

Empresas, empresarios y terrorismo de estado: la respuesta jurídica

Irene Victoria Massimino, Matías Eidem
y Marcelo Ferreira*



Las condiciones de irresponsabilidad

En el Estado actual del Derecho internacional, el paradigma clásico de protección a los Derechos Humanos ha quedado desbordado. Los instrumentos internacionales de protección sólo apuntan a la responsabilidad del Estado nacional, pero no involucran a empresas transnacionales (en adelante ETN), que frecuentemente ostentan un poderío mayor que los Estados, operan por encima de la ley, dictan su propia ley, e imponen sus condiciones de dominación como regla mundial.

En el plano de los derechos nacionales, la mayoría de los países no reconoce la responsabilidad

penal de empresas: es el caso de la Argentina. En los casos de países que sí reconocen la responsabilidad de empresas, éstas suelen estar imbricadas o metabolizadas en los propios Estados, por lo que la responsabilidad jurídica se torna ilusoria. En efecto, existen tres características o mecanismos de irresponsabilidad de las ETN que las tornan inmunes:

1) *Movilidad*: las modernas ETN tienen la capacidad de movilizar en breve tiempo capitales, factores de producción, mercaderías y servicios.

2) *Elusividad*: escapismo, capacidad de colocarse por encima de la ley. En el orden globalizado, con la “muerte de las distancias”, las ETN pueden sencillamente esfumarse en el aire. Este fenómeno se advierte ya desde la segunda guerra mundial, aunque en la actualidad es más sofisticado. Así, por ejemplo, Techint fue una empresa colaboracionista italiana que se escapó de Italia para evitar la nacionalización, mientras que en Francia, Renault y Citroën -también empresas colaboracionistas-, fueron

* Irene Victoria Massimino, Matías Eidem y Marcelo Ferreira: abogados por la Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

efectivamente estatizadas.

3) *Invisibilidad*: por medio de cambios permanentes de razón social, transferencia constante de capitales para eludir cargas tributarias, y porque en definitiva están dirigidas por personas que nadie conoce.

Estos tres mecanismos de irresponsabilidad conducen a la conclusión sentada arriba: cuando las ETN se hacen visibles, encarnan en el propio Estado que las metaboliza, y frecuentemente se articulan con las redes de violencia locales. Esta mutua imbricación o metabolización se verifica en la existencia de flujos y reflujos de dirigentes en ambos sentidos -Estados y ETN-, con líneas divisorias confusas.

En lo que sigue, describiremos los principales lineamientos en materia de responsabilidad penal y responsabilidad civil, en función de los principales antecedentes internacionales.

La respuesta jurídica

En cuanto a la respuesta jurídica, la responsabilidad de empresas y empresarios nació en Nüremberg, al mismo tiempo que los crímenes de lesa humanidad, y tiene el mismo desarrollo que los crímenes de lesa humanidad cometidos por personas físicas, a saber: se inician en Nüremberg, luego quedan congelados y renacen en Ex Yugoslavia y Ruanda, luego se dan desarrollos aislados en tribunales nacionales de distintos países (EEUU, Holanda, y Suiza), y se yerguen nuevamente en la Argentina (en una docena de causas judiciales de resultado incierto, en tres de las

cuales ya hay civiles procesados).

Lo notorio de este desarrollo, como veremos, es que en los casos de Nüremberg, Ex Yugoslavia y Ruanda se trató de tribunales internacionales; los casos juzgados en EEUU se refieren a personas y estados extranjeros; mientras que en los casos juzgados en la Argentina se trata por primera vez de un país que está juzgando a sus propios criminales.

a) Los casos en Nüremberg y en el Tribunal Británico en Hamburgo sentaron las bases de la responsabilidad en este tema, que a rasgos generales después fueron recogidos en el "Informe de la Comisión Internacional de Juristas". Principalmente los casos Farben, Krupp y Funk, porque se corresponden a los tres niveles de responsabilidad establecidos por el "Informe de la Comisión Internacional de Juristas", en los planos de la "causación" y el "conocimiento". Lo que los penalistas llaman Actus Rea y Mens Rea.

b) Ruanda. Caso Musema: sentencia dictada por el Tribunal Internacional para Ruanda (2000). Alfred Musema era dueño de la fábrica de té "Gisovu", y se probó que sus empleados cometieron crímenes utilizando los camiones de la fábrica. El Tribunal determinó que el empresario podría haberlos despedido, o bien haber evitado que usaran sus camiones.

c) Ex Yugoslavia. Caso Blaskic: sentencia dictada por el Tribunal Internacional para Ex Yugoslavia (2004). Determinó que la "omisión", que es punible, y la

inacción puede generar responsabilidad cuando el coautor está físicamente presente durante la comisión del crimen.

d) Aliens Tort Statute o Aliens Tort Claims Act (Airedale Terrier Club of America): aprobado por el primer Congreso como parte del Judiciary Act de 1789. Le permite a los extranjeros presentar demandas en el territorio de los EEUU contra particulares cuando estos han participado en una violación atroz a los DDHH en cualquier parte del mundo. Pero la Corte Suprema Norteamericana en el caso “Kiobel” impuso limitaciones a futuros casos basados en esta jurisdicción.

Estos son los antecedentes a rasgos generales. También existen dos documentos importantes que son el “Informe de la Comisión Internacional de Juristas” y los “Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011. Pero por ahora son “softlaw”.

Responsabilidad Penal

En el caso de la responsabilidad penal el “Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre Complicidad empresarial y responsabilidad legal” establece tres factores de responsabilidad: causación, conocimiento y proximidad. Este informe está pensado para ser aplicado a cualquier empresa, transnacional o nacional, estatal o privada, grande o pequeña. Y trata tanto de la responsabilidad penal como de la civil.

Causación: (cadena de causación).

Se trata de lo que los penalistas denominan Actus rea. Se contemplan tres clases de conductas que determinan la responsabilidad de la empresa:

-*Habilitan:* cuando la conducta de la empresa opera como factor sine qua non. La violación no habría ocurrido sin la participación de la empresa. Por ejemplo, cuando las empresas suministran armas, aviones, pistas de aterrizaje, o marcan o entregan en bandeja a sindicalistas insubmisos.

-*Exacerban:* cuando la participación de la empresa incrementa o intensifica los daños, aunque éstos igualmente hubieran ocurrido. Al menos parte del daño no hubiera ocurrido sin la empresa.

-*Facilitan:* las violaciones hubieran ocurrido de todos modos, pero la empresa las hizo más fáciles.

Conocimiento: Se trata de lo que los penalistas denominan Mens rea. Se preventres niveles de intencionalidad:

-*Quieren:* cuando las empresas quieren habilitar, exacerbar o facilitar las violaciones a los derechos humanos. En este caso los directivos pueden ser considerados autores principales.

-*Tienen conocimiento:* o deber de conocer, aunque no lo deseen. Por ejemplo, por información disponible en Internet u otros medios. En este caso hay una diferencia entre el derecho penal y el civil: en el primero se requiere la prueba concreta del conocimiento, mientras que en el segundo se presume a partir

de lo que una “persona razonable” debería haber sabido (un miembro responsable y cuidadoso de la sociedad).

-Ignoran: cuando las empresas y los empresarios ignoran el riesgo de manera voluntaria, lo que el informe denomina “testigo silencioso”.

Proximidad: cuando las empresas se ven involucradas en las violaciones a los derechos humanos por su proximidad geográfica, espacial o temporal, o derivada de la naturaleza de la relación o las transacciones.

Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil o “derecho de daños” es importante porque, cuando se trata de empresas, puede ser la única vía de responsabilidad posible. En efecto, mientras unos pocos sistemas legales han reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la inmensa mayoría de los sistemas legales admite su responsabilidad civil en el caso de daños derivados de su complicidad (arts. 1067, 1081 y 1109 Cód. Civil).

-La CIJ establece tres parámetros:

1. *Conocimiento:* si la empresa conocía, o debía haber conocido, que su conducta implicaba el riesgo de causar daños. Todos los sujetos cuya conducta contribuya en mayor o menor medida al daño pueden asumir responsabilidad, hayan o no instigado la situación, habiendo causado de forma activa el daño o ayudado al sujeto principal. Incluso puede haber responsabilidad

aunque la conducta no haya sido dolosa o culposa: responsabilidad objetiva (responsabilidad del empleador por los actos de sus empleados).

2. *Medidas preventivas:* si tomó las medidas para evitarlo a partir de la información disponible: el grado de lo que se considera previsible aumenta en proporción a los medios de información, como Internet. La responsabilidad puede surgir no solo por causar daños, sino también por no hacer nada para evitarlo, o permanecer en silencio. Y la empresa debe no sólo abstenerse de ciertos actos (armas, combustible), sino también tomar la iniciativa y proteger a alguien. CIJ: “en todas las jurisdicciones el derecho de daños reconoce que en ciertas circunstancias se puede imponer un cierto deber de actuar”.

3. *Causalidad:* o conexión causal. Las principales reglas son las siguientes:

-Si una conducta entra dentro de la cadena de causación, incluso si no es la única o principal causa, el vínculo requerido se habrá establecido.

-Cualquier clase de conducta se puede considerar como la causa del daño, incluso si constituye parte ordinaria de las actividades empresariales (vender, comprar, financiar, proveer servicios).

-La responsabilidad de la empresa de vigilar el riesgo no termina simplemente después de vender su producto: deben vigilar desde el momento en que dejan sus instalaciones hasta que

llega al cliente final y durante todo el tiempo en el que se use el producto.

-No se puede invocar que otro lo hubiera hecho: “es irrelevante para establecer la causación que pudiera haber sociedades mercantiles haciendo fila”.

Aliens Tort Statute (o Aliens Tort Claims Act)

Se trata de un Estatuto aprobado por el primer Congreso Norteamericano como parte del Judiciary Act de 1789. Le permite a los extranjeros presentar demandas en el territorio de los EEUU contra particulares cuando estos han participado en una violación atroz a los DDHH en cualquier parte del mundo. El requisito de la ATS es la “violación del derecho de las naciones o de un tratado ratificado por los EEUU”.

La Corte interpretó este requisito en el caso *Sosa v. Alvarez Machain*. Dijo que “los tribunales federales no deberían admitir demandas relativas a violaciones relativas a cualquier norma de derecho internacional que tenga un contenido menos definido y una menor aceptación entre las naciones civilizadas del que tenían los paradigmas usuales del siglo 18. A partir de esa decisión, la CIJ consideró que una conducta constituye “una violación del derecho de las naciones” si es contraria a una norma de derecho nacional consuetudinario.

La violación objeto de la queja fue una detención de menos de 24 hs., tras un arresto ilegal, y el Tribunal sentó que “una única detención ilegal de menos de un día, a la que

siguió la transferencia de custodia a las autoridades legítimas y una acción pronta, no viola ninguna norma del derecho consuetudinario bien definida. Se trató del caso de un agente de la DEA que fue asesinado en 1985 por un cartel de drogas mexicano. Se acusó del crimen a Álvarez Machain pero el gobierno mexicano negó la extradición. EEUU logró que fuera secuestrado por mexicanos, y lo llevaron a territorio norteamericano. Fue juzgado y absuelto por falta de evidencias. Luego Álvarez Machain invocó la ATS y acusó a José Francisco Sosa, uno de los mexicanos que lo había secuestrado, y el tribunal consideró que en este caso sí había violado la ley internacional, y el acusado era perseguible mediante la ATS.

En cuanto al grado de culpabilidad (conocimiento y propósito), la jurisprudencia aplicando el ATS ha arrojado sentencias contradictorias. Por ejemplo, argumentando que es necesario demostrar que la empresa actuó con el *propósito* de facilitar la violación de un derecho (*The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*: violaciones a los derechos humanos cometidas por el ejército sudanés en un área de concesiones petrolíferas donde operaba la empresa), o *afirmando que la costumbre internacional en la materia es el test de conocimiento* (*South African Apartheid Litig*).

En la jurisdicción norteamericana se han registrado más de cuarenta demandas por complicidad corporativa bajo el paraguas del ACTA: *Does v. Chiquita Brands*, 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; contra *Yahoo*, por proveer al gobierno chino de información y archivos que le permitieron identificar y torturar a un activista de derechos humanos; contra *Nestlé*, por utilizar la fuerza laboral de niños; contra *Unocal*, por participar en el proyecto de construcción de un oleoducto contratando fuerzas de seguridad que supuestamente aplicaron trabajo forzado en Burma.

La decisión in re *South African Apartheid Litigation*, donde miles de víctimas del apartheid demandaron a diversas empresas que habían contribuido con ese régimen, confirmó el requisito de que la contribución empresarial debe haber tenido un efecto sustancial sobre la perpetración del delito. El tribunal decidió que los préstamos no podían estar lo suficientemente conectados con los delitos en cuestión, pero irónicamente, permitió que el caso siguiera adelante contra IBM por haber proporcionado computadoras y software al régimen del apartheid.

El Tribunal concluyó que “no hay nada ilegal en la venta de un producto no defectuoso a un cliente que después lo usa dolosamente para causar daño a un tercero”. Pero la CIJ advierte que la opinión del Tribunal de Circuito estuvo condicionada por la política exterior de EEUU, porque la venta de excavadoras era parte de un programa formal de ventas de equipos militares. “Esas ventas se financiaron por la rama ejecutiva conforme a un programa del Congreso que le otorgaba discrecionalidad al Ejecutivo en lo que respecta a

los intereses estadounidenses de seguridad nacional y política extranjera. Darle curso a esta acción procesal implicaría necesariamente que la rama judicial de nuestro Estado cuestionase la decisión de la rama política de conceder una amplia ayuda militar a Israel”.

El problema de la prescripción

En el plano de la responsabilidad civil el gran problema era la prescripción, porque por ejemplo en el derecho argentino la acción por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años. El tema es de gran importancia, porque a largo plazo la responsabilidad civil puede ser la única aplicable. La reciente reforma del Código Civil estableciendo la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad cambió sustancialmente el panorama.

Como antecedente, la Cámara de Apelaciones del Trabajo (Sala IV) marcó el camino en el Caso “INGENIEROS MARIA GIMENA C/ TECHINT S.A. COMPAÑÍA TÉCNICA INTERNACIONAL S/ ACCIDENTE - LEY ESPECIAL”. María Gimena Ingegneros demandó a Techint por la ley 9688 de accidentes de trabajo, por la desaparición de su padre Enrique Roberto Ingegneros en la sede de la empresa. El tribunal sostuvo que “predicar la imprescriptibilidad del ilícito de lesa humanidad es predicar inmediatamente la imprescriptibilidad de las consecuencias del obrar ilícito”. La imprescriptibilidad afecta entonces no sólo a quienes efectivamente realizaron el crimen de lesa humanidad sino a sus coauto-

res, cómplices o instigadores, cualquiera sea su grado de desarrollo. Este fallo aún no se encuentra firme, y deja abierta la puerta a miles de reclamos en el futuro.

En el plano del derecho internacional, la imprescriptibilidad encuentra sustento en el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, dictado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 8 de febrero de 2005. En su principio 23 estableció que: “la prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”.

Asimismo, el “Comentario General sobre el art. 19 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la impunidad” estableció que “las reclamaciones civiles de indemnización no deben estar limitadas por las leyes de amnistía, estar sujetas a disposiciones limitativas ni depender de las sanciones penales impuestas a los autores” (Párrafo. 73).

El panorama en la Argentina

En términos generales, se advierte un paralelismo entre responsabilidad de empresas y em-

presarios y crímenes de lesa humanidad, y en la Argentina se verifica una tercera etapa de juzgamiento de este tipo de crímenes centrada en la complicidad civil de sectores empresarios, fenómeno que no se percibe en ninguna otra parte del mundo.

Según un reciente informe de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, al momento de redacción de este artículo existen 18 imputados empresarios, que actuaron en las empresas Acindar, Chacra de Méndez, la Comisión Nacional de Valores, Ford, La Nueva Provincia, La Veloz del Norte, Las Marías, Ledesma, Loma Negra, Mercedes Benz, Minera El Aguilar y Papel Prensa. Entre todos ellos, hay solo dos condenados (condena revisada y confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal): los hermanos Emilio y Julio Méndez, por haber aportado la chacra donde estuvo secuestrado, fue torturado y asesinado en 1977 el abogado de los trabajadores de Loma Negra, Carlos Moreno. Es importante recalcar que Moreno los representaba en distintas causas, algunas de ellas vinculadas a la silicosis producida por las condiciones laborales, y que luego de su asesinato los trabajadores no consiguieron otro abogado.

Sin embargo, la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad señaló que “la baja cantidad de (empresarios) imputados sumadas a las resoluciones que cuestionan la responsabilidad en casos donde existen grandes cúmulos de prueba son elementos que dificultan el avance del juzgamiento de estos imputados, lo cual implica que se

diseñen nuevas estrategias para ello”¹. Además, una serie de recientes decisiones judiciales han instalado un panorama incierto.

En efecto, con fecha 13/3/2015 la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por las defensas de los imputados Carlos Pedro Tadeo Blaquier y Alberto Enrique Lemos, y en consecuencia revocar la decisión que había confirmado el procesamiento de los nombrados por el delito de privación ilegítima de la libertad. Blaquier y Lemos eran respectivamente presidente del directorio y administrador general de la empresa Ledesma S.A.A.I., y la Cámara de Casación dispuso su falta de mérito, y rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el fiscal Javier De Luca, quien recurrió en queja a la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, el juez federal subrogante de Bahía Blanca Claudio Pontet declaró la falta de mérito en una causa abierta contra el director del diario “La Nueva Provincia”, Vicente Massot, quien estaba acusado como coautor de los homicidios de los obreros gráficos Enrique Heinrich y Miguel Loyola. La intervención del nombrado Pontet, así como la del juez federal subrogan-

te Ulpiano Martínez en las causas donde se investiga la complicidad civil, fue criticada por los fiscales de la Unidad de Derechos Humanos de Bahía Blanca y por las organización de derechos humanos y finalmente el Consejo de la Magistratura decidió no renovar sus subrogancias².

Por otro lado, el juez federal Julián Ercolini, en la causa “Papel Prensa”, rechazó el pedido de indagatoria a los directivos del grupo Clarín Ernestina Herrera de Noble y Héctor Magnetto, y al dueño del diario La Nación Bartolomé Mitre, alegando que se encuentra un peritaje contable en curso³.

El panorama es complejo. A medida que se avanza sobre los distintos ámbitos de responsabilidad la resistencia parece ser más fuerte y concentrada en protección de ciertos intereses y posiciones de privilegio. Es por ello que las discusiones que se presentan al investigar la responsabilidad empresarial exceden el marco del expediente, y las pretensiones de investigar, juzgar y sancionar a los autores (en sentido amplio) de los crímenes durante la última dictadura militar, se encuentran con estructuras de poder corporativas que, lamentablemente, funcionan como aseguradores de impunidad.

¹ Miguel, Lucas (2015). Logros y desafíos a diez años de la sentencia que declaró inconstitucionales las leyes de impunidad. Recuperado de: <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/logros-y-desafios-a-diez-anos-de-la-sentencia-que-declaro-inconstitucionales-las-leyes-de-impunidad/>

² Secretaria de Derechos Humanos CTERA (2015). Dos jueces subrogantes bahienses fueron apartados del cargo. Recuperado de:

<http://ddhhctera.blogspot.com.ar/2015/06/dos-jueces-subrogantes-bahienses-fueron.html>

³ Infonews (2015). Recuperado de: <http://www.infonews.com/nota/191111/papel-prensa-ape-lan-la-decision-del-juez-ercolini-de-no-llamar-a-indagatoria>