

# Trazando paralelos entre la responsabilidad de bancos por complicidad y las deudas odiosas

Sabine Michalowski \*

## Introducción

En su artículo sobre la responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina, publicado en este número, Bohoslavsky y Opgenhaffen constatan que existen diversos remedios legales para canalizar las consecuencias de financiar delitos de lesa humanidad: responsabilidad penal o civil de los bancos por su complicidad en la perpetración de esos delitos, o el cuestionamiento de ‘la propia validez del préstamo, que está relacionada con el debate de la doctrina de las deudas odiosas’ (Página 222). Este artículo analizará la última cuestión, argumentando que si un crédito causó o por lo menos facilitó violaciones de normas de *ius cogens*, el préstamo no será válido y los bancos entonces perderán el derecho contractual de reclamar su reembolso.

## 1. La doctrina tradicional de deuda odiosa

La discusión académica de la posibilidad de repudiar algunos tipos de deuda soberana,<sup>1</sup> resultando en el desarrollo de la llamada doctrina de deuda odiosa, comenzó en los años veinte del siglo pasado. Los criterios por los cuales, según esa doctrina, una deuda se considera odiosa, son los siguientes: que la deuda fue contraída sin el consentimiento de los ciudadanos del país prestatario, para objetivos que no beneficiaron y hasta directamente causaron daño a la población, y que los prestamistas tenían conocimiento de ello.<sup>2</sup> Casi completamente olvidada durante siglos, recientemente la doctrina de deuda odiosa recibió abundante atención académica.<sup>3</sup> Esto se explica en gran parte por la discusión que estalló después del derrocamiento del régimen de Saddam Hussein sobre la cuestión de si el pueblo de Irak tendría que pagar la deuda contraída por el régimen dictatorial.<sup>4</sup> Otro acontecimiento que despertó nuevamente el interés en el tema fue la cancelación unilateral, de parte de Noruega, de la deuda de diversos países en desarrollo por la compra de barcos. El gobierno de Noruega

---

\* *Reader in Law, University of Essex, UK.* Quisiera expresar mi agradecimiento a Juan Pablo Bohoslavsky por sus comentarios y correcciones a las versiones iniciales de este trabajo.

1. Sack, *Les Effets des Transformations des États sur leurs Dettes Publiques et autres Obligations Financières*, (Receuil Sirey : Paris 1927); v. también Nitti, *Principios de la Ciencia de las Finanzas*, (Talleres Gráficos Argentinos: Buenos Aires 1931), ps.754-755; Jèze, *Cours de science des finances et de législation financière française*, (M. Giard: Paris 1922).

2. Sack, *op.cit.*, p.163.

3. Véase, por ejemplo, Buchheit, Gulati, Thompson, ‘The dilemma of odious debts’, 56 *Duke Law Journal* 1201 (2007), y los artículos publicados en dos números especiales de 70 *Law and Contemporary Problems* (Numeros 3 y 4, 2007) dedicados especialmente al tema de deuda odiosa y corrupción estatal.

4. V., por ejemplo, Damle, ‘The odious debt doctrine after Iraq’, 70 *Law and Contemporary Problems* 139-156 (2007).

reconoció la co-responsabilidad por estos préstamos que beneficiaron más a la industria noruega que a los países prestatarios.<sup>5</sup>

La doctrina de deuda odiosa en su forma tradicional plantea muchos problemas, entre ellos el de cómo definir si un crédito fue contraído con o sin el consentimiento del pueblo. Más complicado aún, ¿cómo se puede determinar si un crédito benefició al país y su población, y a quien le corresponde llevar a cabo tal evaluación?<sup>6</sup> A estos problemas se añade que el fundamento de la doctrina tradicional de deuda odiosa en el derecho internacional es más bien débil. La gran mayoría de los académicos que se pronunciaron sobre el tema en efecto concluyeron que la doctrina odiosa en su forma tradicional no está reconocida como principio del derecho internacional.<sup>7</sup> Por consiguiente esa doctrina no puede facilitar las herramientas legales para resolver los casos en los que, según la intuición de muchos,<sup>8</sup> sería injusto y moralmente repugnante imponer al pueblo del país deudor el pago de una deuda. Sin embargo, el problema existe y aguarda una solución jurídica.

En la discusión académica contemporánea se encuentran varias propuestas acerca de cómo abordar el tema desde una perspectiva jurídica, entre ellas la idea de basar la evaluación de la odiosidad de una deuda en principios de derecho privado,<sup>9</sup> y la sugerencia de declarar como odiosa y nula toda deuda que causó o facilitó violaciones de normas de *ius cogens*.<sup>10</sup> En el contexto de analizar el vínculo entre la validez de un préstamo y la responsabilidad de bancos por complicidad en la comisión de delitos de lesa humanidad, cometidos por el régimen al que el crédito fue otorgado, es esta última propuesta que es de interés.

---

5. Cancellation of Debts Resulting from Norwegian Ship Export Campaign, Royal Norwegian Ministry of Foreign Affairs Press Release No. 118/06 and Fact Sheet/Report (Oct. 2, 2006), <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/Pressecenter/pressemedlinger/2006/Cancellation-of-debts-resulting-from-the-Norwegian-Ship-Export-Campaign-1976-80.html? id=272158>.

6. Por una discusión pormenorizada v., por ejemplo, Michalowski, *Unconstitutional Regimes and the Validity of Sovereign Debt: A Legal Perspective*, (Ashgate, Aldershot 2007), ps.49-58.

7. Buchheit, Gulati, Thompson, op.cit. at ps.1228-1230; Gelper, 'What Iraq and Argentina might learn from each other', 6 *Chicago Journal of International Law* 391 (2005), p.406. Vreedburgh, 'The Saddam oil contracts and what can be done', 2 *DePaul Business & Commercial Law Journal* 559-592 (2004), p.589; Mancina, 'Sinners in the hands of an angry God: resurrecting the odious debt doctrine in international law', 36 *George Washington International Law Review* 1239-1262 (2004), ps.1252-1253; Cheng, 'Renegotiating the odious debts doctrine', 70 *Law and Contemporary Problems* 7 (2007), ps.9-19; Ochoa, 'From odious debt to odious finance: Avoiding the externalities of a functional odious debts doctrine', 49 *Harvard Journal of International Law* 109 (2008), p.117; Lewis, 'Restructuring the odious debt exception', 25 *Boston University International Law Journal* 297 (2007), p.298; Feinerman, 'Odious debt old and new: the legal intellectual history of an idea', 70 *Law and Contemporary Problems* 193 (2007), at p.201; Rasmussen, 'Sovereign debt restructurings, odious debt and the politics of debt relief', 70 *Law and Contemporary Problems* 249 (2007), p.250; Ginsberg, Ulen, 'Odious debt, odious credit, economic development and democratization', 70 *Law and Contemporary Problems* 115 (2007), p.117; Yianni, Tinkler, 'Is there a recognized legal doctrine of odious debts?' 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 749 (2007), ps.752-771.

8. V., por ejemplo, Buchheit, Gulati, Thompson, op.cit., p.1224; Ochoa, op. cit., p.146; Gray, 'Devilry, complicity and greed: transitional justice and odious debt', 70 *Law and Contemporary Problems* 137 (2007), p.138; King, 'Odious debt: the terms of the debate', 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 605 (2007), p.667.

9. Buchheit, Gulati, Thompson, op.cit., ps.1231-1262; Feibelman, 'Contract, priority and odious debt', (2007) 85 *North Carolina Law Review* 727, ps.742-743.

10. Michalowski, op.cit., ps.69-96.

## 2. Deuda odiosa por violación de normas de *ius cogens*

### 2.1. El principio de *ius cogens*

Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”.

No existe claridad respecto del catálogo exacto de las normas que al presente forman parte de *ius cogens*, pero se puede delinear un consenso de que la prohibición de genocidio,<sup>11</sup> la esclavitud,<sup>12</sup> la tortura<sup>13</sup> y otros crímenes de lesa humanidad,<sup>14</sup> el uso de la fuerza<sup>15</sup> y la protección del derecho a la auto-determinación<sup>16</sup> son normas de *ius cogens*.<sup>17</sup> Hay más y más voces sugiriendo que la protección de todos los derechos humanos también goza del rango de *ius cogens*,<sup>18</sup> pero eso es más bien controvertido.<sup>19</sup>

El art. 53 de la Convención de Viena sólo se aplica a tratados entre Estados. La validez de un préstamo entre un Estado y un banco entonces no está reglamentado por esta norma. Sin embargo, el concepto de *ius cogens* se basa en la idea de que existen principios legales de tal importancia para el orden internacional que los Estados no están libres de despreciarlos.<sup>20</sup>

11. *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, parr.64.

12. V., por ejemplo, *Doe v UNOCAL*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), p.945.

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

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

15. *Military Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US)*, (1986) ICJ Rep 14, Separate Opinion of President Nagendra Singh, p.153 y Separate Opinion of Judge Sette Cama, p.199.

16. V. Brownlie, *Principles of Public International Law*, (OUP: Oxford, 6th ed. 2003), p.489; Gros Espiell, *Report on the Right to Self-Determination*, E/CN.4/Sub.2/405/rev.1 (1980), parr.12; International Law Commission, Report A/56/10 (2001), ps.208 y 283-284.

17. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, General Assembly A/CN.4/L/682, 2006, p.189; Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Article 40, parr.4-6, A/56/10; A. Paulus, ‘*Ius cogens* in a time of hegemony and fragmentation’, (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 297-334, p.306.

18. V. *Yassin Abdullah Kadi v Council of the Europe Union and Commission of the European Communities*, Case T-315/01 (21 de septiembre de 2005, European Court of First Instance), parr.228; “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa No. 17.768”, CSJN (14 de junio de 2005), parr.13 por Boggiano. A. Paulus, op.cit., p.306; Cassese, *International Law*, (OUP: Oxford, 2nd ed. 2005), ps.65-66.

19. Para una perspectiva general respecto de la discusión del tema v. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, (OUP: Oxford 2006), ps.53-60 con amplias citas de los textos académicos y la jurisprudencia.

20. Koskenniemi, op.cit., ps.181-182; De Luna, ‘Remarks’, in: Summary Records of the 17th Session, 828th Meeting, [1966] 1 *Yearbook International Law Commission* 39, parr.31; Janis, *An Introduction to International Law*, (Aspen Publishers: New York, 4th ed. 2003), at ps.62-63.

Para lograr el objetivo de garantizar el respeto de esas normas imperativas, el concepto de *ius cogens* debe aplicarse mas allá de las situaciones previstas en el art. 53 a todos los actos de un Estado.<sup>21</sup> En consecuencia, son nulos los contratos entre un Estado y un individuo o una entidad privada que están en conflicto con normas de *ius cogens*, exactamente como lo sería un tratado entre Estados con ese mismo contenido.<sup>22</sup> Esta conclusión encuentra apoyo en la creciente aceptación de que la obligación -proviene del derecho internacional- de respetar normas de *ius cogens* no sólo compromete a los Estados sino que también se aplica a los individuos<sup>23</sup> y las corporaciones.<sup>24</sup> Un préstamo que viola normas de *ius cogens* es entonces nulo.<sup>25</sup>

## 2.2. El vínculo entre un préstamo y violaciones de *ius cogens*

El problema más complejo en el contexto de desarrollar una doctrina de deuda odiosa por violaciones de *ius cogens* es el de cómo determinar si un préstamo causó o facilitó tales violaciones.<sup>26</sup> Si el préstamo está contraído expresamente para financiar violaciones de *ius cogens*, por ejemplo en el caso de que se contrate un crédito para la compra de equipo de tortura, ya el propio préstamo está en conflicto con una norma de *ius cogens* y en consecuencia será nulo. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos el contrato mismo será neutro (en términos de intención expresa o implícita) respecto de potenciales violaciones de *ius cogens*. Esas violaciones se originan más bien en el uso mismo del crédito que lleva a cabo el régimen deudor.

---

21. Dugard, *Recognition and the United Nations* (Grotius Publications: Cambridge 1987), p.142, argumentando que la percepción del orden jurídico contemporáneo por los que critican la extensión del concepto de *ius cogens* más allá de los tratados entre Estados es más bien anticuada.' V. también Orakhelashvili, op.cit., ps.206-207; *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, parr.99. Brownlie, op.cit. p.490; Ipsen, *Völkerrecht*, (C.H. Beck: München, 5th ed. 2004), p.190. Por una discusión crítica v. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, (North-Holland Publishing Company: Amsterdam, New York, Oxford 1976), ps.18-19.

22. Harris, *Cases and Materials on International Law*, (Sweet & Maxwell, London 6th ed.. 2004), p.856; Fischer-Lescano, 'Odious debts und das Weltrecht', *Kritische Justiz* 2003, 225-239, p.236.

23. V., por ejemplo, Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (OUP: Oxford 2006), p.90; Ramasastry, 'Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations', 20 *Berkeley Journal of International Law* 91 (2002), p.100; *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995), ps.239-240.

24. *In re "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; Ramasastry, op.cit., ps.100-118; Ratner, 'Corporations and Human Rights: A Theory of Corporate Responsibility', *Yale Law Journal* 443-545 (2001), p.504.

25. Fischer-Lescano, op.cit. p.235; Reinisch, 'Analysis of the Export of Warships from the Former GDR Navy to Indonesia between 1992-2004 in Terms of the Legitimacy of the German Entitlement to Payment', May 2008, [http://www.erlassjahr.de/dev/cms/upload/presse/pk-berlin/gutachten\\_englisch.pdf](http://www.erlassjahr.de/dev/cms/upload/presse/pk-berlin/gutachten_englisch.pdf), parr.112. V. también Orakhelashvili, op.cit., ps.215-216, pero no en el contexto de la validez de préstamos, sino argumentando, más en general, que según la costumbre internacional, no todos los actos que violan normas de *ius cogens* son nulos.

26. V. también la discusión más extensa en Michalowski, op.cit., ps.74-85; Michalowski, Bohoslavsky, '*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 (en prensa).

Está claro que el objetivo del concepto de *ius cogens*, es decir, evitar violaciones de normas imperativas del derecho internacional en el futuro y poner fin a tales violaciones ya existentes,<sup>27</sup> no se puede lograr si sólo fueron nulos aquellos contratos que explícitamente se concluyeron con la intención de financiar violaciones de *ius cogens*. Lo que importa debe ser si tales violaciones son la consecuencia previsible del préstamo y no si motorizaban la intención de las partes.<sup>28</sup> Esta conclusión es avalada por el texto del artículo 53 de la Convención de Viena, ya que según esa disposición, un tratado es nulo por el único hecho de violar normas de *ius cogens*, más allá de las intenciones de las partes contratantes.

Sin embargo, en los casos en los que las violaciones no resultaron del contrato mismo, sino del uso del crédito por el régimen prestatario, es mucho más difícil determinar si la relación entre el préstamo y las violaciones de *ius cogens* es lo suficientemente estrecha como para justificar la anulación del contrato. Es menester definir criterios para evaluar qué tipo de relación debe existir entre la violación y el préstamo. Aunque las dos situaciones no son del todo parecidas, se puede pensar en una analogía con las normas sobre la responsabilidad de corporaciones, inclusive bancos, por complicidad penal o civil en violaciones graves de derechos humanos. Dado que la responsabilidad de los bancos por complicidad requiere un cierto nexo entre el préstamo y las violaciones de *ius cogens*, en los casos en los que se puede mostrar que el crédito tuvo una relación suficiente con la violación como para resultar en responsabilidad civil<sup>29</sup> o penal,<sup>30</sup> se puede inferir que al mismo tiempo el préstamo esté en conflicto con normas de *ius cogens* y por ende nulo.

Pasando a un examen de los criterios según los cuales se establece la responsabilidad civil y penal de los bancos por complicidad, mucho de lo que se dijo en el artículo de Bohoslavsky y Opgenhaffen sobre ese tema se puede aplicar, con algunas modificaciones, al asunto de la validez de los préstamos con los que los bancos financiaron las violaciones de *ius cogens*. La decisión de si el vínculo entre el préstamo y la violación de *ius cogens* es suficiente para considerar el contrato como nulo depende tanto de si los bancos sabían o debían saber que el régimen iba a usar el préstamo para cometer esas violaciones, como del impacto que tuvo el financiamiento en la comisión de esos delitos.<sup>31</sup> Para establecer un nexo causal se debe demostrar que el financiamiento tuvo un efecto substancial en la comisión del delito, lo que se infiere si es probable que el delito no hubiera sido cometido, o por lo menos no de la misma manera y con la misma intensidad, sin el financiamiento.<sup>32</sup>

27. *Prosecutor v Furundzija* (Case No: IT-95-17/1-T), parr.154-57; Cassese, op.cit., p.205; Rozakis, op.cit., p.19.

28. Orakhelashvili, op.cit. ps.137-139. V. también Cassese, *Self-Determination of Peoples* (CUP: Cambridge 1995), p.173; Fischer-Lescano, op.cit., p.235; Reinisch, op.cit., parr.112.

29. V., por ejemplo, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, *Volume 3: Civil Remedies* (2008), ps.21-27.

30. V., por ejemplo, Report of the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, *Volume 2: Criminal Law and International Crimes* (2008), ps.17 and 28.

31. Bohoslavsky y Opgenhaffen, véase texto principal que acompaña las notas 78-86 del artículo de los autores publicado en este número.

32. *Prosecutor v Furundzija* (Case No: IT-95-17/1-T), parr.223 y 232-233; *Prosecutor v Tadic* (Case No. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, May 7, 1997, parr.688, citado con aprobación en *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F.Supp.2d 289 (S.D.N.Y. 2003), p.324; *Almog v Arab Bank*, 471 F.Supp.2d 257 (EDNY 2007), p.287.

Es lamentable que la gran mayoría de los casos sobre la responsabilidad de corporaciones por complicidad en violaciones de *ius cogens* no tratan sobre la responsabilidad de bancos por financiar actos concretos de violaciones de *ius cogens*, o conceder créditos a un régimen que los comete, sino de actividades no-financieras. Como ya lo destacaron Bohoslavsky y Opgenhaffen,<sup>33</sup> las decisiones un tanto contradictorias del Tribunal de Nuremberg en los casos de *Rasche*<sup>34</sup> y *Flick*<sup>35</sup> muestran la ambigüedad del Tribunal en cuanto a los criterios por los que se puede considerar la responsabilidad penal por facilitar financiamiento al régimen nazi o a organizaciones criminales perteneciendo a ese régimen, como la SS. Comparando las recientes decisiones en *Almog v Arab Bank*<sup>36</sup> y *In Re South African Apartheid Litigation*,<sup>37</sup> es obvio que la misma discrepancia se puede observar en la jurisprudencia contemporánea norteamericana sobre la responsabilidad civil de los bancos.

La falta de precedentes inequívocos respecto de la responsabilidad de los bancos por financiar violaciones de *ius cogens* complica el análisis jurídico del tema. Sin embargo, desde Nuremberg, el derecho internacional avanzó significativamente en cuanto a la responsabilidad de corporaciones por complicidad civil o penal en crímenes, inclusive respecto de la responsabilidad por proveer financiamiento para violaciones de *ius cogens*.<sup>38</sup> El análisis de Bohoslavsky y Opgenhaffen demuestra contundentemente el carácter esencial que créditos externos pueden asumir en la consolidación de regímenes dictatoriales. En efecto, no se puede negar el papel fundamental que el financiamiento de proyectos concretos o el otorgamiento de créditos para un uso no especificado, potencialmente pueden jugar en las violaciones de *ius cogens* por parte del régimen deudor.<sup>39</sup> Por consiguiente, en lugar de desechar sin más que la concesión de préstamos pueda ocasionar la responsabilidad del prestamista por el uso del crédito, la cuestión de si un préstamo que previsiblemente causó o facilitó violaciones de normas de *ius cogens* da lugar a responsabilidad civil del banco y, en consecuencia, a la nulidad del préstamo, depende de un análisis pormenorizado de cada caso individual.<sup>40</sup>

### 3. La validez de la deuda contraída durante la dictadura militar<sup>41</sup>

La validez de la deuda contraída por el régimen militar según los criterios desarrollados hasta ahora depende, primero, de si se puede mostrar un nexo suficiente entre el préstamo

---

33. Véase texto principal que acompaña las notas 75-76 del artículo de los autores publicado en este número.

34. *United States v. Weizsaecker* (Ministries Case), XIV Trials of War Criminals 621-22, as quoted in Ramasastry (1998), at 416.

35. *US v Flick*, 6 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10, 1217-1223 (1952).

36. *Almog v Arab Bank*, 471 F.Supp.2d 257 (EDNY 2007).

37. *In Re South African Apartheid Litigation*, 2009 WL 960078 (SDNY 2009).

38. Scott, 'Taking Riggs seriously: the ACTA case against a corporate abettor of Pinochet atrocities', 89 Minnesota Law Review 1497 (2005), ps.1533-1534, refiriéndose a *Doe v UNOCAL*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); Tofalo, 'Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations' Range of Complicity for Human Rights Violations', in: de Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, (Hart, Oxford, 2006) 335-358, ps.345-346; Report of the International Commission of Jurists, op.cit, Volume 2, p.22.

39. Véase también Tofalo, op.cit at pp.345-346.

40. Para un análisis más profundo véase Michalowski, Bohoslavsky, op.cit.

41. Una discusión extensa de este tema se encuentra en Michalowski, Bohoslavsky, op.cit.

y las violaciones de *ius cogens* cometidas por el régimen. La existencia de tal relación es demostrada muy claramente en el artículo de Bohoslavsky y Opgenhaffen y no es necesario añadir nada en este respecto.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la nulidad de un préstamo por violar normas de *ius cogens* depende de si el crédito financió una violación de normas imperativas. El financiamiento del abuso de principios de derecho internacional o de derechos humanos que no tienen el rango de *ius cogens*, por el otro lado, no sería suficiente para provocar la nulidad del contrato.

El examen del caso de la validez de los préstamos otorgados a los militares en Argentina entre 1976 y 1983 se complica entonces por la necesidad de determinar si las atrocidades cometidas por la dictadura resultaron en la violación de normas que en ese momento formaban parte del catálogo de *ius cogens*. Por ejemplo, mientras la prohibición de tortura hoy en día muy claramente forma parte del *ius cogens*,<sup>42</sup> no está del todo establecido en que momento consiguió el carácter de norma imperativa.<sup>43</sup>

Los créditos también podrían haber facilitado los crímenes de desaparición forzada que los militares cometieron.<sup>44</sup> Otra vez, mientras hay consenso que esta forma de crímenes de lesa humanidad hoy en día goza de rango de *ius cogens*,<sup>45</sup> no está claro desde qué momento fue así. En Argentina, la Corte Suprema se pronunció en el sentido que los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura, inclusive el de desapariciones forzadas, forman parte del *ius cogens* desde tiempo inmemorial.<sup>46</sup> Sin embargo, si esta es una opinión compartida universalmente todavía está por verse.

La nulidad de la deuda de esa época entonces depende de determinar cuáles eran las normas reconocidas como imperativas en el momento pertinente. Es bien posible que el resultado de un tal análisis cambiaría según la corte que se pronuncia sobre el asunto. Parece, por ejemplo, que la Corte Suprema argentina<sup>47</sup> y la Corte Interamericana de

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

43. En *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [2000] 1 AC 147, por ejemplo, Lord Goff expresó dudas respecto de si la prohibición de la tortura formaba parte del catálogo de *ius cogens* antes de 'bien después de 1989', p.211. Otros de los jueces en la Cámara de los Lores discreparon de su opinión, v. Lord Hope, p.247, Lord Hutton, ps.260-262, y Lord Millett, p.276. V. también *Siderman de Blake v Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (Cal. 1992), p.717; y de Wet, 'The prohibition of torture as an international norm of *ius cogens* and its implications for national and customary law', (2004) 15 EJIL 97-121, p.118. Un análisis más extenso de este tema se encuentra en Michalowski, op.cit, ps.92-93.

44. Por una discusión mas amplia v. Michalowski, op.cit., ps.93-94.

45. V., por ejemplo, *Michael Dominguez v US*, Case 12.285, Report No.62/02, IACHR, par.49; *Barrios Altos Case (Chumbipuma et al. v Peru)*, 14 de marzo de 2001, I/A Court H.R., par.41; *Case of the Serrano Cruz Sisters v El Salvador*, 23 de noviembre de 2004, I/A Court H.R., par.105. V. también *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 WL 319887 (S.D.N.Y. 2002), p.9; Grammer, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person* (Duncker & Humblot: Berlin 2005).

46. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa No. 17.768", CSJN (14 de junio de 2005), consid.43, por Maqueda.

47. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa No. 17.768", CSJN (14 de junio de 2005); "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa No.259", CSJN (24 de agosto de 2004).

Derechos Humanos<sup>48</sup> adoptan una perspectiva mas amplia respecto del contenido de *ius cogens* que las de otros países<sup>49</sup> y continentes.

#### 4. Consecuencias de la nulidad de un préstamo

Un tema todavía no bien investigado es el de las consecuencias de la nulidad de un préstamo por ser odioso. Si la nulidad se declara antes de que el contrato sea realizado y la plata pagada, la consecuencia de la nulidad es la anulación de las obligaciones de ambas partes, es decir, los bancos no tienen ninguna obligación de otorgar el crédito, ni el deudor de reembolsarlo. Si la nulidad se descubre después del pago del crédito pero antes de su uso, la solución mas sensata sería la de obligar al régimen a devolver la plata al acreedor. En las dos situaciones el contrato es nulo pero no hay responsabilidad civil del banco, porque la violación de *ius cogens* no se concretó.

La situación es más complicada si la odiosidad del préstamo sólo se manifiesta después de que la plata ya haya sido puesta a disposición del régimen y usada por éste para cometer violaciones de normas de *ius cogens*. Frecuentemente los casos de préstamos que financiaron violaciones de *ius cogens* se descubrirán e investigarán después de un cambio de régimen, en el contexto de una transición de un régimen dictatorial que cometió violaciones atroces de derechos humanos y normas de *ius cogens*, a un gobierno mas democrático.<sup>50</sup> En estos casos, la nulidad del contrato y su anulación en sí misma no pueden deshacer las violaciones de *ius cogens* ya cometidas. El interrogante principal que se plantea en este contexto es entonces el de si el pueblo del país, representado por el régimen sucesor, tiene que rembolsar el crédito.

Dado que el préstamo es nulo por violar normas de *ius cogens*, los bancos no tienen ningún derecho contractual contra el país respecto del reembolso del crédito. Es discutible si los acreedores pueden reclamar el reembolso del crédito por los principios del enriquecimiento sin causa.<sup>51</sup> Esto dependerá de las normas aplicables en el caso concreto. Mirando el problema desde una perspectiva estrictamente formal, se podría argumentar que los bancos tienen el derecho de reclamar por lo menos el reembolso del capital de la deuda, ya que lo pagaron sin obligación legal. Sin embargo, como los préstamos solamente son nulos si los bancos sabían o debían saber que financiaban violaciones de *ius cogens*, hay buenas razones para decidir que en consecuencia pierden su derecho de reembolso del crédito. Si no fuera así, los bancos podrían financiar tales violaciones sin riesgo financiero alguno, por lo menos fuera de una posible responsabilidad civil

---

48. *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003.

49. V. por ejemplo la perspectiva más limitada de la Cámara de los Lores inglesa en *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [2000] 1 AC 147.

50. Para una discusión de la relación entre deudas odiosas y justicia transicional v. Michalowski, Bohoslavsky, op.cit. También Howse, 'The concept of odious debt in public international law', UNCTAD Discussion Papers No.185 (2007), [www.unctad.org/en/docs/osgdp20074\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/osgdp20074_en.pdf).

51. V. también Michalowski, op.cit., ps.173-177.



hacia las víctimas de los crímenes. Este resultado es conforme con uno de los objetivos más importantes del concepto de *ius cogens* en el derecho internacional: disuasión.<sup>52</sup>

## 5. Conclusión

En conclusión, la última cuestión a tratar es cuál es la relación que existe entre la nulidad del préstamo y la consiguiente pérdida del derecho a ser reembolsado, por un lado, y la responsabilidad civil del banco y las resultantes obligaciones de indemnizar a las víctimas, por el otro. Las dos consecuencias jurídicas de haber otorgado un préstamo que facilitó violaciones de *ius cogens* deben coexistir. Es justa la nulidad del préstamo con la consecuencia de liberar al país en transición de la obligación de reembolso de un crédito que fue concedido para ayudar al régimen dictatorial de cometer violaciones de normas imperativas de derecho internacional, ya que fue el banco quien habría podido y en efecto debido evitar esa actividad y el riesgo financiero que de ella proviene. Al mismo tiempo, en la medida que el préstamo causó daño a individuos o grupos identificables, la responsabilidad civil por complicidad da lugar a obligaciones del prestamista de compensar a las víctimas por las violaciones de normas de *ius cogens* que el crédito facilitó.

---

52. *Prosecutor v Furundzija* (Case No: IT-95-17/1-T), parr.154-57; Cassese, op.cit., p.205; Rozakis, op.cit. p.19.

