



Papeles el tiempo de los derechos

“KIOBEL v. ROYAL DUTCH CORP. Y LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS”

Francisco Javier Zamora Cabot

Catedrático de Dº internacional privado, UJI

Palabras Clave: Litigios civiles transnacionales. Derechos Humanos. Empresas Multinacionales.

Número: 4 Año: 2011

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
María Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

KIABEL v. ROYAL DUTCH CORP. Y LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Francisco Javier Zamora Cabot
Catedrático de Dº internacional privado, UJI.

Sumario. 1.-Introducción. 2.-Antecedentes. 3. Opinión mayoritaria. 4.-Opinión minoritaria. 5. Breve análisis de la Decisión *Kiobel* y perspectivas de futuro.

1.-Introducción.

Era conocido desde hace mucho el que la práctica de los tribunales federales de los Estados Unidos sobre el *Alien Tort Claims Act of 1789*¹, en lo referente a su juego respecto de las empresas multinacionales, estaba generando un fuerte rechazo de éstas y sus tradicionales aliados en un amplio espectro de foros e instancias de poder dentro y fuera de ese País. Tal práctica, además, constituye un modelo de primerísima magnitud respecto del creciente movimiento a escala mundial encaminado a prevenir en general los estragos que aquéllas de continuo perpetran respecto de los Derechos Humanos y, eventualmente, buscar su reparación a través de las vías judiciales². Pero acaso pocos

* **He desarrollado el presente estudio dentro del Programa Consolider-Ingenio 2010, HURI-AGE, THE AGE OF RIGHTS. CSD2008-0007.** Estas páginas recogen la versión provisional del texto de una participación en Mesa Redonda en el Congreso internacional de *Globernance* celebrado en San Sebastián del 8-10 de Junio de 2011, bajo el título “Los derechos humanos, seña de identidad de la política europea”, cuyas Actas se publicarán oportunamente. Ruego que no se cite el presente estudio sin mi previo permiso.

¹ 28 USC Sec. 1350. Sobre ella, vid., v. gr., mis estudios “Una Luz en el Corazón de las Tinieblas: El *Alien Tort Claims Act of 1789* (ATCA) de los Estados Unidos” en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp.1381-1394 y “Los Derechos Fundamentales en Clave del *Alien Tort Claims Act of 1789* de los EE.UU. y su Aplicación a las Corporaciones Multinacionales: *The ATCA Revisited*”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 334-366. También se alude a ella como *Alien Tort Statute*, (ATS).

² Vid., en general, v.gr., M. Requejo Isidro, *Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil-Transnational Human Rights Claims*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2009; Ídem, “Litigación Civil Internacional por Abusos Contra Derechos Humanos. El Problema de la Competencia Judicial Internacional”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, (en prensa); Ídem, “La Responsabilidad de las Empresas por Violación de Derechos Humanos: Deficiencias del Marco Legal”, *Scientia Juris* vol. 1, 2011; N. Zambrana Tévar, “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Responsabilidad Extracontractual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VII, 2007,

podían prever que el mayor ataque vendría a través del Tribunal de Apelación del prestigioso Segundo Circuito Federal, el mismo que rescató del olvido hace décadas el venerable texto citado, ni que se sostendría sobre bases tan insospechadas, tan a contramano de lo que parecen ya inexorables procesos históricos, jurídicos y sociales, sintonizados con la altura de los tiempos. Pero así ha ocurrido y voy a dar sucinta - no cabe aquí otra cosa - noticia crítica de ello, atisbando también entre lo que el futuro pueda deparar sobre esta cuestión. Lo hago ya comenzando por los antecedentes del caso que recojo en el título de mi intervención y motiva estas páginas.

2.- Antecedentes.

La decisión a cargo del citado Tribunal en *Kiobel v. Royal Dutch*³, trae origen de los terribles sucesos que afligieron al pueblo Ogoni, en su territorio del Delta del Níger, a mediados de la última década del pasado siglo, sucesos que se reflejaron también en una

pp. 579-606; ídem, *Accountability of Multinational Corporations for Environmental, Labour and Human Rights Violations: The Case for Private Justice*, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1806552 ; A. Pigrau Solé, “La Responsabilidad Civil de las Empresas Transnacionales a Través de la *Alien Tort Claims Act* por su Participación en Violaciones de Derechos Humanos”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n° 25, 2009, pp. 113-130; R. Meeran, *Demandas por Agravios Contra Multinacionales por Violación de los Derechos Humanos. Perspectiva General de la Situación Fuera de Estados Unidos*, en <http://www.business-humanrights.org/media/documents/richard-meeran-demandas-contra-mnncs-7-mar-2011.pdf> ; M. Koebele, *Corporate Responsibility Under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law Through U.S. Torts Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009 ; B. Stephens, *et alii*, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, ibídem, 2008 ; P. Henner, *Human Rights and the Alien Tort Statute: Law, History and Analysis*, ABA Publishers, Chicago, 2009 ; F. Gregor, *Principles and Pathways: Legal Opportunities to Improve Europe’s Corporate Accountability Framework*, ECCJ, November, 2010; A. De Jonge, *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*, Elgar, Cheltenham, 2011 y mi estudio, “La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián*, vol. XII, 2011. (En prensa). Analizando estas cuestiones a partir del ejemplo de la atormentada Birmania, vid., asimismo, J.G. Dale, *Free Burma: Transnational Legal Action and Corporate Accountability*, U. of Minnesota Press, 2011.

³ Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17-IX-2010. Sobre ella, vid., v. gr., D.E. Childress, “The Alien Tort Statute, Federalism, and the Next Wave of International Law Litigation”, *Pepperdine U. School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper Number 2011/9, April 2011* ; CH. Keitner, “*Kiobel v. Royal Dutch Corp.*, Another Round in the Fight Over Corporate Liability Under the Alien Tort Statute”, *ASIL Insight*, vol. 14, Issue 30, September 30, 2010 ; M. Requejo, *Kenneth Anderson on Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. en <http://conflictoflaws.net/2010/kenneth-anderson-on-kiobel-v-royal-dutch-petroleum/> e ídem, “Responsabilidad Civil y Derechos Humanos en EEUU: ¿El Fin del ATS?”, en *Indret* (en prensa). También, I. Wuerth, “The ATS and Federal Common Law: A New Approach”, *Notre Dame Law Review*, vol. 85, 2010, pp. 1931- 1972 y J. G. Ku, “The Curious Case of Corporate Liability Under the ATS: A Flawed System of Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 353-395.

célebre saga judicial, *Wiwa v. Royal Dutch*⁴, saldada en su caso mediante acuerdo entre las partes en junio de 2009. Sucede que se ha producido un drástico cambio de criterio en el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en tanto que, v. gr., frente a su decisión en el caso *Rabi Abdullahi v. Pfizer*, de Enero de 2009⁵, se ha mantenido por una de las Salas, por mayoría de dos a uno en el caso que nos ocupa, lo que podría ser un precedente ominoso: *el Dº internacional no impone obligaciones sobre las empresas multinacionales, por lo que éstas no responden de sus actuaciones en las demandas que se les planteen a través del ATCA*⁶. Cabe recordar que este precedente ha sido ya seguido, v. gr., en la decisión del Juzgado de Distrito Sur de Indiana, de Octubre de 2010, en *Boimah Flomo, et al., v. Firestone Rubber Co.*⁷, con lo que está infiltrándose ya en otros Circuitos como era previsible dado el prestigio, citado, del Segundo entre sus pares. Así las cosas, y en la medida en que, por ejemplo, existe disparidad de criterios al respecto - el Undécimo, v. gr., discrepa de aquél - y se ha presentado recurso ante el Tribunal Supremo por los demandantes en *Kiobel*⁸, es previsible que la máxima sede federal acepte entrar a revisar el caso, llevando así a cabo la unificación de doctrina que corresponde a uno de sus principales cometidos. Entretanto, y seguidamente, me centro ya en la citada decisión *Kiobel*, poniendo de relieve en primer lugar los principales argumentos que en ella han prevalecido.

3.- Opinión mayoritaria⁹.

Es la mantenida sobre este punto por los Jueces Jacobs (Presidente) y Cabranes, en la decisión de Sala del citado Tribunal de Apelación. Se extiende a lo largo de 50 densas páginas y queda sustentada sobre una línea argumental que se resume en las primeras 15

⁴ Vid., v. gr., noticia de ella en mi “Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act (ATCA of 1789* de los EE.UU., respecto de las Corporaciones Multinacionales”, en *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, vol.II, 2005, pp. 1842-1844.

⁵ Docket Nos. 05-4863-cv , 05-6768-cv

⁶ El Plenario de ese Tribunal, dividido cinco a cinco, ha declinado revisar la decisión de Sala en Febrero de 2011.

⁷ Case 1:06-cv-00627-JMS-TAB. Vid., también, *Doe v. Nestle, SA*, No. CV 05-5133SVW (JTLx), *slip. op.* p. 120 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

⁸ Vid., <http://conflictoflaws.net/2011/new-alien-tort-statute-case-at-the-united-states-supreme-court-kiobel-et-al-v-royal-dutch-petroleum-petition-filed/>. Hay otro recurso al T.S. de los demandantes en *Bowoto v. Chevron* en el que se plantea el sometimiento de las corporaciones al TVPA, parejo al ATCA; vid., noticia de Earthrights International, en <http://www.earthrights.org/legal/plaintiffs-bowoto-v-chevron-ask-supreme-court-hear-case> .

⁹ Se recoge en la referencia cit. en la nota (3), *supra*, en primer lugar y con paginación propia. En adelante, será cit. como *Mayoritaria*.

y que reflejo a continuación. La idea de partida es que, desde 1980, el momento en que ese mismo Tribunal *reactivó* el ATCA, sólo ha llegado a sentenciar nueve casos significativos relacionados con ella, por lo que no ha tenido ocasión de abordar algunas cuestiones de relieve, que permanecen, según la Mayoría, sin resolver - y siempre en lo que atiene al Segundo Circuito. Una de ellas y, por lo demás, capital, sería **si el ATCA cubre las acciones civiles entabladas frente a empresas –corporations - en base al Derecho de Gentes**¹⁰. Ambos Jueces parten de que el Dº interno de los EE.UU. sí que impone la responsabilidad frente a esas empresas, pero que en las demandas fundadas en el referido texto el derecho sustantivo aplicable *es el que rige las relaciones entre Estados*, el Dº internacional, y ello en relación con un número limitado de conductas que él mismo define¹¹. Sentado esto, luego de un apunte histórico referido a los Juicios de Nuremberg y a la exclusión de las empresas del ámbito competencial del Tribunal Penal Internacional, la Mayoría deduce que ese último Derecho *nunca* ha extendido la responsabilidad a aquéllas, por lo que “si no son (responsables) ante él, tampoco pueden serlo en base al ATCA”¹². Ello no implica, siempre según los citados Jueces, que ese texto no pueda usarse contra los *individuos perpetradores* de violaciones del Dº internacional consuetudinario como sería el caso de los empleados, gestores, directivos de una empresa y *todos cuantos de manera intencionada inciten y ayuden tales violaciones*¹³. Del mismo modo, según la Mayoría, no debe entenderse que su decisión limita o impida acciones penales, administrativas o civiles contra las empresas “bajo un cuerpo de derecho *distinto* al internacional público - como, por ejemplo, el derecho interno de cualquier Estado”¹⁴. Ni que el Congreso pueda legislar al respecto¹⁵. Como digo, estos son los postulados fundamentales, que luego se desarrollan por ambos jueces extensamente, haciendo hincapié, v. gr., en la sentencia del Tribunal Supremo en el

¹⁰ Vid. *Mayoritaria*, pp. 3-5.

¹¹ *Ibidem*, pp. 5 y s.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ *Ibidem*. Vid. también, v. gr., R.S. Lincoln, “Theories of Liability for Non-State Actors: To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability under the ATS”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, 2010, pp. 604-618; G. Handl, *In Re South African Apartheid Litigation and Beyond: Corporate Liability for Aiding and Abetting under the ATS*, *Tulane U. School of Law, Public Law and Legal Theory W.P. Series, Research Paper No. 10-02*, 2010, 41 pp.; A. Mamolea, “The Future of Corporate Aiding and Abetting Liability under the ATS: A Roadmap”, *Santa Clara Law Review*, vol. 51, 2011, pp. 79- 151 y Vid., v. gr., J. Morrissey, “*Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20, 2011, pp. 144-170. Sobre un caso de responsabilidad de responsabilidad *individual*, vid., v. gr., A. Bernabéu, *Demandas Civiles en los Estados Unidos Contra los Líderes Paramilitares Extraditados*, en http://www.toledopax.org/uploads/Parte_Area_Politiclas_Publicas_Tercer_Informe_CITpax_Observatorio_DDR_LJP_septiembre_2010.pdf.

¹⁴ *Mayoritaria*, p. 11 y s.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

célebre caso *Sosa v. Álvarez Machaín*¹⁶ y con gran profusión de datos, además de dedicar especial atención y muchas críticas al planteamiento y argumentos de su colega en minoría, el Juez Leval que, aunque finalmente y por otros motivos concurre con aquéllos en la desestimación de la demanda, lleva a cabo por su parte una extensa y muy vigorosa argumentación en 73 páginas contra la postura de principio de sus compañeros, que acabo de presentar de forma sintética. Hago ahora lo propio con la suya, que él mismo resume en las 8 páginas iniciales.

4. *Opinión minoritaria*¹⁷.

El ilustre Juez parte de una evidente constatación: la tesis de sus compañeros inflinge un duro golpe al Derecho internacional y su propósito de protección de los Derechos Humanos, dejando en la práctica impunidad conductas horrendas, y ello, según estima, sin apoyo doctrinal ni precedentes judiciales, con el resultado de que los perpetradores de tales conductas puedan retener el botín de sus rapiñas¹⁸. El hecho de que los tribunales internacionales no hayan impuesto *sanciones penales* sobre las empresas sólo tendría que ver, por otra parte, “con la teoría y objetivos del *castigo de los crímenes*, y no tiene relevancia sobre la responsabilidad civil compensatoria”¹⁹. Asumir como hace la Mayoría que el Dº internacional no distingue ambas situaciones sería, pues, para este Juez, equivocado²⁰. Siempre en su opinión, asimismo, el que no exista una práctica universal de imposición de resarcimientos civiles a las empresas por violaciones del Dº internacional, no conduce a que éste las impida, sino *a que deje la cuestión en manos de los Estados*²¹. Como, en general, lo que puedan prever respecto de los efectos civiles de tales violaciones, como hicieron los EE.UU. a través del ATCA y sin distinguir entre personas físicas o jurídicas²². Según el razonamiento de la Mayoría, indica el Juez Leval, la ausencia también de una práctica universal respecto a la responsabilidad civil de las *personas naturales* en este contexto, debiera conducir a su impunidad frente al Dº internacional y el ATCA. Pero nadie defiende tal cosa, lo que, finalmente, subraya la

¹⁶ 542 U.S. 692 (2004). Sobre él, vid., v. gr., mi estudio “Los Derechos Fundamentales...”, cit., pp. 349-357.

¹⁷ Se recoge asimismo, con paginación propia, en la referencia recogida en la nota (3), *supra*. En adelante, será citada como *Minoritaria*.

¹⁸ *Minoritaria*, pp. 1-4.

¹⁹ Que es la que cubre el ATCA; *ibídem*, p. 4.

²⁰ *Ibídem*, p. 5.

²¹ *Ibídem*, p. 6.

²² *Ibídem*.

incoherencia ínsita en la tesis de sus compañeros²³. Estos son los puntos más relevantes del razonamiento del citado Juez, que luego apoya también, como sucedía en el de la Mayoría, con un gran aparato de citas y matizaciones de interés, del que sólo puedo dar aquí noticia pero que, en todo caso, confirma su alta preparación y el bien ganado prestigio del Tribunal al que pertenecen estos juristas sin duda eminentes. Toca ahora, y lo hago sin más dilación, aportar mis propias reflexiones sobre lo hasta ahora visto y aventurarme, con las debidas cautelas, en lo que pueda deparar el próximo futuro sobre este particular.

5. Breve análisis de la Decisión Kiobel y perspectivas de futuro.

Llamo la atención, en primer lugar, sobre un punto que no por obvio hay que dejar de lado: nos encontramos en el mismo núcleo del ordenamiento internacional y los estatales, los Derechos Humanos, y en el caso hablamos de conductas en violación del *jus cogens*, que superan sin discusión los cánones fijados por el Tribunal Supremo en el cit. *Sosa*. No es ocioso, pues, que el Juez Leval ponga de manifiesto el particular terreno sobre el que debiera analizarse la cuestión, dentro de una concepción moderna del Derecho y lo que se espera de él, trascendiendo los criterios formales y una asepsia que si en otros contextos resulta razonable, aquí aparece como impostada, hueca, difícilmente comprensible. Pensemos, por ejemplo, en el juego de los principios de justicia material en sectores sensibles como la protección de menores, donde el interés de éstos es clave de todo el sistema, de su planteamiento normativo y su puesta en práctica. Y hablamos aquí del desarrollo del D^o internacional público respecto de la protección de los Derechos Humanos y de que se arbitren vías de investigación, sanción y reparación - como las que provee el ATCA- , en fructífero cruce con el D^o del tráfico jurídico externo, para darles mayor encarnadura y accesibilidad. Y cuánto más si es respecto de las víctimas de conductas atroces, como las que originan este caso y por desgracia son comunes ante la carencia de escrúpulos de las empresas y, muchas veces, el silencio cómplice de la comunidad internacional²⁴. La Mayoría del Tribunal,

²³ *Ibidem*, p. 7.

²⁴ En el Informe del Representante Especial John Ruggie al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, se pone de relieve la necesidad de fomentar tales vías. Vid., Doc. ONU A/HRC/17/31, 21-III-2011 y su comentario, v. gr., por S. Jerby, *Are Companies Ready to Implement UN Guiding Principles on Business and Human Rights?*, http://www.institutehrb.org/blogs/staff/are_companies_ready_to_implement_un_guiding_principles_on_business_and_human_rights.html . El Informe se adoptó por ese Consejo en Junio de 2011; vid., <http://>

sin embargo, se lanza por un camino nunca recorrido en el ATCA, al descartar su aplicación respecto de las empresas porque, supuestamente, la norma que permitiría atribuirles responsabilidad en el ámbito civil respecto de violaciones del Dº internacional sobre Derechos Humanos está fraguando todavía, no ha alcanzado el grado de convicción y práctica generalizada que le daría vigencia universal. Desde este punto de vista, las empresas no se ven sometidas al Dº de Gentes, por más que ostenten ya ciertos, indudables, derechos en su ámbito. Pero nadie pide que, las multinacionales nombren embajadores, pongamos por caso, lo que resulta razonable es que se les atribuya una personalidad *limitada*, en el concreto marco de esos derechos y, por supuesto, de sus correspondientes *deberes*²⁵. El propio TIJ abona esta solución cuando, en su Sentencia en el célebre *Caso de las Reparaciones*, afirma:” Los sujetos de Derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en su naturaleza o extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”²⁶. Así, en este contexto, la comunidad *internacional* está plenamente legitimada para exigir el respeto de sus principios vertebradores, ligados ineludiblemente al citado núcleo de Derechos Humanos, y proveer vías sancionadoras en caso de violación. Realmente, y como se ha podido afirmar, superando el propio concepto de personalidad, es más bien la imposición a las multinacionales de *deberes en cuanto a la observancia de tales Derechos*, lo que indica que ostentan un estatus legal²⁷. Y si la comunidad internacional puede hacerlo, los Estados Unidos *ya lo han hecho* mediante el ATCA y su extensa práctica a través de los tribunales federales, sin distinguir estos últimos en ella entre personas físicas y jurídicas hasta el

www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-endorsed-16-jun-2011.pdf. También, respecto de otra destacada iniciativa en sede de la citada Organización, vid., entre otros, P. Louis Fall y M. Mounir Zahran, *United Nations Corporate Partnerships: The Role and Functioning of the Global Compact, Joint Inspection Unit*, Ginebra, 2010, JIU/REP/2010/9. Vid., asimismo, en general, D. Augenstein, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights*, 2011, en <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/augenstein-study-re-state-responsibility-under-eur-convention-for-ruggie-apr-2011.pdf>. A modo de ejemplo de las mencionadas conductas, un ilustrativo informe de *Friends of the Earth* sobre las actividades de Royal Dutch/Shell se ha publicado en <http://www.foei.org/en/resources/publications/pdfs/2011/erratum-to-the-shell-annual-report>.

²⁵ Vid., v. gr., D. Kinley y J. Todaki, “From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2004, p. 945 y s. En abierto contraste con el postulado de la citada mayoría, vid., v. gr, el estudio en 3 volúmenes de la Comisión Internacional de Juristas, *Corporate Complicity & Legal Accountability*, 2008.

²⁶ Vid., D. Kinley y J. Todaki, op. y loc. cit.

²⁷ Vid., V. Engström, *Who is Responsible for Corporate Human Rights Violations?*, *Abo Akademy University, Institute for Human Rights*, January, 2002, p. 24. También, en general, v gr., mi estudio, “Los Derechos Fundamentales...”, cit., pp. 337-347.

pronunciamiento del Segundo Circuito en el caso que nos ocupa o, incluso, rechazando *expresamente* que las segundas no se vean cubiertas por el ATCA²⁸. De este modo, el énfasis que hace el Juez Leval en la vía de la reparación -*remedy*- y que su País ya la ha abierto a través de ese texto frente a las multinacionales, parece digna de compartirse y, por lo que se me alcanza y conozco de él, conforme a su naturaleza y los objetivos contemplados por quienes lo concibieron y dieron vigencia²⁹.

A partir de aquí, cabe preguntarse cuál puede ser el futuro del ATCA respecto de su aplicación a las empresas multinacionales. Siempre hay cierto riesgo en hacer augurios, pero, posiblemente, las noticias del óbito de ese texto, como en la célebre anécdota de Mark Twain, hayan sido algo exageradas. Es posible sustentar con razones muy fundadas que siga cubriendo a tales empresas, como hace, v. gr., Ch. I. Keitner, al indicar que la cuestión de la competencia *rationae personae* de aquéllas - incluyendo *qué tipo de entidad* puede ser demandada - responde en el sistema de los EE.UU. a los términos de su ley doméstica, mientras que es el Dº internacional el que gobierna la *conducta* del principal y su cómplice³⁰. Y así se podrían suscitar muchos argumentos contrarios a los de la Mayoría en *Kiobel*. Argumentos que podrían tener eco en el Tribunal Supremo, aunque en éste haya muy notorios *amigos* del ATCA, como el *Justice* Scalia, tan brillante como conservador. Me detendré en este punto para reflexionar como aquí toca, es decir, sin extenderme demasiado, sobre la eventual respuesta del Alto Tribunal, llegado el momento.

Desde luego, si sus colegas se dejan llevar por el citado *Justice*, las multinacionales pueden tener su día. Antonin Scalia representa, según entiendo, un enfoque que pudiéramos calificar como *particularista*, donde se privilegian el derecho de fuente interna de los EE.UU. y los intereses medulares de esa Nación y sus empresas. Tales intereses no deben verse comprometidos, en ambos casos, por actitudes que pudieran tacharse de idealismo, en especial en lo que atiene a la observancia y el desarrollo del Dº internacional público, o a la utilización de las técnicas del Dº del tráfico jurídico externo, sobre todo en los sectores en los que ambos se entrecruzan. Así, ese ilustre magistrado fue Ponente, en 2010, de la muy importante decisión en el caso *Morrison v.*

²⁸ Vid. v. gr., los múltiples precedentes que se recogen en *Minoritaria*, p. 24 y allí, en nota (14).

²⁹ En este sentido, vid., v. gr., I. Wuerth, "The Alien Tort Statute and Federal Common Law: A New Approach", *Notre Dame Law Review*, vol. 85, 2010, pp. 1960-1967.

³⁰ Vid., <http://conflictoflaws.net/2010/keitner-on-kiobel-and-the-future-of-the-alien-tort-statute/>. Un reciente y muy atinado desarrollo respecto de la competencia personal se consagra en la decisión de una Sala del prestigioso Noveno Circuito Federal de Apelaciones en el caso *Bauman et alii v. DaimlerChrysler Corp.*, No. 07-15386, D. C. No. CV-04-00194-RMW, *Opinion*, 18-V-2011.

*National Australia Bank*³¹, en la que se establece con mucha rotundidad, en materia de fraudes contemplados en la *Securities and Exchange Act of 1934*, el canon de *territorialidad estricta* que consagró muchos años antes el Tribunal Supremo en un caso célebre, *EEOC v. Arabian American Oil Co. (Aramco)*³². Lo que importa destacar aquí es que el Alto Tribunal desecha numerosos precedentes de sus inferiores en los que, a través del test de *conducta con efecto sustancial en los EE.UU.*, sí se proyectaba ese *Act* extraterritorialmente, y que *Morrison* se está tomando ahora por no pocas sedes judiciales federales como ejemplo en otras materias, empezando ya a tener reflejos en la de violaciones de Derechos Humanos en el extranjero, objeto del ATCA. Así, en su Opinión Disidente a la Orden del Plenario del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal en el caso *Sarei et al. v. Rio Tinto*³³, el Juez Kleinfeld defiende - aunque sus compañeros no le sigan ni sea lógico por variadas causas - importar ese canon también a la práctica sobre el ATCA. Scalia ya había abogado anteriormente - con vigor y ajustando su razonamiento a las circunstancias del caso- por esa tesis de presunción frente a la extraterritorialidad, por ejemplo, en otro precedente no menos célebre, *Hartford Fire*³⁴, en Antitrust, donde quedó en minoría³⁵ pero, a día de hoy, *Morrison* puede ser significativo respecto de una determinada mentalidad en el seno de una corriente de relieve, tal vez decisiva, en el Tribunal Supremo. Lo mismo puede inferirse también, aunque acaso pueda ello ser más discutible, respecto de la respuesta que aquél ha dado muy recientemente en un caso vinculado con la seguridad nacional y el secreto de Estado, *General Dynamics Corp. v. U.S.*³⁶, en el ámbito contractual, pues una y otro surgen también con alguna frecuencia en casos vinculados con el ATCA y, al haberlos hecho prevalecer, también es susceptible de reflejar esa mentalidad a la que aludo. No oculto, en fin, que nada debe darse por sentado en la actuación del Alto

³¹ 130 S. Ct. 2869 (2010). Vid., v.gr., Ch. Kotuby, *Morrison Scorecard: One Year in Review*, en http://conflictoflaws.net/2011/morrison-scorecard-one-year-in-review/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29 y P. B. Stephan, “*Morrison v. National Bank Ltd.: The Supreme Court Rejects Extraterritoriality*”, *Asil Insights*, vol.14, (22), 2-VIII-2010. También, el interesante estudio de L. Silberman, *Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions*, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1864786.

³² 499 U.S. 244 (*Aramco*).

³³ Orden de 16-X-2010.

³⁴ 113 S. Ct. 2891 (1993).

³⁵ Prevalciendo años más tarde, sin embargo, sus tesis, en *Empagran*, en esa materia. Vid., sobre ambos precedentes, v. gr., mi estudio “Sobre la *International Comity* en el Sistema de Dº internacional privado de los EE.UU.”, en *REEI*, vol. 19, 2010, 16 pp.

³⁶ No. 09-1298, USSC, (October Term, 2010). Vid., v. gr., observaciones de R. Chesney en <http://www.Lawfareblog.com/2011/05/state-secrets-and-todays-supreme-court-decision-in-general-dynamics-corp-v-united-states/>.

Tribunal, que puede muy bien optar por lo que aquí vengo defendiendo, es decir, que aquél texto siga vinculando a las multinacionales y, sin atisbo de exageración, en bien de la propia Humanidad.

Pero, si nos ponemos en lo peor, y el ATCA decae frente a las multinacionales, pudiéramos estar ante los prolegómenos de una *nueva oleada* en los litigios transnacionales sobre los Derechos Humanos, que se vehicule a través de las sedes federales *en base al derecho extranjero o al de los Estados de los EE.UU.*, o también según tales derechos ante los propios tribunales *estatales* de ese País, sería la tesis, por ejemplo, con buenos argumentos, de D. E. Childress³⁷. Hay que recordar de ella en el primer supuesto, sedes federales, que surgirían claros beneficios para los demandantes en la medida en que se podrían evitar muchas de las cuestiones sustantivas vinculadas con la alegación del Dº internacional en base al ATCA³⁸, como sería llevar a cabo un análisis, en los términos exigidos por la jurisprudencia *Sosa*, para determinar la situación de tal Dº y si un desarrollo de Dº federal común se requiere en un caso dado, con lo cual el uso del derecho extranjero o el de los Estados posibilitaría eludir los límites impuestos por las sedes federales sobre ese reiteradamente citado texto³⁹. Tal uso, siempre según ese autor, permite que esas sedes desarrollen Dº internacional no a través del Dº federal común, sino de los principios generales de elección de ley - *choice of law*⁴⁰. En cuanto a plantear las demandas ante los tribunales *estatales*, la ventaja aquí sería eludir los diversos artilugios procesales creados por la jurisprudencia federal que suelen erigirse en obstáculos para aquéllas, como la *exhaustion* y el *plausibility pleading* y, muy señaladamente, el *Forum Non Conveniens*, respecto del cual el autor citado indica que muchas sedes estatales no lo reconocen, o que lo hacen de manera diversa a las federales⁴¹. Con todo, en esta vía, la de los tribunales estatales, es preciso prever que el demandado trate de derivar la causa hacia las sedes federales, en base a la llamada *federal question jurisdiction*, prevista en 28 U.S.C. Secc. 1441 (b). Por ello, D. E. Childress apunta la necesidad de plantear las demandas ante tribunales de aquellos

³⁷ Vid. su op. cit. en nota (3), *pass.* y D. M. Branson, *Holding Multinational Corporations Accountable? Achilles Heels in ATCA Litigation*, *Legal Studies Research Paper Series*, W.P. No.2010-30, U. of Pittsburgh, 2010, 44 pp.

³⁸ Vid. D.E. Childress, op. cit., p. 34.

³⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁰ *Ibidem*. El autor se apoya aquí en el bien conocido tratado de G.B. Born & P. Routledge, *International Civil Litigation in U.S. Courts*, 4th ed., 2007, p. 31.

⁴¹ Op. cit., p. 35. Sobre el FNC vid., v. gr., M. Requejo Isidro, *Violaciones Graves*, cit. en nota (2), *supra*, pp. 208-214 y C. Burke Robertson, "Transnational Litigation and Institutional Choice", *Boston College Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1081-1131.

Estados de los EE.UU. donde se haya registrado o radique la sede principal de negocios de la empresa demandada pues, como resulta el caso entre otros, de California, el tribunal estatal *no* admitirá ceder su competencia cuando se trate de empresas autóctonas⁴².

En otra perspectiva, caben incluso aperturas al orden *penal*, en el que no desentonarían las conductas perpetradas por las empresas multinacionales⁴³ y, en todo caso, podemos asumir, en fin, que el ejemplo de la jurisprudencia federal de los EE.UU. en esta materia ha trascendido ya hace tiempo los límites territoriales de ese País y se expande con lecturas propias en muchos otros ámbitos, como el europeo⁴⁴. Me detengo ahora, en este punto, para desarrollar - siempre de forma breve- sendos aspectos relacionados con la cuestión en la UE.

Si nos fijamos, en primer lugar, en la competencia judicial, el texto de referencia será, por supuesto, el Reglamento 44/01. Aquí, y dejando a salvo su valoración positiva en cuanto a los fines que, en general, pretende, existe una amplia opinión en doctrina sobre sus limitaciones en los casos de responsabilidad civil por violaciones de Derechos Humanos. Siguiendo, por ejemplo, el lúcido análisis de M. Requejo, existen dos motivos de insatisfacción en este orden: la *limitación espacial* del instrumento, nucleado en el domicilio del demandado y la *difícil atracción* de las subsidiarias

⁴² Op. cit. pp. 35 y s. Sería, según entiendo, una buena muestra de la voluntad progresista de ese Estado, en cuanto el sometimiento de las empresas californianas a su aparato jurisdiccional y a los altos niveles de desempeño ético que implica observar su derecho sustantivo en muchas materias.

⁴³ Vid., v. gr., los diversos estudios publicados en el monográfico del *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010. También, sobre el caso *Van Anraat*, S. Tripathi, "Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards", *Politorbis*, No. 50, 2010, pp. 131-141. En general, vid, asimismo, A. Sanders, "New Frontiers in the ATS: Conspiracy and Joint Criminal Enterprise Liability After *Sosa*", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, 2010, pp. 619-637; J. A. Bush, "The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said", *Columbia Law Review*, vol. 109, 2009, pp. 1094-1262; K. Magraw, "Universally Liable? Corporate-Complicity Under the Principle of Universal Jurisdiction", *Minn. Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 458-497 y Justice I. Binnie, "Legal Redress for Corporate Participation in International Human Rights Abuses", *The Brief*, vol. 38 (4), 2009, pp. 44-51. Vid., también, respecto de España, v. gr., G. Rodríguez-Mourullo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática", *Otrosí*, nº 6, abril-junio 2011, pp. 7-14. Asimismo, en general, H. Torres Vázquez, *Derecho Penal Internacional y Globalización: Políticas para Evitar la Impunidad en la Sociedad del Riesgo*, en http://www.ciedh.es/documentos/sociedad_del_riesgo.pdf.

⁴⁴ Vid., v. gr., L.E. Enneking, "Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Direct Liability Cases", *George Washington International Law Review*, vol. 40, 2009, pp. 903-938; R.C. Thompson, *et alii*, "Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: Translating *Unocal*: The Expanding Web of Liability for Business Entities Implicated in International Crimes", *ibidem*, pp. 841-889 y F. Gregor, *Principles and Pathways: Legal Opportunities to Improve Europe's Corporate Accountability Framework*, ECCJ, November, 2010. También, D. Augenstein, *et alii*, *Study on the Legal Framework for Human Rights and the Environment Applicable to EU Companies Operating Outside the European Union*, University of Edimburg, 2010.

radicadas en Estados terceros hacia la competencia, basada en el Reglamento, de un Estado miembro⁴⁵. Por ello, y tras destacar el posible juego de las competencias residuales de los sistemas nacionales, caso de inaplicación en la especie de ese Reglamento⁴⁶, la autora defiende, en cuanto a la revisión en marcha de éste, “la flexibilización del requisito de conexión comunitaria y la formulación de criterios de competencia judicial previstos para las acciones de reparación de daños *desde una filosofía impregnada por la preocupación por los derechos humanos*”⁴⁷. Esto último, por ejemplo, crucial, en la medida en que la citada revisión no conduzca a lo que denomina *un efecto perverso*, “privar a la víctima demandante de otros foros, previstos en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, que actualmente siguen siendo aplicables en defecto de la conexión comunitaria”⁴⁸.

En el entorno del derecho aplicable, por su parte, el referente sería el llamado Reglamento Roma II. Aquí también se encuentra extendida en la doctrina la idea de que este instrumento resulta insatisfactorio respecto de lo que vengo tratando. Para F. Gregor, por ejemplo, la normativa existente tiene, potencialmente, tres efectos adversos sobre la reparación de estos ilícitos: primero, la exclusión, vía ley del lugar del daño, de la normativa europea, incluyendo la que fija la responsabilidad de las empresas matriz; luego, la eventual inadecuación en Países terceros de los cánones de protección exigidos por el Dº internacional y, finalmente, que los montos de indemnización previstos en los derechos de tales Países pueden mostrarse insuficientes respecto de las víctimas y del que normalmente sería, a su través, un efecto disuasorio⁴⁹. Vinculado con todo ello, además, el autor propone un nuevo artículo 26A, en una posible revisión del citado Reglamento Roma II, que, por su interés, dejo aquí reflejado expresamente:

“(1) La aplicación de una provisión de la ley de cualquier país especificado por este Reglamento debe rehusarse si tal aplicación condujese (indistintamente) a:

- (a) Una flagrante denegación de los derechos humanos, denegación de reparación de daño medioambiental o daño soportado por personas o propiedades a resultas de ello, o de adecuada compensación por tal daño; o

⁴⁵ Vid., “La Responsabilidad de las Empresas...”, cit. en nota (2), *supra*, p. 37.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 39. (Cursiva propia).

⁴⁸ *Ibidem*. En el mismo sentido, v. gr., F. Gregor, *op. cit.*, p. 15, donde propone también una aquilataada versión del llamado *forum necessitatis* en lo que podría ser un nuevo artículo 5A.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 16.

(b) Exención de responsabilidad por violaciones de derechos humanos y daño medioambiental otorgados a las personas por el derecho de la UE.

(2) Se entiende que este artículo no afecta el derecho de los tribunales en aplicar excepciones a este reglamento basadas en el orden público del foro”⁵⁰.

Resulta curioso y, a mi entender, altamente significativo, que el Legislador comunitario parezca estar más interesado, respecto de la aplicación del orden público en los términos del vigente art. 26 del Reglamento citado, en la posibilidad de que salga aquél al paso de leyes extranjeras que permitan indemnizaciones *excesivas*, vid. su Preámbulo (32), que en dotar a ese orden público de una encarnadura como garante de los Derechos Humanos. ¡Acaso cuando la entidad supranacional a la que pertenecemos se denominaba *Mercado Común* había lugar para menos equívocos!

Afrontamos, y concluyo ya, tiempos convulsos, cuajados de tensiones y procesos históricos de consecuencias incalculables. Son tiempos que precisan como nunca de una Justicia orientada al progreso de los Derechos Humanos y la ley internacional, como la que magníficamente se ve representada en la famosa escultura del Palacio de la Paz de La Haya, sede del TIJ. Es una imponente figura, sin venda en los ojos ni los otros aditamentos habituales, con un pie adelantado y mirando al frente con decisión. No es a ella a la que sirve la sentencia *Kiobel*, a cuyo comentario aquí doy fin, ni a la versión más tradicional, mantenedora, por así decirlo, del *status quo*. Ni siquiera cabe ya éste cuando se sostiene sobre la impunidad de las multinacionales, al menos, según pienso, en un mundo que merezca la pena de ser vivido⁵¹.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Haré aquí gracia de calificar el ejercicio de empatía respecto de las multinacionales que lleva a cabo el Juez Presidente Jacobs en la apelación del caso ante el Plenario del Segundo Circuito. *Res ipsa loquitur!* Vid., T. Childress, *Should American Courts Hear Transnational Tort Claims Against Corporations?*, en <http://conflictoflaws.net/2011/should-american-courts-hear-transnational-tort-claims-against-corporations/id>. Hay un seguimiento de la discusión en curso sobre el ATCA en <http://conflictoflaws.net/2009/on-the-desirability-of-the-alien-tort-statute/>. Comentando una nueva lectura limitativa de ese texto, a propósito de la decisión del Tribunal de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia, de 14-VI-2011, en *Ali Shafi v. Palestinian Authority*, vid., R. Alford, *Torture by Non-State Actors non Actionable under ATS*, en http://opiniojuris.org/2011/06/17/torture-by-non-state-actors-not-actionable-under-ats/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+opiniojurisfeed+%28Opinio+Juris%29.