

Francisco J. Zamora, Jesús García Cívico y
Lorena Sales Pallarés
(eds.)

La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos



CÁTEDRA DE DEMOCRACIA
Y DERECHOS HUMANOS

que deben presentar anualmente al *Securities and Exchange Commission* una divulgación en la que muestren las medidas que la empresa haya adoptado durante el año para identificar y hacer frente a las situaciones de trabajo forzoso, esclavitud, trata de personas y trabajo infantil en su cadena de suministro.

Aunque se pueda pensar que son solo pequeños avances, no podemos finalizar este artículo sin felicitarnos porque en todo caso estos pequeños pasos van encaminados a luchar por la defensa de los derechos humanos. Y eso, siempre es algo importante. Está en nuestras manos, como particulares, como consumidores, ayudar a combatir la trata de personas cada día.

KIOBEL Y LA CUESTIÓN DE EXTRATERRITORIALIDAD

Francisco Javier Zamora Cabot*
Universidad Jaume I

1. INTRODUCCIÓN

Cuando estas páginas vean la luz posiblemente se haya producido la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Kiobel* y, cualquiera que sea su resultado, lo indudable es que constituirá un hito en ese país y en el resto del mundo respecto de los litigios civiles transnacionales sobre las violaciones de los Derechos Humanos. El caso ya es célebre por la importancia de lo que está en juego, el sometimiento, o no, de las empresas multinacionales a la notoria *Alien Tort Claims Act (ATCA)*¹, por el propio futuro de esta, y por la enorme expectación que se ha creado en los medios e instancias interesadas en estas cuestiones, traducida en multitud de tomas de postura hechas públicas en los foros más diversos y, por supuesto, en los de naturaleza académica².

* El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, HURI-AGE, *The Age of Rights*, CSD2008-0007.

¹ 28 USC Sec. 1350. También conocida como *Alien Tort Statute (ATS)*.

² Como, por ejemplo, el Coloquio *A Tort Statute with Aliens and Pirates*, recogido en la *Northwestern University School of Law Review*, vol. 107, 2012. Amplia información sobre los avatares judiciales del caso se puede encontrar, asimismo, v. gr., en <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ShelllawsuitreNigeria>.

Kiobel, en otro orden, se ve singularizado, asimismo, por el acercamiento en *dos tiempos* que ha empleado el Tribunal Supremo para afrontarlo. Así, tras haber admitido entrar a decidir sobre él, se produce una primera vista en febrero de 2012, en la que debía dilucidarse la cuestión del sometimiento de las multinacionales a los mandatos del Derecho internacional público y, por ende, del ATCA. En esos términos estaba emplazada, y así lo había entendido la doctrina, y el que esto suscribe, entre ella³. A inicios de marzo, sin embargo, el Alto Tribunal convoca otra vista, en contra de su práctica habitual, y la centra en el análisis de la *aplicación extraterritorial* de ese texto, celebrándose el 1 de octubre de 2012. Destacable es también el hecho de que el Tribunal Supremo, *sua sponte*, traiga este tema a colación, cuando solo había sido objeto de poco más que referencias marginales en doctrina y las partes no habían hecho una especial incidencia en él. No es que ello se encuentre fuera de sus atribuciones, el Alto Tribunal tiene un poder casi ilimitado pero, desde luego, sorprende la forma en que aquí lo ejerce y, particularmente, el ámbito al que ha proyectado un caso que, en su origen, como dije, se planteaba sobre premisas muy diferentes. El ATCA y su práctica se ven de forma súbita arrojados al sombrío y proceloso océano de la extraterritorialidad de las leyes donde, por ejemplo, surgen, a instancias de varios *Justices* y en la citada vista del 1 de octubre de 2012, temibles criaturas como la «reciprocidad o el agotamiento de los recursos internos»⁴, muy raramente avistadas en los litigios que toman por base aquel texto legal.

Sea como fuere, este es el principal campo de juego que el Tribunal Supremo ha delimitado, y a ello hemos de atenernos. Personalmente no me es desconocido; bien al contrario, pues durante muchos años ha constituido una de mis principales líneas de investigación, plasmadas en variadas publicaciones sobre diversos sectores del ordenamiento. Pero he de reconocer que, habiéndome adentrado desde hace una década mayoritariamente en el ámbito de los Derechos Humanos, no esperaba reencontrarme, precisamente aquí, con la citada extraterritorialidad de las leyes. Tras haber dedicado, asimismo, mucha atención en estos años al ATCA y su práctica, no oculto mi opinión en

³ Vid. mi «*Kiobel v. Royal Dutch Corp.* y los litigios transnacionales sobre Derechos Humanos», en *Papeles el Tiempo de los Derechos*, HURI-AGE, Consolider- Ingenio 2010, número 4, 2011, 13 pp.

⁴ Vid., v. gr., CHILDRESS, T., *What Will the Supreme Court Do With the Alien Tort Statute?*, recogido en <http://conflictoflaws.net/2012/what-will-the-supreme-court-do-with-the-alien-tort-statute/>. Con todo, la cuestión de los recursos internos ya había sido planteada en el *Supplemental Brief for the United States as Amicus Curiae in Partial Support of Affirmance*, Junio de 2012, pp. 22-24.

el sentido de que no creo pertenezcan a la esfera de aquella. Este será el *leitmotiv* de mi modesta aportación en las presentes páginas, en las que concluyo aquí su apartado introductorio, dando paso a un breve muestreo a modo de recordatorio sobre lo que se suele entender por problemas de extraterritorialidad, apartado II, a un enfoque de la solución de los ilícitos civiles en la materia desde la óptica del Derecho internacional privado, Ap. III. y a unas sucintas Conclusiones, apartado IV. Los desarrollo seguidamente.

2. AIDE-MÉMOIRE SOBRE LOS CONFLICTOS DE EXTRATERRITORIALIDAD

Si vinculamos los Estados Unidos con la extraterritorialidad de las leyes, la asociación de ideas es inmediata: conflictos en múltiples órdenes. Conflictos que hacen evidentes juegos de poder, acción unilateral, pretensiones de hegemonía o, más crudamente, voluntad de *Imperio*⁵.

⁵ De ello tratan, por ejemplo, los estudios de MARGOLIES, D.S., «The 'Ill-Defined Fiction' of Extraterritoriality and Sovereign Exception in Late Nineteenth Century U.S. Foreign Relations», *Southwestern Law Review*, vol. 40, 2011, pp. 575-603 y RAUSTIALA, K., «Empire and Extraterritoriality in 20th Century America», recogido en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1831773, 19 pp. Estas derivas imperiales suscitan rechazo, por ejemplo, desde nuestro lado del Atlántico; vid., v. gr., el estudio de GRISEL, G., «La protection des personnes privées des Etats européens contre l'application extraterritoriale excessive du droit américain», en DONGOIS, N., y KILLIAS, M., (eds.), *L'americanisation des droits suisses et continentaux*, Schultess, Zürich, 2006, pp. 321-355. El caudal de estudios sobre la extraterritorialidad es, sencillamente, inabarcable. Entre los más recientes, destacaré, por ejemplo, el muy brillante de STIGALL, D. E., «International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, pp. 323-382. También, los de BENNETT, T. B., «The Canon at the Water's Edge», *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, pp. 101-139; KNOX, J. H., «A Presumption Against Extrajurisdictionality», *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 351-396 y COLANGELO, A. J., «A Unified Approach to Extraterritoriality», *Virginia Law Review*, vol. 97, 2011, pp. 1019-1109. Vinculando los Derechos Humanos y la extraterritorialidad de las leyes, vid., asimismo, entre otros: AUGENSTEIN, D. y KINLEY, D., «When Human Rights 'Responsibilities' Become 'Duties': The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations», *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper*, n.º 12/71, September 2012, 16 pp. En especial, sobre el *Alien Tort Statute*, vid., v. gr., KIRSCHNER, J. A., «Why is the U.S. Abdicating the Policing of Multinational Corporations to Europe?: Extraterritorialism, Sovereignty and the Alien Tort Statute», *University of Cambridge, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series*, n.º 16/2012, June 2012, 69 pp.; BELLIA, A. J. (JR.) y CLARK, B. R., «*Kiobel*, Subject Matter Jurisdiction and the Alien Tort Statute», recogido en <http://ssrn.com/abstract=2008254>; BRADLEY, C. A., «Agora: *Kiobel*. Attorney General Bradford's Opinion and

La defensa del mercado americano a través de la proyección de la normativa de libre competencia o de valores, sería un buen ejemplo, como es bien conocido⁶, habiendo suscitado en el primer orden, por ejemplo, en su momento, las singularísimas «Leyes de Bloqueo», cuya promulgación a cargo de variados países, *partenaires économiques naturels* de los Estados Unidos, no tenía otro fin sino *frustar* los efectos de la aplicación extraterritorial de las leyes del país transatlántico, lo que no es poco decir⁷. Pero, acaso, el paradigma de la extraterritorialidad en un sentido de obstáculo a la normal convivencia entre Estados y sus órdenes legales se encuentra en el sector de las *sanciones económicas internacionales*, de cuya armazón jurídica los Estados Unidos, nuevamente, se encuentran muy fuertemente pertrechados, siendo escasos los países del mundo que, en un momento u otro, no se hayan visto sometidos a sus temibles consecuencias⁸. Traigo

the Alien Tort Statute», *American Journal of International Law*, vol. 106, 2012, pp. 1-22 y FIECHTER, M. K., «Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute: The Effect of *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.* on Future Litigation», *Iowa Law Review*, vol. 97, 2012, pp. 959-979. Estudiando aspectos específicos, en fin, vid., v. gr., ELLIS, J., «Extraterritorial Exercise of Jurisdiction for Environmental Protection: Addressing Fairness Concerns», *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 397-414 ; CLOPTON, Z. D., «Bowman Lives: The Extraterritorial Application of U.S. Criminal Law After *Morrison v. National Australia Bank*», *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 67, 2011, pp. 137-194 y FAIRGRIEVE, D. y LEIN, E., *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford U. Press, Oxford, 2012.

⁶ La literatura científica al respecto es muy copiosa. Entre la más reciente, vid., v. gr., en lo que atiene al sector *Antitrust*, el trabajo de STIGALL, D. E., «International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law», *cit.*, pp. 341-347, y el que publicó bajo el título de «Sobre la *Internacional Comity* en el sistema de D^o internacional privado de los Estados Unidos», en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 19, 2010, 16 pp.; también el de SRINIVASAN, A., «Redressing International Antitrust Agreements- An Analysis of Extraterritorial Antitrust Enforcement», *Research Paper for the Competition Commission of India*, January, 2012, 38 pp., recogido en http://www.cci.gov.in/images/media/ResearchReports/Adhitya_30jan2012.pdf. Respecto del mercado de valores y su normativa, entre otros, vid., v. gr., BRILMAYER, L., «The New Extraterritoriality: *Morrison v. National Australia Bank*, Legislative Supremacy, and the Presumption Against Extraterritorial Application of American Law», *Southwestern Law Review*, vol. 40, 2011, pp. 655-686; KNOX, J. H., «The Unpredictable Presumption Against Extraterritoriality», *ibidem*, pp. 635-653; DODGE, W. S., «*Morrison's* Effects Test», *ibidem*, pp. 687-696 y FOX, M. B., «Securities Class Actions Against Foreign Issuers», *Stanford Law Review*, vol. 64, 2012, pp. 1173-1276.

⁷ Vid., v. gr., por todos, el estudio de LOWE, A. V., «Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act of 1980», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 257-282.

⁸ En general, vid., v. gr., mi estudio «Les sanctions économiques internationales: un essai de synthèse», en AA.VV. *Impérialisme et Chauvinisme Juridiques, rapports présentés au colloque à l'occasion du 20me. Anniversaire de L'Institut Suisse de Droit Comparé*, Schultess, Zurich, 2004, pp. 309-319.

ahora a colación tres ejemplos de amplio recorrido que considero significativos.

El primero atañe al orden comercial y la apertura de mercados extranjeros, en versión de la Sección 301 y ss. del *Trade Act of 1974* de los Estados Unidos, siendo destacables, por ejemplo, las reformas llevadas a cabo por el *Trade Act of 1988*⁹. Cabe recordar que estas dieron lugar a la en su momento célebre «Super 301»¹⁰, apoyada en un sistema de listas donde quedaba fijada una relación de prioridades en cuanto a la identificación de obstáculos al comercio, y los Estados responsables de ellos que, de no llegar a un acuerdo con el *United States Trade Representative* (USTR), se exponían a una panoplia de medidas de retorsión, como suspender concesiones, imponer aranceles y/o restricciones a la importación, sobre bienes y servicios e, incluso, de forma indiscriminada respecto de los Estados —fuesen responsables o no— o los sectores económicos frente a los que se actúa. Ese sistema, vigente en sus líneas maestras desde 1974, se potenciaba en la «Super 301», calificada en su momento por algunos como «*arma atómica en el orden comercial*» por, v. gr., la transferencia de poder que, en general, operaba desde el Presidente de los Estados Unidos al citado USTR, acompañada del impulso hacia la adopción de medidas, el recorte de los plazos para actuar, o la potestad de seguimiento de iniciativas adoptadas por los Estados extranjeros, conforme acuerdos con el país transatlántico, para la remoción de obstáculos, otorgamiento de compensaciones, etc. Un sistema, en fin, constitutivo de una baza formidable de negociación por su capacidad intimidatoria y al que no cabe desvincular, a mi parecer, de la propia génesis del sistema GATT/OMC, con el que ha mantenido una relación complicada¹¹, con hitos como el célebre caso *Kodak/Fuji*¹².

Entro ahora en el segundo ejemplo, cambiando la política comercial por la internacional y las consideraciones estratégicas. El caso al que aludo es de primera magnitud, el referente al *Gasoducto Siberiano*, con amplio reflejo en la doctrina científica¹³. Aquí, la poderosa normativa de control de exporta-

⁹ Se codifican en 19 U.S.C. 2411 *et seq.* (1988).

¹⁰ 19 U.S.C. 2420.

¹¹ Séame permitido remitirme a mi estudio *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad*, Eurolex, Madrid, 2001, pp. 176-184.

¹² *Ibidem*, pp. 184-192. 2 En otro orden, vid., asimismo, v. gr., VÁZQUEZ, C. M., «Trade Sanctions and Human Rights: Past, Present and Future», *Journal of International Economic Law*, vol. 6, 2003, pp. 797-839.

¹³ Por todos, vid., v. gr., AUDIT, B., «Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien», *Revue Critique*, 1983, pp. 401-434.

ciones de los Estados Unidos se dirigió en 1982, frente a la Unión Soviética y como aparente respuesta a la imposición de la ley marcial en Polonia, al embargo de productos y tecnología utilizados para la construcción de una conducción de gas natural entre la Unión Soviética y Europa Occidental. Pero el embargo tomó como rehenes a las empresas europeas que, ligadas por contratos previos, *utilizaban componentes de origen americano, adquiridos en su momento sin restricción alguna*.

Con ello se creó una cúspide de extraterritorialidad y un enorme malestar entre ambas orillas del Atlántico. Por parte europea, por ejemplo, la necesidad de búsqueda de alternativas a las tradicionales vías de suministro energético, muy notoria desde la crisis del 1973, llevaba con visos de razón a contemplar en las sanciones de los Estados Unidos unos propósitos completamente ajenos a sus planteamientos e intereses. Por la del país transatlántico, en cambio, Europa se aprestaba a entregar a la archienemiga Unión Soviética ingentes cantidades de divisas en pago del suministro de gas, divisas que podrían incluso reforzar el poder militar del imperio soviético, junto a la cuestión de fondo, nada baladí, de la creación de una dependencia europea en asunto tan vital como la energía, respecto de este último.

En esta situación, muy gravosa en términos del desgaste sufrido entre Países aliados, alguien tenía que ceder, y al final fueron los Estados Unidos, alzando las medidas sancionadoras y dando fin a las de ejecución contra ciertas subsidiarias europeas de las corporaciones americanas¹⁴. Luego de ello, los Estados Unidos parecieron reflexionar sobre los inconvenientes de las vías unilaterales de actuación y primaron las de acuerdo, relanzando, por ejemplo, en materia de transferencia de tecnología estratégica, el llamado COCOM y, andando el tiempo y tras el desmembramiento del «Bloque del Este», dando paso a su sucesor, el conocido como *Arreglo de Wassenaar*¹⁵.

También dentro de las medidas de sanción, en fin, nos encontramos con un problema enquistado, solo parcial y limitadamente resuelto en la vía de acuerdo respecto de ciertos países. Me refiero al denso complejo normati-

¹⁴ A la luz de la llamada *teoría de juegos*, algunos han interpretado esta salida del problema por los Estados Unidos como una manifestación típica del «*dilema del prisionero*»; vid., v. gr., SCHUSTER, G., «Extraterritoriality of Securities Laws: An Economic Analysis of Jurisdictional Conflicts», *Law and Policy in International Business*, vol. 26, 1994, p. 200.

¹⁵ Al respecto, vid., v. gr., mi «Control de la transferencia de tecnología de interés estratégico en el ámbito de la defensa: Proyección del Derecho comunitario y español», en Ministerio de Defensa, *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XX y otros estudios jurídico militares*, Madrid, 2001, pp. 791-804.

vo, y su práctica, que configuran el llamado «*Embargo de Cuba*», siempre a cargo de los Estados Unidos y ampliamente rechazado por la comunidad internacional, como demuestran las numerosas y muy mayoritarias condenas a cargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que no han hecho aparentemente gran mella, hasta el momento, en la voluntad de ese último país. Pues bien, dentro de ese complejo destaca el que, acaso, sea uno de sus elementos más significativos, la muy conocida *Helms-Burton Act*¹⁶. Solo incidiré aquí en que, a pesar de que cubre variadas cuestiones y como ha visto acertadamente A. W. Lowenfeld, su verdadero propósito es establecer un boicot secundario, castigando la conducta de súbditos de terceros Estados que hacen o tratan de hacer comercio con Cuba¹⁷. Cabe recordar que ello motivó, en buena medida, por ejemplo, a la U.E., a promulgar un Reglamento *de bloqueo* -2271/96, del Consejo- y a iniciar procedimientos para el establecimiento de un Grupo Especial dentro del mecanismo de solución de controversias del sistema GATT/OMC, aunque desistiera tras el Memorandum de Entendimiento con los Estados Unidos fechado el 11 de abril de 1997¹⁸.

Y es frente a esta memoria común de la extraterritorialidad de las leyes de los Estados Unidos, de la que solo he hecho aquí un mínimo, somerísimo, apunte, donde se trae a colación muy estudiadamente por los adversarios del ATCA el supuesto imperialismo jurídico al que conduciría su práctica. Se trata de agitar las conciencias, situando la cuestión en un entorno turbulento, que concita a muchos múltiples recuerdos negativos. Entiendo que estos manejos son verdaderamente singulares. De forma palmaria, y a través de la citada práctica, los Estados Unidos abandonan su notorio *excepcionalismo* en el ámbito de los Derechos Humanos para convertirse en adalides del *univer-*

¹⁶ Public Law 104-14, 110 Stat 785, 22 U.S.C. SS. 6021-91. Sobre ella, por todos, vid., v. gr., SOLÍS, A. M., «The Long Arm of U.S. Law: The Helms-Burton Act», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 19, 1997, pp. 709-741 y mi estudio, «Les sanctions...», cit., pp. 318-319.

¹⁷ Vid., «Congress and Cuba: The Helms-Burton Act», *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 419 y 427.

¹⁸ Sobre él, vid., v. gr., SMITS, S. y VAN DEN BORGH, K., «The EU-US Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 227 y ss. El formidable aparato de sanciones de los EE.UU. no deja de crecer, aunque en ocasiones se inscriba en un contexto de acciones colectivas frente a países designados como infractores por la comunidad internacional; vid., v. gr., AA. VV., 15-X-2012, *United States: Foreign Subsidiaries of US Corporations Now Fully Subject to Iranian Sanctions*, recogido en <http://www.steptoe.com/publications-8440.html>.

salismo sobre ellos¹⁹. ¡Y hay quienes aquí se lo reprochan! Ante esto, acabo ya el presente apartado con una nota de humor, si se me permite, haciéndome eco de una especie, algo caústica y descreída que, de vez en cuando, aparece en nuestros ámbitos académicos: «no hay buena obra que no alcance su justo castigo».

3. ILÍCITOS CIVILES ESPECIALES

Cuando se trataba del primero de los que he denominado *tiempos* del caso *Kiobel*, es decir, al hacerse preciso indagar en el sometimiento de las empresas multinacionales a los mandatos del Derecho internacional público y, entonces, del ATCA, era, pienso, lógico, que el Derecho del tráfico jurídico externo se mantuviera en un segundo plano. No así en el momento en el que se afronta el tema de la extraterritorialidad de las leyes aunque, a tenor de lo mayoritariamente visto, el Derecho internacional privado, salvo error de apreciación por mi parte, continúe a este respecto y en este caso, en la penumbra, lo que lleva en mi opinión a desenfocar el problema. En la extraterritorialidad en general las dos facetas del Derecho internacional confluyen, como es notoriamente el caso en los litigios civiles transnacionales sobre los derechos humanos, como *Kiobel*, donde los planteamientos del también llamado *Conflicto de Leyes* tienen mucho que decir. Es mi tesis principal en las páginas que siguen, en las que voy a incidir fundamentalmente en las líneas maestras de mi Informe al Grupo de Estudios Sobre el Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos, que éste adoptó y fue publicado en su momento²⁰.

Quiero resaltar en este punto que la práctica de los tribunales federales de los Estados Unidos se acomoda, respecto del ATCA, y en lo que atiene al procedimiento, consideración de los casos y su resolución, a la que habitualmente siguen respecto de los ilícitos civiles *-torts-* en entornos jurídicos heterogéneos, los vinculados con los *Sister States* o, respecto de aquel texto legal, los que tienen elementos internacionales, condición extranjera de los demandantes *-sine qua non-*, lugar de comisión de los ilícitos, etc. Nada hay tan extraño, pues, en los litigios sobre el ATCA, y así lo supo ver el propio y

¹⁹ Vid., en general, BRADFORD, A. y POSNER, E. A., «Universal Exceptionalism in International Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 52, 2011, pp. 2-54.

²⁰ Con aportaciones de los miembros del Grupo; se recoge en <http://conflictolaws.net/2012/ats-and-extraterritoriality-a-point-of-view/>.

prestigioso Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal de los Estados Unidos, en la nueva vida que, en su momento, otorgó a ese texto venerable en su resolución del célebre caso *Filártiga*:

No es extraordinario para un tribunal declararse competente para decidir sobre una demanda respecto de un ilícito civil cometido fuera de su ámbito territorial de jurisdicción. Un Estado o una Nación tienen un interés legítimo en que se resuelvan ordenadamente las disputas que surjan entre quienes se encuentran dentro de sus fronteras, y cuando se aplica la *lex loci delicti commissi*, es una expresión de cortesía *-comity-* dar efecto a las leyes del Estado donde ocurrió el ilícito»²¹.

Apoyando esta argumentación, el Tribunal se vuelve hacia célebres precedentes, como la autoridad de Lord Mansfield en su sentencia en el caso *Mostyn v. Fabrigas* y, por extensión, en la acreditada y muy relevante práctica de las jurisdicciones anglosajonas al afrontar la solución de los ilícitos civiles internacionales a través del Derecho internacional privado, el *Conflict of Laws*.

Esta creo que es una manera harto lógica de afrontar aquí las cosas. ¿En qué sentido la práctica de los tribunales federales conlleva un reproche por parte del Derecho internacional público como para ser muestra, según algunos, de una inadmisibile extraterritorialidad por parte de los Estados Unidos? ¿Hablamos de excesos a la hora de ejercitar en estos litigios sus *competencias de ejecución*? No parece ser el caso; tales competencias no han suscitado en el gran volumen ya de litigios sobre el ATCA mayores controversias que las que esporádicamente surgen en cualesquiera otros sectores. ¿Se trata, pues, de problemas respecto de la competencia jurisdiccional *-jurisdiction to adjudicate-*, o de la legislativa *-jurisdiction to prescribe-*? Trato, seguidamente, de ambos órdenes.

Respecto de la primera, introducirla en el molde de la extraterritorialidad, y dando a esta última el sesgo negativo que aquí se pretende, lo considero muy forzado. Cuando hablamos de extraterritorialidad pensamos *primordialmente* en mandatos de hacer o no hacer, los propios del Derecho sustantivo, a los que se pretende proyectar allende el marco físico de poder vinculado con la soberanía estatal, no con una asunción de competencia por parte de sus tribunales, aquí respecto de graves violaciones de Derechos Humanos perpetradas en el extranjero. Y, sin dudar ya, el ATCA es un texto *jurisdiccional*, como quedó perfectamente fijado por el propio Tribunal Supremo en su deci-

²¹ *Filártiga v. Pena Irala*, 630 F. 2d 876 (2d.Cir. 1980).

sión en *Sosa*²². Esto no obstante, hay quien reprocha a los Estados Unidos el llevar aquí a cabo un eventual *exceso de jurisdicción*, bajo la especie de *jurisdicción universal*, asimilándolo a la extraterritorialidad. Es la opinión, v. gr., de Alemania cuando, en el *amicus curiae* que presenta al Alto Tribunal en *Kiobel*, sostiene que: «...el Tribunal Supremo debe instruir a los tribunales inferiores en el sentido de que su competencia jurisdiccional –*power to adjudicate*– (sic) solo debiera ejercitarse en los casos entablados por demandantes extranjeros frente a empresas extranjeras, tratándose de actividades foráneas, cuando no exista la posibilidad de que el demandante extranjero entable la demanda ante otra jurisdicción más vinculada»²³.

Por mi parte, entiendo que el planteamiento de Alemania, dicho sea con todo respeto, no es coherente ni con el Derecho internacional privado, ni con el Derecho de Gentes. El desarrollo histórico fundamental del primero se ha planteado desde la diversidad de los sistemas de competencia jurisdiccional internacional y, como, respecto del derecho aplicable, indica con acierto H. Muir Watt, tratando precisamente del caso *Kiobel*, a través de «*engineering windows within domestic law in order to import norms from other (foreign or international) legal systems*»²⁴.

Así, la *jurisdiction to adjudicate* de los Estados Unidos, ejercida a través de sus tribunales, no tiene por qué coincidir en sus criterios con las de los demás Países, ni ceder ante las de otros supuestamente más vinculados, en ésta o en cualquier otra materia. Lo único que cabe exigirle, en caso de la del País transatlántico o en la que corresponda a cualquier otro, es que se *ejercite de forma razonable*, al activarse cuando exista un *nexo suficiente* con el Estado que la ejerce, como puede ser, por ejemplo, a partir de los criterios recogidos en la Sección 421 del *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*. Cumplidos esos criterios u otros de firmeza similar, y al margen, claro esta, de la acción convencional, entiendo que la ley internacional –sobre la que, v. gr., se construye el citado. *Restatement III*–, en el presente momento de su evolución no obliga a más²⁵. La propia

²² 542 U.S. at 724, (2004).

²³ Vid., *Brief of the Federal Republic of Germany as Amicus Curiae in Support of Respondents, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No. 10-1491 (U.S. Feb. 2, 2012).

²⁴ Vid. su «Private International Law Beyond the Schism», *Transnational Legal Theory*, vol. 2, 2011, p. 367.

²⁵ En este sentido, vid., v. gr., *Supplemental Brief of Amici Curiae German Institute for Human Rights and International Law Experts in Support of Petitioners, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* No. 10-1491 (U.S. June 13, 2012), pp. 4-12. En general, vid., asimismo, MICHAELS, R.,

práctica en este terreno sobre el ATCA y, en la medida de mi conocimiento, en tanto en cuanto son muy escasas las veces que los demandados han combatido –aparte del juego del *Forum Non Conveniens*, basado en otras consideraciones– la mentada competencia jurisdiccional de las sedes judiciales estadounidenses, me reafirma en el parecer sobre este punto.

Por lo que, dando un paso más, atiene a la competencia legislativa de los Estados Unidos en sede del ATCA, no parece, en mi opinión y contra lo que algunos sostienen, que la aplicación de ese texto respecto de nacionales de otro país por acciones en el extranjero sin nexo con el país transatlántico, violen el Derecho internacional. Hemos visto en el apartado anterior algunas muestras de lo que sí pueden considerarse expresiones de imperialismo jurídico y graves conflictos de extraterritorialidad. Lejos de todo ello, con su práctica sobre el ATCA desarrollada, no se olvide, con todas las garantías de uno de los mejores sistemas judiciales del mundo, los Estados Unidos envían a la comunidad internacional, y así lo han recogido las sedes judiciales en ocasiones, como v. gr., el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en su decisión respecto del FNC de 14-IX-2000, caso *Wiwa*, un muy potente mensaje de compromiso *activo* con la defensa de los Derechos Humanos. Al abrir un foro a las víctimas de hechos atroces, que remueven cualquier conciencia digna de tal nombre –como puso de relieve, v.gr., y le honra, el *Justice* Breyer en la primera vista del recurso de *Kiobel*– y vehiculando por cauces propios los mandatos del Derecho internacional, el país transatlántico descuella entre sus pares en la protección de los citados derechos. Aquí no hay imposición, sino exquisita asunción de responsabilidades y de liderazgo. No hay voluntad de dominar, sino de mostrar solidaridad con el género humano. No hay egoísmo alguno, sino un ejemplo luminoso hacia la preservación de derechos irrenunciables y, por ende, del valor supremo de la paz, razón última del ordenamiento internacional.

A través del ATCA, además, los Estados Unidos son muestra óptima del *dédoublement fonctionnel* o *role splitting* que constituye una de las aportaciones fundamentales del valioso legado del maestro G. Scelle. Así lo vió, v. gr., en esos precisos términos y refiriéndose a la práctica que iba fraguándose sobre ese texto, el eminente A. Cassese²⁶. ¿Qué queda pues de los reproches de imperialismo y extraterritorialidad? Poco, realmente, a mi parecer.

Public and Private International Law: German Views on Global Issues, recogido en <http://ssrn.com/abstract=1259933>.

²⁶ Vid. su «Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoublement fonctionnel*) in international Law», *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 230.

Dejemos, pues, a los buenos jueces federales de los Estados Unidos y al Derecho internacional privado y su sabiduría de muchos siglos que hagan su cometido. Es lo que, al cabo, propugnó el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en *Filártiga*. Y ello, sin ignorar que se trata, en caso del ATCA, de ilícitos *especiales*, en la medida, por ejemplo, en que el canon para reservar la competencia jurisdiccional a las sedes federales viene contrastado por el Derecho de Gentes y un reducido núcleo de conductas contrarias al *Jus Cogens* como, de nuevo, fijó el precedente *Sosa*. O que, llegado el momento de la elección de ley, esas mismas sedes puedan, siempre siguiendo al citado precedente, optar por el *common law federal* que ha ido integrando los mandatos del Derecho internacional público. Y digo optar, porque tampoco les está vedado aplicar, siguiendo las normas o *approaches* de conflicto por las que deben regirse y, pongamos por caso, un derecho extranjero, como el del lugar de comisión del ilícito. La especialidad, en fin, no conlleva exclusión, sino oportunidad de hacer trabajar juntos al derecho internacional público y al Derecho internacional privado. Algo que siempre ennoblece a ambos.

4. REFLEXIONES FINALES

Como dije al iniciar estas páginas, a las que ahora doy término sin que haya comenzado 2013, desconozco si su publicación se habrá visto precedida por la decisión de *Kiobel*. No puedo, en todo caso, aventurar cuál será la solución que dé el Alto Tribunal. Ese selecto grupo de personas, que se cuenta entre los más poderosos e influyentes del mundo, puede sorprender, y de hecho lo hace con alguna frecuencia. Pensemos, por ejemplo, cuando el *Chief Justice* Roberts rompió la unidad del sólido bloque conservador al que pertenece y votó de manera decisiva por el mantenimiento de la trascendental reforma sanitaria auspiciada por el Presidente Obama. No haré, pues, augurios, salvo uno: si al cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decide romper o menoscabar seriamente lo que hasta ahora he calificado como ejemplo luminoso en la lucha por los Derechos Humanos, tal lucha respecto de los litigios internacionales, sin ápice de duda, seguirá. Y lo hará ante los tribunales de los citados *Sister States*²⁷, o los de los países europeos, que están generando ya una jurisprudencia de

²⁷ Vid., v. gr., PARRISH, A. L., *An Emerging Trend?: State Court International Human Rights Litigation*, recogido en <http://ssrn.com/abstract=2125574>.

relieve²⁸ por poner sendos ejemplos de lo que está aconteciendo en nuestros días y tiene visos de acrecentarse a lo largo y ancho del orbe. No puede ser de otra manera.

Dejar el campo libre a los desmanes de las multinacionales solo podría acercarnos al momento que en verso inquietante, y espero que no profético, describe Sara Teasdale sobre el holocausto supremo, el que aún todos los que continuamente se producen en la penumbra de la ignorancia y el olvido:

«Vendrán lluvias suaves y olor a tierra
Y golondrinas volando en círculo con su vibrante sonido
Y ranas en el estanque cantando en la noche
Y ciruelos silvestres en su trémula blancura
Petirrojos vestirán su emplumado fuego
Silbando sus antojos sobre una alambrada
Y nadie sabrá de la guerra, nadie
Se preocupará finalmente cuando este acabada
A nadie le importaría, ni al pájaro ni al árbol
Si la Humanidad pereciera del todo
Y ni la Primavera misma, cuando despertara al alba
Se daría cuenta de que nos habíamos ido»²⁹.

NOTA DEL AUTOR

Con fecha de 17 de abril de 2013, el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha desestimado la demanda de los recurrentes en *Kiobel*, restringiendo sustancialmente –que no impidiendo en absoluto– la aplicación del ATCA respecto de los supuestos acaecidos fuera de los EE.UU. Para ello, ha utilizado en este caso la doctrina sentada en *Morrison*, presunción contra la extraterritorialidad de las leyes, y una lectura historicista del ATCA, fosilizándola en el momento en el que se promulgó. La solución dada no me ha sorprendido, realmente, por ciertas derivas muy perceptibles desde hacía tiempo en el Alto Tribunal, y por la propia manera en la que se ha desarrollado el procedi-

²⁸ Por todos, vid., v. gr., el monumental trabajo de ENNEKING, L. F. H., *Foreign Direct Liability and Beyond*, Eleven, The Hague, 2012.

²⁹ Traducción de Kaplan recogida en <http://literaturaenlostalones.blogspot.com.es/2012/06/sara-teasdale-vendran-lluvias-suaves.html>.

miento con, v. gr., un peculiar enfoque en dos fases, al que aludí. En la conciencia de ello, concebí estas páginas como una alternativa a lo que casi necesariamente iba a suceder –limitación en el juego del ATCA–, según el amplio sentimiento sobre el particular en la comunidad de defensores de los Derechos Humanos. Valgan ahora como homenaje a estos, en la medida en que durante largos años muchos de ellos han hecho posible que los foros federales de los EE.UU. se hayan abierto a numerosas víctimas de gruesas violaciones de aquellos Derechos perpetradas a lo largo y ancho del mundo. Y sobre todo, como un tributo también a tales víctimas, a las que han sido, son y las que van a serlo, puesto que esta sentencia del citado tribunal, indudablemente, no ayuda gran cosa a que puedan prevenirse o, siquiera, remediarse en alguna medida, las terribles conductas que hasta ahora se han visto reflejadas en la jurisprudencia generada a través del reiteradamente citado texto legal. Jurisprudencia que está siendo un verdadero hito en la defensa de los Derechos Humanos, y defensa en la que hay que perseverar, ahora, con renovado impulso.

COMPLICIDAD FINANCIERA Y MECANISMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN BRASIL

Juan Pablo Bohoslavsky

Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Marcelo Torelly

Comissão de Anistia y Universidad Católica de Brasilia (Brasil)

1. FOCALIZANDO EL OBJETO DE ESTUDIO

Cuando el 17 de octubre de 2011 el secretario de justicia de Brasil afirmó que «la Comisión de la Verdad debe investigar las corporaciones que financiaron la dictadura»¹, sumándose así al grupo de juristas que argumentan que existen fundamentos jurídicos sólidos para exigir responsabilidad por los crímenes cometidos durante la dictadura brasileña² (tal como ya lo han sos-

¹ «Paulo Abrão: Comissão da Verdade deve investigar empresas que financiaram a ditadura.» 17 de octubre de 2011, disponible en <http://www.viomundo.com.br/politica/paulo-abraocomissao-da-verdade-deve-investigar-empresas-que-financiaram-a-ditadura.html>

² Ver ABRAO, P. y TORELLY, M., «Resistance to Change: Brazil's persistent amnesty and its alternatives for Truth and Justice», en LESSA, F. y PAYNE, L. (eds.), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 152-180; GENRO, T., *Teoria da Democracia e Justiça de Transição*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2009, p. 11; VENTURA, D., «A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o direito internacio-