

Dos desafíos para los derechos humanos del siglo XXI: restitución a las víctimas y responsabilidad de las corporaciones

Juan Bautista Justo

"Aún cuando reconocemos la gravedad de las ofensas descritas por los demandantes, la aceptación de un reclamo como el suyo abriría la puerta, al menos teóricamente, a pedidos de incontables grupos damnificados por violaciones a los derechos humanos ocurridas en cualquier lugar del planeta en algún momento de la vasta historia humana" (Corte de Apelaciones del III Circuito, Estados Unidos, "Hereros et al. v. Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.", 2007)

"La lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido" (Milan Kundera, El libro de la risa y el olvido, 1978)

I. Presentación: 1) Los Herero y el Deutsche Bank. 2) Las tragedias. 3) Los intentos de respuesta en América Latina. 4) El objetivo de este trabajo. II. El régimen de protección internacional de los derechos humanos. Líneas básicas. III. Violación de derechos humanos y reparación a las víctimas: 1) Los deberes estatales frente a graves violaciones a los derechos humanos. Concepción amplia del deber de reparación. Restitución, indemnización subsidiaria y garantías de no repetición. 2) La reparación desde la sanción a los responsables. Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. 3) La reparación desde la compensación a las víctimas. La consolidación de las situaciones económicas derivadas de las violaciones de derechos humanos y la necesidad de garantías civiles de no repetición. IV. Violación de los derechos humanos y responsabilidad corporativa: 1) La ausencia de obligaciones de la empresa en el plano internacional. 2) Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. 3) El deber de protección de los derechos humanos como instrumento para superar la laguna del derecho internacional. V. Conclusiones.

I. Presentación

1º) Los Herero y el Deutsche Bank

En 2001, miembros de la tribu de los Herero de Namibia demandaron en los tribunales de los Estados Unidos al Deutsche Bank y a Woermann Line -quienes actuaron en el país africano como Deutsche Afrika-Linien GmbH & Company- buscando reparación por genocidio. Lo mismo hicieron contra el Estado alemán. La imputación contra las empresas se fundó en su estrecha alianza con el gobierno imperial alemán en el sudoeste

de África (hoy Namibia) en los inicios del siglo XX. Los reclamantes adujeron que esas compañías fueron cómplices de las atrocidades cometidas contra el pueblo Herero en el período colonial y alegaron crímenes contra la humanidad, trabajo esclavo y genocidio.

En 1903 los ocupantes alemanes interpretaron una serie de actos de los Herero como rebelión y libraron un brutal ataque contra ellos. El 2 de octubre de 1904, el militar a cargo de la operación –General Lothar von Trotha- decretó oficialmente que *“Los Herero deben abandonar el país. En caso contrario los forzaré a hacerlo por las armas. Cualquier Herero encontrado dentro de las fronteras alemanas, armado o no, con o sin ganado en su poder, será aniquilado. No aceptaré más a mujeres o niños, los devolveremos con su gente y en caso contrario ordenaré que les disparen. Firmado, el Gran General del Poderoso Kaiser, von Trotha”*.¹ Los Herero fueron acibillados con ametralladoras y sus pozos de agua envenenados. De 1904 a 1907 cerca de 65.000 Herero (80% de la tribu) fueron asesinados o murieron de hambre luego de ser desplazados forzosamente de sus tierras hacia el desierto del Kalahari.² El Deutsche Bank fue acusado de financiar las acciones alemanas en África del Sudoeste y Woermann Lines, además, de operar sus propios campos de concentración en la zona y utilizar prisioneros Herero como mano de obra esclava.

Alemania ha rechazado sistemáticamente los reclamos de reparación que los Herero han realizado e inclusive los gobernantes de ese país se negaron durante muchos años a disculparse formalmente por los crímenes coloniales contra ese pueblo. Durante una visita a Namibia en 1998, el presidente alemán Roman Herzog dijo a los Herero que había pasado demasiado tiempo para que se pudiera ofrecer una disculpa oficial.³

Luego de varios años de juicio, el reclamo iniciado en Estados Unidos fue rechazado por las cortes de ese país, al considerarse que se encontraba prescripto, es decir que había pasado demasiado tiempo desde los hechos hasta el juicio, y que no existía sustento para responsabilizar a las compañías demandadas.

Recientemente, Alemania ofreció una disculpa por las masacres.

2º) Las tragedias

En el último siglo los actos de genocidio –exterminio de pueblos- han costado la vida de aproximadamente 180 millones de personas.⁴ A lo largo de 400 años de comercio

¹ Puaux René, *The German Colonies; What Is to Become of Them?*, BiblioBazaar, 2009.

² Lo mismo sucedió con otra tribu mayoritaria de la zona, los Nama, pero ellos no iniciaron juicio.

³ Sarkin, Jeremy - Fowler, Carly, “Reparations for Historical Human Rights Violations: The International and Historical Dimensions of the Alien Torts Claims Act Genocide Case of the Herero of Namibia”, *Human Rights Review*, 2008, 9: 331-360.

⁴ Sarkin, Jeremy, “The Coming of Age of Claims for Reparations for Human Rights Abuses Committed in the South”, *Sur International Journal on Human Rights*, 2004, N° 1:67.

transatlántico de esclavos, cerca de 30 millones de africanos fueron trasladados a la fuerza desde su tierra natal, en lo que se considera el mayor desplazamiento forzado de personas en la historia.⁵ En la actualidad las estimaciones mínimas de la población sometida a esclavitud se cifran en más de 12 millones de personas y el problema va en aumento.⁶ En 2011 se registró un total de 42,5 millones de personas desplazadas forzosamente en el mundo.

768 millones de seres humanos carecen de acceso a fuentes adecuadas de agua para beber, mientras que 2.500 millones carecen de acceso a saneamiento mejorado y unos 1.000 millones usan la práctica de la defecación al aire libre.⁷ El número de personas desnutridas en todo el mundo es de 925 millones y otros 1.000 millones sufren de malnutrición grave,⁸ aún cuando el planeta podría producir alimentos suficientes para alimentar a 12.000 millones de personas. Aproximadamente 6 millones de niños mueren cada año por desnutrición o enfermedades relacionadas con ella, esto es, 16.000 niños cada día. La muerte de más de un tercio de los niños que fallecen cada año antes de cumplir los 5 años se deba a enfermedades relacionadas con el hambre.⁹

Las mujeres y las niñas se ven desproporcionadamente afectadas por estas situaciones, en parte debido a la desigualdad entre los géneros y la discriminación, al punto que en muchos países la probabilidad de morir de malnutrición y de enfermedades infantiles prevenibles es dos veces mayor entre las niñas que entre los niños, y que el número estimado de mujeres que sufren hambre casi duplica al de hombres.¹⁰

En países subdesarrollados, 130 millones de niños en edad escolar no tienen acceso a la educación primaria, y de ellos dos tercios son mujeres.¹¹

Menos de 100 días llevó, en 1994, el asesinato de entre 800.000 y 1 millón de personas en Rwanda.

Lejos de constituir excepciones o hechos aislados en el acontecer de las sociedades, las persecuciones, genocidios y torturas sistemáticas forman parte de una trama histórica constante en los cinco continentes.¹² Ello confirma el enorme desafío que la erradicación de esas prácticas supone.

⁵ UNESCO, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/SlaveryInternationalDay.aspx>

⁶ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Resolución 6/14, *Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud*, 2007.

⁷ OMS - UNICEF, Programa Conjunto OMS/UNICEF de Monitoreo del Abastecimiento de Agua y del Saneamiento (JMP) *Progress on sanitation and drinking-water - 2013 update*.

⁸ FAO, *The State of Food Insecurity in the World 2009: Economic crises – impacts and lessons learned*, 2009.

⁹ UNICEF, *The State of the World's Children*, 2007.

¹⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Resolución 16/27, *El derecho a la alimentación*, 2011.

¹¹ UNICEF, *The State of the World's Children*, 1999.

¹² Recordar las tragedias del Estado Nación, en especial en los siglos XVIII a XX es importante para asumir la dimensión de los tratados de derechos humanos y evitar su banalización. Si uno pierde de vista esos antecedentes el sistema que esas convenciones materializan se vuelve bastante absurdo y queda reducido a unos jueces románticos diciendo –desde la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-

3º) Los intentos de respuesta en América Latina

En nuestra región -como resultado de las tragedias que la definen y participando de la tendencia occidental motorizada luego del genocidio sufrido por pueblos de Europa occidental en la segunda guerra mundial- los diferentes países comenzaron a mediados del siglo XX a coordinar la construcción de un sistema supranacional de protección de los derechos humanos. Su mayor hito se alcanzó con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

La puesta en marcha de estos mecanismos internacionales de protección ha significado un indudable avance en el reto de garantizar a todas las personas derechos prácticos y efectivos en oposición a teóricos e ilusorios.¹³ Sin embargo –y como es lógico- la experiencia nos va mostrando la necesidad de profundizar algunos aspectos de esos modelos, en especial los encaminados a desarticular los intereses económicos que laten detrás de muchos casos de violaciones.

4º) El objetivo de este trabajo

Este trabajo se ocupa de dos tópicos en los que el sistema de los derechos humanos debe afinar sus estrategias: *reparación a las víctimas* y *responsabilidad de las empresas*. Las dos temáticas involucran la generación de incentivos tangibles para el respeto de los derechos y asignan un lugar nuevo tanto a los damnificados como a ciertos sujetos responsables de violaciones. Debido a la omnipresencia del Estado en esta materia, ambos actores se han visto relegados y dispensados –respectivamente- del rol decisivo que les cabe y es tiempo de que eso vaya cambiando.

Por ejemplo, de acuerdo a estimaciones realizadas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los bancos y empresas multinacionales extranjeros que operaron en Sudáfrica bajo el *apartheid* transfirieron a sus casas matrices más de 3.000 millones de dólares por año en ganancias entre 1985 y 1993 ¿Pueden las víctimas de ese

qué hacer a todo un continente. Si nos olvidamos del colonialismo, holocausto, dictaduras, desapariciones, discriminación, tortura, hambre y flagelos similares podemos llegar a creer que esos regímenes internacionales son un simpático discurso o un simple espasmo de voluntarismo. Por el contrario, si computamos el escenario en el cual estas convenciones se inscriben debemos interpretarlas como una decisión que procura por medios eficientes que esas atrocidades disminuyan. El sacrificio de soberanía que los sistemas supranacionales de derechos humanos conllevan es proporcional al potencial dañoso del ser humano que esa soberanía ha amparado. Véase Mc Dougal, Myres - Leighton, Gertrude, "The Rights of Man in the World Community: Constitutional Illusions versus Rational Action", *Yale Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 2482, 1949. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2482

¹³ TEDH, *Artico v. Italia*, 13 de mayo de 1980, párr. 33; *Cruz Varas y otros v. Suecia*, 20 de marzo de 1991, párr. 99.

régimen exigirles una indemnización por la complicidad con el gobierno que los oprimió por siglos?

Esas son las preguntas necesarias para avanzar y en ese contexto el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene dos desafíos por delante:

a) Consagrar la ***imprescriptibilidad de la responsabilidad civil*** por graves violaciones a los derechos humanos en la misma medida en que se ha consolidado la vinculada con la responsabilidad penal (imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad).

b) Establecer la ***responsabilidad corporativa por autoría, complicidad y/o promoción de esas violaciones***.

Como resultado de estas dos medidas, las personas lesionadas en sus derechos fundamentales contarán –sin límite temporal- con la posibilidad de instar los reclamos resarcitorios por los daños sufridos no sólo contra el Estado, sino también contra cualquier empresa o particular al cual pueda atribuirse la autoría o complicidad respecto de esas prácticas. En ello se dirime una gran porción del potencial transformador de los derechos humanos.

La lesión de derechos básicos tiene que empezar a ser un pésimo negocio.

II. El régimen de protección internacional de los derechos humanos. Líneas básicas

La ratificación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos ha implicado para los países una importante cesión de facultades soberanas hacia instituciones que no dependen directamente de la voluntad estatal y cuyas decisiones condicionan crecientemente el margen de actuación de las autoridades locales.

Sobre la base de la universalidad e inviolabilidad de los derechos que consagran, el diseño de las diferentes convenciones internacionales en la materia recepta los siguientes lineamientos: **1)** la fijación de *pisos mínimos* de protección de esos derechos que limitan el margen de acción de los gobiernos; **2)** la imposibilidad de los Estados de invocar su ordenamiento jurídico interno, sus tradiciones culturales o cualquier otro elemento de su identidad nacional para justificar el apartamiento de esos pisos mínimos de protección, y; **3)** el establecimiento de tribunales internacionales con la facultad de controlar la compatibilidad de las prácticas domésticas de cualquier índole con las reglas de los tratados, declarar al Estado incurso en responsabilidad internacional ante un supuesto de

violación de esas reglas y condenarlo a hacer cesar la infracción e indemnizar los daños causados.

Esos rasgos obedecen a que -a diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales tradicionales- este tipo de acuerdos no está orientado a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, sino a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano. Los Estados que pasan a integrar los mecanismos de las convenciones deciden unirse y limitar su esfera de acción, tanto interna como externa, para asegurar mediante una acción colectiva -que se estima más eficiente que la tradicional- la vigencia tangible de los derechos humanos. De ese modo, los miembros optan por reducir sus potestades propias para ampliar en conjunto su capacidad de protección de esos intereses. La limitación singular del campo de acción estatal por medio de una autorrestricción se traduce en una ampliación correlativa de ese campo por medio de la cooperación.¹⁴

El sacrificio de soberanía es alto, pero proporcional a los formidables desafíos involucrados y a la decisión de afrontarlos cooperativamente. Luego de grandes tragedias humanas, el discurso jurídico dominante se ha visto forzado a reconocer -al menos en este campo- la presencia de un interés común y no aislado que explica el fuerte impacto de las convenciones como condicionante global de todas las acciones del Estado.

Como resultado de la amplitud de los intereses amparados colectivamente - derechos fundamentales en cabeza de cada persona- el sistema posee una vocación de protección sumamente amplia y por ello procura abordar todas las facetas de la acción estatal en cualquier terreno. No hay, luego de la ratificación de un tratado de este tipo, zonas de actividad estatal exentas de esa red de compromisos y garantías.

Esa vocación amplia de protección, que expande los efectos de los derechos humanos a todos los planos de la labor estatal, tiene en nuestra región una expresión concreta en los arts. 1.1 y 2 de la CADH. Esas disposiciones sintetizan el compromiso de los Estados americanos de: **a)** respetar y garantizar los derechos fundamentales (art. 1.1), adoptando para ello medidas positivas y suprimiendo las prácticas que los vulneren y; **b)** adecuar su ordenamiento jurídico cuando ello resulte necesario para amparar el ejercicio de un derecho todavía no garantizado a nivel local (art. 2). Ese deber de adecuación es sumamente amplio e incluye la emisión y aplicación de las leyes, sentencias, reglamentos, actos o hechos que sean conducentes para permitir tal ejercicio. Por conducto de esas medidas, el Estado debe prevenir o revertir las decisiones y actuaciones de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías de la CADH, pero también ocuparse de

¹⁴ "Cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes" (Rosseau, Jean, *El contrato social*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 14) Arts. 4, 6 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

sancionar las normas y desarrollar las prácticas que su efectiva observancia exige. Si se incumplen estos mandatos se genera responsabilidad internacional del Estado en los términos de ese tratado.

En ese marco, el primer eslabón del cumplimiento de las obligaciones que los pactos imponen reside en el deber de *prevención de las violaciones a los derechos humanos*. Esa tarea “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.¹⁵ Es justamente en pos de esa prevención que resulta necesario desarticular cualquier rédito derivado de prácticas lesivas de los derechos básicos. La imprescriptibilidad de los reclamos indemnizatorios civiles y la responsabilidad de las corporaciones son dos instrumentos que apuntan hacia ese propósito.

III. Violación de derechos humanos y reparación a las víctimas

Durante el siglo XX se consolidó la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. En el XXI debemos avanzar en la imprescriptibilidad de las indemnizaciones a las víctimas, pues ella puede convertirse en una herramienta disuasiva fundamental para desalentar la comisión de nuevas atrocidades.

Así como se ha afianzado la idea de que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos, debemos llegar a la misma conclusión respecto de los institutos de derecho interno que impidan la reparación a favor de las víctimas de esas mismas violaciones.

Ese objetivo de remediación juega un rol histórico decisivo –abordar el pasado para transformar el presente y asegurar un futuro más igualitario- especialmente si pensamos que la configuración social y económica de la mayoría de las sociedades es el resultado directo de esas violaciones.¹⁶ El genocidio no es algo externo y esporádico para

¹⁵ Corte IDH, *El Amparo v. Venezuela*, 14 de septiembre de 1996, voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 6.

¹⁶ Los reclamos de las víctimas permiten desarticular los beneficios económicos derivados de las violaciones, a la par que pueden servir como punto de partida para revertir la degradación que sufren las comunidades afectadas.

nuestras comunidades, sino un aspecto sustancial de su conformación, una de sus bases más oscuras pero más esenciales.¹⁷ Asumir ese dato es decisivo.

1º) Los deberes estatales frente a graves violaciones a los derechos humanos. Concepción amplia del deber de reparación. Restitución, indemnización subsidiaria y garantías de no repetición

Desde el surgimiento de los derechos humanos, el obligado natural frente a ellos ha sido el Estado. Los derechos humanos nacen para amparar al individuo frente a los atropellos de la autoridad pública y por ende no es casual que todo el andamiaje jurídico de la responsabilidad internacional por su lesión la tenga como protagonista.

Sobre esa premisa, en el derecho internacional se entiende que la acción u omisión de cualquier autoridad gubernamental contraria a los mandatos de los pactos constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad.¹⁸ Con motivo de aquélla nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar el daño causado¹⁹ y frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse.²⁰ Admitir esa posibilidad importaría privar de eficacia a la protección transnacional de los derechos.

Ese deber de reparar tiene un amplio alcance. Si bien procura inicialmente borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares, la reparación no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas para asegurar a nivel interno los derechos y libertades consagrados en el tratado, sea a través de la modificación de prácticas domésticas, la sanción a los responsables, medidas simbólicas²¹ o cualquier otro mecanismo que permita prevenir nuevos quebrantamientos.²²

Desde esa perspectiva genérica, el propósito inicial de la reparación es eliminar las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiese existido de no haberse

¹⁷ Se ha explicado al genocidio como un "ejercicio de construcción comunitaria" (Gourevitch, Philip, *We Wish to Inform you That Tomorrow We Will Be Killed With Our Families: Stories from Rwanda*, Picador, New York, 1999, p. 95).

¹⁸ Corte IDH, *Garrido y Baigorria v. Argentina*, 27 de agosto de 1998, párr. 40.

¹⁹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, 21 de julio de 1989, párr. 25; *El Amparo*, Reparaciones, 14 de septiembre de 1996, párr. 14; *Neira Alegría y otros*, Reparaciones, 19 de septiembre de 1996, párr. 36; *Caballero Delgado y Santana*, Reparaciones, 29 de enero de 1997, párr. 15.

²⁰ Corte IDH, *Bulacio v. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 117; *"Cinco Pensionistas" v. Perú*, 28 de febrero de 2003, párr. 164; *Trujillo Oroza v. Bolivia*, 27 de febrero de 2002, párr. 96, entre muchos otros.

²¹ Swart, Mia, "Name Changes as Symbolic Reparation after Transition: the Examples of Germany and South Africa", *German Law Journal*, Vol. 09, N° 02, 2008.

²² Corte IDH, *Blake v. Guatemala*, 24 de enero de 1998, párr. 121 y punto resolutivo 3º; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y Otros) v. Guatemala*, 8 de marzo de 1998, párr. 178 y punto resolutivo 6º.

cometido.²³ Se trata, en cierta medida, de volver el tiempo atrás²⁴ y devolver al afectado el goce efectivo del derecho conculcado, lo cual erige a la *restitución* en la primera forma de reparación internacional. Sin embargo, en materia de graves atentados contra los derechos humanos esa restitución no es posible en la mayoría de los casos y por ello existen otras formas subsidiarias de reparación, como la *compensación* o *indemnización*. Por último, las *garantías de no repetición* apuntan a materializar la faceta preventiva, aspecto que juega un papel decisivo en la interpretación del sistema.

El deber reparatorio²⁵ involucra, así, al menos tres aspectos: **a)** restablecimiento del derecho vulnerado (*restitutio in integrum*); **b)** indemnización sustitutiva, y; **c)** garantías de no repetición.²⁶ El resarcimiento a los damnificados se vincula con las dos primeras –plasmadas en el art. 63.1 de la CADH–, mientras que la sanción a los responsables con la tercera –derivada del art. 1.1 de dicha convención–.

2º) La reparación desde la sanción a los responsables. Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Como vimos, uno de los aspectos fundamentales de la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos se relaciona con el deber de investigar los hechos e identificar y sancionar a los responsables. Ello constituye una garantía esencial de no repetición que el Estado debe abordar si pretende cumplir con sus obligaciones derivadas de la infracción. En este plano del deber reparatorio existe un consenso muy extendido acerca de la *imposibilidad de extinguir esa persecución y castigo como resultado del paso tiempo*. El acuerdo es tal que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cuenta con consagración normativa explícita a nivel internacional,²⁷ cosa bastante inusual en ese ámbito.

²³ Corte IDH. *Garrido y Baigorria*, cit., párr. 43; *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 31.

²⁴ Buyse, Antoine, "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 68, 2008, p. 131.

²⁵ El término "reparación" comprende las diferentes formas de satisfacción, tanto material como inmaterial, para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, los términos "restitución", "compensación" y "rehabilitación" son especies de reparación (ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/8, "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial", p. 7)

²⁶ Corte IDH, *Castillo Páez v. Perú*, 27 de noviembre de 1998, párr. 48.

²⁷ Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (1968); Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad (1973); Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra (1974); Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1996). El principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se encuentra expresamente consagrado en el Estatuto de Roma (2002) que crea la Corte Penal Internacional, cuyo art. 29 establece que "los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán". Resulta interesante advertir aquí que el Estatuto no distingue entre acción penal y acción civil, solamente reconoce la imprescriptibilidad del crimen internacional.

En nuestra región, la Corte Interamericana –el tribunal de aplicación internacional de la CADH- participa enérgicamente de esa tendencia y deduce del deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la CADH una obligación de sancionar a los autores de ataques a los derechos protegidos. Para el tribunal de Costa Rica esa obligación de garantía:

*“implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”.*²⁸

El deber de garantía es –como vemos- amplio y categórico. Como resultado de él:

*“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.*²⁹

Ese énfasis no es caprichoso; responde directamente a las situaciones de impunidad largamente conocidas en América Latina. El primer desafío que debió enfrentar el régimen interamericano de protección fue la tendencia sistemática hacia la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Su respuesta no se hizo esperar y fue lo suficientemente explícita: si pretenden mantenerse dentro de las fronteras de los pactos, los Estados americanos tienen la obligación de combatir esa impunidad por todos los

²⁸ Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 189; *Gomes Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) v. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párr. 107; *Kawas Fernández v. Honduras*, 3 de abril de 2009, párr. 76.

²⁹ Corte IDH, *Gomes Lund*, cit., párr. 108; *Barrios Altos v. Perú*, 14 de marzo de 2001, párr. 41; *La Cantuta v. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párr. 152; *Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párr. 129; *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, 8 de julio de 2004, párr. 233, *Gelman*, cit., párr. 225.

medios legales, ya que su mantenimiento propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la indefensión de las víctimas.³⁰

De esa manera, la relación entre tiempo e impunidad y la necesidad de evitar la reiteración de esos atropellos terminaron por erigir a la imprescriptibilidad penal en una garantía esencial de no repetición y forma básica de reparación. Se ha entendido que su rol es tan decisivo para la efectividad del sistema que directamente se ha sustraído de la autoridad de los Estados la posibilidad de fijar límites temporales frente al castigo. Esa autoridad ha sido sustituida por una regla internacional imperativa: *los crímenes de lesa humanidad nunca dejan de perseguirse; la búsqueda de castigo nunca se clausura*.

3º) La reparación desde la compensación a las víctimas. La consolidación de las situaciones económicas derivadas de las violaciones de derechos humanos y la necesidad de garantías civiles de no repetición

Ahora bien, pese a lo enfático de la solución adoptada en la faceta punitiva del deber reparatorio –*anulación lisa y llana de la influencia del tiempo frente al castigo*- la comunidad internacional no ha seguido el mismo camino respecto de la otra arista de ese deber, vinculada con la restitución e indemnización a las víctimas.³¹ Esta distinta vara frente a las dos formas de reparación obliga a preguntarnos *¿Por qué los Estados cedieron la administración del tiempo del castigo pero retuvieron los tiempos de la restitución? ¿Por qué el Estado puede disponer libremente de la compensación y no de la sanción? ¿Por qué la influencia del tiempo frente a la faceta indemnizatoria de la reparación no ha sido anulada?* Como veremos, esa carencia nos priva de otra garantía esencial de no repetición de estos hechos -la que impacta en la faz económica- y es por ello necesario explorar sus posibilidades y alcances.

El criterio de la prescriptibilidad de las acciones civiles en este campo es el que prevalece en la actualidad a nivel mundial. Por ejemplo, en Argentina las víctimas de delitos de lesa humanidad cuentan (contaban) con dos años para reclamar una indemnización.³² Ese plazo se computa, en el mejor de los casos para las víctimas, desde el retorno a la democracia en 1983, pues se entiende que a partir de allí los afectados estuvieron en condiciones de reclamar. Miles de peticiones de las víctimas expiraron y la

³⁰ Corte IDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, 27 de noviembre de 1998, párr. 170; *Cesti Hurtado v. Perú*, 31 de mayo de 2001, párr. 63.

³¹ Buyse, Antoine, "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", cit., p. 141.

³² Por aplicación del art. 4037 del Código Civil argentino, que reza "Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual".

reparación terminó llegando de la mano de una sucesión de leyes que estandarizaron las situaciones y tarifaron las indemnizaciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado esa situación por entender que:

*“no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados”.*³³

De esa manera, el principal sostén para justificar la prescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de hechos calificables como crímenes de lesa humanidad reside en que ellas se vinculan con una materia disponible y renunciable. Ese dato marcaría el distingo entre las formas punitiva e indemnizatoria de la reparación.

Si bien el argumento es sólido y responde a pautas arraigadas en nuestro sistema jurídico, no cabe aceptarlo tan rápidamente. Antes es necesario explorar algunos aspectos que podrían llevarnos a conclusiones diferentes.

a) Consistencia y eficacia del sistema de protección de los derechos humanos

Si tanto la obligación de sancionar como la de indemnizar son aspectos esenciales del sistema de tutela de los derechos humanos, no parece consistente que el paso del tiempo sea inoponible frente a la primera pero no frente a la segunda.³⁴ En efecto, ese régimen impone tanto el deber de luchar contra la impunidad -la inmunidad contra el castigo- como de hacerlo contra la consolidación de los beneficios y réditos de esas

³³ CSJN, 2007, *Larrabeiti Yañez, Fallos*, 330:4592, cfr. *Olivares*, 1988, *Fallos*, 311:1490.

³⁴ Confirmando la necesidad de abordar el tema de la prescripción de un modo consistente en los planos penal y civil, el principio 23 del “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (ONU, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005), establece 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”. Por su parte, los “Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario, a obtener reparación” (ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1996/17, 1996), establecen que “La prescripción no será aplicable durante los períodos en los cuales no funcionen recursos eficaces ante violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario. Las reclamaciones de reparación en vía civil, por causa de violaciones graves de derechos humanos o del derecho humanitario, no estarán sujetas a prescripción”.

prácticas criminales, esto es, dismantelar la inmunidad patrimonial de quienes se enriquecen con genocidios, dictaduras y desapariciones. Las dos finalidades son decisivas y deben contar con el mismo grado de tutela, tanto sustancial como procedimental.³⁵

Paralelamente, si pensamos en términos de efectividad del sistema,³⁶ vemos que la falta de consecuencias patrimoniales propicia la repetición crónica de las violaciones y la indefensión de las víctimas en la misma medida que lo hace la falta de castigo. Una vigorosa política de reparaciones económicas a favor de las víctimas puede actuar como un fuerte elemento de disuasión frente a posibles abusos, con una eficacia equivalente –e incluso superior- a las medidas sancionatorias.³⁷ Las reparaciones económicas cumplen al menos tres funciones: **i)** asistir directamente a las víctimas para permitirles afrontar hoy y ahora sus pérdidas; **ii)** reconocer oficialmente los hechos del pasado; y **iii)** disuadir la comisión de violaciones en el futuro.³⁸ Por ello, desde la perspectiva de la efectividad suprimir los límites temporales de la sanción y mantener los de la indemnización resulta asistemático, contrario al sentido y propósito de los tratados de protección.³⁹ Tanto la imprescriptibilidad penal como la civil constituyen garantías esenciales de no repetición.⁴⁰

³⁵ Los Principios de Naciones Unidas definen a la impunidad como “*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*” (ONU, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, cit., Definiciones).

³⁶ Al momento de interpretar estos regímenes internacionales no debemos olvidar que lo relevante para ellos es que el ejercicio –entendido como goce efectivo en la vida cotidiana- de los derechos se vea asegurado. Es en pos de ese objetivo que los Estados parte no solamente deben *respetar* los derechos y libertades, sino también *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

³⁷ En el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados deben otorgar recursos efectivos a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, incluida la reparación. Al interpretar esa manda, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha entendido que “*si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo... no se cumple*” (ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párrs. 15 y 16). Por ello, Durante una transición política después de un período de violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la obligación de garantizar a las víctimas reparación apropiada puede adquirir una dimensión cualitativamente diferente. En esas circunstancias, los Estados tienen la obligación moral y política de adoptar medidas reparadoras generales y de introducir programas detallados que ofrezcan reparación a categorías más amplias de víctimas afectadas por las violaciones en lugar de dejar que cada víctima intente reivindicar judicialmente su derecho.

³⁸ Sarkin, Jeremy, “The Coming of Age of Claims for Reparations for Human Rights Abuses committed in the South”, cit.

³⁹ v. Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N° 2, 2008.

⁴⁰ El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha requerido a Argentina que, en el marco del art. 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas O Degradantes (relativo al derecho a una indemnización justa y adecuada para las víctimas) e independientemente de la eventual prescripción de los reclamos, adopte medidas apropiadas para permitir indemnizaciones adecuadas y remitiera información pormenorizada relativa al número de reclamaciones de víctimas de la tortura durante la “guerra sucia” que habían sido satisfechas (ONU, Comité contra la Tortura, Casos Nros. 1/1988, 2/1988, 3/1988, “O. R., H. M. y M. S. c/ Argentina”, Informe. Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 44, A/45/44, Anexo VI).

Ello es más palpable si tomamos en cuenta que

*“el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.*⁴¹

Si ello es así ¿por qué se conserva la prescripción que impide esos objetivos? Si la reparación de los daños es al menos equivalente a la sanción ¿Por qué cuenta con una tutela más débil?

La laguna que produce la prescripción civil permite la consolidación de las relaciones económicas resultantes de esas violaciones, creando una suerte de indemnidad económica que es necesario combatir si queremos generar incentivos institucionales eficaces que desalienten la vulneración de estos derechos.

Es que esa distinta vara para abordar las vertientes de la responsabilidad internacional se traduce en un rasgo conservador del régimen de los derechos humanos que posee indudable gravitación práctica: basta pensar en fenómenos como el colonialismo,⁴² el apartheid o la esclavitud⁴³ para notar la importancia del factor tiempo al momento de intentar revertir sus consecuencias por medio de indemnizaciones. En cierto punto, la estructura económica y social de América Latina –y de tantos otros lugares- no es más que la *consolidación patrimonial de una sumatoria de violaciones a los derechos humanos*.

La lucha contra la impunidad es un piso mínimo del modelo, pero también lo es la indemnización a las víctimas. *El paso del tiempo no puede comprometer la eficacia de ninguno de los dos objetivos*. Las violaciones de los derechos humanos dan lugar a la construcción de una narrativa histórica de los pueblos que es necesario reparar tanto desde la sanción como desde la restitución. El tiempo no puede obturar uno de los aspectos esenciales de esa reparación, pues de esa manera no se quiebra esa narrativa, sino que se la perpetúa.

Desde una visión armónica del sistema, la disociación entre las formas sancionatoria e indemnizatoria de reparación no parece justificada y da lugar a un doble estándar conservador de las situaciones de desigualdad creadas por las violaciones. Antes

⁴¹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 134.

⁴² Purdy Jedediah, "Property and Empire: the law of Imperialism in Johnson v. M'Intosh", *George Washington Law Review*, 2007, 330-31.

⁴³ Delgado, Richard, "Two Ways to Think about Race: Reflections on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection", *Georgetown Law Journal*, Vol. 89, 2008; "Of Cops and Bumper Stickers: Notes Toward a Theory of Selective Prosecution", *Syracuse Law Review*, Vol. 57, 2007.

bien, “La verdad, la justicia y las reparaciones son complementarias y no respuestas alternativas a las violaciones graves de derechos humanos”.⁴⁴

b) Los fundamentos de la prescripción civil y su aplicación a los actos de lesa humanidad

La prescripción de las acciones civiles es justificada, en general, desde las siguientes razones:

i) Necesidad de tutelar la *seguridad jurídica*, la certidumbre y previsibilidad de las situaciones legales.⁴⁵ En esta línea se inscriben argumentos que vinculan la prescripción con una exigencia social apoyada en el orden público, la tranquilidad de los vínculos⁴⁶ o la seguridad del tráfico jurídico, es decir, la estabilidad de las relaciones de intercambio patrimonial.

ii) Presunción de *renuncia tácita al derecho por falta de ejercicio*.

iii) *Sanción o castigo* al titular de un derecho por su inercia en ejercerlo;

iv) *Protección al deudor* que, a raíz del tiempo transcurrido, perdió o destruyó documentación que lo liberaba de la obligación; o de quien dispuso de algún recurso económico a otras finalidades por pensar que el acreedor había renunciado a reclamarle.⁴⁷

v) *Eficiencia económica*, en tanto la prescripción permite reducir los riesgos en la contratación privada, el evitar reclamos antiguos y con ello abaratar costos del inversor respecto del objeto o derecho que adquiere.⁴⁸

¿Pueden aplicarse estos fundamentos frente a actos de lesa humanidad? Pareciera que no, que ellos se acomodan mal al supuesto de violaciones sistemáticas, masivas y groseras de derechos humanos. En esos escenarios no podemos predicar sin un

⁴⁴ ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías” (HR/PUB/09/1), Ginebra, 2009.

⁴⁵ De Castro explica que la razón del sacrificio que se le impone al acreedor está en que el juego socio-económico favorece a las capas sociales más activas y agresivas. Ello hace a la prescripción útil y necesaria para “la purificación drástica del tráfico jurídico”, en la medida en que “elimina situaciones residuales que obstaculizarían el buen juego de las instituciones patrimoniales” (De Castro y Brado, Federico, *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 146).

⁴⁶ Spota, Alberto, *Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 58; Trigo Represas, Félix – Lopez Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 567; Salvat, Raymundo – Galli, Enrique, *Tratado de Derecho Civil Argentino. De las Obligaciones en General*, t.III, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 398, N° 2053; Borda, Guillermo A., *Tratado De Derecho Civil. Obligaciones*, t.II, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, N° 1000. Para Llambías la razón del instituto consiste en “la conveniencia general de liquidar situaciones inestables y mantener la paz de las familias” (Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 672, N° 2100).

⁴⁷ Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, t. IV, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 608, N° 1734.

⁴⁸ López Herrera, Edgardo, *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 38.

importante grado de cinismo que sea necesario preservar la certidumbre de las situaciones jurídicas creadas por esos hechos aberrantes, o la tranquilidad social; o que la víctima ha renunciado tácitamente a ser compensada por daños en su mayoría irreversibles. Menos aún podemos admitir que la víctima merezca una sanción o castigo por no activar rápidamente su reclamo y tampoco podemos invocar frente a delitos de lesa humanidad una exigencia social apoyada en el orden público o en la eficiencia económica. Justamente, el orden público está constituido por la vigencia irrestricta de los derechos humanos (*ius cogens*).

De este catálogo de razones, el principal y más fuerte argumento empleado para justificar el diferente trato de la prescripción de la responsabilidad penal y civil por hechos de lesa humanidad consiste en que la indemnización es una materia disponible y renunciable por el damnificado,⁴⁹ mientras que el castigo lo trasciende e involucra a toda la comunidad. Lo que subyace en esa línea de razonamiento es la concepción de la prescripción como supuesto de renuncia tácita a un derecho: la víctima que no reclama indemnización en un determinado tiempo ha renunciado a hacerlo.

Ahora bien, del hecho de que la reparación sea renunciable ¿Se deduce necesariamente que ella debe estar limitada por plazos de prescripción? ¿Son “renunciable” y “prescriptible” sinónimos? ¿No puede existir un derecho renunciable pero imprescriptible?

Las características aberrantes de los hechos de violaciones graves a los derechos humanos y las secuelas que acompañan a las personas y sociedades que las sufren impiden aplicar el estándar de la renuncia tácita o de la negligencia del titular del derecho.⁵⁰

Los rasgos que caracterizan a las prácticas, autores y víctimas de hechos de lesa humanidad exigen un nivel de tutela y respuesta que aleja a estos casos de ese tipo de nociones pensadas para el comercio jurídico privado. Las especiales características que rodean la comisión de esos delitos hacen altamente inconveniente presumir –aún por el transcurso de un largo tiempo vital- que la víctima ha renunciado a la reparación.

⁴⁹ Esos rasgos son confirmados por la Corte Interamericana en *Garrido y Baigorria*, cit., párr. 72.

⁵⁰ La prescripción civil “está fundada sobre una presunción de pago o condonación de la deuda, que resulta de ese tiempo. No es regular que un acreedor descuide por tanto tiempo el pago de su deuda, y como las presunciones se toman ex eo quod plerutnque fit, las leyes presumen la deuda saldada o condonada”. De igual modo, la prescripción funciona como “pena de la negligencia del acreedor. Habiéndole dado la ley un tiempo, durante el cual pueda intentar la acción que ella le da para hacerse pagar, no merece ya ser escuchado en lo sucesivo, cuando deja pasar dicho tiempo” (Pothier, Robert, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 431),

En primer lugar, ello no parece realista.⁵¹ Las víctimas quedan neutralizadas por décadas y traumadas de por vida. Si no piden reparación es porque no están en condiciones de hacerlo.⁵² Si la causa de la prescripción es la inercia involucrada en dejar pasar el tiempo sin reclamar,⁵³ ¿Resulta conteste con la realidad y los principios de protección de los derechos humanos asumir esa inercia en las víctimas? ¿No debería el Estado ir a buscarlas?

En segundo lugar, no es admisible que el Estado invoque el paso del tiempo cuando no ha asegurado en forma inmediata el cese de la impunidad ni brindado garantías mínimas para reclamar. Por ejemplo, si en Argentina recién se juzga a los responsables de muchos hechos –o bien se concreta la pena- décadas después del retorno de la democracia, ¿Por qué razón el Estado argentino podría acusar a las víctimas de desidia en sus reclamos o presumir que han renunciado a ellos cuando todavía está en veremos el fin de la impunidad?⁵⁴

Esto no es caprichoso, justamente uno de los grandes impedimentos reales para la realización de reclamos de reparación civil es la percepción de las víctimas sobre la ausencia de garantías institucionales para revertir y sancionar la situación de injusticia generada por los delitos de lesa humanidad. *La sensación de impunidad es uno de los factores disuasivos más potentes.*⁵⁵

En definitiva, sea por la conducta estatal o bien por las razones que justifican la prescripción de los reclamos civiles, parece claro que esa institución tiene poco que ver con la realidad de las víctimas de actos de lesa humanidad. Forzar la aplicación de reglas jurídicas a situaciones para las que no fueron previstas suele constituir una típica práctica de selectividad social en perjuicio de los más desamparados.

⁵¹ Si “la prescripción afecta no a quien no ejercita el derecho, sino a quien no lo defiende cuando es violado” (Carnelutti, Francisco, “Recenzione” a la obra de Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, en *Rivista De Diritto Procesuale Civile*, 1946) ¿puede reprocharse a la víctima de delitos de lesa humanidad esa falta de defensa?

⁵² Véase Comisión IDH, *Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones*, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 febrero 2008, párr. 1.

⁵³ Pues “el tiempo es siempre un elemento para medir y un concepto de relación que valora la evolución de la situación jurídica, pero que nunca determina ni obra por sí mismo en la adquisición o extinción del derecho” (Compagnucci de Caso, Rubén, “Prescripción. Estructura y fundamentos”, *LL* 2009-A, 1118). El factor que da sentido a la prescripción no es el paso del tiempo por sí mismo, sino la inercia en el reclamante. Si ello es así, ese dato de la desidia debe ser evaluado con extremo cuidado cuando nos referimos a personas torturadas o familiares de desaparecidos ¿Cuál es la inercia en esos casos?

⁵⁴ ONU, Comisión de Derechos Humanos, “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, cit., párr. 130.

⁵⁵ ONU, Comisión de Derechos Humanos, “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, cit., párr. 135. Contrariamente, la Corte argentina ha sostenido que “la pretensión de que un sistema de gobierno constituye “in genere” un aparato intimidatorio que haría aplicable el art. 4030 del Código Civil, de manera que el curso de la prescripción sólo comenzase con la caída de aquél, importaría un paréntesis en la vida argentina durante el cual el transcurso del tiempo sería inoperante para la tutela de la seguridad jurídica, conclusión que no resulta posible sin ley específica que lo imponga” (CSJN, *Olivares*, cit.; *Sagasti*, 1961, *Fallos*, 250:676; *Productos Mu-Mu*, 1961, *Fallos*, 251:270; *Noriega*, 1967, *Fallos*, 269:51; *Troiani*, 1988, *Fallos*, 311:1499).

d) Igualdad de armas. Compensación de la situación de desventaja en que se encuentran las víctimas en relación a la posibilidad real (trauma) y jurídica (impunidad) de instar un reclamo

El principio de igualdad de armas exige que se brinde a cada parte de un conflicto una oportunidad razonable de exponer su posición en condiciones que no la ubiquen en una *sustancial desventaja frente a su oponente*,⁵⁶ demandando la existencia de un *adecuado equilibrio* entre las partes.⁵⁷

Construida inicialmente en Europa, en el plano americano también se ha recurrido a esta noción, aunque desde un lugar especialmente valioso que la enfoca bajo el prisma de las *obligaciones positivas del Estado*.

La Corte Interamericana ha perfilado a la igualdad de armas como aquel principio que obliga al Estado a introducir en las diferentes facetas de un procedimiento judicial – entre ellas las de acceso mismo a ese procedimiento- las *medidas compensatorias de la desigualdad real* que pueda existir entre las partes. El concepto no se limita, de este modo, al deber de no *generar* desigualdades sustanciales entre los oponentes, sino de *resolver las existentes* como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole.

La igualdad de armas tiene, así, en el ámbito americano la función de imponer el establecimiento de factores de corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.⁵⁸ Ese propósito se ha delineado a partir de cuatro directivas:⁵⁹

i) Para que exista debido proceso legal la persona debe contar con la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con su oponente y con otros ciudadanos en general. La igualdad debe predicarse, de esta forma, no sólo del vínculo inter-partes, sino también de la posición de aquellas frente a los terceros en general.

ii) Para poder hablar de verdaderas garantías, la persona cuyo derecho se encuentra bajo consideración debe tener a su disposición herramientas procedimentales

⁵⁶ SSTEDH, *Dombo Beheer B.V. v. Países Bajos*, 27 de octubre de 1993, párr. 33; *Moser v. Austria*, 21 de septiembre de 2006, párr. 86; *Grozdanoski v. Ex República Yugoslava de Macedonia*, 31 de mayo de 2007, párr. 36.

⁵⁷ STEDH, *Gorraiz Lizarraga y Otros v. España*, 27 de abril de 2004, párr. 56; *Ankerl v. Suiza*, 23 de octubre de 1996, párr. 38.

⁵⁸ Corte IDH, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, voto razonado concurrente del juez García Ramírez, párrs. 18 y ss.

⁵⁹ Corte IDH, OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, párrs. 117-119.

que sirvan –en la práctica- para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho.

iii) En función de lo anterior, para alcanzar sus objetivos los procedimientos estatales de resolución de conflictos deben reconocer y solucionar los factores de desigualdad real de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones se encuentran sujetos a la decisión de la autoridad pública. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación.

iv) La forma de cumplir con el mandato de resolución de esas desigualdades y evitar con ello un supuesto de discriminación por omisión, consiste en la adopción de medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existen esos medios de compensación, no podrá decirse que quienes se encuentran en desventaja se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esos obstáculos.

La prescripción es la primera y más habitual manera de limitar el acceso a un proceso judicial de reparación. Si esa prescripción consolida una situación de desventaja nos hallaremos ante la inobservancia a la igualdad de armas entre damnificado y responsable.

Desde este prisma, es indudable que las víctimas de crímenes de lesa humanidad se encuentran en una situación de desigualdad real frente a la posibilidad de implementar reclamos. Su recuperación puede llevar décadas, la imposibilidad de identificar a los perpetradores, las situaciones de impunidad institucional que suelen seguir por años y factores similares los ubican claramente en inferioridad de condiciones.⁶⁰ Por ello, es necesario que el Estado introduzca los medios de compensación de esa desigualdad y una de las facetas esenciales se vincula con los plazos de acceso a la Justicia.⁶¹

⁶⁰ Si el juzgamiento de los hechos toma décadas después del retorno de la democracia ¿Cuándo una víctima o sus familiares adquieren un sentimiento de seguridad que les permita demandar? (Véase O'Connell, Jamie, "Gambling with the Psyche: Does Prosecuting Human Rights Violators Console Their Victims?", *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, No. 2, 2005). La Comisión Internacional de Juristas explica que "frecuentemente la razón por la cual las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos no presentan demandas se deberá a los plazos, por lo general cortos, establecidos por las normas sobre prescripción. Por ejemplo, el plazo será excesivamente corto cuando las autoridades públicas con el poder en esa jurisdicción están involucradas en esas violaciones, si hay grupos armados involucrados que amenazan a los denunciantes o si el sistema legal no estaba funcionando efectivamente por otras razones. Esas circunstancias pueden hacer que no sea factible o seguro para las víctimas presentar demandas civiles en ciertos momentos. También ocurrirá a menudo que la naturaleza de los abusos sea tal que las víctimas estén demasiado traumatizadas a corto plazo como para iniciar un proceso judicial" (CIJ, *Complicidad Empresarial y responsabilidad Legal*, Vol. 3, ICJ, Ginebra, 2008, p. 51). En definitiva, *el comienzo del cómputo de la prescripción a partir de la declaración penal del delito de lesa humanidad* puede constituir una variable útil para llevar algo de coherencia a la temática del tiempo frente al deber estatal de sancionar y reparar.

⁶¹ Aún cuando se considere que debe existir un plazo de prescripción, debería preverse momento de inicio de su cómputo la condena criminal de los responsables o –mejor dicho- la determinación penal de la condición de víctima. De esa forma, el inicio de la prescripción de la reparación civil quedaría atada a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad –en función de los principios que justifican esa imprescriptibilidad- y recién

e) Valores tutelados. Justicia vs. Seguridad jurídica

La prescripción –como instituto- materializa la tensión entre dos valores: justicia y seguridad jurídica.⁶² Cuando se fija un plazo de prescripción el sistema normativo opta por aceptar situaciones injustas a cambio de previsibilidad en las relaciones. Es por ello que impide actuar en relación a esas situaciones pasado un determinado tiempo. De esa manera, aún cuando clausurar la persecución o reparación por el paso del tiempo puede ser visto como la convalidación de una circunstancia de injusticia, ese valor se sacrifica en aras de la seguridad jurídica. Hay un juicio de ponderación.

Ahora bien, cuando hablamos de daños derivados de delitos de lesa humanidad, esa ponderación no está presente. La tensión entre los dos principios no está en juego porque no hay seguridad jurídica que tutelar. La situación de injusticia es tan grande que suprime de la ecuación al valor seguridad jurídica. Al ser ello así, la prescripción pierde la razón que le da sentido. La tensión de valores involucrada en la prescripción no está presente frente a delitos de lesa humanidad. No hay nada que preservar de esos escenarios.

Al faltar una de las bases de sustentación de la prescripción, la aplicación de este instituto en perjuicio de las víctimas resulta una solución extraña al régimen de protección de los derechos humanos. No es cierto –y el debate sobre imprescriptibilidad penal así lo demuestra- que necesariamente toda acción tenga que prescribir, máxime cuando –en este tipo de casos- falta la tensión de valores que da sentido a la limitación temporal de los reclamos.

Se insiste: hablar de prescripción en estos casos implica invocar el juego de un valor que no está presente en la ecuación y –con ello- conducir al sistema jurídico hacia una anomalía. La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que *nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos*, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho. Retacear la efectividad de los derechos fundamentales para preservar la seguridad jurídica supondría admitir un

a partir de allí se computaría el límite temporal de la acción civil. Justamente, uno de los grandes impedimentos reales para la realización de reclamos de reparación civil es la percepción de las víctimas sobre la ausencia de garantías institucionales para revertir y sancionar la situación de injusticia generada por los actos que los afectaron. Por otro lado, resulta incorrecto abordar un fenómeno de lesión de derechos marcados por el dato de la masividad desde el prisma civilista del daño individual. Frente al tiempo, los rasgos colectivos del fenómeno resultan decisivos.

⁶² La prescripción no es neutral. Antes bien, favorece al deudor y perjudica al acreedor. En el caso de delitos de lesa humanidad perjudica a la víctima para favorecer ¿A quién? ¿Cuál es el sentido de fijar una prescripción? ¿Proteger al responsable de la violación? ¿Cuáles son los valores que se protegen con la prescripción de las acciones civiles derivadas de hechos de lesa humanidad?

polo de conflicto entre esos principios, cuando aquellos no sólo distan de encontrarse enfrentados sino que se hallan indisolublemente unidos. *El conflicto real es entre esos dos valores y la búsqueda de impunidad.*

f) Justicia transicional y reparación

¿Pueden aplicarse los mismos plazos de prescripción para un torturado o los familiares de un desaparecido que para la víctima de un accidente de tránsito? ¿Son las situaciones equivalentes?

La justicia transicional trata el modo en que las comunidades afrontan situaciones de violación sistemática de los derechos humanos. Estudia cómo se asumen los hechos, se sanciona a los responsables o se indemniza a las víctimas.⁶³

Existen dos grandes formas de ver la justicia transicional: como justicia *extraordinaria*, esto es, como una serie de reglas excepcionales para abordar una situación excepcional (vg. un genocidio) o como justicia *ordinaria*, es decir como la aplicación de las reglas e instituciones usuales de la comunidad –sin crear nuevas– para dar respuesta a la necesidad de justicia.⁶⁴ En la primera perspectiva es legítimo apartarse de las reglas generales para condenar a los responsables o para reparar los daños, mientras que en la segunda no. Por ejemplo, los miembros de la Junta Militar de la última dictadura argentina fueron juzgados por tribunales comunes y condenados de acuerdo al código penal de nuestro país, mientras que en Nuremberg, Rwanda o la ex Yugoslavia se crearon tribunales internacionales *ad hoc* para juzgar a los responsables.

En cierta medida, el problema en materia de prescripción es que las diferentes vertientes de la remediación de las violaciones son entendidas desde esas dos visiones opuestas de la justicia transicional: *la persecución y sanción a los responsables es abordada desde la idea de justicia extraordinaria, mientras que la indemnización a las víctimas es tratada desde la justicia ordinaria.*

El resultado de esa inconsistencia está a la vista: la esfera penal ha derribado los límites temporales para activar la acción con la idea de imprescriptibilidad, mientras que en la esfera civil se aplica el mismo plazo que para un accidente de tránsito. En el plano penal está claro que la situación de un delito de lesa humanidad y un delito común no son equiparables. Sin embargo, en el campo civil opera la asimilación entre la reparación de la violación grave y cualquier responsabilidad extracontractual. Esa contradicción entre las dos formas de reparación plantea una debilidad que es necesario remediar: o nos ceñimos

⁶³ Elster, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006.

⁶⁴ Ohlin, Jens, "On the Very Idea of Transitional Justice", *Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, Vol. 8, N° 1, 2007.

en todos los planos a la justicia transicional ordinaria o lo hacemos a la extraordinaria. No pueden utilizarse abordajes opuestos para enfrentar un mismo fenómeno.

g) Prescripción, empresas y ciclos vitales

En términos de previsibilidad, la imprescriptibilidad penal resulta menos problemática que la civil, en la medida en que la responsabilidad por delitos es personal y por ende el límite de la persecución es la muerte de su autor.

Por el contrario, la responsabilidad civil no se agota con el ciclo vital del responsable.

En relación a las personas jurídicas, la continuidad que les es inherente hace que la imprescriptibilidad civil permita discutir tragedias de siglos y demandar a las personas jurídicas –Estados y corporaciones- responsables. Esa posibilidad, lejos de constituir una falencia, es lo que hace interesante al instituto en el marco de los derechos humanos. La personalidad corporativa constituye la segunda arma –luego de la propiedad privada- más influyente de la economía global. A través de ella el Estado moderno ha subsidiado, vía limitación de responsabilidad, a los propietarios de capitales, viabilizado la expansión del sistema económico que los ampara y marcado la configuración del mundo.⁶⁵ Ese éxito ha sido posible justamente a partir de dissociar a la persona jurídica de sus miembros humanos, de lo cual deriva su continuidad con independencia de la de sus integrantes.⁶⁶

Pues bien, no cabe admitir que esa continuidad desaparezca cuando de lo que se trata es de hacer responsable a la empresa, pues ello implicaría aceptar que la herramienta de la personalidad corporativa pueda ser utilizada discrecionalmente según la conveniencia de cada situación: cuando el empresario –persona física- se enfrenta, actual o potencialmente, a un reclamo puede oponer la personalidad jurídica de su emprendimiento y lograr la inmunidad frente a las consecuencias adversas de sus decisiones, pero cuando es la empresa –persona jurídica, mediante sus órganos de gobierno- quien quiere protegerse puede invocar la muerte de su dueño como causal de

⁶⁵ “Partiendo de la necesidad de promover la riqueza, la empresa ha sido subsidiada por el Derecho. Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresario; se le permite arriesgar, cargándosele sólo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores” (Lorenzetti, Ricardo, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, LL 1998-A, 1024).

⁶⁶ La estructura específica de las corporaciones puede variar a nivel global, pero sus componentes básicos son los siguientes: *personalidad jurídica* –que les permite gozar de los derechos que tienen los seres humanos-, *responsabilidad limitada* –que permite a sus dueños escindir su patrimonio particular del destino de la empresa- *participación transferible*, *gerencia por un directorio* y *propiedad de los inversores* (Hansmann, Henry et al –eds-, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 1; Blumberg, Phillip, *The Multinational Challenge to Corporation Law*, New York, Oxford University Press, 1993, Cáp. 1). v. Bratton, William, “Two Observations on Holocaust Claims”, 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 321 2000-2001.

extinción de responsabilidad. No parece aceptable admitir esa lógica de “la casa siempre gana” al momento de interpretar una de las instituciones jurídicas más influyentes de la historia.

Por otra parte, en relación a las personas físicas la regla es la transmisibilidad de las obligaciones, con lo cual resultaría posible reclamar contra los herederos de los autores o cómplices de los actos de lesa humanidad sin comprometer principio alguno de la regulación usual en la materia. A todo evento, esos sucesores podrían oponer como límite a su deber de responder el patrimonio heredado, bajo la figura del beneficio de inventario.

En definitiva, tanto de los rasgos propios de la persona jurídica como de la regla de transmisibilidad hereditaria de las obligaciones, la imprescriptibilidad civil no se ve afectada, a diferencia de lo que sucede en el campo penal, por el ciclo vital de los responsables ni compromete principio alguno.

El primer desafío está en marcha. Los factores analizados llevan a postular que los delitos de lesa humanidad deben dar lugar a indemnizaciones imprescriptibles.

IV. Violación de los derechos humanos y responsabilidad corporativa

1º) La ausencia de obligaciones de la empresa en el plano internacional

El segundo desafío para los derechos humanos en la actualidad pasa por consagrar la responsabilidad internacional de las empresas por autoría o complicidad con actos de lesa humanidad.

Aún cuando el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que tanto los individuos como las instituciones deben promover el respeto a esos derechos y libertades,⁶⁷ el criterio que ha prevalecido históricamente en el orden internacional es que los tratados de derechos humanos obligan directamente sólo a los Estados, pero no a las empresas o individuos, salvo en ciertos aspectos penales.

De ese modo, la opinión tradicional sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos es que imponen sólo responsabilidades *indirectas* a las empresas, es decir, responsabilidades establecidas por cada uno de los Estados en sus leyes como forma de cumplir con sus deberes internacionales. Por ejemplo, en la Observación General 31 del

⁶⁷ Henkin, Louis, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 25, 1999, p. 25. Explica el autor que “Los individuos incluyen a las personas jurídicas. Los individuos y las instituciones no excluyen a nadie, a ninguna empresa, a ningún mercado, a ningún ciberespacio. La Declaración Universal se aplica a todos ellos”.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se concluye que las obligaciones derivadas de los tratados “no producen... un efecto horizontal directo como cuestión de derecho internacional”, es decir que se aplican a los agentes no estatales *sólo en virtud del derecho interno*.⁶⁸ Esto significa que las responsabilidades corporativas en este campo sólo existen en la medida en que las recepta el Estado.

La ausencia de efecto vinculante directo de las obligaciones en materia de derechos humanos hacia las empresas constituye una laguna jurídica esencial del derecho internacional que debe ser superada, en especial porque supone una grave inconsistencia con el reconocimiento actual de la persona como sujeto en ese ámbito jurídico.

En efecto, la responsabilidad de los particulares por violaciones a los derechos humanos es una consecuencia lógica y necesaria de su nuevo status subjetivo a nivel internacional, precisamente a partir de los tratados que consagran aquellos derechos. En la perspectiva tradicional, el único sujeto posible de las relaciones internacionales –tanto activa como pasivamente- era el Estado. Cuando esto cambia y se admite a la persona como partícipe inmediato del derecho internacional, esa inserción es completa, tanto como sujeto de derechos como de obligaciones. Cuando se consagra un derecho se genera correlativamente un deber de respeto en cabeza de todos aquellos que pueden lesionarlo y ello incluye tanto al Estado como al resto de los individuos. Que se haya dado por sentado que el potencial lesivo era sólo de la autoridad pública no quita que –comprobado el riesgo de violaciones desde el campo privado- el ámbito subjetivo de aplicación de los tratados se extienda –en sus dos caras- a esa esfera.

Ahora bien, la laguna apuntada no implica, sin embargo, que las víctimas de abusos corporativos deban quedar desamparadas en la actualidad. Se encuentra ampliamente reconocido –en especial en las últimas iniciativas en la materia- que el Estado tiene un deber de protección que lo obliga a introducir las regulaciones y medidas necesarias para asegurar que las empresas sean responsabilizadas por sus conductas ilícitas y obligadas a reparar los daños causados.

2º) Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

En términos institucionales, el hito fundamental del proceso encaminado a reducir la brecha existente entre empresas y derechos humanos se dio en julio de 2011, con la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los “*Principios*

⁶⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, OG N° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 2004, párr. 8.

Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Proteger, Respetar y Remediar”,⁶⁹ elaborados por el Prof. John Ruggie a partir del mandato que se le confirió en 2005 como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

Los Principios Rectores son el resultado de un proceso iniciado en 2005 y constituyen a la fecha la experiencia de investigación, sistematización y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada a nivel mundial.

Durante un largo tiempo, las estrategias e iniciativas de protección de los derechos humanos posaron su mirada casi exclusivamente en el rol y la responsabilidad del Estado. Sin embargo, a medida que el papel global de las empresas fue creciendo, también su nivel de exposición en esta materia aumentó significativamente. Desde mediados del siglo XX, la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos viene alcanzando un vertiginoso desarrollo que terminó por instalarla, en especial a partir de los 90’, en la agenda de discusión de Naciones Unidas y otros foros globales.

En ese contexto, la iniciativa llevada adelante por Ruggie tuvo por impronta un “pragmatismo de principios” encaminado a lograr los mayores consensos posibles de parte de ONG’s, empresas y gobiernos a partir de la interrelación de tres principios fundamentales:

i) El Estado tiene el deber de *proteger* a las personas frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Esa protección constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos.

ii) Las empresas tienen la una obligación social –aunque no jurídica- de *respetar* los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. Ese respeto encarna la expectativa social más elemental en relación con las empresas, aún no implica generar un nuevo deber a nivel internacional.

iii) Es necesario mejorar el acceso de las víctimas a vías de *reparación* efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, pues ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.

⁶⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/17/4, 2011.

3º) El deber de protección de los derechos humanos como instrumento para superar la laguna del derecho internacional

En la medida en que las empresas no se hallan, al menos en la lectura predominante, directamente obligadas en términos jurídicos por las convenciones de derechos humanos –al no resultar sujetos pasivos de obligaciones bajo el derecho internacional- el deber de protección se convierte en la pieza esencial para evitar el desamparo de las víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales por parte de aquellas.

En efecto, ese deber implica que el Estado debe introducir en su ordenamiento todas las normas necesarias para asegurar la prevención y reparación de los daños causados por las empresas, lo cual permite –al menos parcialmente- superar la laguna que tiene aún hoy el derecho internacional. Es una forma indirecta de obligar a las empresas, pues el mandato internacional se traslada a aquellas a través de su recepción en el ordenamiento doméstico.

No es casual, así, que el primer Principio Fundacional del marco propuesto por Ruggie sea que *“Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”*.

Ese deber estatal de protección tiene fundamento en el carácter *erga omnes* de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de acuerdo al cual el Estado no sólo debe cumplir los tratados internacionales que los reconocen, sino también hacer que ellos sean acatados por terceros, incluidas las empresas.

Como veremos, este rasgo característico del proceso de positivización de los derechos humanos reafirma ciertas potestades regulatorias estatales frente a cualquier persona sometida a su jurisdicción y con ello plantea la necesidad de un sistema eficaz de tutela ante abusos producidos por empresas.

Vale aclarar, sin embargo, que en muchos casos la solución de generar obligaciones de modo indirecto –a través de la legislación de cada país- no resulta satisfactoria, en especial en aquellos Estados con largas tradiciones de debilidad institucional que les impiden dictar y aplicar regulaciones contrarias a los intereses de las empresas, como sucede en la mayoría de los países en vías de desarrollo. Es por ello que la consagración de responsabilidades directas de las compañías a nivel internacional debe ser el segundo objetivo a lograr en el siglo XXI.

a) La consagración de la responsabilidad corporativa como expresión del deber de protección

Como resultado del carácter *erga omnes*, los mandatos de respeto, garantía y protección de los derechos consagrados en las convenciones sobre la materia vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.⁷⁰ Ello hace que las obligaciones propias de estos tratados -que normalmente tienen sus efectos en las relaciones entre los Estados y las personas sometidas a su jurisdicción- también proyecten sus efectos en los lazos inter-individuales.⁷¹ Ese dato activa en cabeza del Estado una obligación específica de protección que se materializa en la labor regulatoria y de aplicación del ordenamiento a cargo de sus autoridades legislativas, jurisdiccionales, administrativas y similares.

La dimensión vertical del rasgo *erga omnes* que ahora nos interesa reside, precisamente, en las proyecciones de los mandatos convencionales como justificación de la competencia reglamentaria de la autoridad pública. Su análisis indica que la comprensión de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos desde la mera abstención es hoy insuficiente. No alcanza con que el Estado evite incurrir en acciones violatorias de esos derechos, sino que se demanda de él un *plus* de tutela que conlleva la intervención en las relaciones entre las personas.

La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de la CADH en relación con terceros, señalando que, aún cuando un hecho ilícito contrario a ella no le resulte directamente imputable, el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por falta de la debida diligencia para prevenirlo o tratarlo en los términos requeridos por el régimen del pacto. Existe una *“obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”*⁷² y por consiguiente la *“omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos”* lo hace responsable.⁷³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido la aplicabilidad de su convenio a las relaciones interindividuales,⁷⁴ puntualizando que, aún cuando la

⁷⁰ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 110.

⁷¹ Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 146; *Caso de las penitenciarías de Mendoza*. Medidas Provisionales. 18 de junio de 2005, párr. 11.

⁷² Corte IDH, *Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, 4 de julio de 2006, párr. 83; *Gómez Palomino v. Perú*, 22 de noviembre de 2005, párr. 85.

⁷³ Corte IDH, *Ximenes Lopes*, cit., párr. 86.

⁷⁴ SSTEDH, *Young, James y Webster v. Reino Unido*, 13 de agosto de 1981, párr. 49; *X e Y v. Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, párr. 23; *Botta v. Italia*, 24 de febrero de 1998, párr. 33; *Van Kück v. Alemania*, 12 de junio de 2003, párr. 70; *Von Hannover v. Alemania*, 24 de junio de 2004, párr. 57; *Khurshid Mustafa y Tarzibachi v. Suecia*, 16 de diciembre de 2008, párrs. 32 y 50; *Özgür Gündem v. Turquía*, 16 de marzo de 2000, párrs. 42-46;

dinámica del tratado de Roma reside inicialmente en la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, además de abstenerse de esas interferencias, el Estado debe cumplir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de los derechos, lo cual puede implicar la adopción de medidas inclusive en las relaciones entre individuos.

De tal manera, el Estado debe diseñar sus instrumentos regulatorios de las empresas de un modo que permita asegurar el goce de los derechos convencionales. Cuando la legislación o las prácticas domésticas brindan amparo a tratos contrarios a aquéllos se produce un supuesto de responsabilidad del Estado y esa debe ser nuestra primera referencia para superar la actual ausencia de deberes internacionales de las corporaciones. La aquiescencia a la existencia de un obrar abusivo juega como el factor de atribución aún cuando el Estado no pueda ser sindicado como agente directo de los hechos que dan lugar al reclamo,⁷⁵ y eso demanda de él un rol activo. El nexo entre obligaciones *erga omnes* y deberes positivos de regulación es, así, un componente destacable del orden internacional de los derechos humanos que agrava los deberes estatales y que exige una labor protectora en todos los campos. En esta materia “*no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones*”.⁷⁶

b) El alcance de las obligaciones positivas de protección. Margen de apreciación y responsabilidad corporativa

Hemos visto que la eficacia horizontal de los derechos humanos –materializada en el carácter *erga omnes* de las obligaciones internacionales- impone a las autoridades públicas un deber efectivo de regulación como vehículo de protección.

Para evaluar el cumplimiento de ese deber, los tribunales internacionales llevan a cabo un control que parte de la premisa del margen de apreciación estatal en la elección de los medios previstos para asegurar la tutela del derecho convencional involucrado en la esfera de las relaciones inter-individuales. Si ese margen se ve superado en el caso y se concluye en la ineficacia de la protección dispensada por las medidas estatales se produce un caso de violación del derecho.⁷⁷

En ese marco, para cumplir con el deber de protección los Estados deben regular eficazmente la responsabilidad corporativa tanto por autoría como por complicidad con

Fuentes Bobo v. España, 29 de mayo de 2000, párr. 38; *Appleby y otros v. Reino Unido*, 24 de septiembre de 2003, párr. 39.

⁷⁵ STEDH, *Young, James and Webster*, cit., párr. 49.

⁷⁶ SSTDH, *Marini v. Albania*, 18 de diciembre de 2007, párr. 170; *Airey v. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párr. 25; *K.U. v. Finlandia*, 2 de diciembre de 2008, párrs. 42 y 43.

⁷⁷ SSTDH, *Van Kück*, cit., párr. 71; *Keegan v. Irlanda*, 26 de mayo de 1994, párr. 49.

violaciones a los derechos humanos. Aún cuando es muy improbable que las empresas cometan directamente y con su propio personal actos de lesa humanidad, su complicidad con el proceder de agentes gubernamentales es algo que dista de ser infrecuente.⁷⁸

De tal modo, por vía de principio se encuentra deferido al Estado seleccionar los medios a través de los cuales cumplirá con el deber de protección, lo cual se materializará en la aplicación de diferentes esquemas regulatorios en función de los intereses en juego. En algunas oportunidades deberá asegurar la protección mediante fuertes medidas disuasivas cuyo campo natural será el derecho penal, en otros alcanzará con brindar una adecuada reparación –ley civil- o fijar pautas de acción administrativa. En definitiva, la selección del camino interno dependerá de su eficacia para lograr el objetivo tutelar.⁷⁹

Es importante remarcar que esas obligaciones positivas alcanzan no sólo al ámbito legislativo sino que se proyectan hacia todos los planos del ejercicio del poder público, en especial los tribunales. Por ejemplo, si el criterio de los jueces internos no resulta suficiente para asegurar la efectiva protección del derecho en juego se produce una violación, sin perjuicio del margen de apreciación,⁸⁰ lo que implica que aquellos deben adaptar sus esquemas interpretativos de modo de acatar tales directivas y estándares

⁷⁸ Por ejemplo, de las más de 40 demandas por violación de la Ley ATCA (*Alien Tort Claims Act*) presentadas contra empresas en Estados Unidos, la mayoría se refiere a casos de presunta complicidad, en que los perpetradores reales del delito eran fuerzas de seguridad públicas o privadas, otros agentes gubernamentales o facciones armadas en conflictos civiles. La definición judicial más difundida de complicidad es la proporcionada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito en el caso *Unocal*. Para ese fallo, la complicidad implica tres requisitos: haber dado asistencia práctica al verdadero autor del delito; que esta asistencia haya tenido un efecto sustancial en la comisión del delito; y que la empresa supiera o debiera haber sabido que sus actos tendrían como consecuencia un posible delito, aún si no tenía la intención de cometerlo. Otra definición relevante viene dada en el informe de la Comisión Internacional de Juristas, de acuerdo al cual una compañía puede ser responsabilizada si “activamente procuró contribuir a groseros abusos de derechos humanos, o simplemente cuando sabía que el curso de su conducta probablemente contribuiría a tales abusos y, aún cuando podría no haber querido que los abusos ocurrieran, de todas maneras emprendió el curso de conducta” (CIJ, *Complicidad Empresarial y responsabilidad Legal*, Vol. 1, ICJ, Ginebra, 2008, p. 19) Véase Bohoslavsky, Juan Pablo – Oppenhaffen, Veerle, “Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, N° 1, agosto 2009, pp. 241-274; Bohoslavsky, Juan Pablo – Rulli, Mariana, “Corporate Complicity and Finance as a Killing Agent. The Relevance of the Chilean Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 2010, Vol. 8, pp. 829-850.

⁷⁹ STEDH, *X e Y v. Países Bajos*, cit., párr. 24. Por ejemplo, en casos de violaciones graves al derecho tutelado, la corte ha considerado que la protección brindada por la ley civil –especialmente por conducto de la reparación pecuniaria- puede ser insuficiente. Cuando valores fundamentales y aspectos esenciales de ciertos derechos están en juego, la efectiva disuasión contra conductas lesivas resulta indispensable y sólo puede ser lograda mediante disposiciones penales (SSTEDH, *X e Y v. Países Bajos*, cit., párr. 27; *M.C. v. Bulgaria*, 4 de diciembre de 2003, párr. 150; *K.U. v. Finlandia*, cit., párr. 47) Es así que frente a la tutela de ciertos derechos los Estados tienen una obligación positiva de criminalizar ciertas ofensas contra la persona, incluyendo las tentativas, y de reforzar el efecto disuasorio de la penalización a través de la aplicación efectiva de las disposiciones mediante una eficaz investigación y enjuiciamiento del hecho. La presencia de obstáculos procedimentales genéricos para la implementación de esas previsiones puede configurar un caso de violación a la obligación estatal de asegurar el respeto de los derechos en el marco de las relaciones privadas. En definitiva, *cuando la falta de establecimiento de disposiciones efectivas para la tutela del derecho en juego –sea por la presencia de lagunas normativas, obstáculos procedimentales o situaciones similares- se produce, nos hallamos ante un supuesto de violación.*

⁸⁰ STEDH, *Von Hannover*, cit., párrs. 78 y ss.

modernos y conjurar la convalidación de situaciones de desamparo en el goce de los derechos convencionales.

De resultados de lo dicho, será en primer lugar tarea del legislador proveer el marco normativo necesario para evitar el desamparo de las víctimas de abusos corporativos. Cuando ese marco no exista y por ende la obligación positiva no pueda ser cumplida, nos encontraremos ante una inobservancia a los compromisos en la materia.⁸¹ A ello corresponderá adicionar, a su turno, el protagónico rol de la labor judicial, que deberá atender especialmente a asegurar que en cada caso concreto esos mecanismos de tutela resulten efectivos.

V. Conclusiones

El sistema de protección de los derechos humanos tiene por delante dos cuentas pendientes:

1º) Reconocer la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por graves violaciones en la misma medida en que se ha consolidado la vinculada con responsabilidad penal. Ello es un recaudo insoslayable para asegurar la plenitud de la reparación que exige el sistema internacional.

2º) Consagrar a nivel internacional la responsabilidad corporativa por autoría de esas violaciones o por complicidad y/o promoción de las cometidas por el Estado, aún sin desconocer el fuerte rol regulatorio que el deber de protección supone para las autoridades públicas. Ello permite dismantelar los intereses económicos que laten detrás de la mayoría de los actos sistemáticos de vulneración de derechos fundamentales.

Como se ha intentado reseñar a lo largo de este trabajo, las reglas usuales sobre el deber reparatorio en el marco de los tratados de derechos humanos y las iniciativas más modernas en materia de responsabilidad corporativa nos ofrecen herramientas concluyentes para avanzar en la consecución de esas metas.

⁸¹ STEDH, *K.U. v. Finlandia*, cit., párr. 49.