeraria, caracterizados por el incumplimiento de las más básicas reglas en materias de evaluación del riesgo crediticio, lo que no sólo incluye la posibilidad económica de reembolso del préstamo, sino también lo que el prestatario presumiblemente haga con ese dinero. La responsabilidad bancaria derivada del financiamiento de actividades terroristas³⁹ o que deterioran el medio ambiente son buenas muestras de ello⁴⁰.

Las normas y antecedentes internacionales en materia de responsabilidad por complicidad dotan de contenido político al deber resarcitorio, y le inyectan así los intereses de la comunidad internacional en juego cuando opera este tipo específico de responsabilidad por complicidad. Es el *diálogo* que el Derecho de Daños debe entablar con el Derecho Constitucional cuando se trata de reparar perjuicios derivados de delitos que violan derechos humanos básicos. Es precisamente la interacción en esos términos entre el Derecho de Daños (a través de sus normas generales de responsabilidad civil) y el sistema de protección de los derechos humanos fundamentales lo que concede a este tipo específico de responsabilidad patrimonial el carácter preventivo de prácticas financieras nocivas para los intereses de la comunidad internacional.

c. ¿Qué tipo de culpabilidad se exige al cómplice?

En el plano criminal internacional resulta controvertido si se debe exigir que el cómplice supiera que con su acción iba a facilitar la comisión del delito, o si en cambio además debe requerirse que haya albergado el propósito de facilitar el crimen⁴¹.

Los estatutos y jurisprudencia internacionales han exigido mayoritariamente el recaudo del *conocimiento*, aunque no se persiga primariamente la comisión del crimen principal. Esa

38. "Debe anticipar, en la actualidad, los peligros de imponer sobre las poblaciones que no tienen voz en la negociación las cargas fiscales que no cuentan con aprobación local, salvo que los beneficios del préstamo a través del gasto de esas sumas esté confinado al territorio cargado con el servicio", HYDE, Ch., "The Negotiation of External Loans with Foreign Governments", *The American Journal of International Law*, 1922, Vol. 16, ps. 531 s.

39. Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, 9 de diciembre de 1999, Asamblea General Res. 109, U.N. GAOR, sesión 54, Sup. No. 49, U.N. Doc. A/54/49, Vol. I, 1999. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas instó a los Estados a "asegurar que cualquier persona que participe en el financiamiento, planificación, preparación o perpetración de actos terroristas o en el apoyo de actos terroristas sea llevado a la justicia (...)", S.C. Res. 1373, ¶ 2(e), U.N. Doc. S/RES/1373, 28 de septiembre de 2001. Particularmente instructiva fue la decisión de un tribunal norteamericano en "Almog v Arab Bank" (471 F.Supp.2d 257, EDNY 2007). Con respecto a la cuestión de si las actividades bancarias de rutina pueden generar responsabilidad por complicidad, la sentencia afirmó que "actos que per se podrían ser benignos, si fueron realizados con un propósito benigno, puede ser reprochables si fueron realizados con el conocimiento de que estaban apoyando actos ilegales (...) Tampoco hay un requerimiento de que los suicidas con bombas no hubieran actuado, o no hubieran podido actuar, sino con la asistencia del Bank Arab".

40. El desarrollo normativo y jurisprudencial en esta materia puede consultarse en BUYLE, J.P., "La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d'environnement", *Aménagement Environment Urbanisme et Droit Foncier*, Ed. Kluwer, 2004, n° spécial.

41. CASSEL, D., "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2008, No. 6, ps. 304 ss.

fue la conclusión a la que arribaron diversas sentencias en el Tribunal Militar Británico y el Tribunal de Nuremberg⁴², el proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996⁴³, y las interpretaciones de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴⁴ y la Corte Penal Internacional para Ruanda⁴⁵.

En sentido contrario, unos meses antes que la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia dictara el precitado fallo “*Furundiza*”, se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en su artículo art. 25.3 exige el *propósito* de facilitar los crímenes. Se ha señalado que ese propósito puede ser secundario o no exclusivo, en el sentido de que puede buscarse antes otro objetivo: “*quien conscientemente vende gas al operador de la cámara de gas con el propósito primario de ganar dinero puede inferirse que tiene el propósito secundario de asesinar gente, y de esa forma él puede continuar vendiendo más gas para asesinar más gente*”⁴⁶. Esta tesis parece ser abonada por el hecho de que el art. 25.3.d de dicho Estatuto prevé la responsabilidad penal de los miembros de un grupo exigiendo sólo el conocimiento del propósito criminal de dicho grupo.

Por eso se ha señalado que “*a pesar del test del “propósito” del art. 25 (3)(c) del Estatuto de la CPI, uno puede sostener el argumento responsable de que la costumbre internacional, como reflejo de la mayoría de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, la jurisprudencia de la CPI para la ex Yugoslavia y la CPI para Ruanda, el Proyecto de Código de la CDI, y los crímenes grupales bajo el art. 25 (3)(d) del Estatuto de la CPI, requieren que quienes ayuden o faciliten meramente tengan el conocimiento de que están asistiendo una actividad criminal*”⁴⁷.

Aún cuando la negligencia ha sido reclamada como el estándar que debe aplicarse en los reclamos indemnizatorios, pues emana directamente de los diversos Derechos de Daño domésticos⁴⁸, desde que la responsabilidad civil por complicidad absorbe su

42. “*In re Tesch (The Zyklon B case)*”, 13 Ann. Dig 250 (Brit. Mil. Ct. 1946), reimpresso en 1 *United Nations War Crimes Comm’n, Law Reports of Trials of War Criminals*, 93, 1947; “*Trial of Otto Ohlendorf and Others (Einsatzgruppen)*”, 4 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, No. 10, William S. Hein & Co., Inc. 1997, 1949. En el caso “*Flick*” dos empresarios (Flick y Steinbrinck) fueron condenados por contribuir con fondos a la SS, con conocimiento de los crímenes cometidos por dicha organización. De acuerdo a dicha sentencia, “*quien consciente de que su influencia y dinero contribuye a apoyar [la actividad] debe, bajo principios acordados, ser juzgado, sino principal ciertamente un accesorio de tales crímenes*”, “*US v. Flick*”, 6 *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, No.10, 1952, ps. 1217-1223.

43. 2 Y.B. Int’l L. Comm’n., ch. 2, arts. 2(3)(d), 17, 18, 20, U.N. Doc.

44. “*Prosecutor v. Furundzija*”, Caso No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgment, ¶ 193 n. 217, 10 de diciembre de 1998, reimpresso en 38 I.L.M. 317, ¶ 193 n. 217, 1999.

45. “*Prosecutor v. Akayesu*”, Caso No. ICTR-96-4-T, Judgment, ¶ 545, 2 de septiembre de 1998. Analizando en detalle esta sentencia, ver CLAPHAM, A. & JERBI, S., “*Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*”, *Hastings International and Comparative Law Journal*, 24, 2001, ps. 339 ss.

46. CASSEL, op. cit., ap. 42.

47. *Ibid.*, ap. 41.

48. RAMASASTRY, A. & THOMPSON, R., “*Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey of Sixteen Countries*”, Allkpi, 2006, pp. 22; FAFO & International Peace Academy, “*Business and International Crimes: Assessing the Liability of Business Entities for Grave Violations of International Law*”, Allkopi, 2003, pp. 26.

contenido primario del Derecho Internacional consuetudinario, es conveniente que ambos campos permanezcan conceptualmente cerca en términos de culpabilidad exigida al cómplice. Esto implica el reconocimiento de la autoridad del Derecho Internacional apoyando el ‘*test del conocimiento*’,⁴⁹ que desde una perspectiva procesal admite su prueba en forma directa o través de indicios⁵⁰.

En línea con el estándar del conocimiento sugerido en este trabajo, el informe de la Comisión Internacional de Juristas (2008) ya citado estableció que una compañía puede ser responsabilizada si “*activamente procuró contribuir a groseros abusos de derechos humanos, o simplemente cuando sabía que el curso de su conducta probablemente contribuiría a tales abusos y, aún cuando podría no haber querido que los abusos ocurrieran, de todas maneras emprendió el curso de conducta*”⁵¹. Es claro que dicho grupo de expertos exige alternativamente el conocimiento (y aceptación) de las consecuencias de la contribución corporativa o la concurrencia con el propósito criminal del autor principal.

En materia específica de los bancos, tratándose de un caso de responsabilidad civil extracontractual, debe probarse que los bancos dadores de crédito sabían o no podían haber dejado de saber acerca de la actividad criminal del gobierno que estaban financiando y sosteniendo económicamente, y la forma substancial en la que contribuirían a ello con sus créditos.

Aunque la empresa y el perpetrador del delito no compartan el mismo designio criminal, el conocimiento por parte de la empresa acerca del carácter esencial de su contribución para la comisión de los abusos, y así de la probabilidad su ocurrencia gracias a su aporte, implican la aceptación de ese curso de acción: “*Aún cuando una empresa no desea activamente participar en violaciones de derechos humanos, puede de todos modos ser responsable si sabía o debía haber sabido que su conducta probablemente iba a ayudar a causar tales abusos*”⁵². La negligencia grave puede servir como indicio para probar el conocimiento del colaborador, que sabía acerca de las consecuencias de su aporte⁵³.

49. CASSEL, op. cit., ap. 65.

50. Tal como advirtió uno de los jueces del tribunal el caso “*Khulumani*” (2008, ver más arriba detalles sobre el caso): “*Bajo una correcta aplicación de la sección § 876 [del Restatement –Second- of Torts] a los reclamos civiles por ayuda y complicidad en el Alien Tort Claim Act, la responsabilidad debe ser aplicada solamente si existe evidencia de que el demandado contribuyó a la violación de un derecho claramente establecido por una norma del Derecho Internacional a través de alguna de estas tres vías: 1) consciente y substancialmente asistiendo al autor principal, tal como un gobierno extranjero o su representante, a cometer un acto que viola una norma claramente establecida por el Derecho Internacional, 2) animando, asesorando, contratando o de otra manera solicitándole al autor principal que cometa un acto al mismo tiempo que teniendo conocimiento directo o indirecto de que el autor principal violará una norma claramente establecida por la costumbre internacional durante el proceso en que se completa tal acto o, 3) facilitando la comisión de violaciones de derechos humanos proveyendo al autor principal con las herramientas, instrumentos o servicios para cometer esas violación con conocimiento directo o indirecto de que esas herramientas, instrumentos o servicios serán (o sólo podrían ser) usadas en conexión con tal propósito*”.

51. Informe citado, Vol. I, p. 19.

52. Comisión Internacional de Juristas, informe precitado, Vol. I, p. 20.

53. Comentando la Sección 876 del Restatement (Second) of Torts, DISKIN, D., “*The Historical and Modern Foundations for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute*”, Arizona Law Review, 2005, No. 47, ps. 831 ss.

Para establecer si una empresa supera ese *test*, es necesario analizar la información razonablemente disponible en ese momento⁵⁴. Los bancos en particular se caracterizan por un alto grado de diligencia profesional⁵⁵, con lo cual deben cumplir con rigurosas obligaciones de medio tendientes a establecer el riesgo implícito en sus transacciones.

De esa manera, si el banco es consciente de que el daño puede ocurrir como consecuencia de su conducta, y aún actuando con la esperanza de que ese perjuicio no se perfeccione, priorizando la ganancia derivada de la transacción, consiente el daño al proseguir con la marcha de su acción: actúa con dolo eventual⁵⁶. El conocimiento puede ser acreditado de manera directa o indirecta, deduciéndolo a partir de hechos objetivos, tal como la jurisprudencia especializada lo ha establecido⁵⁷. Entre otros indicios: la fecha y volumen de los préstamos, el conocimiento público de los delitos, su gravedad, y la consciencia de la ayuda real que los créditos implicarán para el mantenimiento o fortalecimiento del régimen y así la comisión de los delitos.

La sofisticada dogmática jurídica de la responsabilidad por concesión abusiva de créditos exige a los bancos un análisis serio y razonado acerca de las características económicas y políticas del prestatario. Disponen de un amplio margen de decisión, pero no se acepta que asuman riesgos irrazonables pues eso puede desencadenar perjuicios a terceros. Se juzga al banco por lo que supo o se presume que supo (no es oponible el llamado *síndrome del avestruz*, negando lo evidente), razonamiento que también sostiene la regla “*conozca a su cliente*” que rige las prácticas bancarias nacionales e internacionales.

d. Los perjuicios indemnizables

Como este tipo de responsabilidad se activa cuando se contribuye a la violación de derechos humanos fundamentales, los perjuicios personales resarcibles deben estar conectados con crímenes que hayan violado normas de *Jus Cogens*⁵⁸. Ese catálogo de delitos comprende, entre otros, al genocidio⁵⁹, la esclavitud⁶⁰, la tortura⁶¹ y otros crímenes de lesa humanidad⁶².

54. Comisión Internacional de Juristas, informe precitado, Vol. I, p. 20.

55. REGLERO CAMPOS, F. (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 188.

56. Informe de la Comisión Internacional de Juristas ya citado., Vol. III, p. 13; JOSEPH, S., *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, ps. 50-3.

57. “*United States v. Carl Krauch et al (The Farben Case)*”, *Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 1187; “*Trial of the Major War Criminal Before the International Military Tribunal (1947)*”, Vol. 1, Judgment, ps. 305-6; “*Tadic*”, CPIY, 7 de mayo de 1997, pgs. 675-6, 689; “*Akayesu*”, CPIR, 2 de septiembre de 1998, parg. 548; “*Aleksovski*”, CPIY, 25 de junio de 1999, par. 65.

58. PAULUS, Andreas, “*Ius Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*”, *Nordic Journal of International Law*, 2005, 74, esp. p. 306.

59. “*Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v Rwanda)*”, Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2006, lista general, No.126, para.64.

60. Ver por ejemplo “*Doe v UNOCAL*”, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), p. 945.

61. “*Prosecutor v Furundzija (Case No: IT-95-17/1-T)*”, parags 155-157; “*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*”, 965 F.2d 699 (9th Cir.1992), at 714.

62. “*Agent Orange Product Liability Litigation*”, 373 F.Supp.2d 7 (EDNY 2005), p. 136. Una lista extensa de crímenes de lesa humanidad, en art. 7(l) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Cuando la indemnización otorgada por el propio Estado que cometió los delitos es de carácter limitada y tasada⁶³, estandarizando las reparaciones⁶⁴ y calzándolas con las restricciones presupuestarias⁶⁵, la responsabilidad de los cómplices puede permanecer como un tema abierto y pendiente⁶⁶.

Eso se debe a que, tal como lo ha explicitado la resolución 60/147 del 2006 de la Asamblea General de Naciones Unidas (párrafo 20)⁶⁷, la reparación que sucede a masivas violaciones de derechos humanos debe cubrir todo daño económicamente mensurable, y esa compensación debe ser proporcional a la gravedad de los hechos y circunstancias de cada caso. Deben tomarse en cuenta las “*circunstancias individuales*” de cada víctima (párrafo 18). Al mismo tiempo, dicha resolución (párrafos 22 y 24) brega por una reparación en forma de “*satisfacción*”, en el sentido que se descubran y revelen los hechos relacionados con los abusos de derechos humanos, lo que implica obviamente las *complicidades*. Adicionalmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que la reparación no «*podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional*» (art. 75.6).

Si bien los reclamos judiciales para imponer este tipo de responsabilidad corporativa exigen un análisis casuístico de los daños, la experiencia judicial norteamericana demostró que pueden ser compatibilizados con la practicidad que presenta el *approach administrativo* de los programas indemnizatorios post-genocidios⁶⁸: los fondos de reparación de las víctimas del holocausto son administrados fuera de los tribunales, aunque funcionan bajo su supervisión⁶⁹.

63. El Estado argentino implementó diversas iniciativas tendientes a reparar los perjuicios sufridos por las víctimas de la última dictadura militar. Las diferentes normas que establecieron esas políticas reparatorias reconocieron indemnizaciones tasadas y limitadas. Los decretos No. 70/1991 y 1313/1994 y las leyes 24.043, 24.411, 24.823 y 25.914 vincularon las indemnizaciones (detenciones, lesiones, asesinatos) a los valores fijados para los sueldos del escalafón para el personal civil de la administración pública, independientemente de las circunstancias particulares de cada una de las víctimas, más allá de la genérica calificación de “*desaparecido*”, “*lesionado*”, “*heredero o familiar de asesinado o desaparecido*”. Una descripción completa de la evolución de los sistemas de reparación en Argentina en GUEMBE, M.J., “*Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience*”, en DE GRIEFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford Univ. Press, 2006, ps. 21-54. Adicionalmente, como el Estado argentino pagó las indemnizaciones con bonos públicos, que luego sufrieron una substancial erosión en su valor debido al default y reestructuración de la deuda soberana, el valor de las indemnizaciones se redujo aún más, ver detalles en WILSON, Ch., “*Argentina’s Reparation Bonds: An Analysis of Continuing Obligations*”, *Fordham International Law Journal*, February 2005, ps. 786 ss.

64. MALAMUD-GOTI, J. & GROSMAN, L., “*Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies*”, en DE GRIEFF, op. cit., ps. 539-559.

65. Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “*Rule-Of-Law Tools for Post-Conflict States*”, Naciones Unidas, New York/Geneva, 2008, esp. ps 27 ss.

66. Cuando la Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo oportunidad de juzgar en detalle y de manera concreta una acción de reparación de daños provocados por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, analizando los daños y sufrimiento reales, no dudó en considerar las variables y circunstancias personales que concurren a consolidar el perjuicio por el cual que se reclama, cfr. CSJN, “*Tarnopolsky, Daniel c. Estado Nacional*”, 31 de agosto de 1999.

67. “*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*”.

68. Sobre las diferencias entre ambos sistemas de reparación, v. DE GRIEFF, P., “*Justice and Reparations*”, en DE GRIEFF, op. cit., esp. ps. 452-9.

69. McBETH, op. cit., esp. ps. 20-25; NEUBORNE, op. cit., ps. 615-622; SHELTON, D., “*The World of Atonement Reparations for Historical Injustices*”, *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 1, 2004, N° 2, ps- 259-289.

e. Nexo causal entre la contribución corporativa y los abusos de derechos humanos

La asistencia comercial debe haber sido realizada sabiendo o debiendo haber sabido los riesgos que entrañaba en cuanto a su contribución con abusos de derechos humanos. La empresa debe haberse encontrado en una situación “próxima” con el perpetrador principal del delito, en términos de naturaleza de la conexión, transacciones comerciales, y duración y frecuencia de la relación. Cuanto más cerca la empresa y su aporte respecto de la comisión de los delitos, mayor probabilidad de que tenga el “*poder, influencia u oportunidad necesarios para que su conducta tenga un impacto suficiente en la conducta del perpetrador principal (...)*”⁷⁰.

Aunque esa contribución puede estar referida a diversas clases de actividades empresariales (transporte, logística, provisión de bienes, servicios informáticos, etc.), en este artículo focalizaremos en el financiamiento, que también puede contribuir a la comisión de esos delitos⁷¹. La clave está en determinar si sin ese *ingrediente* la cadena de causación se hubiera interrumpido, o si, alternativamente, tuvo un *efecto substancial* en el desarrollo de la actividad financiada⁷². La presencia de ese efecto substancial es lo que permite, en definitiva, afirmar la existencia de un nexo de causalidad eficiente.

A la hora de definir los factores que deben tenerse en cuenta para definir si existió una contribución substancial por parte del colaborador, la jurisprudencia norteamericana –la que más ha avanzado en este tipo de reclamos⁷³ ha individualizado los siguientes: la naturaleza del hecho auspiciado o apoyado, la *cantidad* de la colaboración prestada, su presencia al momento en que el daño fue provocado, su relación con el autor principal del perjuicio⁷⁴, su conocimiento de los hechos y la duración de la asistencia provista.

La cuestión de la contribución financiera fue discutida en el Tribunal de Nuremberg, produciendo opiniones contradictorias en esta materia. Por un lado, en “*Rasche*” se dijo que “*un banco vende dinero o crédito de la misma manera que un comerciante de cualquier otra mercadería (...)* Los préstamos o venta de mercaderías usados para un propósito ilegal pueden ser perfectamente condenados desde un punto de vista moral y refleja en cualquier caso una falta de crédito en el prestamista o vendedor, pero la transacción apenas podría ser calificada como un crimen. Nuestro deber es tratar y sancionar aquellos culpables de violar el Derecho Internacional, y no estamos preparados para afirmar que esos préstamos constituyen una violación de tal Derecho”⁷⁵.

A pesar de ese fallo, por otro lado, dos empresarios alemanes fueron condenados en “*Flick*” porque –aún cuando el fiscal no pudo probar concretamente que el dinero que

70. Comisión Internacional de Juristas, informe precitado, Vol. I, p. 24.

71. *Ibid.*, Vol. I, ps. 10, 27; Vol. III, p. 27.

72. *Ibid.*, Vol. I, p. 12; Vol. III, ps. 22 ss.

73. “*Halberstam v. Welch*”, 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983).

74. Cuando en octubre de 2008 los demandantes del citado caso “*Khulumani*” decidieron concentrarse en el banco que había concedido préstamos directamente al sector militar/policial sudafricano, hicieron hincapié en que uno de los directores del banco prestamista participaba en las juntas de gobierno que tomaban las decisiones relativas a la implementación de medidas de seguridad interior durante el *apartheid*.

75. “*United States v. Weizsaecker (Ministries Case)*”, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, No.14, 1952, ps. 621-2.

esas dos personas habían donado a la SS había sido usado directamente para actividades criminales⁷⁶ - el tribunal tuvo por establecido que parte del dinero fue destinado al mantenimiento de la organización: “*queda claro a partir de la prueba que cada uno de ellos dieron a Himmler, el Reich Leader de la SS, un cheque en blanco. Su organización criminal fue mantenida y no tenemos duda de que parte de ese dinero fue a ese mantenimiento. Resulta inconducente si fue gastado en salarios o gas letal*”⁷⁷.

Más allá de las diferentes conclusiones legales a las que arribaron ambas sentencias, las dos suscribieron la idea de que los préstamos pueden contribuir a la comisión de crímenes. Al margen de que estos casos están referidos a la responsabilidad penal –no civil-, la jurisprudencia de Nuremberg no es del todo clara acerca del punto en el que debe distinguirse la responsabilidad de quien provee ayuda financiera que hace posible la comisión de crímenes, y la de aquél que los comete⁷⁸. De todas maneras no resulta perentorio resolver aquí esta cuestión controvertida puesto que desde los procesos de Nuremberg el Derecho Internacional ha evolucionado considerablemente en materia de “*denuncias por financiamiento de abusos de derechos humanos*”⁷⁹.

Cuando se analiza el nexo causal se intenta encapsular aquellos préstamos que, lejos de haber beneficiado a la población del prestatario soberano, la perjudicaron en clave de *Jus Cogens*, y ello debió haber sido previsto por los prestamistas si hubiesen realizado una evaluación seria de la probable aplicación de esos fondos. El dolo reside entonces en prever los efectos del préstamo, que contribuirán substancialmente a la producción del daño, y priorizar el lucro a obtener con esa actividad comercial, aceptando así la alta probabilidad de ocurrencia de esas consecuencias dañosas⁸⁰.

Se ha afirmado que en el contexto de regímenes dictatoriales se presume que el dinero tomado en préstamo se utiliza para mantener tal sistema político, y de esa manera facilita y permite la comisión de los crímenes⁸¹. Podría decirse que ciertas obras benefician

76. “*US v. Flick*”, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, No.10, 1952, ps. 1220 s.

77. *Ibid.*, p.1221.

78. MICHALOWSKI, Sabine & BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, “*Ius Cogens, Transitional Justice and Other Trends of the Debate on Odious Debts - A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts*”, 48(1) *Columbia Journal of Transnational Law* 2009 (forthcoming).

79. SCOTT, S., “*Taking Riggs seriously: the ATCA case against a corporate abettor of Pinochet atrocities*”, *Minnesota Law Review*, 2005, Vol. 89, p. 153, con referencia a las decisiones judiciales norteamericanas en “*Doe v. Unocal*”, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) y “*Burnett v. Al Baraka*”, *Inv. & Dev. Corp.*, 274 F. Supp. 2d 86 (D.D.C. 2003), y el derrollo en el contexto internacional de los códigos de conducta para corporaciones transnacionales, lavado de dinero y financiamiento de actividades terroristas. También se puede consultar TOFALO, I., «*Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations’ Range of Complicity for Human Rights Violations*», en DE SCHUTTER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, Oxford, 2006, ps. 345-346 con referencia a las normas en materia de financiamiento del terrorismo y las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre congelamiento de tales fondos. También RAMASASTRY (op. cit., 1998 y 2002), argumentando que la decisión en “*Rasche*” es anticuada en el sentido que el Derecho Penal Internacional y la responsabilidad por complicidad han evolucionado desde entonces y, en todo caso, la decisión misma debería ser matizada mediante el análisis de la naturaleza de la relación entre el financista y el autor principal del delito: “*si un banco o banquero provee mediante préstamos continuo, corriente y consciente apoyo financiero para una conducta criminal, ¿por qué no debería desencadenar responsabilidad por complicidad?*” (2002, p. 98).

80. CLAPHAM & JERBI, op. cit., ps. 339 ss.

81. SCOTT, op. cit., ps. 1497 ss.

a la población (hasta los palacios de Saddam Hussein registran una utilidad social marginal), pero se contrargumenta que la disponibilidad de esos fondos (precisamente, por el carácter fungible del dinero) permitiría liberar otros, que sí serían aplicados con fines nocivos (básicamente gastos militares para cometer los crímenes)⁸², y además que los gastos realmente beneficiosos podrían tener por efecto aplacar las críticas y así consolidar el régimen⁸³. En todo caso, es prudente asumir que los préstamos pueden, en contextos dictatoriales, eventualmente, tener un impacto positivo limitado, lo que aconseja pensar en responsabilidades compartidas, pues parte de los préstamos efectivamente agravan la situación⁸⁴.

La piedra de toque reside en la previsible aplicación que el prestatario soberano hará de los fondos tomados en préstamo, con el reproche subjetivo que ello implica. En definitiva, la fuente de la responsabilidad es haber sabido que ese dinero contribuiría al sostenimiento financiero del aparato estatal, a través del cual se cometían abiertamente delitos de lesa humanidad, y a pesar de ello haber concedido los préstamos aceptando de esa forma sus probables consecuencias.

Lo que la inmensa mayoría de los sistemas legales exige para que se reconozca virtualidad jurídica al nexo causal en materia de responsabilidad civil, es que la acción imputada haya sido *eficiente* respecto del daño provocado. Esto significa que, como consecuencia previsible de la acción, *normalmente* ocurre el resultado reprochado. La cuestión entonces es determinar, en cada caso, si de los créditos otorgados a un gobierno que comete delitos de lesa humanidad, es válido esperar que de una manera substancial incidan, faciliten o den continuidad a esa práctica. Por ejemplo, analizando qué tanto ese gobierno necesitaba los créditos para mantenerse en el poder, si el volumen de esos préstamos pudo haber impactado en el funcionamiento del aparato burocrático, si incidió en el presupuesto militar enderezado a cometer los delitos de lesa humanidad, etc.

A tal punto es crucial el financiamiento que reciben los gobiernos que cometen delitos graves contra sus poblaciones, que se ha presentado una innovadora propuesta que desincentivaría esa ayuda a regímenes políticos criminales⁸⁵. Un organismo internacional (Naciones Unidas, G7 u OCDE) declararía el carácter "*odioso*" de un gobierno, y a partir de ese momento todo crédito que se le otorgue llevaría esa misma mácula, que obstaría a su exigibilidad. En su última propuesta⁸⁶, una vez declarado el carácter odioso del prestatario, la deuda sólo sería exigible si el dador en cuestión especificó el destino

82. FEILCHENFELD, E., *Public Debts and State Succession*, The Macmillan Company, New York, 1931, p. 707.

83. MICHALOWSKI, S., *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt*, Ed. Ashgate, Aldershot (UK), 2007, ps. 52-8, 82-3. En Argentina fueron pocos los préstamos para proyectos específicos, con lo que su aplicación *prima facie* beneficiosa sería aún más difícil de acreditar.

84. BEN-SHAHAR, O. & GULATI, M., "*Partially Odious Debts? A Framework for an Optimal Liability Regime*", *Journal of Law & Contemporary Problems*, 2007, ps. 74-5.

85. KREMER, M. & JAYACHANDRAN, S., "*Odious debt*", "*Conference on Macroeconomic Policies and Poverty Reduction*", IMF, Washington, 14 y 15 de marzo de 2002, *The American Economic Review*, 96, 2006, ps. 82-92.

86. JAYACHANDRAN, S., KREMER, M. & SHAFTER, J., "*Applying the Odious Debts Doctrine while Preserving Legitimate Lending*", paper presentado en la "*Blue Sky Conference*", 9 de septiembre de 2006, Center for International Development, Harvard University; SHAFTER, J., "*The Due Diligence Model: A New Approach to the Problem of Odious Debt*", *Ethics & International Affairs*, marzo de 2007, Vol. 21, ps. 49-67.

legítimo de los fondos, al mismo tiempo que aplicaba una especial *due diligence* que le permitía monitorear el empleo efectivo de tales sumas.

Refiriéndose al período del *apartheid* en Sudáfrica y el apoyo que diversas empresas brindaron al gobierno segregacionista, el ex primer ministro de ese país, John Voster, planteó y explicó claramente el nexo de causalidad que existe entre los préstamos y la comisión de delitos de lesa humanidad: “*cada crédito bancario, cada nueva inversión es otro ladrillo en la pared de nuestra continua existencia*”⁸⁷. Más preciso fue el presidente del Banco de Reserva Sudafricana: “*si la asociación internacional de banqueros efectivamente impidiese a Sudáfrica el comercio y el sistema de pagos, esas serían lejos más poderosas medidas sancionatorias que las restricciones comerciales que impusieron los gobiernos extranjeros*”⁸⁸. En esa línea, el Centro de Información Financiera del Consejo Nacional de Iglesias de Sudáfrica había advertido en 1973 que “*las contribuciones a la fortaleza económica de Sudáfrica son contribuciones indirectas a sus sistemas militares y policíaco, diseñados para perpetuar la esclavitud racial*”⁸⁹.

Sin embargo, la última decisión dictada en «*Re South Africa Apartheid Litigation*”⁹⁰ no parece compartir ese razonamiento. Siguiendo los requerimientos de *actus reus* y *mens rea* desarrollados en este trabajo, a fin de determinar el *efecto substancial* la corte refiere a la ‘*cualidad inherente*’ del producto o servicio que se provee al autor del delito. Sin realizar el más mínimo análisis empírico acerca de los efectos concretos de los préstamos en cuestión, la sentencia establece que el dinero nunca puede estar lo suficientemente vinculado con los crímenes, precisamente porque no es un *commodity letal*.

Este criterio de diferenciación que descansa en las cualidades intrínsecas del bien o servicio provisto -en lugar de atender a su uso e impacto reales- no sólo ignora todos los avances del Derecho Internacional en materia de responsabilidad por complicidad corporativa, particularmente por financiamiento de violaciones de normas de *Jus Cogens* (“*Flick*”⁹¹ y “*Almog*”⁹²), sino que también es puesto en duda por la propia sentencia: aceptó que las computadoras provistas por IBM al régimen del *apartheid* a fin de organizar la política de desnacionalización de la población negra sudafricana pueden ser inherentemente riesgosas y suficientemente conectadas con los crímenes⁹³, y al mismo tiempo reconoció que el gas letal puede ser usado con propósitos legítimos⁹⁴. Este criterio que inmuniza a los bancos frente a los avances de la responsabilidad corporativa será presumiblemente cuestionado incluso por las corporaciones no financieras que sientan el impacto de esa discriminación injusta.

87. BREATE, K., “*Bricks in the Wall: An Update on Foreign Bank Involvement in South Africa*”, World Council of Churches Report, Marzo de 1981.

88. MADDERIN, M. & WELLMER, G., *Apartheid-Caused Debt, The Role of German and Swiss Finance*, Stuttgart, 1999, p. 32.

89. Corporate Information Center, National Council of Churches, *The Frankfurt Documents: Secret Bank Loans to the South African Government*, Corporate Examiner, julio de 1973, 3A.

90. Ver nota 31.

91. Ver nota 6.

92. Ver nota 41.

93. La sentencia arguye que “*no todas las violaciones del derecho de las naciones implica un homicidio, y por eso no toda entidad corporativa que ayuda o induce a la violación de costumbres internacionales necesita proveer una pistola, un tanque o gas venenoso*”, p. 60.

94. Nota 157 de la sentencia.

Negar que la ayuda financiera masiva puede contribuir, facilitar o hacer más efectiva una campaña de violación de derechos humanos implica desconocer la forma en la que funciona la economía y países modernos, sobre todo aquellos en desarrollo que se caracterizan por su baja tasa de ahorro, vulnerabilidad financiera y dependencia de capitales externos para consolidar los procesos de crecimiento y desarrollo. Así se entiende cómo préstamos a gran escala pueden tener incidencia en el funcionamiento del aparato represivo de un Estado (pago de sueldos a los militares, mantenimiento de los campos de concentración, logística, inteligencia, contrainteligencia, compra de armamentos y equipo militar, etc.)⁹⁵.

Tal como lo analizaremos en detalle en la segunda parte de este trabajo, una muestra de cómo puede influir la concesión de préstamos sobre las decisiones gubernamentales se pudo ver claramente cuando el gobierno de Estados Unidos condicionó su ayuda financiera al régimen militar argentino a un mejoramiento concreto en su desempeño en materia de derechos humanos⁹⁶. En algunos casos esa idea se corporizó de manera concreta y específica⁹⁷.

II. El caso argentino

En esta segunda parte del trabajo la teoría legal de complicidad civil desarrollada en la primera mitad será aplicada y combinada con un análisis empírico acerca del comportamiento de los bancos extranjeros durante la última dictadura en Argentina. La relevancia y oportunidad de este ejercicio no es accidental. La exploración de la responsabilidad bancaria aparece en un momento de la historia Argentina en el que los procesos penales contra los dictadores se encuentran en plena tramitación, con renovado interés acerca de cómo funcionó la junta militar.

Por ese motivo, se espera que examinando el rol de los actores financieros no sólo contribuya a completar el cuadro de responsabilidades correspondientes a ese periodo de abusos, sino también al desarrollo del Derecho Internacional y argentino en materia de complicidad corporativa, especialmente financiera. Este desarrollo podrá operar, en última instancia, como factor disuasivo de similares comportamientos en el futuro.

95. Para un mayor análisis sobre esa última sentencia judicial *in re "Khulumlani"* ver MICHALOWSKI & BOHOSLAVSKY, op. cit.

96. Department of State General Correspondence, Raul Castro a Claus Ruser, 28 de febrero de 1978, SAP.

97. Si bien Estados Unidos no consideraba (con ningún país) que las sanciones comerciales pudieran ser un instrumento primario de promoción de los derechos humanos, la situación en Argentina era tan extrema que no tuvo más alternativa que rechazar el soporte financiero que la junta militar le solicitaba en 1978 al Ex – Im Bank para comprar turbinas hidroeléctricas a la empresa Allis-Chambers Corp. Luego de ese rechazo, Videla se encontró con el vicepresidente de Estados Unidos en el Vaticano durante la coronación de Juan Pablo I. La junta militar acordó permitir el ingreso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que realizara un informe sobre la situación en materia de derechos humanos, a cambio de la aprobación de dicho crédito, cfr. GRIESGRABER, M., *Implementation by the Carter Administration of Human Rights Legislation Affecting Latin America*, tesis doctoral, Georgetown University, 1983, ps. 227 ss.; SCHOULTZ, L, *Human Rights and United States Policy toward Latin America*, Princeton University Press, Princeton, 1981, p. 311; SIKKINK, K., *Mixed Signals. U.S. Human Rights Policy and Latin America*, Cornell University Press, 2004, p. 133.

a. Los hechos económicos básicos de la junta militar

Entre 1976 y 1982 la junta militar argentina cometió miles de delitos de lesa humanidad⁹⁸, violando normas de *Jus Cogens* y por eso la acción penal contra los represores ha sido considerada por la jurisprudencia argentina irrenunciable e imprescriptible⁹⁹, factores que explican por qué aún hoy pueden impulsarse los procesos penales.

Las investigaciones académicas y los registros públicos difieren en la exactitud de las cifras. Si seguimos los cálculos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas (CEPAL), la deuda pública externa argentina ascendía a U\$S 6.648 millones en 1976, y en 1983 trepó a U\$S 31.709. Esas cifras no incluyen el crecimiento de la deuda externa privada (de U\$S 3.091 millones a U\$S 13.360 en el mismo periodo). Esos datos difieren parcialmente pero en menor grado con los provistos por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y las pericias e informes realizados en la sentencia dictada en la causa “*Olmos, Alejandro s. denuncia*” tramitada en Buenos Aires¹⁰⁰.

De acuerdo la mencionada causa, recogiendo los datos suministrados por el BCRA, los créditos fueron otorgados fundamentalmente por sindicatos integrados por diversos bancos comerciales básicamente norteamericanos y europeos de primera línea: a 1983, la deuda con bancos comerciales y créditos sindicados ascendía a U\$S 20.658,7 millones, sin contar la deuda en poder de los tenedores de títulos públicos (U\$S 5.441,3 millones) entre los cuales podrían ciertamente encontrarse algunos bancos.

¿Cómo se conectan esos hechos? Es necesario analizar las condiciones y políticas económicas del Estado argentino –que fue el ejecutor de los abusos de derechos humanos– durante esos años para entender si los créditos bancarios pueden haber *hecho posible, tornado más fácil o mejorado la eficiencia* de la comisión de aquellos delitos. También es conveniente repasar cuál fue concretamente la conducta de los bancos, la forma en que el Estado erogaba dinero en el sector militar concentrado en cometer de los crímenes, la información pública disponible y el comportamiento del gobierno de Estados Unidos.

b. El contexto económico del régimen militar y su necesidad de contar con financiamiento para funcionar

Con dispar grado según cada caso, los países en desarrollo han presentado a partir de su ingreso abrupto en el mercado de financiero internacional en la década del ‘70, una constante dependencia de capitales externos. La masiva moratoria de pagos a principios de los ‘80 y las crisis financieras de los ‘90 que se prolongan hasta la actualidad,

98. CONADEP, *Nunca Más*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984.

99. Corte Suprema de Justicia de la Nación, «*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—*», 24 de agosto de 2004; «*Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad -causa 17.768-*», 14 de junio de 2005; «*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*», 13 de julio de 2007; «*Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario*», 17 de febrero de 2009.

100. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 2, 13 de julio de 2000, Jurisprudencia Argentina, 31 de enero de 2001.

dan cuenta de esa vulnerabilidad económica, y por eso su dependencia financiera externa¹⁰¹. Esto, entre otros motivos, hace que los mercados de capitales influyan notablemente en las decisiones y aún la suerte de esos gobiernos.

Aunque era una tendencia que ya preocupaba en las conferencias de Bretton Woods, en los '70 el deterioro de los términos de intercambio afectó agudamente a los países exportadores de *commodities* primarios, generándoles un mayor desequilibrio financiero¹⁰². A ese fenómeno comercial general en Argentina, que ya se registraba incluso con anterioridad al golpe militar, se sumó un creciente volumen de la deuda externa en el período que aquí interesa, que generó a su vez una mayor dependencia financiera externa.

Entre 1976 y 1982 Argentina, ya vimos, recibió un volumen ingente de créditos proveniente de bancos comerciales de países industrializados. Las razones de la derivación de tamaña masa de dinero han sido atribuidas a la forma en que se extendió el euromercado y el reciclaje masivo de petrodólares. En ese contexto los bancos prestamistas asumieron una verdadera política de *loan pushing* al otorgar créditos a Estados que no presentaban una capacidad de reembolso acorde al volumen de las deudas que estaban contrayendo¹⁰³, y que, además, usaban los recursos públicos, en parte, para reprimir a sus propias poblaciones.

En Argentina esos créditos fueron insertados en una política económica típicamente monetarista¹⁰⁴, que implicó una amplia apertura económica y financiera, la eliminación de protecciones arancelarias, altas tasas domésticas y retraso cambiario, y luego la sobrevaluación de la moneda nacional mediante precisas políticas oficiales. En ese esquema el papel de las finanzas pasó a jugar un rol clave.

La dependencia financiera fue aún más intensa si se piensa que el gobierno militar, embarcado en una política económica de asignación de los recursos internos conforme las señales de precios derivadas del mercado internacional, adecuando así el perfil de precios relativos internos al internacional¹⁰⁵, impulsó la dolarización de facto de la economía.

Ante la demanda de dólares en el mercado interno y el insuficiente saldo del comercio exterior del país, el Estado se endeudaba con los bancos para proveer esa moneda. Una vez volcados esos dólares al mercado interno a valores inferiores a los reales, a través de una metodología llamada "*la tablita*" (sistema que predeterminaba en menos y en forma periódica el tipo de cambio)¹⁰⁶, los dólares fueron en una primera etapa

101. BID, *Living with Debt. How to Limit the Risks of Sovereign Finance, Economic and Social Progress in Latin America*, 2007 Report, BID, Washington, 2006; ROUBINI, N. & SETSER, B., *Bailouts or Bail-Ins?. Responding to Financial Crises in Emerging Economies*, Viva Books, New Delhi, 2006.

102. GATT, *International trade 1979/80*, Geneva, 1980. V. más ampliamente RAFFER, K. & SINGER, H.W., *The economic North-South divide. Six decades of unequal development*, Edward Elgar Ed., Reino Unido, 2001.

103. DARITY, W. & HORN, B., *The loan pushers. The role of commercial banks in the international debt crisis*, Ballinger Publishing Company, Cambridge (USA), 1988; LICHTENSTEIN, C., "The U.S. response to the international debt crisis: The International Lending Supervision Act of 1983", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 25, 1984.

104. SCHVARZER, J., *Argentina 1976-81: El endeudamiento externo como pivote de la especulación financiera*, Cuadernos del Bimestre, CISEA, Buenos Aires, 1983, ps. 12 ss.

105. FERRER, A., *¿Puede Argentina pagar su deuda externa?*, El Cid Editor, Buenos Aires, 1982, pp. 53.

106. SCHVARZER, ob cit.

(1976-1979) a engrosar las reservas internacionales¹⁰⁷, y luego a alimentar un circuito de fuga de capitales¹⁰⁸, procediendo a su depósito muchas veces en los mismos bancos que concedían los créditos¹⁰⁹.

De esa manera, el impacto que los créditos bancarios tuvieron en Argentina puede visualizarse desde dos perspectivas: una general y macroeconómica, y otra referida al gasto militar asociado a la represión que veremos en el apartado siguiente.

Para tener una referencia del significado de ese volumen de préstamos en la Argentina de los '70, es necesario recordar que los gastos totales del sector público representaron más de una cuarta parte del PBI durante todo el periodo de la dictadura: 25,05% en 1976, llegando a 28,38% en 1982. Y el gasto público fue notablemente creciente:

Resultado del sector público argentino¹¹⁰ (en miles de dólares)

	Ingresos	Gastos
1975	4.587.700	7.418.788
1976	8.242.294	11.682.397
1977	16.400.397	18.731.123
1978	23.872.867	28.081.505
1979	35.570.706	42.942.564
1980	54.912.860	67.260.035
1981	31.288.550	43.947.663
1982	13.361.217	19.666.174

Debe tenerse presente que en el período 1976-1983 la caída de la demanda interna y de la actividad industrial en Argentina¹¹¹ provocó una evolución negativa

107. FERRER, ob. cit., ps. 62 ss.

108. World Bank, *World Development Report 1985*, New York y Oxford, Oxford UP, 1985.

109. Sobre el comportamiento del sector privado durante esa época, v. BASUALDO, E., "La reestructuración de la economía argentina durante las últimas décadas: de la sustitución de importaciones a la valorización financiera", proyecto "Deuda externa e integración económica internacional de la Argentina, 1990-2004", PICT 14072, FLACSO y SECYT, Buenos Aires, 2004, (mimeo); BASUALDO, E. & KULFAS, M., "Fuga de capitales y endeudamiento externo en la Argentina", trabajo presentado en el seminario "La globalización económica-financiera y el impacto en la región, las estrategias de regulación y las respuestas sociales y políticas del movimiento popular", CLACSO y ATTAC-Argentina, junio de 2000, (mimeo).

110. Comprende la administración central, organismos descentralizados y sistemas de seguridad social, empresas públicas, fondos fiduciarios, otros entes, provincias y municipios, cfr. Ministerio de Economía de la Nación, en FERRERES, O. (director), *Dos siglos de economía argentina (1810-2004)*. *Historia Argentina en cifras*, ILHSA, Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, ps. 505-517.

111. En 1975 la actividad industrial representaba el 27,8% del PBI, y en 1982 el 22,3%, cfr. BCRA, en FELDMAN, E. & SOMMER, J., *Crisis financiera y endeudamiento externo en Argentina*, Centro Editor de América Latina, 1984, p. 113 ss.

del PBI¹¹². Por eso no sorprende que el déficit fiscal promedio entre 1976-1980 fue de 7.4% del PBI, mientras que en el período 1981-1983 (guerra de Malvinas) esa *ratio* aumentó al 14.6% del PBI¹¹³. Frente a esas variables macroeconómicas tan deterioradas, el apoyo bancario externo parece haber implicado una contribución esencial para su sobrevivencia.

Es controvertida la noción de *efectos colaterales democráticos* derivados de las inversiones en países que sufren masivos abusos de derechos humanos (crecimiento económico, más trabajadores, mejor educación, etc.)¹¹⁴. De todas maneras, en el caso de Argentina esa discusión resulta abstracta desde que los préstamos no contribuyeron a un genuino crecimiento económico (de hecho, ya vimos, el PBI tuvo una evolución negativa durante la dictadura), sino que más bien subsidiaron una política monetarista inviable en un contexto de recesión económica.

Un amplio déficit público y la desaceleración de la actividad de la economía real puede llevar a un sistema a la ruina, de la cual el propio Estado usualmente no escapa, sea porque tiene que implementar ajustes presupuestarios o moratorias de deuda, con todo el costo político y social internos que suelen implicar. La deuda externa aumentó durante la dictadura militar de la siguiente manera¹¹⁵:

Evolución de la deuda externa

(en millones de dólares)

	Deuda externa estatal	Deuda externa privada	Deuda externa total
1975	4.021	3.854	7.875
1976	5.189	3.090	8.279
1977	6.044	3.635	9.279
1978	8.357	4.139	12.496
1979	9.960	9.074	19.034
1980	14.459	12.703	27.162
1981	20.024	15.647	35.671
1982	26.341	14.362	40.703

112. El nivel de actividad global de 1982 fue un 1,3% más bajo que el de 1975, cfr. *ibid.*, ps. 115 ss.; FERRER, op. cit., ps. 93 ss.

113. DAMIL, M. & FRENKEL, R., "Restauración democrática y política económica argentina 1984-1991", en MORALES & McMAHON (eds.), *La política económica en la transición a la democracia: lecciones de Argentina, Bolivia, Chile y Uruguay*, Santiago de Chile, 1993, p. 85.

114. Ver TOFALO op. cit.

115. Sobre datos del BAI y el FMI, en FERRER, .ob. cit., ps. 54, 63.

La deuda externa de Argentina con los acreedores no bancarios creció un 161% entre 1975 y 1981, mientras que la deuda con los bancos privados internacionales aumentó un 615% en ese mismo periodo¹¹⁶.

El financiamiento externo parece así haber sido clave para el sostenimiento temporario de ese sistema monetarista, que a un costo económico elevadísimo para el país mantuvo la estabilidad del sistema financiero, dotó de liquidez al gobierno y le aseguró de esa manera contener reclamos de diversos actores económicos y sociales domésticos que con el tiempo fueron creciendo en amplitud e intensidad¹¹⁷. Al mismo tiempo, le permitió afrontar los gastos que el funcionamiento del aparato estatal exigía, que analizaremos con mayor detalle en el apartado siguiente.

La relevancia del apoyo financiero privado hacia Argentina fue explícitamente mencionado en un documento aprobado por entonces altos oficiales del Departamento de Estado de Estados Unidos: *“La estrategia argentina para las relaciones con Estados Unidos han estado basadas en los siguientes presupuestos (...) Argentina puede sobrevivir a la hostilidad norteamericana porque tiene acceso a proveedores alternativos de ayuda militar y económica y oportunidades financieras (...) Los votos negativos en las Instituciones Financieras Internacionales son una vergüenza política para Argentina, pero estos votos no bloquean el acceso a financiamiento crítico. El éxito económico del gobierno de Videla en el sector externo ha asegurado la disponibilidad de oportunidades financieras provenientes de una variedad de fuentes extranjeras”*¹¹⁸.

Adoptando un comportamiento procíclico, la decisión de los bancos de no concederle más créditos a Argentina a partir de 1982, la erupción de la llamada *crisis de la deuda* y el colapso de la economía argentina derivado de la recesión en la que estaba sumergida (perdiendo así la reducida base de sustentación social aún detentaba la dictadura: quiebra masiva de empresas locales y despidos de trabajadores)¹¹⁹, coinciden en el tiempo con el comienzo de la transición hacia la democracia. Esto demuestra que, a pesar que otros factores influyen en la evolución de ese tipo de fenómenos políticos, la

116. Cfr. Banco Central de la República Argentina.

117. *“De no haber sido por el fuerte endeudamiento externo del sector público a lo largo de 1980 no se habría podido sostener la política financiera. De haberse mantenido la política monetaria y de haberse creado crédito para financiar las empresas del Estado directamente, y no por medio del arbitrio de obtener préstamos del exterior, las reservas no habrían alcanzado y la crisis del sector externo habría estallado antes. Por el contrario, si se hubiera ejecutado una política monetaria más dura y no se hubiera recurrido al endeudamiento público externo, las tasas de interés habrían trepado hasta límites insospechados, lo que también habría precipitado la crisis de la política puesta en práctica desde 1977. En otras palabras, recurrir al endeudamiento externo constituyó un elemento fundamental para la prolongación en el tiempo de aquellas políticas”*, FELDMAN & SOMMER, ob. cit., p. 154.

118. Department of State Report, Bureau of Intelligence and Research, 11 de septiembre de 1978, Subject: “Evolution of U.S. Human Rights Policy in Argentina”, State Argentina Declassification Project (1975-1984), <http://foia.state.gov/documents/Argentina/0000AA65.pdf>.

119. *“Los aspectos centrales del desarrollo de la crisis de los años 1981 y 1982 se hallan asociados con el abandono de la ‘tablita’ de devaluación cambiaria y con el agotamiento de las posibilidades de financiamiento externo adicional para la Argentina (...)”*, FELDMAN & SOMMER, ob. cit., ps. 115-6, 134-5.

ayuda financiera a escala puede jugar un rol importante al facilitarle u obstruirle a un Estado la ejecución de su plan criminal.

Si bien es cierto que inciden diversos factores económicos, políticos y sociales en las decisiones de un gobierno, las explicaciones de este párrafo sirven para demostrar la posible existencia de un nexo de (co) causalidad entre la decisión de conceder préstamos y lo que hace ese gobierno prestatario, y los de facto no son una excepción¹²⁰. Tal como se ha señalado en el congreso norteamericano al analizar el rol del banco Riggs en el financiamiento del gobierno del Pinochet en Chile, *“la historia ha mostrado que el financiamiento es clave para el terrorismo, la corrupción y otros actos criminales”*¹²¹.

c. Los préstamos bancarios y los gastos militares domésticos durante la dictadura

Desde la segunda perspectiva referida al impacto de los préstamos bancarios sobre la actividad criminal del Estado prestatario, la provisión masiva de dólares puede permitir y/o mejorar el funcionamiento regular del aparato burocrático del Estado (lo cual comprende toda la logística militar/represiva). En el caso argentino, los préstamos parecen haber financiado una política de mayores gastos militares¹²², que en los primeros años de la dictadura, que fueron los más cruentos en términos de abusos de derechos humanos, no estuvieron asociados a hipótesis reales de conflictos bélicos sino a cuestiones de *“seguridad interior”*, que en la práctica significó la represión de la población.

Esta fue la evolución del crecimiento del gasto militar, que también implicó una creciente participación del sector militar en el PBI nacional¹²³:

120. *“Obviamente la liquidez internacional actuó favorablemente, pero lo que se trasluce ese año [1979] y el siguiente es que la banca internacional puede actuar en determinadas circunstancias – posiblemente relacionadas con las políticas económicas que se adopten y con sus vínculos con el poder político- como factor retardador de la crisis, mientras que en otros momentos, puede actuar como factor acelerador de la misma. Ni en 1980 ni en 1981 los bancos individualmente considerados y la comunidad bancaria en su conjunto parecen poner trabas a la continuidad de la política económica vigente, pese a las consecuencias que ya se manifestaban”*, *ibid.*, ps. 154-5.

121. Minority Staff of the Permanent Subcomm. on Investigations, 108th Cong., Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act (Comm. Print 2004).

122. Estos gastos comprenden los costos directos del servicio de defensa exterior, e incluye, entre otros rubros (relacionados con la represión de la población): 1) Todos los costos laborales del personal militar y civil, 2) costos de operación y mantenimiento, 3) adquisición de todos los materiales, 4) construcción militar, 5) gastos incurridos por agregados militares y cuentas secretas, 6) defensa civil, 7) programas de relaciones militares publicas, 8) Inteligencia militar. Cfr. SCHEETZ, T., *«Gastos militares en América del Sur»*, en *Proliferación de armamentos y medidas de fomento de la confianza y la seguridad en América Latina*, Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, Lima, 1994.

123. *Ibid.*

Evolución del gasto militar

(en millones de dólares)

	Gasto militar	% en el PBI
1975	1.278	2,04%
1976	2.293,3	3,79%
1977	2.483,3	4,01%
1978	2.699,1	4,73%
1979	2.813,7	4,67%
1980	2.561,1	4,2%
1981	2.700,3	4,72%
1982	2.200,5	4%
1983	2.499,4	4,39%

La tesis que avala que los mayores gastos militares que se registraron especialmente durante los años 1976 y 1977 se debieron a razones de *seguridad interior*, es en gran medida confirmada por la evolución de los *gastos de importación de defensa*. De acuerdo a estimaciones conservadoras, US\$ 1.569,6 millones en 1975, US\$ 1.192,4 millones en 1976 y US\$ 626,1 millones en 1977, y luego comienza a incrementarse nuevamente con la potencialidad de los conflictos bélicos con Chile e Inglaterra¹²⁴. En definitiva, durante los primeros años de la dictadura, mientras el gasto militar global creció, el rubro de importación de armamentos (asociado a agresiones militares externas) disminuyó, con lo que cabe presumir que el mayor gasto militar global fue aplicado, en parte, a cumplir las funciones que les habían sido asignadas a las fuerzas armadas en materia de *lucha contra la subversión*, marco en el cual fueron cometidos los delitos.

Esos números contradicen la idea de que los préstamos fueron tomados originariamente por el Estado argentino con el sólo propósito de comprar armas para defender el territorio en caso de conflicto bélico con Chile e Inglaterra. Los préstamos y el incremento del gasto militar comenzaron antes de la aparición de esos conflictos, y hasta 1978 la junta militar priorizó el uso de dinero en áreas no relacionadas directamente con agresiones externas.

d. El carácter público de los abusos de los derechos humanos

Los primeros hitos externos que dieron cuenta de las graves violaciones de derechos humanos que estaban ocurriendo en Argentina fueron periodísticos¹²⁵. El prestigio de los

124. *Ibid.*

125. En mayo de 1976 el *New York Times* ya señalaba que “elementos de las Fuerzas Armadas de Argentina parecen estar acelerando la campaña de asesinatos, torturas, arrestos arbitrarios y purgas drásticas”, “Repression in Argentina”, *New York Times*, 26 de mayo de 1976. Véase también “Carter Rights Aide, Visiting Argentina, Warns on Violation”, *New York Times*, 3 de abril de 1977; “N.Y. group pleased with Venezuela Argentina called worst human rights violator”, *The Globe and Mail*, 23 de diciembre de 1977.

diarios extranjeros que publicaban esas noticias, la masividad de los artículos que daban cuenta de la situación y la poca duda que dejaban acerca de la extrema gravedad de lo que estaba sucediendo, deben haber sido claves para que los bancos evaluaran las previsible consecuencias de sus préstamos, básicamente, permitiéndole al Estado mantener y reforzar su burocracia represiva.

La temprana posición del gobierno de Estados Unidos (ver el siguiente apartado), advirtiendo a la junta militar que estaba excediendo límites legales inalienables en materia de derechos humanos, también constituyó una clara señal de los efectos perniciosos que los préstamos podían provocar y, consecuentemente, de los riesgos jurídicos que entrañaban su otorgamiento. Ya en 1976 el propio Departamento de Estado de Estados Unidos, en un informe presentado en el Congreso relativo a la situación de derechos humanos en diversos países, advertía que *“los líderes argentinos (...) están procurando poner freno a las violaciones de derechos humanos, pero (...) aún no pueden controlar la situación”*¹²⁶. A principios de 1977 esa grave situación es nueva y oficialmente confirmada por el Departamento de Estado en el marco del congreso norteamericano¹²⁷.

En marzo de 1977 Amnistía Internacional emitió y difundió internacionalmente un informe que denunciaba las violaciones de derechos humanos en el país, incluyendo un listado de 18 páginas con los nombres de las personas desaparecidas, fecha de sus secuestros y demás detalles pertinentes. El informe lapidario elaborado por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en 1978 terminó de despejar cualquier duda que podía existir en cuanto a la situación en Argentina. Ese informe concluyó que *“aparece evidente que la decisión de formar unidades de comando que estuvieron involucradas en la desaparición y posible exterminio de esos miles de personas, fue adoptada en el máximo nivel de las Fuerzas Armadas”*¹²⁸.

En 1979 Amnistía Internacional -en consonancia con los informes elaborados ese mismo año por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), la New York City Bar Association y el propio Departamento de Estado de Estados Unidos¹²⁹ - continuó denunciando la grave y masiva campaña de secuestros, desapariciones, torturas, detenciones ilegales y asesinatos¹³⁰.

e. La actuación del gobierno de Estados Unidos

Marcando una notable distancia con el gobierno de Ford, que apoyaba dictaduras que podían actuar como aliados en la lucha contra el comunismo, con la victoria de Carter en

126. US Congress, House, Committee on International Relations, *Human Rights and U.S. Policy: Argentina, Haiti, Indonesia, Iran, Peru, and the Philippines*, informe enviado al Committee on International Relations, House of Representatives, por el Departamento de Estado, 94th Cong., 2nd sess., 31 de diciembre de 1976, p. 5.

127. US. Department of State, *“Country Report on Human Rights Practices”*, informe remitido al Subcommittee of Foreign Assistance of the Committee on International Relations, U.S. House of Representatives and Committee on Foreign Relations, U.S. Senate (Joint Committee Print, 95th Cong., 1st sess., Marzo de 1977), ps. 106-8.

128. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“Report on the Situation of Human Rights in Argentina”*, Secretaría General de la OEA, Washington, 1980, p. 134.

129. US Congress, House, Committee on Foreign Affairs, and Senate, Committee on Foreign Relations, *Country Reports on Human Rights Practices for 1979*, 96th Cong., 2nd Sess., 4 de febrero de 1980, p. 241.

130. Para detalles de dichos informes v. SCHOULTZ, op. cit., ps. 348-9.

1976 se consolidó en Estados Unidos una nueva etapa en términos de derechos humanos, particularmente hacia América Latina¹³¹. Esos cuatro años de gobierno coincidieron con la etapa más grave que presentó Argentina en materia de abusos de derechos humanos.

En ese contexto el trabajo público y abierto que diversos grupos de derechos humanos comenzaron a realizar en Estados Unidos¹³², conjuntamente con el esfuerzo internacional tendiente a concientizar a la población y a los políticos acerca de los abusos que en esa materia se estaban registrando en general en América Latina y en particular en Argentina, no cayeron en saco roto¹³³. El gobierno y Congreso de Estados Unidos¹³⁴ adoptaron diversas medidas financieras tendientes a prevenir esos abusos, lo cual presumió, lógicamente, el reconocimiento de la gravedad de la situación y de lo esencial que la ayuda dineraria (o su rechazo) puede ser para un gobierno militar y sus planes criminales.

A partir del reconocimiento oficial que el Departamento de Estado hizo respecto de la situación de extremo abuso de derechos humanos que estaba ocurriendo en diversos países *amigos*, y especialmente en Argentina¹³⁵, tomando distancia del inicial apoyo que la administración de Ford le había prestado al gobierno militar inmediatamente después del golpe¹³⁶, el gobierno de Carter impulsó una política exterior de derechos humanos agresiva hacia ese país, con el objetivo de reducir esos crímenes a través de la presión diplomática y la ayuda condicionada¹³⁷. Esa política implicó básicamente el rechazo de ayuda financiera y militar a la dictadura argentina, con la implícita expectativa de generar ciertas dificultades económicas y militares que forzaran a la junta a mejorar su desempeño en materia de derechos humanos.

El *Foreign Assistance Act* de 1974 ya preveía que, “*excepto en extraordinarias circunstancias*”, se debía reducir o extinguir la ayuda militar a gobiernos involucrados en “*patrones consistentes de groseras violaciones a los derechos humanos reconocidos*”

131. Ver ampliamente en ARNSON, C., “*The U.S. Congress and Argentina: Human Rights and Military Aid*”, en ARNSON (ed.), *Argentina-United States Bilateral Relations. An Historical Perspective and Future Challenges*, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, 2003, ps. 83-96; DINGES, J., “*Green Light-Red Light: Henry Kissinger’s 2 Track Approach to Human Rights During the “Condor Years” in Chile and Argentina*”, en *ibid.*, ps. 59-76; OSORIO, C., “*The Dirty War’s Declassified Documents: A New Perspective on Bilateral Relations*”, en *ibid.*, ps. 11-28.

132. For an overview of the transnational advocacy movement for human rights in Argentina, see KECK, Margaret & and SIKKINK, Kathryn, *Activists Beyond Borders*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.

133. SCHOULTZ, op. cit.

134. Con el cambio de la composición política del congreso norteamericano, en 1974 los miembros de ese parlamento ya habían comenzado a concentrarse en abusos de derechos humanos, ver ARNSON, C., *Crossroads: Congress, the President, and Central America, 1976-1993*, Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, 1993; JOHNSON, Robert, *Congress and the Cold War*, Cambridge University Press, New York, 2006.

135. Department of State, “*Human Rights and U.S. Policy: Argentina, Haiti, Indonesia, Iran, Peru, and the Philippines*”, p. 5; Department of State, “*Country Report on Human Rights Practices*”, ps. 106-8, ambos informes citados más arriba.

136. Department of State Telegram, Washington (Kissinger) to All American Republic Diplomatic Posts, 25 de febrero de 1976, Subject: “*INR Analysis of Development in Argentina*,” SAP; Department of State, Memorandum of Conversation, 7 de octubre de 1976, Subject: “*Secretary’s Meeting with Argentine Foreign Minister Guzzetti*”, National Security Archive, Electronic Briefing Book No. 104, Carlos Osorio, ed. online, 4 de diciembre de 2003 en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB104/index.htm> (May 11, 2006).

137. VANCE, C., “*Human Rights and Foreign Policy*”, Georgia Journal of International and Comparative Law, suplemento al volumen 7, summer 1997, ps. 223 ss.

internacionalmente” (Sección 502B). En 1976 el Congreso reforzó esa legislación, otorgándose la posibilidad de *vetar* el uso de aquella facultad extraordinaria de conceder ayuda a ese tipo de regímenes, exigiendo en ese caso la firma del presidente. El 24 de febrero de 1977 el Secretario de Estado Cyrus Vance le anunció al *Senate Appropriations Subcommittee of Foreign Operations* que el gobierno iba a reducir la ayuda a Argentina, Etiopía y Uruguay en razón de las groseras violaciones de derechos humanos que estaban ocurriendo en esos países.¹³⁸. En 1977 el congreso norteamericano prohibió la ayuda militar a Argentina en la forma de donaciones, créditos, préstamos garantizados, ventas y licencias de exportación a partir del 30 de septiembre de 1978¹³⁹.

A agosto de 1978 el Departamento de Estado había rechazado exportaciones militares a Argentina por una suma estimada de US\$ 1.25 mil millones –incluyendo once transacciones del Ex -Im Bank estimadas en US\$ 600 millones-, basándose en razones vinculadas a la situación de derechos humanos en el país¹⁴⁰.

La *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) también tenía que considerar la situación en materia de derechos humanos del país donde una empresa norteamericana planeaba realizar su inversión y para la cual solicitaba financiamiento a esa agencia. A finales de 1978 la OPIC ya había adoptado la decisión de no considerar el otorgamiento de seguros a empresas que quisieran invertir en Argentina, precisamente en virtud de las graves violaciones de derechos humanos¹⁴¹.

Asimismo, al ampliar el Congreso la originaria *iniciativa Harkin* (PL94-161, 1975)¹⁴², ordenó a los representantes norteamericanos en los bancos multilaterales de desarrollo no apoyar los préstamos a países que violaran los derechos humanos fundamentales de su población (PL94-302, 1976, y luego PL95-118, 1977). Así fue que el gobierno norteamericano hizo saber la gravedad de la situación en Argentina absteniéndose o votando en contra de numerosos préstamos multilaterales que solicitaba la junta militar. De hecho, entre 1976 y 1980 Argentina fue el país que en el mundo recibió más votos norteamericanos negativos en los bancos de desarrollo en virtud de groseras violaciones de derechos humanos: un cuarto de todos los rechazos y abstenciones fue para pedidos de créditos formulados por la junta militar argentina¹⁴³.

Esa política de rechazar créditos multilaterales por razones legales y políticas fue explicada en los siguientes términos: Estados Unidos debía, en conexión con su voz y

138 “*Foreign Assistance and Related Programs Appropriations*”, Fiscal Year 1978, 95th Cong., 1st Sess., 1977, p. 196. Ver ampliamente en SCHOULTZ, ob. cit., ps. 114, 257.

139. SCHOULTZ, ob. cit., ps. 260 ss.; Congressional Research Service, *Human Rights and U.S. Foreign Assistance: Experiences and Issues in Policy Implementation (1977-1978)*, informe preparado por el U.S. Senate Committee on Foreign Relations, GPO, WDC, 1979, p. 106.

140. U.S. National Security Council, Memorandum, Robert Pastor to Zbigniew Brzezinski, “U.S. Policy to Argentina”, 31 de agosto de 1978, reproducido en *Declassified Documents Reference System*, Farmington Hills, Mich., Gale Group, 2007, <http://infotrac.galegroup.com>, Document Number: CK3100116847 (December 9, 2007).

141. SCHOULTZ, ob. cit., p. 320.

142. 1975, Sec. 116 de la Foreign Assistance Act de 1961, que prohibía la ayuda económica a países en los que se cometían groseras violaciones de derechos humanos salvo que la ayuda beneficiara en forma directa a la gente necesitada, v. SCHOULTZ, ob. cit., ps. 195 ss.

143. Cfr. Office of Multilateral Development Banks, Department of the Treasury, en SCHOULTZ, ob. cit., ps. 296-8.

voto en los seis bancos multilaterales de desarrollo a los cuales pertenece, avanzar en la causa de los derechos humanos, incluyendo la procuración de canales de asistencia hacia países cuyos gobiernos están comprometidos en consistentes patrones de groseras violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente, como la tortura, el trato inhumano o degradante y castigos¹⁴⁴.

En el caso de la dictadura chilena el gobierno norteamericano llegó incluso a advertirle a los bancos que su política de apoyo crediticio al régimen de Pinochet era inconsistente con la política exterior de Carter, que consideraba a los derechos humanos una variable que debía ser tomada seriamente¹⁴⁵.

Es verdad que la política de derechos humanos de la administración de Carter no fue lo suficientemente fuerte y consistente¹⁴⁶, y que además tuvo un impacto limitado en la situación de Argentina. También es cierto que incluso antes de que Reagan ganara las elecciones, la política exterior de Estados Unidos se había tornado más conservadora, concediendo mayor relevancia a los intereses comerciales y geopolíticos¹⁴⁷. Sin embargo, esos hechos no borran el significado político y legal de las decisiones legislativas y administrativas tomadas en Estado Unidos durante los años más sangrientos de la dictadura argentina.

f. Oportunidad y relevancia de escudriñar el rol de los bancos

Desde la caída de la junta en 1983 Argentina dio pasos significativos en la búsqueda de un amplio espectro de justicia frente a los crímenes cometidos durante la dictadura. Esos esfuerzos incluyeron la creación de una de las primeras modernas comisiones de la verdad, la CONADEP¹⁴⁸. También -a pesar de presiones¹⁴⁹ y amenazas constantes¹⁵⁰- se incluyen

144. US Congress, House, Committee on Banking, Finance, and Urban Affairs, Subcommittee on International Development Institutions and Finance, *International Development Institutions-1977*, 95th Cong. 1st. Sess, marzo de 1997, p. 9.

145. "Reuss: Rights policy not helped by loans to Chile from banks", *The Washington Post*, 13 de abril de 1978, p. a19. La responsabilidad del banco que financió el gobierno de Pinochet y luego le abrió las cuentas para depositar el dinero robado ya ha sido materia de específico análisis jurídico, v. SCOTT, op. cit., ps. 1497 ss.

146. DEYOUNG, K. & KRAUCE, Ch., «Our Mixed Signals on Human Rights in Argentina», *The Washington Post*, 29 de octubre de 1978.

147. "Human Rights and Mrs. Derian", *New York Times*, 31 de mayo de 1980; "U.S. Improving Ties to Latin Rightists", *New York Times*, 8 de marzo de 1981. Ver detalles sobre esos cambios en SCHMIDLI, W., «Institutionalizing Human Rights in United States Foreign Policy: U.S.-Argentine Relations, 1976-1980», *Diplomatic History*, 2009 (en prensa).

148. Ver, *Nunca Más*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

149. LICHTENFELD, R., "Accountability in Argentina: 20 Years Later Transitional Justice Maintains Momentum", International Center for Transitional Justice, agosto de 2005. <http://www.ictj.org/images/content/5/2/525.pdf>

150. Aún en estos días se registran denuncias de acoso, violencia, e incluso desaparición de testigos. El caso más conocido es el de Julio López, un jubilado de la construcción, que había sido víctima durante la dictadura, y fue secuestrado en 2007 horas previas a su testimonio final en el juicio contra el comisario Miguel Etchecolatz. Numerosos testigos denunciaron haber recibido acosos y amenazas telefónicas -muchas de las cuales provinieron desde las cárceles en las que los ex dictadores se encuentran alojados- o fueron forzados a subirse a autos y se les ordenó no declarar. Ver, TRIGONA, M., "Thirty-one Years after the Coup: Disappearances and Terror Back on the Streets", *Toward Freedom*, 29 de marzo de 2007.

en esa progresión el procesamiento penal de los autores de los delitos y diversas iniciativas de indemnización de las víctimas y sus familiares¹⁵¹.

Respecto de esto último, numerosos decretos y leyes fueron aprobados a fin de proveer diversas formas de restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas.¹⁵² Entre ellas se cuentan la indemnización por tiempo de trabajo perdido, pensiones para familiares de víctimas, aportes económicos para ONGs, como Madres de Plaza de Mayo¹⁵³ y la creación de la figura legal de “ausente por desaparición forzada”, que permitió a las familias de las víctimas llevar adelante los procesos hereditarios, administrar los bienes y asuntos de los deudos así como cerrar sus cuentas¹⁵⁴.

A pesar de todos esos esfuerzos, la mayoría de los casos de desaparición, tortura y ejecuciones extrajudiciales ocurridas durante ese periodo aún permanecen sin resolver o se encuentran pendientes en los procesos aún en trámite en los tribunales domésticos¹⁵⁵.

Motorizados por la idea de que aún no se ha hecho justicia, y viabilizados por la anulación en 2003 de las controvertidas normas de amnistía e indulto¹⁵⁶, los procesos penales aún hoy continúan su marcha. A abril de 2009 en el sistema judicial argentino se encuentran abiertos más de 800 procesos penales relacionadas con los crímenes cometidos durante la dictadura¹⁵⁷.

La cuestión de la responsabilidad bancaria aparece en un momento en que la sociedad argentina y el campo de los derechos humanos podrían beneficiarse de la investigación propuesta en este trabajo, no sólo porque la experiencia argentina de justicia transicional todavía está abierta, sino también porque el Derecho Internacional ha evolucionado a un punto en que puede enfrentar y resolver de manera eficiente cuestiones complejas en torno a la complicidad. Esos dos factores tornan oportuno y relevante en diferentes planos al hecho de analizar la responsabilidad bancaria: reconociendo los vínculos materiales entre la conducta de las corporaciones y las violaciones de derechos humanos, que puede significar un elemento desincentivador para futuros comportamiento de empresas y a su

151. GUEMBE, op. cit., ps. 701-731.

152. *Ibid*

153. Más ampliamente sobre esas leyes de reparación en, LOIS, G. & LACABE, M., *“In Search of Vindication: Reparations for Human Rights Abuses in Argentina”*, KO’AGA ROÑE’ETA, se. vii, 1999, <http://www.derechos.org/koaga/vii/lois.html>

154. La terminología mejoró substancialmente respecto de la anterior *“muerte presumida”* ya que no sólo reconoce la comisión de un crimen sino que también confiere un estatus legal equivalente al de muerte por razones civiles, ver OLSON, L., *“Mechanisms Complementing Prosecutions”*, International Committee of the Red Cross, March 2002 Vol. 84 No 845, p. 185.

155. En 2003, antes de la anulación de las leyes de amnistía, Amnistía Internacional había denunciado que *“la mayoría de las ‘desapariciones’ en Argentina aún no han sido aclaradas, la suerte de las víctimas no ha sido determinada y los criminales aún están en libertad”*, ver *“Argentina: The Full Stop and Due Obedience Laws and International Law”*, abril de 2003, AMR 13 de abril de 2003, p 8, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR13/004/2003/en/dom-AMR130042003en.pdf>

156. Leyes de Punto Final (Nº 23.492, 1.986), Obediencia Debida (Nº 23521, 1987) e indultos presidenciales (Nº 1.002, 1.003, 1.004 y 1.005 de 1989 y Nº 2.741 a 2.746 de 1990). El origen, evolución y anulación de esas normas se puede consultar ampliamente en ELIAS, J. S., *“Constitutional Changes, Transitional Justice, and Legitimacy: The Life and Death of Argentina’s ‘Amnesty Laws’*, Hastings International and Comparative Law Review, 2008, No. 31, ps. 587 ss.

157. *“Buscan agilizar los juicios a represores”*, La Nación, 28 de febrero de 2009. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1104089.

vez alienta a los mecanismos de justicia transicional a detenerse en los factores económicos como componentes esenciales de esos abusos; creando una narrativa más completa sobre los delitos, aportando nuevas evidencias tanto en términos históricos como judiciales; y, finalmente, si los bancos fueran encontrados efectivamente responsables, proveyendo fondos adicionales para indemnizar a las víctimas y sus familiares.

El déficit en materia de análisis del rol de las instituciones financieras en procesos de abusos masivos de derechos humanos no es un fenómeno único del caso argentino. Esa omisión se inserta en una característica histórica general del Derecho Internacional de no resolver de manera apropiada la relación que existe entre los actores económicos y los abusos de derechos humanos¹⁵⁸. Por eso, examinando la responsabilidad de los bancos en Argentina podría impulsar estándares generales más apropiados en torno a la actividad crediticia presente¹⁵⁹ y futura, desafiando la idea de que los actores financieros son neutrales o irrelevantes cuando se encuentran próximos a regímenes criminales.

De la misma manera, los mecanismos de justicia transicional han desatendido los factores económicos que juegan detrás de la capacidad de un determinado régimen para reprimir y abusar de su población, hecho visible en el limitado objeto del informe de la CONADEP y los mandatos de prácticamente todas las comisiones modernas de la verdad. La falta de consideración de los factores económicos que contribuyeron a mantener una dictadura crea un peligro cierto de ceguera histórica que puede resultar en una amnesia que amenaza la promesa del “*nunca más*”, que es uno de los objetivos fundamentales de la justicia transicional. En otras palabras, tratar solamente los factores políticos de un conflicto o periodo de represión, omitiendo la dimensión económica, alimenta el riesgo de que esos mismos factores económicos –porque no han recibido señal sancionatoria alguna proveniente del Derecho, y especialmente si resultó una actividad rentable- faciliten nuevamente la emergencia y mantenimiento de un régimen similar en el futuro.

Esta cuestión es, además, especialmente relevante en la Argentina actual puesto que a través de sus tribunales se encuentra en plena búsqueda de la verdad acerca de los crímenes, lo que implica una oportunidad única para establecer un precedente para los futuros mecanismos de justicia transicional cuando deben lidiar con las complicidades civiles¹⁶⁰. Por un lado, creando una narrativa histórica más completa de lo que sucedió durante aquel periodo de atrocidades, investigando la contribución de los bancos a la junta, podría aportar factores adicionales que expliquen lo que sucedió. Por ejemplo, investigando si y cómo los prestamistas extranjeros prolongaron la vida de la junta contradeciría la idea de que se trató de un plan de un puñado de generales llevando a cabo por su cuenta una campaña masiva de asesinatos, y generaría interrogantes claves acerca del rol de los actores financieros privados en la ayuda y prolongación de la dictadura.

158. Sobre este cuestión y su incidencia sobre los derechos humanos y la justicia transicional en particular, ver CARRANZA, Ruben, “*Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?*”, *The International Journal of Transitional Justice*, 2008, 2, 3, ps. 310-330.

159. Sólo basta observar las discusiones en torno a las inversiones en Sudán y sus conexiones con las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo en Darfur para comprobar que este tópico continúa generando acalorados debates en torno al discurso moderno sobre responsabilidad corporativa y complicidad.

160. CAVALLARO, J. & ALBUJA, S., “*The Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commissions in Latin America and Beyond*”, en McEVoy & MCGREGOR, *Transitional Justice from Below*, Hart Publishing, 2008, p. 135.

La evidencia sobre contribuciones financieras colusorias o temerarias a la junta también podría servir para proveer información judicial importante relativa a la naturaleza estructural de las operaciones del régimen militar como un movimiento colectivo, contribuyendo con pruebas en el plano de los juicios penales contra personas físicas y en el entendimiento de los patrones de los “crímenes sistémicos” cometidos¹⁶¹, disuadiendo de esa forma futuros comportamientos similares.

Si los bancos fueran encontrados efectivamente responsables, también podrían proveer indemnizaciones justas realizando aportes complementarios a los fondos de reparación de las víctimas. Esto no sólo proveería otra capa más de justicia para las víctimas y sus familiares, sino que también significaría un importante precedente para futuros casos en los cuales las víctimas reclaman indemnizaciones en contextos en los cuales se alega la responsabilidad corporativa por haber contribuido con esos abusos.

Consideraciones finales

A 1976 se encontraba vigente la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que expresamente sanciona la complicidad (art. 3e). Como los delitos cometidos en Argentina han sido ubicados en esa categoría de máxima gravosidad¹⁶², el ensayo de pasar la contribución de los préstamos bancarios por el tamiz de la responsabilidad corporativa por complicidad no es sólo una contribución histórica.

Esa idea es concordante con el hecho de que el gobierno de Estados Unidos consideró que ciertas violaciones de derechos humanos, las más graves, las que infringen las *normas perentorias* del Derecho Internacional¹⁶³, debían ser desalentadas mediante la restricción de asistencia financiera y militar a Argentina.

Patricia Derian, la *Assistant Secretary for Human Rights and Humanitarian Affairs* del Departamento de Estado, cuando defendía en 1978 ante los diputados el sentido de considerar los derechos humanos al momento de prestar ayuda a países bajo dictaduras, explicó claramente las implicancias de las normas de *Jus Cogens* en la política que en ese momento estaba llevando adelante el gobierno norteamericano: “(...) *el Derecho Internacional es nuestra guía en la definición de los derechos humanos. Aunque la política refleja los ideales norteamericanos básicos, no intentamos imponer sólo valores norteamericanos. Los derechos que nos preocupan –no ser arbitrariamente arrestado, no ser torturado, expresarse políticamente y cubrir las necesidades económicas básicas– no son propiedad privada de una nación o una cultura. Ellos son reconocidos por la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre y otras convenciones y pactos que son universales y aplicables en todo el mundo. Los países del hemisferio occidental también reconocieron derechos humanos básicos en la Carta de la OEA y ahora merecen atención adicional en la Convención Americana de Derechos Humanos, que ahora está ratificada por doce países y recientemente ha entrado*

161. *Ibid.*

162. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “*Arancibia*”, “*Simón*” y “*Etchecolatz*”, cits. en nota 101.

163. ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

en vigor (...) “La promoción de los derechos humanos internacionalmente reconocidos es en cumplimiento de la obligación impuesta sobre nosotros por los acuerdos y pactos internacionales descriptos arriba. Por ejemplo, bajo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, nos comprometemos a promover el ‘el respeto universal por y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales’”¹⁶⁴.

Está claro entonces que la fuente legal de las restricciones financieras formalizadas por el gobierno norteamericano hacia Argentina provenía de un explícito reconocimiento de la primacía de las normas de *Jus Cogens*, que obliga tanto a Estados como a sujetos privados¹⁶⁵ a respetar esos límites jurídicos básicos, y que también tiene incidencia sobre las acciones civiles por daños¹⁶⁶. Al mismo tiempo, ese mismo principio inhibe a toda autoridad pública de eximir a los privados de respetar tales obligaciones perentorias, fundamentales, pues son relaciones jurídicas indisponibles.

La idea de que el gobierno norteamericano, durante los primeros años de la administración de Carter, intentaba aplicar principios que estaban protegidos por las normas más relevantes del Derecho Internacional, fue reconocida incluso por la propia junta argentina. Un mes después de que Carter había comenzado su mandato –e inmediatamente la ayuda militar a Argentina se redujo de US\$ 48 millones a US\$ 15 millones- la embajada norteamericana en Buenos Aires informaba que oficiales argentinos de alto rango estaban ‘*disturbados, decepcionados y enojados*’ y exclamaban que “ningún Estado, cualquiera sea su ideología o poder, puede erigirse por sí mismo en una corte internacional de justicia, interfiriendo en la vida doméstica de otros países”¹⁶⁷.

En retrospectiva, es difícil entender por qué los bancos que le otorgaron créditos a Argentina han permanecido ausentes casi por completo¹⁶⁸ de los debates históricos, políticos y jurídicos que procuran entender lo que sucedió durante aquellos años de atrocidades. Los bancos parecen haber jugado un rol significativo, en general, brindando apoyo para el control de las *ratios* macro económicas de la dictadura, y en particular, financiando los mayores gastos militares aplicados en gran medida a mantener la “*seguridad interior*”, y así a la perpetración masiva de los delitos de lesa humanidad. La información pública disponible a partir de 1976 acerca de los graves abusos de derechos humanos que estaban ocurriendo en Argentina, corroborado por el comportamiento desplegado por el gobierno

164. Audiencias en el Subcommittee on Inter-American Affairs of the Committee on International Relations, House of Representatives, 95th sess., 2nd sess., 9 de agosto de 1978, p. 281.

165. “*Kadic c. Karadzic*”, 70 F3d 232, 246 (2d Cir. 1995); “*Ware v. Hylton*”, 3 U.S. 3 Dall., 199, 1976; “*La Paquette Habana*”, U.S. 175 U.S. 677, 1900.

166. “*Filartiga v. Pena-Irala*”, 630, F.2d 896, 2nd Cir. 1980. Ver también RAMASASTRY (2002), op. cit., pp. 91; RATNER (2001), op. cit., p. 504.

167. State Department Telegram, Buenos Aires 2053, embajada en Buenos Aires (Hill) al secretario de Estado (Vance), March 17, 1977, Subject: “Argentine Reactions to Human Rights Issue”, SAP; “*Argentina Says Carter Interferes*”, *New York Times*, 1 de marzo de 1977.

168. El 28 de mayo de 2008 el embajador argentino en Estados Unidos, Héctor Timerman, contestó una carta a la diputada Carolyn B. Maloney, quien había manifestado preocupación por el impacto que el default argentino podía tener sobre las finanzas globales y la economía norteamericana. Repasando los orígenes de la crisis de la deuda, el embajador preguntó en su misiva: “*Por qué alguien prestaría dinero a un régimen que tiraba gente viva desde los aviones, entre ellos monjas? Quizás debemos preguntarnos a nosotros mismos por qué las víctimas deben pagarle a los banqueros e inversores que prestaron plata a genocidas. Bueno, puede ser que para ellos sean negocios habituales*”.

de Estados Unidos durante el gobierno de Carter, refuerzan la conveniencia de profundizar el debate en torno al comportamiento de los bancos durante la dictadura argentina.

Este esfuerzo por analizar el rol de los prestamistas es un ejercicio oportuno y relevante: se propone contribuir en la búsqueda de justicia en Argentina y en la evolución de los estándares globales de responsabilidad corporativa. Es un buen momento para prestar mayor atención a los factores económicos que le permitieron a la junta militar prosperar y sobrevivir cumpliendo su cometido y, consecuentemente, arrojar luz sobre los aspectos sistémicos de la dictadura y las conexiones que existieron entre las conductas bancarias y la violación de derechos humanos en Argentina. Del mismo modo, contribuye a ajustar los estándares legales de conducta corporativa que están avanzando sin pausa, y frente a los cuales los prestamistas no pueden permanecer inmunes.

Apostilla

Mientras este artículo es concluido y enviado para su publicación, el primero de una serie de reclamos fue presentado en un juzgado federal de Buenos Aires. Dos familiares de víctimas de la dictadura demandan a bancos extranjeros por complicidad con los crímenes cometidos por la junta contra sus padres, que aún hoy continúan desaparecidos. La demanda fue presentada el 19 de marzo de 2009 e invoca diversas normas y jurisprudencia internacional y norteamericana analizada en este trabajo, sosteniendo que los bancos deben ser responsabilizados civilmente por ‘complicidad corporativa’ por haber prestado sumas ingentes de dinero al régimen militar, permitiendo su funcionamiento económico y apoyando su sistemática y masiva represión. Como medida preliminar solicitan al banco central de Argentina que les provea el listado completo de los prestamistas y los términos de los contratos de crédito otorgados durante la dictadura.