

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS Y RESPUESTAS EN LA UE

Maria ÁLVAREZ TORNÉ

Investigadora postdoctoral de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES.—2. RELEVANCIA DEL MODELO ESTADOUNIDENSE.—2.1. Vías para vehicular las *transnational human rights claims* contra empresas.—2.2. Actualidad y posibilidades de desarrollo: la trascendencia del asunto *Kiobel*.—3. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA EMPRESAS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ANTE TRIBUNALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE.—3.1. Dificultades derivadas del tipo de demandado.—3.2. Determinación de la competencia judicial internacional.—3.2.1. Criterios previstos por el Reglamento Bruselas I.—3.2.2. Operatividad de los foros subsidiarios y algunos correctivos.—3.2.3. El escenario tras la revisión del Reglamento 44/2001.—3.3. La concreción de la ley aplicable en este ámbito.—3.3.1. La regulación establecida en el Reglamento Roma II y posibilidades de reforma.—4. REFLEXIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En el escenario actual de creciente globalización y de crisis económica mundial de gran impacto y larga duración, son muchas las sociedades que optan por la internacionalización de sus actividades para tratar de mejorar sus beneficios, decidiéndose por operar en países en vías de desarrollo y economías emergentes. Pueden surgir así con mayor frecuencia supuestos de violaciones de derechos humanos con una implicación empresarial más o menos activa y asociados a una amplia casuística¹, como pueden ser, sin pretensión

¹ Lo ilustra BADGE, M., «Transboundary Accountability for Transnational Corporations: Using Private Civil Claims», *Working Paper, Chatham House*, March 2006, pp. 40 y ss.

de exhaustividad, las actividades de industrias extractivas, la explotación laboral, los daños medioambientales, el turismo sexual, las labores de empresas farmacéuticas... El presente estudio se dedica a los problemas que se han detectado para la litigación civil internacional por vulneraciones de derechos humanos en supuestos de acciones dirigidas específicamente contra empresas, que, como se verá, pueden haber actuado en ocasiones junto a organismos estatales, cuya posible responsabilidad no es objeto de estudio aquí.

Se constatan en este ámbito abusos por parte de sociedades contra derechos humanos², bienes jurídicos objeto de protección en diversos instrumentos internacionales (como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³, en adelante CEDH, o las previsiones del sistema de Naciones Unidas) y que en el presente análisis se interpretan de forma amplia de acuerdo con ellos, más allá por tanto de la referencia a derechos humanos básicos como la vida o la salud. La litigación civil internacional es una vía que se configura como alternativa o complementaria a otras, como la penal, que suele exigir el impulso de una actuación oficial, y en tal sentido tanto el proceso civil como el penal muestran respectivamente ventajas y carencias para este tipo de acciones en cuanto al tratamiento del demandado o acusado o los mecanismos de reparación⁴. Perdura asimismo el debate acerca de si el Derecho internacional público estipula obligaciones directas para las empresas⁵, observándose que en cualquier caso ni la Corte Penal Internacional de La Haya ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos detentan jurisdicción en relación con sociedades —cuestión

² Señalando la falta de consenso universal al conceptualizar los derechos humanos, HALFMEIER, A., «Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung», *RabelsZ*, 2004, p. 683.

³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa.

⁴ Al respecto véase ZAMBRANA TÉVAR, N., «Derecho internacional, derechos humanos y responsabilidad extracontractual», *AEDIPr*, t. VII, 2007. En este ámbito, sobre la reforma del Código Penal español en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ANDRADE ORTIZ, A. C., «Primeros pasos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: sombras más que luces de la reforma», *RJC*, 2013, núm. 1, pp. 59 y ss.

⁵ REQUEJO ISIDRO, M., «La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos: deficiencias del marco legal», *Scientia Juris*, 2011, p. 29. Cabe referir aquí una reciente decisión de la *Cour d'Appel de Versailles* de 22 de marzo de 2013, en el caso *AFPS et OLP v. Alstom et Veolia* (accesible en <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2013/04/French-Ct-decision.pdf>) que sostiene que el Derecho internacional no tiene un efecto directo sobre las empresas, y que las compañías demandadas en este asunto no deben responder en opinión de este tribunal en relación con las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales que no han suscrito, como observa el comentario «A European Sister Judgment for Kiobel?», en el blog <http://conflictoflaws.net>, elaborado por Elise Maes, *Research fellow of the Max Planck Institute Luxembourg*. Por otro lado, y a título de apunte, creo que podrá resultar de interés en este contexto el análisis en torno a las obligaciones que impongan para las empresas las cláusulas de protección de derechos humanos incorporadas en tratados bilaterales de inversión. Una aproximación a este debate puede encontrarse en MUIR WATT, H., «Les enjeux de l'affaire Kiobel: le chaînon manquant dans la mise en oeuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé», *Travaux du Comité Français, Années 2010-2011, 2011-2012*, París, A. Pedone, 2013, pp. 233 y ss. Sobre el tratamiento de las empresas transnacionales en el Derecho internacional público puede verse BONET PÉREZ, J., «Los actores privados de carácter económico y su incidencia en la formación y aplicación del DIP: especial referencia a las Empresas transnacionales», en ABELLÁN HONRUBIA, V. y BONET PÉREZ, J., *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 144 y ss.

distinta es la competencia de la primera en relación, por ejemplo, con directivos de las empresas—.

Como pauta que permitirá a las sociedades ser escrupulosas en el respeto a los derechos humanos de modo preventivo se encuentra el ajuste de sus actividades empresariales a los estándares marcados por diversas iniciativas, sin una naturaleza jurídica vinculante pero valiosas como directrices⁶, destacando el papel de Naciones Unidas en la adopción por parte del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011 de los conocidos como «Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos»⁷ formulados bajo el mandato del Representante Especial John Ruggie. En los mismos se incide en la responsabilidad, diferenciada del término «obligación», de las empresas en relación con el respeto a los derechos humanos, que se entienden en sentido amplio. Se indica en ellos que los Estados deben facilitar los mecanismos judiciales y extrajudiciales necesarios para posibilitar la reparación por violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas. A su vez, la Unión Europea ha impulsado la «Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas»⁸, con la previsión de que los Estados miembros articulen planes nacionales para la implementación de los citados Principios Rectores, lo cual en el caso español se encuentra actualmente en fase de desarrollo del proyecto con la participación de diversos actores.

En distintos países, como Suiza, Canadá, Bélgica o Reino Unido⁹, se ha tratado —sin éxito o con un éxito discreto— de fomentar iniciativas encaminadas a vehicular o prevenir las *transnational human rights claims*, y existe un creciente interés sobre la materia en relevantes foros como el *Institut de Droit International* o la *International Law Association*. La presente contribución pretende analizar las respuestas desde el Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) para estos casos, centrándonos en los mecanismos judiciales, de mayor trascendencia dada la gravedad de los hechos considerados, y con una particular atención a la situación actual y las perspectivas de desarrollo en la Unión Europea, examinando a tal efecto la localización de la autoridad competente, el obstáculo que se ha revelado como más remarcable, y el establecimiento posterior de la ley aplicable.

2. RELEVANCIA DEL MODELO ESTADOUNIDENSE

2.1. Vías para vehicular las *transnational human rights claims* contra empresas

Todo análisis de la litigación civil internacional en materia de abusos contra los derechos humanos alude desde la perspectiva de Derecho comparado

⁶ Sobre ellas, MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 135 y ss.

⁷ A/HRC/RES/17/31 de 21 de marzo de 2011.

⁸ Doc. COM (2011) 681 final.

⁹ Al respecto, ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability and beyond: Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, La Haya, Eleven International Publishing, 2012, pp. 390 y ss.

a la práctica observada en Estados Unidos¹⁰. Se destacan en tal sentido en la doctrina las posibilidades abiertas en el campo que nos ocupa por sus textos legales¹¹, en particular en relación con la conocida como *Alien Tort Claims Act* o *Alien Tort Statute* de 1789 (en adelante, ATS). Tal instrumento dispone que:

«The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

En virtud de este texto, adoptado en el periodo fundacional del país norteamericano¹², se había venido construyendo una relevante práctica jurisprudencial en torno a la litigación civil internacional derivada de violaciones de los derechos humanos. Ello se había basado en el recurso al ATS a partir de la década de los ochenta por parte de juristas especializados y en la interpretación que había permitido entender que este instrumento posibilitaría atribuir jurisdicción¹³ a los tribunales federales para sustanciar acciones de responsabilidad civil ejercitadas por parte de actores extranjeros en relación con actos atentatorios contra el Derecho internacional¹⁴. Cabría en principio entender que más allá de la constatación de que concurre *subject matter jurisdiction*, al disponerse de un fundamento normativo como el ATS, en los supuestos relativos a vulneraciones de derechos humanos con carácter transfronterizo debería demostrarse la *personal jurisdiction* de los tribunales estadounidenses de acuerdo con los requisitos de existencia de *statutory authority* para el ejercicio de competencia y ajuste a la cláusula constitucional de *due process*¹⁵, pese a que todo ello no garantizase la obtención final de un

¹⁰ Véanse, como ejemplo de ello, los diversos trabajos de la Prof. Dra. Marta Requejo, y asimismo MEERAN, R., «Demandas por agravios contra multinacionales por violación de los derechos humanos. Perspectiva general de la situación fuera de Estados Unidos», documento accesible en la página www.business-humanrights.org y WOUTERS, J. y CHANET, L., «Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective», *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2008, núm. 2, en especial pp. 296 y ss.

¹¹ En la doctrina española se ha puntualizado que no sólo la existencia de ciertos textos legales es la que había convertido a Estados Unidos en un ejemplo único para el tipo de litigación que nos ocupa, sino que además existen en este país aspectos procesales muy ventajosos, tales como, por ejemplo, los enfocados a la obtención de pruebas y la determinación de condenas cuyo montante se ajusta a la gravedad de los hechos enjuiciados, como indica REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones de derechos humanos y responsabilidad civil (transnational human rights claims)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 76.

¹² Para un análisis del contexto histórico de la promulgación del instrumento véase ZAMORA CABOT, F. J., «Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claims Act of 1789* (ATCA) de los Estados Unidos», en SALINAS DE FRÍAS, A. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *Soberanía del Estado y Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 1382 y ss. y asimismo ZAMBRANA TÉVAR, N., *op. cit.*, nota 4, p. 583.

¹³ Destacando el debate doctrinal sobre si el ATS otorga sólo competencia jurisdiccional o contiene también aspectos materiales, véase REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 65 y ss.

¹⁴ Así lo indica DE SCHUTTER, O., «The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law», *Center for Human Rights and Global Justice, Working paper number 1*, 2004, accesible en www.chrgj.org, pp. 33 y ss.

¹⁵ Véase al respecto SWAN, M., «International Human Rights Tort Claims and the Experience of United States Courts: An Introduction to the US Case Law, Key Statutes and Doctrines», en SCOTT, C., *Torture as a tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litiga-*

pronunciamiento sobre los aspectos de fondo del supuesto concreto que se hubiese planteado¹⁶.

El primer caso que puso de actualidad el ATS tras permanecer muchos años en el olvido fue el asunto *Filártiga c. Peña-Irala*¹⁷. Se trata de una decisión del prestigioso *Second Circuit* en el caso de Joelito Filártiga, un chico paraguayo de 17 años al que torturó y asesinó el policía paraguayo Américo Peña-Irala, quien después emigraría a Estados Unidos, lugar donde familiares de la víctima interpusieron una demanda apelando al ATS. Llegado el asunto al *Second Circuit* tras la desestimación previa del tribunal de distrito, se revocó la decisión anterior al interpretarse que la referencia a la *law of nations* contenida en el ATS implicaba la toma en consideración de las normas de Derecho internacional que evolucionan constantemente, de modo que su interpretación desde una perspectiva moderna llevaba a la prohibición de las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes gubernamentales contra sus propios ciudadanos¹⁸, y así pues a la competencia de las autoridades judiciales estadounidenses en este contexto.

Por otra parte, y como se ha descrito en nuestra doctrina¹⁹, en el examen de las consecuencias de la decisión en el asunto *Filártiga*, la recuperación del ATS a finales del siglo pasado condujo a la ratificación en 1991 de la *Torture Victims Protection Act* (en adelante, TVPA), ampliándose la posibilidad de demandar también para los ciudadanos estadounidenses. En concreto, y como se había matizado²⁰, el TVPA complementaría al ATS, por cuanto el primero se ocupa sólo de los actos de tortura y las ejecuciones extrajudiciales. Dicho TVPA²¹ exige el agotamiento de los remedios locales²² y ofrece una acción, sin atribuir competencia, para lo cual resultaría preciso recurrir a otro cuerpo normativo, como el ATS.

tion, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 77 y ss. y asimismo ZAMBRANA TÉVAR, N., *op. cit.*, nota 4, p. 584 y HAILER, C., *Menschenrechte vor Zivilgerichten - die Human Rights Litigation in den USA*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 106 y ss.

¹⁶ Sobre la *personal jurisdiction* como equivalente a la noción de competencia judicial internacional véase REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. El problema de la competencia judicial internacional», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 269 y ss.

¹⁷ 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

¹⁸ Véase al respecto el análisis contenido en STEPHENS, B., «Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations», *Yale J. Int'l L.*, vol. 27, 2002, núm. 1, en particular pp. 6 y ss., y asimismo HAILER, C., *Menschenrechte vor Zivilgerichten...*, *op. cit.*, nota 15, pp. 44 y ss.

¹⁹ Véase al respecto REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 51 y ss.

²⁰ Sobre este punto puede verse el ilustrativo documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos - una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG», realizado por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y accesible en www.fidh.org.

²¹ Véase sobre este instrumento ROBERTS, A., «The ATS and TVPA in Comparative Perspective», *Public Policy Roundtable: The Alien Tort Statute and U.S. Enforcement of Foreign Judgments, April 29-30 2010*, *paper* accesible en www.law.northwestern.edu.

²² Aspecto debatido en la operatividad del ATS, como indica REQUEJO ISIDRO, M., «Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?», *InDret*, 2011, núm. 3, p. 19.

En la batalla por exigir responsabilidad a las multinacionales que operan a escala mundial por los actos ilícitos cometidos contra los derechos humanos, en la doctrina y la práctica jurídica se había venido entendiendo durante los últimos años, aunque no de modo pacífico, que el ATS podría proporcionar la competencia necesaria para vehicular las demandas ante tribunales de Estados Unidos²³. Así, al hilo de la decisión en el *leading case Filártiga* surgieron numerosos asuntos articulados al amparo del ATS²⁴, habiéndose superado en escasas ocasiones las distintas fases procesales²⁵. Como avances para la litigación contra empresas destacaron en su momento el caso *Kadic c. Karadzic*²⁶ y el asunto *Doe c. Unocal*²⁷. En virtud del primero se estableció por parte del *Second Circuit* que el ATS permitía deducir la existencia de jurisdicción vinculada a supuestos en que actores privados vulnerasen normas de *ius cogens* relativas a derechos humanos con o sin el apoyo a tal efecto de un Estado²⁸. En el emblemático caso *Doe c. Unocal* unos ciudadanos birmanos plantearon una acción colectiva²⁹ contra la empresa energética *Unocal*, con domicilio en California, sosteniendo la comisión junto con miembros de la Junta Militar de diversos ilícitos, como la imposición de trabajos forzados, tortura y asesinato, en el contexto de la construcción de un gasoducto mediante una estructura de *joint venture*³⁰. Los demandantes argumentaban

²³ Lo señala MEERAN, R., «Demandas por agravios...», *op. cit.*, nota 10, quien precisamente es socio desde el año 1991 de Leigh Day & Co, despacho de abogados londinense especializado en los litigios en materia de derechos humanos. En lo que respecta a los principales impulsores de la lucha por fundamentar jurídicamente este tipo de demandas, R. Meeran cita al papel esencial desempeñado por el *Center for Constitutional Rights*, por *Earth Rights International* y por abogados como Judith Chomsky, Paul Hoffmann, Jenny Green y Beth Stephens.

²⁴ Véase para una relación exhaustiva de los asuntos contra empresas en que se ha invocado a lo largo de los años el ATS como base de atribución de competencia, con resultados poco positivos para los demandantes, GOLDHABER, M. D., «Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard», *UC Irvine Law Review*, vol. 3, 2013, núm. 1, pp. 137 y ss.

²⁵ Se alude como decisiones favorables para los demandantes en litigios contra empresas a *Licea c. Curaçao Drydock Company, Inc.*, 584 F.Supp.2d 1355 (S. D. Fla., 2008) y *Chowdhury c. WorldTel Bangladesh Holding, Ltd.*, 588 F.Supp.2d 375 (2008).

²⁶ 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995). Véase respecto a este caso ZAMBRANA TÉVAR, N., *op. cit.*, nota 4, pp. 586 y ss., detallando los hechos enjuiciados en torno a la reclamación de responsabilidad civil al amparo del ATS por parte de demandantes bosnios de origen croata y musulmán contra el líder serbio-bosnio en relación con actos de discriminación étnica y genocidio, así como ejecuciones sumarias y homicidios, acusaciones frente a las que Karadzic sostenía no ser un actor estatal y asimismo que no había vulnerado el Derecho de gentes.

²⁷ 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

²⁸ Sobre la litigación contra entidades privadas en estos supuestos con base en el ATS puede verse VAN DAM, C., «Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights», *Journal of European Tort Law*, vol. 2, 2011, núm. 3, p. 233 y asimismo STEPHENS, B., «Human Rights Accountability: Congress, Federalism and International Law», vol. 6, *ILSA J. INT'L & COMP. L.*, 2000, pp. 282 y ss.

²⁹ Sobre la importancia de las *human rights class actions* contra empresas en la jurisprudencia estadounidense con base en la *Rule 23* véase REQUEJO ISIDRO, M., «Derechos humanos y acciones colectivas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales)*, 2012, núm. 16, pp. 318 y ss.

³⁰ Véase al respecto GALLAGHER, K., «Civil Litigation and Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer», *Journal of International Criminal Justice*, 2010, núm. 8, p. 750 y asimismo MEERAN, R., «Demandas por agravios...», *op. cit.*, nota 10, p. 1, TYZ, R. A., «Searching for a Corporate Liability Standard Under the Alien Tort Claims Act in *Doe c. Unocal*», *Oregon Law Rev.*, vol. 82, 2003, pp. 561 y ss. y

que la compañía conocía los riesgos de que se pudieran producir los mencionados abusos e incluso sabía que realmente tenían lugar. En el año 2005 *Unocal* aceptó, mediante un acuerdo extrajudicial de carácter confidencial, indemnizar a los demandantes y contribuir económicamente al desarrollo de programas para mejorar la vida de las personas de la región afectadas por el proyecto del gasoducto. Se ha puntualizado que la cuestión fundamental relativa a la cobertura del ATS respecto a las demandas en litigación internacional imputando como responsables a las corporaciones por vulneraciones del Derecho internacional, a responder en el caso *Doe c. Unocal*, no fue finalmente resuelta al alcanzarse el mencionado acuerdo³¹.

Tras tales pronunciamientos se presentó un número considerable de demandas vinculadas a las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en el desarrollo de diferentes tipos de actividades³², con diversas características en cuanto al tipo de ilícitos constatados y la participación en ocasiones de actores estatales³³. En este contexto cabe hacer referencia, entre otros, al contencioso en el caso *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Company et al.*³⁴, en que se sostenía con base en el ATS, el TVPA y el Acta RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act of 1970*, una ley federal estadounidense de lucha contra el crimen organizado) que *Royal Dutch/Shell* había operado en el marco de las actividades de extracción petrolífera en complicidad con maniobras policiales y militares contra ogonis en Nigeria, resultando torturados y fallecidos diversos activistas defensores de los derechos humanos y de la preservación del Medio Ambiente³⁵. Tras trece años, en 2009 las partes suscribieron un acuerdo extrajudicial conteniendo aspectos indemnizatorios y la creación de un fideicomiso a favor del pueblo Ogoni³⁶. Respecto a este supuesto, en la doctrina se destacó que el *Second Circuit* había actuado en su momento de forma muy tolerante a efectos de atribución de competencia en la materia sobre dos compañías extranjeras a partir de las actividades de una oficina de inversiones situada en Nueva York, en la que se acataban órdenes de empresas domiciliadas en Europa³⁷.

de forma muy ilustrativa ZAMORA CABOT, F. J., «Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789*, de los EEUU, respecto a las corporaciones multinacionales», en *Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Editer, 2005, pp. 1851 y ss.

³¹ Lo destacaba REQUEJO ISIDRO, M., «La responsabilidad de las empresas...», *op. cit.*, nota 5, p. 22.

³² Así lo detallaron entre otros GALLAGHER, K., *op. cit.*, nota 30, pp. 752 y ss. y asimismo STEPHENS, B., «Corporate Liability for Grave Breaches of International Law: Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration», vol. 33, *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, pp. 777 y ss.

³³ Al respecto pueden consultarse las referencias contenidas en ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 81 y ss.

³⁴ 226 F.3d 88 (2d Circuit 2000). Véase en referencia a estas demandas el documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos...», *op. cit.*, nota 20, pp. 205 y ss.

³⁵ Lo especifican GALLAGHER, K., *op. cit.*, nota 30, p. 753 y MEERAN, R., «Demandas por agravios...», *op. cit.*, nota 10, pp. 1 y ss.

³⁶ Puede verse al respecto la información contenida en el documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos...», *op. cit.*, nota 20, pp. 205 y ss.

³⁷ Lo matizó, aludiendo a la estrategia consistente en localizar los contactos con Estados Unidos basándose en el criterio de *doing business*, REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos...», *op. cit.*, nota 16, p. 271.

En el ámbito que nos ocupa, la doctrina especializada conviene en señalar que el asunto *Sosa c. Álvarez-Machain*³⁸ resultó significativo por diversos motivos. En esta decisión³⁹ de la *Supreme Court* estadounidense de 2004 se estableció por una parte que el ATS sólo es un instrumento atributivo de competencia, sin que contemple la creación de acciones⁴⁰. El Tribunal Supremo de Estados Unidos afirmó asimismo en este fallo que a través del ATS cabe vehicular un limitado número de demandas, esto es, se trata de aquellas reclamaciones que se basen en la inobservancia de normas de Derecho internacional admitidas por lo que se concibe como «mundo civilizado» y que se definan de forma tan específica como la propia de los paradigmas del siglo XVIII⁴¹. Cabe puntualizar al respecto⁴², en el examen de la operatividad del ATS, que la *Supreme Court* estadounidense no se pronunció de forma específica sobre el aspecto concreto de si es posible considerar a las empresas responsables de las violaciones de lo establecido por el Derecho internacional.

Pese a los hitos observados y a las —ciertamente oscilantes— aportaciones jurisprudenciales⁴³, la cuestión del recurso al ATS como base jurídica esencial a la que acudir ante las autoridades judiciales de Estados Unidos al fundamentar las demandas contra sociedades por no respetar los derechos humanos no había podido considerarse, como resultaba deseable tras los avances descritos, solventada en un sentido positivo. Como se especificará en el punto siguiente, diversas decisiones recientes habían venido sembrando dudas en este sentido, hasta la última novedad jurisprudencial más esperada en el conocido caso *Kiobel*.

Téngase presente asimismo en este punto que al amparo del ATS, en general, más allá de la tipificación del ilícito bajo el prisma del Derecho internacional, el aspecto específico del cálculo de la reparación se ha abordado en

³⁸ 542 US 692 (2004). En la doctrina se señala que, pese a que se suele citar este caso como emblemático en el terreno que nos ocupa, se habían interpuesto más de ochenta demandas previamente en materia de litigación civil internacional contra empresas por vulneraciones de derechos humanos acogándose esencialmente al texto del ATS, como indica entre otros GALLAGHER, K., *op. cit.*, nota 30, p. 752.

³⁹ Para un detallado relato de los hechos planteados véase el comentario elaborado por STEPHENS, B., «Sosa v. Alvarez-Machain "The Door Is Still Ajar" For Human Rights Litigation in U.S. Courts», *Brook. L. Rev.*, vol. 70, 2004-2005, pp. 539 y ss.

⁴⁰ Lo destacaron entre otros ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 84 y ZAMBRANA TÉVAR, N., *op. cit.*, nota 4, p. 589. Véase asimismo sobre este debate REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 70 y ss. También resaltando la naturaleza procesal del ATS en virtud del fallo de la *Supreme Court* véase HAILER, C., «Die US-amerikanische Human Rights Litigation nach der Entscheidung des Supreme Court im Fall Sosa v. Alvarez-Machain», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 44, 2006, p. 83.

⁴¹ Véase STEPHENS, B., «Corporate Liability before and after Sosa v. Alvarez-Machain», *Rutgers L. Rev.*, vol. 56, 2003-2004, p. 1000.

⁴² Pone de manifiesto este importante extremo REQUEJO ISIDRO, M., «La responsabilidad de las empresas...», *op. cit.*, nota 5, p. 23. También sobre ello véase VAN DAM, C., *op. cit.*, nota 28, p. 233.

⁴³ Se trata de aportaciones posteriores al asunto *Sosa c. Álvarez-Machain* como la decisión de 2007 del *Second Circuit* en el caso *Khulumani c. Barclay National Bank Ltd.*, en que se reconocía la posibilidad de contemplar la responsabilidad de las empresas bajo el ATS, como indica HUTCHENS, K., «*International Law in the American Courts - Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.: The Decision Heard 'Round the Corporate World*», *German Law Journal*, vol. 9, 2008, núm. 5, pp. 644 y ss.

ocasiones en virtud de la ley del lugar de los hechos, optándose por ejemplo otras veces para definir ese y otros factores de la responsabilidad por distintas vías como la conexión basada en los vínculos más estrechos, sin que en cualquier caso la ley aplicable pudiese frustrar los objetivos del ATS⁴⁴, y cabe subrayar que la previsión de daños punitivos resulta habitual en el terreno que nos ocupa.

2.2. Actualidad y posibilidades de desarrollo: la trascendencia del asunto *Kiobel*

En la doctrina se ha incidido en el significativo rechazo que había estado generando el recurso al ATS en los casos que implican a las multinacionales, lo cual se explicaría en parte por la presión ejercida por ciertos grupos de interés⁴⁵. Asimismo, doctrinalmente se había señalado que costaba imaginar un escenario en que la jurisprudencia estadounidense se apartase de forma clara de la posibilidad perfilada en los últimos tiempos de considerar responsables a las corporaciones por vulneraciones graves del Derecho internacional, declinandose la atribución de competencia de los tribunales al respecto⁴⁶. Se alude en el contexto descrito especialmente al asunto *Kiobel c. Royal Dutch*⁴⁷: se trata de un proceso paralelo al ya comentado asunto *Wiwa*, basado⁴⁸ en la demanda interpuesta por Esther Kiobel, viuda de uno de los integrantes del conocido como «Grupo Ogoni 9» que fue ejecutado extrajudicialmente, y miembros de un colectivo en defensa del pueblo Ogoni, sosteniendo la responsabilidad de las compañías *Royal Dutch Petroleum* y *Shell Transport and Trading Company*, con la participación de una filial nigeriana, en relación con las presuntas acciones que dichas empresas y el gobierno nigeriano habrían llevado a cabo para sofocar de forma violenta las actividades del mencionado grupo defensor de los derechos de los ogonis, que se oponía al modo en que se desarrollaba la extracción petrolífera en esta región de Nigeria. Se presentó así una *class action* basada en el ATS alegando los presuntos abusos y vulneraciones del Derecho internacional cometidos por las empresas con el apoyo militar nigeriano. Tras el rechazo de la Corte de Distrito, llegado el asunto ante el Tribunal de Apelación para el Segundo Circuito de Estados Unidos, se declaró en septiembre de 2010 que el ATS no podía amparar demandas contra corporaciones alegando violaciones del Derecho internacional, produciéndose así una drástica variación respecto al criterio sostenido

⁴⁴ JOSEPH, S., *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 54 y ss.; para las cuestiones de ley aplicable en casos ante tribunales estadounidenses en que no se recurra al ATS, pp. 74 y ss.

⁴⁵ Destacando las evidentes reticencias véase ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente», 2012, artículo accesible en <http://www.tiempodelosderechos.es>, p. 5.

⁴⁶ GALLAGHER, K., *op. cit.*, nota 30, pp. 760 y ss.

⁴⁷ Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17-IX-2010. Para un seguimiento cronológico y actual de las novedades en torno a este litigio, puede verse la página <http://www.business-humanrights.org>.

⁴⁸ Véase un detallado relato de los hechos que dan pie al contencioso en el documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos...», *op. cit.*, nota 20.

hasta la fecha por este órgano⁴⁹. Por vez primera, un tribunal de apelaciones de Estados Unidos se posicionaba en este sentido⁵⁰. Se había llegado de forma mayoritaria a la conclusión de que el Derecho internacional no preveía la responsabilidad de las empresas en casos de abusos contra los derechos humanos, por lo que el ATS no posibilitaría ejercer competencia sobre este tipo de demandados. En verano de 2011, y tras la negativa del *Second Circuit* a reconsiderar esta postura, se acudió al Tribunal Supremo estadounidense solicitándose una revisión (*certiorari*)⁵¹, que se aceptó realizar en octubre de 2011. Tras diversos trámites, la sentencia que se esperaba —con gran expectación— en principio para junio de 2012, ha sido emitida en abril de 2013.

Se había venido apuntando en los últimos meses en foros de juristas especializados⁵², que la decisión que tomase el Tribunal Supremo en este asunto revestiría una vital importancia a efectos de unificar doctrina⁵³, teniendo en cuenta además que ha habido pronunciamientos posteriores al del *Second Circuit* en el asunto *Kiobel* en que se había apoyado mantener a las empresas dentro del radio de acción del ATS⁵⁴. Se había indicado que si el Tribunal Supremo de Estados Unidos optase por favorecer la impunidad de las multinacionales y ratificase la posición del Segundo Circuito en *Kiobel*, Estados Unidos, país con el que numerosas multinacionales tienen suficientes puntos de contacto, podría dejar de ser en buena medida un lugar en que se había propiciado —con muchos matices, pero de forma significativa desde una óptica de Derecho comparado— la litigación en este ámbito, existiendo de todos modos la posibilidad de seguir acudiendo a algunas *federal courts* o de que se legislase en este ámbito⁵⁵. Tales perspectivas han favorecido la aparición de opiniones ilustrando otras estrategias alternativas en este tipo de casos, ya

⁴⁹ Destacando la peligrosidad de un precedente de esta naturaleza véase ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales...», *op. cit.*, nota 45, p. 6. Sobre la trascendencia del caso véase asimismo VAN DAM, C., *op. cit.*, nota 28, pp. 233 y ss.

⁵⁰ Véanse al respecto los comentarios realizados en la *International Human Rights Clinic* de la *Harvard Law School*, accesible en <http://harvardhumanrights.wordpress.com>.

⁵¹ La petición de los demandantes en *Kiobel* planteó específicamente, como indicaba a título de resumen la nota informativa de la *Columbia Business Law Review*, accesible en <http://cblr.columbia.edu>: «*The plaintiffs' petition in Kiobel, asks the Supreme Court to make two decisions. First, the Court is asked to decide if corporate civil tort liability under the Alien Tort Claims Act is a merits question or a subject matter jurisdiction issue. The second question asks the Court to resolve the Circuit Court split and definitively rule on whether corporations are immune from tort liability for violations of the law of nations*»

⁵² Véase al respecto la información actualizada y los materiales sobre el asunto *Kiobel* disponible en el blog *Conflict of Laws* (conflictoflaws.net), en <http://harvardhumanrights.wordpress.com>, en <http://www.earthrights.org> y en <http://www.business-humanrights.org>.

⁵³ Lo subraya ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales...», *op. cit.*, nota 45, p. 7. Téngase presente que la Corte de Apelaciones para el Undécimo Circuito ya había decidido de forma previa al pronunciamiento en el asunto *Kiobel* que las corporaciones podían ser demandadas al amparo del ATS, como ponen de manifiesto las decisiones en los casos *Sinaltrainal c. Coca-Cola* y *Romero c. Drummond Co., Inc.*

⁵⁴ Se menciona este hecho en <http://harvardhumanrights.wordpress.com>, y se alude a asuntos como *Doe c. Exxon* y *Flomo c. Firestone*, así como *Sarei c. Río Tinto*.

⁵⁵ Sopesando algunas consecuencias apuntadas, ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales...», *op. cit.*, nota 45, p. 7, y también el documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos...», *op. cit.*, nota 20, p. 196 y REQUEJO ISIDRO, M., «Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU...», *op. cit.*, nota 22, p. 32.

exploradas tiempo atrás, como litigar al amparo de la *state law* o de la *foreign law* o someterse a las *state courts*⁵⁶, lo cual se ha advertido que pese a permitir evitar problemas como por ejemplo el recurso a la doctrina federal de *forum non conveniens*, implica asimismo diversos obstáculos y no puede calificarse como un remedio definitivo⁵⁷.

Por otro lado, cabe apuntar en este contexto que la *Supreme Court* estadounidense accedió también a la solicitud de *certiorari* en el asunto *Mohamad c. Palestinian Authority*⁵⁸ en relación con la operatividad del TVPA, concluyéndose en abril de 2012 que sólo permite demandar a *natural persons*⁵⁹, lo cual parecía que podía tener repercusión en una respuesta en términos similares en cuanto al ATS⁶⁰. Téngase asimismo presente sobre la aplicación práctica del ATS que en el asunto *Sarei c. Río Tinto*⁶¹ el Tribunal Supremo recibió la petición de revisión mediante *certiorari*⁶², habiéndose destacado en cuanto a la sentencia del *Ninth Circuit* en este supuesto la posibilidad de que tal *circuit* se configurase como un foro atractivo para demandantes extranjeros litigando contra sociedades⁶³. En abril de 2013, el asunto fue remitido de nuevo al *Ninth Circuit*⁶⁴ para proseguir el procedimiento a la luz de la decisión en el caso *Kiobel* por parte de la *Supreme Court* estadounidense que se referirá en líneas posteriores, resultando finalmente rechazado.

A la espera de la mencionada decisión del Tribunal Supremo en *Kiobel*, se dirigieron a este órgano judicial diversos *amicus curiae briefs* conteniendo posicionamientos sobre la materia abordada⁶⁵. Entre ellos cabe referir el ela-

⁵⁶ Sobre otras posibilidades que quedarían abiertas y sus ventajas e inconvenientes véase CHILDRESS III, D. E., «The Alien Tort Statute, Federalism, and the Next Wave of Transnational Litigation», *The Georgetown Law Journal*, vol. 100, 2012, Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2011/9, pp. 739 y ss. Acerca de ejemplos de litigación en Estados Unidos sin fundamento en el ATS, ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 87.

⁵⁷ Al respecto véase CHILDRESS III, D. E., RAMSEY, M. D. y WHYTOCK, C. A., «After *Kiobel*: International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law», *UC Irvine Law Review*, vol. 3, 2013, núm. 1, Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2013/10, pp. 5 y ss.

⁵⁸ 634 F.3d 604 (D.C. Cir. 2011).

⁵⁹ También se había solicitado *certiorari* en el asunto *Bowoto c. Chevron Corp.* preguntando acerca de la responsabilidad de las empresas bajo el TVPA, solicitud denegada por la *Supreme Court* en abril de 2012, como ya esperaban sus impulsores tras la decisión en el asunto *Mohamad*, lo cual se indica en <http://www.earthrights.org/blog/expected-bowoto-v-chevron-petition-denied-after-mohamad-decision>.

⁶⁰ Lo apuntan RUGGIERO, L. A. T., HOPKINS, J. E. y MOLLOY III, A., «TVPA Does Not Impose Liability on Corporations - Is the ATS Next?», *New Jersey Law Journal*, vol. 208, 2012, núm. 10, pp. 1 y ss. y asimismo al respecto véase el documento informativo de acceso electrónico «US Supreme Court Holds That Liability Under the Torture Victim Protection Act Extends Only to Natural Persons and Does Not Extend to Organizations», en *Latham & Watkins Litigation Department*.

⁶¹ 2011 WL 5041927 (9th Cir. Oct. 25, 2011).

⁶² Véase la información sobre peticiones de *certiorari* en <http://www.chamberlitigation.com/scotus/Cert.%20Pending>.

⁶³ Al respecto véase el comentario del asesor legal John Bellinger, citando otras recientes decisiones en esta línea en el *Ninth Circuit*, y accesible en www.lawfareblog.com, bajo el título «Recent Decisions May Make Ninth Circuit a Magnet for Foreign Plaintiffs».

⁶⁴ Lo indica el Prof. Dr. Childress en <http://conflictoflaws.net/2013/supreme-court-to-hear-another-ats-case/>.

⁶⁵ Puede encontrarse una relación de los mismos en <http://www.chamberlitigation.com/kiobel-et-al-v-royal-dutch-petroleum>.

borado por la Comisión Europea, que en una posición de neutralidad hace alusión al aspecto del alcance extraterritorial del ATS⁶⁶ vinculado a un canon de razonabilidad⁶⁷, apuntando que:

«the United States may exercise prescriptive jurisdiction to reach claims based on extraterritorial conduct where the defendant is a United States national or the conduct implicates United States security interests of fundamental importance. In addition, the United States can assume universal jurisdiction over a narrow category of the most grave international law violations involving conduct of universal concern so long as the ATS claimant demonstrates that those States with a nexus to the case are unwilling or unable to provide a forum and no international remedies are available».

Cabe destacar asimismo en cuanto a los *amicus curiae* remitidos por Estados Unidos que el primero se manifestaba a favor de que el ATS fundamentase las acciones dirigidas contra corporaciones en este tipo de ilícitos, mientras que el segundo alteraba tal visión, poniéndose de manifiesto las diferencias existentes entre los asesores legales del gobierno a la hora de interpretar el ATS y las consecuencias políticas de ejercer este tipo de jurisdicción para las relaciones con otros Estados⁶⁸.

Por otra parte, entre los *amicus curiae* presentados por algunos gobiernos europeos de tendencia conservadora, como los de Reino Unido, Alemania y Holanda, se había respaldado a la empresa demandada, aconsejando limitar o evitar el recurso al ATS para formular demandas contra corporaciones, aludiendo a motivos como la falta de nexos existentes en el foro con esta clase de supuestos y el posible perjuicio que este tipo de litigación puede causar a la actividad económica con repercusión transfronteriza. En el seguimiento del proceso que ha precedido a la esperada sentencia de la *Supreme Court*, se hizo público el documento relativo al *oral argument* que tuvo lugar el 1 de octubre de 2012⁶⁹, que más allá de los argumentos a favor y en contra de que el ATS alcance la responsabilidad corporativa y la necesidad de perfilar la jurisdicción universal, permite observar la insistencia de la representación de

⁶⁶ Véase sobre esta clase de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos...», *op. cit.*, nota 16, pp. 290 y ss. Se ha sostenido respecto al debate relativo al alcance del ATS, que esta norma «no se proyecta extraterritorialmente», sino que ofrece un foro para que puedan accionar las víctimas de abusos graves contra los derechos humanos, distinguiéndose de un eventual imperialismo jurídico, como apunta ZAMORA CABOT, F. J., «La responsabilidad de las empresas multinacionales...», *op. cit.*, nota 45, p. 9.

⁶⁷ Extremo ya apuntado en su momento en el *amicus curiae* que dirigió la Comisión Europea en el caso *Sosa c. Álvarez-Machain*.

⁶⁸ Véase el análisis al respecto realizado por Kali Borkoski «*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: What's at stake, and for whom?*», accesible en el *blog* especializado en el análisis de la actividad de la *Supreme Court* estadounidense <http://www.scotusblog.com/2012/09/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-whats-at-stake-and-for-whom/>.

⁶⁹ Puede accederse al documento en http://conflictolaws.net/2012/kiobel-before-the-supremecourt/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictolaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29. Destacando el interés que ha generado el proceso en la prensa estadounidense y las reticencias que parecían existir en torno a aceptar la responsabilidad de las empresas bajo el ATS durante el *oral argument* del lunes 1 de octubre, véase <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/1014927>.

las demandadas en que se trata de un caso sin contacto alguno con Estados Unidos⁷⁰, respecto a lo que por parte de los solicitantes de *certiorari* se alegaba que existe presencia de los demandados en Estados Unidos, al igual que de los demandantes, que solicitaron asilo.

Tras tanta expectación ante la decisión de la *Supreme Court*, habiéndose insistido en que convendría que aportase respuestas a los numerosos interrogantes que plantea la operatividad del ATS, el 17 de abril de 2013 fue al fin emitido un pronunciamiento, alcanzado por unanimidad, en que se desestiman las pretensiones de los demandantes en este caso. De la lectura del texto y de los primeros análisis aparecidos⁷¹ sobre tal sentencia se desprende que la *Supreme Court* estadounidense se posiciona a favor de una interpretación restrictiva del ATS, amparándose en el principio de «presunción contra la extraterritorialidad», que conlleva que tal instrumento no resultaría aplicable a abusos contra los derechos humanos ocurridos fuera del territorio de Estados Unidos. Tal presunción puede ser rebatida si en determinadas acciones se logra demostrar suficientes vínculos con el territorio estadounidense —tales aspectos no obtienen mayor concreción, que deberían irse perfilando a través de la casuística que se dé, según indica la opinión particular del Justice Anthony Kennedy—. A la luz de la sentencia, puede deducirse que las corporaciones no quedarían excluidas del radio de acción del ATS⁷² —no hay una respuesta expresa en tal sentido, pero no se indica lo contrario—, aunque son numerosas las voces que subrayan que se ha dado un injustificado respaldo a la impunidad empresarial⁷³.

A la vista de lo anterior cabría colegir en primer término que se dificulta, pero no se cierra por completo⁷⁴, el recurso al ATS en los casos que nos ocupan, quedando además disponibles las vías alternativas a explorar en un

⁷⁰ En la p. 22 del documento del *oral argument* se indica por la representación de los *respondents* que «*This case has nothing to do with the United States. It's Nigerian plaintiffs suing an English and Dutch company for activity alleged to have aided and abetted the Nigerian government for conduct taking place entirely within Nigeria*».

⁷¹ En la página especializada *Business & Human Rights* pueden encontrarse numerosos comentarios de urgencia que alaban o condenan el pronunciamiento según si se trata, por ejemplo, de opiniones de organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos, asesores de grupos empresariales o bien autores sin una teórica adscripción; véase al respecto [http://www.business-humanrights.org/Documents/SupremeCourtATCA Review](http://www.business-humanrights.org/Documents/SupremeCourtATCA%20Review).

⁷² Véanse al respecto las opiniones, entre otros, de Katie Redford «Door still open for human rights claims after *Kiobel*» en el *blog* sobre jurisprudencia de la *Supreme Court* <http://www.scotusblog.com>.

⁷³ En este sentido, por ejemplo, Amnistía Internacional ha anunciado: «*Supreme Court Ruling Undermines Decades of Progress Toward Justice in U.S. Courts for Survivors of Human Rights Abuses Abroad*», como puede verse en <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/supreme-court-ruling-undermines-decades-of-progress-toward-justice-in-us-courts-for-survivors-of-hum>. Al hilo del pronunciamiento en *Kiobel* cabe aludir a la reciente sentencia de junio de 2013 en el asunto *Al Shimari v. CACI et al.* (accesible en http://ccrjustice.org/files/Shimari_Opinion%20Dismissing%20ATS%20Claims%206.26.13.pdf) en que el juez de distrito Lee desestima una demanda aludiendo a la interpretación del ATS basada en la «presunción contra la extraterritorialidad».

⁷⁴ Por ejemplo, sobre diversos casos pendientes a día de hoy y fundamentados en el ATS, cuyo resultado habrá que comprobar cómo se ve influido por la decisión en *Kiobel*, véase el interesante debate, bajo permanente actualización, abierto bajo el título «*Kiobel* Insta-Symposium» accesible en <http://opiniojuris.org/2013/04/17/kiobel-insta-symposium/>. Asimismo, véase el apunte del Prof. Dr. Childress en la entrada de 22 de agosto de 2013 en la web conflictolaws.net sobre algunas recientes decisiones

futuro —citadas en líneas anteriores— para este tipo de litigación en Estados Unidos, así como la posible potenciación de estas acciones ante otros tribunales, como son los propios del territorio comunitario⁷⁵. Al hilo de todo ello cabe señalar que el 22 de abril de 2013 la *Supreme Court* ha concedido *certiorari* en el caso *DaimlerChrysler AG c. Bauman, et al.*⁷⁶, por lo que habrá que ver si se matiza tras *Kiobel* la cuestión de cómo cabría refutar la referida presunción contra la extraterritorialidad. Por otro lado, desde Norteamérica y como apunte final, resulta llamativo que precisamente en Canadá se hayan dictado recientemente diversas decisiones judiciales en que se observa la predisposición por parte de los jueces canadienses a tratar asuntos en la materia que nos ocupa desde una interpretación amplia de los vínculos con el territorio canadiense, como indica la información recogida en www.mcmillan.ca.

3. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA EMPRESAS POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ANTE TRIBUNALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

Hasta el momento actual cabe aludir a escasos supuestos prácticos en el marco de la litigación civil internacional que se hayan verificado en Estados miembros en relación con vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas. En este sentido, se pretende examinar cuál es el escenario normativo desde la óptica del DIPr para el tratamiento de los casos que nos ocupan, tratando de determinar si los Estados miembros ofrecen foros atractivos para vehicular este tipo de litigación y cuáles son las perspectivas de desarrollo futuro. La determinación de la competencia judicial internacional constituye el primer obstáculo que debe afrontarse, no fácilmente superable y que condiciona la articulación del resto de aspectos de DIPr, motivo por el que es objeto de particular interés y atención.

3.1. Dificultades derivadas del tipo de demandado

En el caso de los abusos contra los derechos humanos con elementos transfronterizos cometidos por sociedades, uno de los obstáculos principales que se constatan a la hora de exigir responsabilidad civil deriva de las propias características de las personas jurídicas demandadas. En efecto, en la práctica puede resultar problemático identificar, de cara a los debidos efectos procesales, al potencial responsable de un ilícito en estructuras societarias complejas como las multinacionales.

en el *case law* estadounidense que, de forma minoritaria, tratan de ampliar los límites marcados por la sentencia *Kiobel*.

⁷⁵ Sobre ello véase el análisis de la Dra. Nadia Bernaz «*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co: Overcoming the Collective Hangover*», en <http://rightsasusual.com/2013/04/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-co-overcoming-the-collective-hangover/>.

⁷⁶ Véase al respecto la información proporcionada por el Prof. Dr. Childress en la página conflictoflaws.net, en concreto en la entrada «*Supreme Court to Hear Another ATS Case*», accesible en <http://conflictoflaws.net/2013/supreme-court-to-hear-another-ats-case/>.

Más allá del argumento consistente en negar que las empresas puedan ser sujetos de Derecho internacional, existe la opción de tratar de eludir cualquier tipo de responsabilidad por prácticas empresariales irregulares vinculadas a acciones estatales intentándose acoger a los privilegios de inmunidad de jurisdicción propias de estas últimas⁷⁷. Por otro lado, se constata la dificultad inherente a la propias estructuras de las empresas en sus prácticas a escala internacional en un mundo cada vez más globalizado. Desde un punto de vista de Derecho societario, la consideración de los grupos de sociedades, así como la operación de calificación de una entidad —por ejemplo, como filial o sucursal, careciendo o no de personalidad jurídica diferenciada⁷⁸— tiene importantes consecuencias a nivel de establecer la competencia judicial internacional, como se observará en el apartado siguiente.

Se plantea en este contexto la relevante cuestión de la existencia de conexiones efectivas entre una sociedad y otras entidades vinculadas, como puede ser la matriz sobre las filiales, de modo que pueda asociarse la responsabilidad en unos determinados actos sin que la consideración como personas jurídicas independientes con las consecuentes limitaciones pueda perjudicar la interposición de acciones. Cabe referir en este punto la importancia de construcciones propias del Derecho mercantil como la teoría del levantamiento del velo corporativo, que persiguen posibilitar de forma efectiva la eventual imputación de la responsabilidad sorteando artificios jurídicos enfocados a diluir la implicación de un determinado operador en una toma de decisiones irregular. Respecto a la operatividad práctica del levantamiento del velo, se ha destacado la dificultad que entraña concretar el grado específico de relación que debe existir entre una empresa matriz y una filial a efectos de diluir una pretendida separación entre diversas entidades⁷⁹, para lo cual puede resultar útil recurrir a construcciones como aquellas que pretenden atribuir el reparto de deudas entre distintas sociedades⁸⁰. En la doctrina se ha subrayado asimismo lo difícil que puede resultar establecer con certeza el grado de control de una sociedad de un grupo sobre otra cuando existen, por ejemplo, vínculos contractuales y no societarios entre las personas jurídicas⁸¹. Frente a la búsqueda de los elementos necesarios para efectuar el mencionado levantamiento del velo corporativo, existen otras teorías, como la que gira en torno al concepto de «agencia», que pretende demostrar que el papel desarrollado por una sociedad filial se ha dado en calidad de agente de

⁷⁷ Al respecto véase REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 111 y ss.

⁷⁸ Distinguiendo los diversos casos que se pueden dar en la práctica, con variantes según la interacción o no con socios locales en países en vías de desarrollo, y los problemas a efectos de determinar la participación efectiva en un abuso contra los derechos humanos, véase el documento «Empresas y violaciones a los derechos humanos...», *op. cit.*, nota 20.

⁷⁹ Sobre la aplicación de la aproximación basada en el «*corporate veil*» véase JOSEPH, S., *op. cit.*, nota 44, pp. 130 y ss.

⁸⁰ Desde la perspectiva holandesa puede verse al respecto JÄGERS, N. y VAN DER HEIJDEN, M.-J., «Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands», *BROOK. J. INT'L L.*, vol. 33, 2008, núm. 3, p. 842.

⁸¹ Sobre tales dificultades véase DE SCHUTTER, O., *op. cit.*, nota 14, p. 42.

la matriz, con un papel acordado de tipo sustitutorio de la primera respecto a la segunda. Este tipo de formulaciones han sido tomadas en consideración en la jurisprudencia estadounidense al tratar de identificar la responsabilidad societaria en diversos asuntos de referencia, como *Doe c. Unocal*⁸², constataándose la dificultad para delimitar qué cuerpo legal concreto, en una esfera doméstica o internacional, debe regir tales aspectos.

Por otro lado, varios autores en la doctrina han destacado también la relevancia de otro tipo de aproximación en estos casos⁸³, no focalizada a la búsqueda de imputabilidad persiguiendo vínculos efectivos, sino inclinada por un análisis de tipo sistemático. En este segundo caso, una sociedad dominante podría ser considerada responsable de los actos de una sociedad relacionada con ella con base en el deber de control, de debida diligencia, de la primera respecto a las actividades de la segunda, aplicándose a tal efecto un canon de razonabilidad según la interdependencia real que exista entre ellas⁸⁴. En este contexto se cita desde la perspectiva europea, entre otros, un emblemático caso enjuiciado ante los tribunales de Reino Unido, *Lubbe c. Cape plc.*⁸⁵. Se trataba aquí de la acción interpuesta por un grupo de trabajadores contra la sociedad matriz británica sosteniendo que la misma no había aplicado las medidas necesarias para controlar que sus filiales en Sudáfrica respetasen los protocolos previstos para evitar la exposición al asbesto o amianto. En consecuencia, dicha empresa matriz habría incumplido el necesario *duty of care* en relación con la actividad de las filiales africanas, con los consiguientes daños causados a la salud de los empleados. También en el asunto *Monterrico*⁸⁶, presentado ante los jueces británicos, se exploró la cuestión de la función de control de la matriz respecto a las actividades de las filiales, en este caso en el marco de la polémica en torno a la construcción de una de las minas de cobre más grandes del mundo en Perú.

Por otra parte, cabe hacer alusión también en este terreno a una perspectiva que puede considerarse que incluso da un paso más respecto a las anteriores, la conocida como «*enterprise doctrine*»⁸⁷, que pretende descartar la limitación consistente en la responsabilidad limitada en los grupos socie-

⁸² Véase al respecto el análisis contenido en BLUMBERG, P. I., «Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 497 y ss.

⁸³ La Prof. Dra. Marta Requejo alude detalladamente a esta diferenciación en REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, op. cit., nota 11, pp. 114 y ss. Véase asimismo al respecto el documento «Final Report: International Civil Litigation for Human Rights Violations» en el marco de la *Sofía Conference (2012) - International Civil Litigation and the Interests of the Public*, elaborado por la *International Law Association* y que incluye una serie de propuestas a modo de *guidelines* (accesible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1021>), p. 8.

⁸⁴ Sobre los matices en materia de tal control según la casuística que puede darse véase RATNER, S. R., «Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility», *Yale L. J.*, vol. 111, 2001, pp. 519 y ss.

⁸⁵ 1 W.L.R. 1545 (House of Lords, 2000).

⁸⁶ *Guerrero c. Monterrico Metals plc. y Rio Blanco Copper SA* [2009] EWHC 2475 (QB). En julio de 2011 se llegó a un acuerdo extrajudicial sin admisión de responsabilidad por parte de la empresa, como se informa en www.business-humanrights.org.

⁸⁷ Véase sobre la conocida como «*enterprise entity theory*» y sus limitaciones, MUCHLINSKI, P., *Multinational Enterprises and the Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 317 y ss.

tarios y concebir estas organizaciones como estructuras unitarias dados los nexos económicos existentes. Se trata de concebir la organización societaria como un ente en que se disipa el principio de *corporate separation* a través del aspecto de integración económica. No obstante, desde la doctrina que analiza esta aproximación se reconoce la dificultad de abandonar radicalmente el tratamiento tradicional de la responsabilidad societaria de las multinacionales⁸⁸, acudiéndose en general a otros recursos que permitan excepcionar la concepción de independencia o separabilidad de las diversas entidades.

3.2. Determinación de la competencia judicial internacional

3.2.1. Criterios previstos por el Reglamento Bruselas I

En el análisis de la litigación civil internacional derivada de abusos contra los derechos humanos cometidos por empresas desde la perspectiva comunitaria, cabe aludir en primer término a la operatividad del Reglamento Bruselas I⁸⁹ a efectos de establecer la posible competencia judicial internacional en la materia. A la recientemente publicada versión revisada de este instrumento comunitario —aplicable salvo pequeños matices a partir de enero de 2015—, así como a las implicaciones de la misma, se aludirá en el posterior subapartado 3.2.3. Téngase asimismo en cuenta aquí la equivalencia que cabe trazar respecto a los criterios que se examinarán del Reglamento 44/2001 en cuanto al ámbito de aplicación territorial del instrumento paralelo conocido como Convenio de Lugano en su versión revisada de 2007⁹⁰.

El Reglamento Bruselas I, que carece de una previsión específica para los litigios que aquí se analizan, ofrece por una parte la posibilidad de litigar ante el foro general correspondiente al domicilio del demandado en un Estado miembro en virtud de su art. 2. A efectos societarios debe señalarse que según el art. 60 de este instrumento se precisa que una sociedad o bien otra persona jurídica se encuentra domiciliada en aquel lugar en el que se localice su sede estatutaria, o su administración central o su centro de actividad principal, teniendo en cuenta ciertos matices respecto al caso de Reino Unido e Irlanda. El debate relativo a la estructura societaria abordado en el apartado anterior muestra su interés, por ejemplo, a fin de identificar a la sociedad presuntamente responsable y poder accionar el foro general⁹¹. Por otro lado, respecto al foro del domicilio del demandado se ha puesto en duda la justificación del *actor sequitur forum rei* en casos como los que nos ocupan, dada la carga que

⁸⁸ Lo destaca MUCHLINSKI, P., *Multinational Enterprises and the Law*, op. cit., nota 87, pp. 319 y ss.

⁸⁹ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12, de 16 de enero de 2001.

⁹⁰ Se trata del Convenio de Lugano II: Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 339, de 21 de diciembre de 2007, siendo Estados parte los países de la Unión Europea, incluida Dinamarca, así como Islandia, Noruega y Suiza.

⁹¹ Véase sobre ello el documento elaborado por la ILA «Final Report...», op. cit., nota 23.

supone para el demandante, pero puede deducirse asimismo la ventaja de que permita atraer a un demandando ante tribunales europeos⁹².

Cabe aludir en este punto al supuesto *Lubbe c. Cape plc.* ya mencionado, un caso del que conocieron los tribunales británicos y en el que se rechazó tras el recurso correspondiente declinar la competencia al considerar que en Sudáfrica —país de ubicación de las filiales— no resultaría posible obtener una tutela judicial efectiva. La competencia judicial internacional cabría entenderla atribuida en este caso en relación con la matriz en virtud del art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968⁹³, antecedente directo al actual precepto del Reglamento 44/2001 y necesario patrón hermenéutico.

En este contexto cabe hacer referencia también al conocido como «pequeño domicilio», o foro de la sucursal, previsto en el art. 5.5 del Reglamento 44/2001. Partiendo de la premisa de que la sociedad demandada esté domiciliada en un Estado miembro, este precepto permite accionar contra dicha empresa ante los tribunales del Estado miembro en que se ubique una sucursal, agencia o establecimiento, en relación con litigios derivados de la explotación de los mismos. Se ha calificado por tanto en la doctrina como un foro intermedio entre el foro general y los foros especiales, y se matiza que opera con independencia del objeto del litigio, o de, por ejemplo, dónde haya tenido lugar un determinado daño⁹⁴. El hecho de que este criterio exija la presencia del domicilio de la sociedad demandada en un Estado miembro resta interés actualmente a este foro, más allá de la posibilidad de acudir a unos determinados tribunales por motivos de proximidad en un marco intracomunitario. No obstante, hoy por hoy y pese a la configuración actual de este precepto, puede tener cierta relevancia en casos de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en supuestos circunscritos a la UE pero que impliquen a Estados miembros en que puedan cometerse ciertos abusos⁹⁵.

Debe mencionarse asimismo aquí el art. 6.1 del Reglamento, que recoge un foro de la pluralidad de demandados, alternativo al foro general y a los foros especiales, y por el cual de haber varios demandados, se permite interponer la demanda ante el tribunal correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos en un Estado miembro —la exigencia de que todos los demandados tengan su domicilio en Estados de la UE le restará aplicabilidad práctica para nuestros casos—. Además, debe concurrir una vinculación entre las demandas que haga oportuna una acumulación de pretensiones, permitiendo tal tramitación conjunta evitar problemas de inconciliabilidad⁹⁶.

⁹² Sobre este equilibrio de intereses véase REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 147 y ss.

⁹³ Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DO L 299, de 31 de diciembre de 1972.

⁹⁴ Véase aquí VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 135.

⁹⁵ Lo señala REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos...», *op. cit.*, nota 16, p. 276.

⁹⁶ Subraya la operatividad de este foro por conexidad en los supuestos que aquí se examinan ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 146.

En el ámbito de las competencias especiales debe ser objeto de particular atención, dadas las características de los supuestos que nos ocupan y la calificación que primará en este contexto, la vía contemplada en el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, por cuanto recoge un foro en materia de responsabilidad extracontractual que se presenta para su accionabilidad alternativa respecto al foro general. La interpretación elaborada por el TJUE sobre este precepto permite entender que es posible interponer la demanda vinculada a un ilícito a distancia tanto ante el tribunal del lugar donde se hubiese producido —o pudiese producirse— el hecho generador del daño para reclamar por la totalidad, como ante el tribunal del Estado miembro en que se haya manifestado tal daño de forma efectiva en relación limitada con tal daño⁹⁷. Piénsese también, en este contexto, en la reciente interpretación del TJUE respecto al art. 5.3 del Reglamento en casos de vulneraciones de derechos de la personalidad mediante Internet⁹⁸, introduciendo un tercer eje para la reclamación del total de los daños verificados basado en el centro de intereses —en principio la residencia habitual de la víctima—; lo cual resultaría sin duda atractivo extender para el conjunto de acciones que analizamos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta de nuevo aquí la conexión comunitaria, por lo que la exigencia de que el domicilio del demandado se ubique en un Estado miembro obstaculiza una vez más la efectividad de este foro. Además, resultará preciso para la operatividad de este criterio que el hecho causante del daño o bien la constatación del mismo —o de alguno en caso de pluralidad de daños— se concreten en territorio comunitario, no ocurriendo por ejemplo lo primero si se realizan las acciones que ocasionan estos abusos en Estados terceros⁹⁹. Este último obstáculo decae si se demuestra, en casos como *Lubbe c. Cape*, que la toma de una decisión causante de un daño se realizó por parte de una sociedad establecida en un Estado miembro. También resulta común que los daños específicos en forma de violaciones contra los derechos humanos se manifiesten en Estados terceros, lo cual podría desvirtuar asimismo la utilidad de esta vía, que debe subrayarse que exige asimismo que se constate dicho daño con cierta previsibilidad para el presunto autor.

Otra posibilidad alternativa al foro general y al foro del art. 5.3 que ofrece el Reglamento Bruselas I para estos casos, constatándose el requisito de la conexión comunitaria, se prevé en el art. 5.4, relativo a la acumulación de las acciones de tipo civil y penal ante el tribunal del Estado miembro que estuviere conociendo del procedimiento penal, siempre que la *lex fori* lo permita, como es el caso español y el de otros Estados miembros. Se ha advertido en

⁹⁷ Aludiendo a tal interpretación partiendo de las tesis de la ubicuidad y del mosaico, desde el emblemático asunto *Mines de potasse d'Alsace* hasta la actualidad, véase WOLDE, T., KNOT, J.-G. y WELLER, M., Art. 5.3, en SIMONS, T. y HAUSMANN, R. (eds.), *Brüssel I-Verordnung: Kommentar zur VO (EG) 44/2001 und zum Übereinkommen von Lugano*, Múnich, IPR Verlag, 2012, pp. 268 y ss.

⁹⁸ STJ de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10.

⁹⁹ Sobre las dificultades para concretar el hecho causante del daño desde la perspectiva del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I en casos de violaciones de derechos humanos véase WOUTERS, J. y RYNGAERT, C., «Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union: The Challenge of Jurisdiction», *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, vol. 40, 2009, núm. 4, p. 948.

la doctrina acerca del peligro que puede representar extender al ámbito civil los criterios propios de la materia penal, pudiendo resultar los mismos exorbitantes y adoleciendo de la proximidad necesaria desde la óptica civil, pero también se ha destacado el acceso a la posible jurisdicción penal universal que conlleva¹⁰⁰. En la doctrina se ha precisado que un caso real en que se hubiese podido recurrir a esta vía de atribución de competencia es el asunto *Total*¹⁰¹, en que unos refugiados birmanos sostuvieron ante los tribunales belgas haber sido víctimas de violaciones de derechos humanos en Birmania, abusos en relación con los cuales la empresa francesa *Total* habría tenido una actuación de complicidad. El caso se cerró en 2007 al establecer la *Cour de Cassation* que los demandantes no tenían legitimación procesal¹⁰². Se ha sostenido que si en Bélgica se hubiera admitido la competencia de los tribunales penales en virtud del art. 5.4 del Reglamento 44/2001, los mismos hubiesen podido conocer asimismo de los aspectos civiles del asunto¹⁰³.

Por otra parte, cabe hacer mención en este punto a la posibilidad en materia de responsabilidad civil internacional de que se concreten acciones vinculadas a un foro contractual y derivadas de abusos contra los derechos humanos en relación con ciertos contratos laborales. Los arts. 18 a 21 del Reglamento Bruselas I ofrecen la regulación específica de la competencia en materia de contratos individuales de trabajo, excluyéndose la aplicabilidad del régimen establecido en los arts. 2, 5 y 6. Pese a que el art. 19 exige que el empresario esté domiciliado en un Estado miembro para que pueda ser demandado en territorio comunitario, se contempla una excepción en el art. 18. En concreto, se establece que si un trabajador celebrase un contrato individual de trabajo con un empresario no domiciliado en un Estado miembro, pero que disponga de una sucursal, agencia u otro establecimiento en un Estado de la UE, se considerará para litigios derivados de la explotación de los anteriores que sí está domiciliado en tal Estado. El matiz respecto al tipo de litigios de que debe tratarse para posibilitar esta excepción hace patente cómo se limitan los casos para los que resultaría operativa esta vía.

Por último, debe referirse una opción cuya teórica aplicabilidad a estos supuestos no implica que en la práctica vaya a ser un recurso ciertamente efectivo: se trata del juego de la autonomía de la voluntad a través de los arts. 23 y 24 del Reglamento Bruselas I. Aunque en ambos casos, de sumisión expresa y tácita, se relajan los requisitos de conexión comunitaria¹⁰⁴, es difícil

¹⁰⁰ Véase acerca de este análisis REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, op. cit., nota 11, pp. 154 y ss.

¹⁰¹ Al respecto véase la *Arrêt de la Cour de cassation de Belgique, 28 mars 2007*, accesible junto al resto de documentos relativos a este asunto en <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulation/LawsuitsSelectedcases/TotallawsuitinBelgiumreBurma>.

¹⁰² VAN DAM, C., op. cit., nota 28, p. 235.

¹⁰³ Lo indican WOUTERS, J. y RYNGAERT, C., op. cit., nota 99, p. 968.

¹⁰⁴ En el caso del art. 23 del Reglamento se exige de entrada que el domicilio de una de las partes esté en un Estado miembro, y que se cumplan ciertos requisitos formales, mientras que en el caso del art. 24 se adopta según el criterio mayoritario la conocida como «tesis expansiva», por la que cabe entender que no se requiere para su operatividad que ninguna de las partes esté domiciliada en un Es-

imaginar un escenario en que una empresa a la que se imputen esta clase de abusos admita este tipo de acuerdos atributivos de competencia.

Cabe señalar asimismo y dada la importancia de las acciones colectivas en la práctica estadounidense, que se trata de un aspecto no expresamente mencionado por el Reglamento Bruselas I, tampoco en su versión revisada —quedará sometida la posibilidad de articular una acción colectiva a las previsiones procesales marcadas por la *lex fori*—, y que se regula de forma diversa en algunos ordenamientos internos de los Estados miembros¹⁰⁵.

Por último, piénsese en la relevancia que puede revestir la adopción en ciertos casos de medidas provisionales y cautelares, como prevé el art. 31 del Reglamento, para tratar de garantizar, por ejemplo, el pago de una determinada indemnización.

3.2.2. Operatividad de los foros subsidiarios y algunos correctivos

La atribución de competencia judicial internacional a tribunales de Estados miembros en este tipo de supuestos deberá articularse de conformidad con las reglas autónomas de competencia residual en el caso de no poder operar las reglas descritas en el apartado anterior. Desde una perspectiva de Derecho comparado de los sistemas nacionales de DIPr en la UE cabe afirmar que tienden a contener criterios similares a los del Reglamento Bruselas I, y no específicamente enfocados a este tipo de litigación, lo cual obstaculiza la interposición de acciones. Se ha apuntado no obstante que en numerosos Estados miembros se prevén normas internas de competencia en materia de responsabilidad extracontractual que permitirían accionar en ellos, por ejemplo, contra empresas domiciliadas en terceros Estados en relación con hechos causantes de daños que se hayan manifestado en otros países¹⁰⁶, como en el caso español del art. 22.3 LOPJ¹⁰⁷.

tado de la UE. Véase sobre este último aspecto, refiriendo también otras posiciones más restrictivas en relación con los requisitos del art. 24, CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, 2.^a ed. revisada, Múnich, Sellier, pp. 525 y ss.

¹⁰⁵ Véase REQUEJO ISIDRO, M., «Derechos humanos y acciones colectivas», *op. cit.*, nota 29, p. 314, que alude a la consulta pública abierta en la esfera comunitaria bajo el título «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» [SEC (2011) 173 final]. Sobre este aspecto y el informe del Parlamento Europeo de febrero de 2012 véase <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/2089%28INI%29&l=EN>.

¹⁰⁶ Lo subraya el informe encargado por la UE «Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union», elaborado por el Dr. Daniel Augenstein y la Univ. de Edimburgo, accesible en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf, p. 69, citando los casos de los sistemas de Austria y Chequia.

¹⁰⁷ En el caso de este precepto, que atribuye competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales «cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tenga su residencia habitual común en España», se sostiene que mientras la segunda parte resultaría inoperativa teniendo presente el funcionamiento del Reglamento Bruselas I, la primera debe interpretarse siguiendo la pauta de ubicuidad del art. 5.3 de tal instrumento, como destacan VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 94, p. 198.

Se hace referencia también en este terreno a la posibilidad de ampararse en el *forum necessitatis*, vía contemplada en diversos Estados miembros, como Francia, Bélgica y Holanda, en que se ha recogido expresamente para garantizar la tutela judicial efectiva prevista por el art. 6 CEDH¹⁰⁸, y que en el ordenamiento español no se encuentra positivizada pero ha encontrado reflejo en la jurisprudencia y amplio apoyo doctrinal¹⁰⁹. En los Estados miembros en que se reconoce esta opción suele configurarse como excepcional, debiéndose demostrar la imposibilidad o enorme dificultad en el acceso a la justicia en otros Estados, así como en algunos casos también cierta conexión con el foro al que se acude por necesidad¹¹⁰.

Por otra parte, en numerosos Estados miembros se admite la competencia de sus tribunales en relación con empresas domiciliadas en terceros Estados pero con establecimientos en tales Estados de la UE¹¹¹. Resulta asimismo interesante la opción de que, ante la inviabilidad de recurrir al art. 6 del Reglamento Bruselas I al no encontrarse las distintas entidades componentes de un grupo de sociedades domiciliadas en Estados miembros, pueda llevarse a cabo una acumulación de acciones ante los tribunales de un Estado miembro, como admiten por ejemplo los sistemas de DIPr holandés, francés, italiano o portugués entre otros, por motivos de eficacia y si se constata en general una conexión suficiente entre las pretensiones¹¹².

Por otro lado debe mencionarse en este terreno la posible operatividad de los conocidos como foros exorbitantes¹¹³ previstos en algunos ordenamientos, como el francés, el luxemburgués o el belga en función de la nacionalidad del demandante, o bien en relación con la presencia de bienes del demandado en el territorio, como en Alemania o Escocia, o en virtud de criterios de la tradición anglosajona como la *tag jurisdiction* (ligada a lograr el trámite de notificación al demandado en un determinado lugar) o la *doing business jurisdiction* (vinculada a la realización regular de actividades con una cierta relevancia en un territorio)¹¹⁴. Pese a ser objeto de frecuentes

¹⁰⁸ Sobre ello véase el informe de 2007 elaborado para la Comisión Europea por el Prof. Dr. Arnaud Nuyts «Study on Residual Jurisdiction: Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations», accesible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, pp. 64 y ss.

¹⁰⁹ Vinculando este foro al mandato del art. 24 CE para evitar una denegación de justicia véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 94, p. 76.

¹¹⁰ Sobre ello véase el documento de la ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, pp. 15 y ss.

¹¹¹ Véase aquí el «Study of the Legal Framework on Human Rights (...)», *op. cit.*, nota 108, p. 69.

¹¹² Sobre este aspecto y los distintos requisitos que exigen los ordenamientos autónomos en este ámbito véase el documento de la ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, pp. 12 y ss. Aunque la LOPJ no establece un foro análogo al del art. 6 del Reglamento, se ha sugerido su desarrollo judicial para evitar tratamientos desiguales entre domiciliados en Estados miembros y Estados terceros, como señalan VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 94, p. 217.

¹¹³ Acerca del debate sobre la exclusión de este tipo de criterios en relación con el proyecto de Convenio de La Haya sobre la competencia internacional y la eficacia de decisiones extranjeras véase la comunicación KESSÉDJIAN, C., «Les actions civiles pour violations des droits de l'homme - aspects de droit international privé», *Travaux du Comité Français*, Années 2002-2003, 2003-2004, París, A. Pedone, 2005, p. 163.

¹¹⁴ Relacionado con ello y sobre la base de la realización de actividad empresarial en Suiza a falta de establecimientos permanentes en tal país en el momento de interponer la demanda se justificó en

críticas doctrinales, se ha sostenido que cabría entender el recurso a esta vía como excepcionalmente justificado en ciertas ocasiones para este tipo de litigación, quizá con carácter subsidiario y de manera similar al foro de necesidad¹¹⁵.

A título ilustrativo, en la escasa práctica relativa a esta clase de litigios observada hasta el momento en países de la UE cabe aludir por una parte a Holanda, cuyos tribunales han asumido competencia en las acciones interpuestas en ese país contra la filial nigeriana de Shell y la sociedad matriz holandesa en los conocidos como casos *Shell holandeses*¹¹⁶ basándose en el art. 7 del Código de procedimiento civil de este Estado miembro. Este precepto permite, con el mismo objetivo extensivo del art. 6 del Reglamento 44/2001 descrito en líneas anteriores, atraer ante la jurisdicción holandesa a una filial extranjera¹¹⁷ al existir competencia en relación con la empresa madre holandesa¹¹⁸ siempre que se pruebe la suficiente conexión entre las demandas —dadas las circunstancias del supuesto y los daños verificados—.

Por último, debe referirse la importancia que ha revestido en este tipo de litigación el posible recurso al correctivo flexibilizador conocido como *forum non conveniens*¹¹⁹, identificado tradicionalmente en la órbita del *Common Law* —aunque se ha defendido su aplicación en doctrina de tradición continental y ya es incorporado con diversos matices en instrumentos internacionales¹²⁰—. Este mecanismo procesal permite un margen de discrecionalidad según ciertas condiciones en la búsqueda del foro más apropiado, en el difícil equilibrio entre los valores de previsibilidad, proximidad y seguridad jurídica, y dada la naturaleza del tipo de litigios que aquí se examinan, resulta

primer término la competencia en el asunto contra IBM —accionado por representantes de la etnia gitana por hechos relacionados con proveer apoyo tecnológico al régimen nazi—, desestimado finalmente por prescripción [BGE 131 III 153 = Pra. 94 (2005), Nr. 150], véase al respecto SCHWENZER, I. y HOSANG, A. F., «Menschenrechtsverletzungen - Schadenersatz vor Schweizer Gerichten», *SZIER/RSDIE*, 2011, núm. 2, p. 284.

¹¹⁵ Al respecto, REQUEJO ISIDRO, M., «*Transnational human right claims* y acceso a la jurisdicción civil en Europa», *RDCE*, 2007, núm. 27, pp. 544 y ss.

¹¹⁶ Sobre el supuesto de hecho y la fundamentación jurídica del caso véase ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 104 y ss. y 208 y ss. En enero de 2013 se desestimaron las pretensiones contra la matriz por falta de pruebas, apreciándose la acción contra la filial; véase al respecto la información resumida sobre el seminario celebrado en el Max Planck Institute de Luxemburgo, accesible en http://conflictoflaws.net/2013/the-kiobel-judgment-of-the-us-supreme-court-and-the-future-of-human-rights-litigation-seminar-at-the-mpi-luxembourg/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29.

¹¹⁷ Lo cual ha sido calificado por algunos autores como exorbitante, véase en tal sentido BONFANTI, A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milán, Giuffrè, 2012, p. 382.

¹¹⁸ En relación con la matriz resultaba clara tal competencia al amparo del Reglamento Bruselas I.

¹¹⁹ Sobre el funcionamiento de este mecanismo véase BRAND, R. A. y JABLONSKI, S. R., *Forum non conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹²⁰ Desde la perspectiva española se ha sostenido que podría desempeñar una funcionalidad similar la utilización de cláusulas como el abuso de Derecho, el fraude o la mala fe del demandante como eventual corrección al recurso a los tribunales españoles en este tipo de litigación, teniendo en cuenta que se está litigando en un ámbito sensible como es la protección de derechos humanos, como ha señalado REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 214 y ss.

delicado sopesar adecuadamente estos valores en función de los intereses de las distintas partes. Además de su relevancia en el caso de Estados Unidos¹²¹, desde la óptica de la UE debe prestarse especial atención a la práctica en Reino Unido. En materia de *transnational human rights claims* ante los tribunales británicos ha tomado relieve el recurso al *forum non conveniens* en diversos asuntos, como *Spiliada Maritime Corporation c. Cansulex Ltd*¹²², el ya citado *Lubbe c. Cape*¹²³, *Connelly c. RTZ*¹²⁴ y *Sithole & Others c. Thor Chemicals Holdings Ltd & Anor TLR*¹²⁵. En *Spiliada* se señaló que resultaba fundamental identificar el foro ante el que los intereses de las partes y la finalidad de la justicia podían resultar mejor conjugados, lo cual se determinaría mediante un test de dos fases, localizándose el otro posible tribunal en la primera y pudiéndose impedir en la segunda la inhibición del tribunal británico si el demandante sostiene que la remisión podría dificultar una tutela judicial efectiva¹²⁶. En los asuntos *Connelly*, *Lubbe* y *Sithole* se rechazaron las peticiones de remisión competencial al considerar que podría implicar una denegación de justicia ligada a la imposibilidad de obtener asistencia jurídica en el extranjero¹²⁷, pese a que numerosos aspectos del supuesto de hecho mostrasen vínculos más próximos a efectos de su enjuiciamiento con los tribunales de Estados terceros.

Debe tenerse en cuenta aquí la trascendencia de la sentencia del TJUE en el asunto *Owusu*¹²⁸, en tanto se entiende que conlleva excluir el posible juego del *forum non conveniens* en casos en que una de las partes demandadas esté domiciliada en un Estado miembro. Ello implica acabar con ciertas dudas generadas con anterioridad en la jurisprudencia de Reino Unido¹²⁹, dado que se había sostenido que cabría admitir una remisión competencial en favor de tribunales de Estados terceros pese a localizarse el domicilio del demandado en un Estado miembro.

¹²¹ Véase respecto al papel del ATS y al obstáculo que puede representar este correctivo, DE JONGE, A., *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011, pp. 110 y ss.

¹²² [1987] AC 460.

¹²³ Debe señalarse que cuestiones consideradas esenciales, como la imposibilidad de acudir al *forum non conveniens* partiendo del art. 2 del Convenio de Bruselas, o bien determinar si remitir el asunto atentaría contra el art. 6 CEDH, no fueron resueltas al hilo de este asunto, como se destaca en ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 99, y asimismo MUCHLINSKI, P., «Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, núm. 1, pp. 1 y ss.

¹²⁴ [1998] AC 854.

¹²⁵ 2000 WL 1421183.

¹²⁶ Sobre ello, CHAMBERS, R., «Is Home State Litigation in the Way to Fill the Lacuna in Corporate Legal Accountability for Human Rights Violations Perpetrated in Host States?», en BANAKAS, S., *Global Wrongs and Private Law Remedies and Procedures*, Londres, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011, p. 184.

¹²⁷ Véase al respecto MEERAN, R., «Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States», *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3:1, 2011, p. 11.

¹²⁸ STJ de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02.

¹²⁹ Por ejemplo, en el asunto *Harrods (Buenos Aires) Ltd* (1991) 4 All ER 334, (1992) Ch. 72 (C.A.). Véase al respecto AMAO, O., *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational Corporations in Developing Countries*, Londres-Nueva York, Routledge, 2011, pp. 264 y ss.

3.2.3. *El escenario tras la revisión del Reglamento 44/2001*

El nuevo Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹³⁰ ha supuesto la adopción de la versión revisada del Reglamento Bruselas I, y resultará aplicable a partir del 10 de enero de 2015 vinculando a todos los Estados miembros excepto a Dinamarca. La reforma no ha introducido, y era esperable, un precepto específico para el tipo de litigios que aquí se examinan, como quizá reclamaría por su especial trascendencia esta clase de litigación. Un foro especial hubiese podido focalizarse en la residencia de la víctima o en la identificación de bienes o actividad de la empresa en territorio comunitario, criterios que perderían su posible calificación de exorbitantes dada la particular naturaleza de la materia¹³¹. Respecto a ello, el art. 25 de la Propuesta de revisión¹³² recogía por ejemplo, con ciertas condiciones y a modo de competencia subsidiaria, una previsión basada en la localización de patrimonio del demandado en territorio comunitario de no resultar competente el tribunal de un Estado miembro mediante las competencias establecidas en artículos anteriores; tal posibilidad desaparece en el texto finalmente aprobado.

Por otra parte, el texto adoptado, sin duda mucho menos ambicioso que la Propuesta que lo precedió, no ha consagrado el que se consideraba uno de los objetivos principales de la reforma: la supresión de la conexión comunitaria, esto es, la extensión del régimen de competencia a los domiciliados en terceros Estados¹³³. Ello hubiera permitido que la operatividad de las reglas contenidas actualmente en los arts. 5.3, 5.4, 5.5 y 6 y descritas en líneas anteriores hubiese dejado de depender de una vinculación con el territorio de la UE, lo cual constituye como se ha señalado un claro obstáculo para las acciones que nos ocupan. Las limitaciones de uniformidad en la atribución de competencia internacional a nivel comunitario y la remisión a las legislaciones nacionales va a seguir generando inseguridad jurídica y falta de previsibilidad para afrontar las acciones que analizamos. No obstante, en la versión revisada los

¹³⁰ DO L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

¹³¹ Sobre esto, KESSEDJIAN, C., *op. cit.*, nota 113, pp. 162 y ss.

¹³² Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2010) 748. Acerca de los trabajos relativos a la posible revisión del Reglamento Bruselas I, en cuanto a objetivos más ambiciosos de reforma y la introducción de criterios atributivos de competencia sensibles a la materia aquí tratada, pueden verse los informes del *Groupe européen de droit international privé* (GEDIP) recogidos en FALLON, M. et al. (coed.), *Le droit international privé européen en construction: Vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge y otros, Intersentia, 2011, en especial pp. 702 y ss.

¹³³ Sobre ello véase DE MIGUEL ASENSIO, P., «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, 31 de enero de 2013, núm. 8013, p. 12, quien indica que el propio art. 79 del nuevo Reglamento emplaza a considerar tal extensión en una futura revisión. Téngase en cuenta que el 26 de julio de 2013 la Comisión ha presentado una Propuesta de modificación del Reglamento Bruselas I bis [COM (2013) 554 final] con la previsión de consagrar dicha extensión en relación con la adaptación al Acuerdo TUP en materia de patentes, por tanto de forma limitada, y pretendiendo que ello tuviese asimismo efectos a partir de 10 de enero de 2015, como ilustra el Prof. Dr. Pedro de Miguel en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>.

preceptos específicos en relación con el contrato individual de trabajo sí se desligan —como en el caso de los consumidores— del requisito de la localización del domicilio del demandado (empresario) en un Estado miembro, más allá del matiz específico de la presencia de establecimientos que ya existe en la actualidad. Asimismo, desaparece la exigencia de la domiciliación de una de las partes en un Estado miembro del art. 23 del Reglamento en el nuevo art. 25 relativo a los acuerdos de elección de foro.

Junto a lo anterior, y en la materia que aquí se examina, creo que cabe lamentar la falta de previsión en el nuevo Reglamento reformado de un foro de necesidad, como sugería el art. 26 de la Propuesta. Tal precepto planteaba la asunción de competencia internacional por el tribunal de un Estado miembro por necesidad y de forma excepcional, al no atribuirse competencia por cualquier otra vía contemplada en el instrumento, particularmente y con ciertos requisitos si no podía litigarse en un tercer Estado o bien no pudiese obtenerse eficacia de una decisión dictada en un Estado tercero en un Estado miembro, exigiéndose en cualquier caso una conexión suficiente con el foro abierto por razón de necesidad. El requisito de verificar una vinculación bastante con el tribunal al que se acude se ha justificado como delimitación frente al ejercicio de jurisdicción universal, argumentando que tal conexión no debe ser excesiva pero sí suficiente según una serie de elementos del supuesto de hecho, con un margen de apreciación de los tribunales según el caso concreto¹³⁴. Desde una óptica de Derecho comparado, partiendo del art. 3 relativo al foro de necesidad en la ley de DIPr suiza, que exige la imposibilidad de litigar en el extranjero y la existencia de vínculos suficientes con el territorio suizo, se ha alertado de que una interpretación estricta de estos términos impediría el acceso a la litigación en tal país de víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero¹³⁵. En cualquier caso, resulta criticable la omisión de un *forum necessitatis*, atenuado en mayor o menor medida, en la redacción final del Reglamento Bruselas I revisado, lo cual supone un síntoma más del desinterés en dar acogida al tipo de acciones que examinamos.

Por otro lado, merece la pena apuntar en este contexto que el ejercicio de una posible remisión inspirada en el modelo de *forum non conveniens*, finalmente no prevista por el Reglamento 1215/2012, podría haber perjudicado la previsibilidad jurídica y el acceso a la justicia, implicando incluso una posible denegación de la misma¹³⁶.

¹³⁴ Lo indica el doc. del ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, pp. 32 y ss., aludiendo al precedente que supone el art. 18.3 del proyecto de Convenio de La Haya sobre la competencia internacional y la eficacia de decisiones extranjeras, y citando asimismo la previsión del *forum necessitatis* en los *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*. Se ha argumentado, por otro lado, que la propia naturaleza del foro de necesidad desaconsejaría exigir el vínculo entre el caso y el foro, y si se reclamase, debería ser una conexión débil para proteger adecuadamente los bienes jurídicos vulnerados, en REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos...», *op. cit.*, nota 16, pp. 282 y ss.

¹³⁵ BUCHER, A., «Commentaire romand - Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano», Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 64.

¹³⁶ Ello se subrayó en el debate previo a la adopción del texto revisado, como indica ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 148 haciendo referencia a la opinión formulada por diversas organizaciones civiles británicas y accesible en <http://corporate-responsibility.org/>

Cabe aludir asimismo en materia de *human rights claims* contra empresas a una posibilidad que la Propuesta de reforma no llegó a considerar, vinculada al ejercicio de la jurisdicción civil universal, objeto de interés doctrinal y de diversas propuestas legislativas¹³⁷. Trasladando el debate en torno a la justificación de una jurisdicción penal universal¹³⁸, se fundamentaría de manera similar partiendo de la gravedad de los ilícitos cometidos en vulneración del Derecho internacional, pudiendo resultar necesaria la intervención de los tribunales de un Estado pese a la inexistencia de puntos de contacto con tal foro. Se ha debatido acerca de la receptividad a la jurisdicción civil internacional en los Estados miembros, claramente dudosa y ligada a la posibilidad de jurisdicción penal universal¹³⁹, respecto a la cual en casos como el español o el belga la doctrina ha llamado la atención sobre lo decepcionante del resultado de este tipo de litigación¹⁴⁰. Como se ha constatado en líneas anteriores, la práctica estadounidense está dando pasos hacia el rechazo a esta vía, y a la vista de lo frustrante de la revisión del Reglamento 44/2001 en materia de acciones por abusos contra los derechos humanos, quizá resultaría más realista reclamar la futura previsión, entre otros, de un foro de necesidad, mecanismo presente en diversos ordenamientos autónomos de Estados miembros e instrumentos comunitarios.

Considero, por todo lo anterior, que hubiese resultado deseable suprimir ya la conexión comunitaria en el Reglamento revisado, estableciendo una regulación en la esfera de la UE uniforme para la atribución de competencia internacional que resultase sensible al tipo de acciones que aquí se examinan mediante la previsión de foros adecuados a tal efecto; en este sentido, la mera supresión por ejemplo de la conexión comunitaria sin establecer criterios apropiados para estas acciones no resultaría por sí misma ventajosa frente a la operatividad de modo residual de los foros de los sistemas autónomos¹⁴¹.

wp-content/uploads/2010/01/owusu_submission2.pdf. Sin embargo, admitiendo como directriz en estos casos un posible *forum non conveniens* limitado, el doc. del ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, p. 39.

¹³⁷ Por ejemplo cabe citar el proyecto de Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (http://www.interamericanbarfoundation.org/Ley_Modelo_Latinoamericana.html), en que aparece esta noción, aunque ligada al concepto de foro de necesidad; véase al respecto ÁLVAREZ RUBIO, J. J. *et al.*, «A propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (la Ley Modelo Dahl)», *Revista de Estudios Jurídicos*, 2011, núm. 11, p. 11.

¹³⁸ Véase sobre ello VAN HOEK, A. A. H., «Transnational corporate social responsibility — some issues with regard to the liability of European corporations for labour law infringements in the countries of establishment of their suppliers», available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113843>, pp. 7 y ss.

¹³⁹ Al respecto, aludiendo en la esfera comunitaria a la posible acumulación de la acción civil y la penal ex art. 5.4 del Reglamento Bruselas I, REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 171 y ss.

¹⁴⁰ Sobre ello, NIEVA FENOLL, J., «El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes», *REDI*, 2013, núm. 1, p. 137.

¹⁴¹ Coincido en esta línea con lo ya apuntado en su momento en relación con la Propuesta de revisión en REQUEJO ISIDRO, M., «Litigación civil internacional por abusos...», *op. cit.*, nota 16, p. 281. También advirtiendo del riesgo de cómo interactuaría el régimen del Reglamento revisado y el recurso a los regímenes residuales véase ENNEKING, L. F. H., *Foreign direct liability...*, *op. cit.*, nota 9, p. 151.

3.3. La concreción de la ley aplicable en este ámbito

Partiendo de la posibilidad de atribución competencial a los tribunales de un Estado miembro para conocer de las acciones civiles que nos ocupan, debe subrayarse en primer término que en la doctrina se ha distinguido entre el aspecto relativo a la constatación de si se ha realizado una conducta de la que pueda derivarse responsabilidad, y las implicaciones que su ilicitud puede llevar aparejadas¹⁴². El primer aspecto quedaría sometido según este modelo a la esfera del Derecho internacional, mientras que para la determinación de las consecuencias asociadas al ilícito, como el alcance y carácter de la reparación, debería acudir en general, por falta de respuesta a través de la primera vía, a las normas de conflicto que localicen la concreta ley aplicable.

Se ha prestado en cuanto a lo segundo especial atención a las previsiones de DIPr en materia de responsabilidad extracontractual dada la naturaleza de estos supuestos, en tanto este tipo de abusos no suele vincularse a relaciones contractuales¹⁴³; si se considerase un caso en el marco de un contrato laboral, cabría dirigir el análisis a la correspondiente normativa de DIPr —en la UE, el Reglamento Roma I¹⁴⁴—.

3.3.1. *La regulación establecida en el Reglamento Roma II y posibilidades de reforma*

Desde la perspectiva del DIPr comunitario, la responsabilidad extracontractual vendrá regida en estos casos por lo previsto en el Reglamento Roma II¹⁴⁵, siempre que los hechos generadores de daño se produzcan después de enero de 2009. Este instrumento comunitario, de aplicación *erga omnes*, no recoge un precepto específico dedicado a los supuestos que aquí se examinan, por lo que en general, y admitiéndose la improbabilidad de una elección de ley por las partes, se recurriría a la regla del art. 4, basado en la ley del lugar del daño como concreción de la regla de *lex loci delicti* —pudiéndose aplicar un conjunto de leyes según los respectivos daños verificados de forma plurilocalizada—. Ello puede excepcionarse a favor de la ley del lugar de residencia habitual común de víctima(s) y demandado(s) (art. 14.2) o según el art. 14.3, de existir vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto al identificado según los apartados anteriores. Ambas vías introducen una interesante medida de flexibilización ante la regla general de la ley del lugar del daño, que puede conducir a una normativa poco sensible a la protección de los derechos humanos. En el caso de la cláusula de escape, el precepto cita a modo ejemplificativo la presunción de preexistencia de una

¹⁴² En este sentido, KESSEDIAN, C., *op. cit.*, nota 113, pp. 169 y ss.

¹⁴³ Lo matiza el informe de la ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, p. 22.

¹⁴⁴ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO 177, de 4 de julio de 2008, no aplicable en Dinamarca.

¹⁴⁵ Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DO L 199, de 31 de julio de 2007.

relación entre las partes, como la contractual, y se ha destacado asimismo que fundamentándose el Reglamento en los principios de previsibilidad y certeza, cabría recurrir sólo excepcionalmente a este mecanismo¹⁴⁶.

Siguiendo una tendencia de especialización, cabe hacer referencia, en el articulado del Reglamento Roma II, como normas específicas de aplicación prioritaria a las generales, por ejemplo al art. 5 relativo a la responsabilidad por productos defectuosos, que en el caso de los Estados miembros que sean parte, como España, del Convenio de La Haya de 1973 sobre responsabilidad por productos, se ve desplazado por la aplicación de tal instrumento. Cabría pensar en la aplicación del sistema de combinación de conexiones previsto —un modelo particularmente complejo en el Convenio de 1973— para ciertos supuestos en que un producto defectuoso hubiese ocasionado, por ejemplo, un grave daño a la salud. Otra regla específica en el Reglamento Roma II que puede resultar aplicable en el contexto que nos ocupa alude en el art. 8 a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, basándose en la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección, y teniendo en cuenta prioritariamente en el caso de derechos de propiedad intelectual comunitarios las normas de los instrumentos especializados de la UE.

Por otro lado, destaca en este ámbito el caso del daño medioambiental —véase sobre la amplitud de la noción el Considerando 24 del Reglamento—, en que se dispone del específico art. 7, que ofrece una *optio iuris* al demandante para elegir entre la *lex damni* y la ley correspondiente al país del hecho generador del daño¹⁴⁷. Se posibilitará así el recurso a la ley del lugar de origen del daño —por ser, por ejemplo, el lugar en que se tomó cierta decisión empresarial—, que puede conducir a la ley de un país en que los estándares de protección resulten mucho más elevados que los que conllevaría aplicar la normativa de un país en vías de desarrollo¹⁴⁸.

En este punto cabe detenerse en ciertas reglas del Reglamento Roma II que incidirán en la aplicación de la normativa descrita; se trata, por una parte, de las normas imperativas del foro señaladas en el art. 16, esenciales para la protección del sistema político, social y económico de un país y a considerar con independencia de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. Habrá que ver qué papel pueden jugar en el futuro estas medidas de salvaguardia de los intereses públicos del foro, como regulaciones sociales o medioambientales, en el ámbito que examinamos, en que se evalúan actividades frecuentemente desarrolladas en terceros Estados¹⁴⁹. Debe tenerse asimismo en cuenta

¹⁴⁶ ENNEKING, L. F. H., «The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and the Rome II Regulation», *European Review of Private Law*, 2008, núm. 2, pp. 300 y ss.

¹⁴⁷ VAN DAM, C., *op. cit.*, nota 28, pp. 231 y ss.

¹⁴⁸ Aludiendo al caso *Trafigura*, que se presentó ante los tribunales británicos y se cerró mediante un acuerdo extrajudicial —instándose la vía penal en Francia y Holanda— y que constituye un ejemplo de la comparativa entre los estándares enunciados, véase ENNEKING, L. F. H., «Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases», *The George Washington International Law Review*, vol. 40, 2009, p. 928.

¹⁴⁹ Afirmando que de momento sólo cabe especular sobre su incidencia, ENNEKING, L. F. H., «The Common Denominator of the Trafigura Case...», *op. cit.*, nota 146, p. 304.

aquí la posibilidad de que opere la excepción a la aplicación de la ley extranjera prevista en el art. 26 del Reglamento, por manifiesta incompatibilidad con el orden público del foro. Al respecto debe subrayarse que el propio Considerando 32 del instrumento ejemplifica como posible contrariedad al orden público la asignación por una determinada normativa de «daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva», considerando las circunstancias del supuesto y el encuadre en la concreta *lex fori*¹⁵⁰. Por otra parte, el art. 17 alude a las denominadas normas de seguridad y comportamiento, estipulando que a efectos de evaluar la conducta del presunto responsable deben tenerse en cuenta, en cierta medida y como una cuestión de hecho, tales reglas que resulten vigentes en el lugar y el momento correspondiente al hecho que genere la responsabilidad. En la doctrina se ha afirmado que esta previsión podría facilitar tener en cuenta los elevados estándares de protección de un determinado país pese a la aplicación de la ley de un Estado tercero, por ejemplo para calificar una conducta como de mala fe o desprovista de la debida diligencia, pese a las posibles maniobras de las empresas, deslocalizando sus actividades, para evitarlo¹⁵¹. Téngase presente por último que el reenvío queda excluido en la operatividad del Reglamento según su art. 24. En cuanto al ámbito de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, el art. 15 recoge, siguiendo un principio unitario, un listado no exhaustivo de aspectos, entre los que figuran el alcance y las causas de exoneración, la evaluación del daño, el cálculo de la indemnización y la prescripción.

Por último, cabe hacer alusión aquí a las vulneraciones de los derechos de la esfera de la personalidad, que resultan citados en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este tipo de ilícitos está excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II [art. 1.2.g)]¹⁵², lo cual conduce por el momento a la aplicabilidad de la normativa autónoma de DIPr —en el caso español, el art. 10.9 CC, cuya interpretación es debatida y se cuestiona si debe seguir el patrón hermenéutico del Reglamento Roma II¹⁵³—. En este sentido, se impulsa ahora desde las instituciones comunitarias una medida que había venido recibiendo respaldo doctrinal, consistente en diseñar una norma de conflicto relativa a las violaciones de derechos de la personalidad para su incorporación mediante una revisión del Reglamento¹⁵⁴. Considero adecuado tratar de paliar en un

¹⁵⁰ Se ha subrayado que estos límites girarán en general en torno a los derechos fundamentales reflejados en los diversos marcos constitucionales, y vinculados por ejemplo asimismo a la CEDH, según indica el documento del ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, p. 25.

¹⁵¹ ENNEKING, L. F. H., «The Common Denominator of the Trafigura Case...», *op. cit.*, nota 146, p. 305.

¹⁵² Lo indica el informe «Oxford Pro Bono Publico. Submission to John Ruggie November 2008: Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse», pp. 124 y ss., accesible en: <http://www.reports-and-materials.org/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>.

¹⁵³ TORRALBA MENDIOLA, E., «La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo», *InDret*, 2012, núm. 1, p. 23. La autora alude a la presión ejercida en su momento por los *lobbies* para lograr la exclusión de este ámbito del alcance del Reglamento.

¹⁵⁴ Sobre tal iniciativa, véase el análisis realizado por el Prof. Dr. Pedro de Miguel en su *blog* <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/06/propuesta-del-parlamento-europeo-en.html>, y la Resolución

futuro próximo la injustificada exclusión de este ámbito del instrumento comunitario, en aras de ofrecer seguridad jurídica mediante una regulación uniformizada, que debe encontrar el necesario equilibrio frente a la libertad de prensa y expresión. La formulación final de tal regla creo que convendría que se focalizase, siguiendo la estela de la antes citada sentencia del TJUE en el asunto *eDate*, en el centro de intereses o residencia habitual de la víctima, con posibles matices asociados al lugar de origen o manifestación del daño y al ejercicio de la mencionada libertad de expresión.

4. REFLEXIONES FINALES

Como fue destacado en el *Forum on Business and Human Rights*¹⁵⁵ organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas y celebrado en Ginebra en diciembre de 2012, debe seguirse potenciando el acceso efectivo a mecanismos de reparación para las víctimas de abusos contra los derechos humanos cometidos por empresas. No puede afirmarse que el tratamiento concreto de la litigación civil internacional para estos casos resulte actualmente satisfactorio a nivel global; parece que en el modelo emblemático de Estados Unidos se ha registrado una regresión, y los Estados miembros de la UE, que pueden —y deberían¹⁵⁶— convertirse en una alternativa —con ciertos inconvenientes procesales¹⁵⁷—, no son calificables a día de hoy como foros receptivos a esta clase de acciones. De todos modos, no cabe obviar el hecho de que de obtenerse una decisión judicial en esta materia en un Estado miembro, frente a su circulación intracomunitaria gracias al modelo del Reglamento Bruselas I, también en su versión revisada¹⁵⁸ ya construida con ciertas salvaguardas sobre la supresión del exequátur, podrán existir problemas de eficacia en Estados terceros, faltando un convenio multilateral que facilite este aspecto¹⁵⁹. Ello no obsta en cualquier caso para subrayar la importancia intrínseca de esta litigación, pese a que sean frecuentes los acuerdos de carácter extrajudicial, en aras de visualizar de forma pública

ción del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento (CE) núm. 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

¹⁵⁵ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ForumonBusinessandHR2012.aspx>.

¹⁵⁶ Lo afirma, por ejemplo, la *European Coalition for Corporate Justice*, a la vista del resultado en Estados Unidos en el asunto *Kiobel*, <http://www.corporatejustice.org/The-decision-released-by-the-U-S.html?lang=en>.

¹⁵⁷ Por ejemplo, para la obtención de pruebas y la previsión de acciones colectivas, véase al respecto KESSEDJIAN, C., *op. cit.*, nota 113, pp. 166 y ss.

¹⁵⁸ Obsérvese que persiste en ella la mención al orden público como motivo de denegación de reconocimiento y ejecución, no vinculado al control sobre la atribución de competencia.

¹⁵⁹ Más allá del limitado alcance del Convenio de La Haya de 1971 sobre eficacia de decisiones extranjeras, acerca de los trabajos de la Conferencia de La Haya en este ámbito véase el informe de la ILA «Final Report...», *op. cit.*, nota 23, p. 36, y asimismo sobre el estado actual de la cuestión y posibles avances futuros en la Conferencia de La Haya en torno a un instrumento internacional conteniendo reglas de competencia directa e indirecta véase BORRÁS, A., «Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (9-11 de abril de 2013)», *REDI*, 2013, núm. 2, *en prensa*.

los graves abusos, incidiendo en los comportamientos empresariales y en las políticas legislativas, e incluso permitiendo asistir, se ha dicho, terapéuticamente a las víctimas¹⁶⁰.

Las víctimas de este tipo de casos se encuentran en una situación lastrada por evidentes desequilibrios, entre otros de carácter económico¹⁶¹, frente a las empresas. Ante los frecuentes problemas de acceso a la justicia en los países en desarrollo que resultarían foros potenciales evidentes en muchos casos —con reseñables excepciones, como el asunto *Chevron* enjuiciado en Ecuador¹⁶²—, las herramientas de DIPr en el caso específico de los Estados miembros de la UE muestran graves deficiencias. El interés en ofrecer respuestas legislativas que desde esta disciplina se ha focalizado hasta la fecha, en un mundo con crecientes interconexiones, en fomentar la actividad comercial de las multinacionales sin conjugarla adecuadamente con la debida protección de los derechos humanos¹⁶³. Resulta urgente una respuesta jurídica contundente, desde las distintas disciplinas del Derecho, ante este tipo de supuestos graves, con una implicación real de los diversos operadores de la comunidad internacional.

RESUMEN

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS Y RESPUESTAS EN LA UE

Los ejemplos de litigación civil internacional por supuestos de violaciones de derechos humanos realizadas por sociedades se han asociado tradicionalmente al sistema estadounidense, con el protagonismo claro del *Alien Tort Statute*. Sobre esta ley se han planteado numerosas dudas acerca de su interpretación y operatividad en los últimos años, un contexto en que destaca la reciente adopción del pronunciamiento de la *Supreme Court* el pasado mes de abril de 2013 en el asunto *Kiobel*. Junto a las vías para interponer este tipo de acciones en Estados Unidos se ha prestado asimismo una creciente atención por parte de los operadores jurídicos a las posibilidades abiertas en otros países, como es el caso de los miembros de la Unión Europea. Cabe abordar en tal sentido la cuestión de si las herramientas jurídicas diseñadas por el legislador comunitario ofrecen mecanismos adecuados para este tipo de litigación, calificada como una posible respuesta y en que destaca el obstáculo

¹⁶⁰ En torno al debate de la relevancia de estas acciones pese a los problemas para su eficacia véase de forma muy ilustrativa REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 284 y ss.

¹⁶¹ Sobre las dificultades para sufragar este tipo de procesos, CHAMBERS, R., *op. cit.*, nota 126, pp. 189 y ss.

¹⁶² Véase sobre esta decisión de la justicia ecuatoriana, y sobre los problemas posteriores de ejecución de la sentencia en los últimos años, <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>. Se citan también en este contexto el asunto *Baleke and Others v. Attorney General and Two Others*, en que se ha dictado sentencia favorable a los demandantes en Uganda, susceptible de recurso, y el asunto relativo a las comunidades adivas en Orissa juzgado en India, como señala ZAMORA CABOT, F. J., «Acaparamiento de tierras (*land grabbing*) y empresas multinacionales: el caso *Mubende-Neumann*», *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013, núm. 5.

¹⁶³ Acerca de este aspecto puede verse MUIR WATT, H., «Aspects économiques du droit international privé», *Rec. des Cours*, t. 307, 2004, pp. 293 y ss.

de la determinación de la competencia judicial internacional. Se constatan en materia de Derecho internacional privado comunitario las carencias de instrumentos como el Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma II y las oportunidades perdidas en los procesos para su adopción o revisión. Resulta útil examinar también en este ámbito las previsiones de los ordenamientos autónomos y la importancia de los mecanismos de prevención en la lucha contra estos graves abusos, ante los que no parece existir por otro lado interés o consenso en propiciar, como sería deseable, que el Derecho internacional público ofrezca protección suficiente.

Palabras clave: derechos humanos, empresas, litigación civil internacional, modelo estadounidense, Derecho internacional privado comunitario y ordenamientos autónomos.

ABSTRACT

PRIVATE INTERNATIONAL LAW FACING CORPORATE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND THE RESPONSE OF THE EU

Examples of international civil litigation involving cases of corporate human rights violations have traditionally been heard in the United States system, with a preeminent role being taken in this regard by the *Alien Tort Statute*. In recent years, many doubts have been raised as to the interpretation and application of this statute, most specifically in relation to the adoption in April 2013 of the Supreme Court's decision in the *Kiobel* case. Along with procedures for filing such claims in the United States, increasing attention has been paid by legal practitioners to the possibilities for filing similar claims in other countries, above all in the member States of the European Union. Here, what needs to be determined is whether the legal instruments designed by the European Union offer adequate mechanisms for initiating this kind of litigation and for providing a response, in a context in which the difficulties for the determination of international jurisdiction are great. In European Union Private International Law, this article identifies the shortcomings of such instruments as the Brussels I Regulation and the Rome II Regulation and the opportunities that have been missed in a number of cases in the processes for their adoption or review. It is also useful in this context to examine the provisions made in the internal autonomous legislations and the relevance of the mechanisms of prevention in the struggle against these serious abuses, against which there does not seem to exist sufficient interest or agreement, as would be desirable, to ensure that Public International Law might offer adequate protection.

Keywords: human rights, enterprises, international civil litigation, United States model, European Union Private International Law and autonomous legislations.

RÉSUMÉ

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FACE AUX VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS COMMISES PAR LES ENTREPRISES ET LES RÉPONSES DANS L'UE

Les exemples de procédure civile internationale pour des violations présumées des droits humains effectuées par des sociétés ont été généralement associés au système des Etats-Unis, avec un rôle évident du *Alien Tort Statute*. Au sujet de cette loi, un certain nombre de doutes ont été émis ces dernières années quant à son interprétation et son efficacité; ceci ressort de l'arrêt de la *Supreme Court* du mois d'avril 2013 dans l'affaire *Kiobel*. A côté des voies de droit prévues aux Etats-Unis pour ce type d'actions une attention grandissante a également été prêtée par les opérateurs juridiques aux possibilités ouvertes dans d'autres pays, comme c'est le cas de l'Union européenne. En ce sens, il faut mentionner la question

de savoir si les outils juridiques conçus par le législateur communautaire offrent les mécanismes adéquats pour ce type de procédure, qualifiée comme une réponse possible et dans laquelle il faut souligner l'obstacle de la détermination de la compétence judiciaire internationale. On constate, dans le domaine du droit international privé communautaire, des carences dans les instruments tels que le Règlement Bruxelles I et le Règlement Rome II et des occasions perdues lors des procédures visant à leur adoption ou à leur révision. Il est également utile d'examiner dans ce domaine les normes des ordres juridiques autonomes et l'importance des mécanismes de prévention dans la lutte contre ce type d'abus graves, pour lesquels, par ailleurs, il semble qu'il n'y ait guère d'intérêt ou de consensus pour favoriser, comme cela serait souhaitable, que le droit international public prévoie une protection suffisante.

Mots clés: droits humains, entreprises, procédure civile internationale, modèle des Etats-Unis, droit international privé communautaire et ordres juridiques autonomes.