

Negociando con violadores de derechos humanos. Dos preguntas no respondidas

Burt Neuborne*

Hemos arribado a un consenso internacional respecto a que las personas que violan normas básicas de humanidad deben ser perseguidas criminalmente frente a una corte internacional autorizada a imponer un castigo apropiado. Sea que estas cortes sean instituciones puramente *ad hoc*, como los tribunales de Nüremberg, los tribunales de la ONU creados en relación con el genocidio en Ruanda o los crímenes de guerra de la ex Yugoslavia, o instituciones permanentes como la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, existe un consenso internacional sobre qué hacer con los bárbaros que crearon y operaron campos de la muerte. Pero no existe un consenso similar respecto a cómo tratar a los ciudadanos respetables que ganan una considerable suma de dinero ayudando y dando apoyo al gran mal, al vender alambre de púas o gas venenoso a los criminales que operan los campos. ¿Cuál es la responsabilidad legal de alguien que hace negocios con un violador de derechos humanos? La cuestión es crucialmente importante, ya que ningún tirano podría haber tenido éxito al cometer crímenes contra la humanidad sin la asistencia de ciudadanos ordinarios dispuestos a obtener una ganancia haciendo negocios con el mal. Hay tres series de casos que han comenzado a explorar esta cuestión. Los trece años de litigio relacionado con el Holocausto en los Estados Unidos en contra de bancos suizos y empresas alemanas han concluido en el pago de más de US\$ 7.500 millones a las víctimas de la opresión nazi.¹ Mientras que los casos de la era del Holocausto fueron conciliados antes de llegar a juicio, y por ende no cuentan formalmente como precedentes

* *Inez Millholland Professor of Civil Liberties*, New York University School of Law. El profesor Neuborne fue el abogado principal en representación de las víctimas en el litigio reciente llevado a cabo en los Estados Unidos relacionado con el Holocausto. Traducido por Juan González Bertomeu.

1. El litigio relacionado con el Holocausto ha generado una profusa literatura. Los libros publicados incluyen: J. Authers and R. Wolffe, *The victim's fortune: Inside the Epic Battle Over the Debts of the Holocaust* (2002) (una narración útil del litigio contra bancos suizos); M. Bayzler, *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts* (2003) (la mejor descripción aislada del litigio); S. Eizenstat, *Imperfect Justice: Looted Assets, Slave labor and the unfinished business of world war II* (2003) (un desarrollo indispensable del trasfondo diplomático de los Acuerdos de Berlín); M. Bazyler and R. P. Alford, eds., *Holocaust Restitution: Perspectives on the Litigation and Its Legacy* (2006) (ensayos críticos escritos por varios de los principales actores). Entre los artículos útiles se incluyen: John Authers, "Satisfaction Not Guaranteed", *Financial Times B FT Magazine Book Reviews* 30 (August 23, 2003); Michael Bayzler, "Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in United States Courts", 34 *U.Rich.L.Rev.*1 (2000); Burt Neuborne, "Preliminary Reflections on Aspects of the Holocaust Era Litigation", 80 *Wash.U.L.Q.* 795 (2002); Anne-Marie Slaughter and David Bosco, "Plaintiff's Diplomacy", *Foreign Affairs* 102 (October 2000/September 2000). Para información de contexto general sobre el Holocausto, véase Lucy S. Dawidowicz, *The War Against The Jews: 1933-1945* (10th Anniversary Ed. 1986). Para una crítica del caso judicial desde la perspectiva de los demandados alemanes, véase Detlev Vagts & Peter Murray, "Litigating the Nazi Labor Claims: The Path Not Taken", 43 *Harv. Int'l L. J.* 503 (2002). Para una crítica respecto a que el acuerdo sobre trabajo forzado no fue lo suficientemente lejos, véase Libby Adler & Peer Zumbansen, "The Forgetfulness of Noblesse Oblige: A Critique of the German Foundation Law Compensating Slave and Forced Laborers of the Third Reich", 39 *Harv. J. on Legis.* 1 (2002).

legales,² el éxito de la iniciativa demuestra la viabilidad de desarrollar estándares legales que gobiernen la relación económica entre las empresas y los violadores de derechos humanos. Los litigios pendientes en los Estados Unidos en contra de empresas que proveyeron asistencia necesaria al gobierno del *apartheid* de Sudáfrica brindan una segunda oportunidad para clarificar la cuestión.³ Finalmente, los casos recientes iniciados en Argentina en contra de bancos extranjeros que proveyeron subsistencia económica de la dictadura militar brindan una tercera oportunidad para esta clarificación. El artículo de Bohoslavsky & Opgenhaffen publicado en este número da cuenta de estos últimos casos.

2. Entre las resoluciones publicadas sobre el litigio contra bancos suizos se incluyen las siguientes: *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 18014 (EDNY Oct. 7, 1998) (Declaración de las partes en la que se describe el acuerdo provisorio arribado el 12 de agosto de 1998, por US\$ 1.250 millones); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 105 F.Supp.2d 139 (EDNY 2000) (convalida la legalidad del acuerdo de US\$ 1.250 millones); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 15644 (EDNY Aug. 9, 2000) (aprueba modificaciones al acuerdo); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 225 F.3d 191 (2d Cir. 2000) (convalida una definición de la clase accionante que excluye a la mano de obra esclava); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2000 U.S.App.LEXIS 29529 (2d Cir. Nov. 20, 2000) (rechaza una apelación en contra de la validez de la certificación de clase, que fuera reiterada pero luego retirada el 15 de junio de 2001); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 20817 (EDNY Nov. 22, 2000) (acepta el plan de distribución elaborado por el Maestro Especial); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 14 Fed. Appx. 132 (2d Cir. 2001) (convalida el plan de distribución); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 282 F.3d 103 (2d Cir. 2002) (anula la definición de la clase Trabajo Esclavo II; devuelve el caso para la determinación de la intención de las partes; resuelto por acuerdo una vez devuelto al juzgado inferior); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 270 F.Supp.2d 313 (E.D.N.Y. 2002) (deniega el multiplicador de riesgos); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 256 F.Supp.2d 150 (E.D.N.Y. 2003) (exige el pago del interés compuesto en fondos custodiados por terceros); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2003 U.S. Dist LEXIS 20686 (EDNY Nov. 17, 2003) (adopta el Reporte Interino del Maestro Especial); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 302 F.Supp.2d 59, amended and superseded by 319 F. Supp.2d 301(EDNY 2004) (rechaza la oposición de los bancos al Reporte Interino del Maestro Especial); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 302 F.Supp.2d 89 (EDNY 2004) (rechaza las objeciones al Reporte Interino del Maestro Especial que cuestionaban la asignación *cy-pres* y de honorarios de los abogados); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 311 F. Supp.2d 363 (2004); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 311 F. Supp.2d 407, reconsideration denied, 314 F. Supp.2d 155 (EDNY 2004); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 314 F. Supp.2d 169 (2004); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 319 F. Supp.2d 332 (EDNY 2004); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6197 (EDNY Mar. 31, 2004) (rechaza pedido de honorarios); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 5432 (EDNY Apr. 2, 2004) (deniega propuestas de *Pink Triangle Coalition* y de *Disability Rights Advocates*); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6895 (EDNY Apr. 22, 2004) (deniega una moción para reconsiderar interpuesta por *Disability Rights Advocates*); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 7667 (EDNY Apr. 22, 2004) (responde al reporte de expertos presentado por HSF-USA, Inc.); *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 415 F. Sup.2d 130 (2004) (rechaza el pedido de regulación de honorarios; rechaza cuestionamiento a la distribución *cy-pres*); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (HSF-USA)*, 424 F.3d 132 (2nd Cir. 2005), cert denied 547 U.S. 1206 (2006) (rechaza cuestionamientos a la estructura del acuerdo, a la asignación *cy-pres* y al plan de distribución); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (Samuel Dubbin)*, 424 F.3d 150 (2nd Cir. 2005) (convalida denegación de honorarios por servicios "sin valor"); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (Disability Rights Org.)*, 424 F.3d 158 (2nd Cir. 2005) (rechaza cuestionamiento a la asignación *cy-pres* y al plan de distribución); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (Pink Triangle)*, 424 F.3d 169 (2nd Cir. 2005) (rechaza cuestionamiento a la asignación *cy-pres* y al plan de distribución); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (Burt Neuborne)*, 2007 WL 805768 (EDNY March 15, 2007) (recomendación del magistrado para el pago de honorarios); *In re Holocaust Victim Assets Litigation (Burt Neuborne)*, 528 F. Supp. 2d 109 (EDNY 2007) (confirma la recomendación para el pago de honorarios).

3. *In re South Africa Apartheid Litigation*, [2009 WL 960078 (8 de abril de 2009)], on remand from *Khulumani v. Barclay's Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

Creo que el éxito del esfuerzo por imponer responsabilidad derivada de la ayuda y asistencia depende de la respuesta a dos cuestiones: (1) ¿Cuál es el nivel de culpa necesaria para imponer responsabilidad a una entidad que hace negocios con un violador de derechos humanos?; y (2) ¿cuál es la medida para fijar indemnizaciones económicas?

Si los abogados de derechos humanos insisten en un nivel mínimo de culpa, y buscan indemnizaciones draconianas, temo que el esfuerzo falle. Casi seguramente, los tribunales se refugiarán en una fórmula que deje a los hombres de negocios a salvo de responsabilidad por sus actividades empresariales ordinarias, incluso aunque esas actividades sean llevadas a cabo con el demonio.

De hecho, la jueza Shira A. Scheindlin ya ha hecho esto con los bancos en el caso *In re South Africa Apartheid Litigation* [2009 WL 960078 (8 de abril de 2009)], que interpreta la decisión del caso de Nüremberg relativo al Dresdener Bank como dejando a los bancos a salvo de responsabilidad por los servicios bancarios ordinarios brindados a los nazis. Con todo respeto, pienso que la jueza Scheindlin, en una decisión brillante en otros aspectos, pasó por alto el hecho de que los juicios de Nüremberg fueron procesos penales, que tenían poco o nada por decir acerca de la responsabilidad civil. Pero su perspectiva destaca la importancia de definir precisamente el nivel de falta moral de un asistente y de un instigador civil.

Al seleccionar un nivel apropiado de falta moral, el derecho nos brinda cinco opciones, disponibles en general. Empleando un viejo caso inglés como ejemplo, en el siglo 19, con el fin de evitar la peste bubónica, las bodegas de los barcos eran fumigadas con gas venenoso tan pronto como el barco echara anclas. Supóngase que de esta fumigación resultaba la muerte de alguien atrapado en la bodega. Tenemos al menos cinco niveles de falta moral. Si el demandado bombeó el gas a la bodega con el fin de matar a un enemigo odiado, lo encontraremos culpable de un mal provocado intencionalmente, e impondremos la sanción más fuerte. Si el demandado envió el gas sabiendo que alguien había quedado atrapado, pero sin importarle que estuviera vivo o muerto, lo encontraríamos culpable de cometer un mal a sabiendas, e impondremos una sanción substancial. Si el demandado envió gas a la bodega sin investigar si había alguien allí, caracterizaríamos el comportamiento de gravemente negligente, y probablemente impondríamos una sanción menor. Si el demandado meramente echó una mirada a la bodega, pero no llevó a cabo una búsqueda seria, catalogaríamos la conducta como negligente, e impondríamos una sanción todavía menor. Finalmente, si el demandado condujo una búsqueda adecuada, pero falló en descubrir a un polizón, sólo la imposición de responsabilidad objetiva resultaría en la aplicación de sanciones.

Cuando confrontamos a una entidad de quien se alega que ayudó al gran mal al hacer negocios con un tirano, debemos tomar una decisión acerca de dónde fijar el nivel de falta moral necesaria para activar la responsabilidad civil. Si el umbral se fija demasiado alto –mal intencional– todos salvo los más depravados van a escapar de la asignación de responsabilidad. Mientras que los precedentes “Flick” indican que no es imposible probar que la asistencia económica fue brindada “con el propósito” de apoyar los fines del tirano, en la mayoría de escenarios será imposible probar tal “propósito”. De manera similar, si el umbral se fija demasiado bajo –responsabilidad objetiva– va a dejar dentro a casi toda la población.

De manera que, en mi opinión, la elección debe ser entre el comportamiento “a sabiendas”, “gravemente negligente” y “negligente”.

La jueza Scheindlin parece haber adoptado un test semejante en su decisión reciente, en la que permite que el litigio sobre Sudáfrica continúe. ¿Sabía el demandado lo que se estaba haciendo con sus bienes o sus préstamos? ¿Fue el demandado gravemente negligente al no investigar los usos que se dieron a los bienes y préstamos? ¿Debería haber conducido el demandado una investigación más seria? Mi sensación es que “grave negligencia” –la falta absoluta de investigación– es el estándar más apropiado. “A sabiendas” es demasiado difícil de probar. “Negligencia” sería demasiado difícil de administrar. Pero una larga discusión es necesaria antes de ponernos de acuerdo sobre el nivel apropiado de falta.

Al definir la medida de la indemnización, la elección está entre buscar compensación por los daños causados por el comportamiento ilegal, o limitar la indemnización a la compensación por ganancias injustas. El impulso por buscar recobrar la totalidad de daños causales es entendible. Sostendría, sin embargo, que el argumento más fuerte es exigir que los beneficios injustos de semejantes transacciones “gravemente negligentes” sean redirigidos a las víctimas. Todo sistema jurídico reconoce lo que en mi sistema, el norteamericano, es denominado “enriquecimiento indebido”. Cuando los beneficios injustos han sido adquiridos en una actividad ilegal, el impulso fuerte en todo sistema legal es recapturar esas ganancias injustas en nombre de las víctimas de la empresa ilegal. Sugeriría a los abogados de derechos humanos canalizar aquel impulso adaptando sus demandas al recupero de riquezas obtenidas injustamente. De hecho, cuanto más nos aferremos a la teoría del enriquecimiento indebido, más fácil será defender la “grave negligencia” como nivel apropiado de falta.

Obviamente, estamos recién en el comienzo de un largo proceso de definición de las obligaciones legales de las personas que se benefician haciendo negocios con el gran mal. Pero podemos sentirnos estimulados a partir de la evolución de las normas penales en el medio siglo luego de los juicios de Núremberg. Del mismo modo en que la comunidad internacional arribó a un consenso sobre la responsabilidad criminal internacional de los perpetradores del gran mal, deberíamos estar en condiciones de dirigirnos hacia un consenso similar sobre la necesidad de que quienes asistieron con grave negligencia devuelvan sus ganancias injustas.