
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES A TRAVÉS DE LA *ALIEN TORT CLAIMS ACT* POR SU PARTICIPACIÓN EN VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

ANTONI PIGRAU SOLÉ*

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad; empresas transnacionales; Alien Tort Claims Act; derechos humanos; jurisdicción civil.

RESUMEN

El artículo presenta las posibilidades que la Alien Tort Claims Act ofrece, en los Estados Unidos, para presentar demandas civiles contra empresas transnacionales por violaciones de los derechos humanos. A pesar de los obstáculos procesales y de la todavía inconsistente jurisprudencia, es una vía interesante de acción en supuestos que otros sistemas judiciales nacionales no resuelven y que quedan fuera del ámbito de jurisdicción de los tribunales penales internacionales.

ABSTRACT

The article introduces the possibilities that the Alien Tort Claims Act offers, in the United States, to submit civil lawsuits against transnational

* Catedrático de Derecho internacional público, Universidad Rovira i Virgili. Director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Director del Seminario anual sobre Derecho internacional humanitario que se celebra en Tarragona, desde 1994. Corresponsal en España del *Yearbook of International Humanitarian Law*. Miembro de la Junta de Gobierno del Instituto Catalán Internacional por la Paz, por designación del Parlamento de Catalunya. Colaborador del Tribunal Permanente de los Pueblos, con sede en la *Fondazione Internazionale Lelio Basso*, Roma.

corporations for violations of human rights. In spite of the procedural obstacles and the still weak jurisprudence, it is an interesting route of action in those cases that the other judicial national systems not resolve and that they stay out of the jurisdiction of the international criminal courts.

RÉSUMÉ

Cet article présente les possibilités que l'Alien Tort Claims Act offre d'introduire, aux Etats-Unis, des actions civiles contre des entreprises transnationales pour des violations des droits humains auprès des tribunaux des Etats-Unis. Malgré les obstacles procéduraux et l'encore peu consolidée jurisprudence, cette loi est une voie intéressante dans des cas que d'autres systèmes juridiques nationales ne résolvent pas et qui restent en dehors de la compétence des tribunaux pénaux internationaux.

Introducción

Es un principio común a todos los sistemas jurídicos que los operadores deben, en general, responder en una u otra medida de los daños que causen a terceros. Ello suele comportar una obligación de reparación civil¹ y, en caso de determinadas infracciones, una responsabilidad de tipo administrativo. Además, en muchos Estados se puede atribuir a las empresas responsabilidad penal. Pero en derecho internacional, hay una casi completa imposibilidad de hacer a las empresas transnacionales (ETN) directamente responsables de las violaciones de sus normas, puesto que la mediación del Estado las ha hecho jurídicamente invisibles².

En el ámbito penal internacional, las jurisdicciones existentes solamente se ocupan de la responsabilidad de las personas físicas, lo que permite que las mismas, vinculadas o no a una ETN, puedan ser declaradas responsables a título individual de ciertas violaciones de los derechos humanos de especial gravedad, por ejemplo ante la jurisdicción de la Corte Penal Internacional³.

1. "In every jurisdiction, despite differences in terminology and approach, an actor can be held liable under the law of civil remedies if through negligent or intentional conduct it causes harm to someone else." *Corporate Complicity & Legal Accountability*, Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, ICJ, Geneva, 2008, vol. 3, p. 10.

2. Con carácter general, véase: MUCHLINSKI, Peter K., *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, Cambridge, 1995; KAMMINGA, Menno T. – ZIA-ZARIFI, Saman, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000; MARTÍN ORTEGA, Olga, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2008 (respecto a la ATCA, pp. 258-297) y BONET PÉREZ, Jordi, "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, Victoria – BONET PÉREZ, Jordi (dirs.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch Editor, Barcelona, 2008, pp. 136-176.

3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *B.O.E.* n.º 126, de 27 de mayo de 2002. Sobre el intento de inclusión de la responsabilidad penal de las empresas en el Estatuto de Roma, véase CLAPHAM, Andrew,

Las ETN, aprovechando las ventajas comparativas derivadas de las diferencias entre las condiciones políticas y sociales y las legislaciones de los distintos Estados, han alcanzado un poder económico y una capacidad de influencia política tan grandes que, desde fuera, o incluso desde dentro, de la estructura de los Estados pueden imponer sus puntos de vista en las negociaciones que marcan las reglas del juego económico nacional e internacional. Desde esa posición dominante, en no pocas ocasiones la actividad de las ETN ha comportado su participación directa o indirecta en violaciones de derechos humanos fundamentales, incluso utilizando el trabajo esclavo, desestabilizando gobiernos y alentando golpes de Estado, sosteniendo conflictos armados, expulsando a los pueblos indígenas de sus tierras, o causando graves daños a la salud y al medio ambiente, siempre al servicio de la optimización de sus beneficios⁴.

En términos generales, los Estados más industrializados han mantenido una política de *dejar hacer*, en lo que se refiere a la actuación de sus ETN más allá de sus propias jurisdicciones nacionales, eludiendo cualquier actividad de control de su comportamiento. Y el control por parte de los Estados donde operan es, en muchos casos imposible.⁵ El Representante Especial del Secretario General de la ONU, John Ruggie, ha descrito la situación con estas palabras: “Las actuales condiciones de permisividad en relación con las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas son producto de un desajuste entre las fuerzas económicas y la capacidad de gobernanza. El problema sólo podrá solucionarse mediante un realineamiento. En principio, son las autoridades públicas las que establecen las reglas en base a las cuales se desarrollan las actividades comerciales. Pero, en el plano nacional, algunos gobiernos pueden sencillamente ser incapaces de tomar medidas efectivas, tanto si existe la voluntad como si no. Y, en el escenario internacional, los propios Estados compiten por el acceso a los mercados y a las inversiones, de modo que los problemas de acción colectiva pueden limitar o impedir su actuación como ‘autoridad pública’ de la comunidad internacional. Las personas y las comunidades más vulnerables son quienes pagan el precio más alto por este déficit de gobernanza”⁶.

“The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an international Criminal Court”, en KAMMINGA, Menno T. – ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.) *Liability of Multinational Corporations under International Law*, cit., pp. 139-195, en especial pp. 141-160.

4. De hecho, como se ha puesto de relieve, cuando una empresa invierte en un Estado donde la represión, la falta de libertades y la inestabilidad política son la norma, sabe que le resultará muy difícil operar sin convertirse en cómplice, cuando menos moral, de abusos contra los derechos humanos; STEPHENS, Beth “The Amoralism of Profit: Transnational Corporations and Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, 2002, pp. 45-90, 51.

5. Como ha señalado Sara Joseph “specific problems arise with host States being required to control MNEs because the latter are uniquely international, uniquely mobile and, most importantly, uniquely powerful”; JOSEPH, Sara, “An Overview of the Human Rights Accountability of Multinacional Enterprises”, en KAMMINGA, Menno T. – ZIA-ZARIFI, Saman (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, op. cit., 75-93, 78.

6. Naciones Unidas, “Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas”; *Informe del Representante Especial*

No obstante, la sociedad internacional es cada vez más sensible a estos hechos, en especial cuando las consecuencias sobre las personas adquieren cierta gravedad en forma de violación masiva de derechos fundamentales. Por eso se han explorado distintas vías jurídicas para poner ciertos límites a la acción de las sociedades transnacionales. Una de las que están siendo ampliamente utilizadas es la reclamación por la vía civil ante los tribunales de los Estados Unidos, al amparo de la *Alien Tort Claims Act* o *Alien Tort Statute* (ATCA). Este trabajo se dedica a presentar de manera breve el camino recorrido en esta línea y los principales obstáculos suscitados.

El alcance de la Alien Tort Claims Act

El ATCA fue adoptado en 1789. Su breve texto dispone lo siguiente:

*“1350. Alien’s action for tort
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.”⁷*

La ATCA prevé una jurisdicción civil *quasi* universal⁸. La utilización de la ATCA con éxito para reclamar reparaciones derivadas de violaciones a los derechos humanos empezó con el conocido caso Filártiga, en el que un opositor al régimen de Stroessner en Paraguay, el Dr. Joel Filártiga, presentó una demanda por el secuestro, tortura y muerte de su hijo a manos del inspector general de la policía de Asunción, Norberto Peña Irala, acaecido en 1976. El tribunal de apelación entendió, en 1980, que la ATCA era aplicable al caso y que un torturador podía ser juzgado en Estados Unidos por hechos cometidos en el extranjero⁹. En esta decisión, el juez Kaufman defendió una interpretación de la ATCA que abre los tribunales federales a la defensa de los derechos que ya han sido reconocidos por el derecho internacional, de acuerdo con su propia evolución.

del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie; Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos; Doc. A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007, par. 82.

7. *Act of 24 September 1789*, ch. 20, § 9 (b), 1 Stat. 79; June 25, 1948, ch 646, § 1, 62 Stat. 934; 28 U.S.C. § 1350 (2004).

8. Puesto que, como se verá más adelante, en realidad la ATCA solamente permite la demanda por parte de extranjeros. “Universal civil jurisdiction or universal tort jurisdiction may be defined as the principle under which civil proceedings may be brought in a domestic court irrespective of the location of the unlawful conduct and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim, on the grounds that the unlawful conduct is a matter of international concern.” KAMMINGA, Menno T., “Universal Civil Jurisdiction: Is It Legal? Is It Desirable?” *American Society International Law Proceedings* Vol. 99, 2005, 123-125, 123.

9. *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2nd Cir. 1980).

Desde entonces se han suscitado en el marco de la ATCA numerosos casos por violaciones de derechos humanos, que han permitido desbrozar los requisitos y apuntar las potencialidades de dicha regulación¹⁰.

En la consolidación de este proceso, ha sido particularmente relevante el fallo de la Corte Suprema de 2004 en relación con la impugnación de la aplicabilidad de la ATCA en el caso Álvarez-Machain¹¹. Hasta ese momento había habido sucesivos intentos de limitar el alcance material de la ley en el sentido de interpretar que la ATCA solamente atribuye la jurisdicción, pero no comporta la incorporación de nuevos supuestos materiales para su aplicabilidad distintos de los previstos en 1789, que quedaron fijados en el momento de su adopción y requerirían para su ampliación una previa actividad normativa específica por parte del poder legislativo¹². Con ello se pretendía dejar a la ley prácticamente sin efecto y desautorizar una jurisprudencia de más de veinte años.

Pero la Corte Suprema confirmó la jurisprudencia anterior¹³. En su decisión, de 29 de junio de 2004, aceptó el carácter fundamentalmente jurisdiccional de la norma, pero con la capacidad de otorgar competencia a los tribunales, de manera automática, para ciertos casos, aunque consideró que, en el momento de su adopción, el Congreso solamente tenía en mente algunos supuestos muy

10. Al respecto, véase: COLIVER, Sandra – GREEN, Jennie – HOFFMAN, Paul “Holding Human Rights Violators Accountable by Using International Law in U.S. Courts: Advocacy Efforts and Complementary Strategies”, *Emory International Law Review*, Vol.19, 2005, pp. 169-226; STEPHENS, Beth, “Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts”, en KAMMINGA, Menno T. – ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, op. cit., 209-229; MARTÍN ORTEGA, Olga, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, op. cit., pp. 258-297.

11. 124 S.Ct. 2739 (2004). En este asunto se abordó la demanda de Humberto Álvarez-Machain contra los agentes de la Drug Enforcement Agency (DEA) estadounidense que le secuestraron con objeto de someterle a la justicia en Estados Unidos por su presunta colaboración con los narcotraficantes y su participación en la tortura y muerte del agente de la DEA, Enrique Camarena, en México, cargos de los que fue absuelto en el juicio previo. Solamente prosperó la demanda contra uno de ellos, José Francisco Sosa. La Corte de Apelación del Noveno Circuito había entendido que la detención de Álvarez Machain en México constituía una violación del derecho internacional de acuerdo con la ATCA Álvarez-Machain v. United States, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003).

12. Véase, por ejemplo, la extensa opinión concurrente del Juez Bork en *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 823 (D.C. Cir. 1984), 799. Esta fue la posición de la defensa de Sosa, a la también se sumó la Administración Bush, a través de su Departamento de Justicia; *Brief for the United States as Respondent Supporting Petitioner* (Jan. 2004), *Sosa v. Alvarez-Machain*, 12w4 S.Ct. 2739 (2004). En el mismo sentido *Brief for the National Foreign Trade Council, USA * Engage, The National Association of Manufacturers, The Chamber of Commerce of the USA, and the United States Council for International Business as Amici Curiae in Support of Petitioner*; y *Brief for the National Association of Manufacturers as Amici Curiae In Support of Reversal*, ambos documentos motivados por las crecientes demandas contra empresas multinacionales. En contra, véase *Brief of Amici Curiae, National and Foreign legal Scholars in Support of Respondents*, David S. Weissbrodt - William J. Aceves (en nombre de ochenta académicos de todo el mundo); igualmente *Brief of Amici Curiae, Lawyers Committee for Human Rights and The Rutherford Institute in Support of Respondents*.

13. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), 124 S.Ct. 2739 (2004); al respecto véase NORBERG, Naomi, “The US Supreme Court Affirms the *Filartiga* Paradigm”, *Journal of International Criminal Justice* Vol.4, 2006, pp. 387-400.

concretos como la protección del estatuto de los embajadores o la piratería. No obstante esta aproximación restrictiva, la Corte Suprema no cerró las puertas a la ampliación de supuestos, en relación con la evolución del derecho internacional. Su posición fue expresada de la siguiente manera por el Juez Souter, en nombre de la mayoría:

*“Still, there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized”*¹⁴.

Para presentar algunos de los aspectos jurídicos planteados por las acciones en el marco de la ATCA, es preciso distinguir entre los requisitos para ejercer la jurisdicción en virtud de la ATCA y las distintas excepciones procesales que el sistema jurídico de los Estados Unidos permiten oponer a la misma.

Así, es posible identificar cuatro requisitos fundamentales de la jurisdicción. Los tres primeros se refieren a la parte demandante y al objeto de la demanda y el cuarto a la jurisdicción personal sobre la parte demandada.

En primer lugar la ley exige que el demandante sea un extranjero, lo que excluye cualquier demanda planteada por ciudadanos de los Estados Unidos, pero no por extranjeros que residan en el país. En segundo lugar, es preciso que el demandante alegue haber sido víctima de un agravio (*tort*), lo que no plantea especiales problemas.

En tercer lugar, para fundamentar una acción en el marco de la ATCA, el agravio debe consistir en una violación del derecho internacional consuetudinario (*law of nations*) o de un tratado vinculante para los Estados Unidos. En relación con los tratados, las alegaciones no han sido muy frecuentes por cuanto los tribunales han exigido que el tratado alegado fuera *self-executing*, aunque se han empleado frecuentemente para probar la existencia de una norma consuetudinaria¹⁵. Cuando se trata del derecho consuetudinario los tribunales han venido interpretando que la norma violada debe ser suficientemente

14. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), 124 S.Ct. 2739 (2004). En el caso concreto, la Corte dió la razón a Sosa.

15. Incluso se han admitido en este sentido tratados no ratificados por los Estados Unidos, como la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar de 1982; *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp. 2d 1116, (C.D.Cal., 2002), 1139.

específica (clara y sin ambigüedad), obligatoria (no derogable) y universal (que tenga un consenso internacional)¹⁶. No es necesario, sin embargo, que la norma pueda ser calificada como de *ius cogens*, aunque en algunos casos se han confundido ambas categorías¹⁷.

Después del caso Filártiga, que afirmó el carácter consuetudinario de la norma que prohíbe la tortura¹⁸, otros casos han ido ampliando progresivamente el elenco de supuestos que son susceptibles de reclamación a través de la ATCA. Así ha sido en relación, por ejemplo, con los siguientes supuestos: detenciones arbitrarias prolongadas y ejecuciones extrajudiciales en Argentina; ejecuciones extrajudiciales, desaparición y detenciones arbitrarias en Guatemala; crímenes de guerra y genocidio en Bosnia; crímenes contra la humanidad en Chile; distintos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra como ejecuciones extrajudiciales, violación, mutilación, esclavitud sexual y asesinato, en Argelia; libertad de reunión y asociación en Nigeria o, discriminación racial sistemática y denegación de derechos políticos en Zimbabwe¹⁹.

En cambio, no se han considerado incluidas en el ámbito de la ATCA aquellas otras modalidades de vulneración de derechos que, en opinión del órgano judicial, no estaban respaldadas claramente por el derecho internacional convencional o consuetudinario, tales como las restricciones en la libertad de expresión, en el derecho de propiedad, la financiación de acciones terroristas, algunos principios del derecho internacional del medio ambiente, la utilización del “agente naranja” para la destrucción de bosques y cosechas en la guerra de Vietnam, la vulneración del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, o la violencia sexual²⁰.

16. *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

17. En palabras de la Corte de Apelación del Noveno Circuito: “Given the non-derogable nature of jus cogens norms, it comes as no surprise that we have found that a jus cogens violation is sufficient to satisfy the “specific, universal, and obligatory” standard. [...] But the fact that a violation of this subcategory of international norms is sufficient to warrant an actionable claim under the ATCA does not render it necessary. [...] The notion of jus cogens norms was not part of the legal landscape when Congress enacted the ATCA in 1789. [...] Thus, to restrict actionable violations of international law to only those claims that fall within the categorical universe known as jus cogens would deviate from both the history and text of the ATCA.”; *Alvarez-Machain v. Sosa*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003).

18. Otros casos de tortura han sido incluidos en la jurisdicción de la ATCA: en Chile, *Cabello Barrueto v Fernández Larios* 205 F Supp 2d 1325, (2002, SD Fla); en Etiopía, *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11th Cir. 1996), o en Filipinas, *Trajano v. Marcos (In re Estate of Marcos Human Rights Litig.)*, 978 F.2d 493 (9th Cir. 1992).

19. *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987); *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995); *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2th Cir., 1995); *Cabello Barrueto v Fernández Larios* 157 F.Supp.2d 1345 (S.D. Fla. 2001); *Doe v Islamic Salvation Front* 993 F Supp 3 (DDC 1998); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y., 2002); *Tachiona v. Mugabe*, 216 F. Supp. 2d 262, 267 (S.D.N.Y. 2002); respectivamente.

20. *Guinto v Marcos*, 654 F Supp 276 (S.D. Cal.1986); *Trans-Continental Invest. Corp. S. A. v Bank of Commonwealth*, 500 F Supp 565. (C.D. Cal. 1980). *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.*, 969 F. Supp. 362 (E.D. La. 1997); *In re “Agent Orange” product liability litigation*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005); *Saperstein v. The Palestinian Authority*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 92778, (S.D.Flo. 2006); *Doe v. Exxon Mobil Corporation*, 393 F. Supp. 2d 20 (D.D.C, 2005).

No obstante es preciso tener en cuenta que, por una parte, los distintos tribunales de distrito y las Cortes de Apelaciones de los distintos circuitos no siempre mantienen posiciones concordantes y, por otra, que es apreciable una cierta evolución, en el sentido de que ciertos comportamientos que no son estimados en un determinado momento, lo son más tarde: es el caso, por ejemplo, de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, rechazados en 1987 para Argentina y aceptados en 1993 para Haití²¹.

En cuarto lugar, para activar la jurisdicción de acuerdo con el ATCA se requiere que el Tribunal tenga jurisdicción personal sobre la parte demandada, lo que exige que la parte demandada mantenga ciertos vínculos con el Estado de que se trate²².

En el caso de las personas físicas, el vínculo exigido queda satisfecho con la residencia actual o pasada en el mismo²³, pero basta con una vinculación territorial temporal; por ejemplo, una breve visita²⁴. Si, por el contrario, el demandado no reside o no visita el territorio se requiere un mínimo contacto con el mismo, que vendría dado por el hecho de que el demandado haya dirigido su actividad hacia ese territorio y que el litigio derive de tal actividad²⁵.

Cuando se trata de personas jurídicas extranjeras, la vinculación exigida pasa por el mantenimiento de cierta actividad económica (*doing business*) en el Estado de que se trate, que se ha formulado como la exigencia de contactos continuos y actividades sustanciales en el asunto *Wiwa*²⁶. En este sentido es razonable suponer que cuanto mayor sea la importancia de la empresa transnacional no estadounidense, mayores serán las probabilidades de que sea identificable un vínculo suficiente con uno o más de los Estados federados.

El problema se suscita con frecuencia cuando aparentemente la empresa extranjera no actúa como tal en los Estados Unidos, sino a través de otras empresas. Al respecto, la jurisprudencia ha requerido la prueba del control de la empresa por parte de la empresa extranjera²⁷ o de que la empresa implicada

21. *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987); *Paul v Avril* 812 F Supp 207 (SD Fla, 1993).

22. Es preciso también que la persona no goce de inmunidad de jurisdicción; aunque ello no afecta a los actores estrictamente privados.

23. *Doe v. Saravia*, 348 F. Supp. 2d 1112; (E.D. Cal. 2004).

24. En realidad bastaría con una escala en uno de sus aeropuertos siempre que se puedan notificar los cargos y la citación judicial; *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 (N.D. Cal. 2004).

25. *Doe v. Lumintang*, Civil Action No. 00-674 (GK) September 13, 2001, (D.D.C, 2001).

26. "Under New York law, a foreign corporation is subject to general personal jurisdiction in New York if it is "doing business" in the state.[...] The continuous presence and substantial activities that satisfy the requirement of doing business do not necessarily need to be conducted by the foreign corporation itself."; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), 95.

27. Citando el caso *Shapiro, Lifschitz & Shram v. R.E. Hazard*, 90 F. Supp. 2d 15, 22 (D.D.C. 2000): "Where affiliated parties are alter egos of a corporation over which the Court has personal jurisdiction... the corporation's contacts may be attributed to the affiliated party for jurisdictional purposes."; *Doe v. Exxon Mobil Corporation*, 393 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005).

haya actuado como agente de la empresa transnacional demandada, en el sentido de que desarrolla para ésta actividades imprescindibles que debería desarrollar por sí misma de no hacerlo la empresa que la representa²⁸.

Por otra parte, se ha discutido si se aplican a la ATCA la exigencia del agotamiento de los recursos internos y la prescripción, en la medida en que la *Torture Victim Protection Act*, una ley promulgada en 1991 que, específicamente, habilita la acción civil contra extranjeros por actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, incorpora dos disposiciones que, respectivamente, exigen el agotamiento de los recursos internos y establecen un plazo de prescripción para la acción de diez años, desde la producción de los hechos en que se fundamenta la acción²⁹.

En relación con el primer aspecto la práctica no es uniforme. En unos casos se ha exigido, en el sentido de hacer descansar en el demandado la carga de la prueba de la no utilización de los recursos existentes en el lugar de comisión del hecho; si el demandado la satisface, entonces el demandante debe probar que tales recursos son ineficaces o inadecuados³⁰. Pero en otros casos se ha entendido que el requisito del TVPA no era aplicable al ATCA³¹.

En relación con la prescripción, los tribunales aplicaron los criterios propios de la jurisdicción de su Estado respectivo. Pero también desde la adopción de la TVPA, la mayoría de ellos ha entendido, que el plazo de 10 años previsto en ella debía aplicarse también al ATCA³². Así se ha hecho en distintos casos, por ejemplo en reclamaciones de ciudadanos chinos y coreanos contra Japón relacionadas con el uso de trabajo esclavo durante la segunda guerra

28. Criterio adoptado en *Doe I v. Unocal Corp.*, 27 F.Supp. 1174 (C.D. Cal. 1998), 1198 y confirmado en *Doe I v. Unocal Corp.*, 248 F.3d 915, (9th Cir. 2001), aunque no se consideró probada la relación de representación. Sí se consideró probada en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), 95-97; y en *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.* 244 F. Supp. 2d 289, (S.D.N.Y. 2003), 330. Estos criterios han sido utilizados también para probar la vinculación entre una empresa transnacional y las empresas a través de las cuales actúa en otros países.

29. La Ley habilita una acción civil de reclamación, en este caso no limitada a los ciudadanos extranjeros, frente a los autores extranjeros de delitos de tortura y ejecución forzosa; *Torture Victim Protection Act of 1991*. Act March 12, 1992, P.L. 102-256, 106 Stat. 73.

30. *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767, 778 n.5 (9th Cir. 1996); Aunque "exhaustion of remedies in a foreign forum is generally not required "when foreign remedies are unobtainable, ineffective, inadequate, or obviously futile.""; *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 178 (D. Mass. 1995). En nota a pie de página la Corte Suprema en el caso *Sosa v. Alvarez-Machain* parece confirmar este requerimiento, reclamado en un *amicus curiae* de la Comisión Europea; *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), 124 S.Ct. 2739 (2004), nota 21.

31. *Jean v. Dorelien*, 431 F.3d 776, 782 (11th Cir. 2005); *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 487 F.3d 1193 (9th Cir., 2007)(con la opinión disidente del Juez Bybee), decisión matizada en revisión por una exigua mayoría en el plenario del 9º Circuito el 16 de diciembre de 2008, en el sentido de que no es una exigencia sino un criterio de prudencia que debe, si procede, aplicar el juez.

32. *Papa v United States* (2002, CA9 Cal.) 281 F3d 1004, 2002 US App LEXIS 2869, 2002 CDOS 1708,2002 DAR 2134; en el mismo sentido *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002); *Doe v. Islamic Salvation Front*, 257 F. Supp. 2d 115, 119 (D.D.C. 2003); *Arce v. García*, 400 F.3d 1340, (11th Cir. 2005).

mundial³³. No obstante, dicho plazo puede interrumpirse según las circunstancias del caso, cuando el demandante no ha tenido posibilidad de ejercer la acción por causas ajenas a su control³⁴. Más recientemente, ha empezado a abrirse paso la idea de la imprescriptibilidad para cierto tipo de crímenes especialmente graves como los previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁵.

Pero, una vez superados ese conjunto de requisitos, se observa que una buena parte de los casos en que se ha admitido la aplicabilidad de la ATCA han terminado, sin embargo, sin una decisión judicial, en virtud de distintas excepciones que permiten a los jueces abstenerse de entrar en el fondo del asunto. Aunque no es posible en este espacio entrar a fondo en su análisis conviene señalar, por lo menos, que las principales excepciones al ejercicio de la jurisdicción en virtud de la ATCA han resultado ser la inmunidad del Estado³⁶, la doctrina del acto de Estado, la calificación del caso como cuestión política³⁷, y la doctrina del *forum no conveniens*.

En relación con las empresas transnacionales, que suelen ser demandadas por actuaciones llevadas a cabo fuera de los Estados Unidos, es particularmente relevante la excepción del *forum non conveniens*, por la que el tribunal aprecia la existencia de otro foro más apropiado para conocer la demanda, generalmente en el país donde se producen los hechos objeto de la demanda o donde la empresa está registrada. Para ello es necesario que la parte demandada demuestre que existe un foro alternativo adecuado y que la presunción a favor del foro elegido por el demandante se ve superada por una evaluación de factores público y privados que se inclina por el foro alternativo³⁸.

De una parte, la existencia de un foro alternativo adecuado presupone que dicho foro sea accesible al demandante frente al demandado y ofrezca garantías suficientes de independencia. De ahí que se haya exigido el consentimiento expreso del demandado a someterse a dicho foro alternativo cuando dicha vía no sea preexistente, como condición para aceptar la moción de *forum non*

33. *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litig.* (2001, ND Cal) 164 F Supp 2d 1160, motion gr, dismd, in part (2001, ND Cal) 164 F Supp 2d 1153. También en relación con la guerra del Vietnam; *Tu v. Major General Koster*, 364 F.3d 1196 (10th Cir. 2004).

34. *Forti v Suarez-Mason* 672 F Supp 1531, (ND Cal, 1987); en el mismo sentido *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767, 773 (9th Cir. 1996); *Cabello v. Fernandez-Larios* 205 F Supp 2d 1325 (2002, SD Fla); *Doe v. Saravia*, 348 F. Supp. 2d 1112; (E.D. Cal. 2004); *Arce v. García*, 400 F.3d 1340, (11th Cir. 2005); *Jean v. Dorelien*, 431 F.3d 776, 782 (11th Cir. 2005).

35. *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005).

36. Véase la *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA); 28 U.S.C. § 1603 (2002).

37. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), 217.

38. *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 142 F. Supp. 2d 534, 538 (S.D.N.Y. 2001).

*conveniens*³⁹. Y de que no se hayan considerado adecuados foros donde el sistema judicial se considera poco fiable⁴⁰.

De otra parte, los factores relevantes a los que se alude se refieren a los intereses de los gobiernos implicados y de la Corte y a los intereses de las partes en el litigio y son los formulados especialmente en *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*⁴¹. Se trata, en lo que se refiere a los factores relativos al interés público, fundamentalmente, del interés de los Estados Unidos o de otros Estados en conocer del asunto en atención a la nacionalidad o residencia de los demandantes o demandados; de los problemas que pueda conllevar para la Corte y especialmente para el jurado el asunto a causa de la concurrencia de distintas leyes nacionales, o de las dificultades administrativas y de congestión que pueda ocasionar a la Corte. A estos cabe añadir el formulado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, consistente en “the interests of the United States in furnishing a forum to litigate claims of violations of the international standards of the law of human rights”⁴². En cuanto a los factores relativos a los intereses privados se trata de considerar las ventajas e inconvenientes que se derivan para una y otra parte de trasladar el procedimiento a otro país, registrándose una tendencia a dar una especial relevancia a la residencia en Estados Unidos de los demandantes.

Finalmente, es también pertinente hacer una referencia a la doctrina del acto de Estado, por cuanto, como se verá, en algunos casos solamente se considera imputables a las empresas en la medida en que las violaciones que se les atribuyen son realizadas en colaboración con agentes del Estado en el que operan. La excepción del acto de Estado se fundamenta en la idea de que tratándose de Estados soberanos, los tribunales de un Estado no pueden juzgar los actos de gobierno de otro Estado hechos en su propio territorio⁴³. En el caso de actos de agentes del Estado la cuestión consiste en analizar si pueden ser atribuidos al Gobierno hasta tal punto que constituyan actos de Estado.

39. “We leave to the District Court the procedural decision as to whether (i) to initially ascertain Texaco’s willingness to submit to jurisdiction in Ecuador and, if such willingness is indicated, then balance the forum non conveniens factors [...] or (ii) to make the balance first and, if the factors favor a forum non conveniens dismissal, condition such dismissal on Texaco’s submission to jurisdiction in Ecuador.”; *Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998).

40. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 336 (S.D.N.Y. 2003)..

41. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 91 L. Ed. 1055, 67 S. Ct. 839 (1947). La preferencia un foro alternativo se ha concedido, entre otros, en los casos *Aguinda c. Texaco o Abdullahi v. Pfizer, Inc* *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002); *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 399 F. Supp. 2d 495 (S.D.N.Y., 2005). No se ha concedido, entre otros, en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, 108 (2d Cir. 2000); *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal 2002), 1178; *Doe v. Exxon Mobil Corporation*, 393 F. Supp. 2d 20, 25 (D.D.C. 2005); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 335 (S.D.N.Y. 2003).

42. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002).

43. *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 18 S. Ct. 83, (1897).

Para ello se utilizan ciertos criterios enunciados por la Corte Suprema en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, en 1964: el grado de consenso internacional respecto de las normas aplicables en el caso concreto; la importancia de las implicaciones del caso para las relaciones exteriores; y si el Gobierno que cometió los hechos continua en el poder⁴⁴.

Las empresas transnacionales como demandadas en la ATCA

En la gran mayoría de demandas planteadas contra empresas en el marco de la ATCA, hasta ahora, o bien no se ha llegado a entrar en el análisis de la responsabilidad, por distintos motivos, o bien ha sido desestimada en el caso concreto⁴⁵.

Uno de los litigios más conocidos es el del caso Unocal, demandada en 1996 por distintas violaciones de derechos humanos. Mientras el Tribunal de Distrito entendió, en 2000, que Unocal conocía y se benefició de trabajo esclavo en la construcción de un gasoducto en Birmania, pero ello no era suficiente para establecer su responsabilidad en derecho internacional⁴⁶, la decisión de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, en 2002, revocó el fallo que eximía a Unocal de la responsabilidad por trabajo forzoso, que asumió como una variante moderna de la esclavitud, asesinato y violación, y confirmó la participación en torturas⁴⁷. Mientras la decisión estaba pendiente de revisión⁴⁸, las partes anunciaron, en diciembre de 2004 la consecución de un arreglo amistoso para poner fin al procedimiento⁴⁹. Más recientemente, el 8 de junio de 2009, se ha alcanzado otro arreglo amistoso en el caso *Wiwa v. Shell*, tras trece

44. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964). La Corte de Apelaciones del 9º Circuito utiliza un cuarto criterio desde *Liu v. The Republic of China*, 892 F.2d 1419, 1432 (9th Cir.1989); consiste en analizar si el Estado actuaba en defensa del interés público. En aplicación del *test Sabbatino* se ha aceptado la aplicabilidad de la doctrina, entre otros casos, en *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 (N.D. Cal. 2004); *Doe I v. State of Israel*, 400 F. Supp. 2d 86 (D.C.C. 2005); se ha denegado, entre otros, en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002); *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932, 958-960 (9th Cir. 2002); *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007).

45. Han sido demandadas, entre otras, las siguientes empresas: Shell, Texaco, Chevron, Exxon-Mobil, General Motors, Titan, Coca-Cola, Drummond, Unocal, Rio Tinto, Del Monte, Freeport-McMoRan, Copper & Gold, Pfizer, Talisman Energy, Bridgestone, Caterpillar, Dow Chemical, Monsanto, Union Carbide, Chiquita Brands o Dynacorp. Solamente en el caso Khulumani, relativo a la presunta complicidad en el mantenimiento del sistema racista del apartheid en Sudáfrica, más de una cincuenta de grandes empresas de todos los sectores económicos figuran como demandadas; *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.* 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

46. *Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294, 1310, (C.D.Cal. 2000).

47. *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932, (9th Cir. 2002).

48. *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932, (9th Cir. 2002) *vacated pending rehearing en banc* (9th Cir. Feb. 14, 2003).

49. Según el comunicado: "... Although the terms are confidential, the settlement in principle will compensate plaintiffs and provide funds enabling plaintiffs and their representatives to develop programs to improve living conditions, health care, and education and protect the rights of people from the pipeline region"; http://www.earthrights.org/legalfeature/final_settlement_reached_in_doe_v_unocal.html. (consultado febrero 2009). Además una decisión judicial posterior impide considerar pertinente como precedente cualquier decisión en este caso. Inmediatamente, en 2005, Unocal fue absorbida por Chevron.

años de litigio⁵⁰, por la responsabilidad de la empresa en la represión de las fuerzas armadas nigerianas contra el pueblo Ogoni, en forma de torturas, asesinatos y otras violaciones de los derechos humanos. El acuerdo se ha producido en vísperas del inicio del juicio, después de que la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocara el 3 de junio⁵¹, la decisión de cerrar el caso emitida por el Juez de la Corte de Distrito el 4 de marzo de 2008, por falta de jurisdicción personal⁵².

En los dos casos en que ha ya llegado a realizarse el juicio, las empresas demandadas han sido absueltas. El 30 de julio de 2007, en Alabama, en el primer juicio con base la ATCA, el jurado consideró que Drummond Co. no era responsable por el asesinato a manos de grupos paramilitares de tres dirigentes sindicales de una de sus minas en Colombia, a pesar de la existencia de testimonios que avalaban que la empresa financiaba directamente al grupo paramilitar autor de los crímenes. Los demandantes han reclamado la repetición del juicio ante la Corte de Apelaciones del 11 Circuito. El 1 de diciembre de 2008, en San Francisco, Chevron, en el marco del litigio *Bowoto v. Chevron Texaco Corp.* fue eximida por el jurado de toda responsabilidad en relación con la represión militar en Nigeria de las protestas en una de las plataformas de dicha empresa.

La posición de las ETN ante su posición de demandadas en el marco de la ATCA se resume en las ideas siguientes⁵³: no es posible demostrar, en el derecho internacional, la existencia de prohibiciones dirigidas a las empresas; en las pocas ocasiones en que el derecho internacional impone obligaciones a actores no estatales, no impone obligaciones o establece responsabilidades de personas jurídicas, y los conceptos de derecho nacional como la conspiración o la complicidad no pueden ser empleados para ampliar la categoría de conductas prohibidas por el derecho internacional consuetudinario o la modalidad de participación en las mismas. A ello añaden la valoración muy negativa del impacto de esta posibilidad sobre la inversión en el extranjero y sobre el desarrollo económico de los países en que se reduzcan dichas inversiones. En sus argumentos han encontrado el apoyo de las sucesivas administraciones republicanas que han añadido otras consideraciones políticas en el sentido de que estas reclamaciones interfieren indebidamente en la política exterior de los Estados Unidos⁵⁴.

50. Royal Dutch/Shell pagará 15,5 millones de dólares y parte de las costas del proceso como compensación a los diez demandantes, que son víctimas o familiares de las víctimas, además de comprometerse a crear un fondo para el progreso del pueblo Ogoni.

51. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2009 U.S. App. LEXIS 11873 (2th Cir. 2009).

52. *Esther Kibbel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al. Ken Wiwa et al. v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 16592 (S.D.N.Y. 2008).

53. Por ejemplo en las alegaciones de las empresas demandadas en *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005).

54. STEPHENS, Beth, "Upsetting Checks and Balances: The Bush Administration's Efforts To Limit Human Rights Litigation", *Harvard Human Rights Journal*, Vol.17, Spring 2004, pp. 169-205.

Pero la jurisprudencia de aplicación de la ATCA ha ampliado de manera progresiva la gama de los posibles demandados, en un doble sentido. Por una parte se ha admitido la demanda contra personas o entidades que no tienen la condición de agentes del Estado y, por otra, se ha pasado de la demanda contra el autor concreto de las violaciones alegadas, a la persecución de quienes las han organizado o han participado en ellas como cómplices, y también a quienes las han ordenado o, en virtud de su responsabilidad como superiores, supieron o debían haber sabido que las violaciones se cometían y no hicieron nada por evitarlas.

Desde la primera perspectiva, mientras los primeros casos se dirigían contra personas que habían actuado en calidad de agentes del Estado, después se admitió también la posibilidad de presentar reclamaciones contra personas que habían vulnerado el derecho internacional sin tener dicha calidad. En el caso *Kadic v Karadzic*⁵⁵, el tribunal afirmó:

“We do not agree that the law of nations, as understood in the modern era, confines its reach to state action. Instead, we hold that certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state or only as private individuals.”

Respecto de las empresas, y entre otros⁵⁶, en *Presbyterian Church of the Sudan v. Talisman* el tribunal afirma:

“A private corporation is a juridical person and has no per se immunity under U.S. domestic or international law. [...] Given that private individuals are liable for violations of international law in certain circumstances, there is no logical reason why

55. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d. 232 (2d Cir., 1995); lo contrario de lo dicho en la decisión de la Corte de Distrito, en que se desestimó la demanda por considerar que la ATCA requería una violación del derecho internacional que implicaba necesariamente su comisión por un gobierno reconocido o uno de sus agentes agente del mismo: “[t]he current Bosnian-Serb warring military faction does not constitute a recognized state, [...] the members of Karadzic’s faction do not act under the color of any recognized state law”; *Doe v. Karadzic*, 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y.1994).

56. La aptitud de las empresas para ser responsables por violaciones del derecho internacional en el marco de la ATCA ha sido reconocida, entre otras decisiones, en: *Carmichael v. United Technologies Corp.*, 835 F.2d 109 (5th Cir. 1988); *Jota v. Texaco, Inc.*, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000); *Bigio v. Coca-Cola Co.*, 239 F.3d 440 (2d Cir. 2000); *Aguinda v. Texaco, Inc.* 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002). Y ha sido avalada por la Corte Suprema en *Sosa v. Alvarez-Machain*: “A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual. Compare *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F. 2d 774, 791–795 (CA DC 1984) (Edwards, J., concurring) (insufficient consensus in 1984 that torture by private actors violates international law), with *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232, 239–241 (CA 2 1995) (sufficient consensus in 1995 that genocide by private actors violates international law).”, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), 124 S.Ct. 2739 (2004), nota 20.

corporations should not be held liable, at least in cases of jus cogens violations. Indeed, while Talisman disputes the fact that corporations are capable of violating the law of nations, it provides no logical argument supporting its claim."⁵⁷

Sin embargo la posibilidad de que actores privados, incluidas las empresas, sean los autores de violaciones de normas de derecho internacional se ha restringido a cierto tipo de normas que parece identificarse con la violación de ciertas normas de *ius cogens*⁵⁸. Por lo tanto no se ha admitido para otras, como la tortura, el encarcelamiento arbitrario o la persecución, que se estima solamente pueden ser atribuibles a agentes del Estado, a no ser que se realicen como modalidades de crímenes de mayor gravedad, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad⁵⁹. No obstante, aún estos supuestos podrían ser imputables a actores privados, si éstos han actuado bajo la apariencia de legalidad (*under color of law*)⁶⁰.

Desde la segunda perspectiva, y a los efectos que aquí interesan⁶¹, las acusaciones han unido frecuentemente los supuestos de conspiración y complicidad en la comisión de distintas vulneraciones de derechos humanos. Esta posibilidad de que se genere responsabilidad de actores privados por conspiración o complicidad, en el marco de la ATCA fue asumida ya en 1988, en relación

57. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 318 (S.D.N.Y. 2003). En el caso *In re "Agent Orange"* product liability litigation, la Corte que se remite a la sentencia en el caso relativo a la empresa química alemana I.G. Farben, en el marco de los juicios de Nuremberg, afirma: "Limiting civil liability to individuals while exonerating the corporation directing the individual's action through its complex operations and changing personnel makes little sense in today's world." *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005).

58. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002).

59. *Bowoto v. Chevron Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 63209 (N.D. Cal., Aug. 21, 2006).

60. Aunque no hay una completa unanimidad: "Recognizing acts under color of law would dramatically expand the extraterritorial reach of the statute. [...] It is also highly unfair to corporations operating in states with potentially problematic human rights records which under the color of law rule may (or may not) be subject to liability for doing business there and benefitting from the state's infrastructure.;" *Doe v. Exxon Mobil Corporation*, 393 F. Supp. 2d 20, 25 (D.D.C. 2005); en el mismo sentido: *Bowoto v. Chevron Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 63209 (N.D. Cal., Aug. 21, 2006). Se han utilizado distintos criterios para apreciar esta actuación con apariencia de legalidad, aunque el más común es el denominado *joint action test*, consistente en que "private actors are considered state actors if they are "willful participant[s] in joint action with the State or its agents"; citando el caso *Dennis v. Sparks*, 449 U.S. 24, 101 S. Ct. 183 (1980), *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company et al.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293, (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002). Y también en el caso *Unocal*: "Where there is a substantial degree of cooperative action between the state and private actors in effecting the deprivation of rights, state action is present.;" *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F.Supp. 880, 891 (C.D. Cal. 1997). Pueden verse otros criterios en *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.*, 969 F. Supp. 362 (E.D. La. 1997).

61. Aunque aplicados a personas físicas se han contemplado también los supuestos de responsabilidad de quien instiga u ordena la comisión de las violaciones de derechos humanos, *Doe v. Lumintang*, Civil Action No. 00-674 (GK) September 13, 2001, (D.D.C. 2001); y de responsabilidad de los superiores por los actos cometidos por sus subordinados, en determinadas circunstancias, para la cual se han tomado como referencia tanto la práctica de los tribunales penales internacionales como la de la responsabilidad civil subsidiaria; *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767,776 (9th Cir. 1996); *Ford ex rel. Estate of Ford v. Garcia*, 289 F.3d 1283 (11th Cir. 2002).

con empresas⁶². Y ha sido confirmada en muchas otras decisiones⁶³. De hecho la mayor parte de las demandas contra empresas por vulneración de derechos humanos lo son por complicidad con actos perpetrados por fuerzas armadas o policiales dependientes de los gobiernos o, como en el caso de Sudáfrica, por el conjunto del aparato del Estado. Ello es debido a la dificultad de establecer su participación directa como autores de las violaciones de dichos derechos, en especial cuando se exige la actuación “under color of law”⁶⁴.

Ello ha supuesto, por tanto, la incorporación del concepto de derecho penal de la complicidad⁶⁵ y la remisión a las interpretaciones de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia⁶⁶ o Ruanda⁶⁷ en el seno

62. “We will also only assume, because it is unnecessary to decide, that the Alien Tort Statute does confer subject matter jurisdiction over private parties who conspire in, or aid and abet, official acts of torture by one nation against the citizens of another nation”; *Carmichael v. United Technologies Corp.*, 835 F.2d 109 (5th Cir. 1988). En el caso de particulares, véase: *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

63. *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117, 128 (E.D.N.Y. 2000); *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932, (9th Cir. 2002); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 320-324, (S.D.N.Y. 2003); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 374 f. Supp. 2d 331, 340-341 (S.D.N.Y. 2005); *In re “Agent Orange” product liability litigation*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005); *Bowoto v. Chevron Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 63209 (N.D. Cal., Aug. 21, 2006); *Khulumani v. Barclay Nat’l Bank Ltd.* 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007). En contra se pueden encontrar en otras decisiones: *In re South Af. Apartheid Litig.*, 346 F. Supp. 2d 538, 549-51 (S.D.N.Y. 2004); *Doe v. Exxon Mobil Corporation*, 393 F. Supp. 2d 20, 24 (D.D.C. 2005).

64. Véase una tipología de formas de complicidad en que se distingue la complicidad directa, la complicidad indirecta que supone beneficiarse de la comisión de los crímenes o la mera pasividad o ausencia de reacción frente a un estado de cosas que supone violaciones graves de derechos humanos, cuya existencia la empresa legítima por el mero hecho de mantener abierta su vía de negocio; CLAPHAM, Andrew – JERBY, Scott, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol.24, Spring 2001, 339-349; en el mismo sentido RAMASASTRY, Anita, “Corporate Complicity: Fron Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.20, 2002, 91-159.

65. Se ha señalado que la complicidad requiere: 1) la prueba de ha habido un crimen; 2) que el cómplice haya realizado un acto material de contribución al crimen; y 3) que este acto se haya llevado deliberadamente y conociendo el acto del autor del crimen; SCHABAS, William A., “Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83 No 842, June 2001, pp. 439-459, 446. El artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional afirma, en su apartado tercero, la responsabilidad, entre otros supuestos, de quien “c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”; BOE núm. 126, 27 de mayo de 2002.

66. En especial, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991; Case No.: IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, 10 December 1998. En este caso se define la complicidad de esta manera, que la distingue de la coautoría: “249. In sum, the Trial Chamber holds the legal ingredients of aiding and abetting in international criminal law to be the following: the *actus reus* consists of practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime. The *mens rea* required is the knowledge that these acts assist the commission of the offence. This notion of aiding and abetting is to be distinguished from the notion of common design, where the *actus reus* consists of participation in a joint criminal enterprise and the *mens rea* required is intent to participate.”

67. In particular International Criminal Tribunal for Rwanda, Case No. ICTR-96-13-A, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgement, 27 January 2000, que emplea la siguiente definición de complicidad: “183. In conclusion, the Chamber is of the opinion that an accused is liable for complicity in genocide if he knowingly and voluntarily aided or abetted or instigated one or more persons in the commission of genocide, while knowing that such a person or persons were committing genocide, even though the accused himself did not have the specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such.”

de procedimientos de naturaleza civil⁶⁸. Aunque no todos los tribunales utilizan los parámetros internacionales de la complicidad penal y algunos se remiten al concepto de complicidad en el derecho de los Estados Unidos⁶⁹.

Consideraciones finales

La vía de la ATCA se ha criticado por el hecho de que una eventual condena civil tal vez no reflejaría la gravedad de los hechos que suelen analizarse en estos casos de la misma forma que lo haría una condena penal⁷⁰. Pero lo cierto es que, en muchos supuestos, la vía penal no es posible, por ausencia de voluntad política de persecución en el lugar de comisión de los delitos, por inexistencia de vías jurídicas de persecución penal a las empresas en los derechos nacionales, por quedar fuera de las previsiones de jurisdicción penal universal en esos mismos derechos⁷¹ y por quedar también al margen de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales.

Y a pesar de todo la vía de la ATCA presenta ciertas ventajas⁷². Por una parte, la responsabilidad civil, si comporta el pago de grandes sumas de dinero, es fácilmente inteligible por los accionistas y puede favorecer escenarios de cambios en los comportamientos de las empresas hacia una mayor responsabilidad en materia de respeto a los derechos humanos. Siempre que se trate de un empresa transnacional de cierta dimensión es bastante probable que sea factible establecer la competencia personal de los tribunales de los Estados

68. Al respecto, véase MENON, Jaykumar A., "The Alien Tort Statute, Blackstone and Criminal/Tort Law Hybridities", *Journal of International Criminal Justice* Vol. 4, 2006, pp. 372-386, 379; se ha señalado que: "First, the vast majority of the violations that take place under the ATCA are acts that would be criminal in U.S. courts. The fact that they are also intentional torts is relevant only to the extent that it permits private parties to bring these claims in civil court as well. Additionally, the standard used in criminal cases is much stricter than that used in civil cases. If a party could be convicted of being an accomplice to a crime, it would seem paradoxical not to hold that same party responsible for the same actions under the less rigorous civil standard"; SHAW, C. "Uncertain justice: Liability of multinationals under the Alien Tort Claims Act", *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, 1385.

69. Se ha defendido la utilización del derecho internacional en *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932, 949-952 (9th Cir. 2002); dentro de la mayoría en la decisión de la Corte de Apelaciones del 2º Circuito en *Khulumani v. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254, (2d Cir. 2007) se manifiesta a favor de tomar el concepto de complicidad del Derecho internacional el Juez Katzmman (pp. 264 ss.) y a favor de emplear el concepto del derecho federal de los Estados Unidos, el Juez Hall (pp. 284 ss.), que remite al standard formulado en *Halberstam v. Welch*, 705 F.2d 472, 477 (D.C. Cir. 1983) basado en el Restatement (Second) of Torts, Section 876(b) y que incluye tres elementos: "(1) the party whom the defendant aids must perform a wrongful act that causes an injury; (2) the defendant must be generally aware of his role as part of an overall illegal or tortious activity at the time that he provides the assistance; [and] (3) the defendant must knowingly and substantially assist the principal violation."; *Khulumani v. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

70. En este sentido, KAMMINGA, Menno T., "Universal Civil Jurisdiction: Is It Legal? Is It Desirable?", *op. cit.*, p. 125.

71. Los Estados Unidos, en particular, se han mostrado poco entusiastas en la utilización de la jurisdicción penal universal aunque en ciertos casos – como en el de la persecución de los dirigentes del gobierno de la Kampuchea Democrática – hayan tratado de presionar a otros países para que la ejercieran.

72. MONGELARD, Éric, "Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 863, septiembre 2006, p. 3.

Unidos sobre la misma porque realice en dicho país actividades económicas regulares directamente o a través de otras empresas. Igualmente ello puede hacer más fácil la ejecución de las eventuales sentencias condenatorias que en el caso de personas físicas sin residencia en Estados Unidos, lo que puede redundar en medidas de reparación efectiva de las víctimas. La vía civil no precisa de intervención alguna por parte del fiscal y la prueba es menos exigente que en la vía penal por cuando la inexistencia de duda razonable es sustituida por una apreciación del balance de las pruebas. Finalmente, no es despreciable el impacto negativo que sobre la imagen de la empresa y sobre la conciencia de sus accionistas y consumidores pueda arrojar una condena civil.

El conjunto de requisitos exigidos para determinar la responsabilidad civil de una empresa por la violación de derechos humanos, de acuerdo con la ATCA, unido a la tramitación de las múltiples excepciones procesales que puede interponer hacen el procedimiento complejo, largo y difícil. Lo que no favorece la tarea del jurado. En todo caso del hecho de que en los dos juicios celebrados hasta ahora se haya decidido a favor de las empresas demandadas no deben sacarse conclusiones demasiado generales, dado lo novedoso de estos procedimientos y la evolución acelerada del derecho internacional penal. Igualmente cierto es que en otros dos casos las empresas han preferido un arreglo amistoso a la celebración del juicio.