

AVANCES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA POR COMPLICIDAD FINANCIERA. LA RELEVANCIA DEL CASO CHILENO Y EL INFORME CASSESE

Juan Pablo Bohoslavsky ¹ y Mariana Rulli ²

Este trabajo describe los principales fundamentos, características y tendencias de la responsabilidad corporativa por complicidad, en los planos internacional y chileno, con énfasis en las contribuciones financieras. Se desarrolla el argumento de que, a la hora de juzgar la complicidad financiera, el criterio fundamental debe ser el previsible uso que se le dará al *commodity*, por sobre su cualidad intrínseca. Como estudio de caso se analiza el régimen de Pinochet, examinando cómo la ayuda financiera externa recibida y su incidencia macroeconómica, presupuestaria y fiscal impactaron en la situación de derechos humanos. También se describe el carácter público de las violaciones de derechos humanos y la posición oficial del gobierno de Estados Unidos denegando al gobierno de Pinochet ayuda financiera bilateral y multilateral fundándose en esas violaciones. En tal análisis, se sigue el abordaje holístico desarrollado en el informe realizado para Naciones Unidas en 1978 por el Profesor Antonio Cassese, específicamente sobre la relación que existía entre la ayuda financiera recibida por el gobierno chileno y sus violaciones de derechos humanos. Este trabajo concluye que se deben profundizar los estudios sobre el rol y eventual responsabilidad de los prestamistas del régimen de Pinochet, contribuyendo a los mecanismos de justicia transicional del país.

¹ Director de la Maestría en Derecho Administrativo Global, Universidad Nacional de Rio Negro (UNRN), Argentina.

² Candidata a Doctorado en Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Profesora de Teoría Política, UNRN. Los autores agradecen a la UNRN y al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (MPI) por el apoyo económico y académico para realizar esta investigación. También, por sus comentarios y críticas, a Jorge Contesse, Alejandro Chetman, Judith Schonsteiner y a todos los participantes de los coloquios realizados en el MPI el 15 de febrero de 2010 y en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales el 18 de octubre de 2010, en los cuales versiones preliminares de esta investigación fueron presentadas y discutidas. Una versión reducida de esta investigación fue publicada en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 3, 2010, pp. 829-850. Este trabajo fue enviado para su publicación en diciembre de 2010.

1. Introducción

La responsabilidad corporativa por complicidad con la violación de derechos humanos fundamentales constituye uno de los problemas actuales más salientes con los que lidia el Derecho Internacional y cuyo origen se remonta a los casos decididos por el Tribunal Militar de Nuremberg.³ Los fundamentos jurídicos de este tipo de responsabilidad han evolucionado notablemente en las últimas décadas según lo atestiguan las propias cortes nacionales, en particular las norteamericanas. Sin embargo, el debate específicamente referido a la responsabilidad por complicidad financiera registra un atraso.

Este artículo intenta reducir esa brecha promoviendo la discusión en torno a la responsabilidad civil corporativa de aquellos sujetos no estatales que contribuyen y/o facilitan con dinero la comisión de abusos de derechos humanos fundamentales. Este trabajo no abordará el supuesto de violaciones de derechos que no conforman el *núcleo duro* de los derechos humanos,⁴ ni la cuestión de la in/validez de los préstamos que facilitan esas mismas violaciones⁵ ni las conductas corporativas que, de manera autónoma (y no como cómplices de actores estatales), infringen esas mismas normas.

El caso del último gobierno dictatorial de Chile y el rol asumido por el financiamiento externo aportan material casuístico útil para entender cómo puede operar la mecánica causal de los daños en la clase específica de responsabilidad corporativa por complicidad que aquí interesa. En la medida que las violaciones de los derechos humanos perpetradas por el régimen de Pinochet han generado consecuencias judiciales penales, tanto nacionales⁶ como in-

3 Borgwardt, Elizabeth, “Bernath Lecture: Commerce and Complicity: Corporate Responsibility for Human Rights Abuses as a Legacy of Nuremberg”, en *Diplomatic History*, 34, 2010, p. 627; Bush, Jonathan A., “The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said”, en *Columbia Law Review*, 109, 2009, p.1094 y ss.

4 Como los derechos humanos no vinculados a normas de *jus cogens*, derechos laborales y ambientales, Mafessanti, Miriam, “Corporate Misbehavior and International Law: Are There Alternatives to Complicity?”, en *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 6, 2, 2010, p.167.

5 Michalowski, Sabine y 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”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 48, 2010, pp. 61-120.

6 En 2009 existían 297 causas en trámite por delitos relacionados con muertes o desapariciones ocurridas durante la dictadura. A esa misma fecha se encontraban en trámite 33 causas adicionales por tortura, inhumación o exhumación ilegal de restos o asociación ilícita, lo que significa un total general de 330 causas activas por violaciones de derechos humanos. En 2009 había 59 ex agentes cumpliendo penas efectivas de privación de la libertad y otros 115 agentes que las cumplían con algún beneficio de libertad vigilada o remisión de pena, y el total de acusaciones ascendía a 3.108, mientras que los procesamientos vigentes eran 567 (Observatorio de Derechos Humanos, Boletín informativo, 2, Universidad Diego Portales, diciembre de 2009; Programa de Derechos Humanos, Ministerio del

ternacionales⁷, este caso también es útil para plantear cuestiones en torno a la interrelación entre la responsabilidad penal y la civil en la evaluación de la complicidad.

También es importante recordar que, desde 1998 y hasta 2005, el banco Riggs fue investigado por su complicidad con el régimen militar chileno, por la recepción, ocultación y blanqueo de fondos públicos robados por el propio Pinochet desde el inicio de la dictadura.⁸ Concretamente, el banco Riggs ayudó a que Pinochet pudiera evadir una orden de un juez español tendiente a bloquear sus cuentas bancarias.⁹ Este caso también ilustra la relevancia jurídica de los agentes financieros en el contexto de campañas de violaciones masivas de derechos humanos.¹⁰

La estructura del artículo contiene tres secciones. En primer lugar, se describen los principales argumentos jurídicos en torno a la responsabilidad corporativa por complicidad en los planos internacional y doméstico. Asimismo, se focaliza en los aportes financieros y se desarrolla el argumento de que, a la hora de juzgar la complicidad corporativa financiera, el criterio fundamental es el previsible uso que se le dará al *commodity*, por sobre su cualidad intrínseca. En segundo lugar, se estudia específicamente el caso chileno, examinando cómo la ayuda financiera externa y su incidencia macroeconómica, presupuestaria y fiscal impactaron en la situación de derechos humanos, el carácter público de las violaciones de derechos humanos y la posición oficial del gobierno de Estados Unidos denegando al gobierno de Pinochet ayuda financiera bilateral y multilateral en virtud de la situación de los derechos humanos en Chile. En tal

Interior, 2009, disponible en www.ddhh.gov.cl). Para una amplia descripción y explicación de la evolución judicial de estos casos, véase el Anuario de Derechos Humanos 2005-2009, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, disponible en <http://www.cd.h.uchile.cl/publicaciones/anuarios/>, 19 de abril de 2010.

7 Por todos, Malamud Goti, Jaime, *Los dilemas morales de la justicia internacional: El caso Pinochet* (Miño y Davila) 2003; Roht-Arriaza, Naomi, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (University of Pennsylvania Press) 2004.

8 Minority Staff of the Permanent Subcommittee on Investigations, 108th US Cong., *Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act* (Comm. Print 2004); US Committee on Homeland Security and Governmental Affairs Permanent Subcommittee on Investigations, *Money Laundering and Foreign Corruption: Enforcement and Effectiveness of the Patriot Act Supplemental Staff Report on US Accounts Used by Augusto Pinochet*, 16 de marzo de 2005.

9 Véase la resolución judicial dictada por el Juez Baltasar Garzón Real, Tribunal de Investigación No. 5 (Madrid), Caso No. 28079-27-2-1996-0007036-78300 (2/25/05); *The Washington Post*, "Allbrittons, Riggs to Pay Victims of Pinochet", O'Hara, Terence, 26 de febrero de 2005, p. A01

10 Scott, Shaw W., "Taking Riggs Seriously: the ATCA Case Against a Corporate Abettor of Pinochet Atrocities", en *Minnesota Law Review*, 89, 2005, pp. 1497-1543.

análisis se sigue la metodología desarrollada en el informe realizado por el Profesor Antonio Cassese (el *Informe Cassese*) –investigado y publicado en 1978 por las Naciones Unidas (ONU)– en el que se explica conceptual y empíricamente, y en detalle, cómo la ayuda financiera recibida por el régimen facilitaba las violaciones de los derechos humanos en Chile.¹¹ Por último, se presentan conclusiones acerca de cómo el caso chileno puede contribuir y fortalecer la evolución global de la responsabilidad corporativa por complicidad, especialmente la financiera, y complementar así los mecanismos de justicia transicional.

2. La complicidad corporativa

2.1. Fundamento y evolución de la responsabilidad corporativa por complicidad

2.1.1. Derecho internacional

Durante las últimas décadas, las corporaciones han demostrado cada vez más su enorme capacidad para influir en los diferentes acontecimientos dentro de los territorios nacionales y a escala global,¹² y los Estados su capacidad decreciente para influir en los acontecimientos económicos cotidianos de las poblaciones.¹³ De manera correlativa, la responsabilidad corporativa, incluyendo la responsabilidad por complicidad, ha evolucionado profundamente.¹⁴ Esta progresión se ha manifestado en diversas formas tales como la aprobación de *códigos de conducta* de las empresas,¹⁵ numerosos informes de la ONU sobre

11 Cassese, Antonio, *Study of the Impact of Foreign Economic Aid and Assistance on Respect for Human Rights in Chile*, E/CN.4/Sub.2/412, Vols. I a IV (*Informe Cassese*), 1978.

12 Clapham, Andrew, “The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, en Kamminga, Menno T y Zia-Zarifi, Saman (eds.), *Liability of Multinational Corporation Under International Law*, (Kluwer Law International) 2000, p.189 y ss.; Kapur, Ratna, “From Human Tragedy to Human Rights: Multinational Corporate Accountability for Human Rights Violations”, en *Boston College Third World Law Journal*, 10, 1990, pp. 1-40.

13 Narula, Smita, “The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2006, pp. 691-750.

14 Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, (The Oxford International Law Library), 2da ed., 2007, p. 514; Weissbrodt David y Kruger, Muria, “Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, en *American Journal of International Law*, 97, 2003, pp. 901-923.

15 Glinski, Carola, “Corporate Codes of Conduct: Moral or Legal Obligation?”, en por todos, McBarnet, Doreen, *The New Corporate Accountability* (Cambridge University Press), 2009; McLeay, Fiona, “Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations. A Small Piece of a Large Puzzle”, en *New York University School of Law Working Paper*, 2005, disponible en http://www.law.nyu.edu/global/workingpapers/2005/ECM_DLIV_015787, 24 de marzo de 2010, Zerk, Jennifer A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, (Cambridge University Press), 2006.

el tema,¹⁶ informes de ONGs e instituciones independientes,¹⁷ una prolífica investigación académica¹⁸ y una serie de intervenciones judiciales en las cortes domésticas.¹⁹

¿Implica, desde la perspectiva del derecho internacional, una conducta antijurídica contribuir a la comisión de violaciones de derechos humanos? Las convenciones internacionales en materia de derechos humanos sancionan expresamente la complicidad,²⁰ esto es, la facilitación o contribución para la comisión de delitos. Esas convenciones multilaterales han sido acompañadas mayoritariamente por un creciente desarrollo normativo y administrativo internacional y nacional en el campo de los derechos humanos, que cristaliza así una costumbre internacional en la materia²¹

16 Consejo de Derechos Humanos, 'Protect Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights', informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, (2008).

17 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Corporate Complicity & Legal Accountability*, Vols I, II & III, (2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&language=1&myPage=Legal_Documentation&id=22851; International Federation of Human Rights, *Corporate Accountability for Human Rights Abuses: A Guide for Victims and NGOs on Recourse Mechanisms*, (2010) disponible en <http://www.fidh.org/Corporate-Accountability-for-Human-Rights-Abuses>

18 Véase, en general, Christensen, David D., "Corporate Liability for Overseas Human Rights Abuses: The Alien Tort Statute After *Sosa v. Alvarez-Machain*", en *Washington Lee Law Review*, 62, 2005, p. 1219 y ss.; de Schutter, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, (Hart) 2006, pp. 345-346; Ramasastry, Anita, "Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon an Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations", en *Berkeley Journal of International Law*, 20, 2002, pp. 9-59; Ramsey, Michael D., "International Law Limits on Investor Liability in Human Rights", en *Harvard International Law Journal*, 50, 2009, p. 271 y ss.; Ratner, Morris A., "Factors Impacting the Selection and Positioning of Human Rights Class Actions in United States Courts: A Practical Overview", en *NYU Annual Survey of American Law*, 58, 2004, pp. 623-647.

19 Para una lista amplia de los casos en América Latina, Canadá y Estados Unidos, véase Hutto, Christopher y Jenkins, Anjela, "Report on Corporate Complicity Litigation in the Americas: Leading Doctrines, Relevant Cases, and Analysis of Trends", en *Human Rights Clinic*, (University of Texas) 2010. El caso más importante en la actualidad en los tribunales de Estados Unidos es *South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009). Sobre los casos judiciales en Europa ver Enneking Liesbeth F. H., "Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", en *George Washington International Law Review*, Vol. 40, 4, 2009, p. 903 y ss.

20 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 (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), Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 25.3), Estatutos de las Cortes Internacionales para Ruanda (art. 6) y la ex Yugoslavia (art. 7).

21 Sobre las evidencias de la costumbre internacional, Comisión de Derecho Internacional, Report of the International Law Commission to the General Assembly (Part II): Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, p. 364 y ss.

que no ha sido limitada por objeciones persistentes los Estados, en el sentido de que se opongan a la idea de que es ilegal contribuir a la violación de derechos fundamentales. Cuando esa contribución se materializa en aportes corporativos (bienes o servicios), ¿continúa siendo antijurídica? Plantearse esta interrogante desde la perspectiva jurídica internacional nos lleva a la cuestión acerca de si y cómo los sujetos no estatales son sujetos del derecho internacional,²² esto es, si afectan y pueden ser afectados por el derecho internacional y al mismo tiempo si pueden presentar reclamos de índole internacional.²³

Las convenciones supra citadas no efectúan una diferenciación entre personas físicas y jurídicas al momento de prohibir la complicidad con abusos de derechos humanos, sea que el delito principal sea cometido por el Estado o particulares. Tampoco se excluyen las contribuciones que consistan en bienes o servicios determinados.

El estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg ya preveía la posibilidad de que se declarara como *organizaciones criminales* a grupos en los cuales hubieran participado las personas físicas que cometían los delitos.²⁴ En los casos concretamente juzgados por ese Tribunal Militar, en los cuales se condenó a diversos empresarios por haber contribuido a la campaña de exterminio nazi, se confirmó el principio de que las propias empresas pueden violar el derecho internacional aun cuando las sanciones criminales se impusieran sobre sus directivos,²⁵ aunque excepcionalmente se llegó a aplicar la pena de muerte a una empresa.²⁶ Así, los sujetos no estatales pueden, técnicamente, violar el derecho internacional de los derechos humanos,²⁷ con lo que la estricta separación entre Estados y su-

22 Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, (Oxford University Press), 2006, pp. 25-57; Duruigbo, Emeka, "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2008, 6, p. 222 y ss.

23 CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, advisory opinion, 1949, ICJ, 174.

24 Art. 9, Charter of the International Military Tribunal, 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S., 279.

25 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, No. 10, Volumes VI (Flick), VII and VIII (IG Farben), IX (Krupp), Nuremberg, octubre de 1946-abril de 1949 (United States Government Printing Office, 1953).

26 Sobre la disolución de la I.G. Farben dispuesta precisamente por su participación en violaciones graves del derecho internacional durante la segunda guerra mundial, v. Control Council Law N°. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes (20 de diciembre de 1945), en *I Enactments and Approved Papers of the Control Council and Coordinating Committee*, p. 306 y ss., disponible en http://www.loc.gov/r/rfd/Military_Law/Enactments/01LAW09.pdf

27 Para una visión distinta (más centrada en el Estado) ver De Brabandere, Eric, "Non-State Actors, State-

jetos no estatales termina siendo, en la práctica, un capítulo (en crisis) de la teoría legal y una cuestión que requiere un análisis casuístico antes que una definición obligatoria o innata del derecho internacional.²⁸ De hecho, las corporaciones son reguladas de manera creciente por el derecho internacional,²⁹ con lo que el alcance de sus derechos y obligaciones se convierte en el resultado de decisiones políticas³⁰ –antes que en deducciones derivadas de su *subjetividad* en el derecho internacional– tal como sucede en el plano doméstico.

Es cierto que las personas jurídicas, de acuerdo al actual estado del arte en el derecho internacional, no se encuentran específicamente sometidas a la jurisdicción (*ratione personae*) de tribunales penales internacionales,³¹ pero esto no las exime del principio que prohíbe contribuir a la comisión de violaciones graves de derechos humanos,³² en particular cuando se encuentran comprometidas normas de *jus cogens*.³³ Admitir esa opción implicaría aceptar que las sociedades comerciales pueden ser utilizadas como un vehículo útil para violar la ley y enriquecerse facilitando delitos graves, supuesto inadmisibles para los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.³⁴ Además, ubicaría a las corporaciones en una po-

Centrism and Human Rights Obligations”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 191-209.

28 Bexell, Magdalena, “Distribution of Responsibility for Human Rights Protection: The Public-Private Distinction”, en *Journal of International Peace and Organization*, 2004, p. 103 y ss.

29 Ratner, Steven R., “Corporations and Human Rights: A Theory of Corporate Responsibility”, en *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, p. 488.

30 Fauchald, Ole Kristian. y Stigen, Jo, “Corporate Responsibility before International Institutions”, en *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, 4, 2009, p. 1030.

31 Estatuto de la Corte Internacional para la ex Yugoslavia (art. 6), Estatuto de la Corte Internacional para Ruanda (art. 5) y Estatuto de Roma (art. 25).

32 “El reconocimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en cabeza de las corporaciones no puede estar sometida a la (no) existencia de una potencial jurisdicción internacional”, van den Herik Larissa y “erni”, Jernej Letnar, “Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 3, 2010, p. 732.

33 Ver art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). “*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, Mark W., *An Introduction to International Law*, (Aspen Publishers) 4th ed., 2003, pp. 62-3. Ver también Koskeniemi, Martti, *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.

34 V.p.t., Tomuschat, Christian y Thouvenin Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (Martinus Nijhoff Publishers) 2006.

sición de inmunidad absoluta frente a normas inderogables a la que los Estados, como personas jurídicas, no podrían aspirar.³⁵

Las corporaciones, al igual que las personas físicas y los Estados, no están eximidas del deber de respetar los derechos humanos fundamentales que, según el caso, les incumban.³⁶ Esto responde a dos fenómenos concurrentes. El primero, una visión humanista del derecho internacional, que ha sido receptada explícitamente por la Corte Penal para la ex Yugoslavia:³⁷ “La perspectiva orientada al Estado-soberano ha sido gradualmente suplantada por una perspectiva orientada al ser humano. Gradualmente la máxima del derecho romano *hominum causa omne jus constitutum est* (todo el derecho es creado para el beneficio de los seres humanos) también ha ganado una firme pisada en la comunidad internacional”.³⁸ El segundo, una concepción integral y horizontal de los derechos humanos,³⁹ con lo que no solo rigen en las relaciones entre Estados y personas sino también entre estas,⁴⁰ lo cual responde a la definición que la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre estableció en su preámbulo, comprendiendo a cada persona y órgano de la sociedad, entre los que se ubican las corporaciones.⁴¹ Si es una corte internacional o doméstica la que exige concretamente el cumplimiento de ese deber, se trata de una cuestión jurisdiccional.⁴²

35 Engle, Eric, “*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability Under the Alien Torts Statute*”, en documento de trabajo, (Universidad de Bremen) 17 de diciembre de 2010, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1727331>

36 Ver, ampliamente, Jägers, Nicola, *Corporate Human Rights Obligations. In Search of Accountability*, (Intersentia), 2002.

37 El principio *pro homine* es así relevante aun cuando el origen de este tribunal se deba a una decisión estatal manifestada a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, puesto que su razón es aplicar precisamente normas básicas que procuran proteger a los seres humanos, sobre este punto ver Álvarez, José, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case”, en *European Journal of International Law*, Vol. 7, 2, 1996, p. 245 y ss.

38 CPIY, *Prosecutor v. Tadic*, 2 octubre de 1995, parr. 97.

39 “erni”, Jernej Letnar, *Human Rights Law and Business*, (Europa Law Publishing), 2010, p. 30 y ss.

40 Knox, John H., “Horizontal Human Rights Law”, en *American Journal of International Law*, 102, 2008, p. 18 y ss. Sobre el carácter *erga omnes* de los derechos humanos en el ámbito interamericano, ver CIDH, *Opinión Consultiva 18/03*, 2003.

41 Henkin, Louis, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25, 1999, p. 25.

42 Sobre el rol de las cortes domésticas aplicando el derecho internacional precisamente en virtud de su doble rol de agentes internacionales y domésticos, Aceves, William J., “Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, 2000, p.132 y ss.; Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dedoublement fonctionnet) in International Law”, en *European Journal of International Law*, 1990, pp. 212, 228 y ss.

El grado de culpabilidad exigido para que se configure la responsabilidad por complicidad ha sido una cuestión controvertida. Los estatutos y jurisprudencia internacionales exigen mayoritariamente el recaudo del *conocimiento*, aunque no se persiga primariamente la comisión del crimen principal. Esa fue la conclusión a la que arribaron diversas sentencias en el Tribunal Militar Británico y el Tribunal de Nuremberg⁴³, y las interpretaciones de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴⁴ y de la Corte Penal Internacional para Ruanda⁴⁵. En cambio exige un cierto propósito el art. 25.3 del Estatuto de Roma, aunque esa intención podría ser secundaria o no exclusiva, 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 La jurisprudencia aplicando el *Alien Tort Claim Act* (ATCA) en Estados Unidos ha arrojado sentencias contradictorias en este punto.⁴⁷

Por su parte, el ya citado informe de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) de 2008 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, aun cuando podría no haber querido que los abusos ocurrieran, de todas maneras emprendió el curso de

43 En re Tesch (The Zyklon B case), 13 Ann. Dig 250 (Brit. Mil. Ct. 1946), reimpresso en 1 United Nations War Crimes Common, 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.

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.

46 Cassel, Doug, “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts”, en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 6, 2008, p. 315. Esta tesis parece ser abonada por el hecho de que el art. 25.3.d del Estatuto de Roma prevé la responsabilidad penal de los miembros de un grupo exigiendo solo el conocimiento del propósito criminal de dicho grupo.

47 Por ejemplo, argumentando que es necesario demostrar que la empresa actuó con el *propósito* de facilitar a la violación de un derecho, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 261 (2d Cir. 2009); del otro lado, afirmando que la costumbre internacional en la materia es el test del *conocimiento*, *South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009); *Doe I. v. Unocal*, 395 F.3d. 932, 947 (9th Cir. 2002). Para un análisis detallado de esta discusión véase la contribución de Gallagher, Katherine, “Civil Litigation and Transnational Business: An Alien Tort Statute, Primer”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 3, 2010, p. 745 y ss.; Lincoln, Ryan, “To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute”, en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, 2, 2010, p. 604 y ss.

conducta”⁴⁸. 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.

Finalmente, en cuanto al nexo causal, la CIJ ha intentado sintetizar y explicar el desarrollo internacional en este punto. En su informe reciente sobre *Complicidad corporativa y responsabilidad legal*, ha afirmado que las empresas pueden ser responsables si asisten en la violación masiva de derechos humanos y, de esa manera, *hacen posible, tornan más fácil*, o mejoran la *eficiencia* en la comisión de tales delitos; en otros palabras, si con su aporte *permiten, facilitan o exacerban* los abusos de derechos.⁴⁹ 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 financiada.⁵⁰

2.1.2. Derecho doméstico

Puesto que la responsabilidad internacional no es sinónimo de jurisdicción ni de mecanismo en funcionamiento para su implementación,⁵¹ son los respectivos sistemas legales domésticos⁵² los que terminan incorporando, reconociendo, traduciendo y definiendo las implicaciones concretas que se derivan de ciertos principios generales emanados del Derecho Internacional Público.⁵³ El principio que aquí interesa es el que reconoce la responsabilidad de los cómplices no estatales que contribuyen a la comisión de violaciones graves de derechos humanos,⁵⁴ con lo que el análisis comparado en esta materia cobra

48 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Corporate Complicity & Legal Accountability*, (Ginebra, 2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&langage=1&myPage=Legal_Documentation&id=22851, Vol. I, p. 19.

49 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), op. cit., Vol. I, p. 9.

50 Comisión Internacional de Juristas (CIJ), op. cit., Vol. I, p. 12; Vol. III, p. 22 y ss.

51 Ratner, Steven R., op. cit., p. 481.

52 Consejo de Derechos Humanos, “Business and Human Rights: Further steps toward the operationalization of the ‘protect, respect and remedy’ framework”, informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/14/27 (2010).

53 Sobre las acciones domésticas que se originan a causa de la perpetración de torturas que lesionan el derecho internacional, *v.p.t.*, Scott, Craig (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, (Hart Publishing), 2001.

54 Reconociendo que la costumbre internacional generalmente no reconoce causas privadas para que se demande por su infracción, sino que deja a cada Estado la tarea de definir los remedios disponibles frente a violaciones del derecho internacional, y admitiendo de ese modo el rol del derecho doméstico como elemento integrador para la reparación por violaciones del derecho internacional, Kadic v.

especial relevancia.⁵⁵

Mientras solo unos pocos sistemas legales han reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (como la ley chilena N° 20.393, que las sanciona por ciertos delitos económicos), la inmensa mayoría de los sistemas legales (del derecho común y continental) admite su responsabilidad civil en caso de daños derivados de su complicidad, particularmente en casos de abusos de derechos humanos.⁵⁶ Numerosas constituciones han consagrado sistemas integrales de protección de los derechos humanos, abarcando las acciones lesivas de Estados, personas físicas y jurídicas.⁵⁷ Es el mismo razonamiento que se aplica en numerosas ramas del derecho: el derecho laboral, del medio ambiente, de protección de los niños, de los pueblos originarios, etc.: todos ellos concretizan de una u otra forma la protección y los remedios que exigen ciertos principios internacionales.

En Australia, Canadá, Francia, India, Japón, el Reino Unido y varios países latinoamericanos, han sido utilizados tanto el derecho internacional como el doméstico en demandas civiles por abusos de derechos humanos.⁵⁸ Por ejemplo el *Restatement (Second) of Torts* § 876 (1979) de Estados Unidos y los artículos 1067, 1081 y 1109 del Código Civil argentino consagran este tipo de responsabilidad civil. Estas soluciones son consistentes con el principio que sanciona la contribución a la violación de normas de *jus cogens*.

Ya que los delitos cometidos durante el régimen de Pinochet comprometieron normas internacionales de tal estatus, tal como atestigua la jurisprudencia chilena a partir de 1998,⁵⁹ es necesario cotejar el sistema legal chileno

Karadzic, 70 F.3d 232, 246 (2d Cir. 1995); Khulumani v. Barclay Nat'l Bank, Ltd., 504 F.3d 254, 269 (2d Cir. 2007). Ver también Bismuth, Régis, "Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders", en *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 38, 2, 2010, pp. 224-5.

55 Álvarez, José, "Are Corporations 'Subjects' of International Law?", en NYU School of Law, Public Law Research Paper N°. 10/77, 2010.

56 Ver Ramasastry, Anita y Thompson, Robert C., *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey of 16 Countries*, (FAFO Institute of Applied International Studies) 2006; Thompson, Robert C., Ramasastry, Anita y Taylor, Mark B., "Translating Unocal: The Expanding Web of Liability for Business Entities Implicated in International Crimes", en *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, 4, 2009, p. 885 y ss.. También véase Sebok, Anthony J., "Taking Tort Law Seriously in the Alien Tort Statute", en *Brooklyn Journal of International Law*, 33, 2008, pp. 871-898.

57 "erni", Jernej Letnar, op. cit., p. 33 y ss.

58 "erni", Jernej Letnar, op. cit., pp. 179-180; Hutto, Christopher y Jenkins, Anjela, op. cit., p. 39; Reinisch, August, "The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors", en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press) 2005, p. 55 y ss.

59 S.C.S., Rol N° 55904, 13 de diciembre de 2006; S.C.S., Rol N° 2666-04, 18 de enero de 2007; S.C.S.,

para constatar si es consistente con la costumbre internacional que prohíbe contribuir a graves violaciones de derechos humanos. En términos generales, el sistema legal chileno admite este tipo de responsabilidad.⁶⁰ Del juego de los artículos 2314, 2316 y 2317 del Código Civil y arts. 16 y 24 del Código Penal, se reconoce que la acción indemnizatoria puede entablarse contra el autor principal, encubridores o cómplices⁶¹. Se trata de un supuesto de responsabilidad civil por culpa o negligencia⁶² en el que se aplican los requisitos clásicos de la responsabilidad aquiliana: una acción humana, la imputabilidad, antijuridicidad del hecho, daño, nexo causal entre la acción y el perjuicio, y dolo o culpa.⁶³

En Chile se acepta sin mayores problemas la idea de que una persona (sea física o jurídica) pueda ser responsable civilmente por haber actuado con dolo o culpa (arts. 44 y 2329, Código Civil).⁶⁴ La diligencia que se espera de cada persona –estándar que está determinado en función de la naturaleza de su profesión– incide sobre los deberes de precaución que cada uno, concretamente, debe cumplir. Las actividades profesionales, como la bancaria, presentan naturalmente altas exigencias en materia de diligencia debida en el ejercicio de las funciones.

En cuanto al nexo causal que debe existir entre la acción y el daño, aunque es un aspecto que aún genera debates en Chile, se debe señalar que el tradicional criterio autosuficiente de la equivalencia de condiciones⁶⁵ ha ido

Rol N° 3125-04, 13 de enero de 2007; S.C.S., Rol N° 3452-06, 10 de mayo de 2005; S.C.S., Rol N° 6574-08, 7 de agosto de 2008; S.C.S., Rol N° 877-08, 1 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 30907-07, 21 de enero de 2009, casos en los que se ponderó la incidencia del derecho internacional en la acción penal derivada de violaciones graves de derechos humanos. A partir de 2007 se puede observar otra línea jurisprudencial que, sin negar la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, consagra la teoría de la *prescriptibilidad gradual de los delitos imprescriptibles*, S.C.S., Rol N° 3808-06, 30 de julio de 2007; S.C.S., Rol N° 6525-06, 5 de septiembre de 2007; S.C.S., Rol N° 6188-06, 13 de noviembre de 2007; S.C.S., Rol N° 3587-05, 17 de diciembre de 2007; S.C.S., Rol 6308-07, 8 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 5789-07, 16 de septiembre de 2008; S.C.S., Rol N° 2422-08, 11 de diciembre de 2008; S.C.S., Rol N° 4329-08, 22 de enero de 2009. Ver más ampliamente esta jurisprudencia en Fernández Neira, K., “Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 1, 2010, pp. 467-488.

60 Por todos, Yáñez Figueroa, Gonzalo, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo X, (Editorial Jurídica de Chile) 1998-2006, p. 181 y ss.

61 C. Santiago, 2 de octubre de 1939, R., t. 39, sec. 2da, p. 5.

62 Barcia Lehmann, Rodrigo (director), *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, (Thomson Reuters Puntotex, Santiago), 2010, p. 2017 y ss.

63 Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile) 1999, p. 117.

64 Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile) 2006, p. 61 y ss.

65 Corte Suprema, 16 de octubre de 1954, R.D.J., t. LI, sec. Iffi, p. 488.

cediendo terreno a la teoría de la causalidad adecuada⁶⁶ que atiende a las consecuencias previsibles y razonables de las acciones y cuya utilización en el derecho comparado es abrumadora.⁶⁷ Al elemento típicamente fáctico se le agrega, entonces, una valoración jurídica. Este criterio 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.

En materia específica de responsabilidad civil bancaria, el incumplimiento del deber de evaluar adecuadamente el riesgo crediticio del prestatario –lo que implica un conocimiento mínimo de 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*, una clase especial de responsabilidad aquiliana reconocida por diversos ordenamientos jurídicos americanos y europeos.⁶⁸ El derecho chileno no registra un desarrollo doctrinario robusto en esta materia, aunque sus normas de responsabilidad civil –al igual que en los demás sistemas legales *abiertos* de responsabilidad aquiliana que consagran el deber genérico de *alterum non laedere*– pueden ofrecer sustento teórico a este caso específico de responsabilidad siempre que sus presupuestos clásicos sean cumplidos.

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 recursos y la protección del propio crédito, y previene de daños a terceros. En lo que aquí más interesa, se trata fundamentalmente

66 Corte Suprema, causa n° 2.947-02, 26 de enero de 2004. V. comentario de Cárdenas, Hugo A., “La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, 1, 2006, pp. 167-176.

67 Cornelis, Ludo, “Synthèse comparative des principes en matière de responsabilité extra-contractuelle”, en Simont, Lucien y Bruyneel, André, (coordinadores), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en Droit Comparé*, (Feduci) 1984, p. 175 y ss.

68 Bohoslavsky, Juan Pablo, *Créditos abusivos. Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, (Abaco Ed.) 2009; Di Marzio, Fabricio, *Abuso nella concessione del credito*, (Edizioni Scientifiche Italiane) 2004; Likillimba, Guy-Auguste, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, 2nd Ed., (Litec) 2001; Simont, Lucien y Bruyneel, André (coordinadores.), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en Droit Comparé*, (Feduci) 1984, p. 175 y ss.

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 solo incluye la posibilidad económica de reembolso del préstamo, sino también lo que el prestatario presumiblemente haga con ese dinero. Aunque más adelante se ahondará sobre estos supuestos específicos, la responsabilidad bancaria derivada del financiamiento de actividades terroristas⁶⁹ o que deterioran el medio ambiente son buenas muestras de aplicación de ese principio.⁷⁰

Resucitado en la era moderna en 1980,⁷¹ el ATCA ha venido siendo utilizado con frecuencia en las cortes de Estados Unidos para demandar civilmente a personas físicas y corporaciones⁷² sobre la base de la facilitación y ayuda para la violación de derechos humanos.⁷³ La interpretación del ATCA ha jugado

69 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”.

70 El desarrollo normativo y jurisprudencial en esta materia puede consultarse en Buyle, Jean Pierre, “La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d’environnement”, *Aménagement Environnement - Urbanisme et Droit Foncier*, (Ed. Kluwer), 2004, n° spécial.

71 *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

72 En la jurisdicción norteamericana se han registrado más de cuarenta demandas por complicidad corporativa bajo el paraguas del ATCA. Esos casos han merecido dispar solución, de acuerdo a las circunstancias de cada supuesto y al criterio jurídico de cada juez. Entre otros casos cabe mencionar –al margen de los que se citan a lo largo de este trabajo– el reclamo contra Chiquita por haber supuestamente pagado a paramilitares colombianos para mantener las plantaciones de bananas libre de “*oposición laboral y malestar social*” (*Does v. Chiquita Brands Int’l, Inc.*, S.D.N.Y. 14 de noviembre de 2007); contra la Banque Nationale Paris Paribas, por haber supuestamente pagado al régimen de Saddam Hussein en violación del programa Petróleo por Comida de Naciones Unidas (*Mastafa v. Australian Wheat Bd., Ltd.*, S.D.N.Y. 11 de septiembre de 2007); contra Yahoo, por proveer al gobierno chino de información y archivos que le permitieron identificar y supuestamente torturar a un activista de derechos humanos (*Second Amended Complaint at 2, Xiaoning v. Yahoo! Inc.*, No. 07-CV-2151, N.D. Cal. 30 de julio de 2007, caso acordado); contra Nestlé, por comprar cacao y proveer servicios a los campesinos utilizando la fuerza laboral de niños (*complaint 35-37, Doe v. Nestle S.A.*, C.D.Cal. 14 de julio de 2005); contra 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 Burma (*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).

73 Faulk, Richard O., “The Expanding Role of the Alien Tort Claims Act in International Human Rights Enforcement”, en *Class Action Litigation Report*, 10, 2009, p. 304, disponible online en http://works.bepress.com/richard_faulk/24, 8 de febrero de 2010.

así, en la última década, un rol crucial en el desarrollo de la responsabilidad corporativa por complicidad. Los casos de responsabilidad civil han sido facilitados por el hecho de que se reconoce que las normas de *jus cogens* deben ser respetadas por actores estatales y también no estatales, aun en casos civiles de reclamación por daños.⁷⁴

La confusión en torno a si, en casos de responsabilidad civil por responsabilidad de las empresas, debería aplicarse el derecho internacional,⁷⁵ el derecho doméstico⁷⁶ o ambos,⁷⁷ ha sido provocada básicamente por la influencia del debate en torno al ATCA. Primero, por su referencia al “*derecho de las naciones*”, lo que está vinculado con el particular criterio que asume la jurisprudencia estadounidense cuando debe decidir de qué manera se relacionan el derecho internacional con su derecho doméstico.⁷⁸ Y, segundo, por las implicancias jurisdiccionales (extraterritoriales) que genera la aplicación del ATCA.⁷⁹ En todo caso, las acciones entabladas en Estados Unidos en el marco del ATCA persiguen los mismos fines que las acciones civiles previstas en diversos sistemas domésticos que pueden aplicarse en casos de violaciones de derechos humanos, aun cuando se las etiquete con una denominación diversa: sancionar de manera efectiva los abusos cometidos, disuadir similares comportamientos en el futuro y conceder reparaciones a las víctimas.⁸⁰

Aun cuando la jurisprudencia norteamericana registra ciertos retrocesos al resolver casos de responsabilidad corporativa por complicidad (cuando se niega la existencia de una costumbre internacional o principio general que res-

74 Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900); *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 246 (2d Cir. 1995); *Filartiga v. Peña-Irala*, supra cit.; *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp 2nd, 117 (E.D.N.Y. 2000); *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 187 (2d Cir. 2009);

75 Ainscough, Charles, “Choice of Law and Accomplice Liability Under the Alien Tort Statute”, en *Berkeley Journal of International Law*, Volume 28, 2, 2010, p. 588 y ss.

76 Hoffman, Paul L. y Zaheer, Daniel, A., “The Rules of the Road: Federal Common Law and Aiding and Abetting Under the Alien Tort Claims Act”, en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 26, 2003, p. 47 y ss.

77 Aunque auspiciando la aplicación de la costumbre internacional en el marco del ATCA, ver ampliamente la interacción del derecho doméstico e internacional en Mamolea, Andrei, “The Future of Corporate Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute: A Roadmap”, en *Santa Clara Law Review*, Vol. 51, 2011, p. 79 y ss. (En prensa).

78 Sobre esta discusión, véase en general Goodman, Josh, “The Administrative Law of Nations: A New Perspective on *Sosa*, The Alien Tort Statute, and Customary International Law”, en *Harvard International Law Journal Online*, 50, 2009, pp. I-II.

79 Ramsey, Michael D., op. cit., p. 271 y ss.; Mamolea, Andrei, op. cit.

80 Stephens, Beth, “Translating *Filartiga*: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, 2002, p. 1 y ss.

ponsabiliza a las corporaciones en el plano internacional),⁸¹ en la actualidad existe un creciente consenso judicial acerca de ciertos estándares legales que las empresas deben cumplir cuando realizan negocios con sujetos estatales que son públicamente perpetradores de violaciones de derechos humanos.⁸²

2.2. La Cuestión del financiamiento

A pesar de los avances generales en materia de responsabilidad corporativa, la noción de complicidad de los agentes financieros ha sido confusa, tal como lo demuestran las decisiones iniciales de los Tribunales Militares de Nuremberg, en los casos *Flick*⁸³ y *Weizsaecker (Ministries Case)*⁸⁴. En el *Ministries Case*, el Tribunal entendió que el dinero era un bien fungible que podría haber sido usado de hecho para emprendimientos y acciones ilegales, pero que esta transacción no constituía un delito en el Derecho Internacional.⁸⁵ En *Flick*, por otra parte, dos industriales alemanes que donaron dinero a la *Schutzstaffel* (SS) fueron condenados porque –incluso aunque la fiscalía no pudo demostrar que el dinero donado había sido utilizado para actividades delictivas– el Tribunal dio por sentado que una parte del dinero había sido destinado al mantenimiento de esta organización, sin que fuera relevante discernir si se gastó en sueldos o en gas letal.⁸⁶ Así, aunque ambas decisiones reconocieron el impacto sustancial que el dinero puede tener sobre una campaña criminal masiva, solo en *Flick* se afirmó que esta contribución representa un delito en términos de Derecho Internacional.

81 Doe v. Nestlé, No. CV 05-5133 SVW (JTLx), (C.D. Cal., 2010). *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 06-4800-cv, 06-4876-cv, 2nd District (2010). En este último caso el juez Leval, en minoría, realizó un extenso voto explicando por qué el Derecho Internacional sí responsabiliza a las corporaciones cuando violan derechos humanos, dejando a los respectivos sistemas legales nacionales las definiciones relativas a las indemnizaciones civiles. Ver ampliamente Ku, Julian G., “The Curious Case of Corporate Liability Under the Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, 2, 2010, p. 353 y ss.

82 *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007); *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009); *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009); *South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009); *XE Servs. Alien Tort Litig.*, 665 F. Supp. 2d 569, 588 (E.D. Va. 2009); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 374 F. Supp. 2d 331, 335 (S.D.N.Y. 2005). Ver también el informe de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Corporate Complicity & Legal Accountability*, (2008), disponible en http://www.icj.org/default.asp?nodeID=349&sessID=&language=r&myPage=Legal_Documentation&id=228

83 *US v. Flick (Flick case)*, 22 de diciembre de 1947, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10*, No. 10 (1952), 1.

84 *US v. Weizsaecker (Ministries case)*, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10*, No. 14 (1952), pp. 621-622.

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

Durante la década de 1990, cientos de víctimas del Holocausto demandaron a bancos austríacos, franceses, alemanes y suizos en los tribunales de Estados Unidos por haber ayudado al régimen Nazi poniendo a su disposición la ayuda financiera necesaria para continuar la Segunda Guerra Mundial, por no devolver los depósitos de las víctimas a los bancos originales y por haber utilizado trabajo esclavo.⁸⁷ Estos casos fueron cerrados cuando los bancos aceptaron la constitución de fondos de reparación, sobre los que las víctimas aún siguen recibiendo pagos.⁸⁸

La decisión en *re South African Apartheid Litigation* –donde miles de víctimas del apartheid sudafricano demandaron a diversas empresas que habían contribuido con ese régimen– ratificó la idea de que las empresas pueden –en circunstancias muy estrictas– ser responsables cuando contribuyen a la comisión de crímenes graves.⁸⁹ Esta decisión confirmó el requisito de que la contribución empresarial debe haber tenido un *efecto sustancial* sobre la perpetración del delito (*actus reus*) y que el contribuyente como un todo (la suma de sus directivos y empleados)⁹⁰ tenía el conocimiento –aunque no necesariamente la intención– de que su acción contribuiría sustancialmente a que el autor principal cometiera los delitos (*mens rea*).⁹¹ Vale la pena mencionar que, en su decisión, el tribunal –utilizando como criterio la cualidad intrínseca de los *commodities*– hizo una distinción entre un agente letal como el gas venenoso que se proporciona a un régimen (en referencia al caso *Zyklon B*⁹²) y un recurso fungible como el dinero (refiriéndose al *Ministries Case*).⁹³ El Tribunal decidió que los préstamos no podían, desde un punto de vista empírico, estar lo suficientemente conectados con los delitos en cuestión.⁹⁴ Irónicamente, el

87 Ver Simpson, Christopher (ed.), *War Crimes of the Deutsche Bank and the Dresdner Bank* (Holmes & Meyer) 2002, especialmente pp. 1-34.

88 Neuborne, Burt, “Holocaust Reparations Litigation: Lessons for the Slavery Reparations Movement”, en *New York University Annual Survey of American Law*, 58, 2003, pp. 615-622.

89 *South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009).

90 Este criterio también fue utilizado en Estados Unidos en los procesos sobre lavado de dinero, *US v. Bank of New England*, 821F.d 844, 856 (1st Cir.1987).

91 *South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009).

92 *Trial of Bruno Tesch and Two Others (The Zyklon B Case)*, 1 *Law Reports of Trials of War Criminals* (1947), pp. 93-103.

93 Sobre este punto, ver Michalowski, Sabine y 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”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 48, 2010, pp. 61-120.

94 *South African Apartheid Litigation*, op. cit., nota 91.

tribunal permitió que el caso siguiera adelante contra IBM por haber proporcionando computadoras y software al régimen del apartheid, los que fueron utilizados para poner en práctica una política de *desnacionalización* contra la población negra en Sudáfrica.⁹⁵

El criterio de la cualidad intrínseca parece ignorar la propia definición de dinero como un bien que actúa como un medio de intercambio en las transacciones, una unidad de medida y un depósito de valor.⁹⁶ El dinero le permite a su tenedor precisamente *hacer algo* en virtud de su poder adquisitivo. Por lo tanto, lo importante es lo que el titular va a hacer con él. Este es el punto en el que entran en juego las consecuencias previsibles de prestar dinero a alguien. Este criterio es similar al modo a través del cual la mayoría de los sistemas legales de responsabilidad civil receptan la definición de previsibilidad de los daños y el correlativo deber de repararlos.⁹⁷

Este razonamiento fue explicado en el citado *Informe Cassese*, que analiza las raíces mismas de las violaciones de derechos humanos que ocurrían durante el régimen de Pinochet (incluyendo las condiciones del contexto) y explica cómo la ayuda financiera puede tener un impacto negativo o positivo en la situación de los derechos humanos de un determinado país.⁹⁸ Esto demuestra por qué las reglas sobre diligencia debida pueden, por un lado, hacer una diferencia en términos de prevención del financiamiento de las actividades que lesionan derechos fundamentales y, por otro, ayudar a las empresas a evitar costosas sentencias judiciales condenatorias a través de un análisis de los riesgos que entraña el financiamiento, transformando de esa manera a la diligencia debida en más que un juego de suma cero:⁹⁹ las empresas reducen sus riesgos legales y la población no es afectada por comportamientos corporativos dañinos. Las reglas de diligencia debida implican tomar los pasos necesarios para que una corporación pueda prever o predecir razonablemente

95 *Ibíd.*

96 Mann, Fritz A., *El aspecto legal del dinero*, (Fondo de Cultura Económica) 1986, p. 48; Nussbaum, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero*, (Librería General de Victoriano Suárez) 1929, p. 40.

97 Cornelis, Ludo, *op. cit.*, p. 175 y ss.

98 Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 11, pp. 3 y 18.

99 Sobre cómo la diligencia debida puede ayudar a las empresas a evitar la responsabilidad por compli-
cidad véase Consejo de Derechos Humanos, "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights", informe del representante especial sobre derechos humanos, corporaciones transnacionales y otras empresas, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, (2008).

las posibles consecuencias de su comportamiento,¹⁰⁰ aplicando el requisito de la culpabilidad de una manera que reduzcan ostensiblemente los riesgos tanto para la sociedad como para los inversores.¹⁰¹

Las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos relacionadas con la responsabilidad de personas jurídicas por financiamiento del terrorismo, tales como los casos *Boim*¹⁰² y *Almog*¹⁰³, confirman y fortalecen la idea de que los prestamistas pueden ser responsables por facilitar la comisión de crímenes. Chile también exhibe, en este punto, un notable avance puesto que la antes citada ley N° 20.393 (art. 1) sanciona criminalmente a las personas jurídicas que financien actividades terroristas (art. 8, Ley N° 19.314), lo cual presume una conexión fáctica entre el financiamiento y facilitación de los delitos. Las notables diferencias entre lo que Al Qaeda, Hammas o el régimen de Pinochet pueden hacer, no son tan importantes como el hecho de que los casos y la ley recién citados indican que las contribuciones financieras pueden operar como una mercancía para posibilitar, facilitar o exacerbar los delitos que la organización está llamada a cometer.

3. Análisis de caso: Chile

3.1. El subdesarrollo de la complicidad financiera y la relevancia del *Informe Cassese*

En el contexto general de necesidad de estándares más consistentes para aplicar mecanismos de responsabilidad civil en caso de graves y masivas violaciones de derechos humanos¹⁰⁴, la investigación académica sobre los aspectos jurídicos de la complicidad corporativa ha crecido prolíficamente en los últimos 15 años.¹⁰⁵ Este desarrollo ha coincidido, como ya vimos, con un aumento de las acciones legales e institucionales dirigidas a exigir a las empresas que consideren y evalúen el impacto negativo que sus actividades pueden

¹⁰⁰ Roca, Rita y Manta, Francesca, Values Added. The Challenge of Integrating Human Rights into the Financial Sector, (Danish Institute for Human Rights) 2010, disponible en http://www.humanrights-business.org/files/1572070141/file/values_added_report__dihr.pdf

¹⁰¹ Sherman, John y Lehr, Amy, "Human Rights Due Diligence: Is it Too Risky?", en *Corporate Social Responsibility Journal*, 2010, p. 6.

¹⁰² *Boim v. Holy Land Found for Relief and Development*, 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008).

¹⁰³ *Almog v Arab Bank*, 471F.Supp.2d 257 (E.D.N.Y. 2007).

¹⁰⁴ Bachmann, Sascha Dominik, *Civil Responsibility for Gross Human Rights. The Need for a Global Instrument* (Pretoria University Law Press) 2007.

¹⁰⁵ Ramasastry, Anita, op. cit., nota 18, pp. 9-59; Ramsey, Michael D., op. cit., p. 271 y ss.

generar en la población y el medio ambiente.¹⁰⁶

Aun así, virtualmente ninguna investigación y solo unos pocos casos judiciales se han centrado en las implicaciones de los aportes financieros sobre la violación de derechos humanos.¹⁰⁷ ¿Qué justifica esta omisión? ¿Por qué las instituciones financieras parecen presentar estándares diferentes a los que se aplican, por ejemplo, a las industrias extractivas y manufactureras?¹⁰⁸ Con el telón de fondo de estas preguntas, y con el objetivo de contribuir a reducir el déficit académico en esa materia, en este trabajo se analiza el caso de Chile y, más específicamente, la asistencia financiera recibida por el régimen de Pinochet y su incidencia sobre las violaciones de derechos humanos.

En 1977, el profesor Antonio Cassese fue nombrado por la Comisión Derechos Humanos (CDH) de la ONU como Relator Especial con el mandato específico de evaluar la relación entre la ayuda financiera recibida por el régimen de Pinochet y las violaciones de derechos humanos que la población de Chile estaba experimentando entonces.¹⁰⁹ En su informe, de más de 260 páginas, Cassese desarrolló una sofisticada metodología para evaluar de manera integral el impacto de la ayuda financiera sobre la situación de los derechos humanos, afirmando que “[l]a asistencia económica extranjera en gran medida sirve para fortalecer y apuntalar el sistema económico adoptado por las autoridades chilenas, que a su vez necesita basarse en la represión de los derechos civiles y políticos, las conclusiones confirmaron que la masa de la actual asistencia económica actual es instrumental en la consolidación y la perpetuación de la actual represión de aquellos derechos”.¹¹⁰

A pesar de que en 1979 el propio Cassese publicó una síntesis de su traba-

106 Alston, Philip, “The Not-a-Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, en Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press) 2005, p. 11; Skinner, Gwynne, “Nuremberg’s Legacy Continues: The Nuremberg Trials’ Influence on Human Rights Litigation in US Courts Under the Alien Tort Statute”, en *Albany Law Review*, 71, 2008, pp. 321-368.

107 En *Austrian and German Bank Holocaust Litigation*, No. 98 Civ. 3938 (S.D.N.Y. 2001); *Holocaust Victim Assets Litigation*, No. 96 Civ. 4849 (E.D.N.Y. 2000) (corporaciones suizas); *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000) (corporaciones francesas). Ver Bohoslavsky, Juan Pablo y Opgenhaffen, Veerle, “The Past and Present of Bank Responsibility for Financing the Argentinean Dictatorship”, en *Harvard Human Rights Journal*, 23, 2009, pp. 157-203; Reichard, Elizabeth T., “Catching the Money Train: Using the Alien Tort Claims Act to Hold Private Banks Liable for Human Rights Abuses”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37, 2004, pp. 255-286.

108 Kaeb, Caroline, “Emerging Issues of Human Rights Responsibility in the Extractive and Manufacturing Industries: Patterns and Liability Risks”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6, 2008, pp. 327-353.

109 Cassese, Antonio, op. cit., Vols. I-IV.

110 Cassese, Antonio, op. cit., p. 24.

jo en una revista de derecho internacional,¹¹¹ su informe fue inexplicablemente ignorado durante décadas. Es nuestra esperanza que, al incorporar este informe al debate en torno a la complicidad financiera, éste se beneficie de su desarrollo y hallazgos.

3.2 El contexto político. Las dictaduras en la región y el gobierno militar de Pinochet

El gobierno de Pinochet realizó una profunda reorganización de la sociedad chilena, teniendo como objetivo la transformación drástica del modelo de acumulación económica. No se trató de un gobierno conservador que intentaba restaurar las condiciones previas al gobierno de la Unidad Popular, sino que buscó transformar incluso la orientación económica preexistente al gobierno de Allende. En las condiciones de activación política y social del Chile de 1973, el proyecto de reorganización fue llevado adelante por un gobierno militar y autoritario que concentró el poder institucional necesario para desarticular y desactivar políticamente a los sectores sociales sobre los cuales impactarían de manera negativa sus principales transformaciones económicas.¹¹²

Este proceso no fue exclusivo de Chile. Durante las décadas de 1960 y 1970, varios países de la región sufrieron golpes militares y dictaduras con características políticas y sociales distintivas. Gran parte de esos gobiernos militares contaron con el apoyo y fueron legitimados por amplios sectores de la sociedad como una reacción a la activación política del sector popular, que era percibida por las otras clases sociales como una amenaza a sus intereses y sus afiliaciones internacionales.¹¹³ Este tipo de regímenes, definidos como *Estados burocrático-autoritarios*, surgieron en América Latina por primera vez en Brasil en 1964, en Argentina en 1966 y después en 1976 y, finalmente, en Uruguay y Chile en 1973.¹¹⁴

Dos elementos resultaron claves en el proceso político y social durante la dictadura chilena. En primer lugar, el origen, el éxito, la crisis y el fracaso de los Estados burocrático-autoritarios tuvo una estrecha relación no solo con la

111 Cassese, Antonio, "Foreign Economic Assistance and Respect for Civil and Political Rights: Chile, A Case Study", en *Texas International Law Journal*, 14, 1979, pp. 251-263.

112 Vergara, Pilar, "Las transformaciones de las funciones económicas del Estado en Chile Bajo el régimen militar", en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 53, 1981, pp. 117-154.

113 O'Donnell, Guillermo, "Reflections on the Patterns of Change in the Bureaucratic-Authoritarian State", en *Latin American Research Review*, 13, 1978, p. 6.

114 *Ibíd.*

actitud de las clases dominantes y las fuerzas militares del país, sino también con el apoyo recibido de las instituciones financieras internacionales.¹¹⁵ Sin ese apoyo, los regímenes autoritarios no podrían haber tenido éxito en términos de estabilidad política o económica.¹¹⁶ En segundo lugar, las condiciones económicas y sociales en las que los regímenes burocráticos-autoritarios accedieron al poder explican la brutalidad y profundidad de las políticas anti-populares llevadas adelante y la violación masiva y sistemática de derechos humanos. Cuanto más profunda era la crisis económica y el conflicto social, las clases dominantes sintieron más amenazados sus intereses y, por lo tanto, más fuerte fue su apoyo a los militares para implementar políticas drásticas con el fin de disipar esas amenazas.¹¹⁷ Al mismo tiempo, incluso cuando las políticas económicas impidieron llegar a las tasas de inversión necesarias para el crecimiento económico, o al menos para superar la crisis, el alto nivel de cohesión entre las clases dominantes, las fuerzas militares y sus aliados internacionales, compensó el fracaso económico, como han demostrado los casos de Chile en 1973 y Argentina en 1976.¹¹⁸

De esta manera, el gobierno militar de Pinochet llevó adelante un doble proceso simultáneo: por un lado, en el ámbito económico, generó una profunda transformación a través de una acelerada privatización de los activos estatales, la liberalización y la apertura económica, y, por otro, en el plano político, llevó adelante una concentración del poder, centralización de las atribuciones políticas del Estado y control ideológico, con el objetivo de desmovilizar a los sectores populares opositores indispensable para la viabilidad de los cambios económicos mencionados.¹¹⁹

Siguiendo la metodología holística implementada en el Informe Cassese, a continuación se realiza un análisis de las políticas económicas y de los crímenes cometidos durante el gobierno de Pinochet. En primer lugar, se presentan las políticas económicas, la dependencia de la asistencia financiera externa, el endeudamiento y la incidencia de éste sobre el desempeño macroeconómico y presupuestario de Chile. En segundo lugar, se presentan los abusos de de-

115 Mainwaring, Scott, "Autoritarismo y Democracia en la Argentina: una revisión crítica", en *Desarrollo Económico*, Vol. 24, 95, 1984, p. 449.

116 *Ibíd.*, p. 448.

117 *Ibíd.*, p. 449.

118 Vergara, Pilar, *op. cit.*

119 *Ibíd.*

rechos humanos y el carácter público de estos crímenes. En tercer lugar, se analiza la posición oficial de Estados Unidos, el *Informe Cassese* y el vínculo entre el financiamiento y la violación de derechos humanos.

3.3 La política económica y la relevancia de la ayuda financiera

En los primeros años del gobierno militar se redujo drásticamente y notablemente el tamaño y la esfera de acción del Estado, no solo en términos de regulación e injerencia económica, sino también en su rol de asignador y redistribuidor de recursos en la sociedad. Las primeras y principales políticas económicas fueron la cesión al sector privado de empresas estratégicas del Estado¹²⁰ y tierras que pertenecían a la Corporación de la Reforma Agraria,¹²¹ la supresión de los controles de precios de diversos artículos,¹²² la apertura de los mercados reduciendo las barreras comerciales,¹²³ la implementación de políticas monetaristas como la devaluación del peso y la restricción de la expansión del crédito, y políticas fiscales de reducción de los gastos sociales del Estado¹²⁴ y aumento de los gastos en defensa¹²⁵ sumado a una reforma tributaria regresiva¹²⁶ y al congelamiento de los salarios.¹²⁷ Simultáneamente, se buscaba solucionar el problema de la inflación, reducir la inestabilidad de la balanza de pagos y proporcionar los incentivos necesarios para la reactivación económica¹²⁸.

El enfoque monetarista de la balanza de pagos, en un contexto de disminución de las tasas de ahorro e inversión y un exceso de importaciones, con-

¹²⁰ Para ejemplificar la velocidad de las privatizaciones y el traspaso de bancos al sector privado, vale la pena mencionar que en 1974 se restituyeron a sus antiguos propietarios 202 de las 259 empresas que habían sido nacionalizadas por el gobierno de Allende. Las empresas en poder del CORFO disminuyeron de 479, a fines de 1973, a 24 en 1980. Estas privatizaciones se hicieron en un contexto económico de aguda depresión e inflación que provocó que los precios de venta de las empresas fueran muy bajos; para más detalle, véase Vergara, Pilar, *ibíd.*

¹²¹ *El Mercurio*, 5 y 17 de enero, 4 y 23 de marzo de 1978; *Le Monde*, 18 de febrero y 23 de junio de 1978.

¹²² Vergara, Pilar, *op. cit.*; *El Mercurio*, 4 de febrero de 1978.

¹²³ *El Mercurio*, 17 y 19 de febrero de 1978.

¹²⁴ Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 11, Vol. IV, p. 8.

¹²⁵ Véase Marshall, Jorge, "El Gasto Público en Chile 1969-1979", en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 51, 1981; Sheetz, Thomas, "Gastos Militares en Chile, Perú y la Argentina", en *Desarrollo Económico*, 25, 1985, pp. 316-317; Vergara, Pilar, *op. cit.*

¹²⁶ Vergara, Pilar, *ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Foxley, Alejandro T., "Experimentos Neoliberales en América Latina", en *Colección Estudios CIEPLAN* 7, 1982; p. 166; Cassese, Antonio, *op. cit.*, Vol. II, p. 2.

tribuyó a intensificar la necesidad de la importación de divisas¹²⁹; la política de atraer capital de inversión fue clave en la política económica chilena desde el golpe en 1973.¹³⁰ Este diagnóstico es confirmado por cifras concretas. En 1973, la deuda externa pública chilena (solo de mediano y largo plazo) era de US\$ 2.862 millones, en 1975 de US\$ 3.597 millones, en 1979 de US\$ 4.108 millones y en 1983 de US\$ 7.843 millones.¹³¹ La deuda externa privada también aumentó de manera dramática durante la dictadura: en 1973 fue de US\$ 399 millones, en 1975 de US\$ 670 millones, en 1979 de US\$ 2.166 millones y en 1983 de US\$ 6.501 millones.¹³² El énfasis en el lado acreedor generó que, mientras que en 1974 solo el 19% de la deuda externa de Chile se debía a acreedores privados, ese número creciera a 80% en 1981. La deuda chilena con los bancos creció más del 57% entre 1977 y 1981, mientras que el promedio para la mayoría de los países en desarrollo fue del 28%.¹³³ La dependencia financiera externa de Chile era notoria, convirtiéndose en uno de los principales países deudores de los mercados de capitales internacionales privados: mientras en 1976 ocupaba el undécimo lugar, en 1979 pasó al sexto.¹³⁴

Según el *Informe Casesse*, “el objetivo de atraer préstamos extranjeros, créditos y capital de inversión ha jugado un papel clave en la formulación de las políticas económicas de Chile y otras políticas desde que los militares tomaron el control en 1973. Con lo que se informa es el país de América Latina con el índice más alto de deuda per cápita y con la segunda ratio más alta de servicio de la deuda sobre ingresos por exportaciones en 1976, la necesidad de Chile de apoyo financiero externo ha sido una preocupación política constante”.¹³⁵

Una representación concreta del impacto del financiamiento en las finanzas públicas y las políticas fiscales del régimen se puede observar en la evo-

129 Ver en general Ffrench-Davis, Ricardo, “El Experimento Monetarista en Chile: Una Síntesis Crítica”, en *Desarrollo Económico*, 23, 1983, pp. 163-196; De Gregorio, José, “Lo interno de la deuda externa. El caso chileno”, en *Nueva Sociedad*, 84, 1986, p. 28. Una tarea pendiente para mejorar la comprensión de estos datos estadísticos sería utilizar valores de la paridad de poder adquisitivo a los que los autores de esta nota no han podido acceder.

130 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 8.

131 Banco Central de Chile, *Indicadores Económicos y Sociales de Chile 1960-2000*, (Santiago, 2001), pp. 782-784.

132 *Ibíd.*

133 *Ibíd.*; De Gregorio, José, op. cit.

134 Ffrench-Davis, Ricardo y Arellano, José Pablo, “Apertura Financiera Externa: La Experiencia Chilena en 1973-80”, en *Colección Estudios CIEPLAN* 5, Estudio N° 50, 1981, pp. 5-52.

135 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 8.

lución, naturaleza y destino del gasto público, permitiendo visualizar a qué sectores favoreció y a cuáles perjudicó el régimen de Pinochet, incluida su incidencia en materia de violaciones de derechos humanos. En un contexto de restricción fiscal y contracción del gasto público, los gastos en defensa y policía aumentaron significativamente –del 14.9 % de gastos del sector público en 1969 al 23.3% en 1982–¹³⁶, mientras el gasto social disminuyó. Los gastos militares incluían salarios, el mantenimiento de campos de detención, ayuda en la implementación de la logística, inteligencia, contrainteligencia, la compra de armas y equipo militar, etc.¹³⁷

Al desglosar el gasto público se puede observar así, con mayor precisión, el aumento en Defensa y Carabineros en detrimento de los otros gastos. Los gastos de operación que comprenden remuneraciones y compras de bienes y servicios aumentaron en esas áreas.¹³⁸ El mayor componente de los gastos de operación fueron las remuneraciones en cuatro sectores: servicios generales, defensa, educación y salud. En primer lugar, entre 1969 y 1979, los sectores que más crecimiento fueron defensa y servicios generales (que incluía el sub-sector Policía) con un aumento del 98.9%, mientras que educación y salud crecieron moderadamente un 30.8%.¹³⁹ En segundo lugar, en 1974 solo defensa aumentó en este rubro.¹⁴⁰ También, los gastos de operación destinados a compras de bienes y servicios se concentraron en defensa y servicios generales, siendo los que más crecieron: en 1969 se gastó en Defensa \$2.603 millones, en 1974 \$9.033 millones y en 1979 \$5.302 millones, mientras que en Educación, por ejemplo, se gastó en 1969 \$1.890 millones, en 1974 \$2.221 millones y en 1979 \$2.078 millones.¹⁴¹

Por otra parte, se puede observar que, mientras se redujo el empleo público en obras públicas (se despidieron alrededor de 15 mil personas), el empleo en Defensa y Carabineros se habría elevado de 76.960 a 110.180 personas entre 1970 y 1978.¹⁴²

¹³⁶ Sheetz, Thomas, op. cit., pp. 316-317. Estos datos en valores absolutos significaron en 1969 un gasto de 624.3 millones de dólares y para 1982 un gasto de 1263 millones de dólares (ambos en dólares de 1977).

¹³⁷ Scheetz, Thomas, "Gastos Militares en América del Sur", en Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (ed.), *Proliferación de Armamentos y Medidas de Fomento de la Confianza y la Seguridad en América Latina*, 1994.

¹³⁸ Para mayor profundidad en este análisis ver Marshall, Jorge, op. cit., p.66.

¹³⁹ *Ibíd.*, pp. 67 y 69.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 67.

¹⁴¹ (Millones de pesos de 1978) *Ibíd.*, p. 70.

¹⁴² Vergara, Pilar, op. cit., p. 132.

También, al abrir el gasto público según el destino, se puede comprobar la misma tendencia de priorizar el sector militar y policial. Las tres grandes áreas fueron Administración General, Servicios Sociales y Servicios Económicos, siendo la primera la que más aumentó entre 1969 y 1979. El área Administración General comprende todos los gastos de la administración política, financiera, de justicia, de las relaciones exteriores, los servicios de policía y la actividad de defensa del país. Una de las funciones que más creció fue defensa –en 1974 aumentó el 13.6% del total del gasto público y se mantuvo en los años siguientes–, le siguen los servicios en policía –se incrementó en un 99.4% entre 1969 y 1979– y las funciones de administración financiera, que crecieron un 64.3% en el mismo periodo. En cambio, el área de Servicios Sociales presentó un aumento del gasto de solo el 7.4% en el mismo periodo y el área de Servicios Económicos presenta una reducción del 24.6%.¹⁴³

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), especialmente en países en desarrollo que se caracterizan por su baja tasa de ahorro, vulnerabilidad financiera y dependencia de capitales externos necesarios no solo para consolidar los procesos de crecimiento, sino para asegurar la propia estabilidad de la economía y el funcionamiento regular del gobierno. En el caso chileno, la asistencia financiera externa parece haber contribuido a sostener un plan económico y una política presupuestaria que incluyó mayores gastos militares y policiales, lo cual es consistente con la necesidad de reconfigurar el aparato burocrático a fin de poder implementar eficazmente una campaña masiva de violaciones de derechos humanos en el plano doméstico.

Si bien es menos clara la forma en que la ayuda financiera al sector privado pudo haber impactado en materia de derechos humanos, es importante tenerla en cuenta para completar el análisis. A partir de 1975 el sector privado también comenzó de manera creciente a recibir ayuda financiera externa,¹⁴⁴ siendo también notable la transferencia de fondos al Estado bajo la forma de ingresos públicos por impuestos.¹⁴⁵

¹⁴³ Marshall, Jorge, op. cit., p. 74.

¹⁴⁴ French-Davis, Ricardo y Arellano, José Pablo, op. cit. p. 19.

¹⁴⁵ Impuestos directos: de US\$2.4 millones en 1973 a US\$10.6 millones en 1974 y a US\$20.9 millones en 1975. Otra tanto sucedió con los impuestos indirectos: en 1973 se recaudaron US\$5.6 millones; en 1974, US\$10.9 millones; en 1975, US\$13.8. Cifras del Banco Central de Chile, Indicadores Económicos y Sociales de Chile 1960-2000, (Santiago, 2001), p.86.

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

Las políticas económicas mencionadas se complementaron y se llevaron adelante en un marco de profunda restricción de la actividad política. Fueron eliminadas numerosas instancias e instituciones de representación de intereses, reglamentadas y restringidas las actividades de las entidades colectivas, agrupaciones políticas, organizaciones sindicales, vecinales, estudiantiles y profesionales. La autonomía y libertad sindical quedó suprimida hasta que se dictó el Plan Laboral en 1979. Todos los poderes del Estado quedaron concentrados en la Junta Militar de Gobierno reservándose, asimismo, el control jurídico de sus actos y las funciones de contraloría. A partir de 1974, se reforzó el sistema de seguridad interna con la creación de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA) con el objetivo de concentrar las tareas especializadas de seguridad estatal.¹⁴⁶

La concentración de poder en la Junta Militar, las políticas económicas mencionadas y la desactivación política de los sectores opositores fueron acompañadas por un plan sistemático de violaciones de derechos humanos fundamentales. La represión que se desató inmediatamente después del golpe de Estado en 1973 tuvo un perfil criminal antidemocrático.¹⁴⁷

Desde los inicios del régimen militar en septiembre de 1973, la Organización de Estados Americanos (OEA)¹⁴⁸, la ONU¹⁴⁹, Amnistía Internacional (AI)¹⁵⁰, la CIJ¹⁵¹ y demás organizaciones no gubernamentales de derechos humanos documentaron y denunciaron los numerosos abusos cometidos en Chile.¹⁵² Dada su temprana ocurrencia, estos hechos son relevantes desde una

¹⁴⁶ Vergara, Pilar, op. cit., p. 119.

¹⁴⁷ Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, *Determinants of Gross Human Rights Violations by State and State-Sponsored Actors in Brazil, Uruguay, Chile, and Argentina (1960-1990)*, (Kluwer Law International) 1999, p. 584.

¹⁴⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA informó la situación de los derechos humanos en el país en 1974, 1976, 1977 y 1985, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.40 Doc., 10 de febrero de 1977; OEA/ Ser.L/II.66doc, 17 de septiembre de 1985. CIDH, Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Chile, OEA, 1977; CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA, 1985.

¹⁴⁹ Documentos ONU A/10285 (1975), A/31/253 (1976), A/32/227 (1977), A/33/331 (1978), A/34/583.

¹⁵⁰ Amnistía Internacional, *Human Rights in Chile*, 1974.

¹⁵¹ International Commission of Jurists, *Report on Mission to Chile*, 1975.

¹⁵² Algunas repercusiones periodísticas internacionales pueden ser leídas en: *The New York Times*, "Chile's Junta After a Year: Unrelenting Dictatorship", 13 de septiembre de 1974; "U.S.-Chilean Ties Called Strained", 19 de noviembre de 1975; "Torture in Chile Is Charged by a U.N. Inquiry Team", 15 de octubre de 1975; "Chile Study Says Torture Goes On", 8 de junio de 1976; "U.N.

perspectiva jurídica, ya que pueden ayudar a entender las implicaciones reales en materia de culpabilidad (elemento subjetivo en la responsabilidad civil) de posibles cómplices corporativos.

La OEA inició sus acciones en octubre de 1973, cuando el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) visitó Chile para una investigación preliminar, que fue seguida por una investigación formal en 1974, realizada por la misma Comisión.¹⁵³ Después de estas visitas, Pinochet no volvió a permitir el ingreso de estas organizaciones para realizar investigaciones. Según la CIDH, el régimen militar implementó una represión sistemática y violaciones masivas de derechos humanos, especialmente en sus primeros años.¹⁵⁴ La reacción de la ONU por las violaciones de derechos humanos también comenzó desde el inicio mismo de la dictadura. El 1 de marzo de 1974, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) envió una notificación al gobierno de Chile expresando su profunda preocupación por la grave situación de los derechos humanos en el país. En 1975, la CDH estableció un Grupo de Trabajo Especial (Grupo de Trabajo Ad Hoc) sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, que fue renovado todos los años hasta 1979.¹⁵⁵ El 14 de septiembre de 1973, tres días después del golpe de Estado, AI inició formalmente la presentación de informes sobre la situación de Chile ante la CIDH.¹⁵⁶ En su informe de 1977, la CIJ informaba que miles de personas fueron perseguidas, torturadas, “desaparecidas” u obligadas a huir del país.

La campaña criminal documentada a partir de 1973 por la OEA, la ONU y AI fue luego ampliamente detallada en el “Informe Rettig”, elaborado por la Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación, confirmando las denuncias anteriores e informando que más de 3.200 personas murieron o desaparecieron en Chile; más adelante, la “Comisión Valech” informaba que más de 27.000 personas fueron presos políticos y torturados.¹⁵⁷ Todo esto demuestra

Panel Asserts Chile Continues To Abuse Rights but on a Reduced Scale”, 25 de octubre de 1977.

153 La CIDH informó sobre la situación de los derechos humanos en el país en 1974, 1976, 1977 y 1985, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OE op. cit, 1977 y 1985.

154 IACHR, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Chile*, OEA, 1977; IACHR, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA, 1985.

155 UN Docs A/10285 (1975), A/31/253 (1976), A/32/227 (1977), A/33/331 (1978), A/34/583.

156 Amnesty International, *Human Rights in Chile*, 1974.

157 Véase el *Informe Rettig* (1991), Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación creada por el D.S. N8 355/1990, Ministerio del Interior, publicado por Andros Editores en 1996, http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html. Véase también el *Informe de la Comisión Nacional sobre Política y Tortura*, Comi-

la escala y la gravedad de los crímenes perpetrados por el régimen de Pinochet que, por supuesto, operaba en un determinado contexto financiero, económico, presupuestario y burocrático, que detallamos previamente.

3.5. La posición de Estados Unidos, el *Informe Cassese* y el vínculo entre el financiamiento y los derechos humanos

Poco después del golpe militar de 1973, el gobierno de Pinochet comenzó a recibir ayuda financiera de varios países, especialmente de Estados Unidos.¹⁵⁸ Este hecho revela el apoyo inicial de Estados Unidos al régimen de Pinochet, basado en razones geopolíticas, en el contexto de la lucha contra el comunismo,¹⁵⁹ como ocurrió con otros países de América Latina.¹⁶⁰ Sin embargo, a partir de 1976, el gobierno de Carter interrumpió la ayuda financiera y militar por la situación de los derechos humanos en el país.¹⁶¹ Este cambio de política a partir de la administración de Carter se puede visualizar en los montos de la ayuda financiera bilateral: en 1974 Estados Unidos prestó a Chile US\$302.1 millones, cifra que se mantuvo en 1975; en 1976, la ayuda se redujo a US\$16 millones.¹⁶² También la República Federal de Alemania¹⁶³, Holanda¹⁶⁴, Italia¹⁶⁵ y Noruega¹⁶⁶ suspendieron la mayoría de la ayuda económica bilateral a Chile, expresando el repudio de

sión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, creado por la ley N° 20.405, disponible online en <http://www.comisionvalech.gov.cl/InformeValech.html> (consultado el 10 de febrero de 2010). En el tomo II del Informe Rettig se menciona expresamente la reacción de la comunidad internacional, las visitas y los informes de los organismos internacionales de derechos humanos como la OEA, la ONU, la CIJ y la Asociación Internacional de Juristas Democráticos. También se informa sobre las actividades y denuncias de las organizaciones nacionales como el Comité Pro Paz, la Vicaría de la Solidaridad, el Servicio de Paz y Justicia y la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, pp. 974-977 y 1139.

158 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 5.

159 Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, op. cit. p. 584.

160 Dinges, John, "Green Light-Red Light: Henry Kissinger's Two-Track Approach to Human Rights During the 'Condor Years' in Chile and Argentina", en Arnson, Cynthia (ed.), *Argentina-United States Bilateral Relations: An Historical Perspective and Future Challenges* (Woodrow Wilson International Center for Scholars) 2003, pp. 59-76.

161 Heinz, Wolfgang S., y Fruhling, Hugo, op. cit., p. 520.

162 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 10

163 Informe del Consejo Económico y Social, Protección de los Derechos Humanos en Chile, Informe del Secretario General, 32 UN GAOR (Agenda Item12) 9, UN Doc. A/32/234 (1977).

164 Informe del Consejo Económico y Social, Protección de los Derechos Humanos en Chile, Informe del Secretario General, 32 UN GAOR (Agenda Item12) 9, UN Doc. A/32/234 (1977), pp. 12-13.

165 Cassese, Antonio, op. cit., nota III, p. 253

166 *Ibid.*, p. 254

las violaciones de los derechos humanos por parte del gobierno de Pinochet.¹⁶⁷

En el caso de las instituciones financieras multilaterales, la asistencia económica se incrementó notablemente después del golpe de 1973, tanto en términos absolutos como en proporción del total de la asistencia. En el *Informe Cassese* se distinguen dos tipos de ayuda financiera en función de sus objetivos. Por un lado, la asistencia del Fondo Monetario Internacional (FMI), que estaba destinada y condicionada a la implementación de las políticas económicas de liberalización. Y, por el otro, la ayuda del Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y las distintas agencias de la ONU, que se asignaba con un criterio social y con objetivos precisos de desarrollo. Sin embargo, este último tipo de ayuda representaba una reducida proporción de la asistencia financiera total¹⁶⁸ y aparentemente no tuvo una incidencia positiva sustantiva en los derechos de la población. Ello se debió, en primer lugar, al impacto social negativo de las políticas económicas de ajuste ya mencionadas y, en segundo lugar, a que la asistencia externa era principalmente utilizada para pagar la deuda externa y reemplazar los fondos financieros chilenos para servicios públicos, que eventualmente eran utilizados con otros fines.¹⁶⁹

A partir de 1976, los acreedores oficiales fueron reemplazados por bancos privados multinacionales, que comenzaron a prestar grandes sumas sin tener en cuenta el potencial impacto de estos préstamos en materia de graves violaciones a los derechos civiles y políticos.¹⁷⁰ El gobierno norteamericano llegó a advertir expresamente a los bancos que prestaban dinero a Chile que estaban erosionando la política exterior de Estados Unidos, que consideraba los derechos humanos como un factor crucial a la hora de decidir sobre el apoyo financiero a un régimen.¹⁷¹

Según el *Informe Cassese*, las políticas oficiales recién mencionadas, defensoras de los derechos humanos y que contaban con el apoyo de la mayoría

¹⁶⁷ Center for International Policy, *Chile: An Analysis of Human Rights Violations and United States Security Assistance and Economic Programmes*, 1-2 de julio de 1978.

¹⁶⁸ La asistencia multilateral con fines de desarrollo fue del 13.4% en 1974, del 15% en 1975 y del 18.7% en 1976. La ayuda bilateral con esos propósitos fue del 26.8% en 1976, del 16.9% en 1975 y del 17.8% en 1976. Para más detalle, véase Cassese, Antonio, op. cit., nota 11, Vol. IV, pp. 14-16.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, Vol. III, pp. 29-31.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, Vol. III, p. 67.

¹⁷¹ *The Washington Post*, "Rights Policy Not Helped by Loans To Chile From Banks", 13 de abril de 1978, p. A19.

de la comunidad internacional, quedaban sin efecto por las prácticas financieras llevadas a cabo por un número reducido de bancos.¹⁷² El presidente de la *House Banking Committee* de los Estados Unidos advirtió a seis de los principales bancos multinacionales que estaban otorgando créditos a Chile que sus acciones parecían incompatibles con las normas destinadas a evitar que las prácticas bancarias interfirieran con el interés público y que, por lo tanto, esperaba una explicación pública y completa.¹⁷³ Los líderes de la industria bancaria, sin embargo, argumentaron que las instituciones financieras no debían ser impedidas de realizar “negocios normales”, independientemente de la naturaleza de los gobiernos con los que se involucraban.¹⁷⁴

Esta resistencia de las entidades de crédito contribuyó a un hecho inusual en Estados Unidos. En 1978, el senador Edward Kennedy propuso el *Foreign Bank Loans Disclosure Act*¹⁷⁵, exigiéndoles a los bancos la divulgación de los préstamos a conocidos violadores de derechos humanos. También generó una discusión en el Senado norteamericano sobre la capacidad de las diferentes dictaduras de América Latina para mantener sus gobiernos. En ese contexto, el senador Church comentó que “el financiamiento masivo como [el que el Hanover Trust proporciona al régimen de Pinochet] podría ser lo que permite a los cinco gobiernos latinoamericanos [...] continuar con sus prácticas antidemocráticas y las violaciones de derechos humanos”¹⁷⁶

Aun cuando la política exterior de Carter parece haber contribuido en algún grado a mejorar la situación de derechos humanos durante el régimen de Pinochet,¹⁷⁷ algunas de sus medidas no funcionaron. Concretamente, el gobierno norteamericano falló en su intento de influir sobre los bancos de

172 Eran bancos comerciales extranjeros de primera línea de Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Francia, Alemania y Japón. Para un listado completo de los bancos privados multinacionales que otorgaron préstamos a Chile ver Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 29.

173 *The Washington Post*, “Several US banks Accused of Undercutting Policy on Chile”, 12 de abril de 1978.

174 Por ejemplo, en su viaje a la Argentina en 1978, David Rockefeller –el entonces presidente del banco Chase Manhattan– pronunció un discurso público criticando la política de derechos humanos del Presidente Carter, subrayando que no se debía permitir que *interfiriera con las relaciones normales entre las naciones*. En 1978, el presidente del Lloyds Bank en Londres respondió a las críticas por la concesión de préstamos a la dictadura chilena, admitiendo que este régimen era represivo pero también explicando que prestar dinero a Chile no estaba prohibido. Véase *The Guardian*, “Lloyds bounces Chile protest”, 31 de marzo de 1978.

175 S 3631-Foreign Loans Disclosure Act of 1978, 124 Cong. Rec. 37 678 1978.

176 Op. cit.

177 Cohen, Roberta, “Human Rights Diplomacy: The Carter Administration and the Southern Cone”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, 1982, p. 212.

ese país, tal como fue explicado más arriba. Además, dicho gobierno no tuvo un éxito cabal en su intento de internacionalizar las sanciones contra las dictaduras que gobernaban en la región del Cono Sur. Esto se puede visualizar, por ejemplo, al comprobar que los gobiernos militares chileno y argentino recurrieron a proveedores en Israel y países europeos cuando Estados Unidos les impuso un embargo de armas.¹⁷⁸

De todos modos, las medidas adoptadas por Estados Unidos y otros países, sumadas al *Informe Cassese*, reflejan que ya existía un conocimiento y comprensión de la relación fundamental que existía entre el apoyo financiero externo y la capacidad de la dictadura chilena no solo para sobrevivir como régimen, sino también para ejecutar efectivamente su campaña de abusos masivos de derechos humanos.¹⁷⁹

4. Contribuyendo al debate sobre la responsabilidad por complicidad financiera

La forma mediante la cual la asistencia financiera puede contribuir a la comisión de violaciones masivas de derechos humanos y cómo el derecho debe reaccionar frente a prestamistas que financian a los autores de esos crímenes, son interrogantes planteadas por una demanda civil presentada en Buenos Aires en 2009 por víctimas de la última dictadura en la Argentina contra una serie de bancos que financiaron a la última junta militar a partir de 1976.¹⁸⁰

En un *amicus curiae* presentado recientemente sobre este caso por la Universidad de Essex y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Buenos Aires, fueron sugeridas algunas respuestas y pautas concretas frente a aquellas interrogantes: tanto el derecho doméstico como el internacional reconocen la responsabilidad civil de las empresas por complicidad, incluyendo

178 Cohen, Roberta, op. cit., p. 233.

179 Esta manera de visualizar la relación entre préstamos y daños parece seguir la lógica que late en los modernos *Principios del Ecuador* implementados por los bancos, véase Hansen, Ryan C., *The Impact of the Equator Principles on Lender Liability: Risks of Responsible Lending*, (LLM Dissertation, London School of Economics and Political Science) 2006, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948228, 19 de abril de 2010.

180 El caso es Ibañez Manuel Leandro y otros casos/Diligencia Preliminar Contra Instituciones Financieras No Determinadas, No. 95.019/2009, Buenos Aires, cuya jurisdicción acaba de definirse (justicia nacional en lo civil, cfr. decisión de la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, del 28 de septiembre de 2010). Ver también Bohoslavsky, Juan Pablo y Oppenhaffen, Veerle, op. cit., p.157 y ss; Mattarollo, Rodolfo, "Los bancos de la dictadura", *Página 12*, 23 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-135803-2009-11-24.html>; Mattarollo, Rodolfo, "El círculo que se cierra", *Monde Diplomatique*, *El Dipló*, 127, enero de 2010; Verbitsky, Horacio, "Los prestamistas de la muerte", *Página 12*, 16 de marzo de 2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-121607-2009-03-16.html> (consultada el 7 de febrero de 2010).

a aquellas que proveen asistencia financiera. Los préstamos bancarios concedidos a la junta militar argentina pueden haber tenido un efecto sustancial sobre los crímenes que cometió. Debido al carácter público de las violaciones de los derechos humanos, los bancos eran conscientes de las potenciales y previsibles consecuencias de prestar una enorme cantidad de dinero a Argentina.¹⁸¹ Así, por ejemplo, los bancos no aplicaron las reglas generales de diligencia debida tales como las que hoy sugieren y precisan los *Principios del Ecuador*¹⁸² y que sistematiza el Grupo de Acción Financiera (GAFI).¹⁸³

Al analizar el vínculo causal entre la ayuda financiera a gran escala y las violaciones de derechos humanos, deben observarse las repercusiones macroeconómicas y presupuestarias de los préstamos. Es necesario reforzar el enfoque holístico –como el que implementa el *Informe Cassese*– que exige el estudio de la complicidad corporativa financiera, incluyendo perspectivas políticas, económicas, presupuestarias, fiscales y sociológicas, para contribuir a la comprensión de todo el proceso. Un análisis interdisciplinario permite abordar, identificar y comprender la relación entre las clases dominantes nacionales, las fuerzas militares, los gobiernos extranjeros, el aparato burocrático, las instituciones financieras y las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. Como explicamos anteriormente, el éxito y el fracaso de las dictaduras en América Latina, tanto en términos de estabilidad política como de resultados económicos, dependió fuertemente del apoyo financiero externo que recibieron.

En este mismo sentido, las medidas adoptadas desde los inicios del régimen de Pinochet por parte de varios gobiernos, incluyendo el norteamericano, negándose a prestar ayuda financiera al régimen militar chileno, también son relevantes para delimitar la responsabilidad corporativa por complicidad en el caso chileno. Esos gobiernos reconocieron, de alguna manera, que las contribuciones financieras podían facilitar delitos graves y masivos, y que esas

181 Amicus curiae presentado el 26 de marzo de 2010 en el caso citado en la nota anterior, disponible en la página web del Business & Human Rights Centre <http://www.businesshumanrights.org/Links/Repository/1000191/>. También véase Morini, Gabriel, “En los laberintos de la Justicia”, Página 12, 24 de marzo de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/142578-45899-2010-03-24.html>.

182 The Equator Principles Association, A financial industry benchmark for determining, assessing and managing social & environmental risk in project financing, julio de 2006, disponible en <http://www.equator-principles.com/principles.shtml>

183 En cuanto a la obligación específica de *Know Your Customer* (KYC) véase FATF 40 Recommendations (2003), disponible on line en <http://www.fatf-gafi.org>; véase también el *amicus curiae supra* citado, p. 21.

limitaciones derivaban de normas internacionales de máxima jerarquía.

De ese modo, lo realizado por la administración Carter hace más de 30 años, así como los esfuerzos del senador Edward Kennedy y de otros parlamentarios de Estados Unidos, decididamente contribuyen al debate actual acerca del impacto que tiene el dinero en términos de facilitación de delitos y cómo el derecho debe responder a esta interrogante. Al prestar detenida atención a las normas en virtud de las cuales el gobierno de Estados Unidos rechazaba la concesión de ayuda a las dictaduras latinoamericanas, quedan pocas dudas sobre su rango de *jus cogens*.¹⁸⁴

La responsabilidad por complicidad, incluida la financiera, debe atender al efecto previsible derivado del uso de los *commodities* antes que observar su cualidad intrínseca. Un ejemplo concreto: el dinero no solo puede empeorar una situación sino que también puede contribuir a mejorarla. Después de reiterados rechazos de ayuda financiera al gobierno de Chile, el gobierno de Estados Unidos comenzó gradualmente a cambiar esta posición, precisamente porque las autoridades chilenas estaban en proceso de mejorar la situación de los derechos humanos en el país. Tal como apunta el *Informe Cassese*, “incluso esta nueva postura revela el estrecho vínculo existente entre la ayuda económica externa y el respeto de los derechos humanos en Chile”.¹⁸⁵

La *cascada de justicia* que en América Latina han implicado las comisiones de la verdad y los procesos penales extranjeros y nacionales contra los ex represores, refleja una tendencia general en la política mundial hacia una rendición de cuentas más estricta.¹⁸⁶ Ésta aún no ha evolucionado hacia una sólida responsabilidad corporativa por complicidad, lo cual claramente erosiona los objetivos últimos de cualquier proceso de justicia transicional. En ese sentido, la demanda civil presentada recientemente por las víctimas de la dictadura argentina contra los bancos que la finan-

184 En referencia al caso Argentino: *Arms Trade in the Western Hemisphere: Hearing Before the Subcommittee on Inter-American Affairs of the Committee on International Relations, 95th Cong. (1978)* (declaraciones de Patricia M. Derian, Subsecretaria de Derechos Humanos y Asuntos Humanitarios del gobierno de Carter). En estas declaraciones se mencionaron expresamente convenciones internacionales e interamericanas que protegen a los individuos contra groseras, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos fundamentales. Sobre las normas perentorias del derecho internacional ver nota 34.

185 Cassese, Antonio, op. cit., Vol. III, p. 89.

186 Lutz, Ellen y Sikink, Kathryn, “The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”, en *Chicago Journal of International Law*, 2, 2001, pp. 1-33; Sikink, Kathryn y Walling, Carrie B., “The Impact of Human Rights Trials in Latin America”, en *Journal of Peace Research*, 44, 2007, pp. 427-445.

cieron implica un desafío.¹⁸⁷ Del mismo modo, Chile –que ya ha exhibido, con el caso del banco Riggs, un avance notable en la tarea de conectar servicios financieros y violaciones de derechos humanos a gran escala–¹⁸⁸ ofrece una nueva oportunidad para repensar ese vínculo.

Nótese que la tesis postulada en este trabajo elude las discusiones en torno al positivismo que caracterizaría a la teoría legal chilena,¹⁸⁹ puesto que tanto el derecho internacional como, muy especialmente, el doméstico reconocen la responsabilidad civil de las personas jurídicas en su carácter de cómplices. Se trata de un asunto de responsabilidad extracontractual.

Puesto que la discusión en torno al rol de los agentes que financiaron el régimen de Pinochet implicaría abrir un capítulo más en el proceso de justicia transicional chilena, es legítimo interrogarse acerca del impacto que la enunciación formal de esta pregunta podría generar en el desempeño de la economía nacional.¹⁹⁰ La información bruta disponible indica que los inversores en Chile han asumido, desde el retorno de la democracia, una actitud positiva frente a los mecanismos transicionales en pos de la verdad y la justicia: se consolida la democracia y el Estado de Derecho, y, con ellos, las condiciones para el crecimiento económico.¹⁹¹ Este tipo de razonamiento de *realpolitik* acerca de la relación entre responsabilidad por complicidad corporativa y promoción de intereses económicos, e incluso geopolíticos, también ayuda a entender por qué el ATCA sobrevive: resulta funcional a la política exterior de Estados Unidos, que apuesta al cooperativismo en materia de derechos humanos.¹⁹²

Volviendo al caso chileno, la jurisprudencia del país se ha mostrado particularmente contradictoria en cuanto a la prescriptibilidad de las acciones

187 Bohoslavsky, Juan Pablo y Opgenhaffen, Veerle, op. cit., p. 201 y ss.

188 Scott, Shaw W., op. cit., pp. 1497-1543.

189 Hilbink, Lisa, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, (Cambridge University Press) 2007.

190 Appel, Benjamin, y Loyle, Cyanne, “Investing in the Truth: Foreign Direct Investment and Post-Conflict Justice”, trabajo presentado en el Annual Meeting of the Theory vs. Policy? Connecting Scholars and Practitioners, Nueva Orleans, Luisiana, 17 de febrero de 2010.

191 Olsen, Tricia, Reiter, Andrew y Wiebelhaus-Brahm, Eric, “Taking Stock: Transitional Justice and Market Effects”, trabajo presentado en el Midwest Political Science Association Annual Meeting, 22-5 de abril de 2010, Chicago.

192 Knowles, Robert, “A Realist Defense of the Alien Tort Statute”, en *Washington University Law Review*, Vol. 88, 2011, (En prensa).

civiles derivadas de violaciones graves de derechos humanos,¹⁹³ aun cuando el derecho comprometido en estos supuestos indica que la denegación de indemnizaciones a esas mismas víctimas en razón del transcurso del tiempo puede implicar la lesión del derecho a una compensación adecuada, promover la impunidad e impedir el acceso a la justicia reparatoria.¹⁹⁴

En cualquier caso, a las víctimas les asiste un derecho inalienable y autónomo a conocer la verdad de los hechos,¹⁹⁵ el cual incluye las circunstancias en las cuales se cometieron los delitos, sus perpetradores y, naturalmente, quienes contribuyeron a que todo ello fuera posible. Esa investigación podría realizarse, en procesos civiles que presenten ese objeto cognitivo específico y/o en los juicios penales aún en trámite, como herramientas para asegurar la operatividad del derecho a conocer la verdad acerca de los delitos y cómo estos fueron facilitados.¹⁹⁶

Una investigación en torno a los cómplices económicos es así, en clave de justicia transicional, una herramienta para completar la narrativa histórica y dotar de integralidad y coherencia a la reparación.¹⁹⁷ Esto presume que, aun cuando el caso del banco Riggs¹⁹⁸ ha sido importante para integrar el puzle de responsabilidades,¹⁹⁹ el debate sobre la forma en la que los factores económicos

193 (Sentencias dictadas con una diferencia de tres días) Aceptando la prescriptibilidad, S.C.S., Rol N° 3078-08, del 5 de abril de 2010; y rechazándola, S.C.S., Rol N° 2080-08, del 8 de abril de 2010.

194 Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, 2, 2008, pp. 147-207. Feddersen, Mayra, “Prescripción de acciones civiles en Chile”, (Universidad Diego Portales) 2010, disponible en http://www.icso.cl/images/Paperss/prescripcion_ensayo.pdf.

195 Comité de Derecho Humanos, *Study on the right to the truth Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, E/CN.4/2006/91, Naciones Unidas, 8 de febrero de 2006; Asamblea General, *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*, Naciones Unidas, Resolución N° 60/147 del 16 de diciembre de 2005. Sobre la necesidad de las víctimas de que exista un registro judicial acerca de su sufrimiento, véase Stapp, Eric, “Third-Party Liability for Violations of the Law of Nations: Apply International Law, The Law of the Situs, or Domestic Standards?”, en *Santa Clara Law Review*, Vol.49, 2009, p. 499.

196 Sobre esta función de los procesos penales en Chile, ver Feddersen Martínez, Mayra, “Chile”, en VV. AA., *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, (Fundación para el Debido Proceso Legal) 2010, p. 88.

197 De Grieff, Pablo, “Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: El aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, en *Estudios Socio-Jurídicos* (Universidad del Rosario), Vol. 7, 2005, p. 187; Nash Rojas, Claudio, “Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)”, en *Centro de Derechos Humanos*, (Universidad de Chile) 2009, p. 86.

198 Kornbluh, Peter, *The Pinochet File: A Declassified Dossier on Atrocity and Accountability*, (New Press) 2003, p. 224; Scott, Shaw W., op. cit., p. 1497.

199 Carranza, Ruben, “Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?”, en *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 2008, pp. 310-330.

–y, específicamente, los financieros– contribuyeron al éxito de la campaña criminal del régimen de Pinochet, aún no se encuentra saldado. Se justifican así análisis económicos, políticos y jurídicos más amplios y precisos en torno a la relación causal entre la ayuda financiera recibida por el régimen de Pinochet, el funcionamiento del aparato burocrático-criminal y los delitos mismos.

El *Informe Cassese* es, presumiblemente, el primer trabajo encomendado y ejecutado por la ONU que investiga e identifica la conexión fáctica y jurídica entre la ayuda financiera provista y las violaciones de derechos humanos a gran escala. Es una ventaja científica, institucional y política de la que goza Chile.