

JEREMY SARKIN

Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Western Cape, Sudáfrica

RESUMEN

Las reparaciones por violación de los derechos humanos y abusos contra la humanidad constituyen un desafío central tanto en el ámbito doméstico como en el ámbito internacional. A pesar de los nuevos avances en relación con la cuestión de las indemnizaciones por los abusos cometidos, innumerables violaciones ocurridas en Sudáfrica y en otros lugares, durante el período colonial, permanecen sin solución. Este artículo hace un resumen de estos avances y los coloca en un contexto que toma como telón de fondo los procesos promovidos por africanos con el objetivo de obtener una reparación por los abusos perpetrados en el período colonial y durante el *apartheid*. Se examinan aquí causas judiciales presentadas por namibianos y sudafricanos en los Estados Unidos, en los términos del Alien Torts Claim Act, y también son analizadas otras leyes de otras jurisdicciones. Se busca de este modo identificar la probabilidad de éxito de estos procesos, a la luz de los problemas legales que tendrán que enfrentar. También se examinan los contextos políticos de los procesos, así como las razones por las cuales las causas presentadas han incidido más sobre las multinacionales que sobre el Estado.

LA CONSOLIDACIÓN DE LOS RECLAMOS DE REPARACIONES POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN EL SUR

Jeremy Sarkin



Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad por violaciones de los derechos humanos nunca tuvieron tanto destaque en los periódicos ni tampoco se vieron de manera tan favorable como actualmente.¹ Los procesos civiles y criminales han testificado grandes avances en los últimos años.² Se estableció la responsabilidad criminal tanto en el plano internacional como en el plano doméstico.³ La creación del Tribunal Penal Internacional para Ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional tuvo como resultado transformar de forma concreta la responsabilidad criminal por violaciones graves de los derechos humanos. En el ámbito doméstico, la forma como que los Estados Unidos encaran las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado depende muchas veces de cómo se dan los cambios políticos y de cómo el Estado hace frente a las tensiones entre justicia,⁴ verdad y reconciliación.⁵

Los pedidos oficiales de disculpa por violaciones cometidas durante el colonialismo,⁶ la esclavitud y el *apartheid* también cobraron gran destaque en la agenda. Se trata de una cuestión crucial, pues, durante los años de colonialismo y *apartheid*, se cometió un número incontable de violaciones de los derechos humanos en la corrida por la posesión y la explotación de los recursos de los países colonizados. Los crímenes cometidos durante el proceso en que se repartía el botín entre los

Véanse las notas del texto a partir de la página 112.

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto se encuentran en la página 128.

colonizadores incluyen crímenes contra la humanidad,⁷ crímenes de guerra,⁸ genocidio (incluso antes de que se usara este término),⁹ exterminio, desapariciones, tortura, traslados forzados, esclavitud, discriminación racial, trato cruel, deshumano o degradante, y otros más. En verdad, una cuestión fundamental, y un argumento de defensa que levantan los países y corporaciones que cometieron este tipo de actos, es que en aquella época no se los consideraba un crimen. Se argumenta que solo posteriormente fueron definidos como tal.¹⁰

Muchos países que pasaron por el colonialismo permanecen subdesarrollados¹¹ y, en estos lugares, el legado de los años coloniales aún constituye un componente esencial del paisaje.¹² En algunos de estos países, ciertas comunidades afirman que la forma de explotación a la que fueron sometidas en el pasado es la causa de la actual carencia económica y de otras dificultades.

En este sentido, la cuestión de la reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos se transformó en una preocupación crucial para esos países y sus habitantes. Hasta poco tiempo atrás, se creía que sería impensable encontrar una solución para el problema, y que el único mecanismo para obtener algún tipo de reparación sería la asistencia de los antiguos señores coloniales, que podrían ser inducidos a sentirse culpados en relación con el pasado y consecuentemente ofrecer algún tipo de ayuda.

La cuestión de las reparaciones cobró importancia no solo por el dinero que se pide, sino también porque parece cumplir por lo menos tres funciones. Primero, auxilia directamente a las víctimas que enfrentan los perjuicios financieros sufridos; segundo, constituye el reconocimiento oficial de lo ocurrido en el pasado; y tercero, tal vez sirva para cohibir futuras violaciones de los derechos humanos.¹³

Algunas de las razones por las cuales la reparación por estos abusos se transformó en una cuestión de gran significado son la toma de conciencia y la aceptación internacional creciente de la necesidad, y del derecho, de resarcimiento a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Muchos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen que una víctima tiene derecho a una reparación jurídica que incluya los medios para una completa rehabilitación.¹⁴ En verdad, el otorgamiento de alguna reparación por los daños sufridos constituye un principio bien establecido del derecho

internacional.¹⁵ Este derecho también se encuentra en los instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.¹⁶ También se ha avanzado en la idea de que la legislación internacional de los derechos humanos gobierna, en principio, la conducta tanto de los agentes estatales como de los particulares, lo que incluye a personas jurídicas, como las corporaciones. Existe también una aceptación creciente de los principios de la jurisdicción universal.¹⁷

Estos avances fueron sustentados por acciones e indemnizaciones hechas recientemente en varios casos relacionados con el Holocausto.¹⁸ Tales acciones y su importancia serán discutidas posteriormente. Asimismo, se ha planteado un creciente número de acciones civiles en relación con este tipo de delito, la mayor parte de ellas en los Estados Unidos, bajo el amparo del Alien Torts Claims Act* (ATCA).¹⁹ Existen, por lo menos, tres grandes acciones judiciales en curso contra multinacionales en los tribunales estadounidenses²⁰ por delitos cometidos durante el período colonial y el *apartheid*. Una de ellas ha sido promovida por el pueblo herero de Namibia, por violaciones ocurridas en ese país en el inicio del siglo XX, y dos más fueron propuestas por víctimas sudafricanas de violaciones cometidas durante el *apartheid*.

Otro motivo es el hecho de que el tema de las reparaciones a las víctimas de la esclavitud y el colonialismo ha sido un punto intensamente discutido en la agenda de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.²¹ Se dedicó gran parte de la conferencia a estos temas. Se solicitó un pedido formal de disculpa, combinado a un compromiso de reparaciones de algún tipo, hacia aquellos que fueron víctimas de la esclavitud y del colonialismo.²² La declaración de la conferencia²³ presenta muchas secciones relevantes para esta discusión.²⁴

El presente ensayo examina la cuestión de las reparaciones relacionadas con el colonialismo y el *apartheid*. Pero al hacerlo admite que, aunque la opinión pública mundial o la autoridad moral puedan considerar que existen razones sumamente válidas para que los países colonizadores paguen las indemnizaciones, es muy poco probable que estos Estados admitan y se disculpen por los abusos cometidos contra los derechos humanos o que

* Ley que confiere jurisdicción a tribunales de los Estados Unidos para tratar casos de responsabilidad civil por daños causados por el gobierno estadounidense a la vida o las propiedades de extranjeros. [N.T.]

se dispongan a indemnizar a alguna persona por estos motivos. Si los resarcimientos fueran accesibles en el futuro, ello habrá sido el resultado de los cambios en el clima político y de los acuerdos realizados.²⁵ Por esta razón, es más probable que sean procesadas corporaciones multinacionales u otras empresas que hayan conducido negocios y obtenido beneficios en las regiones donde las violaciones fueron cometidas, o que se hayan beneficiado a lo largo de ese período. Como observó Joel Paul:

¿Por qué, en este momento, el derecho internacional ha puesto los ojos sobre las corporaciones multinacionales y de esta forma? En fin, muchas de las reivindicaciones contra las compañías multinacionales proceden del Holocausto y de la Segunda Guerra Mundial. Después de más de medio siglo, ¿por qué los litigantes buscan una indemnización de parte de estos gigantes corporativos? Una respuesta sencilla para la pregunta es que las empresas tal vez sean las únicas culpables que están al alcance y que pueden dar algún tipo de indemnización. La inmortalidad de la entidad corporativa multinacional, su tamaño, su riqueza y su omnipresencia en una diversidad de jurisdicciones, las convierten en un acusado particularmente atractivo.²⁶

Estas instituciones son perseguidas también porque es poco probable que los tribunales internacionales acepten casos de este tipo. Por varios motivos, los tribunales, en verdad, no están a disposición de las víctimas que buscan reparaciones, y es improbable que esta situación se modifique. De hecho, las víctimas tienen dificultad en obtener acceso a estos tribunales porque, generalmente, no se permiten pleitos de agentes no estatales y las entidades corporativas particulares casi no tienen obligaciones ante el derecho internacional público. En suma, el status legal de las corporaciones multinacionales en relación con el derecho internacional no avanzó significativamente en casi treinta años.²⁷

En el ámbito de las obligaciones del Estado, las reparaciones constituyen, en este momento, una cuestión más política que legal.²⁸ Debido a las dificultades que implica perseguir a agentes estatales,²⁹ la víctimas ven generalmente a las corporaciones, y no a los gobiernos, como blancos más viables para ejecutar tales acciones.³⁰ De cierta forma esto ocurre porque las corporaciones multinacionales en general tienen activos en jurisdicciones que ofrecen reglas procesales más

fáciles para el litigio. Aunque las acciones por parte de las víctimas de violaciones de los derechos humanos han sido hasta ahora relativamente pocas, hubo un aumento importante en los últimos cinco años. Los precedentes judiciales relativos a las acciones de la Segunda Guerra Mundial derivaron en procesos en los que las víctimas recurrieron a medidas legales para obtener indemnizaciones, cuando antes ni siquiera se pensaba en esa posibilidad. Como observó Ellinikos: “en determinado momento, como algunos líderes del sector privado ya descubrieron, alguien va a tener que asumir la culpa”.³¹ De esta forma, las causas presentadas, especialmente en disputas judiciales, son contra las corporaciones, por el papel que desempeñaron y por la manera como se beneficiaron de los actos cometidos en determinados países en el pasado. Aunque aquí se evalúe el sistema estadounidense que permite a los extranjeros promover acciones en sus tribunales, generalmente con base en el Alien Torts Claims Act, este artículo no hace un análisis exhaustivo de esas leyes. Sin embargo, presenta un panorama de los tipos de causas presentadas y de las posibilidades de éxito para las acciones relacionadas con el colonialismo y el *apartheid*. Por lo tanto, el foco está en lo que podemos aprender para las futuras causas judiciales en esta área, a partir de las que ya se han hecho. También se examina en el texto, hasta cierto punto, la razón de que los Estados Unidos sean el lugar preferido para presentar estas causas, a fin de determinar si los tribunales en otros países presentan semejanzas que puedan aplicarse a litigios de este tipo. Además, porque las lecciones y las posibilidades planteadas por los procesos estadounidenses pueden ser relevantes para la ejecución de acciones tanto en los Estados Unidos como en otros países.

El papel de las corporaciones multinacionales en la violación de los derechos humanos

El papel desempeñado por las multinacionales en sus operaciones en el Tercer Mundo es controvertido, y más aún en relación con el período colonial que con el período actual. Como notó Jonathan Charney: “Las relaciones de las corporaciones transnacionales, específicamente con los gobiernos del Tercer Mundo, tuvieron muchas veces una influencia fundamental sobre los gobiernos nacionales, y no

siempre sirvieron a los mejores intereses de esos gobiernos”.³²

En muchos casos en que la víctima alega que las corporaciones se involucraron en violaciones de los derechos humanos, la queja no se refiere a que la violación fuera practicada directamente por la compañía, o por sus agentes.³³ Sin embargo, esto no siempre es verdadero en los casos de abusos contra la humanidad ocurridos durante el colonialismo o en la actuación de las compañías que usaron esclavos. Aunque generalmente los abusos hayan sido cometidos por representantes locales del Estado y la participación de las compañías haya sido sobre todo de complicidad en las violaciones de los derechos humanos,³⁴ hay casos de vínculo directo.

El conocimiento por parte de la corporación de que existían continuas violaciones de los derechos humanos, sumado a la aceptación de los beneficios económicos directos derivados de las violaciones, y el trabajo sistemático realizado en conjunto con un gobierno nacional pueden acarrear responsabilidad por complicidad. De esta forma, puede ocurrir que la entidad tenga responsabilidad directa por violación de los derechos humanos en la condición de cómplice o de coautor, vinculada a un representante oficial (por ejemplo las fuerzas de seguridad), en una acción que viola el derecho internacional.³⁵

Anita Ramasastry³⁶ reflexiona sobre los precedentes en la cuestión de la complicidad corporativa al examinar el papel del Tribunal Militar de los Estados Unidos en el juicio a dos banqueros en Nuremberg. La Corte determinó que: “Los préstamos o las ventas de materias primas usadas en emprendimientos ilegales pueden ser condenados desde el punto de vista moral, [...] pero difícilmente se puede decir que se trata de una transacción criminal [...] no estamos preparados para afirmar que estos préstamos constituyan una violación del derecho [internacional]”. Consecuentemente, el tribunal estableció una diferencia importantísima entre el suministro de capital y la participación activa en los crímenes nazis.

Se trata de una cuestión crucial saber si las empresas tienen obligación de respetar los derechos humanos. Actualmente, el debate sobre los deberes de las corporaciones está muy avanzado y son muy pocos los que admiten que estas no los tengan.³⁷ El tema actual es: cuáles son sus deberes frente al papel que desempeñaron y al modo como se beneficiaron en la época del colonialismo y del *apartheid*. La respuesta puede residir en una

disposición de suma claridad, que data de 1948, cuando se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este documento establece que “[...] todo individuo y todo organismo de la sociedad [...] promueva el respeto por estos derechos y libertades y que, a través de medidas progresivas, nacionales e internacionales, asegure el reconocimiento y la observancia universal y efectiva”.³⁸

En este contexto, Clapham y Jerbi afirman que, aunque “las empresas posiblemente no tengan el hábito de referirse a ellas mismas como ‘organismos de la sociedad’, constituyen una parte fundamental de la misma. Y como tal, tienen la obligación moral y social de respetar los derechos universales consagrados en la Declaración”.³⁹

El profesor Louis Henkin se basó en el mismo lenguaje al enfatizar que: “Todo individuo incluye personas jurídicas. Todo individuo y todo organismo de la sociedad implica que no puede haber ninguna exclusión, ninguna empresa, ningún mercado, ningún ciberespacio. La Declaración Universal se aplica a todos”.⁴⁰ La Corte Internacional de Justicia, en el proceso de Barcelona Traction Light and Power Co., determinó que la personalidad jurídica de una corporación transnacional equivale a la de un ciudadano común.⁴¹ El profesor Steven Ratner abordó la cuestión con las preguntas: “¿Los responsables por las decisiones pueden trasladar a las corporaciones las reglas primarias del derecho internacional de los derechos humanos y las reglas secundarias de responsabilidad individual y estatal? Si las corporaciones son agentes tan importantes en el derecho y en las relaciones internacionales, ¿no podrían las mismas asumir las obligaciones impuestas actualmente a los Estados o a los individuos basadas en estos términos de responsabilidad?”⁴²

Ratner sostiene que “el papel singular de los Estados en la garantía de ciertos derechos [...] no excluye los deberes de las corporaciones respecto de otros derechos relacionados [...]”.⁴³ Siendo así, las obligaciones no se pueden transferir simplemente de los Estados a las corporaciones, pero los mismos derechos humanos que crean deberes para el Estado pueden imponerse, de la misma o de otra forma, a agentes corporativos.⁴⁴

Ratner examina también, entre otras cosas, la forma por la cual las corporaciones podrían o deberían ser responsabilizadas por los actos del gobierno, subsidiarios u otros agentes en el

curso del comercio.⁴⁵ En un análisis relacionado con el tema, Anita Ramasastry cuestiona: “¿Hasta dónde se debe arrojar la red en busca de cómplices? [...] ¿Y que pasaría con el temor a deprimir las inversiones, específicamente en los países en vías de desarrollo? En términos prácticos, ¿cómo pueden las corporaciones decidirse a dar continuidad a las inversiones internacionales cuando temen que la propia presencia en un país cuyo gobierno es cuestionable puede acarrearles una acción por complicidad?”⁴⁶

Como observó Steven Ratner: “[...] Extender simplemente los deberes del Estado relativos a los derechos humanos a los emprendimientos comerciales es ignorar las diferencias entre la naturaleza y las funciones del Estado y de las corporaciones. Del mismo modo que el régimen de derechos humanos que gobierna los Estados refleja un equilibrio entre libertad individual e intereses del Estado (basado en la naturaleza y en su función), también cualquier régimen que gobierne las corporaciones debe reflejar un equilibrio entre libertad individual e intereses comerciales”.⁴⁷

Una pregunta clave, hecha con frecuencia al tratar sobre el colonialismo y el *apartheid*, se refiere a las obligaciones debidas en la época. Otras cuestiones importantes son los problemas procesales, como las leyes que reglamentan hasta cuándo las víctimas pueden retroceder para iniciar una acción.

El avance de la noción de reparaciones y su aceptación

Históricamente, la reivindicación de reparaciones por daños sufridos no es un tema reciente. En verdad, frecuentemente al final de las guerras se hacían acuerdos que resultaban en pagos o en entrega de territorios. Lo que de hecho constituye un fenómeno reciente es el resarcimiento por perjuicios o el pago de indemnizaciones a individuos. Estas reparaciones se iniciaron después de la Segunda Guerra Mundial, en un principio como fruto de negociaciones, y más tarde como resultado de la promulgación de un estatuto o la decisión de los tribunales. A nivel legal, varios países establecieron dispositivos para el pago de reparaciones derivadas de las violaciones de los derechos humanos. Entre algunos de ellos se destacan Argentina, Chile y Sudáfrica.

Existe desde hace algunos años un movimiento internacional sólido por el reconocimiento de una base legal

para que las víctimas de violaciones de los derechos humanos y abusos contra la humanidad puedan reivindicar indemnización. Ha habido, por ejemplo, un esfuerzo permanente para que se establezcan los principios internacionales referentes a las reparaciones. En 1989, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías escogió al profesor Theo Van Boven para que decidiera si sería posible esbozar un conjunto de principios básicos y directrices para las reparaciones jurídicas relacionadas con las violaciones graves de los derechos humanos. Le siguió a esto un esbozo de los Principios y Directrices Básicos sobre Derecho a la Reparación.⁴⁸ Como resultado de la sesión de 1988 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el profesor Cherif Bassiouni fue designado para preparar un bosquejo para la siguiente sesión, de modo que los principios pudiesen ser aclarados y enviados a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación. La tarea aún está en vías de ser concluida, pero los “Principios y Directrices Básicos sobre Derecho a Reparaciones para Víctimas de Violación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario”⁴⁹ se encuentran en un nivel avanzado.⁵⁰

Hubo también, en varias partes del mundo, iniciativas por reclamos de reparaciones. Un ejemplo de esto es el proceso realizado en 1992, en Sudáfrica, en el cual el líder nigeriano Moshood Abiola propició la creación del Grupo de Personas Eminentes por las Reparaciones, en el ámbito de la Organización de la Unidad Africana (OUA). La OUA dió autorización oficial para avanzar en el proceso que garantiza la efectivización de las reparaciones a las víctimas del comercio de esclavos africanos. En 1993, el grupo convocó la Primera Conferencia Panafricana sobre Reparaciones en Abuja, Nigeria. La Declaración de Abuja fortaleció el compromiso de la OUA, en el sentido de obtener reparaciones por la esclavitud.

Asimismo, los dos tribunales internacionales establecidos en la década de 1990 para juzgar graves violaciones de los derechos humanos en Yugoslavia y en Ruanda reconocieron las reparaciones como un derecho. Los estatutos que reglamentaban los dos tribunales⁵¹ en realidad establecieron tales derechos para las víctimas. De hecho, el Estatuto de Roma, que rige la Corte Penal Internacional, concedió más derechos de reparación para las víctimas de lo que jamás se había visto antes.

En lo que se refiere a las reivindicaciones individuales, en la posguerra se definió el movimiento para que se concedieran reparaciones por violaciones de los derechos humanos. Al final de la década de 1940, el gobierno alemán discutió la cuestión de las reparaciones con el gobierno israelí. La Conferencia sobre Reivindicaciones Materiales Judías contra Alemania resultó en el Acuerdo de Luxemburgo con Israel, en 1952, y en la promulgación, en 1953, de las Leyes de Compensación Federal Final. En los términos de este contrato, Alemania concordó en pagar 714 millones de dólares a Israel para ayudar en la asimilación de refugiados reasentados y empobrecidos de Alemania o de áreas que habían estado bajo el control de Alemania.⁵² El Tratado exigía la compensación individual, aparte del pago de 110 millones de dólares a la Conferencia sobre Reivindicaciones Materiales Judías contra Alemania y en pro de las víctimas. El proceso se extendió desde 1952 hasta 1965. En 1993 se estableció por acuerdo otro proyecto limitado para reparaciones a fin de asistir a individuos excluidos de los primeros acuerdos.

Otros dos ejemplos importantes de reparación tuvieron lugar en los Estados Unidos. El primero se refiere a las indemnizaciones que el gobierno estadounidense tuvo que pagar por el confinamiento de nipoestadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial.⁵³ El segundo trata de la compensación pagada a millares de indígenas Aleutes removidos del sudeste de Alaska, en el mismo período en que los nipoestadounidenses estuvieron presos. Los dos grupos negociaron durante casi cincuenta años para que se garantizaran las reparaciones y medidas compensatorias. En la década de 1980 los estadounidenses aprobaron una ley –Civil Right Act– que permitió la concesión de estas reparaciones a los nipoestadounidenses.

Lo que resulta especialmente relevante para las acciones judiciales relacionadas con los casos que sucedieron muchos años antes, es que los Aleutes obtuvieron indemnizaciones para los hijos de los sobrevivientes y para las aldeas afectadas por el reasentamiento, aun cuando esto solo se lograra cincuenta años después de ocurridos los hechos.

Se admitió que los problemas causados por el reasentamiento no solo afectaron a las comunidades en la época, sino que también continuaron teniendo un efecto

cuatro o cinco décadas después, y que las consecuencias continuarán en un futuro próximo.

El movimiento para obtener reparaciones por parte de individuos se vio fortalecido por dos casos en la década de 1980. En el primero, *Filartiga vs. Pena-Irala*,⁵⁴ los tribunales estadounidenses reconocieron que los extranjeros podrían presentar acciones judiciales requiriendo indemnización por abusos contra los derechos humanos cometidos por individuos que no fueran ciudadanos estadounidenses. El tribunal observó que la “comunidad internacional llegó a reconocer el peligro común que plantea el desprecio flagrante a los derechos humanos básicos y, específicamente, al derecho a vivir libre de tortura”.⁵⁵ Este caso tuvo enorme repercusión y será examinado en detalle, junto con los desdoblamientos, posteriormente.

Otro proceso de gran importancia se relaciona con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso *Velásquez-Rodríguez*, en el cual la corte estableció que los individuos que habían sufrido violaciones de los derechos humanos podrían abrir procesos de indemnización contra quienes perpetraron dichos abusos, pues “sobre el derecho internacional, un Estado es responsable por los actos que sus agentes realizan en el ejercicio de sus funciones, así como por sus omisiones, incluso cuando estos actúan fuera de su esfera de autoridad o violan la ley del país”.⁵⁶

Sin embargo, no hubo mayores logros en otras cortes de justicia en lo que concierne a las acciones de indemnización por eventos realizados hace más de cincuenta años. Son principalmente las cortes estadounidenses las que se han mostrado sensibles, hasta cierto punto, a este tipo de litigio.

Muchas de las antiguas “mujeres de confort”^{*} coreanas y de otros países iniciaron acciones contra el gobierno japonés en los tribunales de Japón.⁵⁷ De estos casos, solo uno tuvo una decisión favorable, pero posteriormente también fue rechazado por la Suprema Corte.

El movimiento por la obtención de reparaciones mostró grandes progresos cuando se iniciaron en los Estados Unidos las acciones judiciales relacionadas con el Holocausto. La primera de estas reivindicaciones ocurrió en octubre de 1996, cuando se presentó ante el Tribunal del distrito de Brooklyn, en Nueva York, una acción judicial colectiva contra los bancos suizos *Crédit Suisse*, *Union Bank of Switzerland* y *Swiss Bank*

* Durante la Segunda Guerra Mundial, miles de mujeres de la región del Pacífico asiático fueron sometidas por el Ejército Imperial Japonés a esclavitud sexual y prostitución forzada. [N.T.]

Corparation. Todos los casos registrados fueron reunidos en 1997 bajo el título “In re Holocaust Victim Assets Litigation”. La reivindicación combinada alegaba que los bancos no habían devuelto los activos depositados, habían negociado activos pillados y se habían beneficiado del comercio de bienes producidos por mano de obra esclava. El caso se liquidó en 1998, con el pago por parte de los bancos de 1.500 millones de dólares. No solo los judíos se beneficiaron con los términos del acuerdo, sino también homosexuales, discapacitados físicos o mentales, gitanos y testigos de Jehová.⁵⁸

A estos casos de víctimas del Holocausto contra los bancos suizos les sucedieron acciones judiciales contra bancos alemanes y austríacos, en junio de 1998. Estos procesos fueron realizados por sobrevivientes del Holocausto y ciudadanos estadounidenses, que iniciaron una acción judicial colectiva contra el Deutsche Bank y el Dresdner Bank, alegando explotación por pillaje de oro y otros activos pertenecientes a los judíos. Los casos se reunieron en marzo de 1999, con el título de “In re Austrian and German Bank Holocaust Litigation”.⁵⁹ También fueron procesados bancos franceses, o que tenían filiales en Francia durante la guerra, como el British Bank y el Barclays. Se realizó un acuerdo en 2001. Sobrevivientes del Holocausto procesaron también a una docena de compañías de seguro europeas.⁶⁰ Tampoco las corporaciones alemanas fueron eximidas, ya que ex trabajadores esclavos presentaron una acción judicial contra una serie de compañías alemanas. Sin embargo, fueron desestimados varios de estos procesos por prescripción, o como consecuencia de los acuerdos firmados entre Alemania y los Aliados al final de la guerra. Se realizó, no obstante, un acuerdo de cerca de 5.000 millones de dólares relacionados con el trabajo esclavo, con la condición de que se suspendieran otras demandas vinculadas con la mano de obra esclava. El gobierno estadounidense convino también en interceder en cualquier proceso futuro registrado contra Alemania en relación con las reivindicaciones de la época de la Segunda Guerra Mundial.⁶¹

Las acciones judiciales propuestas contra las compañías alemanas resultaron también en procesos iniciados por soldados capturados por los japoneses durante la guerra y por civiles que demandaron a compañías japonesas. Durante la guerra, millares de prisioneros estadounidenses, británicos,

canadienses, australianos y neozelandeses fueron usados como mano de obra esclava por compañías japonesas, incluidas Mitsubishi, Mitsui, Nippon Steel y Kawasaki Heavy Industries. Lo mismo ocurrió con civiles chinos, coreanos, vietnamitas y filipinos.⁶²

Para subsanar el problema del tiempo transcurrido entre la ofensa y las reivindicaciones, el estado de California promulgó una ley, en junio de 1993,⁶³ que permitía cualquier acción por parte de un “prisionero de guerra del régimen nazi, de sus aliados o de sus simpatizantes” para obtener “resarcimiento por trabajos realizados durante la Segunda Guerra Mundial en condición de víctima de esclavitud [...] contra cualquier institución o sucesor de esta, para quien este trabajo hubiera sido realizado”. La ley fue promulgada cuando los procesos contra compañías alemanas parecían estar en compás de espera. La misma permitió que se presentaran acciones judiciales hasta 2010⁶⁴ y que las cortes de justicia de California pudieran acogerlas.⁶⁵ Las acciones judiciales presentadas por soldados aliados fueron desestimadas en 2001, después que el gobierno estadounidense intervino en el proceso, con base en los términos del Tratado de Paz de 1951 hecho con Japón, en el que los Estados Unidos y otras potencias aliadas renunciaban a todas las reivindicaciones contra Japón y contra compañías japonesas.

En lo que concierne a las acciones judiciales por parte de civiles, el tribunal estableció más tarde que los filipinos también estaban excluidos, ya que Filipinas había ratificado el tratado. El tribunal desestimó las otras acciones y declaró inconstitucional a la ley de California, puesto que la consideró una interferencia en la ejecución de la política externa del poder federal.⁶⁶

Hubo inclusive otras acciones presentadas ante los tribunales estadounidenses. En una de ellas, civiles extranjeros procesaron a compañías japonesas por haberse servido de mano de obra esclava; en otra, antiguas “mujeres de confort” presentaron una acción judicial. Ambas acciones fueron desestimadas en 2001, pero se presentó un recurso, que aún no fue juzgado.

Un caso que retrocede aún más en el tiempo fue el que llevó a descendientes (en su mayoría, ciudadanos estadounidenses) de armenios víctimas del genocidio ocurrido durante la Primera Guerra Mundial, que habían comprado pólizas de seguro de compañías estadounidenses y europeas, a demandar a New Life Insurance Company.⁶⁷

En el caso *Marootian vs. New York Life Company* se argumentó que el tiempo transcurrido invalidaba las medidas judiciales y que había cláusulas en las pólizas que afirmaban que los tribunales franceses e ingleses tenían jurisdicción en el caso de litigio. Nuevamente, el estado de California promulgó una ley que admitía los procesos judiciales relacionados con las pólizas de la época del genocidio armenio, y extendió el plazo hasta 2010. De esta forma se cerró el caso con un acuerdo. Las lecciones extraídas del caso son, a pesar de todo, importantes, porque el plazo para poder plantear las reivindicaciones fue modificado en casi 100 años. Inclusive, los beneficiarios no fueron quienes habían comprado las pólizas.⁶⁸

Recientemente, decenas de miles de rusos que habían sido forzados a trabajar en campos de trabajo esclavo nazis pudieron compartir una indemnización de 427 millones de euros. Casi 500 mil personas presentaron pedidos a la entidad pagadora, que había previsto solamente 57 mil reivindicaciones.⁶⁹

Por lo tanto, parece que hay realmente posibilidades de pleitos judiciales para las reivindicaciones que se remontan hasta principios del siglo XX, o incluso antes.⁷⁰ Se trata de una cuestión clave, porque implica un obstáculo potencial para posibles reivindicaciones relacionadas con hechos ocurridos durante el colonialismo, siendo 1885 una fecha importante, que marca el reparto de África entre varias potencias europeas. Aunque la ocupación colonial haya ocurrido antes de esta época, fue en la Conferencia de Berlín, de 1884-1885, que se determinó las partes de África que le corresponderían a cada país.⁷¹ En el primer capítulo, el *General Act of the Berlin Conference on Africa* resaltó: “Todas las potencias que ejercen derechos soberanos o influencia sobre los territorios citados, están obligadas a celar por la preservación de las tribus nativas, cuidar del desarrollo y de las condiciones propicias a su bienestar moral y material y ayudar a eliminar la esclavitud, especialmente el comercio de esclavos”.

Las cuestiones sobre reparaciones o sobre indemnizaciones por esclavitud son mucho más difíciles.⁷² Los procesos se refieren a hechos ocurridos mucho tiempo antes, y a individuos que tal vez ni siquiera sean descendientes directos. Estos problemas fueron considerados cruciales cuando una acción judicial en 1995, presentada por litigantes afroestadounidenses, fue desestimada.⁷³ La Corte de la Novena Circunscripción Judicial, al pronunciarse de esta forma,

observó que los Estados Unidos tenían inmunidad soberana, que las reivindicaciones eran muy antiguas y que los propios autores del proceso no podían presentar el requerimiento, pues nunca habían sido esclavos. El tribunal declaró: “La discriminación y la intolerancia de cualquier tipo son inaceptables, y la esclavitud de africanos por parte de este país es inexcusable. Este tribunal, sin embargo, es incapaz de identificar legalmente cualquier base reconocible sobre la cual las reivindicaciones de la parte actora legitimen un proceso contra los Estados Unidos. Aunque las injusticias pasadas y presentes pueden justificar la búsqueda de indemnizaciones, no le cabe a este tribunal conceder la reparación solicitada. La legislatura, más que el poder judicial, constituye el foro apropiado para las quejas presentadas”.⁷⁴ Queda claro, por lo tanto, que los tribunales no pueden ser los únicos ámbitos para juzgar dichas peticiones. Muchas de las mismas son evidentemente más políticas que legales. La vía para encaminarlas no se restringe a los tribunales. Es en el ámbito político, en la legislatura y en otros foros (inclusive el foro de la opinión pública nacional e internacional) donde los esfuerzos pueden ser realizados.

En ese sentido hubo varios intentos todos los años, desde 1989, de crear una legislación en el Congreso de los Estados Unidos que dé cuenta del legado de la esclavitud. El proyecto de ley H.R. 40 –The Commission to Study Reparations Proposals for African Americans Act– procura establecer “una comisión que examine la institución de la esclavitud y de la discriminación racial y económica subsiguiente *de jure* y *de facto* contra afroestadounidenses y, el impacto de estas fuerzas sobre afroestadounidenses vivos, a fin de que se hagan recomendaciones al Congreso en relación con las reparaciones apropiadas [...]”.⁷⁵ Otros esfuerzos fueron realizados también en varios estados estadounidenses y hubo un intento del Congreso para presentar pedidos de disculpa por la esclavitud.

Los recursos ante los tribunales para lograr reparaciones o indemnizaciones

El uso de los tribunales como medio de obtener indemnizaciones o reparaciones para tales reivindicaciones, constituye un fenómeno relativamente reciente. Surgió

principalmente con la decisión de Filartiga, en los Estados Unidos, en 1980.⁷⁶ En realidad, casi todas las disputas judiciales relevantes ocurrieron en jurisdicciones del *common law*,* y no del *civil law*.⁷⁷ Como explica el comentador:

* La expresión *civil law* se refiere al sistema de tradición románica-codificada, mientras que *common law* se refiere al sistema de tradición consuetudinaria. [N.T.]

*Con excepción de una acción presentada en Québec contra una corporación canadiense registrada en Montreal, todas las acciones hasta ahora fueron ejecutadas en jurisdicciones del common law. Las relaciones legales y culturales establecidas entre los abogados anglosajones y las reglas procesales, tales como las que determinan qué información los acusados deben divulgar durante el litigio, pueden ser factores contribuyentes. Pero a largo plazo, no es poco probable que a medida que evoluciona la comprensión por parte de los abogados militantes de los principios relevantes del derecho, surjan casos en los sistemas del civil law de Estados miembros de la Unión Europea, tales como los Países Bajos o Francia.*⁷⁸

Sin embargo, la gran mayoría de estos procesos tiene lugar en los Estados Unidos con base en el ATCA.⁷⁹ Como nos explica Beth Stephens: “La disputa relacionada con los derechos humanos civiles en los Estados Unidos es el resultado natural de una cultura jurídica que se apoya en acciones legales privadas, como forma de obtener compensaciones por perjuicios sufridos y, al mismo tiempo, como herramienta de corrección de los problemas sociales”.⁸⁰ Al observar que la decisión de Filartiga⁸¹ “fue llamada el ‘Brown vs. Board of Education’ de los pleitos del derecho transnacional, invocando el legado de los grandes juicios del derecho civil que desmantelaron la segregación legal en todo los Estados Unidos”,⁸² Stephens nota una “ausencia de casos básicos del tipo Filartiga en otros países”.⁸³ “En efecto”, escribe Stephens, “a pesar de que hay bastante interés por la doctrina subyacente de Filartiga en Inglaterra, un grupo inglés de estudios de derecho internacional concluyó que la probabilidad de que un litigio de este tipo ocurra en Gran Bretaña era muy pequeña”.⁸⁴

Intentando explicar este fenómeno, Stephens ofrece una lista de cinco factores que hacen que los tribunales estadounidenses sean la arena más propicia para las disputas legales internacionales relacionadas con los derechos humanos. La lista incluye:

- Ninguna penalidad por la derrota (gravámenes de cualquier naturaleza)
- Honorarios proporcionales
- Pago punitivo por pérdidas y daños
- Sentencia en rebeldía
- Reglas amplias para procedimientos probatorios.⁸⁵

Stephens observó también que “el uso del litigio civil como forma de influir en las políticas de los derechos humanos es un avance natural en el sistema legal estadounidense”.⁸⁶ También se debe llevar en consideración el hecho de que el sistema de juicio por jurado puede ser en estos casos ventajoso para los litigantes. La naturaleza del sistema legal estadounidense se muestra, por lo tanto, como un determinante crucial en lo que se refiere al motivo por el cual tantos de estos casos fueron presentados ante tribunales en ese país. Como observó Lord Denning: “Así como la mariposa se siente atraída por la luz, el litigante es atraído para los Estados Unidos. Le basta solamente lograr que su demanda se tramite en los tribunales de ese país para tener grandes posibilidades de ganar una fortuna”.⁸⁷

El uso de los tribunales en los Estados Unidos para procesos por violaciones de los derechos humanos

Aunque existen en los Estados Unidos varias leyes⁸⁸ que autorizan a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos fuera del país a iniciar procesos, la más usada es el Alien Torts Claims Act (ATCA).

Esa ley fue promulgada en 1789, como parte del Judiciary Act, y a partir de allí ha generado un número considerable de acciones alegando violaciones de los derechos humanos perpetradas fuera de los Estados Unidos, por agentes estatales y no estatales. La disposición clave, que suscitó una creciente atención internacional, estipula que: “Los tribunales distritales tendrán jurisdicción originaria en cualquier acción civil por delito por parte de un extranjero, solamente si este viola el derecho de las naciones o un tratado de los Estados Unidos”.

Aunque ha habido muchas conquistas desde el caso *Filartiga vs. Pena-Irala*,⁸⁹ en 1980, para las acciones judiciales en los términos del ATCA, Ramsey⁹⁰ suministra un panorama útil de algunas cuestiones y críticas relacionadas con la aplicación de la ley. Alega que “la gran cantidad de puntos polémicos sobre

los cuales reposa el litigio corporativo del ATCA puede sugerir que la aplicación amplia del mismo constituye un proyecto que requiere mucha simpatía judicial para su éxito⁹¹. Sin embargo, Ramsey no sugiere que esta sea una razón para rechazar una disputa judicial en los términos del ATCA y, aconseja prudencia en el área de extensión del litigio, visto que hay toda una serie de doctrinas⁹² que permiten que los jueces desestimen demandas basadas en el ATCA, inclusive aunque la materia y la jurisdicción personal hayan sido establecidas.⁹³ Esto incluye la *international comity doctrine*, cuyas premisas respetan los actos legislativos, ejecutivos y judiciales de otra nación,⁹⁴ así como las doctrinas relacionadas a cuestiones políticas, *forum non conveniens*⁹⁵ y actos del poder público que prohíben a los tribunales estadounidenses revisar la validez de los actos públicos de un Estado soberano extranjero reconocido que hayan sido realizados en territorio extranjero.

Sin embargo, los tribunales no están aplicando estas doctrinas de manera estricta, como puede verse en el caso *Kadic vs. Karadzic*.⁹⁶ En esa ocasión el tribunal declaró que, aunque la doctrina del acto de Estado puede ser aplicable a algunos procesos presentados basados en el ATCA, se dudaba de que “los actos de un funcionario del Estado que violaran el derecho fundamental de una nación y que no fueran rectificadas por el gobierno de esa nación pudieran ser correctamente caracterizados como actos de Estado”.⁹⁷

Ese caso es también importante para la cuestión de la posibilidad de encuadrar protagonistas particulares en las disposiciones del ATCA. El caso *Kadic vs. Karadzic* amplió el alcance de la ley al afirmar que también se incluían los actos cometidos por agentes no estatales. El Tribunal de Recursos observó que “el derecho de gentes, como este es entendido en la modernidad, no limita su alcance a la acción del Estado. En vez de esto, ciertas formas de conducta violan este derecho cuando son efectuadas por individuos que actúan bajo la tutela del Estado, o incluso como individuos particulares”.⁹⁸ El Tribunal decidió que ciertas violaciones del derecho de gentes establecidas en la ley, tales como piratería, comercio de esclavos, esclavitud y trabajo forzado, genocidio, crímenes de guerra y otras ofensas de “interés universal”, no exigían una participación directa del Estado. Por lo tanto, los agentes particulares podrían ser responsabilizados por tales prácticas y por otras violaciones graves de los derechos humanos.

En el caso *Doe vs. Unocal*,⁹⁹ una acción judicial en la que agricultores de Myanmar (antigua Birmania) demandaban a las empresas petrolíferas Unocal y Total SA que funcionaban en ese país, se alegó que las compañías estaban involucradas en un emprendimiento conjunto de extracción de gas con el gobierno militar local. Para abrir camino hacia el gasoducto, el gobierno obligó el traslado de aldeas enteras, desplazó habitantes de su tierra natal, torturó e impuso trabajos forzados a todos aquellos que fueron obligados a participar del proyecto.¹⁰⁰ Se argumentó, por lo tanto, que las corporaciones eran responsables por estos delitos, dado que habían financiado el régimen represivo y el proyecto con total conocimiento de las violaciones de los derechos humanos cometidas y que incluso habían obtenido provecho de las mismas.¹⁰¹ Se alegó que, “en el transcurso de los hechos, en pro de beneficios de un emprendimiento conjunto [...], el régimen implementó un programa de violencia e intimidación contra aldeas locales”. Además, se afirmó que “mujeres y niñas [...] fueron víctimas de violación y otros abusos sexuales por parte de funcionarios del régimen y también que habían sido abandonadas después de que sus familiares masculinos fueron capturados para realizar trabajos forzados, siendo que a ellas también se las sometió a las mismas prácticas”.¹⁰² En la sentencia, de septiembre de 2002,¹⁰³ el tribunal declaró que “el trabajo forzado es una variable moderna de la esclavitud para la cual el derecho de gentes atribuye responsabilidad individual, de modo tal que no se exige la acción del Estado”. Al dar un veredicto al respecto de una “cuestión de facto” en relación con la responsabilidad de Unocal, con base en el Alien Torts Claims Act, por ayudar y estimular al régimen militar de Myanmar a someter a los querellantes a trabajo forzado,¹⁰⁴ la decisión de 2002 revirtió el fallo anterior favorable a Unocal, afirmando que, “de acuerdo con los patrones del ATCA, se define como ayuda y estímulo al hecho de prestar, conscientemente, ayuda práctica o incentivo, con efecto sustancial en la perpetración del crimen”.¹⁰⁵

En el caso *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, el tribunal examinó las circunstancias en que la empresa actuó en estrecha colaboración con oficiales nazis, obligando a civiles a realizar trabajos forzados. La corte consideró que el hecho de que la compañía defendiera sus propios intereses económicos no impedía la resolución de que Ford Motor Co. hubiera actuado

como agente o en combinación con el gobierno alemán y que no había razón lógica que impidiera que individuos particulares y corporaciones fueran procesados por violaciones universalmente condenadas según el derecho internacional, aun cuando no estuvieran actuando “usando la ley como pretexto”.¹⁰⁶

En el caso *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co.*,¹⁰⁷ la parte afectada alegó que Royal Dutch Shell había sido cómplice en actos de tortura, prisión arbitraria, detención y muerte en la región de Ogoni, en Nigeria. Los actores alegaron que ellos y sus parientes más próximos “habían sido capturados, torturados y asesinados por el gobierno nigeriano, una violación al derecho de gentes, por instigación de las [compañías de Shell] demandadas, en represalia por la oposición política de los acusados a las actividades de explotación de petróleo”. Posteriormente alegaron que Royal Dutch Shell “suministró dinero, armas y apoyo logístico a los militares nigerianos, incluidos los vehículos y la munición usados en los ataques a las aldeas, que indujo como mínimo alguno de estos ataques, que participó en la falsificación de las acusaciones de asesinato [...], y que sobornó testigos para que presentaran falsos testimonios contra ellos”.¹⁰⁸ La decisión de la Corte de la Segunda Circunscripción Judicial en este proceso tuvo un efecto importante sobre el principio de *forum non conveniens*, lo que facilitó la ejecución de una acción basada en las violaciones de los derechos humanos cometidas fuera del país, a pesar de la disponibilidad de un foro alternativo.¹⁰⁹ El argumento del tribunal destaca el interés de los Estados Unidos en apoyar los derechos humanos en el exterior y el hecho de que este principio imponga un patrón de inconveniencia diferente a las partes acaudaladas y a las más pobres.¹¹⁰

En el caso *Beanal vs. Freeport-McMoran, Inc.*¹¹¹, se alegó que Freeport-McMoran cometió violaciones de los derechos humanos, delitos contra el medio ambiente, genocidio y genocidio cultural mientras realizaba actividades de minería en Indonesia. La parte actora alegó que las empresas Freeport “se involucraron sistemáticamente en una política corporativa, tanto de forma directa como indirecta, a través de terceros, lo que resultó en violaciones de los derechos de la tribu Amungme y de otras poblaciones tribales nativas. Las acciones alegadas incluyen ejecuciones extrajudiciales,

tortura, captura, amenazas de muerte, dolores físicos graves y sufrimiento ocasionado por los funcionarios de seguridad de la empresa, y a través de los mismos, en las operaciones en las minas de Grasberg”. Sin embargo, el caso fue desestimado porque el tribunal decidió que los elementos alegados no eran suficientes para que se justificara la apertura de un proceso.

Igualmente relevantes para posibles acciones en los Estados Unidos relativas a hechos ocurridos durante el colonialismo y el *apartheid*, son las cuestiones contempladas en el Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA). Esa ley contiene reglas que determinan la forma y posibilidad en que los Estados Unidos pueden ser procesados. Es relevante para la presente discusión por el hecho de que contiene una excepción a la inmunidad dada a un Estado o a sus funcionarios: se trata de la excepción a la actividad comercial. El FSIA determina que no será concedida inmunidad soberana cuando “la acción basada en un acto cometido fuera del territorio estadounidense esté relacionada con una actividad comercial del Estado extranjero en cualquier lugar, y dicho acto cause un efecto directo en los Estados Unidos”.

La Suprema Corte estadounidense, en el caso Arabia Saudita vs. Nelson,¹¹² declaró que un Estado realiza actividades comerciales, según la definición del FSIA, cuando procede como un ciudadano particular en el mercado, y en este contexto, es importante destacar la actividad desempeñada, más que su propósito.

Sin embargo, en el caso Adler vs. República Federal de Nigeria,¹¹³ el tribunal consideró la expresión “relacionado a una actividad comercial” de modo opuesto al efectuado en el caso Arabia Saudita vs. Nelson, que consideró la cuestión examinando la frase “actividad comercial”. Así, los Estados de África, por ejemplo, pueden presentar una acción cuando haya habido una relación con actividades comerciales. Sin embargo, tienen que tener un efecto directo sobre los Estados Unidos. En algunos casos, como por ejemplo los de esclavitud, esto es evidente; en otros sería más difícil de establecer.

A partir de la discusión precedente sobre las acciones presentadas con base en el ATCA, parece realmente que los tribunales estadounidenses podrían estar sensibilizados ante acciones de reivindicación que surgen del colonialismo y del *apartheid*.¹¹⁴

Límites de plazo

La cuestión más importante relacionada con las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el colonialismo y el *apartheid* es el factor tiempo. El problema del intervalo de tiempo entre la ofensa y la reivindicación es crucial, porque con frecuencia estas dificultades en los procesos impiden que una acción supere el primer obstáculo.¹¹⁵

El Alien Torts Claims Act (ATCA) no establece plazo de prescripción,¹¹⁶ pero el Torture Victim Protection Act (TVPA), sí. Con respecto a esto, al informe del Senado de los Estados Unidos que acompañó al TVPA afirmó: “Un plazo de prescripción de diez años garantiza que las Cortes Federales de Circunscripción Judicial no tendrán que oír reivindicaciones prescriptas. En algunos casos, como cuando un acusado le oculta de forma fraudulenta su identificación o su paradero a la otra parte, pueden aplicarse recursos de suspensión del plazo de prescripción para garantizar los derechos del reclamante.¹¹⁷ [...] El plazo de diez años está sujeto a la suspensión, incluidos los períodos en los que el acusado se encuentra ausente de la jurisdicción o inmune a acciones judiciales, y los períodos en los que el demandante esté preso o incapacitado”.¹¹⁸

Según la ley federal, en términos del límite temporal para iniciar una acción, el tiempo empieza a correr en el momento en que ocurre la ofensa.¹¹⁹ En el caso de *Bussineau vs. President & Dirs of Georgetown College*,¹²⁰ el tribunal decidió que la “causa de una acción se constituye como causa judicial en el momento en que ocurre la ofensa”. El tribunal, en el caso *Xuncax vs. Gramajo*,¹²¹ aplicó el período del TVPA a una reivindicación basada en el ATCA.

Sin embargo, desde hace años los tribunales quieren extender el plazo. En 1947, en el caso *Osbourne vs. Estados Unidos*,¹²² la parte reclamante había sido confinada por Japón durante la Segunda Guerra Mundial y reivindicaba que el plazo de prescripción no se aplicaba a causa de “circunstancias extraordinarias, ya que en el lapso en que debería haber iniciado una acción, los tribunales le eran inaccesibles dada su condición de prisionero en manos del enemigo”. El tribunal suspendió el plazo límite para una ofensa ocurrida poco antes de que se lo confinara, porque las circunstancias eran lo suficientemente extraordinarias: “Todos los plazos de prescripción se basan en la premisa de que una persona con una buena causa judicial

no postergará el proceso por un período desmedido de tiempo; pero, cuando al autor de una acción se le niega el acceso a los tribunales, la base de la premisa es destruida”.¹²³

En 1987, la doctrina fue evaluada en el caso *Forti vs. Suárez Mason*. El tribunal afirmó: “Los tribunales federales aplicaron también una teoría de plazo prescripto, semejante a la doctrina de ‘imposibilidad’. Cuando hay eventos extraordinarios que se encuentran más allá del control de la parte demandante y le impiden presentar una demanda, el plazo se suspende hasta que el obstáculo causado por estos eventos sea retirado”.¹²⁴

El tribunal afirmó que, aunque los tribunales argentinos estuvieran disponibles, “en la práctica” eran controlados por el régimen militar, haciendo imposible un proceso justo para todos aquellos que querían iniciar una acción. Agregó, inclusive, que: “la ley federal prevé un plazo de prescripción en dos tipos de situaciones: (1) cuando la conducta ilícita del acusado impidió que la otra parte presentara sus reivindicaciones en tiempo oportuno; (2) cuando las circunstancias extraordinarias fuera de control del actor hacen imposible la presentación de sus reivindicaciones en tiempo oportuno”.¹²⁵

En el caso *National Coalition Government of Union of Burma vs. Unocal, Inc.*,¹²⁶ el tribunal observó que al aplicar el caso *Forti* como precedente para el plazo de prescripción, el tribunal en *Hilao* concluyó que el temor a intimidaciones y represalias era una circunstancia extraordinaria, fuera del control de la parte demandante.¹²⁷ Siendo así, las demandas contra Marcos por daños causados por tortura, desaparición o ejecución sumaria permanecerán en suspenso hasta que este deje el cargo. Se trata de una decisión judicial crucial para los casos relativos al colonialismo y al *apartheid*. En el caso *Unocal*, el tribunal aplicó la decisión de *Hilao* en el proceso y argumentó: “Según la ley federal, la suspensión del plazo de prescripción está disponible cuando (1) la conducta ilícita del acusado impidió al actor presentar la reivindicación; o (2) circunstancias extraordinarias fuera del control del actor hicieron imposible la presentación de las reivindicaciones en tiempo oportuno”. El tribunal observó que: “En realidad, con base en la determinación de la Corte de la Novena Circunscripción Judicial de *Hilao*, las reivindicaciones de fulano de tal se pueden suspender mientras el SLORC permanezca en el poder, si él prueba que fue incapaz de tener acceso a una revisión judicial en Birmania”.¹²⁸ Esto puede ser de gran importancia en casos futuros.

En el caso *Iwanova vs. Ford Motors Co.*,¹²⁹ las reivindicaciones estaban relacionadas con el trabajo forzado durante la Segunda Guerra Mundial. El actor procesó a la Ford, en Alemania, y a la matriz estadounidense, buscando compensación por trabajos forzados en la fábrica alemana de Ford. En lo que se refiere al plazo para presentar una acción relativa a la reivindicación alemana, el tribunal afirmó que quedaba suspendido hasta 1997, cuando la moratoria sobre las reivindicaciones (impuesta en varios tratados de posguerra) hubiera finalmente terminado. Lo mismo no se alegó en relación con la matriz estadounidense. Por lo tanto, fueron los tratados los que impidieron la ejecución de las reivindicaciones, y no la culpa del acusado. El tribunal determinó que: “la suspensión del plazo de prescripción puede ser aplicada, entre otras razones, cuando el acusado engañó activamente a la parte demandante. Para evitar la desestimación, el actor que reivindica la suspensión del plazo de prescripción debe incluir detalladamente las razones por las cuales alega haber sido `activamente engañado` por el acusado”.¹³⁰ Aunque el actor había presentado alegaciones de embuste y ocultación¹³¹ en su declaración y en su alegato oral, estas no se encontraban en su peticitorio, y por eso el tribunal negó la compensación.¹³² Un resultado semejante se obtuvo en el caso *Fisher vs. BASF Group*.¹³³

En el caso *Sampson vs. República Federal de Alemania*,¹³⁴ se descalificó una acción judicial de resarcimiento por daños relativos a la detención ilegal en un campo de concentración nazi en razón del lapso transcurrido entre la ofensa y el inicio de la acción. En el caso *Kalmich vs. Bruno*,¹³⁵ se negó una reivindicación de devolución de una propiedad confiscada por los nazis a causa del vencimiento del plazo.

En el caso *Jane Doe I [fulana de tal] vs. Karadic*,¹³⁶ el tribunal decidió que “el plazo de prescripción del TVPA está sujeto a suspensión, incluso en lo que atañe a los períodos en los que el acusado está ausente de la jurisdicción o inmune a procesos legales, o a los períodos en los que la parte demandante está presa o incapacitada”. En el caso *Cabello vs. Fernández Larios*,¹³⁷ el tribunal determinó: “La suspensión del plazo de prescripción del TVPA se muestra apropiada en este caso, porque las autoridades militares chilenas habían ocultado deliberadamente el lugar de sepultura de la víctima, de modo que los autores del proceso no pudieron ver el cuerpo

del fallecido hasta 1990”. En este caso¹³⁸ el tribunal decidió que: “lo que impidió que los autores iniciaran la acción hasta 1990 fue el ocultamiento anterior a la fecha por parte del gobierno chileno del lugar de la sepultura. Consecuentemente, el período de diez años de plazo solamente empezó a contar a partir de 1990. Como los autores presentaron la acción dentro de los diez años establecidos, y el acusado no le presentó al tribunal ningún motivo suficientemente convincente para modificar la decisión anterior de que el período de límite empezaba en 1990, el tribunal entiende que las reivindicaciones alegadas con base en la Segunda Enmienda no sufren restricción de plazo”.

Por lo tanto, parece que el límite del plazo puede no constituir necesariamente un obstáculo definitivo para tales acciones. Los actores tendrán que comprobar que las circunstancias específicas estén de acuerdo con las reglas anteriores, para garantizar que la prescripción no actúe como impedimento en tales casos.

Otras jurisdicciones

Aunque la mayoría de los procesos de esta naturaleza hayan sido presentados en los Estados Unidos, han ocurrido demandas por violación de los derechos humanos en todo el mundo. Inicialmente esto ocurrió en Inglaterra. Entre ellas están:

- Cape plc:¹³⁹ provocado por daños físicos relacionados con la contaminación por asbesto, sufridas por víctimas sudafricanas durante las décadas de 1960 y 1970.
- RTZ:¹⁴⁰ suscitado por el caso de cáncer de laringe contraído por un trabajador escocés empleado en una mina de uranio del acusado, en Namibia.
- Thor Chemical Holdings Ltd:¹⁴¹ en respuesta a las críticas del gobierno inglés en relación con la salud y la seguridad, la empresa Thor trasladó sus instalaciones a Natal, en Sudáfrica, donde continuó funcionando con las mismas deficiencias que la habían forzado a partir de Inglaterra, pues poco hizo para reducir el riesgo de los trabajadores. La empresa Thor quedó sujeta a la jurisdicción del tribunal al presentar una defensa impedida de alegar desafuero y finalmente aceptó pagar 1,3 millones de libras esterlinas.¹⁴²

Las cuestiones en estos casos parecen girar por completo alrededor de la discusión sobre jurisdicción personal, recurso de la ley y *rationae forum non conveniens*, sin juicio respecto del mérito de las acciones. De esto deviene el comentario de Stephens acerca de que las jurisdicciones no estadounidenses carecen de un “caso Filartiga básico”. El litigio ocurrido en Australia alrededor de la Broken Hill Proprietary¹⁴³ muestra el mismo problema.

Los hereros de Namibia reivindican reparaciones

Uno de los primeros procesos relacionados con cuestiones que remontan al período colonial, fue la acción presentada en 2001, en Washington D.C., por la Corporación de Reparaciones al Pueblo y a la tribu Herero, en la persona de su supremo jefe Riruako y otros miembros de la tribu. Están¹⁴⁴ procesando al Deutsche Bank, a Terex Corporation,¹⁴⁵ también denominada Orenstein-Koppel, y a Woermann Line, hoy supuestamente conocida como Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.¹⁴⁶ Aunque la mayoría considere a Sudáfrica¹⁴⁷ como responsable por muchas atrocidades cometidas en África meridional, el legado colonial de Namibia, bajo dominio de Alemania, incluye una de las mayores barbaries ya cometidas: el genocidio de casi 100 mil personas a principios del siglo XX. En junio de 2001, la Corporación de Reparaciones al Pueblo Herero planteó una demanda por 2.000 millones de dólares contra las empresas.¹⁴⁸ Las compañías, incluida Woermann Lines, fueron acusadas por la formación de una alianza para exterminar más de 65 mil hereros, entre 1904 y 1907.

El proceso gira alrededor de un genocidio perpetrado en Namibia a principios del siglo XX,¹⁴⁹ con la matanza de más de 65 mil hereros en manos de la policía. La política de ejecución sumaria se anunció el 2 de octubre de 1904, cuando el general Lothar Von Trotha decretó: “El pueblo herero tendrá que dejar el país. De lo contrario, lo forzaré a hacerlo por medio de las armas. Dentro de las fronteras alemanas, todo herero, esté armado o desarmado, con o sin su ganado, será asesinado. No aceptaré mujeres o niños. Serán devueltos a su pueblo; de lo contrario, ordenaré que se los mate. Firmado: El Gran General del Todopoderoso Kaiser, Von Trotha.

Además de los 65 mil muertos, fueron clausuradas y envenenadas las cisternas para impedir que la población

tuviera acceso al agua. Al mismo tiempo, miles de individuos fueron condenados a la esclavitud¹⁵⁰ en haciendas alemanas, y se obligó a las mujeres sobrevivientes a servir de “mujeres de confort” para los colonizadores. Genetistas alemanes llegaron al país para conducir estudios raciales sobre la supuesta inferioridad de los hereros. Von Trotha creó también cinco campos de concentración, en los que la tasa de mortalidad superaba el 45%.

Von Trotha casi tuvo éxito en el genocidio. La población herero se redujo en cerca de 80%; sobrevivieron aproximadamente 16 mil personas, la mayoría en campos de concentración. Los documentos del tribunal afirman: “Presagiando de forma alarmante y precisa el imperdonable horror del Holocausto europeo tan solo algunas décadas después, los acusados y Alemania Imperial formaron un emprendimiento comercial que sancionó explícitamente y puso en práctica, a sangre fría, el exterminio, la destrucción de la cultura tribal y la organización social, el confinamiento en campos de concentración, el trabajo forzado, experimentos médicos aberrantes, la explotación de mujeres y niños, con el propósito de obtener intereses financieros comunes”.

Los hereros iniciaron un proceso contra el Deutsche Bank, alegando que era la principal entidad financiera y bancaria en el dominio alemán del sudoeste africano. Se alegó que Disconto-Gesellschaft, adquirida por el Deutsche Bank en 1929, había controlado junto con el Deutsche Bank prácticamente todas las operaciones financieras y bancarias en dicho territorio, entre 1890 y 1915. La acción judicial afirma que esas entidades eran los principales inversores, accionistas, directores y ejercían el control en las mayores operaciones de minería y ferrovías del dominio alemán en el sudoeste de África, en aquella época. Las otras acusaciones están basadas en que el Deutsche Bank, por sí mismo y por intermedio de Disconto-Gesellschaft, tuvo una participación crucial en los emprendimientos coloniales alemanes, además de ser directamente responsable y de haber cometido los crímenes contra la humanidad perpetrados contra los hereros. El proceso de los hereros contra el Deutsche Bank sostiene que el banco financió específicamente al gobierno y a las compañías vinculadas al dominio colonial alemán.¹⁵¹

Terex también fue procesada, porque se alegó que era la sucesora interesada, o la sociedad en fusión, de Orenstein-Koppel Co., la principal entidad de construcción ferroviaria

en el dominio alemán en el sudoeste africano, de 1890 a 1915. Los documentos del tribunal afirman que Arthur Koppel, el director de Orenstein-Koppel, era un poderoso ejecutivo alemán; su empresa se había especializado en tecnología de terraplenes y a principios del siglo XX tenía contratos en todas partes del mundo. Se alegó que Terex y sus predecesores prosperaron a lo largo de los 125 años de su existencia mediante la organización, participación y obtención de ventajas en un sistema sustentado por la mano de obra esclava. Se alegó, además, que lucraron inmensamente con ese sistema, y que por lo tanto fueron directamente responsables por los crímenes de lesa humanidad cometidos contra los hereros.

La parte actora posteriormente retiró la acción por reparaciones contra Terex, porque la corporación alegó que había estado bajo una administración diferente en la época en que las atrocidades se cometieron.¹⁵² No obstante, los actores iniciaron rápidamente una acción judicial contra el gobierno alemán.¹⁵³ En relación con esto, el jefe Kuaima Riruako afirmó: “Estoy procesando gobiernos legítimos y compañías que operaban en la época colonial. [...] Somos semejantes a los judíos que fueron destruidos. Los alemanes pagaron por la sangre derramada de los judíos. Compénsennos también. Es el momento de curar la herida”.¹⁵⁴

Woermann Line también está siendo procesada, bajo la acusación de haber controlado virtualmente todas las actividades de navegación dentro y fuera del dominio alemán en el sudoeste de África entre 1890 y 1915. La reivindicación del actor afirma que Woermann empleaba trabajo esclavo, tenía su propio campo de concentración, tuvo participación primordial en el emprendimiento colonial alemán y que, “individualmente y como miembro de ese emprendimiento, Woermann era directamente responsable por haber cometido crímenes de lesa humanidad perpetrados contra los hereros”.¹⁵⁵

Se alega que Otavi Mines and Railway Company (Omeg) fue fundada el 6 de abril de 1900, con el estatuto legal de Compañía Colonial Alemana, con el propósito de explotar yacimientos de cobre y para construir un sistema ferroviario. Se alega, asimismo, que el Deutsche Bank fue miembro del Consejo de Administración de Omeg, entre 1900 y 1938. La parte actora asevera que Disconto Gesellschaft, uno de los mayores bancos en Alemania en 1903, era un inversor importante en Omeg, y que Woermann Shipping Line, en

1900, había establecido el control completo de las empresas portuarias y de navegación en el sudoeste de África. Todo el material para la ferrovía de Omeg era transportado por Woermann, mediante trabajo forzado y la esclavitud de más de mil personas, que cargaban y descargaban los buques en Swakopmund.

El caso es de gran relevancia por varios motivos. Primero, muestra cómo el Holocausto alemán fue precedido por un genocidio anterior. Segundo, indica cómo se pueden usar los tribunales para perseguir la transgresión de los derechos humanos, incluso en otro país. En relación con esto, el jefe herero argumentó: “Estamos llevando nuestro caso a los Estados Unidos porque es más fácil y más justo y allí podemos obtener apoyo público. Los judíos no pueden llevar su caso a Alemania; ¿qué posibilidad tenemos, entonces, de obtener éxito [en Alemania]?”¹⁵⁶

En tercer lugar, el caso podría ser precursor de varios otros, en los que antiguos gobiernos coloniales y empresas comerciales que se beneficiaron de la conquista y la dominación sean procesados por los habitantes de los territorios que, en la época, estaban bajo su control. Los hereros no fueron las únicas víctimas de las atrocidades coloniales. Hubo, entre otras, la masacre de millares de congolese ejecutados por los belgas, bajo el mando del rey Leopoldo II. Los franceses son culpables también de estos crímenes, así como los ingleses. Como argumentó Sydney Haring:

*[...] este representa efectivamente uno de los mejores casos para abrir el debate en relación con la reparación por opresión colonial contra varias potencias imperiales. El fundamento directo de esa acción en el contexto específico de la responsabilidad de Alemania por las reparaciones a los judíos víctimas del genocidio de la Segunda Guerra Mundial, plantea directamente la cuestión: ¿en qué difiere el genocidio de la época colonial del genocidio europeo moderno? En un África empobrecida, no es para sorprenderse que la población nativa no pueda aceptar la legitimidad de dos regímenes de derecho internacional, uno para los europeos, otro para los africanos. Como la acción de los hereros se basa estrictamente en un acto específico —y bien documentado— de genocidio del siglo XX, en una guerra colonial específica, contra una nación que reincidió en el genocidio, se trata de un caso apropiado para una acción de reparación contra Alemania.*¹⁵⁷

En una visita a Namibia, en marzo de 1998, el presidente alemán Roman Herzog afirmó que ya había pasado mucho tiempo para que Alemania hiciera cualquier pedido formal de disculpas por la masacre de los hereros durante el dominio colonial. Dijo que los soldados alemanes habían obrado “incorrectamente” entre 1904 y 1907, cuando aproximadamente 65 mil hereros fueron asesinados por oponerse al colonialismo. Herzog rechazó el pago de compensación, afirmando que eso no era posible, una vez que las reglas internacionales de protección a las poblaciones civiles no existían en la época del conflicto y que ninguna ley protegía a los grupos minoritarios durante el período colonial.¹⁵⁸ Agregó que Alemania había ayudado significativamente a Namibia por muchos años y prometió que el país cumpliría con su responsabilidad histórica especial en relación con Namibia.¹⁵⁹ Declaró también que la cuestión de las reparaciones no sería considerada, una vez que Namibia ya estaba recibiendo apoyo financiero preferencial de Alemania.¹⁶⁰

El gobierno de Namibia no apoyó las reivindicaciones de los hereros. El primer ministro Hage Geingob dijo que el planteo por parte de los hereros de buscar un resarcimiento solo para los namibianos hablantes de la lengua herero estaba equivocado¹⁶¹ y que: “nosotros [el gobierno] estamos siendo condenados por el jefe por no actuar. Pero no podemos simplemente decir que queremos dinero para los hereros. No fueron solamente los hereros los que sufrieron las consecuencias de la guerra. Todos los namibianos sufrieron y lo mejor que podemos hacer es ayudar a todos los namibianos con carreteras y escuelas”.¹⁶²

El primer ministro declaró también que, infelizmente, la cuestión de las reparaciones era política, preguntando por qué no se la había presentado al Parlamento de Namibia. Esto no ocurrió, sin embargo, por qué los hereros acusan al partido gobernante Swapo de desviar 500 millones de dólares de ayuda alemana para electores de Ovambo.¹⁶³ Ellos quieren, por lo tanto, que Alemania establezca un fondo que permita a los hereros comprar tierras y ganado. Gottlob Mbaukua, un líder del partido herero en Okahandja, argumentó: “Lo que estamos diciendo es que los alemanes, como mataron solamente a los hereros y a nadie más, nos deben ayudar a erguirnos”.¹⁶⁴

Eckhart Mueller, presidente de la Organización Cultural

Alemana-Namibiana, argumenta: “La concepción del término genocidio es relativa cuando uno está involucrado en una guerra y es derrotado. Pienso que ellos están entrando en un emprendimiento sin chances de obtener algún dinero. Si no es el genocidio, será otra cosa. Tenemos que enterrar el pasado y mirar hacia el futuro”.¹⁶⁵

Reivindicaciones de las víctimas del *apartheid*

La violación de los derechos humanos contra la mayoría de la población de Sudáfrica fue sistemática durante el *apartheid*. Muchas personas fueron desalojadas de sus tierras, tuvieron su lengua y cultura marginadas y sufrieron graves violaciones de los derechos humanos.¹⁶⁶ A la mayoría de los sudafricanos se les negó el acceso a una enorme variedad de facilidades, instituciones y oportunidades, inclusive a varios lugares y puestos de trabajo, especialmente en los que concierne a los órganos del gobierno. El Estado sudafricano violó sistemáticamente los derechos de la población negra y la sometió a privaciones socioeconómicas.¹⁶⁷ Los sudafricanos negros fueron privados de sus derechos civiles, alejados de los lugares donde vivían y destituidos de su ciudadanía.¹⁶⁸ Algunos funcionarios, inclusive muchos del gobierno que contaban con autorización y soporte oficial, cometieron torturas, ataques y asesinatos de manera sistemática.¹⁶⁹ Innumerables detenciones¹⁷⁰ y muertes se cometieron bajo su custodia.¹⁷¹ La libertad de expresión y de asociación fue severamente limitada. Como consecuencia de esto, en 1973 las Naciones Unidas declararon que el *apartheid* era un crimen contra la humanidad. Aunque la acción del Estado ha sido una causa importante en las violaciones de los derechos humanos, otros agentes también contribuyeron para la realización de tales prácticas. Inclusive las corporaciones multinacionales que ayudaron, estimularon y se beneficiaron de las relaciones con el régimen. Más de 3 mil millones de dólares en lucros fueron transferidos anualmente de Sudáfrica bajo el *apartheid*, por bancos y negocios extranjeros entre 1985 y 1993.¹⁷² En 1987, una investigación conducida por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de las corporaciones multinacionales en la continuidad de la existencia del *apartheid* concluyó que, “por su complicidad, aquellas corporaciones transnacionales

deben ser consideradas partícipes en el crimen de *apartheid* y deben ser procesadas por su responsabilidad en la perpetuación de ese crimen”.¹⁷³

El proceso interno en Sudáfrica para afrontar el pasado fue la Truth and Reconciliation Commission (TRC), en la cual las víctimas podían testimoniar sobre las violaciones de las que habían sido víctimas, y aquellos que habían perpetrado las violaciones de los derechos humanos podían pedir amnistía de la acusación criminal, así como exención de responsabilidad civil.¹⁷⁴ Además, la TRC presidió audiencias en varios sectores, incluidos el judicial, el de salud y los partidos políticos. También se realizaron audiencias sobre el papel de las empresas. No obstante, hasta que se presentaron dos procesos en los Estados Unidos, que serán discutidos posteriormente, no ocurrió nada contra las multinacionales u otras empresas que se beneficiaron del sistema de aquella época. Las reparaciones para las víctimas han sido discutidas como una obligación del Estado. Aunque el Estado reconoce que es necesario otorgar alguna compensación, no respondió de forma ágil a las recomendaciones de la TRC en lo que se refiere a cuánto y cuándo pagar a las 21 mil personas consideradas víctimas.

En lo que atañe al sector privado, en Sudáfrica la TRC elaboró un informe sobre el papel de las empresas y de los trabajadores durante el *apartheid*. Determinó que “un vasto cuerpo de pruebas muestra el papel central de los intereses del sector privado en la elaboración, adopción, implementación y modificación de las políticas del *apartheid* a lo largo de su siniestra historia”.¹⁷⁵ Luego de esta conclusión, la TRC no juntó todos los casos de incriminación de las empresas, ni en el informe ni en su análisis, y en cambio intentó hacer un pronunciamiento¹⁷⁶ en relación con el papel de las empresas privadas durante el *apartheid*¹⁷⁷, más matizado y estructurado, y posiblemente más creíble. La TRC dividió la culpabilidad de las empresas en tres categorías:

- Incriminación de primer orden: “elaboración junto con el Estado de políticas o prácticas opresivas que resultaron en bajo costo de mano de obra (o que aumentaron los lucros de otra forma)”.¹⁷⁸
- Incriminación de segundo orden: “conocimiento de que sus productos o servicios serían usados para propósitos moralmente inaceptables”.¹⁷⁹

- Incriminación de tercer orden: “actividades comerciales usuales, que fueron beneficiadas indirectamente por el hecho de operar en un contexto estructurado racialmente en una sociedad de *apartheid*”, pero, “[...] llevado a su conclusión lógica, ese argumento debería ser extendido a las empresas que financiaron los partidos de oposición y movimientos contra el *apartheid*. Evidentemente, no se puede considerar que todas las empresas tuvieron el mismo comportamiento”.¹⁸⁰

Un comentarista escribió sobre esta categorización: “La TRC declaró los dos primeros niveles reprensibles *per se* [...]. No obstante, sus conclusiones matizadas con relación a otras empresas reflejan una evaluación de la medida en que el *apartheid* claramente las benefició y de la complejidad de las interacciones del sector privado con el gobierno. Finalmente, aunque se concluye que el gobierno y el sector privado ‘cooperaron en la construcción de una economía que beneficiaba a los bancos’, rechazó tanto una condena de todo el sector privado en cuanto colaborador, como una justificación por haber atenuado y ayudado a dar fin al sistema”.¹⁸¹

El papel de los bancos

El informe de la TRC parece inserir a los bancos (tanto locales como extranjeros) en la tercera categoría de culpabilidad.¹⁸² Al discutir la incriminación del segundo nivel, el informe observa el ejemplo de los bancos que suministraron tarjetas de crédito clandestinas a escuadrones de la muerte para ayudarlos a atraer a sus víctimas.¹⁸³

Inclusive, el informe de la TRC constató que “no hubo tentativa evidente por parte del sector bancario de investigar o detener el uso que se estaba haciendo de sus instalaciones en un ambiente en el que predominaban violaciones graves de los derechos humanos”.¹⁸⁴ Además, el Council of South African Banks (Cosab) “reconoció que ser un banco significaba ‘inevitablemente’ hacer negocios con diversos organismos que formaban parte del sistema de *apartheid*”.¹⁸⁵ Sin embargo, el informe de la TRC no llegó a sus propias conclusiones (este cita pero no adopta claramente las hipótesis de los otros) en lo que se refiere a las consecuencias de que un banco “haga negocios” con el régimen del *apartheid*.

Al igual que en el primer caso de *apartheid*, comentado adelante, y probablemente debido a la misma falta de información, el informe de la TRC no intentó dar el paso siguiente de analizar cualquier transacción particular o cualquier relación entre un banco y una institución del *apartheid* para averiguar: (1) hasta dónde las actividades crediticias ayudaron a incentivar la opresión; y (2) hasta dónde los bancos deberían haber previsto o sabido que las actividades crediticias ayudarían a estimular la opresión.

Por ejemplo, el informe citó la declaración de Cosab a la TRC, que afirmaba: “por la propia naturaleza de sus negocios, los bancos habían estado involucrados en cada aspecto del comercio durante los años del *apartheid*. Sin ellos, el gobierno y la economía habrían quedado paralizados. Pero esta habría sido una decisión del tipo ‘todo o nada’. No podía haber una posición de término medio. O se está en el negocio bancario, o no se está. No le cabe a un banco decir que aceptará instrucciones de su cliente para pagar a una persona y no a otra”.¹⁸⁶

Por lo tanto, aunque el informe de la TRC haya reconocido que mientras “los bancos estaban, deliberadamente o no, involucrados en suministrar servicios bancarios y otorgando préstamos al gobierno del *apartheid* y a sus agencias”, observó también que los bancos “estaban, igualmente, involucrados en el movimiento de fondos de donadores localizados del otro lado del mar, para organizaciones de resistencia al *apartheid*”.¹⁸⁷ Este modelo que permite que el lado sombrío del cuadro salga a la luz, sin que sea analizado en profundidad, resulta también evidente en la forma de abordar el tema del papel del “sector privado” de modo general.

El papel del sector privado

No obstante considere que el compromiso general del sector privado durante el *apartheid* se extendió a las tres categorías de culpabilidad, el informe de la TRC dio atención especial al doble papel del sector privado al (con frecuencia simultáneamente) ayudar y perjudicar al *apartheid*. Por ejemplo, el informe observó que “[...] muchas organizaciones del sector privado estaban inseguras sobre la manera cómo proceder ante la crisis económica y la agitación política. Como observó el Cosab: el sector privado se vio dividido entre el

reconocimiento del deseo inevitable de reformas políticas significativas y una gama de avances que resultaban en mucha inestabilidad y que eran, pura y simplemente, perjudiciales para los accionistas de la empresa”.

La respuesta a este dilema agudo fue, por un lado, tratar de acelerar el proceso de reformas y facilitar el contacto entre diferentes intereses políticos –tanto dentro como fuera de Sudáfrica– y, por otro lado, preparar una acción de retaguardia contra las sanciones y la campaña de no inversiones y contra los crecientes niveles de violencia que amenazaban la economía y la creación de empleos.¹⁸⁸

Aunque el informe haya registrado esfuerzos por parte del sector privado para acelerar las reformas –como “visitas de líderes empresariales representativos al ANC en el exilio”–,¹⁸⁹ enfatizó también las “acciones de retaguardia”, como el comprometimiento del sector privado con los Joint Manages Committees (JMC), que formaban parte del Sistema de Administración de Seguridad Nacional.¹⁹⁰ No obstante, aun cuando deja claro que el objetivo de los JMC era “fundamentalmente prolongar la dominación blanca”,¹⁹¹ el informe observó también que: “Allí donde la participación [del sector privado] resultó en la canalización de recursos para las municipalidades, las cuestiones morales eran más nebulosas. Aunque el desarrollo en las municipalidades auspiciadas por los JMC estaba seguramente motivado por propósitos contrarrevolucionarios, existe una diferencia importante entre las estrategias contrarrevolucionarias basadas en el abastecimiento de infraestructura a la población, y las estrategias basadas en la tortura y la represión. Nuevamente, el sector privado no desempeñó un papel homogéneo en el proceso”.¹⁹²

Sobre el tema de las sanciones, el informe observó que la oposición del sector privado, además de partir de los propios intereses movidos por el lucro, “se originó también en la creencia, por parte de algunos de sus sectores, de que el crecimiento económico más que intensificar la pobreza, promovía la democracia”.¹⁹³ Sorprendentemente, el informe poco hizo para evaluar tanto esa creencia, su difusión y representatividad, como las razones por las que una empresa, en su propio provecho, decide adoptarla (o alega que la adopta).

En defensa de la TRC, entretanto, pocas corporaciones – particularmente las multinacionales– se ofrecieron a declarar ante la Comisión.¹⁹⁴ Además, el hecho que la TRC no estuviese

en posición de imponer –o eliminar– la responsabilidad legal, mucho menos criminal, sobre las corporaciones”,¹⁹⁵ puede haber influenciado tanto en la duda de la propia comisión a emitir condenaciones como, considerando el clima de relativa impunidad, en el hecho de que las multinacionales hayan resuelto ignorar los procedimientos.

Como resultado de estos procesos, fueron registrados dos casos en los Estados Unidos reivindicando indemnización por eventos ocurridos durante el *apartheid*.

El primer caso relativo al *apartheid*

En junio de 2002, millares de sudafricanos iniciaron una acción colectiva contra varias corporaciones¹⁹⁶ multinacionales en el Distrito Sur de Nueva York, con base en el ATCA.¹⁹⁷ En agosto, una acción judicial apuntó como coautoras de conspiración con el régimen de *apartheid* a las siguientes empresas: Citigroup, Crédit Suisse, UBS, Deutsche Bank, Dresdner Bank, CommerzBank, IBM, Amdahl Corporation, ICL Ltd., Burroughs, Sperry and Unisys (antecesora de Sperry and Burroughs).¹⁹⁸ Según sus abogados, las compañías de minería Anglo American y De Beers se pueden agregar a esta lista de acusados. Además, los abogados escribieron a más de 27 bancos y corporaciones proponiendo un diálogo para discutir posibles acuerdos.¹⁹⁹ Fuera de los potenciales reos Anglo American y De Beers, el proceso no apuntó a empresas locales.²⁰⁰

La demanda, presentada originalmente solo contra bancos suizos y estadounidenses, afirma que “[...] para que se haga justicia, las instituciones financieras y las empresas que alimentaron e hicieron posible el reinado del terror del régimen del *apartheid* deben rendir cuentas de sus pecados, crímenes y explotaciones, así como las empresas que alimentaron e hicieron posible el reinado del terror nazi”.²⁰¹ La demanda reclama 50 mil millones de dólares en indemnizaciones,²⁰² afirmando que si no fuera por los préstamos de los bancos, el *apartheid* no habría sobrevivido todo el tiempo que sobrevivió²⁰³ y que las empresas de informática “sabían muy bien que el régimen del *apartheid* se valía del uso de los equipos, tecnología y sistemas para facilitar y propiciar las violaciones de los derechos humanos y la perpetración de atrocidades contra la mayoría de la población sudafricana”.²⁰⁴

En relación con los negocios de minería, el objetivo era

incluir las prácticas de trabajo abusivas y racistas efectuadas durante el período del *apartheid*.

Ed Fagan, el abogado estadounidense que lleva el caso, envió una nota a la prensa enfatizando una parte de la demanda que relaciona la conducta de los bancos alemanes con su historia durante el Tercer Reich.²⁰⁵ Fagan “ha sido descrito, en varios aspectos, como un defensor oportunista de causas perdidas y espectaculares”.²⁰⁶ Las respuestas a Fagan y a los procesos fueron poco entusiastas, y no resulta sorprendente la frialdad explícita del gobierno y la reacción de la prensa, que dieron menos apoyo de lo que Fagan había esperado.²⁰⁷

El segundo caso referente al *apartheid*

El 12 de noviembre de 2002 se inició, en la Corte Distrital Este de Nueva York, el segundo proceso *Khulumani et al. vs. Barclays et al.*,²⁰⁸ contra ocho bancos y doce compañías de petróleo, transportes, tecnología de comunicaciones y armamentos de Alemania, Suiza, Gran Bretaña, Estados Unidos, Países Bajos y Francia.²⁰⁹

La acción se presentó en nombre del Grupo de Apoyo *Khulumani* y 108 individuos “víctimas de tortura, asesinato, violación, prisión arbitraria y trato deshumano con apoyo del Estado”. La *Jubilee South Africa* afirmó: “Las corporaciones ayudaron e incitaron un crimen contra la humanidad, cuyos daños sociales permanentes exigen reparaciones urgentes. [...] Estas obtuvieron lucros exorbitantes, mientras se intensificaba el sufrimiento de las víctimas del *apartheid*. Los bancos y el sector privado ignoraron constantemente nuestros intentos de discutir su papel en el apoyo a amplios programas sociales para la reconstrucción y desarrollo de las comunidades afectadas, y para compensar a individuos específicos por los perjuicios que las corporaciones hicieron posibles”.²¹⁰

En declaración a la prensa, los demandantes afirmaron que habían intentado durante cuatro años, sin poder lograrlo, que “los bancos multinacionales y las empresas que apoyaron al Estado bajo el *apartheid* rindieran cuentas de su explotación odiosa”. El grupo de Apoyo *Khulumani* observó que este proceso “[...] es el único camino que nos restó para garantizar que la verdad sobre la extensión de la complicidad de las corporaciones en los abusos cometidos durante el *apartheid* se conozca y se haga justicia a las víctimas. No se las puede dejar

de lado para que paguen por su propio sufrimiento. Las corporaciones multinacionales deben ser conscientes de que la complicidad en crímenes de lesa humanidad no da frutos”.²¹¹

En nota a la prensa, Apartheid Debt & Reparations Campaign afirmó: “En esta acción, expresamos nuestro compromiso con el futuro de las víctimas del *apartheid*, la protección de los derechos humanos y la soberanía de la ley. [...] La acción se promovió después de mucha consideración internacional en relación con su base legal y factual y después de exhaustivas consultas a organismos claves. Inclusive, otras acusaciones de peso equivalente se presentarán en los meses próximos, relacionadas con otros aspectos de los crímenes cometidos por el *apartheid*.”²¹²

El estudio de abogacía estadounidense que representa a las víctimas declaró, en nota a la prensa,²¹³ que la demanda:

[...] busca responsabilizar al sector privado por incentivar y colaborar con el régimen de apartheid en Sudáfrica, facilitando la práctica de crímenes de segregación, trabajo forzado, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, tortura, agresión sexual y prisión ilegal. La comunidad mundial reconoció al apartheid en sí como un crimen contra la humanidad. El apartheid no podría haberse mantenido como se mantuvo sin la participación de los acusados [...]. La acción se basa en los principios de imputabilidad del common law y en el Alien Torts Act, 28 U.S.C. 1350, que concede jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos sobre determinadas violaciones del derecho internacional, sin que importe dónde estas hayan ocurrido [...]. La evidencia histórica reciente muestra que la participación de las compañías privadas en las industrias claves de minería, transportes, armamentos, tecnología, petróleo y financieras no solo fue útil para la práctica de los abusos, como también estuvo estrechamente relacionada con los abusos propiamente dichos, en el sentido de que el apartheid nunca habría sido lo que fue sin la complicidad del sector privado.

En Sudáfrica, estos dos casos se vieron de modo un poco controvertido. El ex presidente F. W. de Klerk se manifestó en contra de los procesos afirmando que aconsejará a las empresas que resistan a las acciones judiciales. Declaró también que estos casos darían falsas esperanzas de enriquecimiento a los sudafricanos pobres.²¹⁴

El gobierno sudafricano declaró que no apoyará las acciones contra las multinacionales citadas por haber favorecido al *apartheid*. El ministro de Justicia y de Desarrollo Constitucional, Penuell Maduna, habría dicho que la postura del ministerio es de “indiferencia”, que no se apoyan ni rechazan tales acciones. Afirmó: “No apoyamos las acciones por reparaciones individuales. Tenemos negocios en curso para inversiones en Sudáfrica post *apartheid* con las mismas empresas citadas en la acción judicial. El objetivo es lograr que estas compañías sigan invirtiendo en Sudáfrica, para beneficio de toda la población”.²¹⁵

El ministro de Economía sudafricano, Trevor Manuel, afirmó que las acciones no pueden solucionar los problemas creados por el *apartheid*, ni responder por la magnitud del crimen que es el *apartheid* en sí mismo. Y por eso, no puede haber resarcimientos individuales [...]. Ese tipo de especulación, donde se buscan víctimas [...], no considera al *apartheid* propiamente como una violación grave de los derechos humanos, sino que busca agresiones físicas, lesiones, tortura y muertes”.²¹⁶

Conclusión

El papel de las corporaciones multinacionales en la perpetración de las violaciones de los derechos humanos durante el período colonial y el *apartheid* fue enorme. El papel que desempeñaron se encuentra bajo la mayor fiscalización que ya haya sufrido en su historia. Parte del motivo de esto es que, cada vez más, se crean normas y patrones referidos a la conducta de las compañías con respecto a los derechos humanos. Con esto, el papel desempeñado por las corporaciones en el pasado también está siendo examinado mucho más detalladamente. Otro motivo para la creciente fiscalización y la exigencia de rendimiento de cuentas es el hecho de que se han incrementado los mecanismos de establecimiento de responsabilidad, tanto a nivel doméstico como a nivel internacional. A medida que se intensifica la fiscalización, se presta más atención a estas cuestiones, y, a medida que más información sale a la luz, las posibilidades de resarcimientos aumentan.

Recientemente, el movimiento por reparaciones ha crecido de modo significativo. En los últimos años, la posibilidad de

reparaciones por violación de los derechos humanos se tornó más concreta para varios sectores. Por lo tanto, es posible que, en el futuro, se logre una solución para la intrincada cuestión de los abusos perpetrados algún tiempo atrás. Los avances relativos a la jurisdicción universal pueden ayudar también en este aspecto. En el ámbito doméstico, el sistema legal estadounidense es el que permite en gran parte –o es adecuado para esto– que los demandantes extranjeros reivindiquen indemnizaciones. No obstante, es posible que los autores de las acciones puedan intentar usar los tribunales de otros países para perseguir a los infractores. El plazo de prescripción tal vez sea uno de los mayores obstáculos para tales peticiones. Las lecciones de otros casos, especialmente las relacionadas con el Holocausto, muestran que las reivindicaciones de ese tipo muchas veces obtienen éxito no porque un tribunal emita un veredicto, sino debido a las presiones que se ejercen sobre los demandados, que aceptan llegar a un acuerdo para evitar una publicidad negativa. Esto todavía no ocurrió con las acciones judiciales vinculadas al colonialismo o al *apartheid*, pero estos procesos aún se encuentran en las etapas iniciales. La posibilidad de éxito, ya sea a través de juicio, o a través de acuerdo con la parte demandada, determinará la forma como se presentarán otras acciones.

Sin embargo, estas acciones no constituyen la gran solución a los problemas que los países y sus habitantes afectados tienen que enfrentar, ya que “casi ningún juicio [...] se ganó, y muchos acusados optaron por huir de los Estados Unidos durante el curso del litigio”.²¹⁷ Además, los tribunales no se mostraron lo suficientemente favorables a estas acciones y muy pocos de los casos presentados concluyeron con éxito. Aunque el clima parece ser más favorable, pasará mucho tiempo hasta que los tribunales de los Estados Unidos, o de otros lugares, se sensibilicen ante ese tipo de demandas. Es necesario que se tenga presente que:

Las corporaciones, a diferencia de otros acusados en acciones con base en el Alien Torts Claims Act, tienen motivación, dinero y experiencia para pleitear en la justicia hasta alcanzar todos los límites jurisdiccionales y usar las ventajas de la estructura corporativa de que disponen para evitar un proceso judicial basado en el mérito. Para sortear o superar tales defensas por

parte de las corporaciones, los autores de los procesos contra las multinacionales son conducidos en dos direcciones diferentes. Por un lado, deben apuntar hacia el comportamiento de la multinacional que llevó directamente a las violaciones de los derechos humanos en el país en cuestión (enfatisando las operaciones de la empresa y sus relaciones con el Estado), porque los casos basados en el ATCA exigen una base factual mayor que lo normal en las etapas iniciales; por otro lado, deben concentrarse en la actividad de la multinacionales en sus sedes de operaciones corporativas para facilitar la determinación de la jurisdicción personal de la multinacional acusada y para evitar intromisiones inaceptables en el gobierno del Estado anfitrión y en sus relaciones con los Estados Unidos. La síntesis de estas tendencias opuestas puede dificultar la vida de algunos litigantes de derechos humanos, pero a largo plazo servirá para garantizar que solamente los casos meritorios sean oídos por las cortes estadounidenses.”²¹⁸

Debido a estos factores, que podrán impedir o limitar tales casos por algún tiempo, el camino político para el resarcimiento será más importante en el futuro. Esto ciertamente ocurrirá en la medida en que aquellos que sufrieron la violencia de las violaciones de los derechos humanos a causa del colonialismo y del *apartheid*, ejerzan más presión.

NOTAS

1. Ver, de forma general, T. de Pelsmaecker et. al., 2002.
2. Ver, de forma general, J. Sarkin y W. Binchy, 2001.
3. Ver también J. Sarkin et al., 2001.
4. Un ejemplo de persecución a los responsables por violaciones de los derechos humanos es el proceso penal contra Hissène Habré, ex dictador de Chad. Ver R. Brody, 2001; y también B. Crossette, 1999.
5. Ver también J. Sarkin, 1996, 1997, 1988, 1999a, 1999b, 1999c, 2000a, 2000b, 2001a, 2003.
6. La mayoría de los países africanos pasaron por un período colonial bajo la dominación de potencias europeas, como Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Bélgica y Portugal.
7. El concepto de crímenes contra la humanidad se encuentra en la Cláusula Martens de la 2ª Convención de la Haya de 1899 y en la 4ª Convención de la Haya de 1907. La versión más antigua de la Cláusula Martens (Preámbulo, 2ª Convención de la Haya de 1899) se refiere a las "leyes de la humanidad"; la versión posterior (Protocolo Adicional I) se refiere a los "principios de la humanidad". Ver E. Kwakwa, 1992, p. 36. La Convención de 1907 afirma que: "Hasta que un código más completo de leyes de guerra sea editado, las altas partes contratantes consideran conveniente declarar que, en casos no incluidos en las reglamentaciones por ellas adoptadas, los habitantes y beligerantes permanecerán bajo la protección y la reglamentación de los principios de derecho de las naciones, una vez que estas resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictámenes de la conciencia pública". Un uso aún más antiguo del término se encuentra en la Declaración de 1868 de San Petersburgo de una Comisión Militar Internacional. Tal declaración limitaba el uso de ciertos explosivos o proyectiles incendiarios durante la guerra, porque se los declaraba "contrarios a las leyes de la humanidad".
8. La Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, y su anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1899, son considerados "los primeros tratados modernos importantes sobre *jus in bello*". Ver S. R. Ratner y J. S. Abrams, 1997, p. 45. Pero es relevante hasta cierto punto, porque vincula a las partes signatarias. Donde hubo guerra entre las partes signatarias había dispositivos legales que exigían que los prisioneros de guerra fueran tratados humanamente, y estos prisioneros "serán tratados en lo que se refiere a alimentación, alojamiento y vestuario, en las mismas condiciones que las tropas del gobierno que los capturó". El artículo 23 (c) prohibía la

muerte o heridas de los enemigos sin condiciones de defensa o que se hubieran rendido. También podría ser relevante para las acciones futuras la Convention (IV) in Respect of the Laws and Customs of War on Land, y su anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1907.

9. El término "genocidio" solamente recibió reconocimiento formal y legal en el Juicio de Nuremberg, aunque la Carta del Tribunal no lo haya usado explícitamente. El término fue acuñado en la década de 1940, por Raphael Lemkin. La Convención de Genocidio fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

10. Un ejemplo de esto, que será abordado en detalle posteriormente, es el caso de genocidio cometido contra los hereros, en Namibia, a principios del siglo XX. El argumento presentado por el presidente Roman Hertzog, de la República Federal de Alemania, durante la visita a Namibia en 1998, fue que no se había cometido ningún crimen, ya que no había en la época ninguna ley que prohibiese tal conducta.

11. La declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, realizada en 2001, reconoció en el artículo 158 "que esas injusticias históricas contribuyeron innegablemente para la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social, las desigualdades económicas, la inestabilidad y la inseguridad que afectan a muchos pueblos en diversas partes del mundo, particularmente en los países en vías de desarrollo. La Conferencia reconoce la necesidad de realizar programas para el desarrollo social y económico de esas sociedades y la Diáspora, en el marco de una nueva sociedad basada en el espíritu de solidaridad y de respeto mutuo, en las siguientes áreas: [...]". United Nations A, General Assembly Distr., General, A/Conf. 189/ 24 de septiembre de 2001, World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 de agosto-8 de septiembre de 2001. Adoptado el 8 de septiembre de 2001, en Durban, Sudáfrica (versión final liberada el 31 de diciembre de 2001).

12. Por ejemplo, el legado de la conferencia de Berlín de 1884-1885, cuando las potencias colonizadoras europeas se reunieron para repartirse África como colonias y territorios dominados, tienen aún un gran efecto sobre la extensión de la devastación de los conflictos en el continente. Ver J. Sarkin, 2002. No es de sorprenderse que, teniendo como telón de fondo esta disposición arbitraria e injustificable de fronteras y políticas de identidades étnicas rígidas, en un ambiente dominado por el subdesarrollo, veinte de los 48 genocidios que ocurrieron en el mundo entre 1945 y 1995, hayan tenido lugar en África. Ver H. Solomon, 1999, p. 34 y también P. Brogan, 1992.

13. N. Kritz, 1998, p. xxvii.

14. Ver la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 2(3)(a), y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 14(1).
15. Ver el caso de la fábrica Chozrow, *Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, serie A, n. 9, 21; serie A, n. 17, 29* (27 de junio de 1928). Este caso fue mencionado con aprobación en el juicio del 14 de febrero de 2002, *República Democrática del Congo vs. Bélgica*, donde el tribunal afirmó que "la reparación debe, hasta donde sea posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría, con toda probabilidad, existido si aquel acto no hubiera sido cometido".
16. Un ejemplo es la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, serie C, n. 7, juicio del 21 de julio de 1989 (reparaciones), párrafo 71. Ver también C. Tomuschat, 2002.
17. Ver también K. Rendall, 1998; B. Brown, 2001; R. Brody, 2001; N. Roht Arriaza, invierno de 2001; L. Sadat, 2001; M. Scharf y T. Fischer, 2001.
18. Ver M. J. Bazylar, 2002.
19. También se registraron acciones en los términos del *Torture Victim Protection Act. De 1991. Acto 12, 1992, P.L. 102-256, 106 Est. 73*. No obstante, el tribunal en el caso *Beanal vs. Freeport-Mc Moran, Inc.* sostuvo que, como el TVPA usó el término "individual", no era intención del Congreso incluir corporaciones como acusados. 969 F. Supp. 362, 382 (E.D. La. 1997).
20. Un ejemplo del aumento en el número y en el tipo de acciones judiciales registradas es una acción contra *Royal Dutch Petroleum Company y Shell Transport and Trading Company (Royal Dutch/Shell)*. En el caso *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum*, 96 Civ. 8386 (S.D.N.Y. registrada el 8 de noviembre de 1996) 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), la compañía Shell fue acusada de complicidad en los ahorcamientos ocurridos el 10 de noviembre de 1995, de Ken Saro Wiwa y Jonh Kpuinen, dos de los nueve líderes del *Movement for the Survival of the Ogoni People (Mosop)*, la tortura y la detención de Owens Wiwa, y las heridas sufridas por una mujer que protestaba pacíficamente contra la destrucción de su plantación, donde iba a ser instalado un oleoducto de Shell, y que recibió un tiro disparado por las tropas nigerianas convocadas por Shell. El proceso fue promovido con base en el ATCA y en el *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act*. Se presentó otra acción contra el presidente Robert Mugabe de Zimbabwe. Este caso fue, sin embargo, rechazado por el gobierno estadounidense, mencionando la inquietud de que el presidente podría tener derecho a inmunidad diplomática. Ver "Zimbabwe president accused of orchestrating terror in United States suit". *CNN.com*, 10 de septiembre de 2000.

Ver también F. L. Kirgis, 2000.

21. Ver M. Bossuyt y S. Van de Ginste, 2001.

22. Ver A. J. Sebok, 2001.

23. United Nations, A General Assembly Distr., General, A/ Conf. 189/... 24 de septiembre de 2001. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 de agosto-8 de septiembre de 2001. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Sudáfrica (versión final publicada el 31 de diciembre de 2001).

24. Solamente dos ejemplos de esto son los artículos 13 y 14. El artículo 13 dice: "Reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad, no sólo por su aborrecible barbarie, sino también por su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, su negación de la esencia de las víctimas, y reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad y son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, los asiáticos y las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias". El artículo 14 dice: "Reconocemos que el colonialismo ha llevado al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que los africanos y los afrodescendientes, las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias. Reconocemos los sufrimientos causados por el colonialismo y afirmamos que, dondequiera y cuando quiera que ocurrieron, deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo. Lamentamos también que los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas se cuenten entre los factores que contribuyen a desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy".

25. En el contexto de la acción judicial de los hereros de Namibia, Haring alega que "los hereros tienen conciencia de que los regímenes de reparaciones existentes en el mundo actual son políticos y no legales. Pero estas acciones políticas tienen una historia común, el de ser promovidas por un amplio juego de escena jurídico, creando un clima moral eficaz de apoyo a las reparaciones y formando a la opinión pública". S. L. Haring, 2002, 393, 410.

26. J. R. Paul, 2001.

27. S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 85. Ver también B. Frey, 1997.

28. Ver, por ejemplo, L. Fernández, 1996.
29. Ver M. Penrose, 2000; A. Pérez, 2000; C. Pierson, 2000; A. Hasson, 2002.
30. Para que la acción judicial contra un país tenga éxito, sus autores necesitan superar algunos obstáculos. En los Estados Unidos, el Foreign Sovereign Immunities Act muchas veces funciona para eximir a los agentes estatales de responsabilidad. Ver también L. Saunders, 2001. La Suprema Corte, en el caso *Argentine Republic vs. Almerada Hess Shipping Corporation*, decidió que la ley de 1976 establecía la inmunidad general de los Estados extranjeros ante los tribunales estadounidenses. Ver *Argentine Republic vs. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).
31. M. Ellinikos, 2001, 35.
32. J. Charney, 1983.
33. C. Forcese, 2002, 26, 487.
34. Ver el caso *Eastman Kodak Co. vs. Kavlin*, en el que hubo una denuncia de que la empresa boliviana conspiraba con las autoridades bolivianas para detener al querellante. La Corte Distrital observó que "sería un sistema de delitos civiles anómalo si se impusieran responsabilidades a los agentes estatales, pero no para aquellos que se habían involucrado directamente en la conspiración". 978 F. Supp. 1078 (S.D. Fla. 1997).
35. A. Ramasastry, 2002.
36. Id., *ibid.*
37. La corporación podría ser vista, a veces, como cómplice del régimen que efectivamente cometió los abusos. En relación con esto, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia determinó que un cómplice es culpable si "su participación afectó directa o sustancialmente a la perpetración de la ofensa a través de un apoyo efectivo antes, durante o después del incidente. El tribunal requiere aún que el reo actúe con conocimiento del acto asociado". Citado en S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 501.
38. A. Clapham y S. Jerbi, 2001, 339, 340 (citando el preámbulo de la DUDH).
39. Id., *ibid.* Los autores observan también que, aunque las corporaciones no estén subordinadas a la DUDH, algunas reaccionan ante la condenación social suscitada por la violación incorporando "a sus principios comerciales un compromiso explícito" de respetar los derechos humanos.
40. L. Henkin, 1999, *apud* B. Stephens, 2002, 20, 45.
41. *Barcelona Traction, Light and Power Co., Belgium vs. Spain*, INT.GERI 3, párrafo 70 (1970).

42. S. R. Ratner, *op. cit.*, 492.
43. *Id.*, *ibid.*, 493.
44. *Id.*, *ibid.*, 494.
45. Ver, de forma general, S. R. Ratner, *op. cit.*
46. A. Ramasastry, 2002a y 2002b.
47. S. R. Ratner, *op. cit.*, 493.
48. T. Van Boven, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms". UN GAOR 4th Comm., 45th Sess., Previsional Agenda Item 4, párrafo 57, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).
49. Ver documento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.
50. Ver también C. Tomuschat, 2002.
51. En la decisión del caso *Promotor vs. Tadic* IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, el tribunal se basó en los principios internacionales para atribuir acciones de agentes particulares a agentes estatales. La corte aseveró que un Estado puede ser considerado responsable por el hecho de pedirle a un particular que ejecute tareas en su nombre (*Juicio del Tribunal de Apelaciones*, párrafo 119).
52. K. Parker, 1994, 497, 502.
53. En otro ejemplo más reciente, el gobierno estadounidense acordó pagar 5 mil dólares y emitir un pedido de disculpas a 2.200 japoneses latinoamericanos que fueron transferidos de América Latina durante la Segunda Guerra Mundial y confinados en campos de concentración en los Estados Unidos. Esto fue el resultado de un acuerdo oriundo del caso *Mochizuki vs. Estados Unidos* n. 97-924C, 41 Fed. Cl.54 (1998). Ver N. T. Saito, 1998.
54. 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
55. *Id.*, *ibid.*, 890.
56. 9 Hum. Rts. L.J. 212 (1988).
57. Ver T. Yu, 1995; T. Tree, 2000, 466-68; K. Park, 2000.
58. Ver M. J. Bazzyler, 2002.
59. *Id.*, *ibid.*
60. *Id.*, *ibid.*
61. *Id.*, *ibid.*
62. *Id.*, *ibid.*

63. Ver también R. Foos, 2000.
64. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.
65. *Id.*, *ibid.*
66. *Id.*, *ibid.*
67. Ver, de manera general, V. N. Dadrian, 1998.
68. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.
69. Ver <<http://www.theaustralian.news>>
70. En aquella época ya se cuestionaban los estatutos de limitación. Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes preguntó: "¿Cuál es la justificación que priva a un hombre de sus derechos, que es lo que constituye el mal en sí, en consecuencia del lapso de tiempo?". O. W. Holmes, Jr., 1897. La cuestión será explorada posteriormente con mayores detalles.
71. Participaron de la conferencia: Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia-Noruega y Turquía.
72. Se trata de una cuestión de suma controversia. Ver R. W. Tracinski, 2002.
73. *Cato vs. Estados Unidos*, 70 F.3d 1103 (9th Cir. 1995).
74. *Apud A. A. Aiyetoro*, 2002, 3, 133.
75. *Id.*, 3, 133, 138.
76. En *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir 1980), el tribunal determinó que "la tortura deliberada perpetrada bajo la insignia de la autoridad oficial viola normas universalmente aceptadas del derecho internacional de los derechos humanos, independiente de la nacionalidad de las partes. Asimismo, siempre que un torturador declarado es encontrado e intimado por la justicia, dentro de las fronteras de los Estados Unidos, el ATCA provee jurisdicción". 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
77. Para un análisis de la razón por la cual las jurisdicciones no estadounidenses han visto tan pocas acciones civiles internacionales relacionadas con los derechos humanos, ver B. Stephens, 2002, 27, 1.
78. H. Ward, 2001, 27, 451, 454-55. Para la cuestión de como los tribunales holandeses podrían lidiar con los recursos jurisdiccionales y optar dentro de la materia de la ley si se abrieran procesos involucrando perjuicios sufridos en países extranjeros, ver, de forma general, A. Nolkaemper, 2000; G. Betlem, 2000.
79. J. Glaberson, 2001.
80. B. Stephens, 2002b, 27, 1, 24.

81. *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
82. B. Stephens, *op. cit.*, 13.
83. *Id.*, *ibid.*, 18.
84. *Id.*, *ibid.* Evidentemente, el proceso Pinochet en el Reino Unido da un cierto estímulo a la idea de que es posible perseguir a los violadores de los derechos humanos. Ver R. Brody, 1999. Ver también C. Nicholls, 2000.
85. B. Stephens, *op. cit.*, 14-16.
86. B. Stephens, 2001.
87. *Smith Kline y French Labs vs. Bloch*, 2 All E.R. 72, 74 (Eng. 1983).
88. Esto incluye el Torture Victims Protection Act, el Foreign Sovereign Immunities Act y las leyes relacionadas con el terrorismo.
89. 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
90. D. M. Ramsey, 2001, 24, 361.
91. *Id. ibid.*, 364.
92. Estas incluyen doctrinas de desafuero, respeto internacional, acto de Estado y cuestiones políticas.
93. Ver, de manera general, E. Gruzen, 2001a y 2001b; M. D. Ramsey, 2001, 24, 361.
94. *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 489-90 (D.N.J. 1999).
95. A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241, 249.
96. 70 F.3d 232 (2d cir.1995). Aquí los querellantes eran ciudadanos musulmanes y croatas de Bosnia y Herzegovina, que procesaron al líder adversario por haber cometido graves violaciones de los derechos humanos, como genocidio y crimen de guerra. Ver también J. Lu, 1997, 35, 531.
97. *Id.*, *ibid*, 350.
98. *Id.*, *ibid*, 239.
99. *Doe vs. Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9th Cir., 18 de septiembre de 2002), 32-33.
100. Ver también J. Sarkin, 2001b.
1001. Ver, por ejemplo, *Doe vs. Unocal*, 110 F.Supp. 2d at 1294, 1306-1307 (CD. Cal. 2000); *Iwanova vs. Ford Motor Co*, 67 F.Supp. 2d.424, 443 (D.N.J. 1999).
102. 963 F. Supp. 880, 885 (C.D. Cal. 1997).
103. *Doe vs. Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9th Cir. 18 de

septiembre de 2002), 32-33.

104. Ver id., 35-55.

105. Id., 36.

106. *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d. 424, 445 (D.N.J. 1999).

107. 226 F.3d 88, 93 (2d Cir. 2000).

108. Ver también A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241.

109. Id., ibid.

110. Id., ibid.

111. 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999).

112. 507 US 349 (1993).

113. 107 F.3d 720 (9th Cir. 1997).

114. E. Schrage, 2002.

115. Sumamente relevante para este asunto, a nivel internacional, es el hecho de que la Asamblea General, en 1968, haya adoptado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Ver también M. Lippman, 1998. La primera frase del artículo 1º afirma que "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido", siguiendo las definiciones de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el artículo 2º dice: "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1º, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado [...]". La expresión clave es "se cometiere". ¿Será que esto significa que la convención se aplicará solamente en el futuro?

116. En el caso *Iwanova vs. Ford Motor Co.* 67 F. Supp. 2d, 433-34, el Tribunal determinó que el Torture Victim Protection Act, de 1991, 28 U.S.C. 1350, que tiene estatuto de limitación de diez años, era el plazo de prescripción que más se asemejaba al del ATCA. Ver *Iwanova*, 462.

117. Informe del Senado de los Estados Unidos, S. Rep. N° 249, 102d Cong, 1st Sess (1991) 5.

118. Informe del Senado de los Estados Unidos, S. Rep. N° 249, 102d Cong, 1st Sess (1991) 11.

119. En *Forti*, 1549, el tribunal afirmó: "Aunque el período de limitación de una acción según el estatuto del ATCA es reglamentado por la ley estatal, al ser la ley en sí federal, se aplican las doctrinas federales del plazo de prescripción".

120. 518 A.2d 423, 425 (D.C. App. 1986).

- 121.** 886 F. Supp. 162, 191 (D. Mass. 1995).
- 122.** 164 F.2d 767 (2d Cir. 1947).
- 123.** *Idem*, 769. Esta afirmación está reproducida en Forti, 1550.
- 123.** *Idem*, 1.550.
- 125.** Ver Forti vs. Suárez Mason, 672 F. Supp. 1531, 1549 (N.D. Cal. 1987).
- 126.** 176 F.R.D. 329 (C.D. Cal. 1997).
- 127.** Citando la decisión de la Corte de la Novena Circunscripción Judicial en Hilao vs. Espolio de Marcos 103 F. 3d 767, 772.
- 128.** *Idem*, 360.
- 129.** 67F. Supp. 2d 424, 462 (D.N.J. 1999).
- 130.** *Idem*, 467.
- 131.** Ver también el caso Pollack vs. Siemens AG, n. 98 CV-5499 (E.D.N.Y.) registrado el 30 de agosto de 1998. En la demanda, Pollack alegó ocultación significativa por parte de las corporaciones acusadas y afirmó que documentos importantes vinieron a público solamente a mediados de la década de 1990. Ver J. Roy, 1999. La cuestión de la ocultación también se considera importante. Bilenker, por ejemplo, sostiene que para las acciones contra bancos por actos de la Segunda Guerra Mundial “el tribunal podría aplicar la doctrina de ‘ocultación fraudulenta’ para situaciones en las que se comprueba que los bancos de hecho ocultaron informaciones esenciales de los querellantes en relación con el estado de sus cuentas y de los depósitos de activos pillados”. Ver S. A. Bilenker, 1997, 21, 251.
- 132.** Ver M. J. Bazylar, 2000.
- 133.** Civ. n. 4-96-CV-10449, 1998 US Dist. Lexis 21230, at 30-31 (S.D. Iowa, 11 de marzo de 1998).
- 134.** 975 F. Supp. 1108, 1122 (N.D. III. 1997) *aff’d*, 250 F. 3d 1145 (7th Cir. 2001).
- 135.** 450 F. Supp. 227, 229-30 (N. D. III. 1978).
- 136.** N. 93 Civ. 0878 (PKL), 2000 WL 76861, 1 n. 3 (S.D.N.Y. 13 de junio de 2000).
- 137.** 157 F.Supp.2d 1345, 1368 (S.D.Fla., 2001).
- 138.** 205 F. Supp. 2d 1325; (S.D. FLA 2002) 2002 US Dist. Lexis 10323; 15 Fla. L. Weekly Fed. D 336.
- 139.** Ver Lubbe vs. Cape plc, [1999] Int’l Procedimiento de Litigio 113, CA.

140. Ver *Connelly vs. RTZ Corp. plc*, [1996] 2 WLR 251; [1997] 3 WLR 373.

141. Ver *Ngcobo y otro vs. Thor Chemical Holdings Ltd. y otro* [1995] TLR 579; *Sithole y otro vs. Thor Chemical Holdings Ltd y otro* [1999] TLR 110.

142. Para profundizar la discusión, ver R. Meeran, 1999; y 2000.

143. Ver *Dagi vs. Broken Hill Proprietary Co. Ltd. (n. 2)* [1997] 1 VR 428.

144. La Corporación de Reparación al pueblo Herero, la tribu herero a través de su supremo jefe Kuaïma Riruako, 199 personas y la Fundación Jefe Hosea Kutako registraron en la Suprema Corte del Distrito de Columbia una acción titulada *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Deutsche Bank AG, et al.*, 01 CA 4447.

145. La acción de Terx se abandonó posteriormente, por lo menos momentáneamente. Ver *Integrated Regional Information Network*, 21 de septiembre de 2001.

146. Se intentaron varias estrategias para reivindicar reparaciones por las atrocidades cometidas contra los hereros. En un pronunciamiento realizado con motivo del festejo del Día de los Hereros, en Okahandja, en 1999, el jefe Riruako afirmó: "En el umbral del nuevo milenio, los hereros, en cuanto nación, decidieron llevar a Alemania al Tribunal Internacional para una decisión sobre las reparaciones. También advertimos al gobierno namibiano que no se interponga en nuestro camino hacia la justicia". Todos los años, en agosto, los hereros se reúnen en memoria de sus héroes asesinados durante la guerra contra los alemanes, entre 1904 -1907. Ver Maletsky, 1999.

147. También se convocó a Sudáfrica para que pagara resarcimientos a los hereros. El supremo jefe Riruako invocó al gobierno namibiano a promover una acción legal contra el gobierno sudafricano semejante a la presentada por los hereros contra el gobierno alemán. Afirmó que: "No estoy muy satisfecho [con la situación en Sudáfrica]. Hemos sufrido mucho [en manos del gobierno] y no podemos ignorarlo. Los sudafricanos respondieron que no pagarán reparaciones ni compensaciones al pueblo herero de Namibia. El vocero de relaciones exteriores, Ronnie Mamoepa, declaró que el actual gobierno de Sudáfrica se compone de ex víctimas de la colonización y del *apartheid*. ¿Se les puede pedir reparación y compensación a las mismas víctimas que sufrieron bajo aquellos regímenes?" Ver C. Maletsky y T. Mokopanele, 2001.

148. El 19 de septiembre de 2001 se registró una acción semejante contra la República Federal de Alemania. Ver el caso *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK.

149. El jefe Riruako expresó consternación en relación con la falta de interés del gobierno namibiano en el caso herero, afirmando que: "El gobierno

[namibiano] o cualquiera que diga, 'Yo no estoy involucrado' [...] es cosa de locos". Ver C. Maletsky y Mokopanele, 2001.

150. Es interesante notar que el relator especial de la subcomisión de las Naciones Unidas en 1993, Theo Van Boven, observa: "Sería difícil y complejo construir y sustentar una obligación legal de pago de compensación a los descendientes de las víctimas del comercio de esclavos y otras formas antiguas de esclavitud" (E/CN.4/Sub.2/1993/8). Se refiere a un informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (E/CN.4/1334), que advierte, en relación con la "obligación moral de reparación para compensar la explotación pasada por parte de las potencias coloniales", que "la aceptación de esa obligación moral no es absolutamente universal".

151. F. Bridgland, 2001.

152. C. Maletsky, 2001.

153. El 19 de septiembre de 2001, la parte querellante presentó una acción contra la República Federal de Alemania. Ver el caso *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK. Ver también C. Maletsky y T. Mokopanele, 2001.

154. F. Bridgland, op. cit.

155. Denuncia de los hereros.

156. *The Independent*. Londres, 9 de septiembre de 2001.

157. S. L. Haring, 2002, 393, 414-5.

158. C. Maletsky, 2001.

159. "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

160. Comentario del vocero de la Comunidad para el Desarrollo Sudafricano (SADC) en el Parlamento alemán, Hans Buttner, durante la reunión con el Primer Ministro Hage Geingob en Windhoek, relatado en "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

161. "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

162. Idem.

163. T. Bensman, 1999.

164. Id., ibid.

165. Id., ibid.

166. Ver J. Sarkin, 1998.

167. J. Sarkin, 1993.

168. Ver D. D. Mokgatle, 1987.

169. Ver H. Varney y J. Sarkin, 1996.

170. Ver J. Sarkin, 1993, 209, 271.

171. M. Coleman (ed.). *A Crime against Humanity: Analysing the Repression of the Apartheid State*, 1998.

172. "Calling Apartheid's Profiteers to Account", de Njongonkulu Ndungane, arzobispo anglicano de Cape Town, Sudáfrica. <http://www.Actsa.Org/News/Features/011002_Reparations.htm>. Consultado el 19 de abril de 2004.

173. Id., *ibid.*

174. Ver también J. Sarkin, 1996, 1997, 1998, y 2003.

175. Final Report of the Truth and Reconciliation Commission, vol. 4, cap. 2, Institutional hearing "Business and Labour" (TRC Report on Business and Labour), párrafo 21.

176. He usado el término "pronunciamiento" con total certeza de que no fue exactamente eso lo que se pretendía con el informe de la TRC. No obstante, el término no parece del todo inadecuado dado que (1) Ntsebeza, que era comisario de la TRC y ayudó a delinear el informe, ahora está liderando el proceso judicial, que se basa en parte en los resultados de la TRC; y (2) Terry Bell, que realizó investigaciones para la TRC y escribió a continuación *Unfinished Business: South Africa Apartheid & Truth*, con Ntsebeza, también está involucrado en la acción judicial.

177. Ver, por ejemplo, *idem*, en el párrafo 49 ("El sector privado no era un bloque monolítico y se puede argumentar que no hubo una relación única entre los negocios y el régimen del *apartheid*").

178. TRC Report on Business and Labour, párrafo 23.

179. Id., párrafo 28.

180. Id., párrafo 32.

181. S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 503.

182. Aunque el informe haga poca mención de los bancos en la discusión sobre implicación de primer nivel, evita atribuirles la responsabilidad principal. En vez de esto, el informe registra, sin estar de acuerdo con la opinión de The Apartheid Debt Coordinating Committee, que "incluso los préstamos comerciales aparentemente más limpios [...] fueron manchados por el *apartheid*. El simple hecho de comerciar con Sudáfrica fatalmente significaba ayudar a mantener y reproducir el *apartheid*. Ningún préstamo podía evitar esa contaminación institucional". TRC Report on Business and Labour, párrafo 25.

183. Id., párrafo 28.
184. Id., párrafo 31.
185. Id., párrafo 29.
186. Id., párrafo 35.
187. Id., párrafo 30.
188. Id., párrafo 118.
189. Id., párrafo 119.
190. Id., párrafo 120. No queda claro si las multinacionales participaron o no en tales JMC con el régimen del *apartheid*.
191. Id., *ibid*.
192. Id., párrafo 122.
193. Id., párrafo 123.
194. Ver, por ejemplo, en el mismo informe el párrafo 5 (donde se informa que las corporaciones multinacionales de petróleo –que eran los mayores inversores en Sudáfrica– no respondieron la invitación para participar); el párrafo 131 (La negativa de las corporaciones multinacionales a declarar en la audiencia fue lamentada en vista de su papel prominente en el desarrollo económico de Sudáfrica bajo el *apartheid*. Le cupo al AAM Archives Committee explicar el papel de las firmas extranjeras en Sudáfrica”).
195. Ratner, 2001, 503.
196. C. Terreblanche, 2002a.
197. A. Ramasastry, 2002.
198. J. Lauria, 2002.
199. B. Boyle, 2002.
200. Ver *Weekly Mail and Guardian*, 25 de julio de 2002.
201. N. Deane, en el artículo “South Africans Take on the Giants”, publicado en *Weekly Mail and Guardian* de 27 de junio de 2002, parece que está citando la denuncia.
202. “More Join Apartheid Victims’ Suit”. *Star*, 24 de junio de 2002. En una carta enviada al socio y gerente del Barclays Bank, en Londres, Ed Fagan adopta un punto de vista menos exagerado: “Esperamos establecer un diálogo con los señores y otros, a través del cual podamos encontrar una forma significativa de tratar tanto objetiva como proporcionalmente la naturaleza y la extensión de la implicación de su compañía en Sudáfrica durante el *apartheid*, y lo que hizo su

compañía para ayudar a corregir los errores cometidos. El establecimiento de este diálogo sería considerado como una expresión de deseo de su compañía para trabajar en conjunto buscando encontrar una resolución que beneficie a las víctimas del *apartheid*". D. Carew, 2002.

203. Ver Ntzebesa, Mequbela, Molefi, Mpendulo et al. vs. Citigroup Inc., UBS A.G., Crédit Suisse Group et al. Declaración en el Support of Motion for Preservation of Evidence, 5-6.

204. C. Terreblanche, 2002b. Ver también Declaración, 5-6 En su libro, Terry Bell observa como "[...] el mayor uso de tecnología de informática era considerado una de las maneras de hacer más eficiente la manutención del sistema de *apartheid*" y como "Botha y sus generales [...] veían el procesamiento más centralizado y eficiente de información como la principal clave". Como explica Bell, y como se notó anteriormente, "los vínculos próximos y colaboracionistas con el sector privado internacional y los vínculos por medio de las corporaciones sudafricanas no fueron investigados localmente y menos aún por la TRC". Refiriéndose al papel de empresas como IBM, Bell escribe: "Todo el sistema de clasificación racial, "desde el control de entrada de negros hasta los 'libros de la vida' para otras categorías, se mantenía desde la década de 1950 por hardware y software electrónico suministrado por empresas como la británica ICL, la estadounidense IBM y Burroughs Corporation. La falta de funcionarios militares en la década de 1970 se superó parcialmente a través del uso de computadoras suministradas por 'Big Blue', IBM. Hasta la sangrienta década de 1980, Sudáfrica se había transformado en la mayor consumidora de computadoras después de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, en relación con el porcentaje de la riqueza nacional". Además, Bell establece una relación entre la estructura de información suministrada por las corporaciones extranjeras y el funcionamiento del Civil Co-Operation Bureau, "el escuadrón militar en tiempo integral del terror y asesinato".

205. Ver "Press Advisory", 1 de julio de 2002, p. 2.

206. Sapa-AFP, "Justice with a Hefty Price Tag", *Cape Argus*, 27 de junio de 2002.

207. Ver, por ejemplo, "Gov't Wise to Shun Compensation Suit". *The Herald* (EP Herald), 25 de junio de 2002; A. Dasnois, "Fagan's Campaign is Unlikely to Enrich Citizens". *Star*, 22 de julio de 2002 ("Existe peligro de que la campaña de Fagan sirva a sus propios objetivos más que a los de la justicia").

208. El Khulamani Support Group es una organización coligada al Jubilee SA. Khulamani es una organización de aproximadamente 32 mil víctimas de violaciones graves de los derechos humanos durante el *apartheid*.

209. De los Estados Unidos: Citigroup, J. P. Morgan Chase (Chase Manhattan),

Caltex Petroleum Co., Exxon Mobil Co., Fluor Co., Ford Motor Co., General Motors, International Business Machines (IBM). Del Reino Unido: Barclays National Bank, British Petroleum P.L.C., Fujitsu ICL (antigua International Computers Ltd.). De la República Federal de Alemania: Commerzbank, Deutsche Bank, Dresdner Bank, Daimler Chrysler, Rheinmetall. De Suiza: Crédit Suisse Group, UBS. De Francia: Total-Fina-Elf. De los Países Bajos: Royal Dutch Shell.

210. Nota a la prensa del Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 de noviembre de 2002.

211. Nota a la prensa de Khulumani Support Group, 12 de noviembre de 2002.

212. Nota a la prensa del Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 de noviembre de 2002.

213. Declaración a la prensa de Cohen, Milstein, Hausfeld y Toll, 12 de noviembre de 2002.

214. "Manuel doubts value of apartheid lawsuits". *SABC News*, 26 de noviembre de 2002.

215. Id., *ibid.*

216. Id., *ibid.*

217. S. R. Ratner y J. S. Abrams, 1997, p. 211.

218. S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 120-21.

BIBLIOGRAFÍA

- AIYETORO, A. A. "The Development of the Movement for Reparations for African Descendants". *Journal of Law in Society*, 3, 133, invierno de 2002.
- BAZYLER, M. J. "Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in the United States Courts". *U. Rich. L. Rev.*, 34, 1, 2000.
- _____. "The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 11, 2002.
- BENSMAN, T. "Tribe Demands Holocaust Reparations; Germany's Genocidal War against Namibia's Herero Was Rehearsal for World War II Atrocities". *The Salt Lake Tribune*, 18 de marzo de 1999.
- BETLEM, G. "Transnational Litigation against Multinational Corporations before Dutch Civil Courts". In: M. T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 283-305, 2000.
- BILENKER, S. A. "In Re Holocaust Victim's Assets Litigation: Do the US Courts Have Jurisdiction over the Lawsuits Filed by Holocaust Survivors against the Swiss Banks?" *Md. J. Int'l L. & Trade*, 21, 251, 1997.
- BOSSUYT, M. y VAN DE GINSTE, S. "The Issue of Reparation for Slavery and Colonialism and the Durban World Conference against Racism". *Human Rights Law Journal*, 22, 25, 2001.
- BOYLE, B. "At Least 27 Entities on Apartheid Lawsuit List". *Star*, 12 de julio de 2002.
- BRIDGLAND, F. "Germany's Genocide Rehearsal". *The Scotsman*, 26 de septiembre de 2001.
- BRODY, R. "One Year Later, the 'Pinochet Precedent' puts Tyrants on Notice". *The Boston Globe City Edition*, 14 de octubre de 1999, A19. <<http://www.hrw.org/editorials/1999/reed-oped.htm>>. Consultado el 19 de abril de 2004.
- _____. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: The Prosecution of Hissene Habre. An African Pinochet". *New England Law Review*, 35, 321, invierno de 2001.
- BROGAN, P. *World Conflicts – Why and Where They are Happening*. Londres: Bloomsburg Publishing, 1992.
- BROWN, B. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: The

- Evolving Concept of Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 383, invierno de 2001.
- CAREW, D. “Apartheid ‘Collaborator’ Companies Asked to Respond to Class Action Lawsuit”. *Saturday Weekend Argus*, 13 de julio de 2002.
- CHARNEY, J. “Transnational Corporations and Developing Public International Law”. *Duke Law Journal*, 766, 1983.
- CLAPHAM, A. y JERBI, S. “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”. *Hastings International and Comparative Law Review*, primavera de 2001.
- CROSSETTE, B. “Dictators Face the Pinochet Syndrome”. *The New York Times*, 22 de agosto de 1999, sección 4, p. 3.
- DADRAN, V. N. “The Historical and Legal Interconnections between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: from Impunity to Retributive Justice”. *Yale Journal Of International Law*, 503, verano de 1998.
- ELLINIKOS, M. “American MNCs Continue to Profit from the Use of Forced and Slave Labor. Begging the Question: Should America Take a Cue from Germany?”. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 35, 1, 26, otoño de 2001.
- FELLMETH, A. X. “Note from the Field: Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in US Courts?”. *Yale H. R. & Dev. L. J.*, 5, 41, 49, 2002.
- FERNÁNDEZ, L. “Possibilities and Limitations of Reparations for the Victims of Human Rights Violations in South Africa”. In: M. RWELAMIRA y G. WERLE (eds.), *Confronting Past Injustices. Approaches to Amnesty, Reparation and Restitution in South Africa and Germany*. Durban: Community Law Centre University of the Western Cape, 1996. pp. 65-78.
- FOOS, R. “Righting Past Wrongs or Interfering in International Relations? World War II-Era Slave Labor Victims Receive State Legal Standing after Fifty Years”. *McGeorge L. Rev.* 31, 221, 232, 2000.
- FORCESE, C. “Alien Torts Claims Act’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Torts Claims Act”. *Yale J. Int’l L.*, 26, 487, 2002.
- FREY, B. “The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational

Corporations in the Protection of Human Rights". *Minn. J. Global Trade*, 6, 153, 1997.

GLABERSON, J. "US Courts Become Arbiters of Global Rights and Wrongs". *New York Times*, 1-421, junio de 2001.

GRUZEN, E. "The United States as a Forum for Human Rights Litigation: Is this the Best Solution?". *Transnat'l Law*, 14, 207, 2001a.

_____. "Development in the Law: Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law". *Harv. L. Rev.*, 114, 2.025, 2001b.

HARRING, S. L. "German Reparations to the Herero Nation: An Assertion of Herero Nationhood in the Path of Namibian Development?". *West Virginia Law Review*, invierno de 2002.

HASSON, A. "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law". *Boston College International & Comparative Law Review*, 25, 125, 2002.

HENKIN, L. "The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets". *Brook. J. Int'l L.*, 25, 17, 25, 1999.

HOLMES JR, O. W. "The Path of the Law". *Harv. L. Rev.*, 10, 457, 476, 1897.

KIRGIS, F. L. "Alien Torts Claims Act Proceeding against Robert Mugabe". *American Society of International Law Insights*, 2, septiembre de 2000.

KRITZ, N. *The Dilemmas of Transitional Justice*. Washington, DC: United States Institute for Peace, 1998.

KWAKWA, E. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1992.

LAURIA, J. "Explosive Start to 'Apartheid Victims' Lawsuit". *Sunday Independent*, 11 de agosto de 2002.

LIPPMAN, M. "The Pursuit of Nazi War Criminals in the United States and in other Anglo-American Legal Systems". *Cal. W. Int'l L. J.*, 29, 1, 12, 1998.

LU, J. "Jurisdiction over Non-State Activity under the Alien Torts Claims Act". *Colum. J. Transnat'l L.*, 35, 531, 1997.

- MALETSKY, C. "International Court Dashes Hereros Reparation Hopes". *The Namibian*, 8 de septiembre de 1999.
- _____. "Hereros Temporarily Drop Claim in \$2 bn Suit". *Business Day*, 20 de septiembre de 2001.
- MALETSKY, C. y MOKOPANELE, T. "SA Refuses to Consider Reparation for Hereros". *Business Day*, 28 de septiembre de 2001.
- MEERAN, R. "Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK". In: M.T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 258-61, 2000.
- _____. "The Unveiling of Transnational Corporations: A Direct Approach". In: M. K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. Kluwer Law International, 164-69, 1999.
- MOKGATLE, D. D. "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System". *South African Journal on Human Rights*, 3, 44, 1987.
- NICHOLLS, C. "Reflections on Pinochet". *Virginia Journal of International Law*, 41, 140, otoño de 2000.
- NOLKKAEMPER, A. "Public International Law in Transnational Litigation against Multinational Corporations: Prospects and Problems in the Courts of the Netherlands". In: M. T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 265-282, 2000.
- PARK, K. "Comment, the Unspeakable Experience of Korean Women under Japanese Rule". *Whittier Law Review*, 21, 567, 2000.
- _____. "Compensation for Japan's World War II Rape Victims". *Hastings International and Comparative Law Review*, 497, 502, 1994.
- PAUL, J. R. "Holding Multi-National Corporations Responsible under International Law". *Hastings International and Comparative Law Review*, 285, 291, primavera de 2001.
- PELSMAEKER, T. de; VAN DER AUWERAERT, P.; SARKIN, J. y VAN DE LANOTTE, J. (eds.). *Social, Economic, and Cultural Rights – An Appraisal of Current International and European Developments*. Antuérpia: Maklu, 2002.
- PENROSE, M. "It's Good to be the King!: Prosecuting Heads of State

and former Heads of State under International Law”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 193, 2000.

PÉREZ, A. “The Perils of Pinochet: Problems for Transitional Justice and a Supranational Governance Solution”. *Denver Journal of International Law and Policy*, 28, 175, primavera de 2000.

PIERSON, C. “Pinochet and the End of Immunity”. *Temple International and Comparative Law Journal*, 14, 263, otoño de 2000.

RAMASASTRY, A. “Banks and Human Rights: Should Swiss Banks Be Liable for Lending to South Africa’s Apartheid Government?”. In: Anita RAMASASTRY, *FindLaw*, 3 de julio, 2002a. <<http://writ.findlaw.com/ramasastry/20020703.html>>. Consultado el 19 de abril de 2004.

_____. “Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and their Impact on the Liability of Multinational Corporations”. *Berkeley J. Int’l L.*, 20, 91, 2002b.

RAMSEY, D. M. “Multinational Corporate Liability under the Alien Torts Claims Act: Some Structural Concerns”. *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 361, 2001.

RATNER, S. R. “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”. *Yale L. J.*, 2001.

RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S. *Accountability of Human Rights Atrocities in International Law, beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RENDALL, K. “Universal Jurisdiction under International Law”. *Texas Law Review*, 66, 785, marzo de 1998.

ROHT-ARRIAZA, N. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 311, invierno de 2001.

ROY, J. “Strengthening Human Rights Protection: Why the Holocaust Slave Labor Claims should Be Litigated”. *Scholar*, 1, 153, 1999.

SADAT, L. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Redefining Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 241, invierno de 2001.

SAITO, N. T. “Justice Held Hostage: U.S. Disregard for International Law in the World War II Internment of Japanese Peruvians – A

- Case Study". *Boston College Law Review*, 275, diciembre de 1998.
- SARKIN, J. "Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System". *Stellenbosch Law Review*, 4 (2), 261, 1993a.
- _____. "Preventive Detention in South Africa". In: A. HARDING y J. HATCHARD (eds.), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey*. Dordrecht/Boston: Martinus Nijhoff, 1993b.
- _____. "The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *South African Journal on Human Rights*, 12, 617, 1996.
- _____. "The Truth and Reconciliation Commission in South Africa". *Commonwealth Law Bulletin*, 528, 1997.
- _____. "The Development of a Human Rights Culture in South Africa". *Human Rights Quarterly*, 20(3), 628, 1998.
- _____. "The Necessity and Challenges of Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda". *Human Rights Quarterly*, 21(3), 767, 1999a.
- _____. "Preconditions and Processes for Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda: The Possible Interim Role of Gacaca Community Courts". *Law, Democracy and Development*, 223, 1999b.
- _____. "Transitional Justice and the Prosecution Model: The Experience of Ethiopia". *Law, Democracy and Development*, 253, 1999c.
- _____. "Promoting Justice, Truth and Reconciliation in Transitional Societies: Evaluating Rwanda's Approach in the New Millennium of Using Community-Based Gacaca Tribunals to Deal with the Past". *International Law Forum*, 112, 2(2), 2000a.
- _____. "Dealing With Past Human Rights Abuses and Promoting Reconciliation in a Future Democratic Burma". *Legal Issues on Burma*, 2, 2(2), 1, 2000b.
- _____. "The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide". *Journal of African Law*, 45, 2, 143, 2001a.
- _____. "Examining the Competing Constitutional Processes

in Burma/Myanmar From A Comparative and International Democratic and Human Rights Perspective". *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 2 (2), 42-68, 2001b.

_____. "Finding a Solution for the Problems Created by the Politics of Identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): Designing a Constitutional Framework for Peaceful Co-Operation". In: Konrad Adenauer Foundation (ed.), *The Politics of Identity*, 2002.

_____. "To Prosecute or not to Prosecute that is the Question? An Examination of the Constitutional and Legal Issues Concerning Criminal Trials for Human Rights Violations Committed in the *Apartheid* Era and the Giving of Amnesty to those Who Did not Apply or Were Refused Amnesty in Post Truth and Reconciliation Commission South Africa". In: C. VILLAVICENCIO y E. DOXTADER (eds.), *Amnesty in South Africa* (en prensa), 2003.

SARKIN, J. y BINCHY, W. (eds.). *Human Rights, the Citizen and the State*. Round Hall: Sweet and Maxwell, 2001.

SARKIN, J.; VAN DE LANOTTE, J. y HAECK, Y. (eds.). *Resolving the Tensions between Crime and Human Rights: European and South African Perspectives*. Antuérpia: Maklu, 2001.

SAUNDERS, L. "Rich and Rare Are the Gems they War: Holding de Beers Accountable for Trading Conflict Diamonds". *Fordham International Law Journal*, 1.402, 2001.

SCHARF, M. y FISCHER, T. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Foreword". *New England Law Review*, 35, 227, invierno de 2001.

SCHRAGE, E. "A Long Way to Find Justice. What Are Burmese Villagers Doing in a California Court?". *Washington Post*, 14 de julio de 2002.

SEBOK, A. J. "Slavery, Reparations, and Potential Legal Liability: The Hidden Legal Issue behind the UN Racism Conference", 10 de septiembre de 2001. <<http://writ.news.findlaw.com/sebok/20010910.html>>. Consultado el 19 de abril de 2004.

SOLOMON, H. "Analysing Conflicts". In: *Searching for Peace in Africa: An overview of Conflict Prevention and Management Activities*. Amsterdam, The European Platform for Conflict Prevention and Transformation 1999.

STEPHENS, B. "Corporate Liability: Enforcing Human Rights Through

- Domestic Litigation". *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 401, 413, 2001.
- _____. "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 45, 2002a.
- _____. "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations". *Yale J. Int'l L.*, 27, 1, 2002b.
- TERREBLANCHE, C. "Anglo and De Beers could be Targeted in Class-Action Suit". *Sunday Independent*, 29 de septiembre de 2002a.
- _____. "Apartheid Victims File \$35 bn Suit in the US". *Cape Times*, 2 de julio de 2002b.
- TOMUSCHAT, C. "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations". *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 10, 157, primavera de 2002.
- TRACINSKI, R. W. "America's 'Field of the Blackbirds': How the Campaign for Reparations for Slavery Perpetuates Racism". *Journal Of Law In Society*, 3, 145, invierno de 2002.
- TREE, T. "Comment, International Law: A Solution or a Hindrance towards Resolving the Asian Comfort Women Controversy?". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 5, 461, 466-68, 2000.
- VARNEY, H. y SARKIN, J. "Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial". *South African Journal of Criminal Justice*, 10, 141, 1996.
- WARD, H. "Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts: Implications and Policy Options". *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001.
- YU, T. "Comment, Recent Development: Reparations for Former Comfort Women of World War II". *Harvard International Law Journal*, 36, 528, 1995.
- ZIA-ZARIFI, S. "Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 4, 81, 120-21, 1999.