

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CLAVE DEL
ALIEN TORT CLAIMS ACT OF 1789 DE LOS EE.UU.
Y SU APLICACIÓN A LAS CORPORACIONES
MULTINACIONALES: “THE ATCA REVISITED”**

por F.J. ZAMORA CABOT
Catedrático de Dº internacional privado
UJI de Castellón

Last train to Nuremberg, all on board! (Pete Seeger).

A la memoria de Inocencio García Velasco

SUMARIO

0. INTRODUCCIÓN
- I. LA RESPONSABILIDAD EN EL ENTORNO DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR LAS CORPORACIONES MULTINACIONALES
 1. **En general**
 2. **Responsabilidad de las Corporaciones Multinacionales**
 - A) RESPONSABILIDAD EN SEDE DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
 - B) RESPONSABILIDAD Y SOFT LAW INTERNACIONAL
 - C) RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ESTADOS
 - D) RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS VINCULADAS CON LAS CORPORACIONES MULTINACIONALES
 3. **Responsabilidad de los Estados**
- II. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU EN EL CASO *SOSA V. ÁLVAREZ- MACHAIN*
 1. **Antecedentes**
 2. **La decisión: una puerta entreabierta, un puente no demasiado lejano**
- III. PRÁCTICA RECIENTE DEL ATCA
 1. **Algunos casos notorios**
 2. **Los que empiezan su andadura**
- IV. CONCLUSIONES

0. INTRODUCCIÓN

Fue un mundo convulso, todavía atónito por el terrible conflicto que significó la Gran Guerra, e incapaz aún de calibrar sus enormes repercusiones —piénsese que algunos califican el pasado como «el Siglo Corto» y sitúan el fin de aquélla en el momento en que el último soldado soviético abandonó Alemania—, fue un mundo convulso, repito, el que asistió, en 1922, a la publicación de una obra mayor de la literatura contemporánea, «La Tierra Baldía», del laureado poeta T. S. Eliot. Fruto de su desgarró ante el ocaso de los valores que habían sustentado el orden burgués, y el sombrío e incierto panorama que se cernía sobre la humanidad, el autor se pregunta: «¿Cuáles son las raíces que se aferran, qué ramas crecen de estos residuos petrificados?». No tardaría mucho el tiempo en darle respuesta, como es sabido, en forma del satánico aliento de los totalitarismos y la segunda hecatombe a la que condujeron. Pero un autor clásico, Marcial, en sus «Epigramas» (IV), había avanzado ya, en otro momento clave de transición entre órdenes, muy anterior, pero no menos relevante, un pensamiento sobrecogedor para la época: «No hay dioses. Y el cielo está vacío».

En este punto, cabe preguntarse por qué traigo a colación en esta amable sede, cuando el estío invita a la placidez, pensamientos tan ominosos, pero creo que sintonizan con lo que voy a tratar. Estos albores del Siglo XXI no son tan diferentes en realidad del mundo convulso al que me he referido, en el primer tramo del anterior. Si, por ejemplo, tomamos como referente la desgraciada aventura de Irak y todo lo que implica y la rodea, se hace aparente, según creo, la quiebra de buen número de los postulados fundamentales en los que se asentó el orden internacional construido para superar las secuelas de la Segunda Guerra Mundial, y prevenir la posibilidad de algo semejante en el futuro. Pero otros conflictos, tal vez no tan notorios pero también letales y de igual naturaleza, asolan, en la penumbra, múltiples puntos de nuestro atormentado planeta. Sus *raíces que se aferran* son comunes, la miseria, la injusticia y la corrupción, también lo son las *ramas que crecen* y sus amargos frutos, la explotación, el odio y la venganza; en cuanto a los *dioses*, existen, pero convertidos en el abuso de poder y la rapiña más desvergonzada. Y el *cielo no está vacío* ya, pero simplemente lo han conformado a su medida las corporaciones multinacionales¹.

¹ Vid., por todos, Jean ZIEGLER, *El imperio de la vergüenza*, Taurus, Madrid, 2006.

De ellas voy a tratar y, más precisamente, en torno a los que se han denominado «litigios transnacionales sobre Derechos Humanos»², en la práctica aquí de los tribunales federales de los EE. UU. sobre la ya célebre Alien Tort Claims Act, ATCA, promulgada en el periodo fundacional de ese País y convertida hoy, gracias a la pervivencia de lo justo en esas sedes, y a la generosa entrega de muchos, en némesis de forajidos y esperanza, casi postrera, de incontables víctimas de las citadas corporaciones. Por otra parte, mi elección de estas últimas como piedra de toque respecto del ATCA encuentra muy sólidos apoyos en doctrina, como la autorizada e ilustre voz de Upendra Baxi, que bien las conoce y dejó probado, por ejemplo, en su notorio Curso de 1999 en *La Haya*³, y para quien el horizonte de tales litigios discurre ligado, sin remisión, a los manejos de las multinacionales⁴.

Así las cosas, y tras estas reflexiones liminares, conformaré el presente Curso del siguiente modo: en primer lugar, Apartado (I), un apunte centrado en lo principal sobre la responsabilidad de las citadas corporaciones frente a los Derechos Humanos cuestión, por otra parte, donde confluyen, como ha visto autorizada doctrina⁵, el D^o de Gentes y el del Tráfico Externo. Lo que, en realidad, también sucede con el propio ser y práctica del Alien Tort Claims Act, objeto de nuestro estudio. Por su parte, y entrando ya resueltamente en él, el Apartado (II), analiza la reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Sosa v. Álvarez-Machain*⁶, única vez en que ese Alto Tribunal ha afrontado la interpretación de nuestro texto y esencial, por lo demás, para situarlo correctamente en su práctica actual y perspectivas de futuro. Finalmente, el Apartado (III) indaga en el estado de algunos litigios ya notorios y en otros que comienzan su andadura, tras de lo cual ofrezco unas sucintas Conclusiones.

Culmino ya, a mi vez, estas palabras introductorias, con una cita del mentado Profesor Baxi, que creo del mayor interés. Para él:

«Durante demasiado tiempo la ciencia de los conflictos de leyes ha mostrado un indebido orden de modestia concerniente a su misión social. Y en el proceso esta reticencia ha contribuido a un gran volumen de violación humana. Ahora, tal vez, es el tiempo para un nuevo comienzo, un futuro de apoyo a los derechos humanos para la teoría y práctica de los conflictos de leyes»⁷.

Palabras estas con las que, sin duda, coincidiríamos los miembros de la Escuela de D. Mariano Aguilar Navarro, de venerada memoria, en esta orientación teñida de compromiso y esperanza que el Profesor Baxi propone para el Derecho internacional privado y que aquél defendió a lo largo de una vida entregada también a la lucha por la justicia y el progreso en España.

² Vid., en general, P. ZUMBANSEN, *Transnational Law*, en *Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smits, ed. 2006.

³ Vid. «Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law» en *Rec des Cours*, 276, 2000, pp. 305-427, *pass*.

⁴ Vid. su «Geographies of Injustice: Human Rights at the Altar of Convenience» en *Torture as Tort*, C. Scott, ed., Hart Pub. Oxford, 2001, p. 201.

⁵ Vid., por todos, C. SCOTT, «Traslating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms», en *Torture as Tort*, cit., p. 51.

⁶ 542U.S. 692 (2004).

⁷ Vid. su «Geographies...», cit., p. 212.

I. LA RESPONSABILIDAD EN EL ENTORNO DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMETIDAS POR CORPORACIONES MULTINACIONALES

1. En general

De forma intuitiva se alcanza sin dificultad que lo que en este punto estudiamos se enmarca dentro de lo posible y, sin duda, también de lo deseable. Quien tiene un gran poder debe responder del modo y consecuencias de ejercerlo, y máxime si el término de contraste lo constituyen nada menos que los Derechos Humanos Fundamentales. Que las corporaciones multinacionales ostentan un acentuado protagonismo con reflejo en múltiples órdenes de lo que venimos llamando el mundo globalizado, no admite realmente polémicas, aunque algunos consideren que tal mundo sólo es continuador del de la colonización, sustentado, como es notorio, a través de poderosas compañías amparadas por los soberanos europeos, caso de las británicas Compañías de India Oriental o de la Bahía de Hudson, con significativas réplicas, por ejemplo, en Francia y Holanda⁸. Sea como fuere, y a salvo de tan *venerables* precedentes, ese acentuado protagonismo de las actuales multinacionales las confronta de forma necesaria, y volviendo a nuestro discurso, con las consecuencias de sus actos y omisiones, en otras palabras, con su responsabilidad lo que, por obvio, no está exento de múltiples interrogantes o vías de análisis⁹.

⁸ *Vid.*, v.gr., J. MACLEAN, «The Transnational Corporation in History: Lessons for Today?», *Indiana Law Journal*, Vol. 79, 2004, pp. 363-377.

⁹ Entre los títulos más recientes de la ya extensa bibliografía sobre el tema citaré, v.gr., D. AGUIRRE, «Multinational Corporations and the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights», *California Western International Law Journal*, vol. 35, 2004, pp. 53-82; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford U. Press, 2006, pp. 195-270; D. DANIELSEN, «How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance», *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 411-425; C.M. DICKERSON, «Human Rights: The Emerging Norm of Corporate Social Responsibility», *Tulane Law Review*, vol. 76, 2002, pp. 1431-1460; N. HOWEN, *Business, Human Rights and Accountability, Speech Delivered at the 'Business and Human Rights' Conference Organized by the Danish Section of the ICJ*, Copenhagen, 21 September, 2005; I.L.A., *Report of the Seventy-First Conference*, Berlín, 2004, pp. 422-440; N. JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Intersentia, Antwerpen, 2002, *pass.*; G.J. KLEIN, «The Chameleon of Corporate Social Responsibility: Changing Shapes and Challenge», *ASIL Proceedings*, 2005, pp. 257-270; P. MACKLEM, «Corporate Accountability Under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction», *International Law Forum*, vol. 7, 2005, pp. 281-289; M. MONSHIPOURI *et alii*, «Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities», *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 965-989; E. J. SCHRAGE, «Judging Corporate Accountability in the Global Economy», *Columbis J. of Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 153-176; R. SHAMIR, «Between Self-Regulation & the ATS: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility», *Law & Society Review*, vol. 38, 2004, pp. 635-663; D. WEISSBRODT, «Business and Human Rights», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 74, 2005, pp. 55-73 y C.A. WILLIAMS & J.M. CONLEY, «Is There a Fiduciary Duty to Consider Human Rights?», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 74, 2005, pp. 75-104.

Así, en primer lugar, resulta preciso partir de alguna definición, siquiera urgente e instrumental, de las mentadas corporaciones. Tiempo atrás recogí la de un autor para quien una multinacional es una «empresa que posee —completa o parcialmente—, controla y gestiona bienes que generan renta en más de un país»¹⁰, en tanto que para otro notorio especialista, se trata de «una persona legal que posee o controla vías de producción, distribución o servicio fuera del país en que tiene su base»¹¹, que podemos complementar con aquélla según la cual hablaremos de multinacional cuando «la entidad tenga un cierto tamaño mínimo, controle plantas de producción o servicio fuera de su estado de origen y si incorpora tales plantas dentro de una estrategia corporativa unificada»¹². En definitiva, pienso que cualquiera de estas definiciones puede servirnos, aunque creo que conviene resaltar la nota del volumen de la empresa, en tanto que acompasa lógicamente la capacidad de afectar los Derechos Fundamentales objeto de nuestro estudio. Con todo, se sabe que incluso una sociedad que no se mueva en grandes magnitudes puede producir deterioro en tales Derechos; piénsese, por ejemplo, en una empresa fundamentalmente doméstica pero que se suministre en el exterior de productos fruto de trabajo esclavo o similar, etc. Sin desdeñar esto, en fin, son las grandes corporaciones multinacionales las que plantean retos de mayor calado y en las que me centraré en el presente Curso.

Siguiendo este punto de aspectos generales, entro ahora en el juego del concepto de responsabilidad, en el que los interrogantes se multiplican. ¿Cabe, por ejemplo, en primer término, hablar propiamente de responsabilidad de las corporaciones multinacionales? A salvo de que voy ya prefigurando una respuesta afirmativa, y de volver más adelante sobre la cuestión, recordaré con Lhara Liberti, de la Universidad La Sapienza de Roma, cómo la doctrina internacionalista clásica contestaba con una tajante negación, tratándose de empresas privadas, en tanto que el orden internacional se articulaba exclusivamente sobre los Estados¹³. Pero es que tal orden sigue constituido en lo fundamental por estos últimos, aunque, siguiendo también a esa autora: «la determinación del lugar de esas empresas en la comunidad internacional no resulta aclarada por el pragmatismo jurídico dominante en nuestros días, (en tanto que) las referencias genéricas a los «actores no-estatales», o bien a las «entidades participantes» en la vida de las relaciones económicas internacionales», no siendo más que fórmulas descriptivas de fenómenos fácticos, no proporcionan útil conceptual alguno al análisis jurídico». Siempre en sus palabras,

¹⁰B. MUCHINLSKI, recogido por B. STEPHENS, «The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights», *Berkeley Journal of Human Rights*, vol. 20, 2002, p. 47.

¹¹Vid., M.T. KAMMINGA, «Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC», en *The EU and Human Rights*, Ph. Alston, ed., Oxford U. Press, 1999, p. 553.

¹²Vid., WILDHABER, «Some Aspects of the Transnational Corporation in International Law», *Netherlands International Law Review*, 1980, p. 80, cit. en su muy interesante estudio por V. ENGSTRÖM, *Who is Responsible for Corporate Human Rights Violations?*, Abo Akademy University, Institute for Human Rights, January, 2002, p.2.

¹³Vid. su «La responsabilité des entreprises en droit international: chimère ou réalité», *International Law Forum*, vol. 7, p. 235.

«la expresión referida, «actores no-estatales» —tan en boga, cabe apostillar—, no enuncia el objeto de definición, en tanto que la negación es una operación por naturaleza inhábil para definir cosa alguna»¹⁴. Para salir de tal impasse, entonces, Lahra Liberti propone que la posición de las empresas privadas en el orden económico internacional se pondere «sobre los aspectos *materiales* de sus actividades, más que sobre los *formales*». Y en la medida en que —estas últimas— «pueden tener también (aparte de en los equilibrios macroeconómicos) una incidencia significativa sobre la protección de los intereses esenciales de la Comunidad Internacional», lo que siempre según esta autora y concluyendo ya aquí esta toma en consideración de sus ideas, resulta en que «esas características materiales autorizan entonces a que se sometan los comportamientos de las empresas privadas a las evaluaciones del orden internacional»¹⁵.

Ya tenemos pues, una primera contestación en este ámbito de la responsabilidad. ¿Quiénes son sujetos de ella? Desde luego las empresas particulares —por extensión las corporaciones multinacionales—, pero también, no se olvide, los Estados, en la medida en que no estén a la altura de sus obligaciones ineludibles. El maestro Louis Henkin lo ha visto con su peculiar fuerza. En sus palabras: «Cuando las compañías de gigantes tentáculos —también las llama «compañías soberanas»— se convierten en el sustituto de los gobiernos, ¿pueden quizá ser tomadas como responsables por violaciones de los Derechos Humanos?» Según él, y lo comparto plenamente, «las obligaciones de los Estados en el respeto y en la preservación de los derechos debe proyectarse para abarcar las actividades y las violaciones de la compañías globales, allí donde estén y sean quienes sean»¹⁶.

Responsabilidad de multinacionales y de Estados, entonces, pero en qué grado, sobre qué, hacia quién, y cómo se establece?¹⁷ Trato a continuación, en el resto de epígrafes del presente Apartado, de arrojar alguna luz sobre ello, sin desconocer mis limitaciones —por las que me excuso de antemano— ni el hecho de que nos hallamos como dije en una de las encrucijadas entre el Derecho internacional público y el del tráfico externo que, añadido ahora, resulta de las más complejas e importantes. Contando con la comprensión de quienes me escuchan me dedico ya, sin más, a ello, dentro de lo que es hacedero en el marco que nos ocupa.

2. Responsabilidad de las Corporaciones Multinacionales

Desglose ésta entre la que se suscita frente al marco legal internacional, la surgida, respectivamente, en relación con el *soft law* o los Estados y, por fin, la que nace por la conducta de las personas físicas vinculadas con las propias Corporaciones.

¹⁴ *Ibidem*, p.236.

¹⁵ *Ibidem*, 237. *Vid.*, asimismo, A. CLAPHAM, *op. cit.*, pp.76-80.

¹⁶ *Vid.*, L. HENKIN, «That 'S' Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, et Cetera», *Fordham Law Review*, vol. 68, 1999, p.8.

¹⁷ *Vid.*, V. ENGSTRÖM, *op. cit.*, p.8.

A) RESPONSABILIDAD EN SEDE DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Como apunté no ha mucho, se suscita aquí un previo que atiene al status de las multinacionales como «*sujetos*» del Derecho internacional público, cuestión muy controvertida, pero que tal vez el propio devenir histórico y una observación atenta de la realidad sitúe en sus términos precisos. Es así que creo puede mantenerse en la actualidad la atribución de una personalidad jurídica o, como algunos prefieren, el carácter de «participantes» de aquéllas en la comunidad internacional¹⁸, en la medida, sobre todo, en que se les reconocen ya, indudablemente, ciertos derechos y, de forma correspondiente, han de arrostrar concretos deberes. Esto dicho, y como se ha señalado por doctrina de relieve, nada exige que se las equipare a los sujetos por antonomasia en este ámbito, los Estados, sino que basta con una personalidad «limitada» en el concreto marco de esos precisos derechos y deberes¹⁹. El propio Tribunal Internacional de Justicia abona, por ejemplo, esta solución cuando, en su Sentencia en el célebre Caso de las *Reparaciones*, 1949, afirma que: «Los sujetos de derecho en cualquier sistema legal no son necesariamente idénticos en su naturaleza o extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad»²⁰. En este contexto, la comunidad *internacional* está plenamente legitimada para exigir el respeto de sus principios vertebradores, ligados ineludiblemente al núcleo de los Derechos Humanos, y proveer vías sancionadoras en caso de su violación. A partir de aquí, cabe el acuerdo con la opinión según la cual, superando el propio concepto de personalidad, es más bien la imposición a las multinacionales de *deberes en cuanto a la observancia de los Derechos Humanos*, lo que indica que ostentan un status legal²¹.

Así las cosas, la *invisibilidad* de las multinacionales ante la ley, que se denuncia, en expresión feliz, por algunos autores²², no es en el presente contexto, absoluta, ni mucho menos. Véase, por ejemplo, la pléyade de textos que las vinculan, según se recoge en el Preámbulo de las llamadas *Normas Sobre Responsabilidades de las Corporaciones Multinacionales y Otras Empresas Comerciales con Respecto a los Derechos Humanos*, con origen en 2003 en las Naciones Unidas, y a las que haré referencia más adelante²³. Se trata de un muy importante acervo normativo con hitos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo Preámbulo afirma resueltamente que aquélla obliga a *todos los individuos y a todos los*

¹⁸ Vid., N. JÄGERS, *op. cit.*, p.23.

¹⁹ Vid., v.gr., D. KINLEY & J. TODAKI, «From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2004, p. 945 y s.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Vid., V. ENGSTRÖM, *op. cit.* p.24.

²² Vid., F. JOHNS, «The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Theory», *Melbourne U. Law Review*, vol 19, p. 893 y ss.

²³ Sobre ellas *vid.*, v.gr., Amnesty International, *The UN Human Rights Norms for Business: Towards Legal Accountability*, 2004, *pass.*, y D. WEISSBRODT, «UN Human Rights Norms for Business», *International Law Forum*, vol. 7, 2005, pp. 290-297.

órganos de la sociedad, incluidas multinacionales, por supuesto, y del que, en general, se deducen tres mandatos fundamentales: prevenir abusos, proveer los medios de protección y promover la causa de los Derechos Humanos²⁴. Pues bien, lo menos que creo se puede decir es que de estos mandatos se deriva otro ineludible para las mentadas corporaciones: que no *interfieran con el disfrute de tales Derechos*, adoptando estrategias preventivas para controlar y someter a escrutinio sus propias acciones²⁵. En este orden, cuanto mayor sea el contacto de aquéllas con los titulares de Derechos Fundamentales, por hallarse, por ejemplo, dentro de sus esferas de actividad e influencia, más grande será también su cuota de responsabilidad, amén de la obligación de no intervenir como cómplices en transgresiones de tales Derechos perpetradas por eventuales colaboradores o asociados, fenómenos estos no infrecuentes donde suelen mediar Gobiernos sin escrúpulos, ávidos de compartir botín con las multinacionales²⁶.

Sea como fuere, resulta ya indiscutible que existen ciertos deberes sustantivos de estas corporaciones en el ámbito de los Derechos Humanos. Unos surgirían, según defiende doctrina autorizada, con respecto a lo que puede denominarse el núcleo de estos últimos; otros en relación con los que, al margen de los que ostentan ese carácter central, inciden sin embargo directamente en tales Derechos²⁷. Así, en el primer orden, habría que recordar los deberes vinculados con ese núcleo de los Derechos Humanos constituido por la salvaguarda de la vida, la libertad y la integridad física. Es éste un campo del mayor interés a nuestros efectos, ya que buen número de los casos suscitados en torno al ATCA traen origen de violaciones en esta sede donde se ubican, recordemos, la prohibición de crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad, muertes arbitrarias, tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes²⁸. Las Normas de las Naciones Unidas, a las que me he referido no hace mucho, explicitan la obligación de las multinacionales en el presente entorno que, además, corresponde ampliamente al derecho imperativo, el llamado *jus cogens* internacional, el que no admite derogación alguna, que puede verse enfrentado en ocasiones a las actividades de aquéllas. Muchas veces como cómplices, pero otras también, como veremos, implicadas directamente, y en especial a través de su personal de seguridad²⁹, las corporaciones multinacionales perpetran graves estragos en este ámbito, lo que requiere la oportuna prevención y, en su caso, sanción, por el ordenamiento internacional.

Dando ahora un paso más, y en el otro orden señalado, el de los Derechos que hemos denominado de incidencia directa, surge también responsabilidad de las citadas corporaciones respecto a los derechos laborales y los que atienen a la pro-

²⁴ Vid. D. KINLEY & J. TADAKI, *op. cit.*, p. 963.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 964.

²⁷ *Ibidem*, p. 968. Vid., asimismo, N. JAGERS, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

²⁸ Vid., D. KINLEY & J. TADAKI, *op. cit.*, p. 969, y A. CLAPHAM, *op. cit.* 87. También, en general, C. GUTIÉRREZ ESPADA, «Sobre las normas imperativas del Derecho internacional», en *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 273-290.

²⁹ Vid., D. KINLEY & J. TADAKI, *op. cit.*, p. 971.

tección del medio ambiente. Entre aquéllos, y siempre a nuestros efectos, cabe destacar el conjunto de textos de origen internacional que prohíben el trabajo forzado, asimilable en alguna de sus variantes con la esclavitud, cuya prohibición no sólo comparte con la de aquél un status como parte del D^o internacional consuetudinario, sino que alcanza a su vez el del *jus cogens*³⁰, como sucedía en el orden al que me he referido previamente respecto de la salvaguarda de la vida, libertad e integridad física. Por su parte, también un importante acervo positivo de fuente internacional obliga a las corporaciones en el otro plano señalado, el de protección del medio ambiente, lo que tal vez ponga en cierta medida sordina el debate sobre la inclusión o no de éste en el canon de los Derechos Humanos³¹. Con todo, y personalmente, pienso que tal inclusión debiera aceptarse ya como fruto de la altura de los tiempos y de la imperiosa necesidad de asegurar un futuro al género humano.

Concluyo ya estas reflexiones sobre la responsabilidad de las multinacionales frente a la normativa internacional de Derechos Humanos, refiriéndome, muy brevemente, a los cauces institucionales para su concreción práctica, al margen de las vías penales, que trataré más adelante. Aquí, según ha visto doctrina de relieve, es preciso identificar los medios de ejecución de tal responsabilidad, lo que conduce en primer término a adaptar el tenor literal de los textos positivos vigentes y la función de las instituciones internacionales, evaluando luego cada una de éstas de la manera más ajustada a sus posibilidades reales³². Así, por ejemplo, los diversos organismos especializados dentro del sistema de Naciones Unidas —habría que resaltar el potencial del nuevo Consejo de Derechos Humanos—, y la Organización Internacional del Trabajo, parecen mejor situados, aún con evidentes limitaciones, que las Instituciones vinculadas con la Ayuda al Desarrollo y el Comercio, para activar mecanismos eficaces de exigencia de responsabilidad frente a las multinacionales. Con todo, parece necesario que este complejo problema se afronte desde el pragmatismo, reteniendo una pluralidad de mecanismos de ejecución y la búsqueda de un diálogo constante entre las instituciones internacionales, con el propósito de aprovechar las no desdeñables posibilidades del sistema³³.

B) RESPONSABILIDAD Y SOFT LAW INTERNACIONAL

Acabo de hablar de pragmatismo, y no otro es el enfoque que pienso se requiere en la cuestión que ahora abordo, de forma casi telegráfica. A estos fines entonces, pongo de relieve, en primer lugar, cómo hay que relacionar en la actualidad este fenómeno del Soft Law, con el arquetipo de los llamados «Códigos de Buena Conducta»³⁴, con el gran movimiento de escrutinio y control, también exigencia de res-

³⁰ *Ibidem* p. 980.

³¹ *Ibidem*, p. 984.

³² *Ibidem*, pp. 99 y ss.

³³ *Ibidem*, pp. 1019 y ss. *Vid.*, asimismo, A. CLAPHAM, *op. cit.*, pp.161-194.

³⁴ *Vid.*, N. JAGERS, *op. cit.* pp. 99 y ss.

ponsabilidades a las grandes empresas, conocido por Gobierno y/o Responsabilidad Corporativa-Corporate Responsibility o Accountability³⁵, una faceta importante, a su vez, dentro del gran debate sobre la mundialización de la economía. Fruto de los afanes de la sociedad civil, este movimiento es ahora uno de los principales impulsores de la rendición de cuentas de las corporaciones y, desde luego, merece un tratamiento monográfico que, al estarme vedado aquí, he de trocar por su simple mención, aunque con nota de especial interés y una llamada a su estudio por cuantos amablemente me escuchan.

En cuanto al Soft Law propiamente dicho, y sin llevarnos a engaño en cuanto a lo que de él cabe esperar dado su carácter eminentemente voluntario, tal vez quepa concederle algún crédito, superando el fuerte escepticismo que tras su ya larga andadura, suele encontrar³⁶. Comprendo que datos como que un buen puñado de las primeras firmantes del muy publicitado *Global Compact*, bajo los auspicios de Naciones Unidas³⁷, fueran multinacionales con terribles historiales en materia de Derechos Humanos, puede llevar a considerar estos empeños como meras maniobras de distracción o promoción de la imagen, carentes de verdadera sustancia, pero, como dije, creo preciso mantener aquí un enfoque pragmático. Pensemos, por una parte, que tras no pocos de estos textos se encuentra el trabajo muy serio y meditado de individuos y colectivos de relieve, que no es lógico que se descarte sin más. Pero es que, por otra parte, existen vías para que estos «códigos voluntarios» se revistan de ropaje legal. Así, una reconocida especialista, Halina Ward, propone varias entre las que destacaré, ahora, por ejemplo, cómo las proclamaciones de observancia de estos textos por parte de las corporaciones puede llevarlas a tener que responder de conducta falsa o engañosa, como sucedió a Nike ante los tribunales californianos y en virtud del derecho de ese Estado, por sus campañas basadas en las supuestas buenas condiciones de trabajo en las factorías de sus proveedores asiáticos³⁸. Esto sentado, concluyo, ahora mi referencia al Soft Law anotando como un paso en la buena dirección las mentadas *Normas Sobre Responsabilidades de las Corporaciones Multinacionales...*, que vieron la luz, como dije en Naciones Unidas en 2003, cuando fueron aprobadas por la Subcomisión sobre Promoción y Protección de Derechos Humanos. Y ello por el tono *normativo* que muy estudiadamente escogieron y por haber enfocado de forma

³⁵Vid., v.gr., en general, J. BENDELL, *Barricades and Boardrooms*, United Nations Research Institute for Social Development, June 2004. También, A. CLAPHAM, *op. cit.*, pp. 195-270.

³⁶Vid., v.gr., entre otros, V. ENGSTROM, *op. cit.*, pp. 33-36 y P. RICHARDSON, «Corporate Crime in A Globalized Economy: An Examination of the Corporate Legal Conundrum and Positive Prospects for Peace», *Journal of Public and International Affairs*, Vol. 15, 2004, p. 173. También, en general, la bibliografía que recojo en mi «Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act of 1789*, de los EE. UU., respecto de las corporaciones multinacionales», en *Pacis Artes...*, cit, p. 1841 y, allí, nota (18).

³⁷Vid., v.gr., P. RICHARDSON, *op. cit.*, pp. 176-178 y, respecto de las iniciativas en sede de la OCDE, entre otros, P.M. PROTOSALTIS, «La mise en oeuvre des Principes directeurs de L'OCDE à l'intention des entreprises multinacionales: Réflexions sur le nouveau mandat des Points de contact nationaux», *International Law Forum*, vol. 7, 2005, pp. 251-260.

³⁸Vid., D. KINLEY & J. TADAKI, *op. cit.*, p. 957.

precisa a las corporaciones, proyectando sobre ellas estándares internacionales bien asentados del derecho y la práctica, incluyéndose además, en esta última, la generada por las propias multinacionales³⁹. Falta, sin embargo, que se acaben adoptando por el actual Consejo de Derechos Humanos, pues su antecesora, la Comisión, las apartó en Abril de 2004, para posterior estudio. Desde luego, habrá de superarse a esos fines la fuerte oposición generada frente a ellas por los medios corporativos⁴⁰.

C) RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ESTADOS

Trato en esta sede únicamente de la que aquí más interesa, la suscitada en relación con los Estados de origen de las corporaciones multinacionales. Disponen éstos de una variada gama de bases de competencia jurisdiccional y legislativa para modular la conducta de sus empresas en el extranjero y, de hecho, lo hacen con frecuencia en materias como control de transferencia de tecnología, *anti-trust*, mercado de valores, etc. Es bien conocido que todo ello ha dado vida al debate sobre extraterritorialidad de las leyes, que va acompasando los diversos lances del conjunto de relaciones económicas, sociales y políticas en que se encauzan los intercambios internacionales⁴¹. Pero, frente a esta realidad, puede sorprender un tanto el desinterés de los citados Estados de origen en poner coto a los desmanes cometidos por sus multinacionales en materia de Derechos Humanos. Sobre el particular, algunos autores denuncian la diversa vara de medir que se utiliza para fijar las condiciones del mercado, ahora mundializado, y lo que afecta a aquéllos Derechos, en la médula del orden internacional⁴². Y es que, realmente sólo cabe anotar ciertos medrosos intentos, por ejemplo en materia laboral o de medio ambiente⁴³ y, si acaso, el que algún texto aislado incida indirectamente en la cuestión, como podría hacerlo la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*⁴⁴, el Acta RICO, de los EEUU, en tanto en cuanto las actividades criminales y corruptas de las multinacionales produjeran abusos en los De-

³⁹Vid., Amnesty International, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰Vid., C.M. VÁZQUEZ, «Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law», *Columbia J. of Transnational Law*, vol. 43, 2005, p. 929. También, en general, S.D. MURPHY, «Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level», *Columbia J. of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 389-433.

⁴¹Ilustrando tal debate, *vid.*, *v.gr.*, mi estudio *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad*, EUROLEX, 2001, *pass. Vid.*, asimismo, sobre un aspecto de interés, W. BARTON PETERSON, «Defining the Reach of the Securities Exchange Act: Extraterritorial Application of the Antifraud Provisions», *Fordham Law Review*, vol. 74, 2005, pp. 213-256. También, en general, R.S. AVI-YONAH, «National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization», *Columbia J. of Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp.5-34.

⁴²Vid., N. JAGGERS, *op. cit.* p. 214. También, en general, M. SORNARAJAH, «Linking State Responsibility for Certain Harms Caused by Corporate Nationals Abroad to Civil Recourse in the Legal Systems of Home States», en *Torture as Tort...*, *cit.*, pp. 491-512.

⁴³Vid., *v.gr.*, F.J. ZAMORA CABOT, *op. ult. cit.*, pp. 45-51.

⁴⁴Recogida en el Título IX de la *Organized Crime Control Act of 1970*, Pub. L. No. 91-542, 84 Stat. 922 (1970).

rechos Humanos⁴⁵. Teniendo así en cuenta este sombrío panorama, tanto más extraordinario resulta el texto cuya reciente práctica fundamenta este Curso, el *Alien Tort Claims Act*, ATCA, también del citado País trasatlántico⁴⁶. Ese venerable texto, que surge, como ya indiqué, en el periodo fundacional de la República, considera ilícitos civiles las violaciones de los Derechos Humanos perpetradas en el extranjero, por personas físicas o jurídicas, nacionales o foráneas. A partir de ello, concede a los perjudicados un foro ante los tribunales federales de los EEUU y, en los términos que veremos, un título o causa para accionar. Resalta también el que, en puridad, no se trata de una norma extraterritorial, como algunas veces se la considera, porque no es el derecho interno de ese país el que se proyecta hacia el exterior, sino el núcleo central del Derecho de Gentes atinente a los Derechos Humanos Fundamentales, hecho propio, digámoslo así, por el ordenamiento de los EEUU. Sin demorarme ya más en la conclusión de este punto, valga por ahora con este atisbo de un texto positivo tan singular como, desde luego, valioso y merecedor de un estudio y seguimiento crecientes.

D) RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS VINCULADAS CON LAS CORPORACIONES MULTINACIONALES

Finalizo el presente epígrafe con algunas reflexiones sobre una cuestión, la de rúbrica aquí, que considero de un interés extremo, aunque todavía no suficientemente reconocida en su importancia e implicaciones. Me refiero a la responsabilidad *penal* ante el ordenamiento internacional de, fundamentalmente, los directivos de las corporaciones, extensiva a sus cómplices y/o esbirros, y, también, no se olvide, la que cabría imputar a las propias multinacionales. En realidad, las dos vertientes, individual y corporativa, han emergido en múltiples ocasiones unidas de forma inextricable, hallándose el problema en una fase que podríamos considerar de tránsito hacia posiciones más acordes con los dictados de la justicia. Así, recordemos, en primer lugar y a modo de ejemplo, cómo el artículo 10 de la Carta del Tribunal Militar Internacional, con sede en Nuremberg, permitía a ese Tribunal declarar la naturaleza criminal de grupos u organizaciones y, a partir de ahí,

⁴⁵ *Vid.*, v.gr, D. KINLEY & J. TADAKI, *op. cit.*, p. 939. En otro orden, *vid.*, v.gr., R. KOCH, «The Foreign Corrupt Practices Act: It's Time to Cut Back the Grease and Add Some Guidance», *Boston College International And Comparative Law Review*, vol. 28, 2005, pp. 379-403 y D.P. ASHE, «The Lengthening Anti-Bribery Lasso of the U.S.: The Recent Extraterritorial Application of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 2897-2945. Asimismo, K. FENG, *The Human Rights Implications of Corruption: An ATCA-Based Analysis*, U. of Pennsylvania, *Wharton Undergraduate Research Scholars*, 2004, WH-299-301.

⁴⁶ Entre la bibliografía más reciente, *vid.*, v.gr., S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart. Publ., Oxford, 2004 y mi estudio, «Una luz en el corazón de las tinieblas: el *Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA)* de los Estados Unidos», en *Soberanía de los Estados y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor J.A.Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp.1381-1394. También, S.H. CLEVELAND, «The Alien Tort Statute, Civil Society, and Corporate Responsibility», *Rutgers Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 971-986 y J.J. PAUST, «The History, Nature, and Reach of the Alien Tort Claims Act», *Florida J. of International Law*, vol. 16, 2004, pp. 249-266.

someter a juicio a sus miembros⁴⁷. Entre otros casos, ello sucedió, y resultó en condena, de los directivos del inmenso *trust* químico IG Farben, punta de lanza de la rapiña y la guerra económica del odioso régimen nazi, y ello en tanto que, de forma individual o colectiva, habían participado, a pesar de la ilusión de legalidad, en un cúmulo de actos cuyo propósito real era el pillaje, el saqueo y la expoliación⁴⁸. El *trust* había sido previamente declarado criminal por su participación, aparte de en hechos del jaez de estos últimos, en crímenes de guerra como deportaciones, uso de trabajo esclavo, terrorismo, tortura y asesinatos, un vistoso currículum que, a decir verdad, no desmerecería junto al de algunas multinacionales contemporáneas nuestras.

Más cercanos, también, en el tiempo, los Tribunales Para la Antigua Yugoslavia y Rwanda no han dejado margen, sin embargo, para estas cuestiones, centrándose únicamente en las atrocidades cometidas por personas físicas. Han debido mediar en ello consideraciones de índole política, pues, tratándose de Rwanda, por ejemplo, es conocida la activa y variada participación de un buen número de corporaciones, aparte de las bien fundadas sospechas de pugnas de poder y acceso a materias estratégicas como algunas de las claves principales en la génesis del conflicto.

Por su parte, y doy con ello término a mis reflexiones sobre este punto y al epígrafe 1º del presente Apartado, cabe recordar que, durante la elaboración del llamado Estatuto de Roma, constitutivo del Tribunal Penal Internacional con sede en La Haya, se discutió extensamente la posibilidad de someter a las personas *jurídicas* a la jurisdicción del Tribunal, aunque no llegó a cuajar, finalmente. Con todo, y como se advierte por doctrina autorizada, del juego de los artículos 25, 3 (d) y 28 2 de los citados Estatutos, se desprende claramente cómo puede cubrirse la participación individual en crímenes perpetrados por entidades colectivas, desde el punto de vista de la *mens rea* y de la relación entre superiores y subordinados, respectivamente⁴⁹. Tal vez ello dé una justificación adicional a las reticencias, cuando no abierta hostilidad, de algunos Estados, a ratificar el citado Estatuto; no son sólo gloriosos ejércitos, sino tal vez los miembros de conspicuos consejos de administración los que han de permanecer *solutus a legibus*, cual si se tratase de la tradición sobre las cabezas coronadas. ¡Tiempos felices los de Nuremberg! Pero, como dije, nos hallamos en una fase de tránsito, en la medida en que el Estatuto de Roma ha dejado margen en alguna de sus provisiones, y según opinión autorizada, para que en su periódico proceso de revisión, se pueda algún día incluir a las corporaciones⁵⁰. Imposibilidad jurídica no existe, desde luego. Será preciso que se haga más patente, si cabe, lo preciso de tal desarrollo. Y que se aplique una fuerte voluntad en conseguirlo.

⁴⁷ Vid., N. JAGERS, *op. cit.*, p. 223 y V. ENGSTROM, *op. cit.*, p. 44. Asimismo, en general, J. VIVES CHILLIDA, «La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 330-383.

⁴⁸ Vid. N. JAGERS, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 230 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 231.

3. Responsabilidad de los Estados

No quiero que mi interés de hace ya muchos años por los temas del D^o internacional público se tome aquí, en una faceta de uno de los más clásicos y complejos de esa materia, por simple atrevimiento, dada mi condición de internacionalprivatista, pero considero que este Apartado debe incluir también siquiera un atisbo de la responsabilidad que incumbe a los Estados ante las conductas corporativas en violación de Derechos Humanos⁵¹. Será eso, desde luego y en todo caso, una *pincelada*, como diría mi añorado maestro, por la que reclamo la indulgencia de quienes me escuchan, y que he desglosado en las dos vertientes que aquí se suscitan, esto es, la de los Estados de *origen* de las multinacionales y la de aquéllos donde desarrollan sus actividades, los de *acogida*. Con alguna salvedad, trataré en exclusiva de las actividades puramente *privadas* de las multinacionales, donde no ha mediado cobertura o influencia por parte de los Estados, asumiendo que el Derecho internacional *impone*, desde luego, a estos últimos, según acredita una extensa y bien conocida práctica, la obligación de proteger y responder frente a actos privados que violan sus mandatos⁵².

A) RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DE ORIGEN⁵³

Entendemos por Estado de origen el de registro o incorporación de la empresa, coincidente las más de las veces con el de su sede central⁵⁴. Será fundamentalmente el concepto de *diligencia debida* el que vincule a ese Estado con su responsabilidad ante la conducta de las multinacionales en el extranjero. Un concepto, por otro parte, que se ha ido aquilatando por obra de la codificación internacional, recordemos, por ejemplo, entre los textos relativos a la protección del medio ambiente, el Convenio de Basilea sobre el control del transporte de residuos tóxicos⁵⁵, o en la lucha contra la corrupción, el de 1997 de la OECD⁵⁶ o, en fin, en el de la protección de menores, en el Protocolo Adicional al Convenio Sobre Derechos del Niño, auspiciado por la ONU en 2000, enfocado a prevenir la venta y/o explotación sexual de niños⁵⁷ y que, por otra parte, también ha encontrado reflejo en algunos asuntos célebres de la jurisprudencia internacional. Retengamos, por ejemplo, el dirimido por el TIJ en el *Caso del Canal de Corfú*, donde se establece por el Alto Tribunal la obligación para el Estado: «...de controlar las actividades de las personas privadas dentro del territorio... (no menos aplicable) que cuando el daño se causa a personas u otros intereses legales *en el territorio de otro Estado*»⁵⁸, o, más

⁵¹ Vid., N. JÄGGER, *op. cit.*, pp. 137 y ss. También, A. CLAPHAM, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

⁵² Vid., N. JÄGGER, *op. cit.*, p. 146. y V. ENGSTROM, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

⁵³ Vid., v. gr., entre otros, M. SORNARAJAH, *op. cit.*, *pass.* y S. DEVA, «Acting Extraterritorially to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should ‘Bell the Cat’?», *Melbourne Journal of International Law*, 2004, pp. 38- 65.

⁵⁴ Vid., en general, S. JOSEPH, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

⁵⁵ Vid., V. ENGSTROM, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁶ Vid. N. JÄGGER, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 167.

cercano en el tiempo, en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, cuando el Tribunal de la Haya impone responsabilidad al Estado cuando tenga *control efectivo* (variante más estricta que el *test de diligencia debida*) sobre las actividades particulares que violen Derechos Humanos⁵⁹. Sea como fuere, además, se precisa por doctrina de relieve que esa diligencia ha de evaluarse en cada caso concreto, pudiéndose admitir una gradación según sean los medios de que disponga el Estado, la previsibilidad o no de las conductas o el que afecten al núcleo central del *jus cogens* donde, lógicamente, las obligaciones de los Estados alcanzan su plenitud⁶⁰.

En otro orden, y finalizo ya mis apreciaciones sobre este punto, las objeciones y problemas que se erigen tradicionalmente frente a la aplicación extraterritorial de las leyes, en este caso las del Estado de origen frente a sus multinacionales por conductas en el extranjero, quedan, por así decirlo, mitigadas o diluidas en este preciso contexto. Cabe acuerdo, entonces, con quienes opinan que existen una serie de fundamentos para esa atenuación. Así, por ejemplo, dado que existen vínculos indudables entre el Estado que ejerce la competencia y las corporaciones, cuyas sedes centrales y empresas dirigentes, dentro del grupo, radican en su territorio, o en tanto que no se proyectan políticas domésticas, sino internacionales, la defensa de Derechos Humanos, o, lo hemos visto, en la medida en que pesa una obligación internacional sobre el Estado de origen, también desde luego sobre el de acogida, en el sentido de prevenir y salir al paso de las violaciones de aquellos Derechos⁶¹. Nada obsta, pues, para que los Estados de origen cumplan con las exigencias del ordenamiento internacional y provean los medios para que se cumpla ese propósito.

B) RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DE ACOGIDA

Siendo ésta indudable, hablamos de los Estados donde se verifican el grueso de las conductas lesivas y sus consecuencias, el pragmatismo al que he hecho referencia en algún momento anterior nos indica que se hallan peor situados que los de origen para la preservación de los Derechos Humanos frente a las corporaciones. La urgencia en captar inversiones extranjeras, se habla de la *carrera hacia el fondo*⁶², el hecho evidente de la disparidad de poder en múltiples ocasiones y la primacía de las empresas sobre los presentes Estados, o la existencia casi virtual de éstos en situaciones de catástrofe o conflicto⁶³, el que las conductas se realicen en zonas remotas, prácticamente abandonadas a su suerte y, por no extenderme, la connivencia o, incluso, activa cooperación de regímenes corruptos y criminales, como el de la antigua Birmania —entre, por desgracia, otros muchos— en las políticas de expolio diseñadas en las sedes centrales corporativas, todo ello, repito,

⁵⁹ *Ibidem*, p. 170.

⁶⁰ *Vid.*, V. ENGSTROM, *op. cit.*, p. 20.

⁶¹ *Vid.*, S. DEVA, *op. cit.*, pp. 47-50.

⁶² *Vid.*, F. J. ZAMORA CABOT, «Casos recientes...», *cit.*, p. 1839.

⁶³ *Vid.*, L. LIBERTI, *op. cit.*, p. 238. También, en general, E.W. ORTS, «War and the Business Corporation», *Vanderbilt J. of Transnational Law*, vol. 35, 2002, pp. 549-584.

creo que abonaría el incidir prioritariamente en la actuación no ya de éstos, a quienes muchas veces cuadra la expresión de «*Estados Vulnerables*», que viene acuñándose en doctrina, sino en la de los Estados de origen. En el bien entendido de que la presión de la comunidad internacional se debe ejercitar sin pausas sobre unos y otros. A este respecto, en fin, la sensibilización de la opinión pública es capaz de rendir, creo, como ha hecho ya en ocasiones señaladas respecto de las propias corporaciones multinacionales, importantes frutos⁶⁴.

II. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU EN EL CASO *SOSA V. ÁLVAREZ-MACHAÍN*⁶⁵

1. Antecedentes

Es preciso, antes de desarrollar el tema de rúbrica, traer a colación algunos presupuestos del sistema judicial de los EEUU, en lo que atañe a las sedes federales. Repartidas en 13 Circuitos, constan de Juzgados de Distrito y Tribunales de Apelación, coronando el sistema el propio Tribunal Supremo. Las federales son sedes judiciales de jurisdicción limitada, contrariamente a las estatales, que la tienen general, pero, en cambio, ostentan competencia originaria —exclusiva— sobre amplios sectores del Derecho, como asuntos constitucionales o procesos entre residentes de Estados diversos de la Unión. Se les reconoce un alto estatus dentro del conjunto del sistema legal de ese País⁶⁶.

En tanto que, como dije, las federales son sedes de jurisdicción *limitada*, el sistema exige, para que puedan dirimir un caso, que exista una atribución de competencia sobre la materia —la llamada *subject-matter jurisdiction*— en su favor, a través de un mandato constitucional y otro específicamente otorgado por el Legislador. Así las cosas, la competencia en lo que aquí importa, es decir, los procesos por violaciones internacionales de Derechos Humanos, vendrá dada, por una parte, por el Artículo III Sec. 2 de la Constitución de los EEUU —la llamada «*arising under jurisdiction*»— y, por otra, por al menos uno de cinco textos federales, destacando entre ellos el reiteradamente citado *Alien Tort Claims Act* de 1789, codifi-

⁶⁴ Recordemos los acuerdos entre los bancos helvéticos y los herederos de las víctimas del Holocausto, o los habidos entre grandes firmas de moda y los trabajadores en régimen de semiesclavitud de factorías en el llamado Tercer Mundo, que las proveen, etc. Al margen, claro está, de los efectos puramente disuasorios sobre la conducta de Estados y multinacionales, de difícil cuantificación pero, de seguro, muy relevantes.

⁶⁵ 542 US 692 (2004). He utilizado el documento que recoge la página oficial web de la USSC en <http://www.supremecourt.gov/opinion/03pdf/03-339.pdf>, en adelante cit, *Opinion*. Sobre él, en general, *vid.*, *v.gr.*, H.G. COHEN, «Supremacy and Diplomacy: The International Law of the U.S. Supreme Court», *Berkeley J. of International Law*, vol. 24, 2006, pp. 280-292. También, B. STEPHENS, «Corporate Liability Before and After *Sosa v. Alvarez-Machain*», *Rutgers Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 995-1003.

⁶⁶ *Vid.*, M. SWAN, «International Human Rights Tort Claims and the Experience of US Courts: An Introduction to the US Case Law, Key Statutes and Doctrines», en *Torture as Tort...*, cit, p. 66.

cado en 28 USC Sec. 1350⁶⁷. Vuelvo pronto sobre él, pero antes quiero recordar que esa «*arising under jurisdiction*» toma su nombre del otorgamiento constitucional de competencia a las sedes federales, en virtud del citado Art.III Sec. 2, cuando los casos a dirimir surjan — «*arising under*» — «bajo la Constitución, las leyes de los EEUU y los tratados hechos o por hacer bajo su autoridad». Importa señalar que la expresión «*leyes de los EEUU*» comprende según opinión mayoritaria al D^o internacional consuetudinario, incorporado al derecho federal común — el de base judicial — a través de la Constitución y, también, que es preciso poner de relieve que muchas veces jueces y autores utilizan indistintamente las expresiones «D^o de Gentes», «D^o internacional consuetudinario» y «D^o internacional», lo que no es del todo correcto y debe tenerse en cuenta⁶⁸. Sea como fuere, en fin, resulta claro que las sedes judiciales federales, en virtud del mandato constitucional, pueden ejercer competencia jurisdiccional sobre los procesos por violaciones internacionales de Derechos Humanos, y que el Congreso está asimismo habilitado para legislar sobre ello, como hizo, por ejemplo, al promulgar el ATCA o un texto vinculado, mucho más reciente, la *Torture Victim Protection Act*, que extiende la protección del ATCA a los ciudadanos de los EEUU víctimas de torturas o ejecuciones extrajudiciales en el extranjero, y se recoge también en 28 USC Sec. 1350.

En otro orden, me refiero ya al sustantivo o material, las demandas, como es lógico, deben apoyarse en un título amparado por el derecho, al que en el mundo anglosajón suelen denominar «*cause of action*». Aquí comienza el debate fundamental sobre el ATCA, en la medida en que sea un texto puramente jurisdiccional, es decir trate solo de la competencia judicial de las sedes federales, o incluya también una *nueva* causa o título para accionar, la citada *cause of action*. Recordemos, de partida, que el tenor literal del ATCA es sumamente escueto, y dice así: «Los Juzgados de Distrito tendrán jurisdicción originaria sobre toda acción civil (entablada por un extranjero) respecto de ilícitos civiles —*torts*— únicamente, cometidos en violación del Derecho de Gentes —*Law of Nations*— o un Tratado de los EEUU». Comoquiera que la historia legislativa del ATCA no aclara la cuestión, se abre aquí una disyuntiva, o, al menos, así se ha visto desde posiciones muy antagónicas, ¿está incluida la causa o fundamento de la demanda en ese texto, o simplemente concede un foro a las víctimas de tales ilícitos? Según se conteste las consecuencias serían radicalmente diversas.

En los términos en los que se viene planteando, y aunque el debate parece muy forzado ante lo que de hecho sucede en la jurisprudencia federal, resulta que si el ATCA alberga una causa o título para accionar, sólo es preciso alegar que ha existido una violación del ordenamiento internacional para que la demanda pueda entablarse. De no ser así, en cambio, y siempre en tales términos, los del citado debate, sería preciso que el Congreso hubiese legislado ya en la materia, lo que no ha sucedido salvo, precisamente, al promulgar la también citada TVP Act⁶⁹. Ello con-

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 69 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 69 y, allí, nota (10). También, en general, J.G. KU, «Structural Conflicts in the Interpretation of Customary International Law», *Santa Clara Law Review*, vol. 45, 2005, pp. 857-875.

⁶⁹ *Vid.*, M. SWAN, *op. cit.*, p. 75. Se incluye expresamente la causa de acción.

vertiría al ATCA, en la práctica, en un mero brindis al sol, un residuo de épocas remotas que escaso o ningún cobijo podría ofrecer a las víctimas de muchos actos terribles. Pero, afortunadamente, las cosas no han discurrido así, y, si en un caso célebre, *Tel-Oren*, el Tribunal de Apelación del Circuito de Columbia optó por la versión puramente jurisdiccional⁷⁰, es su contraria, iniciada en otro asunto no menos conocido, *Filartiga*, por el homólogo de aquél en el Segundo Circuito Federal, la que, con matices, ha acabado prevaleciendo en la, como dije, ya extensa jurisprudencia sobre la materia. Para ello, es cierto, ha debido buscarse un no siempre fácil acomodo con otro precedente, el del notorio caso *Erie RR v. Tompkins*, un supuesto puramente interno decidido en 1938, donde esta vez el Tribunal Supremo mantuvo que «no existe un d° federal general común» lo que, en la medida en que tradicionalmente, por ejemplo, se ha considerado al D° de Gentes como parte de ese d° general, y salvo el que un gran autor, como Philip Jessup indicaba ya en 1939 que en *Erie* «con seguridad el Tribunal Supremo no pensaba en el D° internacional»⁷¹, podía implicar que, bajo ese precedente, los tribunales federales, designados por el ATCA, no se encontrasen legitimados para desarrollar un d° internacional consuetudinario en los asuntos cubiertos por ese texto⁷².

En todo caso, y como digo, lo cierto es que las sedes federales han venido considerando muy mayoritariamente que el ATCA sí contiene o, cuando menos, puede integrarse con una causa de acción respecto a las violaciones del ordenamiento internacional y, consecuentemente, están generando una amplia jurisprudencia, pues son numerosos los demandantes que se acogen a este texto, único en el mundo. Y la cuestión podía seguir así, interesando fundamentalmente en cuanto a su estudio a jueces y académicos, dentro de otra más general, el estatus del propio D° internacional consuetudinario dentro del ordenamiento estadounidense, pero existen nuevos datos que lo han removido todo y que deben considerarse en la raíz de los precedentes del caso *Sosa v. Álvarez-Machain*, objeto del presente epígrafe y de los que me ocupo ya seguidamente.

Y será también de forma muy breve, porque los hechos hablan por sí mismos y ya Emerico de Vattel nos recordaba que no es preciso interpretar lo que claramente se alcanza. Sucede que, mientras el ATCA se hacía valer, como en *Filartiga*, contra viles torturadores y asesinos, sayones de Gobiernos criminales, que se refugiaban en los EEUU al jubilarse de sus vidas de incuria, la cuestión no tenía una gran trascendencia. Todo cambia, empero, cuando ese venerable texto se comienza a utilizar contra las corporaciones multinacionales, estadounidenses o extranjeras con arraigo en el País, exigiéndoseles enormes indemnizaciones y/o lo

⁷⁰ *Ibidem*, el Tribunal se apoyó en el caso de especie, fundamentalmente, en la necesidad de distinguir entre los tratados *self-executing and non self-executing*, y sus diversos efectos en el Ordenamiento de los EE.UU.

⁷¹ *Vid.*, C. RYNGAERT, «The U.S. Supreme Court's Opinion in *Sosa v. Alvarez-Machain*», *International Law Forum*, vol. 6, 2004, p. 117.

⁷² *Vid.*, en general, W. DODGE, «Bridging *Erie*: Customary International Law in the U.S. Legal System after *Sosa v. Alvarez-Machain*», *Tulsa J. of Comparative and International Law*. Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=621743>.

que incluso puede resultarles peor, las sedes federales se convierten en cajas de resonancia de sus también inmensos desmanes y fechorías. Si, por ejemplo, atendemos a una célebre saga judicial, *Doe v. Unocal*⁷³, sobre la que he de volver en el próximo Apartado, se comprende la conmoción en los medios corporativos cuando en la primera decisión de instancia, en 1997, el Juez Páez, perteneciente a un Juzgado de Distrito del prestigioso Noveno Circuito Federal, considera que cabe responsabilizar bajo el ATCA a una corporación, y era la primera vez que sucedía, o a un particular, por actuar en concierto con un Gobierno en la violación de estándares de Derechos Humanos universalmente reconocidos⁷⁴. Conmoción que se torna en pánico cuando el Tribunal de Apelación de ese Circuito, fallando en contra de la multinacional, utiliza, por ejemplo, un *test* en sintonía con muy recientes y avanzados desarrollos en la práctica de los tribunales penales internacionales, como los de Ruanda y la Antigua Yugoslavia, el de *aiding and abetting*, ayuda e incitación, para, a su través, evaluar la complicidad de la multinacional en los pavorosos hechos acaecidos en Birmania, origen del Caso de referencia⁷⁵.

Desde el punto de vista de los grandes intereses corporativos, sus poderosos *lobbies*, sus asociaciones, sus entes de apoyo y refuerzo ideológico y, claro está, la nefasta Administración del Sr. Bush Jr., tan vinculada a todo ello, las cosas ciertamente habían ido demasiado lejos⁷⁶. Las entrañas de la Bestia —tomo la expresión de George Soros, que dice vivir en ellas— se remueven contra el ATCA, hay que mandar el dichoso texto a los libros de Historia, a la que pertenece y seguir los *negocios* normalmente, sin incordios y en la oscuridad, como toca. Es preciso que alguien haga el trabajo y, ¿quién mejor que el Tribunal Supremo, en principio tan conservador en su actual configuración, si, *casualmente*, ha decidido revisar la sentencia emitida por, de nuevo, el de Apelación del Noveno Circuito en el caso, citado, *Sosa v. Álvarez-Machaín*?

Hasta el momento, el Alto Tribunal había rehusado siempre revisar las sentencias sobre el ATCA originadas en los diversos Circuitos, pero es que el caso *Sosa* es muy especial por sus hechos y avatares judiciales. Podríamos decir que es el más límite de los casos límite en lo que al ATCA se refiere. Nada tiene que ver con las multinacionales, sino con un luctuoso suceso, el asesinato de un miembro de la DEA, Camarena, en México, y el secuestro de Álvarez-Machaín, supuestamente implicado en él, por agentes estadounidenses en ese País lo que, tras probarse su inocencia, origina un proceso contra su abductor ante los tribunales federales, entre otras causas, basado en el ATCA, por violación de derechos humanos por el se-

⁷³ *Vid.*, v.gr., F.J. ZAMORA CABOT, «Casos recientes...», cit., pp. 1851-1854.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1853.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 1854.

⁷⁶ Criticando la actitud de la citada Administración, azote de libertades, salvo la de *empresa*, peculiarmente entendida, *vid.*, entre otros, B. STEPHENS, «Upsetting Checks and Balances: The Bush Administration's Efforts To Limit Human's Rights Litigation», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 17, 2004, pp.169-205. Entre los defensores de los aludidos intereses, *vid.*, por todos, J.D. O'FLAHERTY, «Misuse of the ATCA and the Consequences in a Globalized Economy», *Rutgers Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 989-993. Con una visión de conjunto, *vid.*, v.gr., «The Alien Tort Claims Act Under Attack», *Proceedings of the American Society of International Law*, 2004.

cuestro y retención ilegal subsiguiente. Modula la cuestión el hecho de que, en 1992, el Tribunal Supremo en decisión un tanto sorprendente dado el grueso ilícito internacional cometido por el Gobierno de los EEUU, había dictaminado que el secuestro resultaba conforme al derecho de ese País⁷⁷.

Un Tribunal Supremo conservador, una decisión suya previa sobre aspectos vinculados al caso y un consejo profesional de primer nivel, apoyado desde notorias instituciones y las más altas instancias oficiales. La suerte estaba echada pero, anticipo, no siempre salen las cosas como cabe prever o uno —aquí el gran conglomerado oficial/empresarial— desea.

2. La decisión, una puerta entreabierta, un puente no demasiado lejano

En lo que aquí interesa, el Tribunal Supremo de los EEUU tenía la ocasión de aclarar algunas dudas fundamentales sobre el ATCA. ¿Se trata, lo apunté, de un texto puramente jurisdiccional, o surge de él o de otra manera puede integrar una causa de acción? Si esto último sucede, ¿en relación con qué y bajo que condiciones? A todo ello, lo veremos, responde. También, claro está, a lo que sucede en el caso de referencia y, después, habremos de discurrir sobre la proyección de esta Sentencia sobre el ser y la práctica del ATCA e, incluso, trascendiendo de ese texto, qué puede significar esta Decisión respecto del citado estatus del D^o internacional consuetudinario frente al ordenamiento de los EEUU. Una apretada agenda, pues, que trataré de llevar a cabo de la forma concisa que pretendo respetar en este Curso.

Desde luego, el Alto Tribunal rechaza, sin vacilaciones, y es su primera respuesta en el entorno de la naturaleza del ATCA, que ésta, además de su carácter jurisdiccional, albergue una *nueva* causa de acción. Situándose en los tiempos en que nuestro texto vio la luz, en sus propios términos, en su ubicación sistemática y en diversas consideraciones y pareceres en doctrina, concluye que se trata de un texto *jurisdiccional*, en el sentido de otorgar potestad a las sedes federales «para dirimir casos relativos a una cierta cuestión»⁷⁸. Lo que no implica, siempre según el Tribunal Supremo, que haya de actuar el legislador para que pueda surgir una causa de acción, pues, una vez que los juzgados federales tenían competencia, los ilícitos en violación del Derecho de Gentes «hubieran sido reconocidos dentro del derecho común (de base jurisprudencial) —el *common law*— de la época»⁷⁹. El Alto Tribunal llega a esta importante, decisiva, conclusión, luego de un análisis histórico que quienes han comentado esta sentencia y yo abundo con ellos, consideran de gran relieve⁸⁰, y del que, en último término, queda en todo caso fijado que la causa de acción surgiría, como queda dicho, dentro del derecho común de la época, pero limitada a tres supuestos muy específicos susceptibles de dar origen, en ese tiempo, a responsabilidad personal, listados ya en sus célebres *Commentaries on the*

⁷⁷ *Vid.*, C. RYNGAERT, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁸ *Vid. Opinion.*, *cit.*, p. 19.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ Por todos, *vid.*, *v.gr.*, C. RYNGAERT, *op. cit.*, p. 117.

Laws of England por el gran jurista inglés Blackstone. Me refiero a las llamadas *violaciones de salvoconductos, infracción de los derechos de embajadores y piratería*⁸¹.

Llegado este punto, y es otro de los extremos de mayor trascendencia en su Decisión, el Alto Tribunal rechaza una visión inmovilista según la cual los ilícitos cubiertos por el ATCA no pudieran evolucionar conforme lo ha hecho el ordenamiento internacional. En palabras de aquél: «Asumimos, también, que no ha habido un desarrollo en los dos siglos desde la promulgación (del ATCA) hasta el nacimiento de la moderna línea de casos que comienza en *Filartiga*... que impida de forma categórica a las sedes federales reconocer una demanda bajo el Derecho de Gentes como un elemento del derecho común»⁸². Así las cosas, sin embargo, y siempre según el Tribunal Supremo, «...existen buenas razones para una concepción *restringida* de la discreción que debe ejercitar una sede federal al considerar una causa nueva de acción de este tipo»⁸³. De esta forma, continúa el Alto Tribunal, y resulta de una gran importancia, «...pensamos que los tribunales debieran requerir que cualquier demanda basada en el actual Derecho de Gentes se apoye en una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y con una especificidad comparable a los rasgos de los paradigmas del siglo XVIII (salvoconductos, embajadores y piratería) que hemos reconocido»⁸⁴.

Ya sabemos, pues, cual es el sustrato, según el Tribunal Supremo, sobre el que ha de surgir en este contexto la tan citada causa de acción. Y es ese mismo Tribunal el que percibe que la moderna jurisprudencia al respecto de las sedes federales coincide muy mayoritariamente con su parecer. En efecto, reiteradamente exigen éstas en famosos pronunciamientos que las normas violadas por las conductas atentatorias de Derechos Fundamentales sean específicas, universales y obligatorias, o utilizan similares expresiones, aparte de recalcar el carácter odioso de tales conductas y el rechazo sin paliativos en el que deben incurrir⁸⁵. O, incluso, dan un paso más y se sitúan de forma resuelta en ese conjunto de mandatos que el ordenamiento internacional considera en la materia como inderrogable e imperativo, de *jus cogens*, en definitiva, y a él ya hice alusión, como constitutivo de la vara de medir respecto de las conductas sometidas al ATCA⁸⁶.

Precisado ya, pues, el marco normativo en que deben ambientarse las demandas que se presenten a través de aquel *antiguo* texto, el Tribunal Supremo, sin embargo, deja también sentados ciertos referentes que las sedes federales deben considerar de forma atenta al proceder al análisis de cada caso, en lo que claramente

⁸¹ *Vid. Opinion*, cit., p. 20.

⁸² *Ibidem*, p. 30.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 30 y ss. *Vid.*, en general, E. KONTOROVICH, «Implementing *Sosa v. Alvarez-Machain*: What Piracy Teaches About the Limits of the Alien Tort Statute», en *Notre Dame Law Review*, vol. 80, 2004, pp. 111 y ss., avanzando una visión que creo en exceso limitativa del ATCA a partir de esta toma de postura del Alto Tribunal. Asimismo, en otro orden, aunque compartiendo tal visión, *vid.*, Th. H. LEE, «The Safe-Conduct Theory of the ATS», *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, pp. 830-908.

⁸⁵ *Vid.*, *Opinion*, cit., p. 38.

⁸⁶ *Vid.*, *v.gr.*, mi estudio «Una luz...», cit., p. 1391.

constituye una llamada a la cautela y a la restricción en la actuación de los jueces. Así, les recuerda, en primer lugar, que el concepto del *common law* ha cambiado, en un sentido que puedo calificar como limitativo en cuanto a la facultad judicial de generación del derecho —en la entraña de derecho común—, desde los tiempos en que el ATCA fue promulgada, hasta nuestros días⁸⁷. Luego, trae a colación también, y a él me referí, el peso del precedente en el caso *Erie*⁸⁸. En tercer lugar, que es el legislativo el que debe prevalecer a la hora de crear nuevas causas de acción⁸⁹. Tras de ello, el impacto sobre las relaciones internacionales⁹⁰ y, finalmente, el que «no existe un mandato del Congreso para buscar y definir nuevas y debatibles violaciones del D° de Gentes⁹¹. En realidad, se trata de un compendio de lo que los tribunales inferiores han venido ya practicando, pero es de resaltar cómo a través de él quiere el Supremo perfilar los límites de las atribuciones del poder judicial frente al legislativo y al ejecutivo, en una materia como ésta, particularmente sensible, y dentro del sutil equilibrio dictado por la Constitución.

Por lo que atiene al caso concreto, *Sosa v. Alvarez-Machain*, y es el único extremo al que me voy a referir, este cuerpo de doctrina sancionado por el Tribunal Supremo produce un resultado de estimar el recurso de *Sosa*, y considerar que su conducta no quedaba cubierta por el ATCA. En las circunstancias, y habiendo considerado legal, como apunté, en sentencia de 1992 el secuestro y traslado de México a los EEUU de Álvarez-Machain, sólo quedaba al Alto Tribunal evaluar si la *duración* de la detención en territorio de aquél País lo convertía en un ilícito internacional dentro del canon del D° internacional consuetudinario exigido por el ATCA. El Tribunal Supremo responde por la negativa, en tanto que se trató de un lapso breve de tiempo, lo que, en su opinión sitúa la conducta al margen de ese canon. Todo ello es muy discutible, desde luego, pero también de prever ante, como digo, ese temprano pronunciamiento de —más que dudosa— *legalidad*⁹².

Toca ahora analizar, siquiera brevemente, cuál es el significado de la sentencia *Sosa* respecto del ser y la práctica del ATCA. Así, en primer lugar, considero muy positivo el que, de una vez por todas, se haya aclarado el tedioso debate, a mi parecer muy artificial, sobre el carácter puramente jurisdiccional de ese texto y sus consecuencias sobre la causa de acción. Se trataba de una polémica lanzada desde las corporaciones y sus portavoces de diverso pelaje con seguridad para ir creando un estado de opinión adverso y, llegado el caso, y si fallaba la opción judicial, propiciar una reforma legislativa. Hay que entender que los textos como el ATCA, pertenecientes al período fundacional de la República, se encuentran revestidos de una

⁸⁷ *Vid.*, *Opinion*, cit. p.31.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 32 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁹¹ *Ibidem*, p. 34.

⁹² *Ibidem*, pp. 38-45. *Vid.*, en ese sentido, H.J. BERMAN, «The Alien Tort Claims Act and the Law of Nations», reproducido en [http:// papers.ssrn.com/abstract=666146](http://papers.ssrn.com/abstract=666146), pp. 12-13. También, S. FOHN, «Do DEA Field Agents Have the Power to Unilaterally Execute a Trans-Border Abduction?: The Ninth Circuit's Take on *Alvarez-Machain v. U.S.*», *Houston J. of International Law*, vol. 27, 2004, pp. 221-239.

especial autoridad y aún contando con amplias mayorías en las Cámaras, actuar sobre ellos resulta arduo.

En otro orden, pienso que la práctica de las sedes federales sobre este texto no ha de variar sustancialmente, pues la doctrina ahora sentada por el Tribunal Supremo confirma en alto grado lo que venía sucediendo. Tal vez se haga más énfasis en el contraste con el *jus cogens*, pero una parte muy sustancial de las atrocidades cometidas por las multinacionales entra de lleno en él, con lo que no cabe esperar, pues, grandes cambios. Si acaso, en temas como los estragos al medio ambiente, tan ligados a las actividades de las corporaciones, el futuro respecto de la protección que eventualmente se pudiera lograr en clave del ATCA se intuye más sombrío, pero es que nunca fue, en realidad, a su través, muy esperanzador⁹³. A la vista de la nota de pié de página número 21 en el texto de la sentencia, y valga como anécdota, parece que no ha de ser mejor, y por las razones allí esgrimidas, el porvenir de las demandas que originaron el notorio caso sobre el *Apartheid en Sudáfrica*, donde el Alto Tribunal está indicando a sus subordinados que presten especial consideración a las tesis del Departamento de Estado, contrarias a ellas⁹⁴. Sometida a vigilancia atenta, en fin, y utilizando las palabras del Alto Tribunal, el ATCA *deja una puerta entreabierta* a las demandas por gruesas violaciones de Derechos Fundamentales perpetradas por individuos y corporaciones multinacionales⁹⁵. Puede no parecernos demasiado pero, ciertamente, es muchísimo más que haberla cerrado con siete llaves y tirar éstas al mar, como pretendían los grandes grupos de presión y, notoriamente, su fiel eco en el Tribunal Supremo encarnado por el muy brillante y archiconservador *Justice Antonin Scalia*⁹⁶.

Nos queda, para concluir ya con el presente epígrafe y este Apartado II, afrontar la última cuestión planteada, que trasciende del ATCA para interesar, en un plano general, la posibilidad de que, en palabras del Tribunal Supremo, « las sedes federales reconozcan legítimamente algunas normas del actual *Derecho de Gentes* en ausencia de actuación por el Congreso» (aparte del ATCA)⁹⁷. Es decir, principalmente el estatus del D^o internacional consuetudinario frente al sistema legal de los EEUU. Sólo haré, claro está, un apunte, pues he de atenerme al objeto del presente Curso, y por más que el tema me resulte atractivo. Aquí el Alto Tribunal ha debatido fundamentalmente la opinión del citado *Justice Scalia* en el sentido de la necesidad de poner coto a cualquier generación por las sedes federales de un derecho común a partir de normas internacionales protectoras de Derechos Humanos, de no mediar expresa autorización por parte del legislador⁹⁸. Aunque, como resalta la línea mayoritaria del Tribunal Supremo, prima actualmente una lectura positivista

⁹³ Vid., v.gr., F.J. ZAMORA CABOT, «Casos recientes...», cit., pp.1844-1847. También, en general, ILA, *Transnational Enforcement of Environmental Law, Second Report*, en *Report of the 71th, Conference*, Berlín, 2004, pp. 896 y ss.

⁹⁴ Vid., *Opinion*, cit., p. 39.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁸ *Ibidem, Opinion of Scalia, J.*, pp. 1-14.

del *common law* —contrariamente al antiguo, tenido por reflejo de la razón universal⁹⁹—, ni el Primer Congreso, ni los sucesivos, han vetado el que los jueces federales puedan introducir en sus razonamientos, y derivar derecho común, de normas provenientes del ordenamiento internacional, como ha hecho el propio Tribunal Supremo en célebres sentencias como *The Paquete Habana*, *The Nereide* o *Texas Industries*¹⁰⁰. A partir de ello, y siempre en palabras del Alto Tribunal «No sería fácil explicar ahora que las sedes federales hubieran de apartar completamente la vista de cualquier norma internacional originada para proteger a los individuos»¹⁰¹. En ese entendimiento, un bien conocido autor, W. Dodge, mantiene que, con su decisión en *Sosa*, el Tribunal Supremo ha construido un puente entre el D^o internacional y el interno, entre el pasado y el presente¹⁰², y que, añadido, no resulta, como el de Arnhem a los Aliados, *demasiado lejano*. A través de él se consolidan vías para seguir integrando en el D^o de los EEUU normas como las que impiden ejecutar a reos juveniles, o discapacitados mentales¹⁰³, o los trabajos forzados, etc. Vendrán tiempos interesantes, dice al punto un autor¹⁰⁴, esos sobre los que previene un antiguo dicho fruto de la sabiduría china. Pero los Derechos Humanos y su puesta en práctica, aquí o en el País más poderoso de la tierra bien valen, pienso, padecer algún sobresalto¹⁰⁵.

III. PRÁCTICA RECIENTE DEL ATCA

Desgloso este Apartado en sendos epígrafes de los que el primero corresponde a algunos casos que han adquirido ya notoriedad, encontrándose en diversas fases procesales, y el segundo a otros presentados con posterioridad a la Decisión del Tribunal Supremo en el caso *Sosa*. Toda selección tiene sus riesgos, claro está, y asumo las carencias de la que aquí llevo a cabo. No obstante, creo que dentro del desgraciadamente muy amplio abanico de supuestos motivados por las conductas

⁹⁹ *Vid.*, *Opinion*, cit., p. 35.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 3. *Vid.*, asimismo, Ch. OCHOA, «Towards A Cosmopolitan View of International Law: Identifying and Defining CIL Post *Sosa v. Alvarez-Machain*», *U. of Cincinnati Law Review*, vol. 74, 2005, pp. 105-145 y Note, «The Offences Clause After *Sosa v. Alvarez-Machain*», *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005, pp. 2379-2399. Comp. con J.K. SETEAR, «A Forest with no Trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 Term», *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 641-663.

¹⁰³ *Vid.*, respectivamente, en estas situaciones, las sentencias del Tribunal Supremo en los casos *Roper v. Simmons*, 125 S.Ct. 1183 (2005) y *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), incorporando los estándares internacionales a través de la Octava Enmienda a la Constitución. También, v.gr. C. BAETZ-STANGEL, «The Role of international Law in the Abolition of the Juvenile Death Penalty in the U.S.», *Florida J. of International Law*, vol. 16, 2004, pp. 955-979.

¹⁰⁴ *Vid.*, C. RYNGAERT, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁵ Manteniendo, sin embargo, una opinión en general divergente con la que aquí expreso, *vid.*, v.gr., J. KU & J. YOO, «Beyond Formalism in Foreign Affairs: A Functional Approach to the ATS», recogido en <http://ssrn.com/abstract=652141>, *pass.* y B.M. WILKINS, «Splitting the Baby: An Analysis of The Supreme Court's Take on Customary International Law Under the ATS in *Sosa v. Alvarez-Machain*», *Brigham Young U. Law Review*, 2005, pp. 1415-1461.

transgresoras de las multinacionales, los escogidos son significativos y complementan convenientemente la presentación y análisis del problema al que se dirige el presente Curso. Advierto, empero, a quienes me atienden, que iniciamos a partir de ahora una incursión al estilo de la que Joseph Conrad tituló *El Corazón de las Tinieblas*, y que tales empeños pueden afectarnos e, incluso, variar nuestra percepción del mundo que nos rodea y del lugar que ocupamos en él. También, en otro orden, y en relación con los tres primeros casos, *Wiwa*, *Bowoto* y *Unocal*, de los que voy a tratar en el epígrafe 1 de este Apartado, ruego que se me permita remitirme al estudio pormenorizado que verifiqué sobre ellos en otra sede¹⁰⁶, con lo cual el traerlos aquí a colación responde fundamentalmente a un propósito de poner al día, aún muy sucintamente, unos supuestos de indudable entidad y alcance.

1. Algunos casos notorios

A) *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co. (Shell)*: El rayo que no cesa

Salvo error, no ha habido grandes cambios en la situación de este caso desde que, como he dicho, lo comenté. Pero creo que no es ocioso referirme ahora a él. La perspectiva histórica suele enriquecer el análisis científico y, además, he de confesar que los terribles sucesos que lo originaron no dejan de conturbar mi espíritu, y el de otras muchas personas; de ahí ese *rayo que no cesa*, que nos hiere pero nunca hay que dar al olvido. Valga, pues, aquí y ahora, en cambio, recordar que el caso se encuentra desde febrero de 2002 en fase de *pretrial discovery* —obtención de pruebas—, lo que no debe sorprender dada su complejidad, y que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en *Sosa* no debe representar obstáculo alguno para que, en su momento, se puedan atender las pretensiones de los demandantes. Sucede que el cúmulo de fechorías que se imputa a Royal Dutch pertenece en amplísima medida a violaciones del *jus cogens*, de las que se derivan naturalmente causas de acción integradas en el D^o común federal, con el resultado de que caigan bajo el ATCA y sea posible su evaluación por las correspondientes sedes judiciales. Ha de llegar el día en que el martirio de Ken Saro Wiwa y el de John Kpuinen, dos hombres jóvenes y llenos de dignidad que no quisieron —y tuvieron la ocasión— desvincular su destino del de los suyos y su tierra, y el de otros miles de víctimas entre los Ogonis de Nigeria, reciba una compensación que, con independencia de su magnitud, por pecuniaria y civil sólo puede ser ya simbólica, aunque no cabe desdeñar y especialmente aquí, el valor de los símbolos.

B) *Bowoto v. ChevronTexaco Corp.*: *Apocalypse Now* en el Delta del Níger

De manera telegráfica me refiero ahora, en primer término, a la situación procesal del caso motivado por el espeluznante *raid* de la plataforma de Parabe y sus

¹⁰⁶ *Vid.*, mi «Casos recientes...», cit., pp. 1842-1844 y 1849 y ss.

suites sobre las aldeas de Opia e Ikenian, en los que se acusa de participación e instigación al coloso Chevron/Texaco, con el resultado de un reguero de muerte, torturas y estragos.

Superada ya la de *pretrial discovery*, iniciada en 2000, se ha fijado la apertura de la fase ante jurado para el próximo mes de Octubre (2006), en el Juzgado del Distrito Norte de California, perteneciente al reconocido e ilustre Noveno Circuito Federal, uno de los más significados en el ámbito de los Derechos Fundamentales. Entretanto, hay que resaltar como una victoria para los demandantes el que, el 23 de Marzo de 2004 la Juez Illston, del citado Juzgado, desestimara la «moción de decisión o sentencia sumaria» — «*motion for summary judgment*» — presentada por ChevronTexaco en base a la pretendida separación legal entre ella y los actos de su subsidiaria. Para la Juez, y a partir de las evidencias, un jurado podría deducir que esta última actuó como agente de la principal, dada la, «extraordinariamente estrecha relación entre ellas antes y con posterioridad a los ataques»¹⁰⁷.

En otro orden, en fin, completando mi apunte aquí del presente caso, y como también sucedía en el precedente, *Wiwa*, la gravísima naturaleza de los hechos se traduce en que no quepan dudas sobre la posibilidad de sostener una demanda sobre ellos en base al ATCA, a partir de los conocidos requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en la sentencia *Sosa v. Álvarez-Machain*.

C) John Doe v. Unocal Corp.: Poderoso caballero...

Confieso que esperaba, seguramente como muchos otros, un final distinto para este caso. En el punto en que lo dejé se había producido una revisión «*en banc*» — 11 Jueces — del Tribunal de Apelación del citado Noveno Circuito Federal, con sede en San Francisco, a mediados de Junio de 2003, de una decisión de Sala favorable a los demandantes. Todos los indicios llevaban a confiar en que el Pleno confirmaría esta última y su importantísima consagración del test de «*aiding and abetting*» — ayuda e incitación —, proveniente del orden penal, bajo el cual habría de responder Unocal de la atroz conducta — utilización de trabajo esclavo, torturas, violaciones, asesinatos, tratos inhumanos y/o degradantes, etc. — de la que se le acusaba, en conjunción con el infame régimen militar, respecto del ya tristemente célebre gasoducto de Yadana, en Myanmar, antigua Birmania. Con ello, y aparte de alcanzar justicia en el caso, se hubiera establecido un precedente de primera magnitud y un muy serio *aviso de navegantes* respecto de las corporaciones que basan su actividad en la pura rapiña y en pasar por alto cualquier consideración de humanidad.

Sucede que, pendiente el resultado de la citada revisión, se produjo la decisión del Supremo en el caso *Sosa*, tan ansiada por los medios corporativos y que tanto, ya lo vimos, les pudo defraudar. Unocal, que se encontraba en un momento delicado de su estrategia empresarial, optó muy rápidamente por llegar a un acuerdo con

¹⁰⁷Vid., *Larry Bowoto, et. al. v. Chevron Texaco Corp. et.al.*, U.S. District Court for the Ninth District of California, *Order Denying Defendant's Motion for Summary Judgment on Phase I*, N. C-99-2506 SI, pp. 8 y ss.

los demandantes, y lo consiguió en unos términos no hechos públicos pero, con toda probabilidad, acordes con la enormidad de las conductas que se le imputaban.

El balance, pues, y según lo siento, tiene luces y sombras. Las víctimas alcanzaron compensación, y no es poco en procesos tan complejos como éste, y queda una decisión de Sala del Tribunal de San Francisco, que también sienta precedente y ha de ser utilizada con profusión, no hay duda. Pero una decisión del Pleno habría tenido mayor enjundia. Aquí ya no podrá ser¹⁰⁸.

D) Doe v. ExxonMobil Corp.: Un tsunami de crímenes

La Banda Aceh del norte de Sumatra, Indonesia, no sólo ha sufrido inmensos desastres naturales en su reciente historia, como el terrible coletazo del mar que tantos estragos causó a uno y otro lado del Índico, sino que otros, causados por la codicia y el salvajismo humano, la han golpeado con fiereza durante décadas. Los hechos del presente caso tratan de ello, de cómo un proyecto de extracción y licuefacción de gas natural —el Proyecto Arun— iniciado en los setenta, ha entrado de pleno derecho en la historia universal de la infamia. Se acusa a las demandadas, que han obtenido un inmenso botín con esa operación, de financiar y colaborar con unidades militares indonesias, en aras de la *seguridad* de sus instalaciones, en lo que de hecho ha sido una política de genocidio contra los habitantes de la zona, que albergaba una guerrilla separatista. Tal política, que encontró su cúspide durante el criminal régimen del General Suharto era por supuesto bien conocida por las demandadas, de primera mano y por las múltiples denuncias que todo tipo de instituciones han ido sacando a la luz en los foros más diversos. Impresiona al punto la desvergüenza con la que ExxonMobil ha ignorado tales denuncias, y cómo, lejos de enmendarse, ha llevado a cabo una creciente exigencia de involucración del ejército indonesio en el mantenimiento del Proyecto. Ocioso es decir, en fin, que todo ello se ha traducido en un rosario de gruesas violaciones de Derechos Humanos como asesinatos masivos, violaciones, torturas y otros múltiples actos de naturaleza execrable.

Por su parte, el reflejo judicial del caso se inicia en 2001, con la presentación de una demanda ante el Juzgado de Distrito de Columbia, en base al ATCA, a la TVPA, a la normativa internacional de Derechos Humanos y al derecho interno de ese Distrito. Después de diversos avatares, el último, salvo error, corresponde a una decisión del Juez Oberdorfer, de marzo de 2006, admitiendo una reformulación de la demanda a partir de otra decisión previa suya de octubre de 2005, en la que sólo sobrevivían las causas de acción vinculadas con el citado derecho interno¹⁰⁹. En todo caso, resulta destacable cómo se han dilatado estas fases previas del proceso,

¹⁰⁸ *Vid.*, *v.gr.*, con una valoración positiva del caso y lo que puede significar, S. H. CLEVELAND, «The Alien Tort Statute, Civil Society, and Corporate Responsibility», *Rutgers Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 971-988; R.L. HERZ, «Doe v. Unocal and the Poverty of the Corporate Attack on the ATS», *Text of Remarks on Panel, Rutgers Law Review*, vol. 56, 2004, pp. 1005-1010 y M.D. KIELSGARD, «Unocal and the Demise of Corporate Neutrality», *California Western International Law J.*, vol. 36, 2005, pp. 185-215. Comp. con J. HABERSTROH, «The ATS & Doe v. Unocal: A Paquete Habana Approach to the Rescue», *Denver J. of International Law & Policy*, vol. 32, 2004, pp. 231-273.

¹⁰⁹ 393 F Supp.2d.20 DDC 2005.

y el que hayan decaído de la demanda los aspectos relacionados con los referidos textos y la citada normativa internacional, por la lectura, por ejemplo respecto del ATCA, en mi opinión excesivamente rigurosa y centrada en el Estado que verifica el citado Juez en cuanto a los posibles autores de las conductas denunciadas, junto al peso determinante que concede a un dictamen que solicitó al Departamento de Estado como *amicus curiae*. Durante la presente Administración, ese Departamento ha mostrado una total hostilidad respecto de que las multinacionales respondan ante las sedes federales, utilizando aquí y en otras ocasiones argumentos **amorales** como el de que ello perturba la peculiar *guerra contra el terrorismo*, cuando andan por medio Gobiernos execrables, pero afines a los EEUU¹¹⁰.

En la decisión de marzo del presente año, en fin, en lo que se ha convertido, digamos, en un supuesto *clásico* de derecho internacional privado, hay que resaltar el uso por el citado Juez del llamado *análisis de intereses gubernamentales*, el que rige en el Distrito de Columbia, para hallar la ley aplicable a los ilícitos civiles. A partir de él, y evaluando la aplicación de la ley de Indonesia frente a la de los EEUU, Oberdorfer concluye primando a esta última, entre otras consideraciones por la que recojo ahora, en sus palabras: «Finalmente, los EEUU, líderes del mundo libre, tienen un interés vital, culminante, en la seguridad, prosperidad y consecuencias de la conducta de sus ciudadanos, particularmente sus super-corporaciones que llevan a cabo negocios en uno o más Países»¹¹¹. ¿Cómo no estar de acuerdo con ese ilustre Juez? ¿Y por qué entonces esa lectura, citada, tan restrictiva del ATCA en su decisión de octubre de 2005? Las contradicciones son la sal de la vida, pero un poco más de coherencia sería deseable cuando lo que uno concluye puede influir en la vida de miles de seres humanos y estamos hablando de Derechos Fundamentales. Entretanto, el coloso ExxonMobil presenta en los últimos años unas ganancias tales que, incluso, por ejemplo, y junto con los otros 4 líderes del sector en los EEUU, Chevron, Conoco, BP y Shell, fueron llamados en noviembre de 2005 a justificarse en audiencia ante el Senado de ese País¹¹².

2. Los que empiezan su andadura

A) Doe v.Nestlé S.A.et alii :Un chocolate muy amargo.

Hace ya bastantes años, un parlamentario suizo, Jean Ziegler¹¹³, denunció en un artículo de prensa de título impactante, «Nestlé mata bebés», cómo una defectuosa promoción de los productos lácteos de la multinacional helvética en países del Tercer Mundo originaba que no se suministraran correctamente a los niños, con pésimos resultados. Denuncia, por otra parte, que no llegó a corregir la situación de

¹¹⁰ Vid., F.J. ZAMORA CABOT, «Una luz...», cit., p. 1390 y, allí, nota (56).

¹¹¹ U.S. District Court for the District of Columbia, Case 1:01-cv-01357-LFO-AK, Document 137, Filed 03/02/2006, p.3.

¹¹² Vid., Diario El País, 10-XI-2005, p. 58.

¹¹³ Vid., su *op. cit.* en nota (1), *supra*, p. 239.

modo satisfactorio según parece, pese a ciertas iniciativas del coloso de Vevey, y andados los años, a pesar del enorme escándalo mundial y de la conmoción causada en su momento en Suiza, donde Nestlé es, sin duda, una de las empresas de mayor volumen y prestigio, parte, se puede decir, de una identidad nacional¹¹⁴.

Sucede que de nuevo salen a la palestra las actividades de esa multinacional, y con tonos igual de sombríos, aunque referidos no ya al área de comercialización sino a la de suministro de materias primas para elaborar sus productos. Y es que el caso gira sobre el trabajo esclavo de niños, una brutal, repulsiva, realidad, en la que no sólo parece implicada Nestlé, sino también otras muy notorias corporaciones con actividades a lo largo y ancho del mundo¹¹⁵. Aquí, se trata de niños de Mali vendidos y/o captados para el cultivo y recolección de cacao en plantaciones de Costa de Marfil. En ellas son retenidos durante años, sin paga, comida escasa, pésimas instalaciones, jornadas de trabajo de 12 a 14 horas y frecuentes maltratos. El Departamento de Estado de los EEUU, en informe oficial, calcula en 15000 los niños que trabajan en tales condiciones en el País indicado, en plantaciones de cacao, café y algodón. En el caso de especie, se acusa a la multinacional y al resto de las demandadas de lucrarse de tal situación, comprando cacao a granjas y cooperativas que conocían, o debían conocer que utilizaban trabajo infantil esclavo, y proporcionando incluso a tales granjas y cooperativas el apoyo logístico para el mantenimiento de esa situación, con pocas o ninguna restricciones por parte del Gobierno de Costa de Marfil. Debe de tenerse en cuenta, asimismo, la existencia de numerosos informes, incluso de organizaciones de Naciones Unidas, denunciando la situación, así como el que en los propios Códigos de Conducta de las demandadas se recoja expresa y enfáticamente el rechazo a toda forma de explotación infantil. Por otra parte, el 1 de Julio de 2005 vencía un plazo que se habían fijado las industrias del sector en el llamado Protocolo Harkin-Engel para establecer, entre otras cosas, un sistema creíble e independiente de certificación, monitorización y verificación contra el uso de trabajo infantil esclavo, sin que se hubiese logrado erigirlo llegada tal fecha.

El 14 de Julio de 2005 se presentó demanda¹¹⁶ —una *class action*— por varios afectados en nombre propio y en el del colectivo representado ante el Juzgado del Distrito Central de California. Su apoyo sustantivo radica en violaciones del ATCA y la TVPA y de un cúmulo de textos internacionales y domésticos de los EEUU, entre estos últimos alguno incluso de rango constitucional federal y/o estatal. El caso se encuentra en sus primeras fases y, salvo error, no ha mediado todavía pronunciamiento alguno de la sede judicial. Anotaré, sin embargo, y con esto concluyo mi re-

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Vid.*, *v.gr.*, la demanda en el caso *Roe v. Bridgestone/Firestone*, presentada el 17 de noviembre de 2005 ante el Juzgado del Distrito Central de California, sobre trabajo esclavo en las plantaciones de caucho de Liberia, y su seguimiento en <http://www.stopfirestone.org>. También, en general, I. FUKS, «*Sosa v. Alvarez-Machain and the Future of ATCA Litigation: Examining Bonded Labor Claims and Corporate Liability*», *Columbia Law Review*, vol. 106, 2006, pp. 112-143.

¹¹⁶ *Vid.*, *Doe v. Nestlé, U.S. District Court for the Central District of California, Case No.: CV-05-5133-SVW*, demanda presentada el 14 de Julio de 2005.

ferencia a este supuesto, tres datos de interés. En primer lugar, el uso de las tesis de agencia y *alter ego* que se avanza en la demanda para responsabilizar a las subsidiarias. Después, el del reiteradamente citado estándar de «ayuda e incitación» para implicar a las demandadas en los actos de los responsables de granjas y cooperativas donde se empleaba trabajo infantil esclavo y, finalmente, cómo el presente caso, que surge claramente de violaciones del *jus cogens*, sintoniza con los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en *Sosa v. Álvarez-Machaín*, en lo que se refiere a la invocación del ATCA por los demandantes. Empiezan éstos un largo camino que les deseo vean culminado con éxito. Entretanto, tal vez puedan influir en que la industria abandone su doble lenguaje y reconsidere prácticas tan detestables.

B) Saleh v. Titan Corp.: Traductor tradictor

La sustitución por empresas privadas de lo que tradicionalmente han sido funciones del Estado es un fenómeno que me suscita cierta inquietud. Fundamentalmente parece resultado de uno de los más celebrados hallazgos de la llamada ciencia fúnebre, la externalización de costes, pero, en ocasiones, puede que cumpla fines más oscuros. En los EEUU, desde luego, se trata de un fenómeno relevante, con notorios ejemplos en la gestión de prisiones estatales y locales, pero su incidencia ha crecido exponencialmente con motivo de las últimas aventuras bélicas que han emprendido bajo la llamada Administración del inefable Bush Jr¹¹⁷. En el presente caso, la Titan Corp., unida por múltiples vínculos contractuales con el Gobierno del País trasatlántico, debía llevar a cabo unos servicios en Irak relativos a interrogatorios, labor de interpretes y traducción, acopio de información y seguridad en general. En la demanda, sin embargo, se le acusa de haber sometido a prisioneros del espeluznante penal de Abu Ghraib y a otros retenidos en diversos lugares a un protocolo, ya probado en el tristemente célebre centro de Guantánamo, de aniquilación de la humanidad de los detenidos con maltratos, abusos y, en fin, torturas de todo tipo, en línea con las que son ya del dominio público gracias a lo que se ha venido filtrando por los medios de comunicación, junto a diversas declaraciones e informes e, incluso, actuaciones judiciales de variada naturaleza¹¹⁸. Importa destacar, además, que junto al propósito de obtener información sin reparar

¹¹⁷ Vid., v.gr., Nicki BOLDT, «Outsourcing War- Private Military Companies and International Humanitarian Law», *German Yearbook of International Law*, 2004, pp. 502-544; T. GARMON, «Domesticating International Corporate Responsibility: Holding Private Military Firms Accountable Under the Alien Tort Claims Act», *Tulane J. of International & Comp. Law*, vol. 11, 2003, pp. 325-354 y M. SPINEDI, «Private contractors: responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite des personnes privées?», *International Law Forum*, vol. 7, 2005, pp. 273-280. También, con una fuerte y, en mi opinión, merecida crítica de la citada Administración, vid., v.gr., Ph. SANDS, «Lawless World? The Bush Administration and Irak: Issues of International Legality and Criminality», *Hastings International & Comp. Law Review*, vol. 29, 2006, pp. 295-313 y A. REMIRO BROTONS, «Guerras del Nuevo Orden, Irak, la agresión de los democráticos señores», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 17-53.

¹¹⁸ Vid., v.gr., D.A. AMANN, «Abu Ghraib», *U. of Pennsylvania L. Review*, vol. 153, 2005, pp. 2085-2141 y M. STRAUSS, «The Lessons of Abu Ghraib», *Ohio State Law J.*, vol. 66, 2005, pp. 1269-1310.

en los medios, se acusa a Titan Corp. y sus asociados de conspirar para generar artificialmente una necesidad creciente de datos por parte de las instancias oficiales de los EEUU, conspiración en la que participarían algunos miembros de tales instancias. Así pues, y dicho de otro modo, los prisioneros no eran considerados seres humanos, sino unidades productivas a las que había que arrancar datos, *ciertos o no*, con el propósito de mantener y, a ser posible incrementar, los citados vínculos contractuales y sus muy jugosos rendimientos dinerarios¹¹⁹. Aparte de las torturas, se acusa a los demandados de haber ejecutado sumariamente al menos a 15 personas y haber causado el suicidio de otras cincuenta.

El 30 de Junio de 2004, un día después de la decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en *Sosa v. Álvarez-Machain*, se presentó una *class action*¹²⁰ por los hechos citados ante el Juzgado del Distrito Sur de California. Su sustrato normativo radicaba en violaciones de las leyes federales ATCA y RICO, de las Convenciones de Ginebra, y de la Constitución y otras normas internas de los EEUU. El caso se halla en fases previas y, previsiblemente, tendrá un largo recorrido, como suele suceder en los de su especie¹²¹. Con todo, quisiera avanzar algunas reflexiones sobre él. En primer lugar, y no me detendré mucho porque creo que sería ocioso, aquí también se cumplen los requisitos de la Jurisprudencia *Sosa*. Los hechos son gravísimos y conllevan una condena contundente por el D^o internacional. Por otra parte, al hablar de torturas, por ejemplo, si consideramos el requisito de haber actuado con una apariencia de oficialidad, lo que en derecho estadounidense se denomina «*bajo el color de la ley*» —«*under colour of law*»—, tal requisito sería plausiblemente de fácil cumplimiento, dados los múltiples, y citados, vínculos contractuales entre las demandadas y el gobierno de los EEUU. En otro orden, el muchas veces aludido estándar de *ayuda e incitación*, admitido en este Noveno Circuito Federal, podría resultar asimismo determinante, dadas las circunstancias.

Al lado de las ya expuestas, en fin, y doy con ellas término al presente epígrafe y al Apartado correspondiente de este Curso, previo a las Conclusiones, quisiera ahora apuntar algunas reflexiones que, conviniendo al presente caso, pueden tener un alcance más general. La primera es poner de relieve cómo los aspectos referidos a la *prueba* son complejos y trascendentales. No sólo hay que probar los efectos de las violaciones de Derechos Humanos, sino quién las perpetra y bajo qué condición, todo lo cual puede muy bien no resultar precisamente sencillo, pues suceden como envueltas por *la niebla y la noche*. Luego, los avatares propios a la uti-

¹¹⁹ Vid. la demanda en el caso *Saleh v. Titan Corp.* presentada ante el Juzgado del Distrito Sur de California, el 30 de junio de 2004, *Case No. 04CV 1143 R(NLS)*, p. 18 y ss.

¹²⁰ Sobre éstas, en general, *vid.*, v.gr., I.T. BUSCHKIN, «The Viability of Class Action Lawsuits in A Globalized Economy- Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U. S. Federal Courts», *Cornell L. Review*, vol. 90, 2005, pp. 1563-1600.

¹²¹ Sobre él, *vid.*, v.gr., S.C. BORROWMAN, «*Sosa v. Alvarez-Machain and Abu Ghraib-Civil Remedies for Victims of Extraterritorial Torts by U.S. Military Personnel and Civilian Contractors*», *Brigham Young U. Law Review*, 2005, pp. 371-427 y M. PORTER, «When God Closes a Door He Opens a Window: *Sosa v. Alvarez-Machain*. And its Impact on Civil Remedies for Victims of Prisoner Abuse», recogido en <http://insct.syr.edu/Includes/0Mark%20for%20webs>.

lización de jurados; aquí es fácil que no miren con gran simpatía a quienes el propio gobierno de los EEUU tacha de terroristas. Tampoco debe olvidarse la posibilidad de que este último haga todos los esfuerzos imaginables para preservar a quienes, en definitiva, han estado asociados con él¹²²... Y la lista podría continuar. Quiero dejar claro, en otras palabras, que procesos como éste se dilatan mucho en el tiempo, son muy costosos y sus resultados son inciertos. Vaya mi homenaje a quienes recurren a ellos, las víctimas, y, nunca se olvide, a la poderosa sociedad civil de los EEUU que los hace factibles a través de la acción de organizaciones y personas que a título individual se entregan a la defensa de los Derechos Humanos. Su esfuerzo, continuado e ímprobo, no es banal, está ya consiguiendo resultados muy apreciables de todo orden, y debe seguirse muy atentamente con el mayor respeto y admiración. En cuanto a los que proyectan turbios designios sobre Irak, o cualquier otro lugar del mundo, tal vez deban tener presente que según antiguos y venerados textos, hace miles de años una mano temible escribió en el muro de una estancia en esas tierras del Tigris y el Eufrates unas palabras ominosas, «*mene, te-ke-l...*», y Babilonia, por méritos propios, fue destruida.

IV. CONCLUSIONES

Don Mariano Aguilar, mi maestro, decía que llegada esta etapa en toda indagación científica, cabían dos planteamientos, el de sintetizar lo ya expuesto o el de proyectarlo hacia el futuro. Trataré ahora, muy brevemente, de cohonestar ambos.

En cuanto al primer orden que he estudiado, me resulta patente que el impulso hacia una cada vez mayor exigencia de responsabilidad respecto de las corporaciones multinacionales es ya imparable y, con variados puntos de partida, adquiere también múltiples formas. En lo que más nos interesa veo muy prometedor, por ejemplo, el que se trate de integrar a las corporaciones expresamente en los textos internacionales ya consagrados, así como que se optimicen a estos fines las estructuras existentes, en especial las que se dirigen de modo primario a la defensa de los Derechos Humanos. En cuanto al «*Soft Law*», me parece también valioso el que, por así decirlo, se le busquen las vueltas, y sobre todo en la medida en que existan posiciones de principio inequívocas por parte de las multinacionales que, lo hemos visto, por ejemplo, en el caso *Nestlé*, pueden dar mayor encarnadura a las demandas que se interpongan frente a aquéllas. Por su parte, la responsabilidad de los Estados, especialmente los de origen de las corporaciones, se encuentra en vías de expansión, pues resulta innegable el mandato del D^o internacional en cuanto a la exigencia primaria de prevenir y, en su caso, castigar, conductas que violen los citados Derechos, así como no cabe discutir el que los Estados disponen ya de instrumentos eficaces a tales fines. Respecto de aquéllos y de las multinacionales, en fin, urge sensibilizar a la sociedad civil, y que ésta ejercite los muy variados y poderosos medios de presión a los que puede someter a unos y otras.

¹²² *Vid.*, M. PORTER, *op. cit.*, p. 10.

En cuanto a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el caso *Sosa*, creo que hay que felicitarla por ella, especialmente cuando el ataque contra el ATCA había sido tan intenso. Se ha clarificado ésta, se deja un margen de relieve para su aplicación, e incluso quedan perfilados nuevos caminos para que los desarrollos de fuente internacional de los Derechos Fundamentales se integren en el ordenamiento de los EEUU. Por su parte, en el orden ya de la práctica, los supuestos cubiertos por ese texto siguen reflejando los aspectos más variados de la actividad económica —la selección ofrecida aquí es mero botón de muestra— y, tal vez, aparte de las indemnizaciones y acuerdos que ya se han logrado y puedan obtenerse, exista un efecto de contención sobre las actuaciones de las multinacionales. Que, además, las víctimas puedan tener, como dicen los anglosajones «*un día en el tribunal*», no es baladí y justifica por sí mismo la existencia de este *Alien Tort Claims Act*, convertida en el regalo a la Humanidad de una época y unas gentes que quisieron que su País entrase en la comunidad internacional por la puerta grande, la del respeto al antiguo y tan ilustre *Derecho de Gentes*.

Epílogo

El presente Curso, que al punto concluyo, lleva por subtítulo uno de resonancias literarias, *The Atca Revisited*, trasunto del *Brideshead Revisited*, el célebre *Retorno a Brideshead* en la traducción española usual de la magna obra de Evelyn Vaugh. En su final, como es sabido, el protagonista, Charles Ryder, que ha vuelto a la mansión de Lord Marchmain y su singular y atormentada familia, como militar y camino del frente en la Segunda Guerra Mundial, encuentra una inesperada alegría y un bálsamo a su sentimiento de nostalgia y pérdida, en un hecho que lo impresiona profundamente. La llama del Santísimo, que en su anterior visita estaba apagada, vuelve a lucir en la capilla, iluminando el reposo de los antiguos guerreros y dando ánimo a los nuevos, los que abandonan el hogar para el feroz combate. Pues bien, éste ha sido también un retorno personal, una vuelta al ATCA a cuyo estudio dediqué largo tiempo y que dejó huella en mí, humana y científicamente. En su momento la definí como una *luz en el corazón de las tinieblas*, quedando el mío sobrecogido ante el cúmulo de fuerzas que se aliaban en su contra. Pero ha perdurado, y hoy me alegra también poderos mostrar su brillo, el de la justicia y la humanidad, a vosotros, los que habéis de relevarnos, los hacedores del mañana y espero que del «*mundo con una esencia muy diferente*», con el que soñaba Kant y según dejó escrito en su *Crítica de la Razón Pura*. Muchas gracias.