

Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?

Marta Requejo Isidro

Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

*Abstract**

En los últimos quince años, EEUU ha sido escenario de acciones de responsabilidad civil presentadas por demandantes extranjeros contra empresas estadounidenses –o extranjeras con fuerte presencia en el país–, por violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en el extranjero; en general, en países en desarrollo que acogen implantaciones de aquellas empresas. La atracción de las víctimas de abusos por el foro estadounidense se explica en las particularidades procesales y sustantivas del sistema americano. Entre ellas se encuentra el Alien Tort Statute (ATS), una norma que confiere jurisdicción universal en materia de responsabilidad civil por violación de ciertas normas del Derecho Internacional. Sin embargo, las demandas contra sociedades bajo el ATS nunca han sido tarea fácil; cada vez más el futuro de la norma se encuentra en entredicho, en especial por las dudas acerca de su alcance subjetivo. La consecuencia es una inseguridad jurídica cuyos costes (para víctimas, demandados potenciales, para la causa misma de la defensa de los derechos humanos), reclama la pronta intervención uniformizadora del legislativo o, al menos, de la Supreme Court.

In the last fifteen years, the US has been a preferred place for civil liability claims, brought by foreign plaintiffs for human rights violations committed in developing countries hosting subsidiaries of American companies - or foreign companies doing business in the US. The attraction of the U.S. forum of the victims of abuse is due to some procedural and substantive peculiarities of the American system. One of them is the Alien Tort Statute, a provision which confers universal jurisdiction in civil liability suits for violation of certain rules of customary international law. However, litigation against companies under the ATS has never been easy; the future of the ATS is at risk, particularly because of the academic doubts about its scope, as well as divide within the courts and circuit split. The outcome is an acute and costly legal uncertainty (for victims, potential defendants, for the very cause of defending human rights), which calls for a prompt intervention of the Congress, or at least, of the Supreme Court.

Title: Civil Liability and Human Rights in the US: the End of the ATS?

Palabras clave: empresas, responsabilidad civil, derechos humanos, Alien Tort Statute, forum non conveniens, heightened pleading standard, prudential tools, Kiobel, derecho internacional, complicidad

Keywords: Corporations, Civil Accountability, Human Rights, Alien Tort Statute, Forum Non Conveniens, Heightened Pleading Standard, Prudential Tools, Kiobel, International Law, Aid and Abet

* El presente trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación en el British Institute of International and Comparative Law, Londres, en el marco de los proyectos de investigación con ref. INCITE09PXIB202096PR y DER2010-17048 (subprograma JURI), subvencionados por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, y el Ministerio de Ciencia e Innovación, respectivamente, y el FEDER.

Sumario

1. Introducción
2. EEUU, un lugar para litigar
 - 2.1. La diferencia como ventaja
 - 2.2. El ATS
 - 2.3. Más razones para el *forum shopping*
 - a. Discovery
 - b. Class Action
 - c. Fees
 - d. Personal Jurisdiction over Subsidiaries
 - e. Punitive damages
3. Incertidumbres en torno al ATS, primera parte
 - 3.1. Límites al ATS, o sobre cómo evitar entrar en el fondo del asunto
 - 3.2. *Forum non conveniens*
 - 3.3. Un *heightened pleading standard*?
 - 3.4. *Prudential Tools*
 - a. Exhaustion of Remedies
 - b. Political Deferente
4. Mención especial: la discusión en torno a la subject matter jurisdiction
 - 4.1. La sujeción de las empresas al DI
 - 4.2. *Aiding and abetting*
 - a. La doctrina
 - b. La jurisprudencia
5. Aclarar el ATS, imperativo
6. Jurisprudencia
7. Bibliografía

1. Introducción

La actividad de las grandes multinacionales y transnacionales en países en desarrollo tiene un impacto evidente sobre los derechos humanos: en sentido positivo, en la medida en que llevan a estos territorios inversión, trabajo y crecimiento económico, elevando el nivel de vida y aportando medios para mejorar la educación y otros servicios sociales; y negativo, en la medida en que las grandes empresas tienden a establecer sucursales o filiales en países donde la laxitud o directa ausencia de leyes de contenido social repercute en beneficios para su negocio. De hecho, no son pocos los ejemplos de multinacionales y transnacionales que sacan ventaja de la falta de normas de protección de los derechos del hombre y el medioambiente en los países de implantación (los *host States*). Esta realidad reclama respuesta legal por parte de los países de origen de tales empresas (los *home States*); una de las posibilidades barajadas es la acción de responsabilidad civil, en su doble vertiente reparadora de los daños y reguladora de conductas.

En los últimos quince años, EEUU ha sido escenario de acciones de responsabilidad civil presentadas ante los tribunales federales por demandantes extranjeros contra empresas estadounidenses –o extranjeras con fuerte presencia en el país–, por violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en el extranjero; en general, en países de la zona sur del planeta, que acogen a filiales de aquellas empresas. Gran parte de estas demandas se ha intentado al amparo de una norma sin parangón en otras jurisdicciones: el *Alien Tort Statute* (en adelante, ATS).

La atracción de las víctimas de abusos contra derechos humanos por el foro estadounidense se explica por varios factores: la propia existencia del ATS; reglas de procedimiento que posibilitan a individuos de extracción humilde y carentes de recursos la acción judicial contra grandes y poderosas corporaciones; reglas sustantivas que auguran condenas sustanciosas en caso de ganar el pleito, y que son aptas para persuadir a los demandados de la conveniencia de acuerdos extrajudiciales igualmente propicios a los intereses de los actores. Sin embargo, las demandas contra sociedades bajo el ATS nunca han sido empresa fácil; cada vez más el futuro de la norma se encuentra en entredicho, especialmente por las dudas que rodean su alcance subjetivo. En torno a la aplicabilidad del ATS a las corporaciones ha reinado siempre una gran confusión doctrinal, que se acentúa por continuos pronunciamientos contradictorios de los tribunales de distrito y de los distintos circuitos, y el silencio del Tribunal Supremo; hasta el punto de que hoy puede afirmarse que el mayor problema del ATS, el obstáculo más serio a su futuro, es la falta de claridad en torno a ella, y la inseguridad que esto conlleva.

El presente artículo presenta las razones del atractivo del foro estadounidense, con especial atención al ATS, en su segundo apartado. Las partes tercera y cuarta se dedican a las dudas que pesan sobre la norma –en consecuencia, sobre la viabilidad de las demandas de responsabilidad

civil a su amparo-, y al estado actual de la cuestión¹.

2. EEUU, un lugar para litigar

2.1. La diferencia como ventaja

Un dato habitual en las acciones por violaciones de derechos humanos por grandes corporaciones es que la protagonista del abuso (en general, como cómplice del mismo: *infra*, 4.2) es una empresa con sede en el *host State*; y las víctimas, nacionales o residentes del mismo país en que se produce el hecho dañoso. Sin embargo, no es frecuente que las demandas se inicien en el lugar donde se comete el hecho o se experimenta el daño. La razón es que suele tratarse de un país en estado de desarrollo, con escasa tradición de protección de derechos humanos.

EEUU, por el contrario, atrae las demandas de responsabilidad extracontractual. Tanto desde la perspectiva sustantiva como en términos procesales, el Derecho de EEUU se presenta para las víctimas de violaciones de derechos humanos mucho más favorable que otros². Son desventajas de otras jurisdicciones, incluidas las europeas, todas o algunas de las que se enumeran: la inexistencia de normas similares al ATS; requisitos estrictos de vinculación entre el supuesto y el foro para afirmar la competencia judicial internacional; en materia de obtención de pruebas, la ausencia de *pre-trial discovery* y las restricciones en lo relativo al interrogatorio de testigos; la inexistencia de juicios por jurado; el desconocimiento del mecanismo de la *class action* o similares; la debilidad de las reglas sustantivas en materia de responsabilidad civil y la función sólo compensatoria de las condenas; las elevadas tasas procesales; la obligación de provisión de fondos previa al juicio; la prohibición del pacto de *quota litis*; la condena en costas; la falta de entrenamiento de los jueces para lidiar con asuntos altamente complejos³.

A continuación examinamos alguno de los expedientes que convierte a EEUU en foro "imán", en su aplicación particular a los litigios por violaciones de derechos humanos.

¹ Por razones obvias, la bibliografía doctrinal y jurisprudencial que se maneja es de origen predominantemente anglosajón. De autores españoles pueden consultarse, aparte de los trabajos que se citan, los de ZAMORA CABOT, (2005, 2007 y en prensa) y PIGRAU SOLÉ (2010).

² Sostiene STEPHENS (2002, p. 4), que las acciones al estilo de *Filartiga* son un producto típicamente americano, resultado de la combinación de principios legales propios a los EEUU difícilmente trasladables a otros sistemas jurídicos; pero que estos proveen otros mecanismos (penales, administrativos), y logran resultados similares. La afirmación sólo es correcta hasta cierto punto: está demostrado que la desestimación de demandas por parte de los tribunales americanos significa el final definitivo del litigio, por la imposibilidad de las víctimas de proceder en otro foro.

³ STEPHENS (2002) y DASCHBACH (2007, pp. 30-39). *Vid.* también ALFORD (2008, p. 510).

2.2. El ATS

El *Alien Tort Statute* o *Alien Torts Claims Act* data de 1789. Literalmente, la norma se limita a decir que “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”. Tras permanecer en el olvido durante casi dos siglos, desde 1980 el ATS está siendo utilizado en el marco de demandas por violaciones de derechos humanos. En esa fecha el *Second Circuit* adoptó la histórica decisión *Filartiga v. Pena Irala*⁴. Los hechos del caso son los que siguen: el Dr. Joel Filartiga, nacional de Paraguay, y su hija, entonces residentes en EEUU, plantearon demanda de responsabilidad civil al amparo del ATS contra Américo Norberto Peña Irala, antiguo inspector de la policía de Paraguay también residente en EEUU, al que acusaban de haber torturado y asesinado a su (respectivamente) hijo y hermano. El Tribunal de distrito desestimó la demanda señalando que el Derecho Internacional (en adelante, DI) no regula el trato que un Estado depara a sus nacionales. El *Second Circuit*, tras consultar a expertos y a la rama ejecutiva, revocó la decisión, estimando que la *law of nations* a la que hace referencia el ATS incorpora las reglas del DI; y que la tortura de ciudadanos por parte del Estado del que son nacionales constituye violación de normas internacionales.

El alcance subjetivo del ATS se amplió en 1995 con la decisión *Kadic v. Karadžić*⁵, también del *Second Circuit*. A priori, dado que bajo el ATS se alegan violaciones del DI, parece claro que los demandados típicos a su amparo han de ser Estados o emanaciones de los Estados. Sin embargo, en este caso varios residentes de Bosnia-Herzegovina plantearon demanda contra Kadic, un particular que se había autoproclamado presidente del Gobierno, como presunto responsable de, entre otros, genocidio, rapto, prostitución forzada, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y discriminación por razón de género y etnia. El tribunal aceptó que Kadic no era representante de un verdadero Estado, pero señaló que determinadas violaciones de DI no requieren que el demandado sea un oficial del gobierno. En consecuencia, actores privados responsables de violaciones de derechos humanos podían ser juzgados bajo el ATS.

El siguiente paso en la delimitación del ámbito de aplicación del ATS supuso su apertura a la responsabilidad de las empresas: la “segunda ola” de demandas ATS se ha producido contra corporaciones⁶, en general acusadas de complicidad con Estados⁷. Las razones de la extensión se cifran en parte en las dificultades de las demandas contra individuos –inmunidad, ausencia de

⁴ 630 F.2d 876.

⁵ 70 F.3d 232.

⁶ Alude KU (2005) a una tercera ola de demandas bajo el ATS, contra actores del gobierno norteamericano.

⁷ Son pocos los supuestos de violaciones de derechos humanos que las empresas pueden *de facto* cometer como protagonistas directos. Otra forma de sujetarlas al ATS es a través de su vinculación a un Estado: en este caso podrán ser consideradas emanación del mismo –eventualmente, beneficiarias de inmunidad.

competencia judicial internacional, imposibilidad de hacer efectiva la eventual condena por distintos motivos⁸; para algunos autores, las acciones contra las empresas “reflects an abiding frustration that the primary perpetrators –sovereigns– are beyond the reach of most victims”⁹. Las corporaciones ofrecen el respaldo de un patrimonio; el hecho mismo de la demanda contra ellas genera una publicidad negativa que induce a acuerdos extrajudiciales. Además de ello, la mayoría de las grandes transnacionales tienen presencia en EEUU, lo que facilita la demanda en el país y la ejecución de la eventual sentencia sobre los bienes en el territorio. *Doe v. Unocal Corp.*¹⁰, iniciado en 1997 y finalizado por acuerdo en 2004, es considerado caso paradigmático en la litigación contra corporaciones; desde entonces hasta octubre de 2010 se cuentan en algo más de 150 el número de demandas entabladas contra empresas al amparo del ATS ¹¹.

El ATS americano es único en el panorama jurídico comparado. Los intentos de emularlo en algún país europeo (en el Reino Unido, a través del *The Torture (damages) Bill* introducido por Lord Archer of Sandwell el 5.2.2008¹²; y el *Torture (damages) Bill* introducido en la sesión parlamentaria de 2009/2010 por Mr. A. Dismore¹³) no han dado frutos. En Canadá, una idea similar es aún un proyecto: el Bill C-354, que fue presentado durante el año pasado con el título de Ley de Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos (*International Promotion and Protection of Human Rights*). Lo mismo sucede en América del Sur con el reciente proyecto de Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos¹⁴.

⁸ En *Filartiga*, el demandado fue deportado durante la pendencia del caso. Las dificultades pueden estar ligadas también a la imposibilidad para hacer reconocer la decisión en el extranjero, o a la inmunidad de ejecución: *vid.* REQUEJO ISIDRO (2009, cap. III).

⁹ ALFORD (2008, p. 506).

¹⁰ 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

¹¹ Una lista exhaustiva de casos hasta ese momento puede ser consultada en <http://amlawdaily.typepad.com/ATS%20Cases.pdf>.

¹² El texto puede verse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldbills/017/09017.i-i.html>.

¹³ Su primera lectura en la *House of Commons* tuvo lugar el 6.1.2010, y en principio no se esperaba su progreso.

¹⁴ Elaborada por SAINT DAHL. El texto puede ser consultado en http://www.interamericanbarfoundation.org/Ley_Modelo_Latinoamericana.html.

2.3. Más razones para el *forum shopping*

a. Discovery

En el contexto de los litigios bajo el ATS merecen mención especial ciertos instrumentos propios del sistema americano, no exclusivos de esta materia pero sin los cuales el planteamiento mismo de las demandas no sería posible. Así ocurre con el llamado *discovery*, método de intercambio de información entre las partes que posibilita a los demandantes hacer acopio de los hechos necesarios para fundamentar su demanda, solicitándolos de los demandados. De esta manera es posible presentar la acción acompañada simplemente de unos alegatos de apariencia razonable, con la expectativa de que las pruebas necesarias para convencer al jurado se obtendrán en el curso del *discovery*¹⁵. La posibilidad de convertir documentos y archivos del demandando en elementos de prueba a favor del demandante simplifica el proceso, especialmente cuando -como es habitual- tales elementos se encuentran bajo el control de la corporación. Esta facilidad no se limita a los extremos que afectan al fondo del asunto (*merits*), sino que comienza en el *jurisdictional discovery*, de carácter preliminar, orientado a establecer la competencia de los EEUU por razón de la persona o la materia; la forma más conocida de *jurisdictional discovery* en EEUU es la relativa a los contactos del demandado con el foro, en supuestos internacionales. Las consecuencias de una facultad amplia de *discovery* en demandas relativas al ATS pueden apreciarse en *Xiaoning v. Yahoo Inc.*¹⁶: el tribunal permitió a los demandantes “to begin initial and jurisdictional discovery”, respondiendo a una solicitud que argumentaba la necesidad de hacerlo para apoyar debidamente la existencia de *personal jurisdiction* impugnada por los demandados; la orden se dictó el 31.10.2007, y el caso se cerró por acuerdo sólo trece días después. En abierto contraste con la situación descrita, en EEUU se encuentran la mayoría de los demás sistemas, en los cuales la posibilidad de *discovery* se limita a una oportunidad para el actor de corroborar cosas que ya sabe¹⁷.

¹⁵ *Infra*, 3.3), no obstante, sobre la tendencia a exigir a los alegatos iniciales una apariencia mayor de verosimilitud.

¹⁶ N.D. Cal. Octubre 31, 2007.

¹⁷ STEPHENS (2002, pp. 15-16) y DASCHBACH (2007, pp. 32-33). Procede señalar, no obstante, que el *discovery* debe ser autorizado por el tribunal, y que tal autorización es discrecional. En el marco del ATS los límites al *discovery* se utilizan con el fin de proteger intereses distintos a los de los actores, como los de los gobiernos extranjeros, susceptibles de quedar afectados por las demandas relativas a violaciones de derechos humanos por parte de empresas cómplices con ellos: *vid.* por ejemplo *Doe v. Exxon Mobil Corp*, 473 F.3d 345 (D.C. Cir. 2007).

b. Class Action

Un segundo elemento de atracción es la posibilidad de plantear la demanda en forma de acción de clase¹⁸. La *class action* es una herramienta para que un grupo de personas que comparte un interés común, tan numeroso que la comparecencia de todos los implicados en juicio es inconcebible, presente una única demanda ante el tribunal; la resolución del litigio vincula a todos los miembros de la clase. La acción que ejercita el actor no busca como único efecto garantizar su propio interés personal, sino también el de los otros miembros del grupo, que se encuentran en su misma situación. El expediente se originó en los Estados Unidos y sigue siendo un fenómeno predominantemente de este país, donde se concibe no sólo como una facilidad procesal: por el contrario, la función tradicional de esta fórmula es la de estrategia de denuncia y para el cambio social. En el contexto de las demandas bajo el ATS es un mecanismo idóneo para llamar la atención pública sobre las atrocidades cometidas contra los derechos humanos¹⁹; en este marco suele hacerse referencia al efecto de los litigios relacionados con el holocausto nazi²⁰. La trascendencia de las acciones de clase en la materia que nos ocupa queda reflejada en afirmaciones como la que sigue: “Regarding remedies (...) the unavailability of the procedural device of the class action may alter the landscape as any nominally substantive law”; “(...) while the class action is deemed procedural and distinct from substantive considerations for most purposes, it may become (...) the only practicable way to secure a remedy”²¹. También se aprecia en el peso que se ha otorgado a la posibilidad de una acción de grupo en el contexto de las decisiones sobre *forum non conveniens*: en general, la ausencia de la *class action* o similares en el foro alternativo no cuenta entre los elementos decisivos de la respuesta a la petición del demandado; sin embargo, cabe señalar algunas decisiones de tribunales de distrito –e incluso de apelación– que sí la han tomado en consideración en demandas bajo el ATS²².

¹⁸ A simple vista, la inexistencia de un instrumento como la *class action* no tiene más efecto que el de complicar el planteamiento del litigio, obligando a presentar demandas separadas para luego, si es posible, acumularlas. La realidad es más compleja: por ejemplo, porque cada demandante individual carezca de fuerza suficiente frente a demandados poderosos; o porque exista el riesgo de que las primeras demandas agoten ya los recursos del demandado. *Vid.* CARELLA (2003, pp. 725-728).

¹⁹ JOHNSON (2004, pp. 655-688).

²⁰ JOHNSON (2004, pp. 656-657) y CABRASER (2004).

²¹ CARELLA (2003, p. 718).

²² *Infra*, 3.2.

c. Fees

Supuestos como *Filártiga* y otros muchos tienen lugar en EEUU gracias a la labor desinteresada de bufetes de abogados: algo poco verosímil en otras jurisdicciones donde no existe esta cultura de “voluntariado”. La trascendencia de este dato queda patente en la decisión del *Second Circuit Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, donde fue uno de los factores determinantes en la decisión del tribunal de desestimar la solicitud de inhibición por razón de *forum non conveniens*, planteada por el demandado²³. Por otra parte, el régimen de honorarios de los casos ATS es la *quota litis*²⁴.

d. Personal Jurisdiction over Subsidiaries

La naturaleza de la implicación de las corporaciones y grupos de empresas en los abusos contra derechos humanos, sumada a las dificultades de un proceso justo en el Estado donde tiene lugar el hecho dañoso, han llevado a centrar la atención en la responsabilidad de la sociedad madre cuando la misma está ubicada en un país desarrollado y con tradición democrática. Ahora bien, por razones de *due process* en EEUU la acción sólo es posible si existe un vínculo entre el demandado y el territorio sobre el cual ejerce jurisdicción un tribunal: lo que se conoce como *personal jurisdiction*.

La exigencia de vinculación no es estricta en EEUU: por ejemplo, en *Kadic v. Karadžić* se utilizó la llamada *tag jurisdiction*, o competencia basada en la notificación a una persona que se encuentra sobre el territorio sólo de forma transitoria; *Kadic* estaba en EEUU como invitado de UN cuando se le hizo entrega personal de la citación y la demanda. Numerosas empresas extranjeras han sido llevadas ante los tribunales de los EEUU sobre la base de supuestas violaciones de los derechos humanos ocurridas en otro país, al aceptar los tribunales como suficiente para proceder un vínculo leve con los EEUU; en general, apoyado en la existencia en el país de una filial de la demandada, ajena, no obstante, a los hechos²⁵. Subyace a esta manera de actuar la convicción de que cuando un sujeto toma parte de forma voluntaria en actividades dentro de un Estado, beneficiándose de sus leyes, es razonable exigir que si resulta demandado en el foro acepte la carga de litigar en él. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Corp*, o la decisión del *Ninth Circuit Bauman v.*

²³ 226 F.3d 88 (2000). STEPHENS (2002, p. 30).

²⁴ De ahí el temor de que los abogados que han ganado billones en demandas de responsabilidad extracontractual (asbestosis, tóxicos, tabaco), se vuelquen ahora hacia “the potentially lucrative new field of human rights and transnational tort litigation”: ALFORD (2011, p. 236).

²⁵ Esto significa que en este momento del proceso se toman en consideración tres elementos: la empresa demandada, la filial sita en el país de los hechos, y otra filial (o implantación de la demanda) con sede en EEUU; véase los supuestos que se citan en el texto. Afirmar la competencia de los tribunales estadounidenses sobre una empresa porque posee una filial en territorio USA no implica la responsabilidad de ésta: *vid.* REQUEJO ISIDRO (2011 en prensa, núm. 16 y ss.).

Daimler Chrysler Corp., recaída el 18.5.2011, son dos ejemplos²⁶.

En *Wiwa*, los demandantes presentaron una acción al amparo del ATS en Nueva York, alegando que la compañía Shell Nigeria había ayudado a los militares nigerianos en la tortura de Ken Saro-Wiwa y otros particulares en 1995. A juicio de los actores, las empresas madre Royal Dutch Petroleum (con sede en los Países Bajos) y Shell Transport and Trading (con sede en el Reino Unido), controlaban las acciones de Shell Nigeria; en consecuencia los actos de Shell Nigeria debían ser tratados como los de un agente de las sociedades demandadas, y atribuidos a ellas. Aceptada esta teoría, el tribunal consideró apropiado el ejercicio de jurisdicción de EEUU sobre las dos compañías extranjeras por dos motivos: la cotización de ambas en la Bolsa de Nueva York, sumada al hecho de que los demandados mantuvieran en EEUU una oficina (¡dotada de un solo empleado!) para las relaciones con los inversores.

En *Bauman v. Daimler Chrysler Corp.* los demandantes, residentes en Argentina, plantearon demanda contra la alemana DaimlerChrysler Aktiengesellschaft (en adelante, DCAG) alegando que una de sus filiales, Mercedes-Benz Argentina (MBA), había colaborado con las fuerzas de seguridad del Estado para secuestrar, retener, torturar y asesinar a las víctimas y/o a sus parientes durante el período conocido como “Guerra sucia” en Argentina. El tribunal de distrito acogió la petición de inhibición planteada por DCAG por falta de *personal jurisdiction*; la corte de apelación llegó en cambio a la decisión opuesta apoyándose en los contactos con EEUU de la filial Mercedes-Benz USA (MBUSA). El razonamiento, en dos pasos, se realizó a la luz de la cláusula de *due process*, y concluyó que MBUSA es agente de DCAG al menos a los efectos de determinar si existe *personal jurisdiction*; y que el ejercicio de la competencia sobre DCAG es razonable, vistas las circunstancias del supuesto. El análisis de la relación de agencia examina dos elementos: el primero, bajo la rúbrica “sufficient importance”, sirve a determinar si las acciones de la filial pueden ser comprendidas como una manifestación de la presencia de la sociedad madre, para lo cual hay que decidir si ésta habría asumido ella misma la realización de los servicios de la filial en caso de carecer de toda representación en el territorio. El segundo elemento es el control, que no debe entenderse como un control cotidiano sobre las operaciones de la filial, sino simplemente como un derecho del principal a dar indicaciones al agente.

Por su parte, el criterio de razonabilidad del ejercicio de la competencia en el caso concreto obliga a analizar cada una de las siguientes cuestiones: el carácter y alcance de la intervención del demandado en el mercado de California; la carga que supone para el demandado tener que defenderse en el foro estadounidense; el eventual conflicto con el Estado de origen del demandado, por razones de soberanía; el interés del foro en conocer del asunto; cuál es la jurisdicción más eficiente, en términos de ubicación de pruebas y testigos; la existencia de foros alternativos, convenientes para el actor, de los que pueda obtener una efectiva satisfacción. Tras la toma en cuenta de todos estos datos en el caso, el tribunal de apelación concluyó que DCAG

²⁶ 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000). Agradecemos al prof. SAINT DAHL el texto de la otra decisión. Es importante señalar que el análisis a efectos de determinar si existe *personal jurisdiction* no es uniforme, y que unos tribunales aplican un examen más indulgente que otros: REQUEJO ISIDRO (2011 en prensa, núm. 19).

“has not met its burden of presenting a compelling case that the exercise of jurisdiction would not comport with fair play and substantial justice.”

e. Punitive damages

Desde el punto de vista del derecho sustantivo la reglamentación de la responsabilidad civil en EEUU presenta notables diferencias respecto a los países de *civil law*, y también de otros de *common law*, en particular por la posibilidad de obtener condenas a *punitive damages*²⁷. En supuestos internacionales tal posibilidad pasa porque el Derecho de EEUU (más bien, de uno de los Estados que contemplan daños punitivos, que son casi todos en una u otra medida) resulte designado como aplicable a través de la norma de conflicto correspondiente, o entre en juego como correctivo de la designación de un Derecho extranjero cuya aplicación al caso no es satisfactoria.

En el marco de las demandas al amparo del ATS se han otorgado *punitive damages* en decisiones anteriores y posteriores al único pronunciamiento de la *Supreme Court* hasta el momento, *Sosa v. Alvarez Machain*. Ya en *Filartiga v. Pena Irala*, el tribunal señaló que los remedios deben “dar cumplimiento a los objetivos manifiestos de la prohibición internacional contra la tortura”²⁸. A tal fin el tribunal tomó en consideración diversas fuentes: la ley del lugar donde ocurrió el hecho, el DI, la ley federal, y la estatal. Esta aproximación plural supone dejar a un lado la conexión conflictual típica en materia de responsabilidad civil en casos internacionales –la *lex loci delicti commisi*. En su lugar, es frecuente optar por la ley del foro como complemento del DI, lo que es acorde con la crítica vertida contra el punto de conexión habitual proyectado sobre las violaciones de derechos humanos²⁹; y es que el “lugar del hecho dañoso” suele conducir a la ley de un país en desarrollo, que no proporciona una solución de calidad en consonancia con la importancia del bien jurídico dañado. Tal forma de actuar casa por lo demás con la tendencia general en EEUU a sustituir la regla *lex loci delicti* por otros enfoques, cuya consecuencia es la mayor propensión a aplicar la ley del foro a hechos dañosos ocurridos en otro territorio³⁰. Todo ello justifica las expectativas de obtener daños punitivos, además de la compensación pertinente, como resultado de las acciones contra empresas. Cabe citar en este contexto *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, donde el tribunal otorgó \$80 millones en concepto de compensación y daños punitivos bajo el ATS a tres nacionales cubanos, víctimas de trabajos forzados por parte de Curaçao Drydock Company, que habría actuado en concierto con el régimen de Fidel Castro³¹.

²⁷ Vid. un estudio de varios sistemas en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (2009).

²⁸ 577 F. Supp. 860, 865 (E.D.N.Y. 1984).

²⁹ BAXI (2001).

³⁰ GOLDSMITH y SYKES (2007). ALFORD (2011, p. 248) señala que “not surprisingly, with so many factors in the mix, courts have wide discretion to use the law with which they are most comfortable”.

³¹ 584 F. Supp. 2d 1355 (S.D. Fla. 2008).

3. Incertidumbres en torno al ATS, primera parte

3.1. Límites al ATS, o sobre cómo evitar entrar en el fondo del asunto

Pocos son los casos contra empresas planteados al amparo del ATS en los que se ha alcanzado el estadio de discusión en cuanto al fondo del asunto; muchos más aquellos en los que la discusión se centra, y termina, en cuestiones procesales³². Explica la doctrina que este detenerse en cuestiones procesales es una estrategia de los tribunales para eludir precisamente las cuestiones sustantivas más espinosas; en el ámbito del ATS evitan tener que pronunciarse sobre qué actos constituyen violaciones del DI consuetudinario o convencional de los EEUU, y otros aspectos relacionados como la responsabilidad de las empresas por complicidad³³. Dada la dificultad de la tarea, no es inverosímil que ésta sea la razón; y lo cierto es que en todas las demandas bajo el ATS hacen aparición uno o varios de los siguientes argumentos, y que el debate en torno a ellos se alarga con frecuencia durante años: en primer lugar, la falta de *subject matter jurisdiction*, que tratamos separadamente por su singular trascendencia, especialmente a partir de 2010 (infra, parte IV). El segundo es la petición de inhibición por razón de *forum non conveniens*, de naturaleza también jurisdiccional; ha dado lugar a innumerables estudios, y es considerado entre los autores tanto más preocupante cuanto que “its language seems to directly contradict the language of the [Alien Tort] Statute”³⁴. Una tercera defensa procesal es la exigencia de *heightened pleading standards* en las acciones que invocan el ATS. Finalmente, otros argumentos típicos, como la calificación del asunto litigioso como *political question*, poseen una naturaleza diferente, aunque de ser aceptados su efecto es igualmente la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto³⁵.

³² *Romero v. Drummond Co*, de 26.7.2007, fue el primer caso ATS contra una empresa que alcanzó la fase de juicio ante el jurado (el demandado fue absuelto). La decisión fue confirmada por el *Eleventh Circuit*: 480 F.3d 1234 (11th Cir. 2008).

³³ O’GARA (2010).

³⁴ O’GARA (2010, p. 805).

³⁵ O’GARA (2010); CHILDRESS III (2011, pp. 21-25).

3.2. *Forum non conveniens*

La alegación de *forum non conveniens* sostiene que el tribunal al que ha acudido el demandante debe abstenerse de conocer del asunto, pese a tener competencia sobre él (*personal jurisdiction* y *subject matter jurisdiction*), porque otro foro resulta más apropiado. La doctrina, de interés menor en el pasado, cobra una enorme importancia en una economía global de empresas multinacionales con actividad en cualquier parte del mundo³⁶. Es una defensa común en casos ATS, lo que no sorprende si se consideran los datos típicos de estos litigios: demandantes extranjeros contra empresas ligadas a EEUU, sus filiales sitas en el extranjero y otras empresas extranjeras, por hechos que han ocurrido fuera de EEUU.

Conforme a la teoría de *forum non conveniens* la decisión de inhibirse requiere en todo caso la demostración de que existe un foro asequible y adecuado (*available and adequate*), y la ponderación de una serie de factores: unos de naturaleza privada, que atañen a las partes; y otros de interés público, relativos al propio tribunal y a la sociedad³⁷. La decisión es, en último término, discrecional.

- La condición de existencia de una jurisdicción alternativa disponible implica que la solicitud del demandado no prosperará si a raíz de ello el actor queda privado de todo foro. En este sentido, la decisión de *forum non conveniens* puede otorgarse sujeta a compromisos por parte del demandado que aseguren el acceso al otro foro: por ejemplo, la promesa de someterse a la jurisdicción alternativa, renunciar a la prescripción de la acción, aceptar la notificación en el extranjero, o cumplir voluntariamente la sentencia que allí se imponga.

- Además de accesibles, los tribunales que son presentados como más convenientes deben ser adecuados. En este sentido no suelen atenderse las alegaciones relativas a diferencias en la legislación procesal –sobre revelación de pruebas, juicio por jurado, tiempo de los procesos...–, o material –el Derecho aplicable. Sí han prosperado, aunque excepcionalmente, argumentos relacionados con la independencia o imparcialidad del sistema judicial, u otros fácticos, sobre el peligro para la vida del demandante en caso de volver al Estado de la jurisdicción alternativa; o si este está en guerra, o se demuestra que será imposible, por razones de la política económica vigente, sacar del país el producto de la condena obtenida.

- Entre los elementos de interés privado que se valoran en EEUU se incluyen el grado de dificultad de acceso a las pruebas; el coste de las declaraciones de testigos voluntarios, y las posibilidades que el ordenamiento del foro alternativo ofrece para obligar a testificar a los que se

³⁶ BLUMBERG (2002, pp. 501, 503).

³⁷ Son *leader cases* *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 US 501 (1947); y *Piper Aircraft Corp. v. Reyno*, 454 US 235 (1981). Debe tenerse en cuenta que la doctrina recibe diferente consideración según el Estado de EEUU, y que la práctica no es uniforme.

resisten; acceso a los lugares relevantes, y otros problemas de tipo práctico que determinan que el juicio sea fácil, rápido, y poco costoso, o lo contrario; en ocasiones también se tiene en cuenta la ejecutabilidad de una futura sentencia. Los lazos del demandante con el foro revisten particular importancia: merece mayor deferencia el actor que es nacional o residente en EEUU; en caso de que los actores sean varios se toma en cuenta el dato aunque sólo afecte a uno o algunos de ellos.

- Factores públicos son los que tienen que ver con la administración de la justicia: la congestión de los propios tribunales por el exceso de casos; las cargas económicas resultantes del funcionamiento de los Tribunales, que pesan sobre la comunidad nacional; la coincidencia *forum-ius*; el interés del Estado alternativo en juzgar él mismo sobre los hechos; evitar la pluralidad de procesos simultáneos.

Si la aplicación de los estándares descritos a los litigios sobre derechos humanos y responsabilidad civil tiene como consecuencia de la inhibición del juez americano, ello suele significar el fin del litigio. Estudios sobre *human rights litigation* y ejemplos de la práctica sugieren que la decisión del juez estadounidense de desentenderse del caso porque existe otro foro en mejor situación para conocer ha determinado el final de la cuestión³⁸; contribuye a ello la deferencia que los tribunales de apelación deparan a las decisiones de inhibición, que sólo son anuladas si se aprecia abuso de la facultad discrecional por el tribunal inferior³⁹. Por el contrario, que se desestime la solicitud de *forum non conveniens* puede suponer la continuación del proceso; y con frecuencia es un dato determinante para que los demandados se avengan a un acuerdo⁴⁰.

Este estado de cosas ha provocado una reacción doctrinal a favor de flexibilizar el expediente: algo que –se ha señalado recientemente– sería coherente con el primero de los pilares del *framework* elaborado por el representante especial del Secretario General de UN para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, J. Ruggie, relativo a la debida diligencia de los Estados en su labor de protección de los derechos humanos⁴¹. Las propuestas no son uniformes, sino que tienen distinto alcance: adaptar los criterios tradicionales en las demandas sobre derechos humanos⁴²; modificar la doctrina integrando en los parámetros del test factores nuevos, tales como la globalización o las nuevas tecnologías⁴³, consideraciones prácticas que hasta ahora se han rechazado (la existencia de acciones de clase, las reglas sobre costas, asistencia

³⁸ BLUMBERG (2002, p. 509) y SMITH (2010, pp. 165-169).

³⁹ SMITH, 163-164.

⁴⁰ SMITH (2010, npp. núm. 130); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000).

⁴¹ SMITH (2010, pp. 183-187).

⁴² Ya en BOYD, (1998); entre otros muchos, BLUMBERG (2002, pp. 525-526) y DASCHBACH (2007, pp. 42-46).

⁴³ NICO, (2005, pp. 360-361).

jurídica gratuita u obtención de pruebas en el foro alternativo, así como los costes en tiempo y dinero asociados al hecho mismo de inadmitir la demanda), y la residencia de todas las partes (y no sólo la extranjera del actor) en litigio⁴⁴; reconsiderar el estándar de revisión en apelación⁴⁵; o abolir la excepción⁴⁶.

La práctica ofrece distintas respuestas a la petición de *forum non conveniens* en casos ATS. Entre las decisiones que atienden a las propuestas doctrinales descritas figura *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, donde los demandantes aportaron con éxito pruebas de parcialidad en el foro alternativo, Indonesia⁴⁷. También cabe citar *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*⁴⁸: el tribunal, tras consultar a expertos en ley sudanesa, decidió que el foro extranjero alternativo no era adecuado, que los demandantes no podrían obtener justicia en Sudán, y que quedarían expuestos a grandes riesgos al intentarlo; en definitiva, que el caso debía ser resuelto en EEUU, bajo el ATS. Ya en apelación, hay que aludir a ciertos “éxitos relativos”: así, *Gabriel Ashanga Jota y otros v. Texaco Inc.*, en la que el tribunal planteó con carácter general la relación entre ATCA y la doctrina de *forum non conveniens*, y expresó la idea de que la *policy* incorporada en el estatuto, a ponderar como uno de los intereses públicos en juego, reclama una aplicación diferenciada de la excepción; ahora bien, devuelto el caso a instancia, el tribunal volvió a desestimarlo por razón de *forum non conveniens*⁴⁹. Otro supuesto es *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, donde el tribunal de apelaciones para el *Second Circuit* rechazó la solicitud de *forum non conveniens* por la imposibilidad de los demandantes de plantear demanda en el país (Indonesia) donde habían sido víctimas de tortura, y en atención al fuerte interés de EEUU en la litigación relativa a derechos humanos. Como ha señalado la doctrina, aunque *Wiwa* ofrece otra forma de enfocar la cuestión de la conveniencia del foro, lo cierto es que el caso se diferencia de muchas otras demandas ATS por implicar a demandantes estadounidenses, cuya elección de foro recibe tradicionalmente una mayor deferencia del tribunal en el contexto del análisis del *forum non conveniens*⁵⁰.

⁴⁴ SMITH (2010, pp. 171-177) y DASCHBACH (2007, pp. 41-42).

⁴⁵ SMITH (2010, pp. 180-182).

⁴⁶ BOYD (2010, pp. 84-85).

⁴⁷ 393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005).

⁴⁸ 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).

⁴⁹ 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998).

⁵⁰ O’GARA (2010, p. 806).

Se aplica estrictamente la teoría de *forum non conveniens* en *Sarei v. Rio Tinto*⁵¹: el tribunal sostuvo que la ausencia de acciones de clase, del pacto de *quota litis* y de reglas similares al *discovery* no convierten al foro alternativo (Papua Nueva Guinea) en inadecuado. *Turedi v. Coca-Cola*⁵², una acción de demandantes turcos contra Coca-Cola, Coca-Cola Export Corp. y Coca-Cola Icecek bajo el ATS, fue también desestimada por el tribunal de distrito por razones de *forum non conveniens*. En apelación, el *Second Circuit* aceptó el razonamiento del tribunal inferior, basado en un *forum shopping* no justificado de los actores: Coca-Cola Icecek es una compañía turca, con establecimiento principal en Estambul, y sin vínculos con EEUU. Aparte de ello, los daños resultaban de presuntos ataques de la policía turca a raíz de conflictos laborales con Coca-Cola Icecek en Estambul. El tribunal también rechazó las alegaciones de los demandantes relativas a la corrupción del sistema judicial turco, concluyendo que Turquía es un foro adecuado. En *Aldana et al. v. Del Monte Fresh Produce N.A. Inc*⁵³, el tribunal de apelación del *Eleventh Circuit* confirmó la decisión del tribunal de distrito desestimando una acción interpuesta bajo el ATS por razones de *forum non conveniens*: Guatemala, lugar de ubicación de todas las pruebas relevantes, sería un foro alternativo asequible para los demandantes. A juicio del tribunal de apelación la resolución no es revocable por cuanto no se aprecia abuso del poder discrecional del juez de remisión.

3.3. Un *hightened pleading standard*?

La exigencia de un *hightened pleading standard* se traduce en el deber del actor de presentar unos alegatos iniciales que permitan al tribunal inferir, a simple vista, y antes de la fase de prueba, que el demandado es responsable de la conducta imputada. Con anterioridad a 2007 la interpretación de la regla general, contenida en la *Federal Rule of Civil Procedure* 8 (a), se contraía a un *notice pleading standard*: el demandante debía aportar con su demanda hechos que justificaran sus alegatos como posibles; el objetivo era informar al demandado acerca de la demanda y de los elementos imprescindibles para que pudiera responder a ella. El panorama cambia tras las sentencias de la *Supreme Court* en *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* y *Ashcroft v. Iqbal*⁵⁴: los hechos invocados deben ser convincentes (*plausible*); la consecuencia es que los demandantes deberán llevar a cabo con carácter previo al litigio investigaciones con un grado de exhaustividad atípico en el estadio anterior a la presentación de la demanda⁵⁵. El *pleading* debe servir a otras funciones, más allá de la

⁵¹ 221 F Supp 2d 1116 (C.D. Cal. 2002).

⁵² 460 F.Supp. 2d 507 (S.D.N.Y.2006).

⁵³ 578 F.3D 1283 (11th Cir. 2009).

⁵⁴ 550 US 544 (2007), para el primero, y 129 S.Ct. 1937 (2009), el segundo.

⁵⁵ Cuando a simple vista la demanda no satisface el estándar, el demandado puede solicitar que la acción sea desestimada al amparo de la *Federal Rule of Civil Procedure* 12(b)(6); algo que sucede típicamente antes de la fase de *discovery*.

indicada: así, a delimitar los asuntos objeto de litigio, y a rechazar rápidamente las demandas frívolas o “de conveniencia” (*sham claims*)⁵⁶.

El ATS no incluye ninguna regla específica en materia de *pleading standard*; la práctica es desigual en relación con un tema no trivial. En este sentido es reveladora la comparación de dos supuestos similares que recibieron un tratamiento distinto⁵⁷: mientras en el primero un *pleading standard* estricto determinó la inadmisión de la demanda, aquel en que se exigió el estándar más leve siguió adelante, y la información que a juicio del tribunal faltaba en el momento inicial de la demanda pudo ser aportada tras la fase de *discovery*. La aplicación de una forma más gravosa de la condición en el primer caso privó a los demandantes de la oportunidad de llevar a cabo un *discovery* adecuado, “y los demandados recibieron un salvoconducto para potenciales violaciones de derechos humanos”⁵⁸.

La proyección del estándar sentado por la *Supreme Court* en *Twombly* a las demandas bajo el ATS ha tenido lugar en la decisión del *Eleventh Circuit Sinaltrinail v. Coca-Cola*⁵⁹. Aunque ello no ha sorprendido, sí ha suscitado reacciones opuestas en la doctrina⁶⁰. A favor se alegan las similitudes entre las demandas ATS y aquellas, relativas al derecho de la competencia, para las cuales la *Supreme Court* concibió la agravación del estándar; igualmente se alude a la necesidad de poner coto a demandas no fundamentadas, cuyo planteamiento es apto para generar serios costes en términos de reputación; y también a la voluntad de evitar interferencias en decisiones de política extranjera de los EEUU (lo que convierte a este instrumento en una *prudential tool*, similar a las que veremos en un momento)⁶¹.

Para los más críticos, las razones que justifican el estándar agravado, y en particular la relativa a los elevados costes del *discovery*, puede ser válida en ámbitos como el derecho de la competencia, habida cuenta de que ahí es el gobierno federal el pecha con ellos; pero no es aceptable en cambio en las acciones al amparo del ATS, donde los costes corren a cargo de los demandantes, que son sujetos privados. Por otra parte se argumenta que la exigencia disminuye las posibilidades reales

⁵⁶ NICHOLS (2008, pp. 2190-2194).

⁵⁷ *Sinaltrinail v. Coca Cola*, 474 F. Supp. 2d 1273, 1282 (S.D. Fla. 2006); *Romero v. Drummond* 256 F. Supp. 2d 1250 (N.D. Ala. 2003).

⁵⁸ NICHOLS (2008, p. 2210).

⁵⁹ 578 F.3d 1252 (11th Circuit 2009). CHILDRESS III (2011, p. 22) cita también la decisión del tribunal de distrito de California *Doe v. Nestlé*, de 8.9.2010.

⁶⁰ O’GARA (2010, pp. 808-810) crítica; NICHOLS (2008) distingue entre *notice*, *heightened* y *plausibility pleading standards*, y se pronuncia a favor de aplicar este último, como opción intermedia entre las otras.

⁶¹ NICHOLS (2008, p. 2211).

de acceso a los tribunales de EEUU de las víctimas de violaciones de derechos humanos: incluso la doctrina favorable a aplicar un estándar estricto a casos ATS admite que “es apto para desembocar en una desestimación prematura de casos dotados de utilidad social”; la dificultad de reunir con anterioridad al *discovery* el conjunto de evidencias fácticas requeridas puede ser simplemente insuperable para los actores, por la complejidad de la estructuras societarias, el miedo a los gobiernos de los que las empresas serían cómplices, o la falta de medios⁶².

A este panorama de opiniones divididas añade complejidad la reciente decisión de la *Supreme Court Skinner v. Switzer* (7.3.2011), que vuelve a la exigencia de un *pleading standard* más relajado.

3.4. Prudential Tools

Además de los anteriores, otros argumentos contribuyen a dificultar las demandas al amparo del ATS, suscitando como aquéllos opiniones encontradas. El efecto de estos expedientes es procesal, pero a diferencia de lo que sucede con los expedientes de *forum non conveniens* o *heightened pleading standard*, no pueden considerarse como relativos a la jurisdicción. Más bien deben ser clasificados entre los *prudential tools*, instrumentos empleados por los tribunales para ejercitar su discreción en interés de la justicia, con el fin de preservar intacta la separación de poderes, o en atención a otras consideraciones normativas. Se citan en este sentido la condición de agotamiento de los remedios locales, y la imposibilidad de enjuiciar determinadas cuestiones en virtud de su naturaleza o sus implicaciones políticas⁶³.

a. Exhaustion of Remedies

El requisito de agotamiento de los remedios locales, importado al ámbito del ATS desde el DI, fue sugerido por la *Supreme Court* ya en *Sosa v. Alvarez Machain*. La invitación a los tribunales inferiores a decidir si la norma impone tal condición ha dado lugar a interpretaciones opuestas: es precisa en todos los supuestos planteados al amparo del ATS; en alguno; en ninguno. Las tres posibilidades se estudian en uno de los pronunciamientos del *Ninth Circuit* a propósito de *Sarei v. Rio Tinto*⁶⁴. A favor de excluir la exigencia en todo caso se argumenta la falta de apoyo textual; se añade que el Congreso pudo haber modificado el ATS en este sentido con motivo de la adopción en 1991 de la *Torture Victims Protection Act*, que completa al ATS, y en la que se incluye expresamente el requisito; que no lo hiciera es un dato importante a retener. Se suma a ello que la intención del Congreso al redactar la TVPA fue expandir el alcance del ATS; lo razonable, con este objetivo a la vista, es no exigir el agotamiento de los remedios locales.

⁶² NICHOLS (2008, p. 2211).

⁶³ O’GARA, (2010, p. 810).

⁶⁴ 550 F.3d. 822 (2008). *Vid.* resumen en WAUGH (2010, pp. 569-570).

El argumento favorable a exigir en todo caso el agotamiento de los recursos locales es invocado por uno de los jueces del tribunal, que entiende que es lo más coherente con el respeto debido a los sistemas judiciales de otras naciones; con el DI que invoca el propio ATS a la hora de identificar sus elementos sustantivos; y también, lo mejor desde el punto de vista de la carga de trabajo de los tribunales de EEUU. Finalmente, la opinión intermedia, representada por el voto particular de otro de los jueces, considera que la condición de agotamiento debe ser tratada como un *prudential requirement* en los casos ATS, lo que significa que intervendría cuando los vínculos del supuesto con EEUU sean débiles, y cuando el acto generador del daño no sea “universal” en el sentido del DI de los derechos humanos⁶⁵.

La falta de consenso también caracteriza a los autores. En apoyo de la condición se argumenta que existe en el panorama internacional un conjunto de tribunales y comités cuya función es la defensa de los derechos humanos; y que las víctimas pueden acceder a ellos, previo agotamiento de los remedios locales; por coherencia, la apertura del ATS a las mismas víctimas debe pasar por el mismo requisito⁶⁶. Frente a este razonamiento otros autores opinan que la exigencia de agotamiento de otros remedios no existe en el ATS en tanto que condición independiente, y que en realidad la doctrina de *forum non conveniens* ya da cobertura a su finalidad, incluyendo todos sus elementos⁶⁷.

b. Political Deferente

El argumento de la *political deference* se vincula a los efectos que el proceso entablado pueda tener sobre las relaciones internacionales de EEUU con otros países o gobiernos. La etiqueta agrupa diferentes teorías, conocidas como *political question*, *internacional comity* y *act-of-state doctrines*. En realidad, la importancia de la última en los supuestos ATS contra empresas es menor: sugiere deferencia hacia actos realizados por otros Estados en su propio territorio impidiendo entrar a valorar su validez; aunque es una alegación frecuente de los demandados, no ha prosperado en estos casos⁶⁸. En cuanto a la *international comity*, permite a los jueces abstenerse de conocer en

⁶⁵ El caso fue devuelto al tribunal de distrito, el cual estimó que los vínculos con EEUU eran débiles por razón de la sede del demandado, el lugar de hechos y la nacionalidad de las víctimas. A partir de ahí el tribunal distinguió entre las alegaciones de los actores, estimando que la importancia de las más serias (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) permite hacer caso omiso a la falta de relación con EEUU, y eximir del agotamiento de los remedios locales; el resto (por ejemplo, las relativas a daños al medio ambiente) sí quedan sujetas a un *prudential exhaustion analysis*. CHILDRESS III (2011, p. 22) señala una decisión ulterior, también del *Ninth Circuit*, que devuelve el asunto al tribunal inferior a fin de que determine si procede “a prudential exhaustion requirement”.

⁶⁶ NOTE (2008, pp. 2124-2133).

⁶⁷ DONOFER (2007).

⁶⁸ O’GARA (2010, pp. 814-815).

supuestos que no apuntan a violaciones de normas de derecho internacional, sino que cuestionan decisiones políticas de un gobierno extranjero (como, por ejemplo, dedicar determinados territorios a explotaciones de gas o mineras); en estas situaciones la desestimación del caso es más probable si existe constancia del deseo del país extranjero de que no siga adelante.

En el ámbito del ATS y empresas son varios los supuestos en que constan elaboraciones a propósito de la *political question*: se citan *Mujica v. Occidental Petroleum*, *In re Agent Orange*, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman*, *Doe v. Exxon Mobil*, *Sarei v. Rio Tinto*, *Corrie v. Caterpillar* y *South African Apartheid*. De ellos, cinco fueron considerados *justiciable*, y dos no: son estos *Mujica v. Occidental Petroleum*, en atención a las alegaciones del gobierno en torno a las consecuencias adversas que el mero hecho del proceso tendría sobre el comercio y las relaciones bilaterales con Colombia; y *Corrie v. Caterpillar*, por cuanto el daño estaba ligado a las ayudas prestadas por el propio gobierno americano al país del hecho (y las cuestiones de *foreign aid* conciernen exclusivamente al ejecutivo)⁶⁹. La doctrina fue rechazada en los otros: así, por el *Ninth Circuit* en *Sarei v. Rio Tinto*⁷⁰, aunque el tribunal señaló expresamente que podría tener cabida de darse el clima político adecuado; no obstante, también indicó que corresponde al tribunal decidir si se encuentra o no ante supuesto que debe ser desestimado por razones de *political question*, y que en esta tarea no se encuentra vinculado por la opinión del poder ejecutivo.

4. Mención especial: la discusión en torno a la subject matter jurisdiction

Hemos reservado un apartado especial del estudio a dos dudas clave en el funcionamiento del ATS, por varios motivos. El primero es que a diferencia de lo examinado hasta ahora, no se trata aquí de la proyección sobre el ATS de determinadas teorías o doctrinas generales, externas a la norma; las dificultades son intrínsecas a la ley, nacen de lo que su texto dice (o, más bien, no dice). Además, también como elemento diferencial, estas dudas encierran una cuestión sustantiva, aunque son susceptibles de plantearse en dos momentos: al comienzo del proceso, a la hora de determinar si existe federal *subject matter jurisdiction*; y en el momento de resolver en cuanto al fondo del asunto; en los casos ATS relativos a corporaciones sólo se han producido en el primero. Finalmente, otra diferencia es la actualidad del debate tras la decisión del *Second Circuit* *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co* (17.9.2010), en la que por primera vez se niega la cobertura del ATS a las demandas contra empresas⁷¹.

⁶⁹ Vid. resumen en KORMAN (2010, pp. 104-107).

⁷⁰ 456 F.3d 1069 (2006).

⁷¹ 621 F.3d 111 (2010).

4.1. La sujeción de las empresas al DI

La “resurrección” del ATS tuvo lugar en un primer momento a raíz de demandas entabladas contra particulares; a finales de la década de los 90 comienza a ser invocada también en acciones contra personas jurídicas. Ahora bien, el hecho de que haya procesos contra entidades corporativas no significa que la cuestión del alcance subjetivo del ATS sea pacífica. En 2004, en *Sosa v. Alvarez Machain*⁷², la *Supreme Court* realizó el único pronunciamiento hasta el momento a propósito de la norma. La decisión contiene dos afirmaciones: conforme a la primera el ATS es declarado instrumento meramente jurisdiccional; la *cause of action*, o circunstancia de la que nace el derecho de una persona a entablar un proceso contra otra, debe ser encontrada fuera de la ley, concretamente en el DI⁷³. La *Supreme Court* afirmó también la facultad de los tribunales federales para identificar “causes of action under customary international law”, subrayando que en todo caso deben ser “specific, obligatory, and universally accepted”; en adelante, el ATS dará cobertura a demandas que descansen “on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of 18th-century paradigms we have recognized”⁷⁴.

La decisión *Sosa v. Alvarez Machain* ha generado multitud de interpretaciones y muy poco consenso en relación con cuestiones esenciales, como es la de la aplicabilidad del ATS a demandas contra corporaciones. La respuesta depende de la interpretación de la nota al pie núm. 20 de la decisión, en la que se lee: “A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual”. Para algunos, esta nota significa la intención de la *Supreme Court* de establecer una distinción entre empresas y particulares; para otros lo que indica es que las dos categorías deben ser tratadas de forma idéntica⁷⁵. Pese a las dudas sobre lo que significa el texto, hasta 2010 la idea de que las empresas pueden ser consideradas civilmente responsables por violaciones del DI igual que las personas físicas parece haber sido admitida con carácter general por los tribunales de EEUU: bien por la vía de afirmaciones expresas de los jueces en tal sentido⁷⁶, bien de una forma implícita, por el hecho

⁷² 542 US 692.

⁷³ Ya antes tal opinión había sido defendida en *Tel-Oren v. Libyan Arabian Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984). Este hecho diferencia notablemente el ATS de otras leyes que también permiten acudir a los tribunales de EEUU por violaciones de DI (así, la TVPA), pero que se han concebido de forma que ellas mismas crean la *cause of action*, “transformando” el DI en Derecho interno.

⁷⁴ 542 US 692, 725.

⁷⁵ *Vid.* entre muchos otros CASSEL (2008, p. 318). Merece la pena añadir que la primera es la interpretación del Juez Cabranes en la decisión del *Second Circuit Kiobel*, 621 F.3d 111, 126; y la segunda, la del Juez Leval en el mismo caso (*Kiobel*, 621 F.3d 111, 164).

⁷⁶ Cita por ejemplo HANDL (2010, npp. núm. 28), la del Juez Scheindlin en *In Re South African Apartheid Litigation*.

mismo de no plantear la cuestión o de tomar decisiones que presuponen una respuesta afirmativa⁷⁷. De ahí lo inesperado de la decisión del *Second Circuit* el 17.9.2010 en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, afirmando que “corporate liability is not a discernable –much less universally recognized– norm of customary international law that we may apply pursuant to the [Alien Tort Statute]”⁷⁸.

El origen del caso *Kiobel* se remonta a 2002, cuando un grupo de nacionales nigerianos plantearon demanda alegando que las compañías Royal Dutch Petroleum y Shell Transport and Trading Company, a través de una filial, colaboraban con el gobierno de Nigeria en la comisión de violaciones de derechos humanos, en particular para reprimir protestas lícitas contra las explotaciones petrolíferas en el delta del río Níger. La decisión de 2010 aparece como la primera de un Tribunal de apelación que niega la posibilidad de entablar demanda contra empresas al amparo del ATS; no es frecuente tampoco en resoluciones de tribunales de distrito⁷⁹, ni en votos particulares de los jueces⁸⁰; y resultó tanto más sorprendente cuanto que ninguna de las partes en juicio había argumentado sobre el particular. Es importante señalar que la resolución no fue adoptada por unanimidad, sino por una mayoría de dos a tres: la opinión del tercer juez, aun concurriendo en lo relativo a la desestimación de la demanda, disiente de las otras acerca del motivo del rechazo⁸¹.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co ha suscitado inmediatamente reacciones doctrinales⁸², muchas de las cuales apuntan en sentido opuestos; a la luz de los razonamientos de unos y otros autores la separación no parece fácilmente superable. Conviene señalar que para un observador no estadounidense la comprensión del debate en torno a *Kiobel* se complica por varios factores. El primero es que la discusión se incardina en un contexto de discusión propiamente americano a propósito de dos cuestiones que guardan relación entre sí: el sistema de fuentes y el rol del DI entre ellas; y la división de poderes (la judicatura creando Derecho; el reparto de competencias entre tribunales federales y de los estados⁸³). El segundo es que en *Kiobel* no sólo difieren las

⁷⁷ Ya en *Sosa v. Alvarez Machain*, según KEITNER (2008, p. 72), “The majority in that case seems to have taken the possibility of corporate ATS liability for granted”.

⁷⁸ 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

⁷⁹ Se cita en este sentido *Doe c. Nestlé*, de 8.9.2010.

⁸⁰ La opinión del Juez Korman (*Second Circuit*) en *Khulumani*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007), parece ser la primera de un juez de apelación que niega que las corporaciones puedan ser responsables bajo el ATS (*infra*, 4.2 b).

⁸¹ En opinión del Juez Leval la alegación de los demandantes de complicidad intencionada (*purposeful aiding and abetting*) no fue convincente.

⁸² *Vid.* las entradas de ese día en los blogs *Opinio iuris* y *Conflict of laws*.

⁸³ ABEBE, (2007), KU (2011), CHILDRESS III (2011) y MAMOLEA (2011, pp. 85-88).

opiniones de los jueces acerca de por qué debía desestimarse la demanda: también difiere la comprensión de los autores acerca de qué opinan los jueces⁸⁴.

La pronta y contradictoria respuesta académica a *Kiobel* no debe extrañar: tanto por lo que la decisión representa en la batalla por la defensa de los derechos humanos (una estrategia para la impunidad de las violaciones de derechos humanos: “*Kiobel court’s rule might incentive States to abdicate power to corporate actors, which would then use the corporate form as a shield from civil liability*”⁸⁵), como por la escasa claridad de los fundamentos, únicos, que unos y otros autores manejan ofreciendo de ellos lecturas inconciliables.

Parte de la doctrina celebra la decisión *Kiobel*⁸⁶. Acusan estos autores la ausencia de debate real en torno a la cuestión de si las empresas pueden violar el DI. En *Unocal*, el primer supuesto planteado bajo el ATS contra una corporación, el tribunal admitió siguiendo a *Kadic* que la responsabilidad bajo el ATS puede ser atribuida a actores distintos de los Estados, pero no examinó el caso concreto de la persona jurídica. Opina este grupo de doctrina que tras esta decisión los tribunales se han limitado a indicar su vinculación a los precedentes, asumiendo con naturalidad y sin mayor, o sin ninguna discusión, una respuesta afirmativa; y dado que la alegación en la mayoría de las demandas es de complicidad de las empresas en la violación cometida por otro actor, el debate se centró en la disciplina (si el DI o el interno) de la que derivar los estándares de responsabilidad de las corporaciones. A juicio de los autores, sin embargo, en la medida en que la pregunta sobre si una empresa puede violar el DI no ha sido nunca específicamente abordada ni resuelta, no existen realmente precedentes en la materia⁸⁷. La identificación de una *cause of action* por parte de los tribunales federales como requisito para completar el ATS quedó limitado en *Sosa v. Alvarez Machain* a normas de DI “specific, universal, and obligatory”; pero precisamente, la cuestión de los deberes de las empresas privadas no goza de una respuesta unánime en la costumbre internacional. Los argumentos típicos de jueces y académicos americanos para sustentar la afirmativa se apoyan en los procesos judiciales que tras la Segunda Guerra Mundial implicaron de alguna forma a corporaciones; sin embargo, en opinión de los autores favorables a *Kiobel* se trata de un razonamiento equivocado, por cuanto ninguno de aquellos tribunales juzgó a personas jurídicas y sí, en cambio, a las personas físicas

⁸⁴ Vid. la interpretación de KU (2011, pp. 372-373) sobre la opinión del Juez Leval (a juicio del autor, no disiente de los otros dos en cuanto a la cuestión fundamental, i.e., la ausencia de obligaciones de DI de las personas jurídicas), frente a la de otros autores como los citados *infra*, npp. núm. 90 (el juez parte de la existencia de responsabilidad, pero sostiene que cómo exigirla es cosa a decidir por cada sistema doméstico).

⁸⁵ GIANNINI y FARBEIN (2010, p. 119, 132).

⁸⁶ Tomamos como referente para este punto el autor más representativo, KU (2011), como resumen del conjunto habitual de argumentos.

⁸⁷ KU (2011, pp. 365-370).

que ejercían el control sobre ellas. Sobre la praxis posterior de tribunales penales internacionales, aunque se podría defender que su jurisdicción alcanza a corporaciones y otros actores como ONG, lo cierto es que nunca la han ejercitado contra ellos. Finalmente, este sector doctrinal tampoco admite el argumento basado en la existencia de tratados internacionales que regulan determinadas prácticas de las empresas, por cuanto en dichos textos el deber de vigilancia y de adopción de medidas para contrarrestarlas se impone en realidad a los Estados; lo que es lo mismo, sólo recae sobre las empresas de forma indirecta.

Frente a lo anterior, son bastantes los autores que se han mostrado críticos con la fundamentación de *Kiobel*, especialmente con la lectura que a la hora de identificar una violación del DI consuetudinario exige que este mismo establezca la norma de conducta y los mecanismos para su cumplimiento⁸⁸. En la línea de la opinión del Juez Leval⁸⁹, estos autores sostienen en cambio que el DI se limita a aportar las primeras, proscribiendo determinadas conductas o actuaciones; que corresponde a los sistemas nacionales poner a disposición los instrumentos para el respeto y ejecución de tales prohibiciones; y que esto es algo que cada uno hace a su manera –en EEUU, a través de la responsabilidad civil por la vía del ATS⁹⁰. También es objeto de censura el tratamiento deparado por la mayoría en *Kiobel* a los precedentes relativos a la responsabilidad de las corporaciones en el seno del DI, en particular al dato de que en los juicios de Nuremberg no se procediera contra personas jurídicas. En opinión de la doctrina más crítica, este dato no encuentra su explicación en las dudas sobre la aptitud de una empresa para violar el DI, sino en factores completamente distintos, como que ya se hubieran adoptado otras medidas, que los activos empresariales hubieran sido confiscados o embargados por los aliados, o destruidos siguiendo disposiciones del Consejo de Control⁹¹.

Procede señalar que el mismo día de la adopción de *Kiobel* (17.9.2010), una decisión del mismo grupo de jueces se pronunciaba en *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, de una forma

⁸⁸ Un enfoque parcialmente distinto es el utilizado por HANDL (2010, pp. 8-10), para quien a los efectos del ATS la cuestión central no es la de si la costumbre internacional establece o no la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos, sino si en la actualidad las entidades corporativas son titulares directos de derechos y obligaciones bajo el DI. La divergencia en el planteamiento tiene consecuencias metodológicas; en palabras del autor, “Proof of the status of corporations as subjects of international law itself is not governed by the same evidentiary method that applies to proving the existence of a customary legal norm (...)”.

⁸⁹ O la comprensión que hacen de la misma: *supra* npp. núm. 84.

⁹⁰ *Vid.* entre otros HANDL (2010, pp. 10-14); GIANNINI y FARSTEIN (2010, pp. 124-127); WUERTH (2010, p. 1063); SHAPIRO (2011, pp. 214-215); MAMOLEA (2011, pp. 90-111).

⁹¹ Sugiere que estos factores podrían explicar la decisión de no juzgar a empresas BUSH (2009, p. 1147), seguido por GIANNINI y FARSTEIN (2010, pp. 127-131). KU (2011, p. 382) tiene una lectura distinta: el estudio de J.A. Bush pone explícitamente de manifiesto que la opción de llevar al proceso a las empresas fue valorada y descartada tras 1945; a juicio del autor citado, los “porqués” son indiferentes; concluye por ello rechazando el valor de los juicios de Nuremberg en el debate sobre la responsabilidad de las corporaciones.

que presupone la aplicabilidad del ATS a las corporaciones: la resolución señala que el DI determina el estándar de la responsabilidad por ayudar e instigar la comisión de violaciones de derechos humanos. Por otra parte, el 3 de febrero de 2011, en *Locarno y otros v. Drummond Inc. et al.*, el *Eleventh Circuit* admitió la alegación de los demandantes de “an intricate and vindictive plot, orchestrated by the defendants”, que terminó en el asesinato de sus progenitores, y que de ser cierta “establishes a violation of international law sufficient for purposes of triggering ATS liability”.

4.2. *Aiding and abetting*⁹²

En las demandas de responsabilidad civil contra corporaciones por presuntas violaciones de derechos humanos no es habitual la acusación de directa comisión de los daños. Típicamente, la responsabilidad que los demandantes exigen a las empresas se apoya en actos de terceros, de los que ellas habrían sido cómplices o instigadores (*aid and abet*). La dificultad de este enfoque se encuentra en las diferentes interpretaciones que los tribunales vienen haciendo de lo que sea *aid and abet* en el contexto del ATS: de ahí se deriva un panorama confuso, en último término impredecible, tanto para las empresas como para las víctimas de los daños. De forma prácticamente unánime la pregunta que se ha formulado es la de qué fuente –DI o Derecho interno– determina qué es la complicidad⁹³. En este sentido existen dos opiniones claramente enfrentadas en la doctrina y en la jurisprudencia: de conformidad con la primera, minoritaria, el juicio sobre el comportamiento del actor principal –un Estado o emanación de un Estado– a los efectos de establecer la *subject matter jurisdiction* debe hacerse a la luz del DI; en cambio, a la hora de determinar la complicidad de la empresa que ha contribuido al resultado dañoso ha de atenderse a otro cuerpo de leyes –la *federal common law*⁹⁴. La aplicabilidad del DI a ambas es la segunda postura. Las divergencias entre una y otra posición encuentran varias explicaciones: la ausencia de guías en el ATS⁹⁵; la escasa información acerca de cómo aplicarlo a las empresas en la –hasta ahora– única decisión de la *Supreme Court* al respecto⁹⁶; el distinto peso otorgado por cada

⁹² Sobre este punto, uno de los más debatidos, la literatura es simplemente inabarcable. Pueden verse entre las publicaciones más recientes DISKIN (2005); BRADLEY, GOLDSMITH y MOORE (2007); KEITNER (2008); VORA (2009); WUERTH (2010); AINSCOUGH (2010); BARSÁ y DANA (2010, pp. 112-117); y MAMOLEA (2011, pp. 120-132).

⁹³ Un enfoque diferente es el de BARSÁ y DANA (2010, p. 114): para los autores no tiene sentido ligar el criterio de complicidad a la preferencia por una fuente del Derecho; lo razonable es elegir “by asking which test would better advance CSR goals”. Interesante también SEBOK (2008), para quien el conflicto (la necesidad de elegir entre DI y *federal common law*) es un falso conflicto, i.e., “under either body of law the corporate defendants could be found liable”.

⁹⁴ De los citados en npp. núm. 92, *vid.* DISKIN (2005); BRADLEY, GOLDSMITH y MOORE (2007); y VORA (2009).

⁹⁵ DISKIN (2005, p. 830).

⁹⁶ VORA (2009, p. 196) y HANDL (2010, pp. 17-18).

tribunal a las *prudential considerations* (doctrinas que reflejan las consecuencias legales y políticas, a nivel internacional y transnacional, de ejercer jurisdicción en el caso concreto), y a la cuestión de si es legítimo el ejercicio de la jurisdicción sobre demandados extranjeros por actividades ocurridas en el extranjero; finalmente, los tribunales no siempre distinguen los aspectos de la responsabilidad por complicidad, y los que se refieren meramente a cómo hacerlos operativos⁹⁷.

a. La doctrina

De conformidad con los defensores de la primera postura, los tribunales de EEUU deben examinar el contenido del DI contemporáneo *qua* Derecho internacional para determinar si procede complementarlo aportando una *cause of action*: pero han de hacerlo “through a lens derived entirely from the unique nature of the ATS statute in the U.S. legal system”. Cuestiones tales como la relativa a la existencia y al alcance de la responsabilidad de las empresas se resuelven como “questions of federal common law that are developed with reference to international law”; o, en otras palabras, “international law applied in ATS cases is best understood as federal common law, because its contents is shaped by concerns that are unique to the United States”⁹⁸. Este planteamiento se explica en dos tipos de razones: por una parte, en la medida en que el DI no proporciona indicaciones claras en materia de *aid and abet*, parece más sencillo aceptar que los tribunales aplican *federal common law* informada por el DI, que éste directamente⁹⁹. Por otro lado, reconocer que lo que los jueces utilizan realmente es *federal common law* es más apropiado que defender la otra posibilidad: ello, porque en términos de preocupaciones políticas subyacentes, la aplicación del DI en el marco del ATS “may rely in part on uniquely US concerns”; y porque “it may help avoid the charge that the United States misunderstands the content and relevant sources of international law”¹⁰⁰.

Para los autores que defienden la otra postura, el enfoque que se acaba de describir es comprensible por razones prácticas. Sin embargo, parte de considerar la participación del demandado no estatal en la violación como aspecto meramente accesorio (*ancillary*), por oposición a sustantivo (*conduct-regulation rule that is part of the substantive violation*), sin ofrecer una explicación de principio convincente para tal proceder¹⁰¹. La opción por el DI a la hora de identificar los estándares de *aid and abet* se enfrenta sin duda a una serie de dificultades: su proverbial indeterminación; el temor a que los tribunales nacionales no sean capaces de identificar correctamente la costumbre internacional; la constatación de que recurrir al DI supone

⁹⁷ HANDL (2010, pp. 17-19).

⁹⁸ WUERTH (2010). Las citas se corresponden con las pp. 1938, 1939, 1955.

⁹⁹ Por todos, WUERTH (2010, p. 1948 y ss.).

¹⁰⁰ *Id.*, p. 1940.

¹⁰¹ KEITNER (2008, pp. 74-76); HANDL (2010, p. 21); AINSCOUGH (2010, p. 600).

una cierta delegación de poder legislativo en entidades ajenas a las estadounidenses (cuando en *Sosa* la *Supreme Court* deja la puerta abierta al reconocimiento de futuras normas de DI lo hace bajo una condición de *vigilant doorkeeping* que sólo cabe encomendar a los operadores americanos). Con todo, es el enfoque más coherente con la configuración original del ATS; además, permite evitar las críticas derivadas de aplicar Derecho nacional a la conducta del demandando en el contexto de un sistema internacional que por lo general ve con malos ojos la aplicación extraterritorial del Derecho doméstico. Se añade que rechazar el DI en esta materia significa rechazar, o al menos infravalorar en términos de su valor como precedentes, los pronunciamientos de los tribunales penales internacionales ad hoc de los años 90¹⁰². A favor de la aplicación del DI se ha argumentado también la conveniencia de aplicar un estándar común a otras naciones, a fin de evitar ocasiones para el *forum shopping*¹⁰³; que es el resultado más acorde con los factores clave que deben guiar a los tribunales en la elección de ley aplicable (las necesidades del DI; las *policies* de otros Estados y sus respectivos intereses y expectativas); y que es además lo que ocurre en otros ámbitos, como el derecho marítimo y el del comercio internacional¹⁰⁴.

Es fácil apreciar, dados los términos del debate, que va a ser difícil un acercamiento de posturas. Ocurre además que en realidad la discusión no termina en la preferencia por una u otra fuente para definir los criterios de responsabilidad por complicidad, sino que se prolonga en el seno de cada sector doctrinal. Para quienes consideran que la cuestión no depende del DI todavía debe resolverse el rol de la *federal common law* en la litigación al amparo del ATS: una pregunta que se liga a la opinión general sobre la interacción entre DI y Derecho federal en el sistema de fuentes norteamericano. Los autores se dividen en dos grupos: el primero defiende la llamada "Modern position": proyectada sobre el ámbito que aquí interesa, significa aceptar que el ATS autoriza la creación judicial de *federal common law* para resolver todas las cuestiones accesorias que surjan en el marco de un proceso, como por ejemplo la de la responsabilidad por complicidad. La "Revisionist position" entiende por el contrario que dicha tarea creativa está sujeta a una serie de condiciones; que éstas no se reúnen en el contexto del ATS; y que ello impide en particular las demandas contra empresas basadas en *aid and abet*¹⁰⁵.

Para los partidarios del enfoque mayoritario aparecen nuevas dudas al indagar en los elementos de la complicidad. Ésta requiere la suma del *actus reus*, o conducta material del cómplice¹⁰⁶; y la

¹⁰² Vid. KEITNER, (2008).

¹⁰³ AINSCOUGH (2010, pp. 600-602).

¹⁰⁴ HANDL (2010, pp. 21-22).

¹⁰⁵ Un resumen y un intento de conciliar ambas posturas se encuentra en VORA (2009).

¹⁰⁶ Valgan como ejemplos los citados por CLOUGH (2008, pp. 909-910); MAGRAW (2009, pp. 487-491). La comprensión del elemento *actus reus* ha ocasionado menos dificultades que el otro; *vid.* no obstante HANDL (2010,

mens rea, o disposición mental. No es claro qué estándar refleja mejor el estado actual de la costumbre internacional en relación con la *mens rea*: si el del propósito o *purpose* (la intención específica o voluntad de facilitar la violación); o el del mero conocimiento o *knowledge* (conocimiento de que otro pretende cometer una violación de DI, unido a la prestación de una asistencia que desempeña un papel importante en la comisión de violación). La ausencia de uniformidad en los precedentes y la falta de claridad del art. 25 del estatuto de la Corte Penal Internacional juegan un papel esencial en la existencia de este debate¹⁰⁷. Entre los autores parece primar el criterio del conocimiento; sin embargo, en contra se ha señalado que supone exponer a un número más elevado de empresas a una condena de responsabilidad. Un test poco severo puede convencer a las empresas de que su exposición a acciones ATS es insalvable, lo que desincentivaría su interés en adoptar medidas para evitar la responsabilidad. Este punto de vista queda patente a través de los hechos en el caso *Presbyterian Church* ante el *Second Circuit*: las alegaciones centrales eran la complicidad de la compañía petrolífera con los actos abusivos del gobierno de Sudán, que incluían abusos como la limpieza étnica de áreas de explotación de petróleo. La corporación insistió en que había recomendado reiteradamente al ejército sudanés no cometer violaciones de derechos humanos. Como indicó el *Second Circuit*, desde la perspectiva de un test basado en el conocimiento estas afirmaciones empeoran la posición de la compañía, mientras que por el contrario la mejoran si el criterio empleado es el del propósito¹⁰⁸.

b. La jurisprudencia

En el ámbito de la jurisprudencia sobre ATS recaída hasta el momento, sólo tres decisiones en apelación abordan la cuestión de la complicidad; su lectura conjunta es claro exponente del estado de cosas. En *Doe v. Unocal*¹⁰⁹, en 2002, el tribunal buscó el estándar de complicidad en el DI, concretamente, en opiniones de los tribunales internacionales para Yugoslavia y Ruanda, a partir de las cuales definió el criterio de *aid and abet* como “knowing practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime”. El *Second Circuit* consideró la cuestión en 2007, en *Khulumani v. Barclay National Bank*: el tribunal consagró como *mens rea* en materia de complicidad la exigencia de propósito (la conducta debe haberse realizado “con el propósito de facilitar la comisión del crimen”), y rechazó el criterio del conocimiento. La divergencia no se detiene ahí: entre los seis jueces implicados en los dos casos (tres por caso) son cinco las opiniones diferentes acerca de si, y conforme a qué ley y criterio, cabe

pp. 24-29), que explica las divergencias en la mayor o menor proximidad (causal) entre la conducta accesoria y el hecho principal.

¹⁰⁷ WUERTH (2010, pp. 1950-1955). Para la autora la falta de uniformidad significa que ambos tests son posibles, y una delegación en el Derecho interno en cuanto al estándar a aplicar. A favor del test de conocimiento CASSEL (2008, p. 325); HANDL (2010, pp. 29-36); LINCOLN (2010, p. 617); MAMOLEA (2011, pp. 130-132).

¹⁰⁸ 582 F.3d 244 (2d Cir. 2008); BARSÁ y DANA (2010, pp. 115-116).

¹⁰⁹ 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

responsabilizar a las corporaciones por complicidad. La doctrina resume así los pronunciamientos¹¹⁰:

- En *Unocal*, los dos jueces de la mayoría estimaron que las corporaciones pueden ser consideradas responsables por complicidad según el estándar definido por el DI, que requiere demostrar que la empresa actuó prestando una asistencia consciente (*knowing practical assistance*) al autor de las violaciones de derechos.

- En el mismo caso, el Juez Reinhardt, que coincidió en cuanto al resultado final, opinó en cambio que la responsabilidad de Unocal no estaba gobernada por el estándar de *aid and abet* del DI, sino por la *federal common law*, que contempla la responsabilidad al amparo de tres teorías diferentes: *joint venture*, *agency* y *reckless disregard*.

- En *Khulumani*, el Juez Katzmann defendió que la responsabilidad de una corporación por complicidad se rige por un estándar de DI. Éste no es, sin embargo, el *knowing practical assistance* adoptado en *Unocal*. Más bien debe demostrarse que la corporación no sólo sabía que su ayuda promovería la violación de derechos humanos, sino también que su propósito era colaborar en la violación.

- También en *Khulumani*, donde apoyó la opinión mayoritaria, el Juez Hall afirmó que la responsabilidad por complicidad no se basa en el DI, sino en la *federal common law*. Ahora bien, a diferencia del Juez Reinhardt en *Unocal*, el estándar de *aiding and abetting* de *common law* que consideró apropiado fue el de *knowing practical assistance*, y no las teorías de *joint venture*, *agency* o *reckless disregard*.

- Igualmente en *Khulumani*, pero disintiendo de la mayoría, el Juez Korman rechazó absolutamente que las corporaciones puedan ser consideradas responsables bajo el ATS. Aunque coincidió con el Juez Katzmann en que el estándar de *aiding and abetting liability* bajo el ATS viene dado por el DI, identificándose con la asistencia práctica con el propósito de facilitar la violación, el Juez Korman opinó que tal criterio se aplica sólo a particulares, y no a corporaciones, que nunca pueden ser consideradas responsables por complicidad bajo el DI.

Dos años más tarde el *Second Circuit* volvió a pronunciarse, esta vez al hilo de *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, preguntándose si el ATS impone responsabilidad aún en ausencia de demostración del propósito, y concluyendo, a diferencia de lo sostenido en *Unocal*, que el estándar para *aiding and abetting* requiere el propósito¹¹¹.

¹¹⁰ CASSEL (2008, p. 320).

¹¹¹ 582 F.3d 244.

5. Aclarar el ATS, imperativo

Existen pocos mecanismos que permitan exigir directamente responsabilidad a las grandes empresas por vulneraciones de derechos humanos. En el estado actual del sistema internacional, la adhesión a fórmulas de protección de derechos humanos internacionalmente reconocidas es voluntaria; y no existen instrumentos eficaces para exigir su cumplimiento. En este contexto, las demandas en EEUU al amparo del ATS aparecen como una oportunidad para las víctimas. El ATS se ha revelado como un poderoso expediente: los procesos arrojan luz sobre actividades de las empresas que son contrarios a sus compromisos asumidos públicamente; la efectiva imposición de una condena, o el acuerdo extrajudicial de pago de una cantidad, son incentivos para prevenir futuros comportamientos que deriven en responsabilidad. Las investigaciones llevadas a cabo en el marco de las demandas pueden conducir al descubrimiento de información ocultada al público, y tener efecto sobre la política de transparencia de las prácticas empresariales¹¹². Dado el estado de cosas habitual en los *host States* en términos de protección de los derechos humanos, a través del ATS se puede conseguir la observancia de reglas legales que imponen estándares de comportamiento a las empresas por encima de las leyes vigentes en el país que las acoge.

Desde la recuperación del ATS en 1980 las reclamaciones de responsabilidad civil no han cesado: primero contra individuos, luego contra personas jurídicas. No ha obstado a ello el hecho de que la mayoría de las demandas entabladas invocándola no hayan superado fases iniciales del proceso¹¹³, ni las dificultades para cobrar las indemnizaciones en las escasas ocasiones en que se ha pronunciado una condena¹¹⁴. Contenciosos de este tipo son en cambio completamente marginales en Europa¹¹⁵. Sin embargo, la litigación bajo el ATS, siempre rodeada de polémica, se encuentra ahora en un momento crítico. A nuestro juicio, su mayor problema en la actualidad radica en la inseguridad en torno a muchos aspectos esenciales de su aplicación. La falta de claridad hace un enorme daño: a los demandados potenciales, a los demandantes, y sobre todo, a la causa misma de la defensa de los derechos humanos. Más que nunca es pertinente una intervención, bien de la *Supreme Court*, bien legislativa. Ahora bien, la primera no es probable; tras *Sosa v. Alvarez Machain* han sido al menos tres las ocasiones en que el tribunal supremo ha

¹¹² BARSÁ y DANA (2010, p. 80).

¹¹³ De las demandas entabladas contra empresas, unas 17 acabaron en acuerdo, y sólo dos en una decisión favorable a los demandantes: en 2008, *Chowdhury v. Wordtel Bangladesh Holding Ltd.*, 588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008), y el mismo año, en *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, 584 F. Supp.2d 1355 (S.D. Fla. 2008).

¹¹⁴ Cita KEITNER (2008, npp. núm. 11), como notable excepción el caso *Dordlien*, contra el militar haitiano del mismo nombre. La presencia de Dordlien en EEUU se hizo pública a raíz de que ganara la lotería en Florida en 1997; los demandantes pudieron cobrar parte del premio.

¹¹⁵ REQUEJO ISIDRO (2011, en prensa).

podido, y ha evitado, pronunciarse, denegando el *certiorari*¹¹⁶. El 4 de febrero de 2011 el *Second Circuit* ha denegado la petición de nueva audiencia en *Kiobel*, por un margen de un voto; debido a esta división de opiniones cabe esperar que los demandantes soliciten la revisión del Tribunal Supremo. En opinión de la doctrina, no obstante, lo más probable es que el *certiorari* sea denegado nuevamente¹¹⁷.

Una reacción legislativa tendría la ventaja de aportar una solución no condicionada por los avatares del caso concreto; sería apta para abordar el complejo conjunto de dudas que pesan sobre la ley. Por otra parte, resulta tanto más oportuna cuanto que más allá del debate jurídico en torno a aspectos del ATS lo que hay son posiciones enfrentadas sobre las consecuencias económicas y políticas de su aplicación. A la luz de los diferentes *amicus briefs* emitidos por el Ejecutivo estadounidense en casos ATS, así como de la doctrina –incluso la defensora de la ley¹¹⁸–, no parece aventurado augurar que la tendencia predominante sería a restringir su alcance; tal vez incluso –aunque esto es poco probable– su desaparición¹¹⁹. Pero tampoco hay constancia de ninguna iniciativa legislativa relativa al ATS, una vez retirado el Bill S. 1874 presentado en 2005 por la senadora D. Feinstein. El Bill reflejaba en gran medida las preocupaciones de las corporaciones; la reacción en contra por parte de los defensores de los derechos humanos obligó a su retirada sólo quince días después de haber sido presentada.

En la espera lo único cierto es la confusión, y desde septiembre de 2010 el peligro que pesa sobre el ATS por el valor de precedente de la decisión *Kiobel*: sólo es vinculante en el *Second Circuit*, pero puede ser voluntariamente seguida (y lo está siendo) por otros tribunales¹²⁰.

¹¹⁶ CASSEL (2008, pp. 320-321) y MAMOLEA (2011, p. 82, pp. 132-144).

¹¹⁷ SHAPIRO (2011, p. 228). La aceptación de responsabilidad de las empresas por otros tribunales se ha producido *in dicta*; no existe aún ninguna decisión que se oponga de lleno a *Kiobel*, lo que puede interpretarse como ausencia de un verdadero conflicto entre los circuitos.

¹¹⁸ Los autores proponen diferentes cautelas: endurecimiento de los criterios de *personal jurisdiction*; exigencia en todo caso de agotamiento de remedios locales; deferencia hacia la opinión del ejecutivo; establecer un plazo de prescripción para las acciones y definir claramente las *causes of action*; prohibir las *class actions* en la materia. *Vid.* I. WUERTH (2010, pp. 1956-1965); SHAPIRO (2011, p. 226); BELLINGER III (2009, pp. 12-13).

¹¹⁹ Quedaría entonces la vía de la demanda de responsabilidad civil al amparo de la *municipal law*: SYKES (2008, p. 373). Sobre la traducción de las violaciones de derechos humanos a *torts* “comunes” y sus desventajas *vid.* REQUEJO ISIDRO (2011, núms. 21 y ss.).

¹²⁰ Así lo subraya CHILDRESS III (2011, p. 8).

6. Jurisprudencia

Sentencias de tribunales de Estados Unidos

<i>Ref.</i>	<i>Caso</i>
621 F.3d 111 (2d Cir. 2010)	<i>Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.</i>
578 F.3D 1283 (11th Cir. 2009)	<i>Aldana et al. v. Del Monte Fresh Produce N.A. Inc.</i>
129 S.Ct. 1937 (2009)	<i>Ashcroft v. Iqbal</i>
474 F. Supp. 2d 1273, 1282 (S.D. Fla. 2006), 578 F.3d 1252 (11th Circuit 2009)	<i>Sinaltrinail v. Coca Cola</i>
588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008)	<i>Chowdhury v. Wordltel Bangladesh Holding Ltd.</i>
584 F. Supp. 2d 1355 (S.D. Fla. 2008)	<i>Licea v. Curaçao Drydock Co.</i>
221 F. Supp 2d 1116 (C.D. Cal. 2002), 456 F.3d 1069 (9th Cir. 2006), 550 F.3d. 822 (9th 2008)	<i>Sarei v. Rio Tinto</i>
256 F. Supp. 2d 1250 (N.D. Ala. 2003), 480 F.3d 1234 (11th Cir. 2008)	<i>Romero v. Drummond Co.</i>
244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003), 582 F.3d 244 (2d Cir. 2008)	<i>Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.</i>
504 F.3d 254 (2d Cir. 2007)	<i>Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd</i>
550 US 544 (2007)	<i>Bell Atlantic Corp. v. Twombly</i>
393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005), 473 F.3d 345 (D.C. Cir. 2007)	<i>Doe v. Exxon Mobil Corp.</i>
460 F.Supp. 2d 507 (S.D.N.Y.2006)	<i>Turedi v. Coca-Cola</i>
542 US 692 (2004)	<i>Sosa v. Alvarez Machain</i>
963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997), 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002)	<i>Doe v. Unocal Corp.</i>

226 F.3d 88 (2d Cir. 2000)	<i>Wiwa v. Royal Dutch Petroleum</i>
157 F.3d 153 (2d Cir. 1998)	<i>Gabriel Ashanga Jota y otros v. Texaco Inc.</i>
70 F.3d 232 (2d Cir. 1995)	<i>Kadic v. Karadžić</i>
726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)	<i>Tel-Oren v. Libyan Arabian Republic</i>
577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984), 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)	<i>Filartiga v. Pena Irala</i>
454 US 235 (1981)	<i>Piper Aircraft Corp. v. Reyno</i>
330 US 501 (1947)	<i>Gulf Oil Corp. v. Gilbert</i>

7. Bibliografía

Daniel ABEBE (2007), "Not Just Justice. The True Motivation for Federal Incorporation and International Human Rights Litigation", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, pp. 1 y ss.

Charles AINSCOUGH (2010), "Choice of Law and Accomplice Liability Under the Alien Tort Statute", *Berkeley Journal International Law*, Vol. 28, pp. 588 y ss.

Roger P. ALFORD (2011), "Apportioning Responsibility among Joint Tortfeasors for International Law Violations", *Pepperdine Law Review*, Vol. 38, núm. 2, pp. 233 y ss.

Roger P. ALFORD (2008), "Arbitrating Human Rights", *Notre Dame Law Review*, Vol. 83, núm. 2, (http://www.law.wisc.edu/gls/documents/arbitratinghumanrights_alford.pdf), pp. 505 y ss.

Michael BARSA y David DANA (2010), "Three obstacles to the Promotion of Corporate Social Responsibility by Means of the Alien Tort Claims Act: the Sosa Court's Incoherent Conception of the Law of Nations, the Purposive Action Requirement for Aiding and Abetting, and the State Action Requirement for Primary Liability", *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 21, pp. 79 y ss.

Upendra BAXI (2001), "Geographies of Injustice: Human Rights at the Altar of Convenience", en Craig SCOTT (Ed.), *Torture as tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, pp. 197-212.

John B. BELLINGER III, "Enforcing Human Rights in US Courts and Abroad: the Alien Tort Statute and Other Approaches", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, pp. 1 y ss.

Phillip I. BLUMBERG (2002), "Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems", *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 50, pp. 493 y ss.

Kathryn Lee BOYD (1998), "The Inconvenience of Victims: Abolishing Forum non Conveniens in US Human Rights Litigation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, pp. 41 y ss.

Curtis A. BRADLEY, Jack L. GOLDSMITH y David. H. MOORE (2007), "Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie", *Harvard Law Review*, Vol. 120, pp. 869 y ss.

Jonathan A. BUSH (2009), "The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said", *Columbia Law Review*, Vol. 109, pp. 1094 y ss.

Elizabeth J. CABRASER (2004), "Human Rights Violations as Mass Torts: Compensation as a Proxy for Justice in the United States Civil Litigation System", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, pp. 2211 y ss.

John F. CARELLA (2003), "Of Foreign Plaintiffs and Proper Fora: Forum non Conveniens and ATCA Class Actions", *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2003, pp. 717-738.

Doug CASSEL (2008), "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 6, pp. 304 y ss.

Donald Earl CHILDRESS III (2011), "The Alien Tort Statute, Federalism, and the Next Wave of International Law Litigation", *Georgetown Law Journal* (forthcoming: <http://ssrn.com/abstract=1815413>).

Jonathan CLOUGH (2008), "Punishing the Parent: Corporate Criminal Complicity in Human Rights Abuses", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, pp. 899 y ss.

E.E. BESSIE DASCHBACH (2007), "Where There's a Will, There's a Way: The Cause for a Cure and Remedial Prescription for Forum non Conveniens as Applied in Latin American Plaintiffs' Actions Against U.S. Multinationals", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13, pp. 11 y ss.

Daniel DISKIN (2005), "The Historical and Modern Foundations for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", *Arizona Law Review*, Vol. 47, pp. 805 y ss.

Charles DONEFER (2007), "Sarei v. Rio Tinto and the Possibility of Reading an Exhaustion Requirement into the Alien Tort Claims Act", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 6, pp. 155 y ss.

Tyler GIANNINI y Susan FARBSTEIN (2010), "Corporate Accountability in Conflict Zones: How

Kiobel Undermines the Nuremberg Legacy and Modern Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, pp. 132 y ss.

Jack L. GOLDSMITH, Alan O. SYKES (2007) “*Lex Loci Delictus* and Global Economic Welfare: *Spinozzi v. ITT Sheraton Corp.*”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, pp. 1137 y ss.

Günther HANDL (2010), “*In Re South African Apartheid Litigation* and Beyond: Corporate Liability for Aiding and Abetting under the Alien Tort Statute”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 53 (<http://ssrn.com/abstract=1677638>), pp. 425-461.

Kevin R. JOHNSON (2004), “International Human Rights Class Actions: New Frontiers for Group Litigation”, *Michigan State Law Review*, Vol. 3, pp. 643 y ss.

Chimène I. KEITNER (2008), “Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases”, *Hastings Law Journal*, Vol. 60, pp. 61 y ss.

Seth KORMAN (2010), “The New Deference- Based Approach to Adjudicating Political Questions in Corporate ATS Cases: Potential Pitfalls and Workable Fixes”, *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 9, pp. 85 y ss.

Julian G. KU (2005), “The Third Wave: The Alien Tort Statute and the War on Terrorism”, *Emory International Law Review*, Vol. 19, pp. 105 y ss.

Julian G. KU (2011), “The Curious Case of Corporate Liability Under The Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, pp. 366-372.

Ryan S. LINCOLN (2010), “To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 605 y ss.

Kendra MAGRAW (2009), “Universally Liable? Corporate-Complicity Liability under the Principle of Universal Jurisdiction”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, pp. 458 y ss.

Andrei MAMOLEA (2011), “The Future of Corporate Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute: A Roadmap”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 51, pp. 79 y ss.

Amanda Sue NICHOLS (2008), “Alien Tort Statute Accomplice Liability Cases: Should Courts Apply the Plausibility Pleading Standard of *Bell Atlantic v. Twombly*?”, *Fordham Law Review*, Vol. 76, pp. 2177 y ss.

Leah NICO (2005), “From Local to Global: Reform of Forum non Conveniens Needed to Ensure Justice in the Era of Globalization”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 11, pp. 360-361.

NOTE (2008), "The Alien Tort Statute, Forum Shopping, and the Exhaustion of Local Remedies Norm", *Harvard Law Review*, Vol. 121, pp. 2110 y ss.

Rosaleen T. O'GARA (2010), "Procedural Dismissal under the Alien Tort Statute", *Arizona Law Review*, Vol. 52, pp. 797 y ss.

Antoni PIGRAU SOLÉ (2010), "La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos", *Revista Española de Derecho y Cooperación*, pp. 113-130.

Marta REQUEJO ISIDRO (2009), *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (transnational human rights claims litigation)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Marta REQUEJO ISIDRO (2011), "La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos. Deficiencias del marco legal", *Scientia Iuris*, núm.1, pp.1-35.

Marta REQUEJO ISIDRO (2011), "Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. El problema de la competencia judicial internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (en prensa).

Anthony SEBOK (2008), "Taking Tort Law Seriously in the Alien Tort Statute", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, pp. 871 y ss.

Dorothy SHAPIRO (2011), "Kiobel and Corporate Immunity under the Alien Tort Statute: The Struggle for Clarity Post-Sosa", *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, pp. 210 y ss.

Erin Foley SMITH (2010), "Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U.S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 44, pp 145 y ss.

Beth STEPHENS (2002), "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations", *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, pp. 1 y ss.

Alan O. SYKES (2008), "Transnational Forum Shopping as a Trade and Investment Issue", *Journal of Legal Studies*, Vol. 37, pp. 339 y ss.

Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (2009), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, publicaciones del ECTIL (European Centre of Tort and Insurance Law), Springer, Viena.

Nilay VORA (2009), "Federal Common Law and Alien Tort Statute Litigation: Why Federal Common Law Can (and Should) Provide Aiding and Abetting", *Harvard International Law Journal*,

Vol. 50, pp. 195 y ss.

Regina WAUGH (2010), "Exhaustion of Remedies and the Alien Tort Statute", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 569-570.

Ingrid WUERTH (2010), "The Alien Tort Statute and Federal Common Law: a New Approach", *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, pp. 1931 y ss.

Francisco ZAMORA CABOT (2011), "Kiobel v. Royal Ducht Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos" (en prensa).

--- (2011), "La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos: práctica reciente" (en prensa).

--- (2007), "Los derechos fundamentales en clave del Alien Torts Claims act de 1789 de los EEUU y su aplicación a las corporaciones internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del País Vasco, (http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2006/2006_8.pdf), pp. 335-366.

--- (2005), "Casos recientes de aplicación del Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789 respecto de las corporaciones multinacionales", en *Pacis Artes. Libro Homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Vol. II, Editer Publicaciones SL, Madrid, pp. 1837-1855.