

# HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



## Papeles el tiempo de los derechos

**ACERCA DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO EN  
LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES SOBRE  
DERECHOS HUMANOS**

***ON THE ACT OF STATE DOCTRINE IN TRANSNATIONAL  
HUMAN RIGHTS LITIGATION***

**Francisco Javier Zamora Cabot**  
Catedrático de Dº internacional privado, UJI de Castellón  
[zamora@uji.es](mailto:zamora@uji.es)

**Palabras clave:** Acto de Estado; Casos *Belhaj*, *Paribas* y *Nevsun*; Litigios Transnacionales Sobre Derechos Humanos; Cortesía Internacional; Empresas y Derechos Humanos; Acceso a la Justicia.

**Key Words:** Act of State; *Belhaj*, *Paribas* and *Nevsun Cases*; Transnational Human Rights Litigation; International Comity; Business and Human Rights; Access to Justice.

Número: 21      Año: 2020

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)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**ACERCA DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO EN LOS  
LITIGIOS TRANSNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS  
*ON THE ACT OF STATE DOCTRINE IN TRANSNATIONAL HUMAN  
RIGHTS LITIGATION***

Francisco Javier Zamora Cabot

Catedrático de D<sup>o</sup> internacional privado, UJI de Castellón

zamora@uji.es

*“El Derecho internacional privado funciona en gran medida como una constitución para otorgar poder y delimitar autoridad y, en modo muy similar a una constitución, la evolución del Derecho internacional privado es un relato sobre el cambiante contexto histórico en el que los tribunales, el soberano, y los actores privados llevan a cabo sus relaciones en las transacciones comerciales y personales”*, Joel R. Paul, *The Transformation of International Comity*, 2008, p.19.

**Resumen**

Tras un emplazamiento en el que se destaca el momento de revisión crítica en el que se encuentra la Doctrina recogida en su título, el presente estudio la confronta en su práctica respecto de recientes e importantes desarrollos jurisprudenciales en materia de graves lesiones de los derechos humanos. Surgen así nuevas claves para su comprensión actual y el cálculo de eventuales panoramas de futuro entre los que media, singularmente, el acceso a la justicia como una de las piezas centrales del ordenamiento internacional y de los sistemas jurídicos estatales.

**Abstract**

*After highlighting the moment of critical revision in which the Doctrine contained in its title is, the present study confronts it in its practice regarding recent and important jurisprudential developments in the field of serious human rights violations. New keys thus emerge for its current understanding and for the calculation of eventual future scenarios among which access to justice especially mediates as one of the central pieces of international law and domestic legal systems.*

**Sumario: I.- Breve emplazamiento actual de la Doctrina. II.- Su incidencia en la práctica jurisprudencial reciente. 1.-Decisión *Belhaj* de la UKSC 2.-Decisión *Paribas* del Segundo Circuito Federal de los Estados Unidos 3.- Decisión *Nevsun* del Tribunal Supremo del Canadá III.- Reflexiones conclusivas.**

## **I. Breve emplazamiento actual de la Doctrina**

Desde los ya muy antiguos, casi remotos, comienzos de mi carrera académica llamó mi atención la Doctrina que recojo en el intitulado de estas páginas y a la que, en adelante, me referiré indistintamente como Doctrina, o Acto de Estado, *Act of State* (AOS)<sup>1</sup>. Anticipaba entonces su importancia, el juego que podía dar desde el ámbito de la práctica y el de la reflexión científica, y su carácter como una pieza clave en el engarce entre las dos ramas del Dº internacional, el Dº internacional público y el Dº internacional privado, siendo éste el que mi maestro, D. Mariano Aguilar Navarro, solía denominar *Dº del Tráfico Jurídico Externo*. Y era precisamente mi adscripción a su Escuela<sup>2</sup> la que, asimismo, potenciaba mi interés a este respecto, pues tras el Acto de Estado se aprecian, por ejemplo, claramente consideraciones políticas e incidencias en las relaciones internacionales, muy presentes ambas en el pensamiento del Profesor Aguilar y, a su través, perceptibles también en el de sus discípulos.

Así, en mi posterior desempeño investigador tuve ocasión de comprobar cómo esas impresiones iniciales se confirmaban cuando, dedicando largos años al estudio del Dº imperativo o de intervención en sus variados sectores, el Acto de Estado se hacía ubicuo, por ejemplo y de manera muy marcada, tratándose de la proyección extraterritorial del Dº Antitrust, a la que dediqué desde diversas perspectivas un número de publicaciones<sup>3</sup>. Tal proyección era uno de los hitos de lo que se conocía como el *Gran Debate Sobre la Extraterritorialidad de las Leyes*, traducido en numerosos litigios en los que la invocación del citado Acto era, como digo, moneda frecuente. Y más cerca en mi tiempo personal, ha sucedido lo propio en lo que viene constituyendo el grueso de mi investigación, los Derechos Humanos y, en especial la incidencia sobre ellos de las actividades empresariales, normalmente en lo que atiene a las multinacionales y sus subsidiarias/filiales en el extranjero. Aquí también el recurso al Acto de Estado es frecuente en los correspondientes litigios,

---

<sup>1</sup>Aunque una cosa son los Actos de Estado y otra la Doctrina al respecto, se suele utilizar también comúnmente para referirse a ella la expresión Acto de Estado, y yo seguiré aquí tal uso.

<sup>2</sup>A la que el eminente José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, compañero también en ella, ha dedicado un detallado y muy oportuno estudio de próxima aparición en los *Anales de la Real Academia de Doctores de España*.

<sup>3</sup>Siendo la que considero más relevante mi Memoria de Cátedra, publicada bajo el título, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. una visión a partir del Dº Antitrust de los Estados Unidos*, Madrid, Eurolex, 2001, y prologada por Julio Diego González Campos.

siendo éstos un buen banco de pruebas sobre su situación actual y eventuales desarrollos futuros.

Me dedico en estas páginas precisamente a ello, es decir, a emplazar y evaluar el Acto de Estado utilizando como referentes los litigios transnacionales acogidos en el título, pues se han producido hitos recientes, recogidos en el Sumario, que considero muy relevantes al respecto y capaces en efecto de aportar claves de mucho interés sobre su presente y lo que puede ser su posterior evolución. Antes, sin embargo, intentaré trazar una sucinta semblanza de la citada Doctrina - a grandes rasgos, es bien conocida - y cuáles pueden ser sus notas más destacables en la hora actual. A estos efectos, cabe partir pues hay consenso sobre el particular del carácter *fluido* en nuestros días del citado Acto, siendo muy perceptibles los distintos enfoques en su tratamiento y el que muchas veces más que su propio concepto sean sus *límites y excepciones* los que realmente preocupen a los operadores jurídicos.

Con todo, y en cuanto a su definición, un planteamiento básico sería asumible y queda recogido, por ejemplo, por el Comité de Apelación de los Lores en el caso *Pinochet 3, (el AOS)* "(...) *is a rule of domestic law which holds the national court incompetent to adjudicate upon the lawfulness of the sovereign acts of a foreign state*"<sup>4</sup>. Una Doctrina entonces, "de prudencia jurisprudencial con efectos prácticos similares a los de la inmunidad soberana"<sup>5</sup>, si bien existe acuerdo en cuanto a diferenciarla de esta última al menos por dos consideraciones claves, la inmunidad proviene de un mandato del Dº internacional público, mientras que el Acto de Estado tiene raíces internas, domésticas y, asimismo, aquélla no conduce a limitar la competencia de los tribunales cuando los estados extranjeros *no son partes* en el proceso, como sí puede suceder -es su rasgo más significativo- al aplicar el citado Acto.

En otro orden, es precisamente esa nota relativa al origen interno, doméstico, del Acto de Estado la que con el paso del tiempo ha producido diferencias notables sobre él en la propia familia jurídica anglosajona en cuyo seno surgió y fundamentalmente se ha desarrollado, por ejemplo entre los Estados Unidos -los primeros mentores de la Doctrina- y el Reino Unido. Como veremos más adelante, y por citar ahora solo un matiz divergente, en este último cabe modular la aplicación del citado Acto a través del orden público internacional, lo que no sucede -al menos en la consideración

---

<sup>4</sup>Recogido por Jolane T Lauzon en "*Araya v. Nevsun Resources: remedies for victims of human rights violations committed by canadian mining companies abroad*", *Revue Québécoise de Droit International*, Vo. 31, 1, 2018, p. 157 .

<sup>5</sup>A. Bianchi, recogido por Coline Minguet en "*La doctrine de l'act of state et l'indirect impleading: de la Doctrine traditionnelle à un principe de non-justiciabilité. Les juges nationaux face aux violations graves des droits de l'Homme*", accesible en <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A15547> p. 42, *in fine*.

usual de éste- en el país transatlántico<sup>6</sup>. Por contra, en ambos países, y es algo que se podría generalizar, sí se entiende que los fundamentos de la Doctrina radican en principios tales como la igualdad e independencia de los estados, la separación de poderes o, muy significativamente, la llamada cortesía internacional *-international comity-*, uno de los conceptos más ilustres del Dº del Tráfico Jurídico Externo, cuyo juego se deja sentir desde hace siglos en aspectos relevantes de la regulación de la vida privada internacional<sup>7</sup>.

Doy término ya a este Apartado indicando que es precisamente el carácter fluido del Acto de Estado, al que aludí anteriormente, junto a los divergentes enfoques que han ido apareciendo en el plano comparado, los que han llevado también a una fase actual de revisión crítica, incluso de planteamientos en el sentido de que sea finalmente abandonado. Influyen decisivamente en ello las nuevas concepciones centradas en la persona y los derechos humanos acogidas por el ordenamiento internacional y, de modo muy señalado *el acceso a la justicia*, nuclear en tal ordenamiento, y cómo puede verse coartado por esta Doctrina que en su planteamiento inicial respondió sin duda a muy loables propósitos basados en el pragmatismo y el respeto mutuo entre los estados, hallándose por medio la citada regulación de la vida privada internacional. Creo que la práctica recogida en el próximo Apartado puede arrojar luces sobre estos extremos y a desarrollarlo me empleo seguidamente.

## II. Su incidencia en la práctica jurisprudencial reciente

### 1.-Decisión *Belhaj* de la UKSC<sup>8</sup>

Un hito de la jurisprudencia británica relativa a los derechos humanos, esta Decisión trae origen de la demanda presentada por un matrimonio de ciudadanos de origen libio víctimas de una sucesión de gruesas violaciones de derechos humanos en la que habían mediado las autoridades del Reino Unido, junto a los servicios secretos de los Estados Unidos y otros países cómplices en el

---

<sup>6</sup>Analizando aspectos esenciales del Acto de Estado a través de un contraste entre los dos países citados, vid., por todos, v. gr., Coline Minguet, op. cit., pp. 5- 36. Junto a lo dicho sobre el orden público, destaco ahora, por ejemplo también que, en su versión estadounidense y de modo diverso a la del Reino Unido, el Acto de Estado *no cubre* las actividades del estado extranjero acaecidas *fuera de sus fronteras*.

<sup>7</sup>Y que tuve ocasión de analizar en mi estudio "Sobre la *International Comity* en el sistema de Dº internacional privado de los Estados Unidos", REEI, vol. 19, 2010, tratando del Acto de Estado en las pp. 5-7. Su interacción v.gr., con la citada inmunidad se aprecia, por ejemplo, en Marc Zell y Noam Schreiber, "The Foreign Sovereign Immunities Act and International Comity/Prudential Exhaustion", *Lexology*, 10-VII-2019.

<sup>8</sup>Hilary Term, (2017) UKSC 3. Vid., v.gr., su comentario por William S. Dodge, "The UK Supreme Court's landmark judgment *Belhaj v. Straw*: A view from the United States, accesible en <https://facultyblog.law.ucdavis.edu/post/the-uk-supreme-courte28099s-landmark-judgment-belhaj-v-straw-a-view-from-the-united-states.aspx> y mi estudio, "Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica", en estos *Papeles*, 2017, (3).

abhorrecible "programa de entregas extraordinarias" -*extraordinary renditions programme*- surgido en la Administración Clinton y llevado a su paroxismo por la de Bush Jr.<sup>9</sup>. La demanda se dirige contra las citadas autoridades y es contestada inicialmente por el Gobierno Británico en base a la inmunidad soberana y al Acto de Estado. En instancia y en apelación, también en sede del Tribunal Supremo Británico – *United Kingdom Supreme Court*, UKSC- la primera es descartada en términos bastante expeditivos. El Acto de Estado, en cambio, se admite aún con débil argumentación por el juez de instancia, el de la *High Court*, que se centra en la dificultad de evaluar actos de los Estados Unidos acaecidos fuera de su territorio y en el interés nacional del Reino Unido. Y es rechazado por la *Court of Appeal*, fundamentalmente porque los Jueces Lores de Apelación entienden que, de prevalecer los razonamientos de la sede inferior, se oscurecería la distinción entre la Doctrina y la citada inmunidad, además de extender esta última de un modo carente de precedentes<sup>10</sup>. Así las cosas, el Tribunal Supremo, que también acabará mostrándose contrario a la aplicación en el caso del citado Acto, decide dedicar un análisis profundo a su respecto, en lo que aparece ya como su aportación de mayor envergadura a la Doctrina en tiempos recientes.

Serán tres de sus eminentes miembros, los Lores Mance, Neuberger y Sumption quienes lleven a cabo ese empeño, en opiniones cargadas de matices y en las que, según los casos van a concurrir, o no, sus demás compañeros del Alto Tribunal componiendo siempre y como digo, un acervo de gran entidad sobre el carácter y proyección de la Doctrina. Respecto de la que los citados Lores consideran que posee un origen interno, más que de D<sup>o</sup> internacional, y que tiene por sustrato la citada *international comity*<sup>11</sup> lo que, según un autor de prestigio, William S. Dodge, del *American Law Institute*, "no significa que (en su administración) se deba dar un papel decisivo -o incluso papel alguno- al poder ejecutivo"<sup>12</sup>. Junto a esto, los referidos magistrados se embarcan de modo individual en detallados análisis históricos sobre el Acto de Estado y sus numerosos precedentes ingleses, en cuya tipología discrepan. La Decisión alcanza aquí una gran complejidad técnica pudiéndose deducir hasta tres caracterizaciones básicas, en las que la Doctrina aparece como *una regla de D<sup>o</sup> internacional privado* que cubre el no cuestionamiento de la validez de los actos del estado extranjero efectuados en su territorio respecto de bienes muebles o inmuebles, o una *regla específica de abstención judicial*, en esos mismos casos o, en fin, un *principio de no justiciabilidad*, referido éste a los actos que el estado extranjero lleva a cabo *fuera de* sus límites territoriales<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup>Vid. el resumen de los hechos que ofrezco en mi "Imperio de la ley...", cit., pp. 4 -6.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 7 y s.

<sup>11</sup>Vid., v.gr., William S. Dodge, " The UK Supreme Court...", cit., p.5.

<sup>12</sup>Ibidem.

<sup>13</sup>Vid., Coline Minguet, "La doctrine..", cit, p. 20 y s. y 54-57.

Pero, respecto de la aplicación en el caso de un punto medular, el orden público, hay acuerdo entre los citados Lores, aunque existan matices entre ellos que William S. Dodge sintetiza del siguiente modo:

"Lord Mance prefirió contemplar los 'derechos individuales reconocidos como fundamentales por el Derecho Inglés y el derecho común', más que ligarlos muy estrechamente al concepto de jus cogens...Lord Neuberger consideró que la excepción de orden público debiera 'depender últimamente sobre consideraciones de derecho doméstico', pero añadiendo que 'las normas generalmente aceptadas del derecho internacional son patentemente capaces de jugar un papel decisivo'...Lord Sumption, por otra parte, enfocó previamente si el derecho internacional había sido violado para decidir la aplicación de la excepción de orden público, incluso si mostraba su acuerdo con que 'la influencia del derecho internacional no significa que toda norma de derecho internacional deba adoptarse como un principio de orden público inglés' "<sup>14</sup>.

Fácilmente se aprecia que los indicados matices y el juego al que pueden conducir no son aspectos banales aunque, finalmente, en el caso y en relación con los fundamentos de la aplicación del orden público frente a la invocación del Acto de Estado, y *dada la gravedad de las conductas que se denuncian*, contrarias al derecho internacional de naturaleza imperativa y al D<sup>o</sup> Inglés, y a éste desde tiempos tan lejanos, recuerda Lord Mance, como los del origen de la Carta Magna se llega, en fin, a lo que nítidamente expresa Lord Neuberger: "...el mero hecho de que agentes de más de un país cooperen para llevar a cabo una operación no significa que (la Doctrina) pueda invocarse si esa operación se indica que da origen a una demanda bajo el derecho interno. *Sería claramente enemigo del imperio de la ley el que sucediese de otra manera*"<sup>15</sup>. Una brillante apertura, pues, al citado imperio - *rule of law*- y, con ello, a su inseparable compañero, *el acceso a la justicia*, conforme desde luego al creciente margen reservado a la defensa del ser humano y sus derechos por el D<sup>o</sup> internacional. Esta postura había sido ya anticipada, por ejemplo, en el mismo caso, por los Jueces Lores de Apelación, en términos muy resueltos y vigorosos, palpables cuando, entre otras cosas, indican que debía inactivarse la Doctrina si a menos que los tribunales ingleses asumieran la competencia, *existiera el riesgo de que las alegaciones quedaran sin investigar y los demandantes fueran dejados sin recurso o remedio legal alguno*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>Op. cit., p. 4.

<sup>15</sup>Vid., *Belhaj*, (para. 167), p. 78. Cursiva propia.

<sup>16</sup>Vid., A. Cannon y H Ormsby, "*Belhaj v. Straw*, English Court of Appeal rules that State Immunity and the Act of State does not prevent claims against the British Government for alleged involvement in unlawful rendition", accesible en <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2014/11/17/belhaj-v-straw-english-court-of-appeal-rules-that-state-immunity-and-the-act-of-state-doctrine-do-not-prevent-claims-against-the-british-government-for-alleged-involvement-in-unlawful-rendition/> , p.3.



Incluso en relación con un asunto tan turbio y comprometido para su Gobierno como el aquí tratado, las máximas instancias judiciales del Reino Unido, lejos de eludir las responsabilidades de su alta función envían a todo el que quiera escucharlo un mensaje de gran potencia y nitidez: las violaciones gruesas de los derechos humanos son inasumibles, y las víctimas no quedarán sin remedio, en particular cuando se invoque el Acto de Estado. La correspondiente Doctrina continuará aplicándose, aún envuelta en discusiones sobre su caracterización y borrosos perfiles. Pero un importante límite sobre un aspecto verdaderamente capital ha sido ya, de forma indudable, fijado. Lo que tal cosa pueda significar para aquélla en el Reino Unido andando el tiempo merecerá, creo, una renovada atención.

## **2.-Decisión *Paribas* del Segundo Circuito Federal de los Estados Unidos<sup>17</sup>.**

A través de esta Decisión, fechada el 22 de Mayo de 2019, el Tribunal de Apelación de este prestigioso Circuito Federal aportó claves que considero de gran interés respecto del conocimiento y la práctica de la Doctrina en el país transatlántico. El pronunciamiento incluye un resumen de los antecedentes del caso, que transcribo en su integridad:

"Defendants were convicted of federal and state felonies arising from their evasion of U.S. sanctions on Sudan. As Defendants admitted in pleading guilty, they had knowledge of the genocide and ethnic cleansing being perpetrated by the Sudanese regime and the consequences of providing the regime access to additional financial resources, which could be used to escalate the commission of atrocities. Nevertheless, Defendants illegally transacted with sanctioned entities and actively attempted to evade U.S. detection, thus providing the regime access to U.S. financial markets. Plaintiffs, victims of the Sudanese regime's atrocities, sued Defendants under New York tort law, alleging that Defendants conspired with and aided and abetted the Sudanese regime in its commission of widespread atrocities. The United States District Court for the Southern District of New York (Nathan, J.) dismissed Plaintiffs' claims under Federal Rule of Civil Procedure 12(b)(6), reasoning that they were barred by the act of state doctrine and, in the alternative, were untimely."<sup>18</sup>

Es un caso, como cabe comprobar, con características muy especiales. Atiene a unos hechos que conmocionaron al mundo, ese genocidio y la limpieza étnica perpetrados por el Gobierno sudanés y

---

<sup>17</sup>United States Court of Appeal for the Second Circuit, August Term 2018, No. 18-1304, en adelante, cit. *Paribas*.

<sup>18</sup>Vid., *Paribas*, p. 2.

las llamadas milicias *Janjawid* durante la Guerra de Darfur, iniciada en 2001<sup>19</sup>. Las partes demandadas aquí son la matriz francesa y dos filiales estadounidenses de una entidad financiera de convulsa historia, BNP Paribas, S.A., y los demandantes, un número de víctimas residentes en los Estados Unidos. El Tribunal de Apelación falla en este procedimiento previo, una *motion to dismiss*, revocando lo decidido en instancia por el Juzgado Federal de Distrito a favor de los demandados en base al Acto de Estado y a los límites temporales para accionar establecidos por la Ley de Nueva York. La sede de Apelación rechaza ambos fundamentos, de los que, de acuerdo con el objeto de estas páginas, solo retendré aquí lo que interesa al primero.

Pesa muy especialmente en mi opinión sobre las demandadas y su defensa la condena en sede penal que habían sufrido por el quebrantamiento de las sanciones internacionales recogidas en el resumen transcrito. Una condena *negociada*, en la que la entidad tuvo que hacer reconocimiento expreso, en un *Stipulated Statement of Facts* -(SSOF)- de su pleno y reiterado conocimiento del carácter ilícito de sus actividades, y del apoyo fundamental que habían representado para las infames actuaciones del Gobierno y esas milicias sudanesas. Cabe recordar asimismo que se sometió a Paribas a la sanción pecuniaria más alta impuesta en una causa criminal en los Estados Unidos, casi 9.000 millones de dólares<sup>20</sup>.

En su Ponencia, en la que concurren sus dos compañeros del Tribunal, el *Circuit Judge* Parker comienza indicando cómo la Doctrina "impide a las sedes federales de los Estados Unidos declarar inválidos y así inefectivos como principios de decisión *-rules of decision-*, los actos oficiales de un soberano extranjero"<sup>21</sup>, así como que son siempre aquéllas las que en definitiva deben decidir sobre la invocación del Acto de Estado<sup>22</sup>. Recuerda también, con apoyo en el precedente *Kirpatrick*, que la Doctrina tiene límites en su aplicación, no es una regla categórica de abstención respecto de lo que pueda afectar a las relaciones internacionales, o incomodar a gobiernos extranjeros. Y que no debe ser expandida de modo casual, "hacia campos nuevos e inexplorados"<sup>23</sup>. Esta postura inicial de la sede de Apelación me parece significativa, y correcta de acuerdo con el entendimiento de la Doctrina en el país transatlántico, y abre el camino para el resto de los razonamientos del Ponente.

Así, el alto magistrado sale al paso de lo decidido en instancia y según lo cual, "las demandas contra

---

<sup>19</sup>Vid., Vid., v.gr., André Rangel, "Causas del Genocidio de Darfur. Un análisis basado en el modelo de Bárbara Harff", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2016, Vol. 61, pp. 365-389.

<sup>20</sup>Vid., *Paribas*, p. 5.

<sup>21</sup>Ibidem, p. 11, recogiendo el precedente *Kirpatrick & Co. v. Env'tl. Tectonics Corp., Internat'l*, 493 U.S. 400 (1990), en adelante citado, *Kirpatrick*.

<sup>22</sup>Ibidem.

<sup>23</sup>Ibidem, p. 12.

entidades privadas pueden verse impedidas cuando *la cadena causal* entre la conducta alegada del demandado y la lesión del demandante no puede ser determinada *sin inquirir entre los motivos* del gobierno extranjero<sup>24</sup>. Ésto indica el Ponente, resulta justamente una incorrecta aplicación del Acto de Estado, en los términos sobre los que había prevenido el Tribunal Supremo en *Kirpatrick*<sup>25</sup>. Y ello, porque cuando lo que se litiga no es la validez del acto extranjero, sino si la conducta en cuestión ocurrió, la doctrina no se ve implicada. Siguiendo con ese precedente, entonces, el Acto de Estado se aplica "(...) cuando el remedio buscado o la defensa suscitada *hubiera requerido* que un tribunal de los Estados Unidos declarase inválido el acto oficial de un gobierno extranjero acaecido en su propio territorio", algo que según el *Circuit Judge* no sucede en el presente caso<sup>26</sup>.

Siguiendo el precedente *Kirpatrick*, entonces, la Ponencia se adentra en el núcleo de su argumentación. Y cae sobre Paribas el rigor de lo que tuvo que admitir de plano, el carácter atroz de las conductas sufridas por las víctimas y de las que se confesó cómplice, violencia sexual, violaciones en masa, genocidio... Nadie, afirma el *Circuit Judge*, alega en este caso, ni las partes, ni el Gobierno de los Estados Unidos, ni el del Sudán o la comunidad internacional que tales conductas sean (actos) *válidos*<sup>27</sup>. En cambio, sostiene el Ponente, "la cuestión es sencillamente *si las atrocidades ocurrieron*"<sup>28</sup>. Por otra parte, para que surja una responsabilidad indirecta de Paribas hacia las víctimas, éstas deberán antes -en fase de mérito- establecer la responsabilidad primaria del régimen sudanés, algo factible por el amplio conocimiento del genocidio perpetrado en su país. Y, según afirma el alto magistrado, la Doctrina no puede servir de escudo frente al escrutinio de los tribunales de los Estados Unidos respecto de tal genocidio, estándoles vedado que lo puedan considerar "un acto oficial" de Sudán<sup>29</sup>.

De manera sutil, considero que la Ponencia está integrando ya un juicio de valor entre lo acontecido y cuanto lo rodea y los fundamentos que solemos asociar con la actuación del orden público internacional, aunque no sea aquí el uso habitual de éste en los términos aceptados por el Dº internacional privado ni, contrariamente a lo que hemos visto sucede en el Reino Unido, se considere en el país transatlántico que la Doctrina venga limitada por tal actuación. Pero el rechazo existe, y resulta más evidente cuando el *Circuit Judge* ahonda en las marcadas diferencias que existen entre los terribles sucesos de Sudán y lo que la Doctrina exige para que un acto sea considerado "oficial", esto, es, siguiendo a *Kirkpatrick*, "(uno) imbuído con algún nivel de

---

<sup>24</sup>Ibidem. *Cursiva propia*.

<sup>25</sup>Ibidem, p. 13.

<sup>26</sup>Ibidem. *Cursiva propia*.

<sup>27</sup>Ibidem, p. 15.

<sup>28</sup>Ibidem, p. 15 y s. *Cursiva propia*.

<sup>29</sup>Ibidem, p. 16.

formalidad, tal como la autorización a cargo del soberano extranjero a través de una norma, decreto, mandato o resolución oficial"<sup>30</sup>. Nada de éso -claro está- ha sido aducido por los demandados como sustrato de las atrocidades cometidas en ese infortunado país africano, indica el Ponente. Al contrario, tales denunciadas conductas violan de forma incuestionable el propio derecho sudanés<sup>31</sup>. Por todo ello, "los actos que violan de forma flagrante las propias leyes del estado extranjero no pueden, a la vez, constituir actos oficiales que puedan ser objeto de deferencia"<sup>32</sup>. Al no haberse probado por Paribas, en fin, que el genocidio sea la política oficial de Sudán, junto a la evidencia de que viola ostensiblemente sus propias leyes, (el Tribunal concluye que), "simplemente no existe 'acto oficial' que un tribunal pudiera ser requerido a 'declarar inválido' en orden a enjuiciar las pretensiones de los demandantes"<sup>33</sup>.

Y aquí hubiera podido terminar la respuesta de la sede de Apelación en este caso, respecto del Acto de Estado. Pero ha querido ir más lejos, reforzando un precedente ya establecido, por ejemplo, en *Kirpatrick*, que considero debe valorarse muy positivamente en cuanto a la protección de los derechos humanos, y es afirmar sin atisbo de duda la necesaria sumisión a lo prescrito por el *Jus Cogens* y lo que ello representa respecto de la Doctrina<sup>34</sup>. La Ponencia, contando con ello y los antecedentes del caso, trata la cuestión en la fase postrera de su análisis destacando la palmaria contradicción entre las conductas denunciadas en Sudán y el citado derecho imperativo, así como la imposibilidad de que los tribunales estadounidenses consideren válidas sus violaciones. Por todo lo cual, " Al margen del consentimiento o la práctica de un Estado concreto (...) concluimos que las atrocidades a las que según Paribas debemos tener deferencia nunca pueden ser la base de un principio de decisión capaz de activar la doctrina del Acto de Estado"<sup>35</sup>.

Entiendo, y concluyo ya este punto, que el citado *Jus Cogens* viene en la práctica a actuar como una norma de intervención, o de aplicación necesaria, que se impondría a la función conflictual que sostiene, según la doctrina del Tribunal Supremo, a la versión estadounidense del Acto de Estado, y según la cual la validez del acto oficial se somete a la ley del estado extranjero en cuyo territorio se ha producido<sup>36</sup>. En un plano más general, además, se comprueba por una parte, cómo los tribunales de los Estados Unidos vienen mostrándose muy reacios a admitir que el Acto de Estado sirva para

---

<sup>30</sup>Ibidem.

<sup>31</sup>Ibidem, p. 17 y s.

<sup>32</sup>Ibidem, p. 18.

<sup>33</sup>Ibidem, con cita de *Kirkpatrick*, 493 U.S. at 405.

<sup>34</sup>Ibidem, p. 19 y s.

<sup>35</sup>Ibidem, p. 20.

<sup>36</sup> La Doctrina sería en puridad una regla especial de decisión, y nunca un principio de abstención; vid., v.gr, Coline Minguet, "La doctrine...", cit., p. 19.

cubrir con un manto de impunidad las violaciones graves de los derechos humanos<sup>37</sup>. Y, por otra, el creciente juego que el Dº internacional, y su núcleo de *Jus Cogens*, están adquiriendo en aspectos esenciales de los litigios transnacionales sobre derechos humanos, como se ha visto recientemente en la Decisión *Nevsun* del Tribunal Supremo del Canadá<sup>38</sup>, aunque respecto de una cuestión distinta a la que me ocupa en estas páginas<sup>39</sup>. Que continúo ahora, precisamente sobre el tratamiento en *Nevsun* del Acto de Estado, no sin antes indicar que los problemas de Paribas por su participación en los terribles sucesos de Darfur no parecen confinarse a los Estados Unidos, dado que se ha presentado recientemente otra demanda contra el coloso financiero, el quinto en el ranking mundial, en su país de origen, Francia<sup>40</sup>. Un seguimiento del caso resulta obligado.

### 3.- Decisión *Nevsun* del Tribunal Supremo del Canadá

He emplazado y comentado esta Decisión recientemente, en estos mismos *Papeles*<sup>41</sup>. Por ello concibo mis referencias al respecto aquí en términos muy sucintos, a modo de *aide-mémoire*. El caso trata de trabajo esclavo realizado en Eritrea por nacionales de ese País a los que el régimen político existente coloca en situación de ser explotados en beneficio de la empresa extractiva que le da título. Y que luego de grandes padecimientos la demandan en el país norteamericano. En lo que atañe a la Doctrina que vengo analizando destaca, por ejemplo, en su tratamiento en la Ponencia de la Juez Abella, en la que concurren sobre el particular seis de los otros ocho miembros del Alto Tribunal, el extenso análisis histórico que lleva a cabo de los precedentes en el Reino Unido<sup>42</sup> diferenciando, por ejemplo, el Acto de Estado de la inmunidad soberana y poniendo de relieve la dificultad de manejar un constructo jurídico que cada vez viene más definido por sus propias limitaciones<sup>43</sup>. Lo que, según la Ponente, diluye la Doctrina de forma sustancial<sup>44</sup> y es origen de considerable confusión<sup>45</sup>.

Con esos antecedentes, la Juez Abella pone de relieve su escaso entusiasmo por la Doctrina que, y

---

<sup>37</sup>Vid., v.gr., mi estudio "Sobre la *International Comity...*", cit., p. 7 y allí, nota (34).

<sup>38</sup>*Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, en adelante, cit., *Nevsun*.

<sup>39</sup>Vid. mi "Empresas Multinacionales y DD.HH.: ¿Hacia el fin de la impunidad? Decisión del Tribunal Supremo Canadiense en *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*", en estos *Papeles*, 2020, (20), pp. 8 y ss. Asimismo, vid., v.gr., James Yap, "*Nevsun Resources Ltd. v. Araya*: What the Canadian Supreme Court decision means in holding Canadian companies accountable for human rights abuses abroad", accesible en <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/BHRRC%20Blog%20Submission%20James%20Yap-FINAL.pdf>.

<sup>40</sup>Vid., v.gr., las noticias recogidas en <https://www.business-humanrights.org/en/victims-ngos-file-complaint-against-bnp-paribas-in-france-over-alleged-complicity-in-human-rights-abuse-in-sudan>.

<sup>41</sup>Vid. nota (39), *supra*.

<sup>42</sup> Vid. *Nevsun*, paras. 27-42.

<sup>43</sup>Ibidem, paras. 35-37.

<sup>44</sup>Ibidem, para. 38.

<sup>45</sup>Ibidem, para. 42, donde apunta también cómo la jurisprudencia australiana se hace eco de tal dificultad; vid., asimismo, las referencias contenidas sobre el país de las antípodas en para. 43.

es un punto clave de su argumentación, si se fundamenta en el conflicto de leyes y la moderación judicial según la versión británica, alcanza sus mismos fines en un desarrollo independiente y separado a partir de ambos en la canadiense. O, en otras palabras, la práctica canadiense sobre tales conflicto de leyes y moderación judicial conduce a los mismos resultados que un fruto del *common law* que engloba a ambos, el Acto de Estado. Por lo que éste resulta superfluo en el país norteamericano y, por ende, ajeno a su ordenamiento<sup>46</sup>.

Me importa, en fin, destacar cómo en la exposición de la práctica en su país, la Juez Abella incide reiteradamente en casos donde caben consideraciones de cortesía internacional pero modulados porque, v.gr., "la deferencia basada en ella hacia los sistemas legales extranjeros '*acaba donde empiezan claras violaciones del derecho internacional y los derechos fundamentales*' "<sup>47</sup>. De forma concomitante, tratándose de un estado extranjero en el que existan evidencias de abusos sistémicos de los derechos humanos..." (...) los tribunales (canadienses) están legitimados para '*considerar evidencias de la situación general* (de tales derechos)' "<sup>48</sup>. Tratándose de éstos, entonces, poco lugar queda para la aplicación de la Doctrina en el Canadá amén de que, como he puesto de relieve, existen en el acervo jurídico de ese país técnicas depuradas que ocupan adecuadamente su lugar.

### III.- Reflexiones conclusivas

Sin ánimo de extenderme llamo la atención, en primer término, sobre cómo las Decisiones revisadas se sitúan en un punto del proceso en el que por la vía de unas mociones liminares los demandados pretenden coartar el *acceso a la justicia* de las víctimas de sus actividades. Y, singularmente, mediante el Acto de Estado. Un empeño arduo, pues tal acceso constituye en nuestros días un aspecto medular del ordenamiento internacional y los correspondientes a estados democráticos avanzados, como los traídos aquí a colación, una realidad ampliamente sentida por los encargados de impartir justicia<sup>49</sup>.

A partir de aquí, después, resultan comprensibles los esfuerzos que hemos visto realizan los jueces

---

<sup>46</sup>Ibidem, paras. 44-59.

<sup>47</sup>Ibidem, para. 50, cursiva propia, con cita del precedente *R. v. Hape*.

<sup>48</sup>Ibidem, para. 54, cursiva propia

<sup>49</sup>Y con muy amplio refrendo desde todo tipo de instancias nacionales e internacionales, junto a un generalizado consenso doctrinal; vid., v.gr., referencias recogidas en mi "Imperio de la ley...", cit., pp. 14-16. Se refleja también, por ejemplo, en su medida, en lo que atiene a la inmunidad de jurisdicción; vid., v.gr., Katia S. Ziegler, "Immunity v. Human Rights-or Harmonious Interpretation? Incompatibility of the State Immunity Act with the Human Rights Act and the right to a remedy under International and European Law after *Benkharbouche*", *University of Leicester School of Law Research Paper No. 16-30*, y Alessandra Lanciotti, "Spunti di riflessione sul difficile rapporto fra immunità degli Stati e accesso a la giustizia (Corte Costituzionale, sentenza N. 238 del 2014), en Luisa Casetti, ed., *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Università degli Studi di Perugia, 2016, pp. 371-383.

para modular la Doctrina. A través del juego del orden público en *Belhaj*, o de un uso habilidoso de la *calificación* - tal es en realidad- en Paribas, junto al óptimo efecto del *Jus Cogens* como inhibidor del Acto de Estado o, en fin, en *Nevsun*, dejando patente cómo otros medios lo pueden suplantar con ventaja, dejando al margen las críticas que de modo creciente suscita su utilización.

La Doctrina, lo dije anteriormente, pudo sustentarse con más propiedad en eludir conflictos en otras coyunturas históricas, por ejemplo, al hilo del régimen de bienes y medidas foráneas de expropiación. Pero en esa función constitucional del Dº internacional privado que he recogido en el pórtico de estas páginas en cita de Joel R. Paul, no puede obviarse ya el impacto de los derechos humanos. Y ello produce innegables efectos respecto del Acto de Estado y otros ya clásicos elementos del Dº del Tráfico Jurídico Externo. Tal vez, y doy fin ya a estas páginas, pueda intuirse qué será lo que depare a aquél el futuro. Pero, mientras tanto, y según opino, sigue constituyendo un excelente *vantage point* para los estudios comparados y en orden a observar los entrecruzamientos entre las dos ramas del Dº internacional, y sus efectos sobre el orden de la práctica y, eventualmente, el de las relaciones internacionales. Si algo he podido aportar aquí al respecto, mis propósitos se habrán colmado con creces.

.....

Dedico estas páginas, que culminan un personal y muy modesto tríptico aparecido en estos *Papeles* y elaborado en tiempos de confinamiento, a las víctimas de la pandemia que nos aflige y a todos los que vienen luchando para que podamos superarla, y destacada, pero no únicamente, al entregado y heroico personal sanitario. Su ejemplo debe permanecer. Dejo constancia también de mi profundo agradecimiento a los responsables de esta sede de publicación, que siempre han acogido mis iniciativas con el mejor ánimo.