

EL TERCER PILAR:

El acceso a los recursos judiciales
para las víctimas de las violaciones de los derechos
humanos cometidas por empresas transnacionales



Prof. Gwynne Skinner
Prof. Robert McCorquodale
Prof. Olivier De Schutter

con estudio de casos realizado por
Andie Lambe



CORE



El Tercer Pilar:

El acceso a los recursos judiciales
para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos
cometidas por empresas transnacionales

Diciembre de 2013

Profesora Gwynne Skinner

Profesor Robert McCorquodale

Profesor Olivier De Schutter

Con estudio de casos realizado por

Andie Lambe

La **International Corporate Accountability Roundtable, ICAR** (Mesa Redonda Internacional sobre la Responsabilidad Corporativa) es una coalición de organizaciones dedicadas a los derechos humanos, al medio ambiente, al mundo laboral y al desarrollo. ICAR promueve y defiende la creación de marcos jurídicos para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos en sus actividades. ICAR es un proyecto del Tides Center.

Persona de contacto: Katie Shay – katie@accountabilityroundtable.org

CORE es una influyente y reconocida red formada por organizaciones no gubernamentales (ONG), miembros del mundo académico, sindicatos y expertos legales que juntos reúnen la más amplia variedad de conocimientos teóricos y prácticos del Reino Unido sobre responsabilidad corporativa en materia de desarrollo, medio ambiente y derechos humanos. Su objetivo es reducir las violaciones de los derechos humanos y ambientales que resultan de actividades comerciales, lograr que las empresas rindan cuentas por el impacto negativo que puedan causar tanto en su país de origen como en el extranjero, a la vez que se garantiza el acceso a la justicia a las personas que se han visto afectadas negativamente por las actividades empresariales.

Persona de contacto: Marilyn Croser – marilyn@corporate-responsibility.org

La **European Coalition for Corporate Justice, ECCJ** (Coalición Europea para la Justicia Corporativa) promueve la rendición de cuentas por parte de las empresas a través de la interacción entre las diferentes plataformas nacionales de organizaciones de la sociedad civil (OSC) incluidas organizaciones no gubernamentales, sindicatos, grupos de defensa del consumidor e instituciones académicas de toda Europa. La ECCJ representa a más de 250 OSC presentes en quince países europeos, como la FIDH y oficinas nacionales de Oxfam, Greenpeace, Amnistía Internacional y Amigos de la Tierra.

Persona de contacto: Filip Gregor – filip.gregor@frankbold.org

AGRADECIMIENTOS

A Katie Shay (International Corporate Accountability Roundtable), Marilyn Croser (CORE) y Filip Gregor (Frank Bold, anteriormente conocida como Environmental Law Service), por la coordinación de este proyecto.

La International Corporate Accountability Roundtable, CORE, la European Coalition for Corporate Justice y los autores de este informe desean expresar su agradecimiento a las siguientes personas y organizaciones por la información aportada durante el proceso de consulta.

Canadá	Catherine Coumans Emily Dwyer Matt Eisenbrandt Penelope Simon Cory Wanless
Francia	Pauline Kienlen César Chrenassia Pia Navazzo
Alemania	Claudia Mueller-Hoff Christopher Schuller
Italia	Giacomo Cremonesi
Países Bajos	Evert Hasisk Nicola Jägers
España	Luis Velasco
Suiza	Francois Membrez Chantal Peyer Urs Rybi
Reino Unido	Elisabeth Andresen Alex Batesmith Nadia Bernaz Sir Stanley Burnton Rachel Chambers Martyn Day Tricia Feeney Peter Frankental Fiona Gooch Karen Luyckx Richard Meeran Gaby Quijano Sir Bernard Rix Virginie Rouas Shubhaa Srinivasan Sudhanshu Swaroop Sue Willman

Estados Unidos

Yonina Alexander
Brad Brooks-Rubin
Terry Collingsworth
Agnieszka Fryszman
Katherine Gallagher
Tyler Giannini
Jennie Green
Amy Lehr
Pamela Merchant
Meg Roggensack
Marco Simons
Shayne Stevenson

Internacional

Shira Stanton

Queremos además expresar nuestro sincero agradecimiento a las personas de la Sección de Derechos Humanos y Enjuiciamientos Especiales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y de la Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo del Departamento de Estado de los Estados Unidos, que se reunieron con nosotros durante la preparación de este informe. Estos órganos gubernamentales no suscriben las conclusiones y recomendaciones que figuran en el presente informe.

Damos las gracias también a las personas y organizaciones que han facilitado la información necesaria para la elaboración del Estudio de Casos: Milieudefensie (Amigos de la Tierra Países Bajos), Tricia Feeney, directora ejecutiva de Rights & Accountability in Development (RAID), Center for Constitutional Rights, Global Witness, Leigh Day & Co., Agencia Católica para el Desarrollo (CAFOD, por sus siglas en inglés), Böhler Franken Koppe Wijngaarden, Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR, por sus siglas en inglés).

Queremos dedicar un agradecimiento especial a Emily Dwyer de Canadian Network on Corporate Accountability, Yolaine Delaygues de la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ), Lara Blecher del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, Rachel Taylor y Katherine Nylund del Instituto de Derechos Humanos del Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown, por organizar y acoger las diversas consultas.

Los autores desean también agradecer su colaboración a Amol Mehra, Sara Blackwell, Mike Lally, Caitlin Peruccio, Cindy Woods y Kendall Scott de International Corporate Accountability Roundtable, Jérôme Chaplier y Yolaine Delaygues de la Coalición Europea para la Justicia Corporativa, Lara Blecher, Patricia Ambrose, Becky Francis, Sarah Macrory y Catie Shavin del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, Luke Entelis y Scott Melamed.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	4
PRÓLOGO	7
RESUMEN DEL INFORME	10
I. INTRODUCCIÓN	22
II. EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	25
III. DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS TRANSNACIONALES CONTRA EMPRESAS: OBSTÁCULOS JURIDICOS Y PRÁCTICOS PARA UN ACCESO EFECTIVO A LOS RECURSOS JUDICIALES	28
CUESTIÓN 1: DAÑOS EXTRATERRITORIALES: PRESENTACION DE DEMANDAS POR DAÑOS CAUSADOS EN EL EXTRANJERO	28
CUESTIÓN 2: LA DOCTRINA DEL <i>FORUM NON CONVENIENS</i>	34
CUESTIÓN 3: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS	42
CUESTIÓN 4: LA PRESCRIPCIÓN PARA LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS	51
CUESTIÓN 5: LAS INMUNIDADES Y LAS DOCTRINAS DE NO JUSTICIABILIDAD	52
CUESTIÓN 6: LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE	54
CUESTIÓN 7: LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS	56
CUESTIÓN 8: EL COSTO DE LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES	59
CUESTIÓN 9: LA ESTRUCTURA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES	71
CUESTIÓN 10: EL ALCANCE Y LA EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS	78
IV. CONCLUSIÓN	80
V. RECOMENDACIONES	82
APÉNDICE: ESTUDIO DE CASOS	97
AMESYS EN LIBIA	97
ANVIL MINING EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO	100
CACI EN IRAQ	104
DANZER EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO	107
DALHOFF, LARSEN, & HORNEMAN (DLH) EN LIBERIA	111
MONTERRICO EN PERÚ	114
ROYAL DUTCH SHELL EN NIGERIA	118
NOTAS	121

PRÓLOGO

En todo el mundo, la actividad comercial de las empresas afecta a la vida cotidiana de las personas.¹ Algunas de estas repercusiones son beneficiosas en términos de salarios, bienes y servicios. Otras, sin embargo, pueden impedir el ejercicio de los derechos humanos de las personas. Las violaciones de los derechos humanos pueden ocurrir en el lugar de trabajo, donde los derechos laborales y los derechos civiles pueden ser vulnerados; en la comunidad, donde puede verse limitado el derecho del acceso a la educación, a la salud o el derecho de asamblea y en la vivienda de cada persona, donde se puede restringir el derecho a la privacidad y a la vida familiar. A veces, se ven afectados el derecho a la vida, a la seguridad, a la vivienda y a comida y agua limpia. Además, las personas pueden ser víctimas de violación, tortura, palizas, ejecución extrajudicial y otros abusos atroces. Los abusos de los derechos humanos cometidos por empresas pueden tener repercusiones muy amplias tanto en función de su propia naturaleza como por el gran número de personas afectadas.

El alcance global de las empresas transnacionales ha aumentado de manera significativa en los últimos treinta años como consecuencia de la liberalización del comercio y de las inversiones internacionales. Sin embargo, las condiciones con arreglo a las cuales las empresas pueden ser consideradas responsables por abusos cometidos contra los derechos humanos no han evolucionado en consonancia. Además, los países por lo general no han cumplido con el deber de protección de los derechos humanos velando por que las víctimas tengan acceso a mecanismos de reparación efectivos, incluidos los recursos judiciales, especialmente cuando los abusos de los derechos humanos ocurren a manos de empresas en el extranjero, es decir, en situación de extraterritorialidad. La consiguiente falta de acceso a los recursos judiciales en los Estados de origen en casos de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas, especialmente cuando estos abusos ocurren fuera de su territorio, tiene un impacto considerable en el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

El derecho a una reparación efectiva para tales daños está bien establecido en el derecho internacional. Además, el Tercer Pilar de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas² (Principios Rectores) establece que las víctimas deben tener acceso a mecanismos de reparación efectivos y que el Estado tiene el deber de garantizar que existen recursos judiciales eficaces disponibles. Sin embargo, desde la aprobación de los Principios Rectores, que cuentan con un respaldo universal, se han hecho pocos esfuerzos por poner en práctica las recomendaciones de

este tercer pilar. Es más, algunos Estados han adoptado medidas regresivas con posterioridad a la adopción de los Principios Rectores, en vez de trabajar para garantizar la tutela judicial efectiva.

El objetivo del proyecto Acceso Efectivo a los Recursos Judiciales (A2JR, por sus siglas en inglés) es entender qué obstáculos resultan más difíciles de superar para las víctimas y emitir una serie de recomendaciones para cada una de las diferentes jurisdicciones analizadas, sobre el modo en que los Estados pueden cumplir mejor con su obligación de reducir dichos obstáculos y de velar por que las víctimas tengan acceso a recursos judiciales en su territorio contra abusos de los derechos humanos cometidos por empresas transnacionales. A2JR es un proyecto encomendado por la International Corporate Accountability Roundtable (ICAR),³ CORE,⁴ y la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ).⁵ Está basado en el informe elaborado por la profesora Anita Ramasastry, el profesor Olivier De Schutter, Mark B. Taylor y Robert C. Thompson, titulado *La diligencia debida en materia de derechos humanos: El papel de los Estados*, publicado en diciembre de 2012.⁶

Para nuestro informe, hemos partido de la realización de una serie de consultas a profesionales clave y a expertos de los Estados pertinentes, realizadas tanto en persona como a través de cuestionarios, así de como una investigación independiente. La redacción definitiva del presente informe se ha realizado a partir de los resultados de estas consultas y de nuestra propia investigación. Incluimos asimismo el Estudio de Casos para ilustrar la experiencia de las víctimas que, en su intento de reclamar una reparación efectiva, encuentran los obstáculos que expondremos.

El proceso de consultas confirmó que existen muchos obstáculos legales y prácticos que impiden que las víctimas tengan acceso a mecanismos de reparación eficaces. Puso igualmente de manifiesto que en algunas jurisdicciones, los poderes legislativo y judicial han promovido leyes que han sido utilizadas para proteger a las empresas de demandas por daños o para dificultar a las víctimas el acceso a una reparación adecuada.

Así, ocurre en ocasiones que el Estado en el que tiene lugar el daño (Estado anfitrión) carece de un estado de derecho fuerte y no existe por tanto una protección real de los derechos humanos a pesar de las obligaciones legales internacionales suscritas por dicho Estado. Algunos Estados no poseen sistemas judiciales eficaces o carecen de un poder judicial independiente. Puede incluso que algunos Gobiernos mantengan un estrecho vínculo con la empresa que haya cometido la violación en cuestión o haya sido cómplice de la misma. En algunos casos, el propio Gobierno puede haber jugado un papel al facilitar la violación de los derechos.

En los Estados en los que están domiciliadas las mayores empresas transnacionales (Estados de origen), sobre todo los Estados Unidos, Canadá y los principales países europeos (incluyendo el Reino Unido⁷), existe el estado de derecho. Sin embargo, estos Estados no han garantizado el acceso a los recursos judiciales a las víctimas de abusos de los derechos humanos ocurridos extraterritorialmente a consecuencia de las actividades de las empresas o de sus filiales. En estos Estados de origen se ha negado reparación a las víctimas a través de toda una serie de obstáculos y barreras. Al establecer o permitir que permanezcan estos obstáculos y barreras, los Estados incumplen con su deber de protección de los derechos humanos ya que no velan por que se garantice el acceso a mecanismos adecuados de reparación a lo largo de todo el proceso judicial.

Son estos los obstáculos y barreras que constituyen el objeto de análisis del presente informe. Tras dedicar un amplio espacio a analizar estos obstáculos, formulamos varias recomendaciones, en su mayoría de carácter legislativo o relativas a cambios en las políticas, relacionadas con los más importantes de estos obstáculos, con objeto de que los Estados lleguen a cumplir plenamente con su deber de protección de los derechos humanos velando por que existan mecanismos judiciales de reparación eficaces.

Agradecemos su colaboración a las personas que han aportado sus conocimientos sobre estas cuestiones y han compartido sus historias sobre los obstáculos a los que se han enfrentado en la búsqueda por obtener una reparación adecuada. Esperamos sinceramente que nuestras recomendaciones contribuyan a aliviar estos obstáculos para futuras víctimas.

Profesora Gwynne Skinner
Profesor Robert McCorquodale
Profesor Olivier De Schutter
Andie Lambe

Profesora Gwynne Skinner

Gwynne es docente en el ámbito de los derechos humanos internacionales y dirige el The International Human Rights Clinic de la Universidad de Willamette en Salem, Oregón, Estados Unidos. Posee experiencia en litigios en materia de derechos humanos en los que se ha aplicado la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o *Alien Tort Statute* (ATS, por sus siglas en inglés), incluyendo casos contra empresas. Su labor de investigación académica se centra principalmente en cuestiones sobre litigios de derechos humanos ante tribunales estadounidenses, así como sobre el papel del derecho internacional consuetudinario en los tribunales nacionales.

Profesor Robert McCorquodale

Robert es director del Instituto Británico de derecho Internacional y Comparado de Londres. Es asimismo profesor de derecho internacional y derechos humanos en la Universidad de Nottingham y ejerce como abogado en la Brick Court Chambers de Londres. Investiga, ejerce la abogacía y proporciona consultoría en todas las áreas del derecho público internacional, con especial atención a las corporaciones y los derechos humanos.

Profesor Olivier De Schutter

Olivier es docente en la Universidad Católica de Lovaina y en el Colegio de Europa (Natolin) y, desde mayo de 2008, es el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación. Entre 2002 y 2006 dirigió la Red UE de expertos independientes en materia de derechos fundamentales y entre 2004 y 2008 fue secretario general de la Federación Internacional de Derechos Humanos, para las cuestiones de globalización y derechos humanos.

Andie Lambe

Andie es consultora independiente sobre cuestiones legales y de derechos humanos. Fue directora y fundadora de Reprieve, una organización sin ánimo de lucro que defiende el respeto del estado de derecho y de los derechos humanos. Dirigió el informe de Lord Carlile sobre el trato dispensado a los niños en el sistema correccional juvenil del Reino Unido. Más recientemente, Andie encabezó el equipo de Justicia Internacional de Global Witness, en el que trabajó para que tanto personas individuales como empresas y Gobiernos puedan ser considerados responsables por abusos de los derechos humanos.

RESUMEN DEL INFORME

ANTECEDENTES

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Principios Rectores) reposan sobre tres pilares: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a los mecanismos de reparación para aquellos que han visto violados sus derechos. El Principio Rector 25 establece que:

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.⁸

El comentario del Principio Rector 26 explica:

Los mecanismos judiciales eficaces son esenciales para garantizar el acceso a la reparación. (...) Los Estados deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación.⁹

Junto a los Principios Rectores, diversos órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos han establecido una serie de obligaciones positivas para los Estados, con objeto de que proporcionen mecanismos de reparación de las violaciones de los derechos humanos, entre ellas la obligación de llevar a cabo investigaciones eficaces sobre la situación que condujo a la violación, incluso en aquellos casos en los que el acto en cuestión haya sido cometido por un agente no estatal o tenga lugar fuera de las fronteras del país.

A pesar del establecimiento de estas obligaciones, siguen existiendo obstáculos significativos para el acceso al recurso judicial en caso de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales.

EL PROYECTO

El proyecto Acceso Efectivo a los Recursos Judiciales (A2JR por su nombre en inglés *Access to Judicial Remedy*) se propone identificar y analizar los obstáculos que existen en este ámbito en los Estados Unidos, Canadá y Europa. Se encargó a tres personas expertas del mundo universitario la investigación y elaboración del presente informe y se realizaron una serie de consultas a juristas y a representantes de la sociedad civil para reunir el material relevante.

El objeto del presente informe comprende la situación existente en Canadá, Francia, Alemania, los Países Bajos, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos, debido a que la gran mayoría de las empresas transnacionales están domiciliadas en estos países.¹⁰ Todos ellos son asimismo Estados miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y han suscrito las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011), que incorpora muchos de los aspectos fundamentales de los Principios Rectores.¹¹

La investigación se centró en aquellos países en los que se ha intentado obtener reparación por vía judicial y en los que se han dictado algunas sentencias, concretamente el Reino Unido y los Estados Unidos, ya que la gran mayoría de los casos se han presentado ante los tribunales en estas jurisdicciones. Este enfoque tiene por objeto ser el más adecuado para que el resultado de la investigación pueda dar lugar a recomendaciones aplicables y fundadas pertinentes y útiles para las víctimas, de modo que el acceso a los mecanismos de reparación llegue a ser una realidad tan extendida como sea posible.

El detallado trabajo de mapeo realizado en la elaboración de este informe muestra que los Estados, por lo general, están incumpliendo su obligación de velar por que las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas que actúan fuera de su territorio tengan acceso a recursos judiciales efectivos. Estas víctimas siguen teniendo que hacer frente a obstáculos que a veces pueden llegar a impedir completamente el acceso a una reparación efectiva. Estos obstáculos existen en todas las jurisdicciones a pesar de las diferencias en materia de legislación, de enfoque por parte de los tribunales, de protección de los derechos humanos a escala nacional y de la tradición jurídica. Se trata de obstáculos que se han logrado superar en contadas ocasiones y, cuando así ha sido, normalmente es gracias a planteamientos innovadores por parte de los abogados, a la paciencia de las víctimas y a la voluntad de compromiso demostrada por algunos jueces preclaros. Los Estados deben tomar medidas políticas enérgicas y coherentes para reafirmar que los derechos humanos de las víctimas son más importantes que los intereses económicos de las empresas, y no al contrario, como ha sido el caso hasta ahora. Las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas tienen derecho a un acceso completo y eficaz a los mecanismos judiciales de reparación, independientemente de donde ocurran estas violaciones. Para ello, cada Estado debe analizar los obstáculos que existen en su ordenamiento jurídico y tener en cuenta las medidas que pueden adoptar para paliarlos y, concretamente, las recomendaciones contenidas en el presente informe.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

En este informe se recogen diez cuestiones claves que en las que deben centrarse las reformas para garantizar el acceso a un recurso judicial eficaz:

1. LA CAPACIDAD PARA PRESENTAR UNA DEMANDA CUANDO EL DAÑO OCURRE FUERA DEL ESTADO DE ORIGEN

Debido a las importantes dificultades a las que se enfrentan muchos demandantes a la hora de emprender acciones judiciales en el Estado anfitrión (aquel donde se ha producido el daño), a menudo la única vía para que las víctimas puedan obtener reparación reside en la capacidad de los órganos jurisdiccionales del Estado de origen (aquel donde está domiciliada la empresa) para conocer de estas demandas.

En los Estados Unidos, la mayoría de las acciones judiciales contra empresas que alegan daños sufridos como consecuencia de violaciones de derechos protegidos por el derecho internacional, y concretamente por el derecho internacional en materia de derechos humanos, han sido planteadas ante los tribunales federales invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o *Alien Tort Statute* (ATS, por sus siglas en inglés) por vulneración del derecho internacional consuetudinario o las leyes estatales de responsabilidad civil. En 2013, el obstáculo más importante para acceder a los recursos judiciales en casos de violaciones de los derechos humanos ocurridas en un Estado anfitrión es, tal vez, el que surge de *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co.* En el caso *Kiobel*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mantuvo que la presunción contra la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense debía aplicarse a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, que solo puede obviarse si la demanda “afecta y concierne” a los Estados Unidos con “fuerza suficiente”.¹²

No está claro aún el resultado de esta decisión sobre las futuras acciones judiciales por responsabilidad civil que se inicien al amparo de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros para hechos ocurridos fuera de los Estados Unidos. En al menos tres casos que aplicaron este fallo, los tribunales de rango inferior decidieron no desestimar el caso basándose en *Kiobel*. Sin embargo, parece ser que la gran mayoría de los tribunales federales inferiores están aplicando el caso *Kiobel* de manera imprecisa y general, desestimando casos simplemente porque los presuntos hechos ilegales han ocurrido fuera de los Estados Unidos.

Canadá no dispone de una ley que permita basar el fundamento de una demanda en presuntas violaciones del derecho internacional, aunque algunos tribunales han señalado que el derecho internacional consuetudinario forma parte del sistema de derecho común de Canadá. En la práctica, la mayoría de las demandas por violaciones de los derechos humanos se inician invocando el derecho de responsabilidad civil de la provincia. Las acciones legales contra empresas por violaciones de los derechos humanos son un fenómeno relativamente nuevo en Canadá, y si bien ha habido algunos éxitos, los obstáculos persisten.

En la Unión Europea, la noción de competencia extraterritorial no resulta tan problemática cuando las empresas están domiciliadas en el territorio comunitario. El Reglamento Bruselas I encomienda a los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE que acepten su competencia en casos de responsabilidad civil presentados contra demandados domiciliados en el Estado del foro. La situación es similar en Suiza.

En los últimos años, cada vez más víctimas de las actividades de empresas domiciliadas en la Unión Europea han recurrido al Reglamento Bruselas I. La cuestión de la competencia de los tribunales sobre las empresas que no estén domiciliadas en la Unión Europea, como son las filiales extranjeras de empresas europeas, debe ser regulada por ley en cada uno de los Estados miembros, que tienen planteamientos muy diferentes sobre esta cuestión. Además de los obstáculos que plantean las complejas estructuras empresariales y el principio legal de la responsabilidad limitada, siguen existiendo otras muchas barreras que dificultan que las víctimas puedan interponer demandas ante los tribunales de la Unión Europea.

2. LA DOCTRINA DEL *FORUM NON CONVENIENS*

La doctrina del *forum non conveniens* o declinatoria por jurisdicción inapropiada, permite a los tribunales impedir que un caso siga adelante en la jurisdicción en la que se presenta debido a la existencia de una jurisdicción más apropiada para entender del mismo en razón de la ubicación de las partes, de los testigos o de las pruebas, o porque los tribunales locales puedan estar más familiarizados con las leyes locales, que son las que a menudo se aplican en estos casos. Cuando se trata de casos contra empresas, esto por lo general se traduce en la desestimación del caso alegando que puede ser presentado en el Estado anfitrión, si bien, a menudo esto no es así. De este modo, las estadísticas sugieren que casi todas

las causas que han sido desestimadas en virtud del *forum non conveniens* nunca se vuelven a presentar en un foro alternativo, lo que deja a las víctimas sin recurso judicial alguno. El *forum non conveniens* ha supuesto un obstáculo para algunos casos presentados en los Estados Unidos, pero cabe suponer que representará una limitación creciente a medida que se presenten nuevos casos conforme a las leyes estatales sobre responsabilidad civil, debido al fallo del caso *Kiobel*.

El *forum non conveniens* sigue siendo un obstáculo potencial para las víctimas que busquen obtener reparación por vía judicial en Canadá contra empresas por su papel en violaciones de los derechos humanos cometidas fuera de Canadá. Actualmente, no parece estar establecido de una manera sólida, ni en las jurisdicciones de derecho común ni en las de derecho civil, que la parte demandante pueda obtener la desestimación de una petición de *forum non conveniens* si logra demostrar que sería difícil obtener una reparación adecuada en el Estado anfitrión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazó la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* en la Unión. El Parlamento Europeo señaló que el Reglamento Bruselas I encomienda a los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE que se reconozcan competentes cuando se hayan cometido violaciones de los derechos humanos en el extranjero, especialmente si se trata de países en desarrollo en los que operan multinacionales europeas, cuando sean consecuencia de las actividades de estas empresas.

3: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR ABUSOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

La responsabilidad penal de las empresas

En algunas jurisdicciones, las víctimas pueden presentar una querrela criminal ante el ministerio fiscal o utilizar un procedimiento penal que más tarde pueda contribuir a lograr una indemnización civil. Otras jurisdicciones no lo permiten y la única opción es presentar una demanda civil con arreglo al derecho internacional consuetudinario o al derecho de responsabilidad civil general. En algunas ocasiones, las empresas han aducido que no pueden ser consideradas penalmente responsables por vulnerar el derecho internacional en materia de derechos humanos al no tratarse de personas físicas.

Los Estados Unidos poseen una legislación federal penal sobre los derechos humanos de aplicación extraterritorial que puede ser utilizada contra empresas en casos de genocidio, crímenes de guerra, tortura y reclutamiento forzoso de niños soldados. La Sección de Derechos Humanos y Enjuiciamientos Especiales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, creada en marzo de 2010, es la encargada de perseguir estos delitos. Sin embargo, siguen siendo escasas las acciones judiciales contra empresas por estos delitos contra los derechos humanos. Además, las acciones penales federales iniciadas por estos delitos normalmente no dan lugar a indemnizaciones por daños y perjuicios para las víctimas.

La legislación de algunos Estados europeos, así como de Suiza, permite que las empresas sean procesadas por violaciones extraterritoriales de los derechos humanos. Sin embargo, la experiencia demuestra que el ministerio fiscal, en el que reside la decisión que proseguir con un caso, suele mostrarse reacio a iniciar acciones judiciales en este tipo de circunstancias. La situación es más complicada en el Reino Unido, donde en principio no existe una legislación concreta que establezca que se pueda depender del ministerio público para asuntos relacionados con la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de los derechos humanos cometidas fuera del Reino Unido.

La responsabilidad civil de las empresas

En los Estados Unidos, las demandas que se han presentado contra empresas invocan la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros y las leyes estatales. Según las leyes nacionales

generales de los Estados Unidos, las empresas pueden ser consideradas civilmente responsables por ilícitos civiles generales ya que son consideradas “personas jurídicas”. Sin embargo, sigue en cierto modo sin resolver la cuestión de si pueden ser consideradas responsables por vulnerar el derecho internacional consuetudinario con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Es muy probable que las empresas sigan ejerciendo presión en relación a esta cuestión.

En Canadá, han salido adelante los casos civiles contra empresas en los que se alegan abusos de los derechos humanos, pero sin embargo aún no ha habido ninguna causa por vulneración directa del derecho internacional, y normalmente los casos de responsabilidad civil suelen juzgarse como casos de negligencia con arreglo a la ley provincial.

Hoy en día, los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, que es diferente de la Unión Europea en su objeto y en su composición aunque pertenecen a él todos los Estados miembros de la UE, permiten que sus órganos jurisdiccionales apliquen directamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la mayoría de los países europeos, aunque no el Reino Unido, esto se podría hacer extensivo a los litigios entre particulares. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales de los Estados europeos no siempre están dispuestos a reconocer la aplicabilidad del derecho internacional a los casos de demandas contra empresas.

4. LA PRESCRIPCIÓN PARA LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS

Las limitaciones temporales, como las leyes de prescripción que limitan el periodo en el que la demanda puede ser presentada, son aplicables a muchas acciones judiciales, pero plantean obstáculos concretos a las demandas relativas a los derechos humanos debido, entre otros factores, a las dificultades existentes para investigar y reunir material probatorio en este tipo de causas.

En los Estados Unidos, la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros no incluye una regulación sobre la prescripción. En algunas ocasiones, los tribunales han impuesto a los casos de reparación de ilícitos civiles cometidos contra ciudadanos extranjeros el mismo plazo de prescripción de diez años establecido por la Ley de protección de víctimas de la tortura o *Torture Victims Protection Act* (TVPA, por sus siglas en inglés). En estos casos, la legislación en materia de prescripción no ha supuesto graves problemas a escala federal. Sin embargo las leyes de prescripción suponen a menudo obstáculos para los casos iniciados al amparo de la ley estatal, ya que este tipo de legislación implica con frecuencia plazos inferiores y muchos estados imponen un plazo de prescripción de dos a tres años para las demandas por ilícitos civiles intencionados. Las leyes de prescripción suponen, en sí mismas, un obstáculo en los casos que se presentan en virtud de las leyes estatales, debido al tiempo que se tarda en que se investiguen los casos y en que las víctimas encuentren un abogado.

En Europa, el plazo de prescripción aplicable a estos casos depende ahora del Reglamento Roma II, lo que significa que el plazo varía en función de la legislación nacional que se aplique, que muy probablemente sea la del Estado en el que haya tenido lugar el daño. Esto contribuye a la creación de más obstáculos, en el sentido de determinar cuáles son los plazos de prescripción y cuándo se aplican, lo que puede hacer que sea necesario recurrir a la obtención de costosas pruebas periciales adicionales durante el proceso judicial. Por otra parte, estos plazos de prescripción pueden ser excesivamente restrictivos.

5. LAS DOCTRINAS DE LAS INMUNIDADES Y DE LA NO JUSTICIABILIDAD

Las doctrinas de las inmunidades y de la no justiciabilidad funcionan tanto para eximir de responsabilidad al demandado como para impedir o disuadir a los tribunales de aceptar determinadas demandas. La inmunidad ha planteado obstáculos a las víctimas en los Estados Unidos, especialmente cuando las empresas que han causado el daño son contratistas del Gobierno de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso relacionado con los actos cometidos por un contratista en la prisión iraquí de Abu Ghraib, un tribunal determinó que debía ser aplicada la legislación iraquí, y, al hacerlo, esta legislación

proporcionó inmunidad al demandado. En un caso similar, otro tribunal estimó que la inmunidad soberana prevalece sobre las demandas de los demandantes aunque los contratistas sean entidades privadas, debido a que habían sido contratados por los Estados Unidos para realizar esos trabajos en Iraq. Como consecuencia, los demandantes se vieron desprovistos de cualquier tipo de reparación.

6. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Cuando los tribunales examinan casos por daños ocurridos en otra jurisdicción, llevan a cabo un análisis para determinar el derecho aplicable a la causa en cuestión. En algunos casos, aplicar la ley del Estado anfitrión puede suponer un obstáculo para las víctimas que plantean casos de derechos humanos por daños ocasionados por empresas. Este análisis adquirió una importancia añadida en los Estados Unidos desde el caso *Kiobel* y su posible repercusión en un aumento de los litigios por ilícitos civiles transitorios ante los tribunales estatales. Cada estado de los Estados Unidos utiliza su propia legislación para el análisis del derecho aplicable. Si un tribunal decide aplicar la ley del Estado en el que tuvo lugar la violación de derechos, esto puede suponer obstáculos significativos para las acciones judiciales, al igual que cuando la legislación elegida, a menudo la del Estado anfitrión, afecta a los plazos de prescripción, no reconoce o restringe la responsabilidad indirecta o secundaria, exige elementos constitutivos del ilícito civil que son más difíciles de demostrar u otorga una inmunidad más rigurosa que la establecida por el derecho común del Estado del foro.

En la Unión Europea, el Reglamento Roma II se aplica a demandas por ilícitos civiles presentadas ante tribunales de los Estados miembros de la UE. Este Reglamento establece, en principio, que las leyes aplicables son las del Estado en la que ha tenido lugar el daño. Las demandas por responsabilidad civil se deciden en función de la normativa vigente en el Estado en el que han tenido lugar el daño. El Reglamento Roma II permite teóricamente a los tribunales que apliquen la ley del foro en situaciones en las que la legislación del Estado en el que tuvo lugar el daño no protege suficientemente los derechos humanos de las personas afectadas. Hasta la fecha, la aplicabilidad de esta excepción no ha sido confirmada con autoridad suficiente y la cuestión de la legislación aplicable puede seguir siendo un obstáculo para la obtención de una reparación efectiva.

7. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

La obligación impuesta a las víctimas de probar lo alegado en la demanda supone también la creación de obstáculos que limitan el acceso a mecanismos de reparación eficaces, lo que se ve acrecentado por la dificultad de obtener pruebas así como por las reglas relativas al descubrimiento de las mismas o a la divulgación de información. En casos de demandas transnacionales existen problemas especiales en materia de admisibilidad y de fiabilidad de las pruebas.

Uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan las acciones legales por violaciones cometidas por empresas es la dificultad que tienen las víctimas para comenzar y mantener dichas acciones a lo largo de varios años, aún más si cabe ante un tribunal extranjero. La difícil tarea de buscar, preservar y reunir pruebas así como de prestar testimonio ante las amenazas y los riesgos inherentes para la seguridad es algo que resulta habitual en todas estas comunidades, pero que puede verse acentuado en las zonas donde se han producido violaciones de los derechos humanos cuando están implicados intereses empresariales.

En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, las normas probatorias pueden suponer un obstáculo significativo para los demandantes, ya que no existe normativa sobre divulgación de información que obligue al demandado a facilitar la información que tiene en su poder. Hasta cierto punto, este obstáculo puede superarse cuando la violación que la víctima alega pueda ser constitutiva de delito penal y, por tanto, perseguida por el fiscal. De este modo, la víctima puede contar con el ministerio público para reunir las pruebas. En la práctica, esta opción sigue siendo solo teórica, ya que los fiscales tienden a no enjuiciar casos de este tipo, por diversas razones tanto objetivas como subjetivas, incluida la complejidad de este tipo de casos, la falta de recursos y de conocimientos específicos, además de la falta de mandato.

8. EL COSTO DE LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES

Iniciar acciones legales en Europa y en América del Norte resulta enormemente caro, debido a los costos asociados a la reunión de pruebas en un Estado extranjero que son necesarias para sustentar una demanda, al costo de los peritos técnicos y de los expertos legales y al simple hecho de que los procesos judiciales en estos casos pueden tardar más de una década en resolverse. El elevado costo de las acciones judiciales puede impedir el acceso a la reparación por vía judicial por parte de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que a veces disponen de limitados recursos económicos.

La asistencia jurídica gratuita

Los demandantes que presenten casos ante los tribunales estadounidenses, ya sean federales o estatales, no tienen derecho a acogerse a los beneficios de la asistencia jurídica gratuita. En las demandas presentadas apelando a la Ley de protección de víctimas de la tortura no está previsto que la parte perdedora abone los honorarios de los abogados o las costas a la parte ganadora, y lo mismo ocurre con las demandas presentadas en virtud del derecho común del estado. De forma general los abogados se adjudican un determinado porcentaje de cualquier acuerdo o condena en costas a la parte contraria. Esto ha tenido como consecuencia que los abogados privados acepten defender muy pocos casos, ya que por lo general se cree que es poco probable recuperar honorarios y se piensa que este tipo de causas resultan arriesgadas. Las ONG y algunos bufetes aceptan llevar casos gratuitamente, aunque, debido a que los costos en este tipo de casos suelen ser elevados y a que suelen tardar años en resolverse, encontrar representación puede suponer un obstáculo para acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Según la ley de la Unión Europea, las víctimas de abusos de los derechos humanos ocurridos fuera de la Unión Europea no suelen tener acceso a la asistencia jurídica gratuita. Una Directiva de 2003 intenta promover la extensión de la asistencia jurídica en casos de litigios transfronterizos a personas que carecen de recursos suficientes para tener acceso efectivo a la justicia. Sin embargo, la Directiva se limita a litigios transfronterizos dentro de la Unión Europea, por lo que puede no ser aplicable cuando se trate de una demanda contra una empresa matriz domiciliada dentro de la Unión Europea si el daño fue causado fuera de la Unión. Además, únicamente pueden beneficiarse los ciudadanos que estén domiciliados o que residan en el territorio de un Estado miembro o los ciudadanos de un tercer Estado que residan legalmente en un Estado miembro, por lo que no afectaría a víctimas residentes fuera de la Unión Europea.

Los primeros casos contra empresas domiciliadas en el Reino Unido por violaciones de los derechos humanos cometidas fuera del país contaron con asistencia jurídica gratuita. Esto significa que el Gobierno proporcionaba financiación a los demandantes que tenían casos sólidos y defendibles pero fondos insuficientes, y en este caso, el Estado financiaba los honorarios legales a una tasa fija. Esta disposición se ha visto notablemente limitada desde entonces, debido a la política deliberada del Gobierno de reducir la financiación de la asistencia jurídica de modo general en el Reino Unido, lo que hace que resulte extremadamente difícil obtener fondos para este tipo de casos. En algunos Estados de la Europa continental, incluidos Suiza y los Países Bajos, los demandantes extranjeros pueden obtener el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, si bien sólo se garantizan fondos para cubrir honorarios jurídicos de abogados locales y no están incluidos la totalidad de los costos de los complejos casos extraterritoriales. En Francia, solo en casos excepcionales los demandantes extranjeros pueden obtener asistencia jurídica gratuita para procesos no penales.

La provisión de fondos para el vencimiento en costas

En los Estados Unidos, por norma general, cada parte en un litigio paga los honorarios de sus propios abogados. Los tribunales pueden condenar al pago de costas, pero la mayoría de los demandantes en cuestiones de derechos humanos carecen de recursos económicos y por tanto el tribunal no suele emitir fallos ordenando el pago de costas en su contra. La normativa de los estados sobre esta cuestión refleja por lo general lo que establece la norma federal.

En Canadá y en sus provincias, la parte perdedora de un litigio debe pagar por lo general las costas de la parte vencedora, lo que se conoce como el principio *loser pays*, “quien pierde paga” o vencimiento en costas, que incluye los honorarios de los abogados, si bien por lo general se trata tan solo de una aportación parcial, aunque la obligación persiste durante todo el caso. Al menos en la Columbia Británica, los demandantes pueden solicitar un fallo sin condena en costas para litigios de interés público y parece que esta práctica, que suele tener un resultado favorable, es cada vez más frecuente en Canadá. Sin embargo, debido al riesgo económico que conllevan, y visto que los casos relacionados con los derechos humanos son todavía relativamente nuevos en Canadá, es probable que se continúe aplicando el sistema de condena en costas impuesta al perdedor para limitar los litigios en materia de derechos humanos.

En muchos Estados europeos, la parte perdedora debe pagar las costas de la otra parte, lo que a veces puede incluir los honorarios de los abogados. Sin embargo, no resulta inusual que los tribunales no apliquen esta norma y decidan que cada una de las partes corra con sus propias costas, lo que sigue constituyendo un serio obstáculo para los demandantes de los países en vías de desarrollo.

La situación habitual en los litigios en el Reino Unido es que la parte perdedora del proceso pague las costas de la parte ganadora, incluyendo los honorarios de sus abogados. Sin embargo, han aumentado los obstáculos para los litigios en el Reino Unido en lo que a recuperación de costas se refiere, debido a la aprobación de la Ley sobre asistencia jurídica, sentencia y sanción de los delincuentes de 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*). Los honorarios del abogado de la parte demandante, si resulta ganadora, deben ahora sufragarse mediante la indemnización por daños y perjuicios otorgada al demandante y no pueden exceder el veinticinco por ciento del importe de esta. Además, debido al Reglamento Roma II, los daños serán evaluados según la ley y el procedimiento del Estado en el que tuvo lugar el daño, los que puede suponer un importe considerablemente inferior. El efecto conjunto de estas medidas ha hecho que resulte muy difícil plantear este tipo de casos en el Reino Unido.

La capacidad jurídica y el interés legítimo de terceros para iniciar acciones legales

Prácticamente todos los casos que se inician en los Estados Unidos lo son a instancias de víctimas individuales o de múltiples víctimas que tienen un interés legítimo en el proceso, así como capacidad jurídica para plantear una acción legal. Las organizaciones y terceros solo poseen capacidad jurídica para iniciar una acción en determinadas circunstancias, cuando la propia organización o ese mismo tercero hayan resultado directamente perjudicadas. Los litigantes interesados en el resultado del caso que no hayan sido perjudicados por las acciones de la parte demandada no pueden actuar en los tribunales en nombre de terceros. Los juristas opinan que la falta de capacidad jurídica de terceros no parece suponer un obstáculo en los litigios por cuestiones de derechos humanos planteados en los Estados Unidos. Sin embargo, han existido algunos intentos por parte de terceros no directamente afectados de iniciar acciones legales invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros en representación de otros, que han sido desestimadas.

Cada vez está más extendida ante los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE la idea de que las asociaciones u organizaciones no gubernamentales deben poder plantear demandas por daños y perjuicios en virtud de los intereses legales que representan o, dicho de otro modo, los fines para los que han sido establecidas.

Los recursos colectivos y los mecanismos de acción colectiva indemnizatoria

Han existido en los Estados Unidos varios casos de litigios en materia de derechos humanos con acciones de clase, si bien la gran mayoría de los casos de derechos humanos no se han presentado como demandas de ese tipo. A pesar de que las acciones de clase plantean dificultades de tipo logístico, es cierto que pueden suponer una forma eficaz de garantizar reparación para un elevado número de víctimas. Muchos opinan que en los Estados Unidos, iniciar un proceso como acción

colectiva indemnizatoria resulta más difícil desde el fallo de 2011 del Tribunal Supremo en el caso *Wal-Mart v. Dukes*, en el que el tribunal impuso unos requisitos más exigentes para aceptar una demanda como acción colectiva indemnizatoria. Esto causa serias dificultades en el contexto de muchos casos, incluso en algunos relacionados con abusos de los derechos humanos.

Aunque muchos Estados europeos no han adoptado el mecanismo de acción colectiva indemnizatoria, en los últimos años han ido surgiendo otros sistemas análogos de recurso colectivo. Sin embargo, la efectividad de dichos mecanismos se ha visto limitada por la imposición de condiciones restrictivas. El Reino Unido dispone del mecanismo de recurso colectivo más eficaz, con normas procesales que permiten a los tribunales aceptar acciones colectivas y un procedimiento en el que es posible sumarse a la demanda. A pesar de que este mecanismo ha permitido llevar ante los tribunales lo que vienen a ser de hecho demandas colectivas, requiere una intensa negociación entre los abogados de cada parte para que el proceso sea eficaz y, en todo caso, su admisión sigue siendo a discreción del tribunal.

9. LA ESTRUCTURA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

Un obstáculo clásico en los litigios transnacionales contra empresas es que los grupos empresariales están organizados como una red de diferentes entidades legales, con diversos grados de influencia de la matriz sobre sus filiales o sobre otras partes de la empresa comercial. Tener filiales legalmente establecidas proporciona a los grupos empresariales beneficios fiscales y económicos pero al mismo tiempo puede permitir que eviten la responsabilidad por los actos ilegales o dañinos que lleven a cabo estas mismas filiales. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos solo contempla el levantamiento del velo corporativo en circunstancias excepcionales. Esto, unido a las restrictivas normas existentes en materia de acceso a las pruebas y a la obligación de demostrar la implicación directa de una empresa matriz en la gestión del acto dañoso, así como la falta de claridad jurídica de las normas relativas a la diligencia debida en materia de derechos humanos, hace que resulte muy difícil para los perjudicados por la conducta de una filial (o por una parte de la empresa) intentar obtener reparación mediante una demanda contra la empresa matriz o contra la entidad comercial que la controla.

En los Estados Unidos, uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan las víctimas en su intento de obtener reparación por vía judicial es que la empresa matriz sobre la cual el Estado de origen ejerce competencia en razón de la persona carece de responsabilidad por los actos cometidos por su filial, de conformidad con los estatutos de responsabilidad limitada.

Del mismo modo, la responsabilidad limitada de la empresa matriz es uno de los obstáculos más importantes a los que deben hacer frente las víctimas que intentan obtener la rendición de cuentas en Canadá por abusos de los derechos humanos cometidos en el extranjero. En Canadá, la mayor parte de las acciones judiciales contra empresas matrices alegan implicación directa en los actos en cuestión o solicitan el levantamiento del velo corporativo, lo que resulta muy difícil.

En Europa, la posibilidad de levantar el velo corporativo y de que la empresa matriz rinda cuentas por la conducta de sus filiales sobre las que ejerce o debería ejercer control, depende del derecho aplicable al caso. Sin embargo, el principio de responsabilidad limitada sigue siendo el que predomina en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y el levantamiento del velo corporativo solo es posible en condiciones excepcionales. Esto puede hacer que resulte muy difícil para las víctimas de la conducta de la filial obtener reparación a través de acciones judiciales contra la empresa matriz.

10. EL ALCANCE Y LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

Los tipos de medidas de reparación a disposición de las víctimas pueden representar un obstáculo para la obtención de un resarcimiento adecuado para las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas. El tribunal del Estado del foro, que es el Estado en el que tiene lugar la acción judicial, puede no estar en posición de utilizar determinados mecanismos de reparación o de

garantizar su ejecución cuando el proceso judicial incluya bienes situados fuera de la competencia del Estado del foro.

Los tribunales estadounidenses normalmente ordenan indemnizaciones compensatorias de índole monetaria para compensar por el daño causado en casos de responsabilidad civil y pueden conceder indemnizaciones punitivas en casos presentados con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Los tribunales tienen asimismo la potestad de dictar una orden judicial para detener una conducta determinada. Sin embargo, tal como se menciona anteriormente, puede resultar difícil obtener reparación cuando los bienes de la empresa se encuentran fuera de los Estados Unidos.

En Europa, el Reglamento Roma II exige que el tipo de reparación, así como el eventual importe de las indemnizaciones, se determine según la legislación vigente en el Estado en el que se ocasionó el daño. Como consecuencia, los mecanismos de reparación disponibles pueden no resultar adecuados, especialmente en aquellas ocasiones en las que el importe máximo de la indemnización es demasiado bajo y ni tan siquiera cubre las costas del litigio.

El efecto combinado de la imposibilidad de reclamar indemnizaciones punitivas y de presentar acciones de clase, así como la ausencia de una financiación pública eficaz para este tipo de casos en los Estados europeos regidos por un sistema de derecho civil, hace que para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos sea imposible, desde el punto de vista económico, plantear este tipo de litigios. La falta de enjuiciamiento penal en estos casos extraterritoriales, que de otro modo podría suponer una vía alternativa de acceso a los mecanismos de reparación para las víctimas, acentúa esta problemática.

CONCLUSIONES

Los Estados deben adoptar una serie de medidas legislativas y políticas con vistas a paliar estos obstáculos y así velar por que las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas dispongan de una tutela judicial efectiva. Además, los Estados deben adoptar medidas políticas enérgicas y coherentes que sirvan para reafirmar que los derechos humanos de las víctimas son más importantes que los intereses económicos de las empresas y no al contrario, como ha sido el caso hasta ahora. Las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen derecho a un acceso completo y eficaz a los mecanismos judiciales de reparación, independiente de donde ocurran estas violaciones. Para ello, cada Estado debe analizar los obstáculos que existen en su ordenamiento jurídico y considerar todas las medidas que puede adoptar para paliarlos.

RESUMEN DE RECOMENDACIONES

Recomendamos los pasos siguientes, explicados con más detalle en el capítulo V del informe completo:

1. Velar por que las entidades que ejercen el control dentro las empresas comerciales estén legalmente obligadas a responder por las repercusiones negativas sobre los derechos humanos que pudieran tener las acciones de cualquier parte de dicha empresa.
2. Permitir que las víctimas de violaciones de los derechos humanos planteen acciones judiciales en el Estado de origen de la empresa.
3. Promulgar leyes para limitar o eliminar los obstáculos financieros que impidan a las víctimas plantear y llevar a juicio estas cuestiones.
4. Desarrollar y mejorar las leyes penales para que las empresas rindan cuentas por su implicación en violaciones extraterritoriales de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Modificar la Ley de reclamación por agravios a ciudadanos extranjeros para que sea aplicable a actividades extraterritoriales.
2. Modificar la Ley de protección de víctimas de la tortura para que sea aplicable a personas y a diferentes tipos de demandas.
3. Promulgar leyes estatales que reconozcan como delitos las violaciones del derecho internacional sobre derechos humanos y que otorgue derecho a iniciar una acción legal por estas violaciones.
4. Establecer claramente la determinación de la ley a aplicar.
5. Establecer claramente que las empresas son personas jurídicas a efectos del derecho internacional.
6. Codificar el principio del *forum non conveniens* para garantizar que los tribunales no desestimen casos indebidamente.
7. Exigir o fomentar que las empresas contraten seguros que cubran de manera adecuada los riesgos de sus actividades en el extranjero.
8. Aumentar el plazo establecido por la ley de prescripción para ilícitos civiles ocurridos en el extranjero y no aplicar prescripción alguna para genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.
9. Establecer claramente que la inducción y complicidad en casos civiles se rige por la norma del conocimiento.
10. Eliminar la responsabilidad limitada para las empresas matrices con filiales participadas al cien por cien que operan en el extranjero.
11. Permitir la recuperación de los honorarios de abogados.
12. Modificar las normas que regulan los requisitos de las acciones de clase.
13. Impedir las represalias judiciales.

14. Crear presunciones legales por no actuar con la diligencia debida en materia de derechos humanos para superar la carga probatoria.
15. Crear visados especiales para las víctimas y los testigos y permitir que se preste declaración a través de vídeo.
16. Prever la “responsabilidad de mando” en la legislación sobre responsabilidad penal, así como mejorar la aplicación de las sanciones penales.
17. Promulgar leyes que prevean indemnizaciones para las víctimas cuando las empresas o sus empleados sean declarados culpables de abusos de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE CANADÁ

1. Promulgar una legislación que prevea el inicio de acciones legales por violaciones del derecho internacional consuetudinario.
2. Codificar el principio del *forum non conveniens* para establecer claramente su forma de aplicación y verificar, antes de desestimar un caso, que las víctimas disponen de recursos judiciales adecuados.
3. Crear excepciones al principio del vencimiento en costas para los litigios de interés público y velar por que en dichos litigios se incluyan los casos internacionales sobre derechos humanos.

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE EUROPA

1. Declarar a las empresas domiciliadas en la Unión Europea y en Suiza, así como a sus filiales, responsables de los daños que se deriven de las repercusiones de sus actividades sobre los derechos humanos.
2. Permitir que se tramiten causas en la Unión Europea cuando no haya otro foro disponible.
3. Aplicar la legislación del Estado en el que se tramite la causa en aquellas situaciones en las que las leyes del Estado en el que tuvo lugar el daño no proporcionen una tutela judicial efectiva.
4. Modificar las acciones judiciales colectivas.
5. Ampliar la asistencia jurídica gratuita.
6. Afirmar el deber de las empresas de actuar con la diligencia debida en lo que se refiere a las filiales del grupo o a las relaciones comerciales del mismo.
7. Aumentar los requisitos relativos a la presentación de informes periódicos en materia de responsabilidad sobre derechos humanos de las empresas.
8. Modificar las normas de acceso a las pruebas.
9. Hacer que sean reconocidos como delitos las violaciones de los derechos humanos, incluso aquellas que tienen lugar fuera de la Unión Europea o de Suiza.
10. Formación y concienciación de los jueces y fiscales.

I. INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Principios Rectores)¹³ fueron aprobados por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011. Los Principios Rectores, al constituir una plataforma para la comprensión de las obligaciones y responsabilidades respectivas de los Estados y de las empresas en lo que a derechos humanos se refiere, reposa sobre tres pilares: el primero, el deber del Estado de proteger los derechos humanos, el segundo, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y el tercero, el acceso a mecanismos de reparación efectivos para aquellos cuyos derechos hayan sido violados.¹⁴

El deber del Estado de proteger los derechos humanos incluye la obligación de que el propio Estado garantice que las víctimas disponen de mecanismos de reparación eficaces. Así lo establece el Principio Rector 25, principio fundacional del tercer pilar:

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.¹⁵

Además, se reconoce que para garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces es vital la existencia de un sistema judicial justo y eficaz. Los Principios Rectores establecen sin ambigüedad que la eficacia de los mecanismos judiciales son los cimientos del pilar referido a la reparación. Tal como explica el comentario del Principio Rector 26:

Los mecanismos judiciales eficaces son esenciales para garantizar el acceso a la reparación. Su capacidad para hacer frente a las violaciones de los derechos humanos relacionadas con

empresas depende de su imparcialidad, integridad y capacidad de hacer respetar las debidas garantías procesales. Los Estados deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación. También deben asegurar que la corrupción judicial no obstruya la administración de justicia, que los tribunales sean independientes de presiones económicas o políticas de otros agentes del Estado y de actores empresariales, y que no se pongan obstáculos a las actividades legítimas y pacíficas de los defensores de los derechos humanos.¹⁶

Junto a los Principios Rectores, diversos órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos han impuesto a los Estados obligaciones positivas para que proporcionen mecanismos efectivos de reparación para las violaciones de los derechos humanos. Entre ellas se incluye la obligación de llevar a cabo investigaciones efectivas sobre las situaciones que llevaron a la comisión de las violaciones de los derechos humanos, incluso cuando dichos actos fueron cometidos por agentes no estatales o fuera de las fronteras de los Estados.¹⁷

Sin embargo, en algunos Estados, los mecanismos judiciales no proporcionan reparación adecuada a las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas cuando dichos abusos ocurren fuera del Estado de origen de la empresa. De hecho, el Representante Especial sobre las empresas y los derechos humanos (Representante Especial) se refirió expresamente a este problema:

Algunos demandantes han tratado de obtener un recurso fuera del Estado en que tuvo lugar el daño, en particular por conducto de los tribunales del Estado de la empresa, pero se han enfrentado con grandes obstáculos. Los costos pueden resultarles prohibitivos, especialmente si no tienen asistencia letrada, los demandantes pueden carecer de legitimación para iniciar una acción si no son ciudadanos del Estado de que se trate y el derecho a presentar una demanda puede haber prescrito. El asunto puede complicarse aún más si el demandante pide una reparación a la empresa matriz por actos cometidos por una filial extranjera. En los países de derecho anglosajón (i.e. *common law*), el tribunal puede desestimar la demanda por motivos de *forum non conveniens*, es decir, porque existe un foro más apropiado para presentarla. Incluso los poderes judiciales más independientes pueden verse influidos por su Gobierno cuando este les pide que desestimen una demanda por “razones de Estado”. Estos obstáculos pueden tener un efecto disuasorio en los posibles demandantes o dificultar la ejecución del recurso resultante. Los Estados deberían fortalecer la capacidad de sus sistemas judiciales para conocer de demandas contra todas las empresas que operen o tengan sede en su territorio, así como para exigirles el cumplimiento de las reparaciones resultantes, y, al mismo tiempo, protegerlas contra las demandas temerarias. Además, los Estados deberían eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia, también para los demandantes extranjeros, en particular cuando los supuestos abusos son de un carácter tal que se los pueda considerar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos.¹⁸

Son este tipo de obstáculos o barreras y los medios mediante los cuales pueden superarse a través de la acción del Estado los que este informe se propone identificar y explicar. Mientras no se eliminen estas barreras, el Estado no habrá cumplido con su deber de garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces para las violaciones de los derechos humanos.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada por los autores de este informe consistió principalmente en reunir material e información a través de una serie de investigaciones y consultas, así como la realización de una investigación independiente. Entre los participantes en la consulta se incluyó a profesionales de la

práctica jurídica y organizaciones no gubernamentales (tanto de abogados como de no abogados), académicos del derecho así como a jueces retirados y consultores expertos en la materia.

El objeto del presente informe comprende la situación existente en Canadá, Francia, Alemania, los Países Bajos, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos, debido a que la gran mayoría de las empresas transnacionales están domiciliadas en estos países.¹⁹ Todos ellos son asimismo Estados miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y han suscrito las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (2011), que incorpora muchos de los aspectos fundamentales de los Principios Rectores.²⁰

La investigación se centró en aquellos países en los que se ha intentado obtener reparación por vía judicial y en los que se han dictado algunas sentencias, particularmente el Reino Unido y los Estados Unidos, ya que la gran mayoría de los casos se han presentado ante los tribunales en estas jurisdicciones. Este enfoque tiene por objeto ser el más adecuado para que el resultado de la investigación pueda dar lugar a recomendaciones aplicables y fundadas, pertinentes y útiles para las víctimas, de modo que el acceso a los mecanismos de reparación llegue a ser una realidad tan extendida como sea posible.

Sin embargo, se están llevando a cabo algunos intentos pioneros en Canadá y en la Europa continental, que presentan algunos obstáculos similares, por lo que estos Estados han sido incluidos en la presente investigación. Además, la variedad de los Estados analizados resulta importante ya que barreras que resultan insuperables en los Estados Unidos y en Canadá no suponen ningún problema en la Unión Europea, mientras que los países de Europa con sistemas jurídicos de derecho civil a menudo no proporcionan herramientas legales que hacen que el acceso a recursos judiciales efectivos sea posible y que están bien establecidas en países de derecho común.

ESTRUCTURA DEL INFORME

El capítulo II de este informe examina el deber del Estado de proteger los derechos humanos tanto dentro de sus fronteras como en el extranjero, el derecho de las víctimas al acceso a mecanismos de reparación eficaces y la interrelación entre ambos. El capítulo III detalla los obstáculos legales y prácticos más significativos a los que se enfrentan las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas en las jurisdicciones analizadas. El capítulo IV presenta las conclusiones del informe. Finalmente, el capítulo V establece una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados, sobre la manera de eliminar o de paliar los obstáculos detectados. El estudio de casos ilustra estos obstáculos mediante la presentación de casos reales y se presenta en el apéndice del informe, así como en extractos a lo largo del mismo.

Los autores esperamos que el presente informe proporcione orientaciones útiles a todos los Estados del mundo, pero muy especialmente a aquellos cuyos sistemas jurídicos hemos analizado en el informe, para la realización de su labor en pro del deber de protección de los derechos humanos, concretamente velando por que existan y se promuevan recursos judiciales efectivos.

II. EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este capítulo del informe analiza el deber del Estado de proteger los derechos humanos según establece el derecho internacional, incluso en situaciones en las que el deber de protección de los derechos humanos surge de hechos ocurridos fuera de la competencia territorial de un Estado de origen. A continuación, este capítulo aborda el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como se contempla en el derecho internacional, y aclara la relación entre el deber de proteger los derechos humanos y el derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de los perjuicios contra los derechos humanos cometidas por las empresas en el extranjero.

EL DEBER DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los tribunales de derechos humanos y los organismos establecidos por tratados ampliamente ratificados sobre derechos humanos han afirmado repetidamente el deber del Estado de proteger los derechos humanos, incluso cuando se trate de regular a agentes no estatales. Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Comité de Derechos Humanos opina lo siguiente:

Las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto se habrán cumplido plenamente solo si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas.²¹

Esta es asimismo la postura adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).²² Además, los tribunales regionales de derechos humanos y los organismos de expertos establecidos por los instrumentos regionales de derechos humanos han afirmado de forma habitual que el Estado es responsable de regular las acciones de los particulares.²³

Actualmente se considera que el deber del Estado de proteger los derechos humanos, incluso a través de la regulación de la conducta de agentes privados sobre los que ejerce su jurisdicción, se extiende más allá de su propio territorio y concierne a situaciones en las que tal conducta pueda conducir a violaciones extraterritoriales de los derechos humanos, aun cuando tales violaciones ocurran en el territorio de otro Estado.²⁴ En el derecho internacional está claro que el Estado “está sometido al deber de controlar las actividades de los particulares dentro del territorio del Estado y este deber se aplica también cuando se causa un daño a personas o a otros intereses legales en el territorio de otro Estado”.²⁵

Varios órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos han afirmado de manera explícita la extensión a situaciones de ámbito extraterritorial de la obligación general de control sobre los actos de los agentes no estatales cuando tales actos puedan resultar en violaciones de los derechos humanos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que los Estados parte deben “impedir que terceros conculquen ese derecho [protegido por el PIDESC] en otros países, siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable.”²⁶

Concretamente, en lo referido a las empresas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece además lo siguiente: “Los Estados partes también deben tomar medidas para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida en virtud del Pacto”.²⁷ De forma similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha instado a los Estados a regular las actividades extraterritoriales llevadas a cabo por terceros domiciliados en su territorio, especialmente empresas. Por ejemplo, en 2007, hizo un llamamiento a Canadá para que “adopte las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir los actos de las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá que afecten negativamente el goce de los derechos de los indígenas de territorios situados fuera del Canadá” y recomendó al Estado parte que “[estudiase] la forma de responsabilizar a las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá”.²⁸

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

De conformidad con el derecho internacional, las víctimas de abusos de los derechos humanos tienen derecho a acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo que significa que las víctimas deben poder recurrir siempre a la vía judicial cuando los demás mecanismos de recurso, como la vía administrativa, se revelen insuficientes. Esto ha sido reconocido de manera explícita por varios organismos de las Naciones Unidas, así como en el contexto regional.²⁹

Para que dichos recursos sean efectivos, deben ser capaces de garantizar que se lleve a cabo una investigación rápida, exhaustiva e imparcial, de poner fin a la vulneración de los derechos si esta continúa produciéndose y de velar por una reparación adecuada, que incluya, si es necesario, restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.³⁰ “A fin de evitar daños irreparables, debe haber medidas provisionales disponibles y los Estados deben respetar las órdenes de órganos judiciales y cuasi judiciales competentes de adoptar tales medidas”.³¹ Además, las víctimas tienen el derecho a conocer verdad sobre los hechos y circunstancias en que ocurrieron las violaciones, información que debe ser revelada al público, siempre que la divulgación no cause más daños a las víctimas. El derecho a la verdad, componente inherente de la satisfacción, ha sido establecido por los Principios y Directrices sobre el Derecho a Reparación de las Naciones Unidas y está recogido asimismo en varias resoluciones de la Comisión y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.³²

LA INTERRELACIÓN ENTRE EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho internacional relativo a los derechos humanos impone a todos los Estados el deber de regular la conducta de particulares, grupos o individuos, incluso de personas jurídicas como las empresas, a fin de garantizar que su conducta no viola los derechos humanos de terceros.³³ Impone también a los Estados la obligación de velar por que existan recursos eficaces disponibles para las víctimas de violaciones de los derechos humanos.³⁴ Ambos deberes son aplicables a situaciones de ámbito transnacional. En otras palabras, estas obligaciones atañen a la conducta que llevan a cabo entidades privadas fuera de su Estado de origen. Los Principios Rectores confirman esta doble obligación,

al señalar que “Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación”, y que dichos obstáculos legales pueden incluir situaciones en las que “los demandantes son víctimas de una denegación de justicia en un Estado de acogida y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen, independientemente del fundamento de la reclamación”.³⁵

De esto se deduce que, en situaciones extraterritoriales, los Estados deben cooperar con el fin de garantizar que cualquier víctima de actividades de agentes no estatales que den lugar a una violación de los derechos humanos tenga acceso a mecanismos de reparación eficaces, preferentemente de naturaleza judicial, y pueda buscar reparación. En situaciones extraterritoriales, el Estado de origen tiene el deber de cooperar con el Estado anfitrión para garantizar que las víctimas tengan acceso a mecanismos de reparación eficaces.³⁶

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

LOS DIFERENTES ENFOQUES NACIONALES

Desde que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011,³⁷ varios países han desarrollado o han empezado el proceso para elaborar Planes de Acción Nacionales (PAN) u otras estrategias gubernamentales para la aplicación de estos Principios Rectores.

Los PAN deberían referirse a la aplicación de todos los Principios Rectores, incluso aquellos que requieren la intervención del Estado para garantizar el acceso a los mecanismos de recurso judicial para las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas.³⁸

Hasta la fecha, la única jurisdicción que se ha mencionado en este informe y que ha elaborado un PAN es el Reino Unido, que publicó su PAN sobre las empresas y los derechos humanos el 4 de septiembre de 2013.³⁹

El hecho de que el Reino Unido haya elaborado un PAN que se aplica a todos los ministerios de su Gobierno y que establece el propósito claro de que las empresas domiciliadas en el Reino Unido respeten los derechos humanos, supone un avance positivo. Sin embargo, el PAN británico se queda corto en su planteamiento del acceso al recurso judicial. Lo que más se acerca el plan a abordar esta cuestión es una declaración sobre el hecho de que la estrategia tiene por objeto “apoyar el acceso a mecanismos de reparación eficaces para las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas dentro de la jurisdicción británica”.⁴⁰ Sin embargo, no existe aún una ayuda gubernamental concreta para facilitar el acceso a mecanismos de reparación eficaces en los Estados en los que ocurren los daños.

Como primer país que adopta un PAN específico sobre la aplicación de los Principios Rectores, se debería felicitar al Reino Unido por su esfuerzo al hacer que su Gobierno avance en la dirección adecuada hacia el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y empresas. Sin embargo, el PAN británico presenta importantes carencias en la tarea de hacer efectiva la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, lo que debe ponerse de manifiesto ya que otros países toman este plan como un ejemplo a seguir.

III. DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS TRANSNACIONALES CONTRA EMPRESAS: OBSTACULOS JURIDICOS Y PRÁCTICOS PARA UN ACCESO EFECTIVO A LOS RECURSOS JUDICIALES

CUESTIÓN 1: DAÑOS EXTRATERRITORIALES: PRESENTACION DE DEMANDAS POR DAÑOS CAUSADOS EN EL EXTRANJERO

Esta parte del informe analiza la cuestión de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de origen de una empresa (el Estado en el que dicha empresa está domiciliada), en virtud de la legislación o de la jurisprudencia, para entender de las demandas presentadas contra empresas por supuestas violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera del Estado. En algunos casos, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de origen para considerar estas demandas es la única vía para obtener reparación, a la vista las numerosas trabas con las que se encuentran los demandantes a la hora de poder entablar acciones judiciales en el Estado anfitrión (en el que tuvo lugar el daño).

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Las demandas que alegan un daño consecuencia de violaciones de derechos protegidos por el derecho internacional, y concretamente por el derecho internacional en materia de derechos humanos, pueden ser presentadas ante los tribunales federales estadounidense invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros⁴¹ o *Alien Tort Statute* (ATS, por sus siglas en inglés), la Ley de protección de víctimas de la tortura⁴² o *Torture Victims Protection Act* (TVPA, por sus siglas en inglés) o como demandas por vulneración de las leyes estatales. Los casos que alegan violaciones de las leyes estatales pueden resolverse tanto ante los tribunales del estado⁴³ o, como ocurre más a menudo, ante los tribunales federales, cuando existe una diversidad de ciudadanía entre el demandante y el demandado, siempre y cuando la demanda exceda 75.000 dólares estadounidenses.⁴⁴ Con frecuencia las demandas por vulneración del derecho estatal de responsabilidad civil se presentan conjuntamente a demandas por violación del ATS.⁴⁵

Hasta la fecha, la mayoría de las causas interpuestas contra empresas por violación de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional son iniciadas por ciudadanos extranjeros ante los tribunales federales como demandas civiles por vulneración del derecho internacional consuetudinario a través de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Rara vez han prosperado las demandas contra empresas que invocan la Ley de protección de víctimas de la tortura ya que esta norma restringe la posibilidad de entablar un proceso contra aquellas personas que actúen a título oficial.⁴⁶

La Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o *Alien Tort Statute*: Antecedentes

El Congreso promulgó la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o *Alien Tort Statute* (ATS, por sus siglas en inglés), como parte integrante de la primera Ley del poder judicial de 1789, con el objeto de otorgar a los tribunales federales competencia sobre demandas por responsabilidad civil realizadas por no ciudadanos, relativas a violaciones del derecho de las naciones o del derecho internacional consuetudinario. Durante casi doscientos años, la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros permaneció por lo general inactiva. Sin embargo, en 1980 un caso histórico del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Filártiga v. Peña-Irala*,⁴⁷ confirmó que era posible invocar esta ley para demandar a alguien independientemente de su nacionalidad y el lugar en el que se hayan producido los abusos.⁴⁸ Desde ese momento se han presentado más de doscientos casos contra empresas por violaciones del derecho internacional consuetudinario invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.⁴⁹ Muchos de ellos han sido desestimados, algunos han concluido en acuerdos y otros muchos siguen pendientes en los tribunales.

Más tarde, en 2004, en el caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó que los tribunales federales pueden resolver demandas por violaciones del derecho internacional consuetudinario, independientemente de donde hayan tenido lugar las violaciones.⁵⁰ Concretamente, el Tribunal determinó que la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros es una ley sobre la competencia de los tribunales de justicia que establece que los tribunales federales pueden utilizar los poderes que les otorga el derecho común para entender de casos de violaciones del derecho internacional definidas de forma concreta y que sean reconocidas de forma universal como violaciones graves del derecho internacional, como puede ser el derecho internacional consuetudinario.⁵¹ El Tribunal instó a los tribunales federales inferiores a examinar con prudencia los casos que les fueran sometidos para considerar si podían o no causar complicaciones en materia de política exterior.⁵² Asimismo el Tribunal indicó también, en una nota al pie, la posibilidad de requerir que se agotaran las vías judiciales en el Estado en el que hubieran ocurrido el daño.⁵³

i. Las demandas presentadas en los tribunales de los Estados Unidos de América por violaciones de los derechos humanos según el derecho internacional invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.

En 2013, surgió en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co. (Kiobel)*⁵⁴ el que tal vez constituye el mayor obstáculo al acceso al recurso judicial contra los abusos de los derechos humanos ocurridos fuera de los Estados Unidos. En *Kiobel* el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que la presunción contra la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense⁵⁵ debía aplicarse a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros a pesar de ser esta tan solo una ley sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales.⁵⁶ Al examinar la cuestión de la presunción contra la extraterritorialidad, el Tribunal Supremo dejó abierta la posibilidad de que las demandas que “afecten y conciernan al territorio de los Estados Unidos (...) con fuerza suficiente” puedan rebatir la presunción contra la aplicación extraterritorial del ATS.⁵⁷ Finalmente, el Tribunal indicó que debido a que las

empresas a menudo tienen presencia en muchos Estados, la “mera presencia” de una empresa en los Estados Unidos no significa que se cumple el requisito relativo a “afectar y concernir”, necesario para obviar dicha presunción.⁵⁸

Aún no está clara la repercusión que puede tener el caso *Kiobel* sobre las futuras demandas por responsabilidad presentadas al amparo del ATS cuando el daño que da lugar a la demanda ocurra en el extranjero. Los juristas concuerdan en afirmar que el caso *Kiobel* supone una barrera para las personas que quieran utilizar la vía judicial contra la participación de las empresas en violaciones de los derechos humanos ocurridas fuera de los Estados Unidos.⁵⁹ Sin embargo, no todos están de acuerdo en valorar hasta qué punto resulta fácil obviar la presunción tal como se aplica en la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Muchos juristas opinan que los tribunales pueden decidir la procedencia de obviar la presunción en algunos casos, como cuando 1) la parte demandada sea una empresa de los Estados Unidos, 2) parte del proceso de toma de decisión que dio lugar a los abusos tuvo lugar en los Estados Unidos, 3) los productos resultantes de la actividad ilegal se importan en los Estados Unidos, 4) tienen lugar graves violaciones de los derechos humanos cometidas por una empresa con actividad comercial en los Estados Unidos, 5) los intereses de los Estados Unidos se ven afectados de alguna manera o 6) cualquier combinación de los factores anteriores.⁶⁰ Además, estas mismas personas señalan el hecho de que la mayoría de los magistrados implicados en el fallo del caso *Kiobel* parecían sugerir que determinados factores que “afectaban y concernían” a los Estados Unidos, como las violaciones graves de los derechos humanos, podrían tener fuerza suficiente para obviar la presunción contra la extraterritorialidad.⁶¹ De hecho, en al menos tres casos posteriores a *Kiobel* —aunque aún suponen una minoría— los tribunales inferiores han considerado que podía obviarse la presunción y no han desestimado los casos.⁶² Otros piensan que dicha presunción tan solo podrá ser obviada en unos pocos casos y que, por razones prácticas, *Kiobel* supone la sentencia de muerte para los procesos que invocan la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros para abusos cometidos fuera del territorio. De hecho, parece ser que la gran mayoría de los tribunales federales inferiores está aplicando el caso *Kiobel* de modo impreciso y general, desestimando causas simplemente porque los presuntos hechos ilegales tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos.⁶³

ESTUDIO DE CASO

Al Shimari v. CACI

Cuatro detenidos iraquíes en Abu Ghraib que supuestamente fueron sometidos a torturas por contratistas militares y civiles de la defensa estadounidense, empleados por CACI International, Inc., una empresa de los Estados Unidos, presentaron una acción legal contra esta empresa que incluía acusaciones formuladas según la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. El 26 de junio de 2013, el juez Lee del Distrito Oriental de Virginia desestimó el caso basándose en la sentencia *Kiobel*.⁶⁴ El tribunal determinó que no se podía obviar la presunción contra la extraterritorialidad de la demanda según la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros debido a que los abusos tuvieron lugar exclusivamente en Iraq.⁶⁵ Los demandantes presentaron un escrito de apelación ante el Tribunal de Apelación del Cuarto Distrito en octubre de 2013.⁶⁶

Para más información sobre este caso, consulte el caso de estudio completo, que se encuentra en el Apéndice.

ii. Las demandas por violaciones de la legislación estatal y/o por ilícitos civiles transitorios

La sentencia del caso *Kiobel* probablemente venga a significar que muchos casos iniciados en los Estados Unidos contra empresas por su papel en abusos cometidos en el extranjero contra los derechos humanos serán presentados por vulnerar la legislación estatal ante tribunales estatales o federales, en caso de que exista diversidad de jurisdicción.⁶⁷ Por lo general, tales demandas se refieren principalmente, y probablemente así seguirá siendo, a violaciones de la legislación estatal en materia de responsabilidad civil según el derecho común o a ilícitos civiles transitorios con arreglo a las leyes del Estado anfitrión, dependiendo del análisis del derecho aplicable (conflicto de leyes) que realice el tribunal del estado.⁶⁸

De forma general, con algunas excepciones, las demandas por ilícitos civiles transitorios pueden presentarse contra demandados sobre los que el tribunal de justicia ejerce competencia en razón de la persona⁶⁹ siempre que la conducta en cuestión pudiera dar lugar a una acción judicial en el Estado anfitrión en el que ocurrió, toda vez que esto no sea contrario a la política pública del estado del foro.⁷⁰ A veces, el caso puede ser presentado con arreglo al derecho sustantivo del Estado del foro, siempre y cuando este tenga un interés significativo en la materia.⁷¹ Sin embargo, existen otros obstáculos potenciales relacionados el hecho de que los actos ocurran en el extranjero, como la doctrina del

La competencia personal: Una cuestión en alza

Para que un órgano jurisdiccional sea competente para entender de una causa y para ejecutar la sentencia, debe tener la capacidad de afirmar su poder judicial o de declararse competente sobre el demandado.⁷² En los Estados Unidos, para poder afirmar constitucionalmente la competencia personal sobre un demandado, se debe demostrar que el demandado tiene una vinculación mínima suficiente, definida como “sistemática y continua” con el estado en el que tiene su sede el tribunal.⁷³

Una empresa constituida en la jurisdicción de la que se trate, o que tiene una oficina en ella, cumple claramente con los requisitos relativos a la competencia personal. Sin embargo, cuando se trata de empresas que realizan actividades económicas en un estado determinado, todo depende en gran parte del nivel y de la importancia de la actividad que llevan a cabo y de cómo esté estructurada la empresa. Algunos demandantes han solicitado con éxito a los tribunales que afirmen su competencia personal sobre empresas domiciliadas en el extranjero alegando el hecho de que tienen un agente que desarrolla actividades comerciales en los Estados Unidos. Así, en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito estimó que, para determinar si dos empresas poseían actividad comercial en Nueva York y por tanto que estuviesen sujetas a la competencia personal en ese lugar para casos relativos a derechos humanos en los que se invoca la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, era suficiente la existencia en esa ciudad de una oficina de relaciones con inversores de dos filiales de las empresas extranjeras.⁷⁴ El tribunal consideró que la oficina de relaciones con inversores de Nueva York actuaba como “agente” de las empresas matrices porque todo el trabajo de dicha oficina estaba destinado a las actividades comerciales de estas empresas, que, además, financiaban en su totalidad los gastos de la oficina y, por otra parte, la oficina pedía la aprobación de la empresa para tomar decisiones importantes.⁷⁵

En *Bauman v. DaimlerChrysler*, el Noveno Circuito convino en que la filial, participada en su totalidad por la empresa matriz de los Estados Unidos, era su agente a efectos de competencia personal general.⁷⁶ En el momento de imprimir este informe, el Tribunal Supremo había revocado la decisión anterior y había considerado que un tribunal puede afirmar competencia personal sobre una empresa siempre y cuando dicha empresa esté constituida o desarrolle su principal actividad comercial en el estado del foro en cuestión.⁷⁷ Tal como en el caso *Kiobel* esta decisión podría tener amplias repercusiones sobre los litigios de derechos humanos en los Estados Unidos.

forum non conveniens, a la que nos hemos referido en la Cuestión 2, así como elementos relacionados con la competencia personal sobre el demandado.

Además, es posible que se produzca un aumento de las demandas presentadas por violaciones del derecho internacional consuetudinario acogiéndose a la teoría de que el derecho común estatal ha incorporado históricamente el derecho internacional consuetudinario.⁷⁸ Los demandados en ese tipo de causas pueden argumentar que la legislación federal prevalece en estas demandas o que la doctrina de prevalencia de los asuntos exteriores dicta que la ley federal en estas demandas desplaza la aplicación de las leyes estatales.⁷⁹ Sin embargo, habida cuenta de que la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros no proporciona competencia *exclusiva* a los tribunales federales, única competencia concurrente de los órganos jurisdiccionales estatales y federales, y considerando las limitaciones que el caso *Kiobel* ha impuesto al ATS, la cuestión de la prioridad del derecho federal no debería suponer un gran obstáculo. En la medida en que se apele a la prevalencia federal en casos relacionados con violaciones del derecho general del estado sobre responsabilidad civil según el derecho común, dicha prioridad parece inapropiada teniendo en cuenta que no existe un equivalente federal para ese tipo de demandas. Sin duda, es indudable que algunos órganos jurisdiccionales continuarán desestimando estas demandas de forma inapropiada, en virtud de algún tipo de análisis que puedan realizar sobre la prioridad federal. De hecho, al menos un tribunal federal ha desestimado demandas presentadas con arreglo a las leyes estatales por prevalencia de los asuntos exteriores, pero parece que tan solo un tribunal federal ha actuado de este modo.⁸⁰

B. CANADÁ

Canadá carece de una legislación que permita motivar una demanda alegando violaciones del derecho internacional y, hasta ahora, no ha prosperado ningún intento de argumentar que las demandas por violaciones del derecho internacional pueden ser presentadas al amparo del derecho común canadiense. Desde 2009 se ha presentado ante el parlamento de Canadá una ley para otorgar a los órganos jurisdiccionales competencia para conocer de demandas por violaciones del derecho internacional consuetudinario,⁸¹ aunque finalmente no fue aprobada.⁸² El actual proyecto de ley es un texto que permitiría al Tribunal Federal canadiense ser competente en casos que planteen una vulneración del derecho internacional o de un tratado suscrito por Canadá, y que sean presentados por personas de nacionalidad no canadiense cuando dicha vulneración ocurre en un Estado o territorio extranjero.⁸³ En Canadá, la mayoría de las demandas de responsabilidad civil contra empresas que implican violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero son por violaciones de las leyes de la provincia.⁸⁴ Este tipo de demandas son aplicables a los actos extraterritoriales de las empresas. A pesar de la gran cantidad de empresas mineras y extractivas que existen en Canadá, las demandas por vulneración de las leyes de la provincia que implican violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero siguen siendo relativamente novedosas, aunque su número va en aumento.⁸⁵

C. LOS ESTADOS EUROPEOS

El Reglamento Bruselas I⁸⁶ establece la obligación de que los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la UE acepten su competencia sobre casos de responsabilidad civil presentados contra demandados en el Estado del foro, con independencia de la nacionalidad del demandado o del demandante y, en casos de responsabilidad extracontractual, allí donde fue ocasionado el daño.⁸⁷ El artículo 60.1 de este Reglamento establece que “una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal”.

En los últimos años, las víctimas de las actividades de empresas domiciliadas en la Unión Europea han recurrido cada vez con más frecuencia al Reglamento Bruselas I para exigir responsabilidades a las empresas causantes de daños resultantes de violaciones de los derechos humanos cometidas en otros Estados.⁸⁸ Cabe destacar que las normas sobre competencia establecidas en el Reglamento Bruselas I no son exhaustivas. Cuando el demandado no está domiciliado en uno de los Estados miembros de la UE y en la medida en que no exista otro órgano jurisdiccional en la Unión Europea competente sobre el caso, los Estados miembros pueden ampliar libremente la competencia de sus tribunales más allá de las normas mínimas prescritas por el Reglamento. Más adelante se hace referencia a algunos ejemplos de la Unión Europea, así como de Suiza, que al no formar parte de la UE no está sujeta al Reglamento Bruselas I.

ESTUDIO DE CASO

*Cuatro Campesinos del Delta del Níger v. Dutch Shell*⁸⁹

Los campesinos que presentaron la demanda contra Royal Dutch Shell y su filial nigeriana tuvieron que hacer frente a gran número de dificultades prácticas para lograr sacar adelante el caso en los tribunales neerlandeses. Sin embargo, el Reglamento Bruselas I permite a los tribunales entender de casos contra empresas domiciliadas en la Unión Europea cuando los demandantes aleguen daños extraterritoriales y, debido a que el tribunal neerlandés había considerado que la demanda contra la empresa matriz neerlandesa domiciliada en el país y la demanda contra su filial nigeriana estaban tan vinculadas que no deberían separarse, la cuestión de la competencia no suponía una barrera en este caso emblemática.⁹⁰

Para más información sobre este caso, consulte el caso de estudio completo, que se encuentra en el Apéndice.

i. Francia

En Francia se deduce de los artículos 14 y 15 del Código Civil que los órganos jurisdiccionales franceses pueden ser competentes para conocer de cualquier demanda civil presentada contra un ciudadano francés, cuando no exista ningún otro motivo para el ejercicio de la competencia.⁹¹

ii. Alemania

En Alemania, la situación es la siguiente:

En los casos contra demandados extranjeros, la sección 23.1) del Código de Procedimiento Civil declara competentes a los tribunales civiles para conocer de cualquier tipo de reclamación pecuniaria, como las reclamaciones por daños, cuando los bienes del demandante estén ubicados en Alemania. El fuero aplicable a los bienes es un concepto bastante atractivo, ya que cualquier demandante, incluso extranjero, puede acceder a él y se otorgará a los demandantes una sentencia ejecutable sobre los bienes de los demandados en Alemania sin necesidad de exequátur. Si el demandado extranjero tiene una reclamación de pago contra un deudor alemán, la sección 23 considera dicha demanda como un bien situado en Alemania. Esto significa, entre otras cosas, que una demanda de pago de un productor o constructor extranjero contra cualquier comprador u ordenante alemán logrará que el tribunal se declare competente contra ese productor o constructor extranjero.⁹²

iii. Los Países Bajos

Los tribunales neerlandeses pueden declararse competentes sobre empresas no pertenecientes a la Unión Europea cuando las demandas contra estas estén tan estrechamente vinculadas a demandas contra empresas sobre las que los tribunales neerlandeses sean competentes que se considere justificado por motivos de eficacia la resolución conjunta de ambas demandas.⁹³ No resulta relevante si, al final, la empresa matriz es declarada responsable, ya que la posibilidad de que la matriz sea declarada responsable es motivo suficiente para que un tribunal neerlandés se declare competente sobre empresas no domiciliadas en los Países Bajos. Además, en los Países Bajos existe un motivo para el ejercicio de la competencia civil internacional sobre demandas que normalmente no estarían incluidas en ninguno de los otros supuestos de competencia cuando no existe ninguna posibilidad efectiva de presentar estas demandas ante foros extranjeros.⁹⁴ Más adelante se presentará en detalle este concepto, denominado *forum necessitatis* o foro de necesidad.

iv. El Reino Unido

A pesar de que en el Reino Unido no existe ninguna legislación que proporcione fundamento para presentar demandas contra empresas en ese Estado por actividades extraterritoriales que violen los derechos humanos, se pueden entablar acciones judiciales por actividades extraterritoriales en virtud del derecho común. Todas las acciones iniciadas en el Reino Unido por daños en materia de derechos humanos relacionados con las empresas lo han sido principalmente alegando una vulneración del derecho de responsabilidad civil, sobre el que normalmente rige el derecho común y no la legislación.

Además, los órganos jurisdiccionales del Reino Unido han sido competentes para conocer de causas por daños ocasionados por empresas fuera del Estado en virtud del Reglamento Bruselas I. En uno de los casos, un tribunal de justicia del Reino Unido aplicó el Reglamento Bruselas I y se declaró competente sobre una empresa británica en una demanda relativa a su implicación por vertido de residuos tóxicos en Costa de Marfil.⁹⁵

Asimismo, los tribunales del Reino Unido reconocen la posibilidad de incluir a una filial extranjera como codemandada en una demanda presentada contra la empresa matriz con sede en el Reino Unido, siempre y cuando el demandante pueda justificar que la filial es parte propia y necesaria en la demanda. Así, en 2009 un grupo de personas peruanas entablaron un proceso contra la empresa minera Monterrico Metals, con sede en el Reino Unido, y contra su filial peruana, Rio Blanco Copper, alegando complicidad en la represión violenta de los manifestantes contra su proyecto minero.⁹⁶

v. Suiza

En principio, existe la posibilidad de que un tribunal suizo resuelva demandas contra empresas domiciliadas en su territorio por vulneración del derecho internacional.⁹⁷ Suiza no forma parte de la Unión Europea y por tanto no está sujeta al Reglamento Bruselas I, pero la situación es idéntica a la que se aplica en un Estado miembro de la UE en virtud de dicho Reglamento. Así, los órganos jurisdiccionales suizos son en principio competentes para resolver demandas contra demandados domiciliados en el país, independientemente de si el daño fue causado en Suiza o no.⁹⁸

La competencia de los tribunales suizos, ejercida según las normas anteriormente descritas es de obligado cumplimiento y los tribunales no pueden rechazar una demanda presentada ante ellos si son competentes. La única excepción es cuando la demanda carece de vinculación clara con Suiza.⁹⁹

CUESTIÓN 2: LA DOCTRINA DEL *FORUM NON CONVENIENS*

Esta parte del informe está dedicada al análisis de la doctrina del *forum non conveniens*. Esta doctrina, cuando se aplica, permite que los órganos jurisdiccionales impidan que un caso siga adelante en la jurisdicción en la que se presenta alegando que existe otra jurisdicción ostensiblemente más “conveniente” para las partes y los testigos.

¿Deberían presentarse las demandas primero en el Estado anfitrión?

Algunos abogados opinan que en vez de presentar demandas por supuestas violaciones de los derechos humanos en los Estados de origen de las empresas, los litigantes deberían centrar su esfuerzo en presentar estas demandas en los Estados anfitriones, trabajando con abogados locales especializados en derechos humanos, para así generar capacidad legislativa en estos países. Todos los abogados concuerdan en que, en un mundo ideal, debería existir un estado de derecho en los Estados anfitriones capaz de garantizar un sistema judicial estable que reconociese las violaciones de los derechos humanos y proporcionase mecanismos de reparación adecuados. Sin embargo, existen muchas dificultades para que esto sea cierto, entre las cuales cabe citar:

1. La capacidad de los Estados anfitriones para resolver demandas: A menudo los Estados anfitriones carecen de sistemas judiciales estables y pueden presentar dificultades añadidas, como corrupción, que incidan negativamente en el poder judicial y en el estado de derecho.
2. Persecución de las víctimas: Muchas víctimas y testigos pueden ser perseguidas en el Estado de acogida si emprenden acciones judiciales por vulneración de los derechos humanos, especialmente si la demandada es una empresa.
3. Tradición legal y cultura: Muchos Estados no reconocen la cultura del trabajo jurídico gratuito y puede resultar difícil para los abogados que sus esfuerzos se vean recompensados. Esta misma situación ocurre también en algunos Estados de origen de las empresas.
4. Costas procesales: Muchos Estados no contemplan el establecimiento de pagos de contingencia para garantizar, llegado el caso, el pago de la pretensión del demandante. En muchos países la parte que pierde el proceso debe hacerse cargo del pago de las costas procesales de ambas partes, lo que supone un obstáculo que impide que los abogados locales acepten casos relativos a los derechos humanos y que las víctimas quieran demandar. Esta misma situación se da también en algunos Estados de origen de las empresas.

Cuando existen estos problemas, es importante disponer de un foro alternativo en el que presentar la demanda por abusos de los derechos humanos cometidos por empresas. Llevar a cabo acciones judiciales en el Estado de origen de la empresa proporciona la oportunidad de acceder a un recurso judicial efectivo en caso de que los obstáculos en el Estado anfitrión sean insalvables.

En último término, el hecho de que las demandas se presenten en el Estado de origen no significa que no puedan llevarse a cabo otras estrategias de actuación en el Estado anfitrión en cuestión. En los Estados Unidos, por ejemplo, puede ser necesario agotar la vía judicial en el país de origen o establecer que los recursos judiciales disponibles allí son inútiles antes de presentar una demanda y, por ello, cabe suponer que las víctimas han intentado agotar esta vía judicial local antes de presentar una demanda ante los órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos.¹⁰⁰ Además, llevar a cabo acciones judiciales en el Estado de origen puede tener un efecto positivo, ya que a menudo puede servir de catalizador para que se inicien procesos judiciales en el Estado anfitrión y de ese modo acabar con el patrón de impunidad.

Por otra parte, hay determinados agentes en los países de origen con capacidad para influir en el comportamiento de las empresas. Presentar demandas en un foro en el que es más probable que las partes interesadas estén familiarizados con los mecanismos judiciales puede resultar beneficioso. Por ejemplo, los directivos de la empresa matriz deberían tener que explicar las prácticas problemáticas de su empresa a sus colegas de otras empresas y al público en general en su propio contexto social y político. Los accionistas, que deberían interesarse por el modo en que las empresas actúan en materia de derechos humanos, deberían estar informados de las acusaciones y de las acciones judiciales contra su empresa. Por otra parte, los consumidores que se benefician de los productos fabricados en condiciones inhumanas deberían estar plenamente informados de las consecuencias y del daño ocasionado por la fabricación de determinados productos.

Consulte el Apéndice de estudio de casos para leer ejemplos de procesos que han tenido lugar simultáneamente en el Estado de origen y en el Estado anfitrión.

En el contexto de casos contra empresas, esto normalmente viene a significar que el caso es desestimado en el Estado del foro con la esperanza de que sea admitido en el Estado anfitrión, donde ocurrió la violación o el daño. Sin embargo, el Estado anfitrión puede no disponer de un sistema judicial tan independiente, funcional o estable como el del Estado del foro, puede carecer de mecanismos que compensen de una manera suficiente a las víctimas por el daño causado o puede incluso que el Gobierno no desee o no permita que el caso siga adelante, ya sea debido a corrupción o a complicidad. Además, puede resultar más arriesgado para las víctimas plantear el caso en el Estado anfitrión, bien porque su identidad será posteriormente más conocida de lo que lo sería si el proceso se inicia en otro lugar o por la inexistencia de un estado de derecho. Una de las razones por las que esta cuestión resulta tan crítica es debido a que las estadísticas indican que “el noventa y nueve por ciento de los casos desestimados por motivos de *forum non conveniens* en los estados Unidos, por una u otra razón, nunca vuelven a presentarse”¹⁰¹ en el foro alternativo, por lo que las víctimas quedan desprovistas de cualquier tipo de reparación.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En los Estados Unidos, los órganos jurisdiccionales pueden desestimar un caso por motivos de *forum non conveniens* alegando que existe otro foro, normalmente el del Estado anfitrión, que resulta más “conveniente” ya que es donde se hallan las partes, los testigos y las pruebas, siempre y cuando el Estado anfitrión disponga de un sistema judicial funcional que haga posible una reparación adecuada.¹⁰² En aplicación del derecho común federal, los órganos jurisdiccionales estiman que es apropiado desestimar un caso por motivos de *forum non conveniens* cuando 1) existe un foro alternativo adecuado que es competente sobre el caso en su conjunto, incluyendo a todas las partes, 2) todos los elementos relevantes de interés privado favorecen al foro alternativo, habiendo sopesado una fuerte presunción en contra de las molestias ocasionadas por el foro inicial elegido por el demandante, 3) si el equilibrio de los intereses particulares es aproximadamente el mismo, el tribunal puede hallar que existen elementos de interés público que inclinen la balanza en favor de que el proceso se presente en el foro alternativo, y cuando (4) el juez de instrucción garantice a los demandantes que es posible plantear el caso en el foro alternativo sin causar inconvenientes o perjuicios injustificados.¹⁰³

i. El *Forum non conveniens* a escala federal

Salvo escasos ejemplos, el principio de *forum non conveniens* todavía no supone un obstáculo significativo para acceso a la reparación judicial ante los tribunales federales de los Estados Unidos en los casos de violaciones de los derechos humanos, sobre todo las cometidas por empresas, cuando se invoca la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.¹⁰⁴ Sin embargo, la desestimación de casos por motivos de *forum non conveniens* puede ser un obstáculo para las víctimas, como ha ocurrido en algunas ocasiones.

Por ejemplo, en el caso *Aguinda v. Texaco, Inc.*, ciudadanos peruanos y ecuatorianos presentaron dos acciones de clase putativas en las que acusaban a la empresa petrolera de contaminar la selva tropical y los ríos de ambos Estados, causando daños ambientales y lesiones personales.¹⁰⁵ El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la decisión de desestimarla por motivos de *forum non conveniens* cuando la empresa petrolera aceptó el litigio en Perú y Ecuador, al estimar que los órganos jurisdiccionales de Ecuador constituían un foro alternativo adecuado. Esta decisión es la que llevó al fallo dictado por los tribunales ecuatoriales, que Chevron, empresa posteriormente adquirida por Texaco, disputa desde entonces ante los órganos jurisdiccionales estadounidenses. Véase el caso en detalle en el cuadro de texto más adelante.

Tal vez uno de los casos más conocidos de una empresa implicada en asuntos de derechos humanos desestimado por motivos de *forum non conveniens* es el de *Bhopal v. Union Carbide Corporation*, en el que miles de personas fallecieron a consecuencia de una fuga y una explosión de gas en 1984 en las

afueras de Bhopal, India, y las víctimas reclamaron daños y perjuicios.¹⁰⁶ El caso fue desestimado por motivos de *forum non conveniens* a pesar de que el presidente del Tribunal Supremo de la India afirmó que la única posibilidad que tenían las víctimas de lograr reparación residía probablemente en una acción judicial en los Estados Unidos, debido a la grave acumulación de casos en la India y, según otros especialistas jurídicos indios, los órganos jurisdiccionales del país eran incapaces de resolver un caso de tal complejidad.¹⁰⁷ Cuando los tribunales estadounidenses desestimaron el caso por motivos de *forum non conveniens*, las personas de Bhopal y la Union Carbide alcanzaron un acuerdo negociado con intermediación del Gobierno de la India, con una solución “íntegra y definitiva” de 470 millones de dólares, que incluía cualquier demanda posterior.¹⁰⁸ Sin embargo, dicho acuerdo fue ampliamente criticado por proporcionar una reparación ineficaz para las víctimas, ya que el arreglo supuso una compensación de entre 2.500 y 7.500 dólares americanos por persona para los fallecidos y entre 1.250 y 5.000 dólares para los afectados por una incapacidad permanente.¹⁰⁹

ii. El *Forum Non Conveniens* a escala del estado

Donde tendrá probablemente más repercusión la doctrina del *forum non conveniens* será en los casos planteados en virtud de las leyes estatales, que, a la vista del caso *Kiobel*, experimentarán un aumento. De hecho, el *forum non conveniens* ya ha demostrado ser un obstáculo significativo para las víctimas que plantean casos con arreglo al derecho del estado sobre responsabilidad civil por hechos ocurridos en el extranjero.¹¹⁰

La doctrina del *forum non conveniens* según las leyes estatales puede diferir del *forum non conveniens* federal. Por ejemplo, en Texas, tras la sentencia de un tribunal de justicia del estado aboliendo legalmente la doctrina del *forum non conveniens*, el poder legislativo del estado de Texas respondió aprobando una ley que permitiese desestimar casos por motivo de *forum non conveniens*, lo que impone una pesada carga al demandante, que es quien elige el foro en primer lugar.¹¹¹ En Florida, los tribunales han continuado ampliando la doctrina estatal del *forum non conveniens*, hasta el punto de defender que “no debe tenerse en cuenta la elección del foro realizada por un demandante extranjero”.¹¹²

Además, Florida ha aplicado su doctrina de *forum non conveniens* desestimando casos incluso cuando un Estado extranjero ha aprobado leyes de bloqueo que impiden que sus órganos jurisdiccionales entiendan de causas desestimadas en los Estados Unidos por *forum non conveniens*. En el caso *Scotts Co. v. Hacienda Loma Linda*, un tribunal del estado de Florida desestimó una causa planteada por un demandante que acusaba al producto del demandado de dañar sus cultivos de orquídeas, alegando *forum non conveniens*.¹¹³ Un tribunal panameño ya había rechazado declararse competente sobre este proceso debido a la promulgación de la ley de ese Estado que establecía el bloqueo.¹¹⁴ A pesar de que esto suponía que era prácticamente imposible para los demandantes recurrir al foro panameño, el tribunal de apelaciones de Florida estimó que la presentación de la demanda del demandante en Florida era improcedente.¹¹⁵

El caso *Aldana v. Del Monte Fresh Produce N.A., Inc.*¹¹⁶ es un ejemplo de cómo esta doctrina ha desprovisto a las víctimas de acceso a reparación. En esta causa, planteada por siete guatemaltecos que habían sido supuestamente torturados por ser líderes de un sindicato nacional, un tribunal de distrito federal desestimó el caso por motivo de *forum non conveniens* y el Tribunal de Apelaciones del Décimo Primer Circuito confirmó esta decisión, a pesar de entender que los demandantes no podrían presentar el caso en Guatemala.¹¹⁷ Las demandas presentadas en virtud de las leyes del estado fueron desestimadas por el mismo motivo. Cuando el caso fue desestimado por los tribunales estadounidenses, los demandantes presentaron una petición en Guatemala para obtener reparación por la violación de sus derechos humanos.¹¹⁸ Sin embargo, el tribunal guatemalteco desestimó el caso, entendiendo que no era competente. Según la ley guatemalteca, los órganos jurisdiccionales del país no pueden entender de un caso si el demandante ya lo ha planteado ante otra jurisdicción, en esta ocasión, Florida.¹¹⁹ Los demandantes solicitaron que el caso fuera readmitido por el tribunal de distrito federal, pero fue rechazado. Su readmisión está actualmente pendiente de que se resuelva en apelación.¹²⁰

La ejecución de las sentencias de las causas judiciales cuando los demandantes vuelven presentar el caso ante los tribunales del Estado anfitrión

La ejecución de las sentencias dictadas en el Estado de origen es una cuestión que plantea dificultades cuando la demanda ha sido desestimada por motivos de *forum non conveniens* y los casos siguen adelante en el Estado anfitrión. Un ejemplo de lo anterior es el caso contra Chevron, relativo a supuestos daños causados en la Amazonía como consecuencia de las labores de extracción de petróleo de Texaco en Ecuador. Este caso se abrió inicialmente contra Texaco, antes de que fuese adquirida por Chevron.

El caso, *Aguinda v. Texaco, Inc.*,¹²¹ fue desestimado en los Estados Unidos alegando *forum non conveniens* una vez que Texaco aceptó someterse a la jurisdicción de los tribunales ecuatorianos y renunciase a cualquier defensa en razón de las leyes de prescripción. Cuando se desestimó la demanda en los Estados Unidos, los demandantes volvieron a presentar el caso contra Chevron en Lago Agrio, Ecuador. En 2011, el tribunal ecuatoriano dictó sentencia a favor de los demandantes, condenando a Chevron al pago de más de 18.000 millones en concepto de reparación por los daños ambientales causados.¹²² Chevron se negó a realizar este pago, alegando que era un fraude motivado por la presión política. Tras dos años de atravesar por diversas dificultades y varias sentencias judiciales en Ecuador, Chevron continuó negándose a pagar. En noviembre de 2013, el Tribunal Supremo de Ecuador confirmó la sentencia contra Chevron, pero redujo el importe que debía pagar a poco más de la mitad, tras decidir que un juez de apelación había duplicado erróneamente la sanción.¹²³ A pesar de todo, ordenó a Chevron el pago de 9.500 millones a los demandantes que vivían en la selva que supuestamente había contaminado. Chevron ha reiterado su opinión de que “la sentencia del Lago Agrio sigue siendo en la actualidad tan ilegítima e inaplicable como lo era cuando fue dictada hace tres años”¹²⁴ La empresa, con sede en San Ramón, California, carece prácticamente de bienes en Ecuador,¹²⁵ por lo que las víctimas podrían quedar desamparadas.

En diciembre de 2006, y posteriormente también en septiembre de 2009, Chevron inició un procedimiento de arbitraje internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, alegando que el Gobierno de Ecuador había infringido un tratado bilateral de inversión entre los Estados Unidos y Ecuador.¹²⁶ Chevron afirmó que el Gobierno de Ecuador había violado el derecho internacional al ejercer presión indebida sobre el poder judicial comprometiendo de ese modo la independencia de los jueces. Chevron ganó ese proceso arbitraje y los demandantes que trataron de impedir su aplicación perdieron ante un tribunal federal estadounidense.¹²⁷ Además, Chevron presentó una demanda por asociación delictiva contra los abogados de los demandantes y sus representantes en un tribunal federal estadounidense en febrero de 2011.¹²⁸ La demanda alegaba que los abogados de los demandantes y sus representantes habían conspirado para extorsionar a Chevron y obtener 113.000 millones de la empresa a través de las acciones judiciales llevadas a cabo en Ecuador.¹²⁹ Por otra parte, Chevron intentó obtener un mandato judicial para evitar tener que pagar indemnización por daños, si bien no lo logró.¹³⁰ Continúa siendo objeto de litigio resolver si Chevron está obligada o no a pagar. Independientemente de su resolución, este caso ilustra claramente el riesgo que supone para todas las partes involucradas en una causa, las desestimaciones con motivo de *forum non conveniens*.

B. CANADÁ

El *forum non conveniens* sigue constituyendo un obstáculo potencial para las víctimas que busquen obtener reparación por vía judicial en Canadá actuando contra empresas por su papel en violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero, a pesar de que algunos juristas sugieren que ya no supone una barrera tan significativa como antes. La cuestión del *forum non conveniens* no ha sido

sometida a juicio en el contexto de un caso de derechos humanos internacionales contra una empresa en ninguna de las jurisdicciones de derecho común de Canadá, salvo en Quebec (ver más adelante), por lo que no está claro cuál podría ser la situación.

El *forum non conveniens* ha sido adoptado por todos los órganos jurisdiccionales de Canadá en las provincias de derecho común¹³¹ y ha sido codificado en la Columbia Británica.¹³² El fallo más decisivo en la jurisprudencia de derecho común, a este respecto, fue el *Van Breda Club Resorts Ltd. v. Van Breda*.¹³³ En este caso, el Tribunal Supremo de Canadá decidió que para que un tribunal pudiera desestimar un caso con motivo del *forum non conveniens* el demandado¹³⁴ debía demostrar la existencia de un foro alternativo “claramente más apropiado” y que, a la vista de las características de este foro alternativo, sería más justo y más eficaz someter el caso a juicio en el foro alternativo en cuestión.¹³⁵ El Tribunal explicó que los factores a tener en cuenta varían de un caso a otro y declaró que entre ellos “cabe incluir la ubicación de las partes y de los testigos, el costo de transferir el caso a otra jurisdicción o de rechazar su suspensión, la repercusión que transferirlo pudiera tener sobre el desarrollo del litigio o sobre procedimientos relacionados o paralelos, la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias, los problemas relacionados con el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, así como la fuerza de las vinculaciones de ambas partes”.¹³⁶

El derecho civil de Quebec establece que el Tribunal puede inhibirse si considera que existe un tribunal extranjero en mejor posición para entender de la demanda. El texto legal dice así: “Incluso cuando una autoridad de Quebec es competente para entender de un litigio, puede, de forma excepcional y a solicitud de una de las partes, inhibirse si considera que las autoridades de otro Estado están en mejor situación para decidir”.¹³⁷

El que fuera probablemente el primer caso de derechos humanos contra una empresa inscrita en Canadá, *Recherches International du Quebec v. Cambior, Inc.*,¹³⁸ fue desestimado por motivos de *forum non conveniens*. En 1995, el embalse de relaves de la mina de oro de Omai perteneciente a la empresa Cambior falló, ocasionó un vertido de más de tres mil litros de residuos tóxicos en el río Esequibo y contaminó el suministro de agua de muchos indígenas. Miles de ellos demandaron a Cambior en Quebec, si bien el juez desestimó el caso, al considerar que el foro apropiado era Guyana y que los demandantes no tenían derecho a acogerse al foro de Quebec. Otro de los escasos procesos de derechos humanos planteados en Canadá es el caso *Bilin Village Council v. Green Park*, desestimado por motivos de *forum non conveniens*.¹³⁹ En julio de 2008, el Consejo Municipal de la población de Bilin (Palestina) presentó una demanda ante el Tribunal Superior de Quebec contra Green Park International Ltd., alegando que la empresa y su director estaban participando en la comisión de crímenes de guerra al colaborar con la construcción de asentamientos en territorio palestino.¹⁴⁰ En septiembre de 2009, el Tribunal desestimó el caso por motivos de *forum non conveniens* alegando que había muy escasa conexión entre Quebec y los hechos sucedidos en Palestina y que sería más adecuado que el caso fuese oído por el Tribunal Superior de Justicia de Israel.¹⁴¹ El Tribunal distinguió la doctrina de *forum non conveniens* canadiense de la aplicada en los Estados Unidos y señaló que el Congreso estadounidense había declarado a sus tribunales específicamente competentes para entender de las demandas relacionadas con los abusos de los derechos humanos.

Los demandantes de otro caso, *Association canadienne contre l'impunité (ACCI) v. Anvil Mining Ltd.*,¹⁴² relacionado con violaciones de los derechos humanos en el sector minero ocurridas en la República Democrática del Congo (RDC), lograron inicialmente superar una petición de desestimarlo por motivos de *forum non conveniens*, para perder después el recurso interpuesto por razones similares al *forum non conveniens*, el llamado “foro de necesidad”, analizado en detalle más adelante. El tribunal de apelaciones anuló la decisión del tribunal inferior aduciendo que no era competente según el principio de foro de necesidad, por lo que en su desestimación no se abordó la cuestión del *forum non conveniens*.¹⁴³

A pesar de estos casos, y tal vez gracias a *Van Breda*, los juristas informan que en el caso de *Choc v. HudBay Minerals, Inc.*,¹⁴⁴ el demandante, en febrero de 2013, retiró su petición para desestimar el caso por motivo de *forum non conveniens* inmediatamente antes de que el tribunal de Ontario dictase el fallo.¹⁴⁵ Se sospecha que HudBay había retirado su petición porque sabía que podía perderla tras haber revisado la legislación y los hechos relacionados con los elementos del *forum non conveniens*. Esto significó un triunfo importante para los representantes de las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas.¹⁴⁶

Al revisar la legislación y el derecho común, no parece estar todavía bien establecido ni en las jurisdicciones de derecho común ni en las de derecho civil de Canadá si el demandante puede o no rebatir una petición de *forum non conveniens* con el argumento de que resultaría difícil lograr una reparación adecuada en el Estado anfitrión. De hecho, la noción de reparación adecuada o fútil no parece ser uno de los criterios directamente aplicados por el derecho común anglosajón.¹⁴⁷

EL FORO DE NECESIDAD

La doctrina del *forum necessitatis* o foro de necesidad permite a un tribunal declararse competente en un caso cuando no existe otro foro disponible. Tal como describe un experto:

La doctrina del foro de necesidad establece la posibilidad de que un tribunal entienda de una demanda, incluso cuando no se cumplan estrictamente los requisitos habituales relativos a su competencia, siempre y cuando no exista otro foro al que el demandante pueda dirigirse para obtener justicia. Es, por tanto, el principio simétrico del *forum non conveniens*, que permite a los demandados establecer que un tribunal no debe entender de una demanda concreta por una serie de motivos discretivos, a pesar de que se cumplan todos los requisitos relativos a la competencia. A pesar de que ambas doctrinas se basan en principios similares, *forum non conveniens* proporciona a los demandados una oportunidad más de terminar con un caso, mientras que el principio del foro de necesidad otorga a los demandantes una oportunidad más de sacarlo adelante.¹⁴⁸

Esta doctrina no existe actualmente en los Estados Unidos, aunque sí en Canadá y en algunas partes de Europa.

El foro de necesidad es una doctrina relativa a la competencia jurisdiccional, por lo que un tribunal se pronuncia al respecto antes de decidir sobre el *forum non conveniens*.

El caso *Anvil Minin* de Canadá reviste importancia porque los demandantes utilizaron esta doctrina del foro de necesidad, alegando que Canadá debería ser un foro de necesidad. El primer tribunal que decidió que el caso podía someterse a los tribunales de Canadá porque los demandantes habían podido demostrar que había habido litigios anteriores tanto en la República Democrática del Congo, donde tuvieron lugar las acciones causantes del daño, como en Australia, donde está situada la sede corporativa de Anvil, y que en ambos casos la situación planteó problemas.¹⁴⁹ Sin embargo, esta decisión fue revocada por el tribunal de apelación, que desestimó el caso y declaró que carecía de jurisdicción según la doctrina del foro de necesidad, habida cuenta de que la oficina de Anvil en Quebec no había estado implicada en la toma de las decisiones que condujeron a la comisión del abuso.¹⁵⁰

En 2009, dentro del proceso de la primera revisión del Reglamento Bruselas I, la Comisión Europea sugirió la inclusión de una norma de foro de necesidad, “que permitiría la apertura de procesos judiciales en casos en los que de otro modo no habría acceso a la justicia”.¹⁵¹ Sin embargo, esta propuesta no fue aceptada. La propuesta suponía que un demandado que no fuera miembro de la UE podría ser demandado en el lugar en que estuvieran situadas sus propiedades y bienes muebles,

Continúa en la página 41.

Viene de la página 40:

siempre y cuando su valor no fuera desproporcionado con respecto al valor de la demanda y que el litigio guardase una conexión suficiente con el Estado sede del órgano jurisdiccional que fuera a conocer de él. La Comisión Europea también lo justificó alegando que “dicha norma ya existe en un importante grupo de Estados miembros y presenta la ventaja de garantizar la ejecución de la sentencia en el Estado en el que se dicta”.¹⁵²

La Comisión propuso también un nuevo artículo 26 en el Reglamento refundido Bruselas I, que dice como sigue:

Cuando ningún órgano judicial de un Estado miembro sea competente según lo establecido en el presente Reglamento, un tribunal de un Estado miembro puede, de manera excepcional, entender del caso si así lo requiere el derecho a un juicio justo o el derecho de acceso a la justicia. (a) si no cabe la posibilidad razonable de iniciar o tramitar una acción o ello resulta imposible en un tercer país con el cual el litigio guarda una estrecha relación; o (b) si la sentencia dictada sobre la demanda en un tercer país no reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del órgano judicial que conociere del caso en virtud de la ley de dicho país, y si tal reconocimiento y ejecución fueran necesarias para velar por que los derechos del demandante se ejerzan plenamente, y si el litigio guarda un vínculo suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él.¹⁵³

La aplicación del principio del foro de necesidad permitiría a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro ejercer su competencia si no existe otro foro disponible que garantice el derecho a un juicio justo y si el litigio guarda un vínculo suficiente con el Estado miembro del que se trate. Esta norma existe en algunos Estados miembros de la UE.

Los tribunales de los Países Bajos han aplicado esta doctrina.¹⁵⁴

Además, la Ley suiza de Derecho Internacional Privado¹⁵⁵ prevé un foro de necesidad para velar por que las víctimas tengan acceso a la justicia cuando no existe otro foro competente, o en caso de que no fuese razonable pedir a las víctimas la presentación de su demanda en otro foro, siempre que la demanda tenga alguna relación con Suiza.¹⁵⁶ Estas condiciones son relativamente restrictivas y los órganos jurisdiccionales suizos han manejado este concepto con prudencia. Concretamente, consideran que el simple hecho de que el demandante haya establecido su residencia en Suiza después de los hechos no constituye de por sí un vínculo suficiente con el país para que pueda aplicarse el principio del foro de necesidad.¹⁵⁷ A pesar de estas limitaciones, este artículo supone una cláusula de salvaguardia potencial para evitar situaciones de denegación de justicia.¹⁵⁸

C. LOS ESTADOS EUROPEOS

Con motivo de la aplicación de los criterios de los instrumentos europeos por parte de los tribunales británico e irlandeses, se ha debatido intensamente la cuestión de si la doctrina del *forum non conveniens* entra en conflicto con la armonización de la competencia y de la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil objeto del Reglamento Bruselas I.¹⁵⁹

Sin embargo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas rechazó definitivamente la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.¹⁶⁰ En una sentencia dictada el 13 de julio de 2000, el Tribunal respondió a una preocupación expresada por un juez francés sobre si la ley comunitaria se aplicaría en terceros Estados si el demandante podía invocar las normas sobre competencia establecidas por la Convención de Bruselas.¹⁶¹ El Tribunal estableció que “el sistema de normas comunes relativas a la atribución de competencia establecido en el Título II del Convenio se basa en la norma de carácter general, establecida en el artículo 2, de que las personas domiciliadas en un Estado contratante

están sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado¹⁶² o de “el domicilio o la sede del demandante”¹⁶³ La lógica de esta norma es que para los demandados resulta más fácil, en principio, ejercer su defensa en el lugar en el que tienen establecido su domicilio. El Parlamento Europeo señaló que según el Reglamento Bruselas I es obligatorio que los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea se declaren competentes en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero, especialmente si se trata de países en desarrollo en los que operan multinacionales europeas.¹⁶⁴

i. El Reino Unido

El caso de *Lubbe v. Cape plc*¹⁶⁵ resulta ilustrativo de la importancia de la controversia sobre las posibilidades de actuar contra empresas domiciliadas en el Reino Unido.¹⁶⁶ En febrero de 1997, cinco empleados de una mina de asbestos de la provincia norte de Sudáfrica, dirigida por una filial participada al cien por cien por Cape plc, empresa domiciliada en el Reino Unido, presentaron una solicitud de indemnización. Los demandantes padecían asbestosis y una forma de cáncer causada por la exposición al asbesto. La responsabilidad que se exigía a Cape plc estaba motivada por el control negligente que la empresa matriz había ejercido sobre las actividades de la filial, a la que tenía que haber obligado a mantener la exposición al asbesto dentro de un umbral seguro. La empresa demanda argumentó que, a pesar de estar domiciliada en el Reino Unido y, por tanto el artículo 2 del Convenio de Bruselas otorgaba competencia a los tribunales del Reino Unido sobre el caso, estos debían inhibirse en favor de los órganos judiciales sudafricanos, a cuya jurisdicción declaraba someterse Cape plc. La empresa insistió también en que el foro adecuado era Sudáfrica, ya que las lesiones fueron causadas allí y los elementos de hecho estaban situados en dicha jurisdicción. En una sentencia del 20 de julio de 2000, la Cámara de los Lores decidió que debería permitirse a los demandantes continuar con los procedimientos ante los tribunales británicos ya que en caso de ser devueltos a los tribunales sudafricanos podría darse una denegación de justicia debido a las dificultades que encontrarían para hallar representación legal, así como por la falta de experiencia de estos órganos judiciales en resolver acciones de grupo.¹⁶⁷

La opinión mayoritaria no fue la de adoptar una postura sobre la prevalencia de la doctrina del *forum non conveniens* según el artículo 2 del Convenio de Bruselas.¹⁶⁸ Sin embargo, la sentencia muestra el debate mantenido sobre el *forum non conveniens* al afirmar que “no existe duda alguna sobre los principios que debe aplicar el tribunal británico para decidir que un caso *no se rige por el artículo 2 del Convenio de Bruselas*”.¹⁶⁹ La jurisprudencia británica posterior ha aplicado el Reglamento Bruselas I, conforme a lo establecido¹⁷⁰ y, después, los órganos judiciales británicos no han aplicado la doctrina del *forum non conveniens*.¹⁷¹ Por tanto, se asume de forma general que resulta poco probable que se aplique la doctrina del *forum non conveniens* en el Reino Unido, incluso en aquellos casos que no estén incluidos en el ámbito del Reglamento Bruselas I.

CUESTIÓN 3: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Esta parte del informe examina cuestiones relativas a la cuestión de si las empresas pueden ser consideradas penal o civilmente responsables por violaciones de los derechos humanos que ocurran fuera del Estado de origen. En algunas jurisdicciones, las víctimas tienen la posibilidad de presentar una querrela criminal ante un fiscal, o de recurrir a un procedimiento penal que después pueda ser utilizado para contribuir a una posible demanda civil posterior de indemnización. En otras jurisdicciones esto no es posible y la mejor manera de proceder es entablar un proceso civil invocando el derecho internacional consuetudinario o el derecho sobre responsabilidad civil. En algunos casos, las empresas han argumentado que no pueden ser consideradas responsables de las violaciones del derecho internacional sobre derechos humanos debido a que no son personas físicas. Esta parte del

informe examina la legislación penal y civil aplicable relativa a esta cuestión, así como el asunto de si una empresa puede ser considerada responsable indirecta por estas violaciones.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los Estados Unidos disponen de legislación penal federal en materia de derechos humanos aplicable extraterritorialmente y que puede ser invocada contra empresas, concretamente por genocidio¹⁷² crímenes de guerra,¹⁷³ tortura,¹⁷⁴ y reclutamiento forzoso de niños soldados.¹⁷⁵ De conformidad con dichas leyes, las personas, un término que claramente incluye a las empresas,¹⁷⁶ también pueden ser enjuiciadas por conspiración para cometer estos delitos. Además, según la legislación penal federal general, aquellos que inducen a estos delitos o conspiran en su comisión, pueden ser perseguidos como autores principales.¹⁷⁷ La Sección de Derechos Humanos y Enjuiciamientos Especiales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (HRSP, por sus siglas en inglés), creada en marzo de 2010, persigue este tipo de delitos,¹⁷⁸ si bien hasta la fecha este tipo de procesos han sido escasos.¹⁷⁹ Quienes abogan por que esto cambie han intentado que la HRSP investigue a empresas por su participación en abusos de los derechos humanos, pero hasta el momento, no se ha procesado a ninguna empresa por estas acusaciones.¹⁸⁰ Una empresa, Chiquita, fue procesada por realizar pagos a una organización paramilitar conocida como las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que había sido designada por el Gobierno de los Estados Unidos como organización terrorista extranjera, vulnerando así otra ley estadounidense. Chiquita se declaró culpable en 2007 y pagó una sanción de 25 millones de dólares americanos a los Estados Unidos.¹⁸¹ Hasta el momento, las víctimas no han recibido reparación alguna, pero el proceso conforme a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros relacionados con estos mismos pagos, sigue pendiente en el Tribunal de Apelaciones del Décimo Primer Circuito. Entre las cuestiones que se plantea este tribunal está la decisión sobre si el caso *Kiobel* impide que el caso prosiga.¹⁸²

Aunque un tribunal puede ordenar que se restituyan objetos a las víctimas u otro tipo de reparación equitativa, esta legislación penal no contempla medidas de reparación civiles para las víctimas de tales abusos. El Departamento de Justicia alberga la Oficina para Víctimas de Delitos,¹⁸³ que dispone de un fondo de indemnización para víctimas, fondo que sin embargo no prevé el pago directo de indemnizaciones a estas víctimas, sino que proporcionan subvenciones a los estados del país o a organizaciones dentro de los estados para indemnizar a las personas que han sido víctimas, en su territorio, de delitos federales y estatales.¹⁸⁴ Debido a que los fondos se conceden a los estados de los Estados Unidos en forma de subvenciones, no parece existir una vía para que las víctimas de delitos contra los derechos humanos en el extranjero cometidos por ciudadanos o empresas estadounidenses puedan intentar apelar a dichos fondos.¹⁸⁵

Los diferentes textos legales que hacen posibles los procesos por genocidio, tortura y reclutamiento forzoso de niños soldados contemplan, sin embargo, sanciones penales, que incluyen tanto la prisión como sanciones civiles.¹⁸⁶ Así, quienes son declarados culpables de genocidio se enfrentan a penas de prisión y a sanciones civiles de hasta un millón de dólares estadounidenses.¹⁸⁷ Sin embargo, en ninguno de esos casos se prevé que la víctima reciba este dinero.

Así, los procesos penales federales que se han llevado a cabo en los Estados Unidos han tenido escasas repercusiones en la concesión de indemnizaciones por daños a las víctimas. Por tanto, la responsabilidad civil, que puede demostrarse estableciendo que “es más probable que improbable” que una empresa haya estado implicada en los abusos, sin necesidad de establecer que lo está “más allá de toda duda razonable”, se ha demostrado de mayor utilidad para lograr indemnizaciones para las víctimas, y de ella hablaremos en el próximo apartado del presente informe.

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

Diversos instrumentos adoptados por la Unión Europea velan por que exista en determinadas áreas, una aproximación o armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE, lo que incluye la cuestión relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁸⁸ La autoridad de la Unión Europea para adoptar legislación penal está definida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁸⁹

En el marco de esta autoridad, la Unión Europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de los tipos penales y de las sanciones contra delitos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichos tipos o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes o de garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión Europea en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización a través de la adopción de sanciones comunes de naturaleza penal por violación de tales normas. A pesar de que existe una lista cerrada de delitos graves y de dimensión transfronteriza, los Estados miembros del Consejo de la Unión Europea pueden decidir ampliar dicha lista por unanimidad.¹⁹⁰

Los instrumentos adoptados hasta la fecha en el ámbito del derecho penal ilustran el potencial que posee la legislación penal para fomentar que los Estados miembros adopten leyes que establezcan como delito penal que las empresas domiciliadas en la Unión Europea contribuyan a determinadas violaciones de los derechos humanos, incluso cuando dichas violaciones tengan lugar fuera de la Unión Europea.¹⁹¹

i. Los Países Bajos

El derecho penal neerlandés no distingue entre personas físicas y jurídicas, y sería posible, de conformidad con el artículo 51 del Código Penal de los Países Bajos, perseguir judicialmente a una entidad jurídica por delitos internacionales.¹⁹² Sin embargo, compete al ministerio fiscal decidir si una persona debe ser procesada y los casos revelan que existen importantes consideraciones que pesan contra la decisión de iniciar procedimientos.¹⁹³ Así, el 14 de mayo de 2013, el ministerio fiscal neerlandés hizo pública su decisión de no perseguir a la empresa Lima Holdings, empresa matriz del grupo, por el papel desempeñado por la empresa Riwal al suministrar grúas utilizadas en la construcción por parte de Israel del muro de separación en el territorio palestino ocupado.¹⁹⁴ En 2010, se entregó al fiscal una demanda en virtud de la Ley de delitos internacionales de los Países Bajos,¹⁹⁵ que establecía que estas empresas habían inducido o conspirado en las violaciones del derecho internacional cometidas por Israel.¹⁹⁶ El ministerio público desestimó el caso por diversas razones. En primer lugar, el ministerio fiscal estimó que la participación de la empresa en la construcción del muro era de muy poca importancia en comparación con la de otras empresas.¹⁹⁷ La legislación neerlandesa en materia de crímenes de guerra requiere que exista una contribución “sustancial” por parte del cómplice de tales actos.¹⁹⁸ En segundo lugar, el ministerio fiscal destacó que la rama israelí de la empresa fue reestructurada tras los incidentes mencionados en la demanda, lo que sugería que el peligro de repetición era pequeño, según la legislación neerlandesa.¹⁹⁹ Por último, el ministerio fiscal indicó que debido a la complejidad de determinar la responsabilidad de una empresa, era necesario llevar a cabo una investigación más profunda, lo que “requeriría una importante cantidad de recursos” y prolongaría los procedimientos.²⁰⁰ Asimismo, la “falta de cooperación por parte de las autoridades israelíes” obstaculizaría los esfuerzos para obtener más pruebas.²⁰¹

ii. Francia

En Francia, los fiscales se mostraron reticentes a iniciar procedimientos judiciales en varios casos, incluyendo una demanda contra DLH²⁰² por encubrimiento en la compra de madera de la zona de conflicto de Liberia, y contra Amesys²⁰³ por exportación de programas informáticos de vigilancia a Libia.

ESTUDIO DE CASO

El proceso contra Amesys

En octubre de 2011, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la Liga de los Derechos Humanos (LDH), dos ONG, presentaron una querrela criminal en Francia contra Amesys, acusando a la empresa de complicidad en graves violaciones de los derechos humanos, incluso tortura, cometidos por miembros del régimen de Gadafi en Libia.²⁰⁴ La Fiscalía de París anunció en abril de 2012 que no tenía previsto abrir una investigación en este caso debido a que los presuntos hechos no eran constitutivos de delito.²⁰⁵ Posteriormente, el juez de instrucción intervino y ordenó que se abriese una investigación para establecer si Amesys y su equipo directivo podían ser considerados responsables penalmente²⁰⁶ y el Tribunal de Gran Instancia de París inició la instrucción en mayo de 2012.²⁰⁷ El fiscal de París apeló esta decisión, pero, en enero de 2013, el Tribunal de Apelaciones rechazó el recurso.²⁰⁸ La FIDH declaró públicamente que “la Fiscalía de París había puesto continuos obstáculos” a lo largo de todo el proceso y sugirió que el fiscal se “había mostrado reacio a permitir que se llevase a cabo una investigación imparcial e independiente sobre este asunto”.²⁰⁹ Actualmente el caso se halla en manos de la recién creada sección del Tribunal del París especializada en crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra.²¹⁰

iii. El Reino Unido

Por norma general el derecho penal del Reino Unido se limita a actos cometidos dentro de su territorio y puede incluso estar limitado a una jurisdicción concreta dentro del Reino Unido, de modo que la promulgación de una disposición legal afirmando la competencia extraterritorial es la única posibilidad de criminalizar actos cometidos en el extranjero.²¹¹ Las empresas normalmente no pueden ser acusadas de un delito, ya que no puede atribuirse a la empresa *mens rea* o intención criminal. Aunque las leyes británicas sobre negligencia criminal en el ámbito empresarial, como la Ley sobre homicidio doloso y culposo cometido por empresas de 2007 (*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*), han cambiado esta situación, no son aplicables extraterritorialmente.²¹² Resta por ver si el proyecto de ley sobre la esclavitud moderna, elaborado con vistas a endurecer las sentencias por tráfico de personas, refleja de modo adecuado la naturaleza extraterritorial de la cadena de suministro de las empresas británicas y procura la aplicación extraterritorial de las disposiciones contenidas en el proyecto.²¹³

Sin embargo, la Ley de Delitos Graves de 2007 (*Serious Crime Act*) y la Ley contra el Soborno de 2010 (*Bribery Act*) aumentan el grado de rendición de cuentas de las empresas por delitos cometidos y tienen un efecto de afirmación de la competencia extraterritorial. La Ley de Delitos Graves criminaliza actos cometidos en Inglaterra y en Gales, parte del Reino Unido, cuando dichos actos fomenten o contribuyan a la comisión de un delito en el extranjero.²¹⁴ Si bien es cierto que esto podría proporcionar un mecanismo de enjuiciamiento de las empresas por actos cometidos fuera del Reino Unido, incluyendo aquellos que podrían ser constitutivos de daños contra los derechos humanos, es poco probable que así sea, ya que sigue siendo necesario demostrar *mens rea* y, en cualquier caso, el fiscal general, que es un cargo de designación política, debe aprobar este tipo de procesamiento.²¹⁵

A raíz de las críticas recibidas tanto por parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos²¹⁶ como por la Comisión Europea,²¹⁷ y tras haber ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, en julio de 2011 el Gobierno del Reino Unido promulgó la Ley contra el Soborno.²¹⁸ Los nuevos delitos contemplados por esta norma incluyen sobornar a otra persona,²¹⁹

Las demandas civiles vinculadas a demandas penales

En algunas jurisdicciones europeas pueden surgir demandas penales a partir de demandas civiles relacionadas con abusos de los derechos humanos a escala transnacional asociados a empresas. En muchos Estados europeos el inicio del proceso en casos de delitos penales es prerrogativa exclusiva del ministerio público, que actúa en nombre del conjunto de la sociedad.²²⁰ Sin embargo, la mayoría de los sistemas jurídicos permiten que la víctima que ha sufrido el agravio ocasionado por la supuesta conducta delictiva desempeñe un papel activo. En general, la víctima puede iniciar acciones judiciales alegando que se ha cometido un delito penal y si el ministerio público se niega a investigar o concluye que no hay motivo para iniciar un proceso judicial, la víctima tiene la posibilidad de impugnar su decisión.

En la legislación de la UE se empezaron a reforzar los derechos de las víctimas con la adopción de la Decisión marco del Consejo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.²²¹ Establece la asistencia a las víctimas de delitos antes, durante y después de los procesos penales y tiene por objetivo velar por que los Estados miembros de la UE garanticen que se reconozcan los derechos de las víctimas durante todo el proceso. Concretamente, las víctimas de delitos tendrán la posibilidad de ser oídas durante el proceso y de facilitar elementos de prueba. También tendrán acceso a cualquier información relevante para la protección de sus intereses.²²² Los Estados miembros también reembolsarán a las víctimas los gastos que les haya ocasionado su participación en el proceso penal.

En 2004, se aprobó una Directiva sobre indemnización a las víctimas de delitos.²²³ El objetivo de la directiva es facilitar a los ciudadanos que hayan sufrido lesiones como consecuencia de un delito violento la presentación de una demanda de indemnización ante la autoridad adecuada del Estado miembro de la UE en el que tuvo lugar el incidente.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 favorece esta evolución positiva ya que pone de manifiesto, en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los derechos de las víctimas de delitos como una cuestión sobre la cual la Unión Europea debería establecer unas normas mínimas. Esto se plasmó, concretamente, a la adopción de la Directiva 2012/29/EU del 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos,²²⁴ que sustituye a la Decisión marco. La Directiva refuerza de manera considerable los derechos de las víctimas y de sus familias a información, apoyo y protección, así como sus derechos procesales en el marco de los procesos penales en los que intervengan.

En Alemania, el derecho a apelar contra la decisión de sobreseimiento a iniciativa del fiscal se denomina *Klageerzwingung* y conlleva la revisión judicial de esta decisión.²²⁵ El Código de Procedimiento Penal neerlandés establece la misma posibilidad en su artículo 12.²²⁶ Además, durante el juicio penal, los testigos, al igual que la persona afectada, pueden y deben ser oídos directamente por el tribunal. De este modo, la víctima puede contar con el ministerio público para la recopilación de pruebas. Por último, la víctima puede, en general, reclamar daños y perjuicios por el daño sufrido a consecuencia de un delito y dicha indemnización es establecida directamente por el tribunal penal, institución que se denomina *Adhansionsverfahren* en el procedimiento penal alemán.²²⁷ En la práctica, esta opción sigue siendo una posibilidad teórica, ya que los fiscales a menudo no siguen adelante con este tipo de casos, por motivos diversos, tanto de índole objetiva como subjetiva, incluida la complejidad de los casos, la falta de recursos y de conocimientos, así como la falta de mandato.²²⁸

Esto sucede también en Francia. Allí, las víctimas de delitos penales, pueden presentar una demanda de indemnización uniéndose al procedimiento penal, en cuyo caso, el tribunal puede otorgar directamente los daños y perjuicios. Además, si la víctima ha presentado una demanda por daños y perjuicios se le reconocen determinadas prerrogativas en el proceso penal.²²⁹ Las víctimas que han presentado la demanda a instancias de las autoridades encargadas de la acusación, deben ser informadas por el ministerio fiscal de su decisión de iniciar o no actuaciones judiciales y tienen derecho a recurrir tal decisión.²³⁰ Sin embargo, en la práctica, parece ser que no siempre se informa de manera adecuada a las víctimas sobre la decisión del fiscal, situación que muchos observadores atribuyen a la falta de capacidad de las autoridades responsable de ejercer la acusación.²³¹

En Suiza existe un sistema similar, gracias al cual las víctimas de delitos penales pueden unir su demanda de indemnización a la acción penal y que se les reconozcan daños y perjuicios en la misma sentencia penal.²³²

aceptar un soborno²³³ y sobornar a un funcionario extranjero.²³⁴ Si bien no han sido concebidos específicamente para el ámbito empresarial, cada uno de estos delitos puede ser atribuido a una empresa, independientemente del lugar en el que se cometa el delito.²³⁵ Las empresas no británicas y las relaciones comerciales también pueden ser acusadas de estos delitos si un acto u omisión que forme parte del delito tiene lugar en el Reino Unido.²³⁶

El delito de no impedir un soborno²³⁷ puede ser cometido por cualquier “organización comercial relevante”²³⁸ independientemente del lugar en el que ocurra el acto y de la identidad de la persona que lo comete.²³⁹ Demostrar que la empresa había implantado procedimientos adecuados para impedir la comisión de sobornos, puede constituir un argumento en su defensa.²⁴⁰ Este delito permite evitar los principios del derecho común relativos a la responsabilidad de las empresas y hace que recaiga sobre las empresas el deber de velar por aplicar procedimientos anticorrupción lo suficientemente firmes para evitar el soborno, incluso por parte de terceros, y normalmente permite exigir responsabilidades a las empresas por las acciones que llevan a cabo en el extranjero.

En el Reino Unido, es necesario el consentimiento del fiscal general para iniciar acciones judiciales en un caso penal y no existen las demandas civiles directamente vinculadas a un caso penal.²⁴¹

De forma general, no existe una legislación específica para regular la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero. De este modo, todos estos casos que han sido planteados en el Reino Unido son demandas civiles con arreglo al derecho común de responsabilidad civil o demandas por incumplimiento de contrato, pero no se han interpuesto causas penales.

IV. SUIZA

En Suiza, las personas jurídicas, categoría que incluye a las empresas, pueden ser responsables penalmente desde el 1 de octubre de 2003 en virtud de una nueva disposición del Código Penal.²⁴² Una empresa puede incurrir en responsabilidad penal si se ha cometido un delito penal y si la persona física responsable del acto no puede ser identificada debido a la organización de la empresa.²⁴³ Además, es aplicable en algunos casos incluso cuando puede identificarse a la persona física, para determinados delitos graves como la participación en una organización criminal,²⁴⁴ financiación del terrorismo,²⁴⁵ blanqueo de capitales,²⁴⁶ soborno de funcionarios públicos,²⁴⁷ o proporcionar una ventaja a un funcionario público,²⁴⁸ y la empresa puede ser sancionada.²⁴⁹ Incluso si la dirección de la empresa ignora los actos que están siendo cometidos, no adoptar todas las medidas razonables para evitar el delito hace que incurra en responsabilidad con independencia de la responsabilidad penal de las personas físicas.²⁵⁰ El objetivo es que constituya un fuerte incentivo para que las empresas ejerzan la diligencia debida para evitar que se cometa cualquier acto delictivo en el transcurso de sus actividades.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los casos presentados en los tribunales federales invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o ATS se basa en el derecho internacional consuetudinario, puesto que el ATS asume que los no ciudadanos pueden plantear demandas por violación del “derecho de las naciones”, un término que según los tribunales puede ser equivalente al de derecho internacional consuetudinario.²⁵¹ En el caso de 2004 de *Sosa v. Alvarez-Machain*, el Tribunal Supremo afirmó que “la legislación nacional de los Estados Unidos reconoce el derecho de las naciones”.²⁵² En el caso *Sosa*, el Tribunal Supremo confirmó lo que habían venido haciendo durante años los tribunales federales de menor rango en relación al ATS ya que estimaban que los tribunales federales, debido al poder que les confiere el derecho común, podían aceptar demandas por violaciones de “una norma de carácter internacional aceptada por las naciones civilizadas y definida con una especificidad comparable a los paradigmas del siglo XVIII” reconocida en su tiempo, ataques a diplomáticos, salvoconductos y piratería.²⁵³

Así, con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, el derecho internacional proporciona el marco jurídico aplicable, al menos en lo que respecta a la norma subyacente en cuestión.²⁵⁴ A medida que los litigios que más predominan son los que se resuelven ante los tribunales estatales o los referidos a demandas estatales planteados ante tribunales federal debido a la diversidad de ciudadanía de las partes, los profesionales pueden argumentar que el derecho común estatal incorpora el derecho internacional consuetudinario, al igual que ocurre en el derecho común federal.²⁵⁵ Para demandas de ese tipo, como son las demandas con arreglo al ATS, el derecho aplicable es el derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, sigue estando en gran medida sin resolver la cuestión de si las empresas pueden ser consideradas legalmente responsables de vulnerar el derecho internacional consuetudinario en virtud del ATS ante tribunales estadounidenses, una cuestión planteada como nota al pie en el caso *Sosa*, que señalaba el asunto aún sin resolver de la extensión de la responsabilidad legal a agentes privados, entre ellos las empresas.²⁵⁶ El Tribunal de Apelación del Segundo Circuito afirmó en el caso *Kiobel*, en 2010, que las empresas no pueden ser consideradas responsables por violaciones del derecho consuetudinario internacional en virtud del ATS porque existe poco consenso sobre la posibilidad de que puedan ser consideradas responsables de violaciones contra los derechos humanos según el derecho internacional.²⁵⁷ Sin embargo, el Tribunal Supremo evitó abordar este asunto cuando podía haberlo hecho en el caso *Kiobel*.²⁵⁸ Además, el debate planteado por mayoría en el caso *Kiobel* sobre cuándo se considera que las actividades de una empresa afectan y conciernen a los Estados Unidos, y su pregunta sobre si la “mera presencia” de la empresa resultaba suficiente, indica claramente que el Tribunal Supremo aceptó la noción de que las empresas pueden ser consideradas responsables con arreglo al ATS.²⁵⁹ La mayoría de los tribunales, incluyendo los tribunales de apelación de circuito que han analizado la cuestión después de la decisión del Tribunal de Segundo Circuito en *Kiobel*, sostienen que las empresas pueden ser consideradas responsables según la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, si bien algunos consideran que las empresas pueden ser consideradas responsables con arreglo al derecho internacional y otros consideran que prevalecen las regulaciones nacionales.²⁶⁰ La legislación nacional establece claramente que las empresas pueden ser responsables por ilícitos civiles ya que se consideran personas jurídicas.²⁶¹ Sin embargo, la cuestión sigue abierta en lo que se refiere a la responsabilidad por demandas extraterritoriales con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, y es muy probable que las empresas continúen presionando en este aspecto.

B. CANADÁ

En Canadá, si bien han salido adelante casos contra empresas acusadas de abusos de los derechos humanos, todavía no se han planteado casos por vulneración directa del derecho internacional. Han sido interpuestas demandas de responsabilidad civil como asuntos por negligencia con arreglo a las leyes provinciales. Sin embargo, un tribunal de Ontario ha admitido una demanda por tortura en vulneración del derecho internacional, presentada contra el Gobierno de Canadá y un funcionario público²⁶² y, además, es posible aplicar la legislación internacional de alguna forma, incluso contra empresas. En 2007 la sentencia del caso *Rv. Hape*,²⁶³ en el que el Tribunal Supremo de Canadá estableció que la Carta de Derechos y Libertades de Canadá no era aplicable extraterritorialmente, el tribunal decidió que la ley de derecho común canadiense incorpora el derecho internacional consuetudinario.²⁶⁴ Además, en el caso del *Bilin Village Council v. Green Park*, el tribunal sostuvo que las violaciones del derecho internacional definían el nivel de diligencia exigido con arreglo al derecho de responsabilidad civil de la provincia. Por tanto, si los actos cometidos infringían el derecho internacional, vulneraban también las leyes de la provincia.²⁶⁵ El tribunal decidió asimismo que en ese caso, en el que estaba implicado Green Park por su participación en la construcción de asentamientos en Cisjordania, que la violación de lo establecido por los Convenios de Ginebra podía ser constitutivo de crímenes de guerra y dar lugar a que pudiera ser considerada responsable civil.²⁶⁶ El caso fue desestimado por motivos de *forum non conveniens*.²⁶⁷

C. LOS ESTADOS EUROPEOS

En la actualidad en los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que están incluidos todos los Estados miembros de la UE, es posible que sus órganos jurisdiccionales apliquen directamente la Convención Europea de Derechos Humanos en las disputas que deben resolver. Esto es extensivo a los litigios entre particulares en la mayoría de los Estados europeos, aunque no en el Reino Unido.²⁶⁸ Sin embargo, los tribunales europeos no siempre están dispuestos a reconocer la aplicabilidad del derecho internacional a las demandas presentadas contra empresas. El derecho internacional se dirige principalmente a los Estados y en algunos casos se han desarrollado mecanismos para que las personas rindan cuentas directamente por vulnerar ciertas normas, concretamente las que definen los delitos internacionales. Ni a escala universal ni regional existen tales mecanismos, previstos para que las empresas rindan cuentas por vulnerar las normas establecidas por el derecho internacional. Esto explica por qué los órganos jurisdiccionales nacionales a veces se han mostrado reacios a aplicar directamente el derecho internacional a las actividades de las empresas. Sin embargo, las normas establecidas en virtud del derecho internacional podrían ser aplicadas a las empresas si, de conformidad con su obligación de proteger los derechos humanos tal como se describe anteriormente, los Estados eligieran cumplir de ese modo con las obligaciones adquiridas en virtud del derecho internacional con respecto al control del comportamiento de los particulares que se hallan bajo su jurisdicción.

i. El Reino Unido

Todos los casos planteados hasta la fecha en el Reino Unido han sido demandas con arreglo al derecho común sobre responsabilidad civil, con un caso que cuenta igualmente con una base contractual, pero no se han planteado como demandas con arreglo al derecho internacional.²⁶⁹ En la mayoría de las ocasiones el fundamento de la demanda es negligencia.²⁷⁰

Otros motivos que pueden alegarse para plantear demandas civiles son daño y perjuicio,²⁷¹ vulneración de la persona,²⁷² de la privacidad,²⁷³ ilícito civil con arreglo a *Rylands v. Fletcher*,²⁷⁴ así como los ilícitos civiles reglamentarios.²⁷⁵ Así, existe una serie de causas de la demanda que pueden ser alegadas por los demandantes que entablan este tipo de acción legal, pero no existe la posibilidad de iniciar un proceso por vulneración del derecho internacional o violación de los derechos humanos cometida por una empresa. Mientras que la legislación del Reino Unido puede aplicar las obligaciones legales internacionales contraídas por el Estado, los órganos jurisdiccionales solo pueden apelar al derecho internacional que no está formulado en un texto legal como una forma de interpretar una norma.

Por el contrario, una violación del derecho a la intimidad, del derecho a la salud o del derecho al trabajo se presenta, por ejemplo, como una demanda de responsabilidad civil por negligencia o por incumplimiento de una obligación contractual.²⁷⁶ Incluso un caso de supuesta tortura y malos tratos infligidos a los miembros de una comunidad se presentó como una demanda de responsabilidad civil por dirección negligente e instigación a la vulneración de personas.²⁷⁷

Esto obliga a los demandantes a establecer sus demandas dentro de unos ciertos parámetros restrictivos y favorece solo a aquellas violaciones que pueden ser expresadas en términos de responsabilidad civil. Así, pueden ser ignoradas y desestimadas aquellas demandas que alegan denegación del acceso a la educación por parte de una empresa, o que una empresa impide a sus trabajadores formar o afiliarse a sindicatos laborales, o que una empresa infringe los derechos de las comunidades indígenas e incluso que una empresa limita el ejercicio de los derechos culturales. Si bien los efectos de las acciones judiciales pueden parecer en algunos casos idénticos, esta falta de expresión legal disminuye el significado potencial de la declaración claramente expresada en los Principios Rectores de que las empresas, y no solo los Estados, pueden violar toda una serie de derechos humanos.²⁷⁸

La responsabilidad indirecta de las empresas

En los Estados Unidos, existe otro obstáculo importante relacionado con los procesos judiciales por violación de los derechos humanos cuando implican a empresas, que por lo general están acusadas de cometer violaciones de los derechos humanos de forma indirecta, y es la existencia o no, como criterio reconocido en el derecho internacional, de inducción y complicidad. Menos claro resulta aún el criterio para establecer en qué consiste la responsabilidad por inducción y complicidad. Concretamente, la cuestión que se refiere a si el demandante debe establecer que la empresa tenía conocimiento de los hechos y si con este conocimiento prestó ayuda sustancial, o bien si el demandante debe establecer que la empresa actuó con intención o propósito de violar la normativa en materia de derechos humanos. El criterio a seguir sigue sin estar claramente fijado en los tribunales de los Estados Unidos. Algunos tribunales y jueces han expresado su opinión en el sentido de que el los jueces deben acudir al derecho internacional para fijar ese criterio, si bien existen diferencias de opinión con respecto a lo que exige el derecho internacional.²⁷⁹ En 2009, el Segundo Circuito, en el caso *Iglesia Presbiteriana v. Talisman*, se basó en el derecho internacional para determinar que las empresas pueden ser consideradas responsables de inducción y complicidad siempre que hayan proporcionado ayuda sustancial al Gobierno con el “propósito” de contribuir a la conducta ilegal de dicho Gobierno.²⁸⁰ En 2011, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, en *Doe v. Exxon* concordó con el Segundo Circuito en que el derecho internacional debe establecer si existe inducción y complicidad a efectos de responsabilidad según la normativa internacional y concluyó que, en virtud de estas regulaciones, no existe la responsabilidad por inducción y complicidad, por lo que puede estar sujeto a una demanda al amparo de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.²⁸¹ También se mostró de acuerdo en que el derecho internacional debe marcar la norma en lo que respecta a inducción y complicidad. Sin embargo, concluyó que la norma apropiada era la que incluía conocimiento y ayuda sustancial, pero descartó que incluyese la existencia de propósito tal como había establecido el Segundo Circuito.²⁸² Otros jueces opinan que si bien las violaciones subyacentes, como tortura y asesinatos extrajudiciales, deben ser establecidas en virtud del derecho internacional, la norma relativa a la responsabilidad, y por tanto la inducción y complicidad, según la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, debe regirse por la legislación nacional, que requiere tan sólo la existencia de conocimiento.²⁸³

La definición de inducción y complicidad presenta algunas variaciones según el derecho nacional de responsabilidad civil, pero en un caso que sentó precedente se definió que existe responsabilidad por inducción y complicidad si el demandado proporcionó conscientemente “ayuda sustancial” a alguien que cometió un comportamiento ilícito, no si el demandado aceptó participar en dicho comportamiento ilícito.²⁸⁴ No es necesario que el demandado sepa exactamente el comportamiento ilícito en el que el autor está implicado, es decir, no es necesario que el demandado participe de la misma intención de cometer el delito. Se ha definido asimismo en los *Restatements of the Laws* (codificación del Derecho de los Estados Unidos), como sigue: “Una persona es responsable si a sabiendas de que el comportamiento del otro es un incumplimiento del deber y le presta asistencia sustancial o le incita.”²⁸⁵

Debido a que los Estados Unidos se basan en el derecho internacional para determinar el concepto de inducción y complicidad, es importante entender la jurisprudencia internacional reciente sobre el tema, incluso la de las Salas de Apelaciones de dos tribunales penales internacionales, que establecieron normas contradictorias. En el caso de 2013 *Fiscal v. Perišić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) estableció un criterio muy exigente para cualificar la inducción y complicidad. Sostuvo que para que un demandado sea considerado responsable por supuesta inducción y complicidad, el fiscal debe establecer que la asistencia del demandado estaba “destinada concretamente” a ayudar a la comisión del delito.²⁸⁶ Más recientemente, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso *Fiscal v. Taylor* confirmó que el criterio definitorio del *mens rea* era el conocimiento.²⁸⁷ Sin embargo, conviene señalar que en ambos casos, los tribunales internacionales consideraron el criterio con relación a una querrela criminal y no a una demanda civil y los tribunales estadounidenses generalmente aplican la norma jurídica internacional tal como establecen estos tribunales penales internacionales.

Así, la cuestión del criterio para determinar el concepto de inducción y complicidad continúa sin resolver y puede tener importantes repercusiones en los casos contra empresas. Exigir al demandante que demuestre que la empresa tenía la intención concreta de violar un derecho humano específico, en vez de establecer un requisito de “conocimiento”, puede resultar difícil,²⁸⁸ ya que exige más que lo que por lo general establece el derecho civil nacional.

Esta cuestión podría resultar problemática también en otras jurisdicciones.

CUESTIÓN 4: LA PRESCRIPCIÓN PARA LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS

Esta parte del informe analiza las prescripciones temporales, como las leyes de prescripción y otras medidas que limitan el plazo para presentar acciones judiciales. Este tipo de restricciones temporales son habituales y se aplican a muchos tipos de demanda, pero suponen un obstáculo concreto para las demandas del ámbito de los derechos humanos, habida cuenta de las dificultades inherentes a la investigación y a la labor de reunión de pruebas en estas demandas, entre otros factores.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

i. Las leyes de prescripción para demandas de los derechos humanos con arreglo al ordenamiento jurídico federal

La Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros no incluye ningún tipo de prescripción. Muchos órganos jurisdiccionales que han decidido aplicar un principio de prescripción a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros (ATS), han adoptado por aplicar el plazo que rige para la Ley de protección de víctimas de la tortura, de diez años,²⁸⁹ en vez de la ley de prescripción de un ilícito civil similar que establecen las leyes estatales. La adopción del plazo de prescripción de la Ley de protección de víctimas de la tortura significa que los demandantes disponen de un plazo mayor del que dispondrían si el tribunal hubiese aplicado la ley de prescripción estatal. Además, algunas circunstancias excepcionales normalmente llevan al tribunal a decidir una suspensión por motivos de equidad.²⁹⁰ Así, incluso cuando se imponen plazos de prescripción legales con arreglo al ATS, esto no ha supuesto una traba significativa a escala federal.

ii. Las leyes de prescripción con arreglo al ordenamiento jurídico estatal

Al contrario de lo que ocurre con las demandas ATS, las leyes de prescripción a menudo suponen obstáculos para los casos presentados según la legislación estatal, debido al tiempo necesario para la investigación y para que las víctimas encuentren un abogado. Las leyes estatales de prescripción con frecuencia establecen plazos bastante cortos, con muchos estados que determinan periodos de prescripción de entre dos y tres años para demandas por ilícitos civiles intencionados.²⁹¹ Esto puede suponer un problema habida cuenta de que cada vez se resuelven más litigios en los tribunales estatales en materia de derechos humanos. También supondrá la existencia de incertidumbre sobre la ley de prescripción concreta que debe aplicarse. En las acciones por responsabilidad civil que se plantean en los tribunales estatales estadounidenses por hechos sucedidos en el extranjero, lo que se conoce como agravios transitorios, los enfoques sobre el análisis del derecho aplicable en lo referido a los plazos de prescripción establecidos por leyes extranjeras varían mucho de un estado a otro. En aquellos estados que aplican sus propios reglamentos de prescripción, esto supondría una limitación del plazo en el que se pueden presentar las demandas. Por el contrario, en algunos estados, el derecho extranjero puede aportar la ley de prescripción aplicable, lo que puede suponer una ventaja cuando el Estado anfitrión establece un plazo de prescripción relativamente amplio. Así, en muchos estados de derecho civil se aplican plazos de prescripción más amplios para delitos violentos o ilícitos civiles. Algunos Estados incorporan directamente normas legales del derecho internacional sobre derechos humanos a su legislación nacional, lo cual puede incluir normas de prescripción. Actualmente, muchos Estados reconocen que determinados delitos no están sujetos a ninguna prescripción reglamentaria, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.²⁹² De forma coherente con este enfoque, el Colegio de Abogados de los Estados Unidos ha recomendado recientemente que el plazo de prescripción para estos delitos no sea aplicado.²⁹³

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

El periodo de prescripción para estos actos en Europa está regulado por el Reglamento Roma II, que establece que el plazo depende de la legislación nacional aplicable, probablemente la del Estado en el que se produjo el daño.²⁹⁴ Esto puede constituir un obstáculo en términos de determinar cuáles pueden ser los plazos de prescripción y cuándo deben ser aplicados, lo que puede no resultar fácil

La Comisión de Derecho Internacional: Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

La Comisión de Derecho Internacional ha establecido al menos cuatro situaciones en las que los actos cometidos por empresas pueden ser atribuidos a un Estado,²⁹⁵ lo que plantea la posibilidad de que un Estado pueda ser codemandado en aquellas situaciones en las que el Estado renuncie a su inmunidad soberana. La inmunidad no surte efecto cuando el Estado en cuestión sea el Estado del foro, ya que no puede ser inmune en sus propios tribunales. En primer lugar, el Estado sería responsable por los hechos cometidos por una empresa cuando esta última estuviera ejerciendo atribuciones del poder público y hubiera sido legitimado para ello.²⁹⁶ En segundo lugar, un Estado sería responsable por los hechos cometidos por una empresa que haya actuado siguiendo las instrucciones del propio Estado, o bajo su dirección o control, al cometer la conducta que supuestamente ha dado lugar a la violación de los derechos humanos.²⁹⁷ En tercer lugar, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por los hechos cometidos por una empresa si el Estado adopta o reconoce el hecho como propio.²⁹⁸ En cuarto lugar, el Estado puede asimismo incurrir en responsabilidad internacional cuando actúe en complicidad con las actividades de la empresa o no ejerza la diligencia debida para evitar las repercusiones de las acciones de la empresa.²⁹⁹

de determinar en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados anfitriones, especialmente debido a que la decisión del tribunal sobre la legislación es aplicable se dirime en el curso del litigio. Además, una vez el plazo de prescripción aplicable está claro, puede ocurrir que las víctimas ya no puedan presentar su caso por falta de tiempo.

CUESTIÓN 5: LAS INMUNIDADES Y LAS DOCTRINAS DE NO JUSTICIABILIDAD

Este apartado analiza los diferentes tipos de inmunidad y de doctrinas de no justiciabilidad que pueden limitar la capacidad de las víctimas de acceder a recursos judiciales de reparación. Esta inmunidad y estas doctrinas funcionan en dos sentidos, ya sea absolviendo al demandado de responsabilidad o inhabilitando o disuadiendo a los órganos jurisdiccionales de resolver determinadas demandas. En ambos casos, poseen el efecto potencial de limitar el recurso y de impedir el acceso a una reparación efectiva por vías judiciales.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Normalmente las inmunidades como la inmunidad soberana, que se atribuye a un Gobierno extranjero o a sus funcionarios,³⁰⁰ no se aplican a las empresas ya que no son soberanas ni funcionarios de una entidad soberana. Sin embargo, en teoría, cuando un Gobierno o un funcionario participan de una empresa, este tipo de inmunidad puede ser de aplicación. La inmunidad soberana todavía no ha planteado en este sentido limitaciones a las víctimas de los derechos humanos cometidos por empresas en los tribunales de los Estados Unidos, aunque otros tipos de inmunidad, entre las que cabe citar la inmunidad estatutaria sí que se han erigido en obstáculo para las víctimas.

En el caso *Saleh v. Titan Corp.*, relativo a las actividades realizadas por un contratista en la prisión iraquí de Abu Ghraib, el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia decidió que, entre otros motivos, debido a que los demandados habían sido contratados por el Gobierno de los Estados Unidos para llevar a cabo su trabajo en Iraq, las acciones judiciales iniciadas por los demandantes estaban afectadas por la prevalencia de la excepción militar del combatiente de la Ley federal de Reclamaciones de Responsabilidad Civil, (*Liability Risk Retention Act*) a pesar de que los contratistas fueran entidades privadas.³⁰¹ Esto dio lugar a que los demandantes quedaran totalmente desprovistos de acceso a reparación.³⁰²

Además de las cuestiones relativas a la inmunidad anteriormente mencionadas, las empresas demandadas que trabajan con los Gobiernos a menudo argumentan, y a veces los tribunales lo aceptan, que el tribunal no debería entender del fondo del asunto según lo establecido por la doctrina de la cuestión política o en virtud de una “deferencia especial hacia el caso” según sugirió el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Sosa v. Alvarez-Machain*.³⁰³ Algunos tribunales han desestimado casos en los que estaban implicadas empresas, invocando la doctrina de la cuestión política³⁰⁴ o debido a una deferencia especial hacia el caso.³⁰⁵ Estas doctrinas suponen una traba importante en el desarrollo de algunos casos contra empresas, especialmente en aquellos en los que se alega que dicha empresa colaboraba con el Gobierno en la conducta en cuestión.³⁰⁶

En muchos casos, el Departamento de Estado ha presentado una declaración, denominada “Declaración de Motivación” ante el tribunal federal que estaba resolviendo un caso presentado con arreglo a la Ley de reclamación por agravios a ciudadanos extranjeros o a la Ley de protección de víctimas de la tortura, pidiendo que el tribunal no entendiera del asunto debido a que esas eran consideraciones de política extranjera.³⁰⁷ La mayoría de los tribunales muestran una deferencia especial a estas declaraciones al tiempo que reconocen que no son vinculantes.

ESTUDIO DE CASO

Al Shimari v. CACI

En *Al Shimari v. CACI*,³⁰⁸ el tribunal federal del Distrito Oriental de Virginia desestimó las demandas motivadas en el derecho común del estado del demandante, así como las demandas que invocaban la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros en el caso *Kiobel*, por las supuestas torturas sufridas por los cuatro demandantes en la prisión iraquí de Abu Ghraib. Los demandantes alegaron que personal de CACI, una firma de seguridad que había sido contratada por el Gobierno de los Estados Unidos para llevar a cabo los interrogatorios, había conspirado con el Gobierno para torturarlos.³⁰⁹ El tribunal falló que CACI no podía ser objeto de procedimientos judiciales debido a que las demandas estaban regidas por la ley iraquí y, como la ley iraquí en el momento en que tuvo lugar la tortura excluye toda responsabilidad por actos cometidos por contratistas en los términos en los que estaba establecido el contrato de CACI y por lesiones relacionadas con operaciones militares de combate, CACI estaba exento de cualquier responsabilidad.³¹⁰

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

En 1972 se firmó el Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados, también llamado el Convenio de Basilea que entró en vigor el 11 de junio de 1976,³¹¹ cuyo objeto es codificar el derecho internacional consuetudinario en lo referido a las condiciones bajo las cuales los Estados pueden acogerse a la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales. A pesar que solo es de aplicación en los ocho Estados del Consejo de Europa que han ratificado este instrumento,³¹² su relevancia sobrepasa probablemente el ámbito de dichos Estados y del continente europeo.

El Convenio de Basilea establece una serie de excepciones al principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Según su artículo 6, ningún Estado puede hacer valer la inmunidad si “participa con uno o más sujetos privados en una empresa, asociación o cualquier otra entidad jurídica con sede, oficina inscrita o establecimiento principal en el territorio del Estado del foro, y en los procesos relativos a su relación, en asuntos que puedan surgir de esta participación, entre el Estado por un lado y la entidad o cualquier otro participante por el otro”.³¹³ Esta excepción no puede aplicarse a una situación en la que

la víctima presenta una demanda contra un Estado en su calidad de propietario de una empresa que ha tomado parte en una violación de los derechos humanos. Sin embargo, la inmunidad del estado puede también no aplicarse, según el artículo 7, cuando el Estado “tiene en el territorio del estado del foro una oficina, agencia o cualquier otro establecimiento a través del cual realice, del mismo modo que un sujeto privado, actividades industriales, comerciales o financieras, así como cualquier procedimiento relacionado con dicha actividad de la oficina, agencia o establecimiento”.³¹⁴

Por tanto, no puede considerarse que la doctrina de la inmunidad del Estado suponga un obstáculo para las demandas presentadas contra empresas públicas, entidades de propiedad Estatal, o contra el Estado cuando actúa a título privado.

i. El Reino Unido

En el Reino Unido la inmunidad y la no justiciabilidad por cuestiones políticas no han afectado a casos de derechos humanos en los que estén implicadas empresas. Sin embargo, podrían plantearse cuestiones de inmunidad cuando el Estado sea cómplice de actividades empresariales y el demandante intente incluir al Estado en el procedimiento en calidad de demandado. El Estado implicado podría ser el Estado del foro, en cuyo caso no sería aplicable la inmunidad, o bien el Estado en el que ocurrió el daño, e incluso, un tercer Estado, casos estos en los que dicho Estado podría acogerse a la inmunidad con arreglo la Ley de Inmunidad del Estado de 1978 (*State Immunity Act*). Un Estado puede también intentar hacer valer la inmunidad cuando la empresa, domiciliada en la Unión Europea, sea una empresa pública o controlada por el Estado, ya se trate del Estado del foro o de otro Estado, o cuando la actividad que realice el Estado sea una actividad comercial. En esos casos, es improbable que se mantenga la demanda de inmunidad presentada por un Estado.

CUESTIÓN 6: LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Cuando los órganos jurisdiccionales examinan casos por daños causados en otra jurisdicción, llevan a cabo un proceso de determinación del derecho aplicable para determinar qué ley compete al caso. En algunos casos, el resultado de este análisis puede constituir un obstáculo para las víctimas que presenten demandas relacionadas con violaciones de los derechos humanos causadas por empresas fuera del Estado de origen. Este apartado analiza el proceso de determinación de la ley que se lleva a cabo y describe los obstáculos vinculados a esta cuestión.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Después del caso *Kiobel* y su probable consecuencia de que se oigan más litigios por ilícitos civiles transitorios en los tribunales del estado, o en los tribunales federales cuando exista diversidad de jurisdicción aplicando el derecho común civil del estado, la determinación del derecho aplicable va a adquirir una mayor importancia. Los tipos de demandas civiles estatales que los demandantes han presentado hasta ahora, y que probablemente seguirán presentando en el futuro, resultan de violaciones del derecho internacional sobre derechos humanos e incluyen homicidio culposo, agresión con lesiones, negligencia, daños y perjuicios, detención ilegal, maltrato psicológico negligente e intencionado e incluso prácticas empresariales ilegales, como se alegó en el caso *Unocal* presentado ante el tribunal estatal de California.³¹⁵

Cada estado de los Estados Unidos utiliza su propio sistema para abordar la determinación del derecho aplicable. Un tribunal federal de distrito competente para entender de demandas que invocan las leyes estatales cuando existan diferencias de ciudadanía entre las partes, la llamada diversidad de jurisdicción, aplica los principios de determinación del derecho aplicable vigentes en el Estado del foro -el estado en el que está situado el tribunal federal- para establecer el derecho sustantivo aplicable a la demanda.³¹⁶ Normalmente, en un análisis de este tipo, el tribunal determina en primer lugar si existe un conflicto real entre a las leyes del estado -del estado del foro- y el derecho extranjero. Si

no existe, el tribunal simplemente aplica la legislación vigente en el estado del foro.³¹⁷ Cuando existe una diferencia —p.ej., hay un conflicto— el tribunal decide qué ley aplicar.³¹⁸ Normalmente, el tribunal aplicará el derecho sustantivo del Estado anfitrión en el que ocurrió el daño, salvo que el Estado del foro demuestre un mayor interés en establecer una cuestión determinada o tenga una relación más importante con lo sucedido y con las partes.³¹⁹

Si un tribunal decide aplicar las leyes del Estado anfitrión, podrían surgir barreras importantes para las acciones judiciales, como ocurre cuando la legislación elegida afecta a la prescripción temporal, o no reconoce o limita la responsabilidad indirecta o secundaria, o presenta elementos para los ilícitos civiles que son más difíciles de demostrar, u otorga una inmunidad más estricta que la que proporciona el derecho común del estado. Esto último ocurrió en el caso *Al Shimari v. CACI*, anteriormente analizado, en el que el Tribunal Federal de Distrito estimó que según su análisis de determinación del derecho aplicable, correspondía aplicar las leyes de Iraq. Esto tuvo como resultado que el demandado, una empresa estadounidense contratista del Gobierno de los Estados Unidos, fuera inmune a una demanda con arreglo a la legislación iraquí.³²⁰ Pueden por tanto surgir barreras, incluso inesperadas, especialmente cuando se eligen las leyes extranjeras como derecho sustantivo.

Sin embargo, entre las cuestiones que se plantean en la determinación del derecho aplicable, debería haber un interés en velar por que el demandante pueda obtener reparación, especialmente cuando los hechos analizados constituyan también una vulneración de la ley de las naciones.³²¹

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

En la Unión Europea, el Reglamento Roma II³²² es de aplicación a los casos de responsabilidad civil presentados ante los tribunales de los Estados miembros de la UE.³²³ Este Reglamento designa en principio la ley del Estado en el que ha ocurrido el daño, *lex loci delicti*, como derecho aplicable. Las demandas de responsabilidad civil deben resolverse con arreglo a las normas vigentes en el Estado anfitrión, donde tuvo lugar el daño.³²⁴

Si bien esta es la norma general y la que se aplica en la mayoría de los casos, existen ciertas excepciones,³²⁵ entre las que hay tres que plantean un interés especial cuando las demandas se basan en una supuesta violación de los derechos humanos. En primer lugar, las disposiciones de la ley del foro pueden aplicarse en “aquellas situaciones en que tenga carácter imperativo, cualquiera que sea el derecho aplicable a la obligación extracontractual”.³²⁶ Así, es posible argumentar que cuando las leyes del Estado en el que ha tenido lugar el daño no protejan suficientemente los derechos humanos de la persona perjudicada, incluyendo los derechos laborales reconocidos en los convenios fundamentales de la OIT, confirmados por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, se aplicarán las leyes del Estado del foro. Así por ejemplo, algunos tribunales alemanes han reconocido que el derecho al permiso por maternidad y al subsidio por enfermedad son ambos obligatorios en este sentido³²⁷ así como probablemente lo son el derecho a constituir sindicatos y la prohibición de discriminación.³²⁸

En segundo lugar, “[P]ara valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”.³²⁹ Esta disposición puede aplicarse cuando existe una cadena de suministro mundial, ya que implica que cuando el daño ocurre en un Estado anfitrión como consecuencia del comportamiento de una empresa domiciliada en el Estado del foro, la definición de esa conducta puede ser razonablemente definida con arreglo a las leyes del estado del Foro. Por lo tanto, en un Estado miembro de la UE en el que las leyes establezcan que no actuar con la diligencia debida puede dar lugar a responsabilidad, las empresas domiciliadas en dicho Estado miembro pueden ser declaradas responsables en virtud de este hecho. Esto es cierto incluso cuando el daño ocurre en un tercer Estado y las leyes aplicables a la demanda por daños y perjuicios presentada ante los órganos

jurisdiccionales nacionales de la Unión Europea serían en principio las del Estado donde tuvo lugar el daño. Este enfoque es totalmente coherente con el Principio 2 de los Principios Rectores que establece que “Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”³³⁰ Concretamente, hacerlo hasta el punto de que se establezca que el deber de actuar con la diligencia debida compete a las empresas que operan en de la Unión Europea y hasta que estas empresas sean conscientes de que, de conformidad con el Reglamento Roma II, y concretamente con su artículo 17, esta norma de conducta se aplicará también para determinar si son responsables por violaciones de los derechos humanos ocurridas fuera de la Unión Europea que habrían podido evitar.

Tercero, las leyes del Estado en el que tuvo lugar el daño pueden no aplicarse “si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.³³¹ Esta excepción puede aplicarse cuando las leyes del Estado en el que ocurrió el daño sean consideradas contrarias a la protección de los derechos humanos.³³²

CUESTIÓN 7: LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los obstáculos más importantes que afectan a los litigios en materia de violaciones de los derechos humanos por abusos cometidos por empresas es lograr que las comunidades y las víctimas entablen acciones judiciales y las prosigan varios años, tiempo que puede prolongarse notablemente cuando se trata de un tribunal en el extranjero. Esta parte del presente informe describe las dificultades que se plantean en el acceso a un remedio judicial eficaz a causa de la obligación de presentar pruebas que recae sobre el demandante y que incluye la dificultad de obtener pruebas así como las barreras constituidas por las reglas sobre el descubrimiento de pruebas. Se tratará también la problemática concreta asociadas a las demandas transnacionales, especialmente en lo relativo a la admisibilidad y a la fiabilidad del material probatorio reunido.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La difícil tarea de encontrar, preservar y reunir pruebas así como de lograr testimonios, debido a los riesgos para la seguridad y a los perjuicios que puede implicar, es algo común en las comunidades afectadas, y puede ser aún más significativo en las zonas donde se han producido violaciones de los derechos humanos con participación de intereses empresariales. Incluso cuando las víctimas o los testigos se muestran dispuestos a prestar testimonio, lograr una declaración o un testimonio ante el tribunal es una tarea difícil. Tomar declaraciones en el extranjero tiene un costo elevado y a menudo se presentan complicaciones relacionadas con el viaje y las condiciones de seguridad en el Estado anfitrión. En un caso, al parecer un juez pidió a los abogados del demandante que demostrasen que realmente podían tomar una declaración para continuar con el caso.³³³

Lograr que la víctima o el testigo pueda entrar en los Estados Unidos para asistir al juicio es una dificultad añadida,³³⁴ ya que normalmente, la víctima o el testigo necesitan un visado que es muy difícil de obtener. Así, una persona que vaya a los Estados Unidos de manera temporal deberá establecer vínculos con el Estado anfitrión para convencer al Departamento de Estado de que va a regresar a dicho Estado.³³⁵ Obtener el visado resulta aún más difícil si la víctima o el testigo pueden solicitar asilo. En muchos casos, la víctima o el testigo pueden no disponer de los documentos necesarios para obtener un pasaporte, un visado o para poder volver al Estado anfitrión. En los casos en los que ha sido posible obtener visados para las víctimas o los testigos, ha sido necesaria la implicación del tribunal.³³⁶

El descubrimiento de pruebas no se realiza normalmente a través de la cooperación judicial entre los Estados o mediante los diferentes mecanismos previstos por el Convenio de La Haya, debido a las complicaciones y al tiempo necesario para obtener esta cooperación o apoyo. El descubrimiento

normalmente se logra a través de procedimientos descritos en las Reglas Federales de Procedimiento Civil, que entrañan deberes para ambas partes en litigio así como la intervención del tribunal cuando sea necesario.

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

En la Unión Europea, sigue compitiendo a cada Estado establecer las condiciones bajo las cuales los tribunales pueden valorar las pruebas que se les presentan. En la Europa continental existe un obstáculo concreto ya que no hay ninguna norma relativa al descubrimiento ni a la divulgación de información que obligue a la otra parte a comunicar la información que posee. En aquellos lugares en los que existe este tipo de norma, por lo general es de forma atenuada.

Hasta cierto punto, sin embargo, este obstáculo puede superarse cuando las violaciones de los derechos humanos alegadas por la víctima constituyen también un delito penal que puede ser perseguido por el ministerio fiscal. En la mayoría de los Estados miembros de la UE, incluyendo Bélgica, Francia y Alemania, donde hay determinadas conductas que constituyen tanto un delito penal como un ilícito civil que puede dar lugar a responsabilidad civil por parte de quien lo ha cometido, la víctima puede reclamar daños civiles durante el juicio penal, en el que la carga probatoria recae sobre el fiscal.³³⁷

i. Los Países Bajos

En los Países Bajos, el Código de Procedimiento Civil establece claramente que la persona que inicia la demanda por daños y perjuicios debe demostrar la existencia de los hechos alegados, salvo que exista una razón concreta para determinar una distribución diferente de la carga probatoria.³³⁸ A pesar de que los demandantes pueden solicitar que la empresa demandada proporcione los documentos pertinentes, esta solicitud está limitada por el hecho de que las partes solicitantes deben alegar un motivo legítimo y tienen que especificar los documentos que solicitan.³³⁹ Aunque el objeto de estos requisitos sea evitar que se intente encontrar pruebas al azar, han demostrado ser una dificultad mayor en el proceso de obtención de pruebas.

ESTUDIO DE CASO

Cuatro Campesinos del Delta del Níger v. Royal Dutch Shell

En el caso *Dutch Shell* los demandantes pidieron la divulgación de documentos probatorios clave pertenecientes a Shell.³⁴⁰ Los documentos estaban relacionados con cuestiones como el estado de los oleoductos, la política interna y las prácticas operativas del Grupo Shell.³⁴¹ El tribunal denegó esta solicitud, señalando que los demandantes carecían de capacidad jurídica y que no habían fundamentado el hecho de que la empresa matriz pudiera ser considerada responsable por los daños causados por su filial.³⁴² Además, el tribunal estimó que, en relación a los documentos de Shell Nigeria (Shell Petroleum Development Company of Nigeria o SPDC), la filial nigeriana, los demandantes no habían fundamentado suficientemente que el daño no había sido causado por sabotaje.³⁴³ En otras palabras, se exigió a los demandantes que aportaran información concreta de lo que buscaban en los documentos solicitados así como los documentos concretos que buscaban antes de saber lo que contenían estos mismos documentos.

ii. El Reino Unido

Uno de los obstáculos más difíciles de superar en este tipo de acciones legales es la obtención y el uso de las pruebas necesarias para la demanda. A menudo las pruebas están recogidas en documentos que se hallan solamente en poder de la empresa. Como ocurrió en el caso *Lubbe v. Cape*:

Resolver esta cuestión del deber de diligencia requerirá probablemente una investigación sobre el papel desempeñado por el demandado en relación al control de las operaciones del grupo, lo que los directores y los empleados sabían o debían haber sabido, las medidas que han tomado o las que no han tomado, si el demandado debía ejercer el deber de diligencia sobre los empleados de las compañías del grupo en otros países y si, en ese caso, se incumplió este deber. Gran parte del material probatorio de esta investigación debería estar normalmente constituido por documentos, gran parte de los cuales debería encontrarse en las oficinas de la empresa matriz, incluyendo actas de reuniones, informes de directores y de empleados sobre visitas a otros países así como correspondencia.³⁴⁴

Este es un motivo por el cual el proceso de divulgación de los documentos pertinentes que se hallan en manos de la empresa puede ser un paso decisivo para que los demandantes puedan demostrar conocimiento y control por parte de la empresa matriz. Las normas procesales del Reino Unido establecen normas generales y concretas para la divulgación de los documentos pertinentes por parte de las partes en litigio,³⁴⁵ así como para las respuestas que puedan darse bajo juramento a la solicitud de información.³⁴⁶ Por ejemplo, en *Vava y otros v. Anglo American South Africa*, los demandantes solicitaron la divulgación concreta de documentos relacionados con la ubicación de la administración central de la empresa para que formara parte de la decisión relativa al foro competente para entender de la demanda. El Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido, al ordenar la divulgación de información, determinó que en caso de que no se facilitase el acceso a dichos documentos, “existía un gran riesgo de que los demandantes impugnaran la competencia del tribunal con la consiguiente desventaja que esto podría suponer”.³⁴⁷

Debido a que la decisión de ordenar la divulgación de información la realiza el tribunal a partir de la solicitud del demandante, existen dos riesgos potenciales: que el demandante no solicite documentos pertinentes porque ignora que existen, y que el tribunal ejerza su poder discrecional y no ordene la divulgación. Asimismo, si los documentos de la empresa llegan a manos del demandante por vías ilegales o no autorizadas, puede plantearse la cuestión de la admisibilidad de dichos documentos como prueba por parte del tribunal.³⁴⁸

iii. Suiza

Suiza carece de procedimiento para la divulgación de documentos. Esto supone, como consecuencia, una desventaja para los demandantes, ya que los elementos que les permitirían demostrar las violaciones de los derechos humanos alegadas, están por lo general en poder del demandado. En principio, el tribunal puede remediar este desequilibrio, si decide ordenar a una de las partes la entrega de ciertos documentos o de otras pruebas. Sin embargo, los cambios introducidos por el Código Suizo de Procedimiento Civil unificado en enero de 2011 han supuesto nuevos obstáculos para esta posibilidad, debido a que i) permiten que la parte demandada en un procedimiento civil pueda negarse a colaborar en el proceso de reunión de pruebas, y ii) porque se basa en una comprensión amplia de los principios de confidencialidad que pueden ser invocados en este contexto por una de las partes al negarse a proporcionar determinados documentos.³⁴⁹ Resulta suficiente, para justificar la negativa a colaborar, que la parte implicada alegue razones plausibles para que su interés por preservar la confidencialidad se imponga al interés por el establecimiento de la verdad.³⁵⁰

CUESTIÓN 8: EL COSTO DE LOS LITIGIOS TRANSNACIONALES

Los litigios internacionales son extremadamente caros. Esto se debe a los costos asociados a la recopilación de pruebas en un Estado extranjero, necesarias para fundamentar una demanda, al costo de los expertos legales y de los peritos técnicos y al simple hecho de que este tipo de casos puede tardar hasta una década en resolverse. Para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que pueden carecer de recursos económicos, el costo de las acciones judiciales puede impedir el acceso al recurso judicial.³⁵¹ Esta parte del informe analiza las dificultades prácticas y sustantivas a las que se enfrentan las víctimas para demandar a empresas en los Estados de origen por abusos contra los derechos humanos. Se presentan los recientes cambios que han tenido lugar en las jurisdicciones examinadas y que han dado lugar a que obtener una reparación por vía judicial sea cada vez más inaccesible desde el punto de vista económico. Entre estos cambios se incluye un acceso más limitado a la asistencia jurídica gratuita, el modo en que se conceden pagos de honorarios legales, normas de indemnización, demandas presentadas por terceros en nombre de las víctimas y cambios en los mecanismos de acción colectiva.

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los demandantes que plantean casos en los tribunales de los Estados Unidos, ya sean federales o estatales, no tienen derecho a asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, los tribunales pueden dispensar del pago de cualquier tasa vinculada al inicio del proceso a los demandantes que establezcan a través de un affidavit o declaración jurada válida que carecen de recursos económicos para hacer frente a este pago. Esto es extensible a los demandantes de nacionalidad no estadounidense.³⁵²

Las demandas presentadas con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o a la Ley de protección de víctimas de la tortura no dan lugar al pago de los honorarios de abogados a la parte vencedora y de igual modo sucede con las demandas en las que se invocan el derecho común del estado. Tanto los tribunales federales como los estatales así como las normas de la asociación de abogados estatales permiten que los honorarios de los abogados sean contingentes, lo que significa que los demandantes no están obligados a pagar dichos honorarios, sino que los abogados los recuperan reteniendo un cierto porcentaje de cualquier acuerdo económico que se alcance o de los honorarios otorgados por el juez. Esto ha hecho que los abogados acepten algunos casos, pero por lo general, este tipo de causas se perciben como procesos arriesgados y que rara vez dan lugar a que se concedan honorarios legales o cualquier otro costo, por lo que es difícil lograr que los abogados los admitan. La mayor parte de las causas sobre derechos humanos en los Estados Unidos se defienden de forma gratuita, ya sea a través de ONG, de abogados voluntarios o de centros de asistencia jurídica que no cobran honorarios a los clientes. Debido a la falta de honorarios, al hecho de que los costos inherentes a este tipo de casos suelen ser elevados y a que los casos a veces tardan años en resolverse, la labor de encontrar representación legal para estos casos puede suponer un obstáculo para lograr una reparación adecuada.

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

En la Unión Europea, una Directiva de 2003³⁵³ tiene por objeto mejorar la aplicación de la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos para que las personas que carecen de recursos económicos tengan garantizado el acceso a la justicia. La Directiva se basa en la idea, expresada en el punto 6 del preámbulo de que “Ni la falta de recursos de una persona que sea parte en un litigio, en calidad de demandante o demandada, ni las dificultades que se derivan de la condición transfronteriza de un litigio deben constituir obstáculos al acceso efectivo a la justicia”.³⁵⁴ La Directiva establece que el nivel adecuado de asistencia jurídica se considerará adecuado cuando garantice: a) el asesoramiento

previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo antes de la presentación de la demanda; b) la asistencia jurídica y la representación ante los tribunales, así como la exención de las costas procesales para el beneficiario, incluidos los gastos directamente vinculados al carácter transfronterizo del litigio;³⁵⁵ y c) los honorarios de personas que actúen en el juicio a requerimiento del tribunal. Además, en los Estados miembros en que pueda condenarse a la parte que pierde el juicio al pago de las costas de la parte contraria, la asistencia jurídica gratuita debe cubrir d) las costas de la parte contraria a condición de que las hubiera cubierto igualmente si el beneficiario tuviera su domicilio o su residencia habitual en el Estado miembro del foro.³⁵⁶

Sin embargo, el objetivo de la Directiva es facilitar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos dentro de la Unión Europea como un modo para lograr realización del mercado interior,³⁵⁷ se limita a litigios transfronterizos dentro de la Unión Europea y por tanto no es aplicable a las demandas contra una empresa matriz domiciliada en la Unión si el daño fue ocasionado fuera del territorio comunitario. Asimismo, el beneficio de la asistencia jurídica gratuita solo será concedido a ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros, por lo que no beneficia a víctimas que residan fuera de la Unión.³⁵⁸

Sin embargo, podría argumentarse que la Directiva puede referirse a litigios transnacionales contra empresas domiciliadas en la Unión Europea. En primer lugar, cada vez más puede considerarse como una cuestión objeto de recurso esta diferencia de criterio en el acceso a la asistencia jurídica gratuita vinculado únicamente a un requisito de residencia. En segundo lugar, se puede considerar que los principios establecidos en la Directiva, dentro de su ámbito de aplicación específico, tienen por objeto hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la justicia.³⁵⁹ Puede argumentarse que los demandantes que invoquen el Reglamento Bruselas I, debido a que se refiere al derecho de acceso a la justicia según las disposiciones legales de la Unión Europea, deben tener un acceso *efectivo* a la justicia, y por tanto no deben ser sometidos a obligaciones económicas desproporcionadas.

Independientemente de las normas legales relativas a la asistencia jurídica gratuita, existen también dificultades de tipo práctico que se derivan del elevado costo que tienen los procedimientos legales en muchos países miembros de la UE.

i. Francia

En Francia, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil establece que pueden beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita los ciudadanos franceses o de la Unión Europea, así como a ciudadanos que residan de forma habitual o regular en Francia. Los ciudadanos de terceros países solo podrán beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita en circunstancias excepcionales,³⁶⁰ aunque se concede el beneficio de la asistencia jurídica gratuita sin condición alguna a ciudadanos de terceros países cuando son parte en un proceso penal. Esto incluye casos en los que hay víctimas que pretenden obtener una indemnización por daños causados por una supuesta conducta penal.³⁶¹

ii. Alemania

Hace seis años fueron introducidos en Alemania los honorarios contingentes como la excepción a una norma general que prohíbe este tipo de acuerdos entre los abogados y sus clientes.³⁶² La nueva disposición establece que el cliente debe poder llegar a un acuerdo relativo al pago de honorarios contingentes si la falta de este acuerdo supusiera que el cliente se vería privado de la posibilidad de exigir o defender sus derechos de un modo adecuado por motivos económicos personales.

iii. Los Países Bajos

En los Países Bajos, la asistencia jurídica gratuita se garantiza tan solo en casos vinculados con intereses legales del ámbito legal neerlandés.³⁶³ Sin embargo, no es imposible que demandantes extranjeros accedan a la asistencia jurídica gratuita, como muestra el hecho de que los campesinos nigerianos

Las represalias judiciales. Demandas por daños y perjuicios por pérdida de reputación

Algunas víctimas, ONG y abogados de demandantes han sido objeto de demandas interpuestas por empresas, aparentemente en represalia por haber planteado un caso de derechos humanos contra la empresa. Estos procesos contribuyen a crear una barrera que puede impedir futuras acciones judiciales ya que pueden resultar intimidatorios para las partes. Además, es necesario disponer de mucho tiempo y de muchos recursos financieros para defenderse de estos ataques.

A pesar de que muchos profesionales estadounidenses del derecho no consideran todavía como una amenaza grave las represalias judiciales que puedan llevar a cabo las empresas o los directivos de las empresas por pérdida de reputación, llamadas demandas estratégicas contra la participación pública o *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (SLAPP, por sus siglas en inglés),³⁶⁴ constituyen ya una tendencia preocupante. Así, en el caso *Chevron* sobre las actividades extractivas de Texaco en Ecuador, mencionado anteriormente, Chevron inició acciones legales contra los demandantes y contra su abogado por fraude con arreglo a la Ley sobre organizaciones influidas por la extorsión y la corrupción (*Racketeer Influenced Corrupt Organization Act*), bajo el cargo de conspiración ante un tribunal federal de los Estados Unidos en febrero de 2011.³⁶⁵ En la demanda se alega que los abogados y los representantes de los demandantes conspiraron para extorsionar y obtener fraudulentamente hasta 113.000 millones de Chevron a través de los procedimientos legales llevados a cabo en Ecuador. Las acusaciones se refieren a la influencia ejercida sobre un perito del caso así como al papel del abogado en el informe pericial. Sean o no ciertas estas acusaciones contra el abogado, la demanda parece una medida de represalia.

Chevron demandó igualmente a otro de los abogados de los demandantes ante un tribunal federal de California por abuso de proceso penal.³⁶⁶ El tribunal del distrito de San Francisco, Estados Unidos, aplicó la ley anti SLAPP.³⁶⁷ A pesar de que la demanda de Chevron por acusación malintencionada fue finalmente rechazada, obligó al abogado, un profesional independiente, a emplear una gran cantidad de tiempo y de dinero en su propia defensa.

En otros casos, incluso, el demandado en *Baloco v. Drummond*³⁶⁸ y en *Giraldo v. Drummond Co., Inc.*,³⁶⁹ ambos largos procedimientos judiciales por violaciones de los derechos humanos³⁷⁰ en los que se acusaba a la empresa de haber realizado pagos al grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (más conocidas por sus siglas, AUC) para que asesinasen a líderes sindicales, ha iniciado acciones legales contra el abogado del demandante por difamación³⁷¹ y le envió innumerables solicitudes de aportación de información para el juicio.³⁷² El estado en el que se presentó la demanda, Alabama, carece de leyes anti SLAPP. El caso está actualmente en proceso de juicio.

Muchos estados poseen legislación anti SLAPP, lo que hace posible cuando la parte demandante o su abogado sean demandados puedan solicitar que el caso sea inmediatamente desestimado para evitar el trabajo y los costos de una acción judicial y para recuperar las costas. Sin embargo, actualmente no existe una ley anti SLAPP de alcance federal. Los tribunales federales están divididos con respecto a la cuestión de si las leyes estatales anti SLAPP pueden aplicarse a demandas estatales cuyo juicio se celebre en un tribunal federal por motivos de diversidad de jurisdicción, es decir, cuando la competencia del tribunal federal se deba a que las partes no proceden del mismo estado. El Primer, Quinto y Noveno Circuito consideran que deben aplicar las leyes anti SLAPP en los casos de diversidad de jurisdicción que sean juzgados por tribunales federales, revocando las de sus respectivos tribunales de distrito.³⁷³ Sin embargo, un tribunal federal de distrito en el Distrito de Columbia ha despertado dudas sobre si la ley anti SLAPP del Distrito de Columbia se puede aplicar en casos federales de diversidad de jurisdicción, sugiriendo implícitamente que no es así.³⁷⁴ De igual modo, un tribunal federal de distrito de Illinois sostuvo recientemente que la ley anti SLAPP del estado de Washington no podía ser aplicada a su caso de diversidad jurisdiccional porque estimó que dicha ley era incompatible con las Reglas Federales de Procedimiento Civil.³⁷⁵ Un juez federal de distrito de Massachusetts llegó recientemente a la misma conclusión.³⁷⁶ No hay por tanto garantía alguna de que las leyes estatales anti SLAPP puedan proteger a los demandantes y a sus abogados en casos de derechos humanos, muchos de los cuales terminan siendo juzgados en los tribunales federales a consecuencia de la diversidad de jurisdicción.

del caso Dutch Shell³⁷⁷ lograran que se les concediese. En 2011, fue rechazada una propuesta del Parlamento neerlandés sobre la creación de un fondo legal especialmente destinado a proporcionar asistencia jurídica gratuita a demandantes de países en vías de desarrollo.³⁷⁸ El Gobierno indicó que este tipo de demanda civil no debería recibir un trato diferente al del resto de demandas civiles en lo relativo a la asistencia jurídica gratuita y por ello no era necesario establecer ninguna disposición en este sentido.³⁷⁹

Los costos son especialmente elevados en los Países Bajos,³⁸⁰ donde es necesario obtener representación legal para los casos de responsabilidad civil,³⁸¹ si bien, como contrapeso, cabe indicar el hecho de que los procesos en los Países Bajos son relativamente cortos.³⁸² Además, la contingencia en lo referido a los honorarios solo está contemplada cuando en caso de victoria no se otorga una condena relativa al pago de dichos honorarios.³⁸³ Sin embargo, cliente y abogado pueden negociar una prima por éxito del litigio además de algún otro método de compensación como una tarifa fija o un precio por hora.

iv. El Reino Unido

Los primeros casos planteados contra empresas domiciliadas en el Reino Unido por violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero fueron financiados a través del sistema de asistencia jurídica gratuita. Esto significa que había fondos públicos para financiar casos bien fundados pero en los que los demandantes carecían de recursos propios. El fondo público aplicaba una tarifa fija a los honorarios jurídicos. Desde aquel momento, esta provisión se ha ido limitando notablemente debido a políticas gubernamentales destinadas a reducir los fondos dedicados a la asistencia jurídica gratuita en el Reino Unido, lo que hace que resulte muy difícil obtenerla para este tipo de casos.³⁸⁴

La mayoría de los abogados del Reino Unido que trabajan en este tipo de casos lo hacen mediante acuerdos según los cuales si no ganan el proceso no se les abonan los honorarios (véase más adelante el debate sobre los cambios ocurridos en la legislación del Reino Unido a este respecto).³⁸⁵ El demandado está obligado a pagar las costas si pierde el litigio, como un costo separado de la indemnización otorgada al demandante.³⁸⁶ Esto es un punto importante en cualquier acuerdo que se alcance, como el acuerdo Trafigura que incluía “una prima de seguro de casi diez millones de libras esterlinas y costas legales por valor de decenas de millones, [mientras que] los honorarios contingentes de los abogados estadounidenses fueron deducidos de la cifra principal de treinta millones de dólares americanos del acuerdo Unocal”.³⁸⁷

v. Suiza

La asistencia jurídica gratuita en Suiza puede ser concedida a extranjeros e individuos no residentes en Suiza,³⁸⁸ si bien solo cubre las costas asociadas a la parte del procedimiento que tenga lugar en Suiza y no cubre todos los costos inherentes al litigio. La complejidad de los casos extraterritoriales a menudo implica costos notablemente superiores en lo relativo a la investigación y al trabajo organizativo, lo que hace que resulte difícil para las víctimas con escasos recursos continuar sin el beneficio de la asistencia jurídica gratuita. Deben reunir dos requisitos para poder recibirla. En primer lugar, el demandante debe mostrar que tiene buenas posibilidades de ganar el caso, lo que es difícil de lograr en casos de supuestos abusos de los derechos humanos cometidos en el extranjero por empresas. Si las autoridades creen que las posibilidades de ganar el caso son reducidas, pueden denegar la asistencia jurídica gratuita. En segundo lugar, el demandante debe demostrar que si pagase las costas del proceso no podría subvenir a sus necesidades básicas o a las de su familia. En los casos en los que las víctimas residan en el extranjero o en países en desarrollo, el costo de las necesidades básicas se calcula en función del Estado de residencia de la víctima.³⁸⁹

La revisión judicial en el contexto del medio ambiente

El artículo 9 del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus)³⁹⁰ establece que los procedimientos para permitir la revisión judicial de las decisiones que afecten al medio ambiente “deberán ofrecer recursos judiciales suficientes y efectivos, concretamente una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo”, y “[p]ara que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia”.³⁹¹

En el caso *Edwards*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea observó que:

el requisito relativo a que “el costo no sea prohibitivo” alude al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al principio de efectividad, en virtud del cual la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.³⁹²

De ello se deduce que el requisito de que el costo de los procedimientos judiciales no debe ser “prohibitivo” “significa que no se deberá negar a las personas amparadas por esta disposición la posibilidad de ejercitar el derecho a una revisión judicial o a presentar una demanda de indemnización, que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de estos artículos, en razón de la carga financiera que pueda derivarse de estas acciones”.³⁹³ Los tribunales nacionales deben velar por que “el costo del proceso no exceda la capacidad financiera de la persona en cuestión, ni puedan en caso alguno parecer objetivamente irrazonables”.³⁹⁴

En el reciente caso *Nestlé*, no fue concedido el beneficio de la asistencia jurídica gratuita a la familia de la víctima colombiana porque las autoridades suizas creían que la familia disponía de dinero suficiente para vivir en Colombia y pagar las costas procesales.³⁹⁵

PROVISIONES PARA VENCIMIENTO EN COSTAS

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En los Estados Unidos, la norma general es que cada parte del litigio pague los honorarios de sus propios abogados. Algunas leyes permiten que las partes ganadoras recuperen las costas, pero no ocurre así cuando se trata de demandas presentadas con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o la Ley de Protección de Víctimas de la Tortura. Hay algunas excepciones a esta norma general y la más importante de ellas establece que si el juez determina que una de las partes ha actuado con mala fe, el juez puede ordenar a dicha parte el pago de las costas, incluyendo los honorarios de los abogados, de conformidad con lo establecido en la Norma Federal de Procedimiento Civil 54.d). Sin embargo, esto queda a la discreción del tribunal. La mayoría de los demandantes en litigios sobre derechos humanos disponen de escasos recursos financieros o de ninguno, de modo que el tribunal normalmente no emite sentencias con vencimiento en costas en su contra, y en general tampoco parece que los demandados intenten obtenerlas. Sin embargo, en *Al Shimari v. CACI*³⁹⁶ el demandado presentó una nota de gastos y solicitó al tribunal que emitiese una orden para que fuera

abonada por los demandantes. El tribunal reconoció que debía pronunciarse sobre las costas, y ordenó a los demandantes iraquíes, que disponían de escasos medios económicos, el pago de 14.000 dólares americanos a la empresa³⁹⁷ Las normas de procedimiento estatales en esta cuestión reflejan por lo general lo dispuesto en la norma federal.

B. CANADÁ

En Canadá cada provincia dispone de un sistema de vencimiento en costas, que habitualmente consiste en que la parte perdedora del litigio pague a la parte vencedora las costas judiciales, incluyendo los honorarios de los abogados, si bien a menudo se otorga parcialmente y no por el importe total. Es esta una obligación que se extiende a todo el procedimiento judicial, de modo que si una de las partes realiza una petición y la pierde, corresponde a la parte perdedora el pago de las costas. Si la parte perdedora no realiza el pago de las costas, el caso puede ser desestimado en esa etapa del proceso. En Canadá no existe ninguna limitación relativa al pago de costas por parte de los abogados o de las ONG, si bien, como en los Estados Unidos, los clientes son los responsables últimos, de modo que si un abogado o una ONG quiere proseguir con un caso, deben abonar las costas. De modo similar, sin embargo, es necesario contar con un bufete de abogados o con una ONG que dispongan de los fondos necesarios para abonar las costas en caso de perder el litigio. Además, puede exigirse a los demandantes extranjeros que depositen una garantía para costas que será destinada a pagar los costos de los demandados si estos resultan ganadores del proceso. El tribunal puede tener en cuenta los recursos económicos del demandante a la hora de establecer el importe de la garantía.

Muchas personas que han participado en litigios en Canadá opinan que el sistema de vencimiento en costas ha supuesto un obstáculo a la hora de plantear una demanda o de interponer un recurso. Sin embargo, si un demandante gana las peticiones que presente, puede recuperar sus costos. Considerando este riesgo financiero añadido y el hecho de estos casos no hayan tenido mucho éxito hasta el momento, el sistema de vencimiento en costas probablemente desincentiva los litigios sobre derechos humanos. Debería señalarse que, al menos en la Columbia Británica, los demandantes pueden solicitar que se dicte una sentencia sin condena en costas en aquellos litigios que revistan un interés público, y por lo que parece, esta práctica, que suele tener éxito, será probablemente cada vez más utilizada en Canadá.³⁹⁸ Además, las acciones colectivas indemnizatorias en Quebec permiten que en algunos de estos casos se solicite una subvención para proceder con la acción colectiva.³⁹⁹

C. LOS ESTADOS EUROPEOS

En muchos Estados miembros de la UE, la parte perdedora deberá pagar las costas de la otra parte, lo que puede incluir los honorarios de abogados⁴⁰⁰ y puede constituir un serio obstáculo para los demandantes de los países en desarrollo. Sin embargo, no es raro que los tribunales dispensen del cumplimiento de esta norma y decidan que cada una de las partes corra con el pago de sus propias costas. Las ONG de derechos humanos han recurrido a los órganos jurisdiccionales para denunciar situaciones de violaciones y a menudo se quejan amargamente de que las normas sobre la indemnización del demandado en caso de que pierdan el litigio se aplican para desalentar la interposición de este tipo de demandas. En el caso *Alstom-Veolia*, en el que algunas ONG acusaban a la empresa de complicidad con Israel en violaciones del derecho internacional humanitario al actuar en los Territorios Palestinos ocupados, los tribunales franceses impusieron el pago de 90.000 euros a los demandantes, a pesar de que las normas pertinentes del Código Civil francés habrían permitido tener en cuenta la situación concreta de los demandantes.⁴⁰¹

i. El Reino Unido

La postura general en los litigios del Reino Unido es que la parte que resulta perdedora pague las costas de la parte vencedora, lo que incluye los honorarios de los abogados. Sin embargo, las dificultades a las que se enfrentan las acciones judiciales en el Reino Unido en términos de recuperación de costas

Les mécanismes internes de réclamation dans les entreprises

Al menos una empresa con sede en Canadá, Barrick Gold Corporation, ha establecido un proceso de presentación de reclamaciones para compensar a las víctimas de supuestos abusos de los derechos humanos cometidos en su mina de oro de Porgera en Papúa Nueva Guinea. Situada en las tierras altas del país, Porgera es una de las minas de oro más grandes del mundo. Sin embargo, la mina ha sido objeto de constantes críticas por sus negativas repercusiones sociales y ambientales.⁴⁰² Concretamente, Barrick Gold ha sido acusada de responsabilidad indirecta por la violencia generalizada ejercida contra mujeres nativas por parte de los empleados de la mina de Porgera. Un informe elaborado por Human Rights Watch documenta numerosos incidentes de violaciones en grupo por parte de miembros del personal de seguridad y considera que “estos incidentes revelan un patrón más amplio de abusos”.⁴⁰³

Tras haber rechazado durante años acusaciones de violaciones, palizas y asesinatos, en 2010 Barrick entabló un proceso de diálogo sustantivo con Human Rights Watch y reconoció que habían existido acusaciones contra miembros de la sociedad conjunta Porgera.⁴⁰⁴ Barrick Gold comenzó entonces a establecer un procedimiento de reparación extrajudicial para las víctimas de los abusos relacionados con Porgera, en Papúa Nueva Guinea.⁴⁰⁵ Este marco, denominado “Olgeta Meri Igat Raits” o “Todas las Mujeres tienen Derechos” (“*All Women Have Rights*”), contempla un mecanismo de presentación de reclamaciones extrajudiciales a título individual así como diversos proyectos comunitarios, y, según indica Barrick, está concebido para proporcionar apoyo a las víctimas y para aumentar la sensibilización en la región en materia de violencia contra las mujeres.⁴⁰⁶

Algunos miembros de la comunidad internacional han planteado dudas sobre este marco. Concretamente, MiningWatch Canada ha criticado una disposición que exige que cualquier mujer que acepte un paquete individual de prestaciones tenga que firmar una renuncia que excluye la posibilidad de entablar acciones legales.⁴⁰⁷

El 7 de junio de 2013, Barrick publicó un resumen de los cambios en el marco de reparación de Porgera, realizados a partir de las críticas y las observaciones de partes interesadas externas a la empresa.⁴⁰⁸ Estos cambios incluyen una modificación de la cláusula de renuncia legal para incluir una nota afirmando que el acuerdo no excluye la posibilidad de interponer denuncias penales ulteriores y que “solamente afecta a aquellos casos en los que un demandante pueda pedir que la empresa le indemnice dos veces por la misma lesión para obtener una doble indemnización por el mismo daño”.⁴⁰⁹ A pesar de estos cambios, MiningWatch Canada y otras organizaciones continúan manifestando su desacuerdo con la renuncia legal, ya que consideran que el procedimiento de reparación de la empresa minera no debería conllevar ningún tipo de condición y que esta renuncia sienta un peligroso precedente para otras empresas que hayan cometido abusos de los derechos humanos en el extranjero.⁴¹⁰

Empresas como Barrick, que establecen mecanismos de reclamación extrajudiciales que implican la firma de una renuncia legal, probablemente lo hacen para limitar su responsabilidad legal e impedir indemnizaciones posteriores. Es posible e incluso probable que estos sistemas de reclamación extrajudicial promovidos por las empresas se conviertan en algo habitual en el futuro, ya que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas prevén la implantación de sistemas de reclamación extrajudiciales, incluso mecanismos no estatales.⁴¹¹ Estos mecanismos poseen un gran potencial a la hora de proporcionar a las víctimas acceso a medidas de reparación, especialmente en los casos en que estas, no pueden de forma realista presentar una demanda en su propio país o en el Estado de origen de la empresa, pero se debería tener prudencia a la hora de considerarlos como sustituto de los recursos judiciales. Se trata de mecanismos extrajudiciales y, como tales, poseen la capacidad de limitar e incluso de impedir el acceso a los recursos judiciales. Además, puede que no dispongan de un árbitro imparcial, que carezcan de las medidas necesarias para garantizar un juicio justo o que no ofrezcan normas probatorias diseñadas para garantizar la equidad, por lo que pueden dar lugar a que las personas “renuncien” a su derecho a la protección y a reparación sin una verdadera comprensión de esta renuncia o sin un consentimiento informado, y las víctimas se encuentren así desprovistas de una reparación a la que tienen derecho. No quiere esto decir que todos los mecanismos extrajudiciales vayan a obstaculizar el acceso a los mecanismos de reparación judiciales, pero conviene poner de relieve el hecho de que existe la posibilidad de que los mecanismos de

iniciativa privada no ofrezcan las mismas salvaguardas que aquellos que se establecen en el seno de los ordenamientos jurídicos y por tanto, es posible que no proporcionen el mismo acceso a una reparación eficaz. Ningún procedimiento de reclamación o de acuerdos alcanzados sin salvaguardas y reparaciones de tipo jurídico debe limitar el derecho de las personas a obtener una reparación efectiva a través de un proceso judicial.

Los Principios Rectores ofrecen más directrices para velar por el acceso a mecanismos de reparación eficaces. El comentario al Principio 29 establece claramente que no se debe exigir que las víctimas hayan explorado estos mecanismos de reclamación antes de iniciar un proceso judicial, que estos mecanismos no deben utilizarse para impedir el acceso a los mecanismos de reclamación judiciales y que todo mecanismo extrajudicial debe responder a ciertos criterios establecidos en el Principio 31.⁴¹² El Principio 31 establece que los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben cumplir una serie de requisitos de modo que supongan una contribución efectiva a la mejora de la rendición de cuentas, especialmente en el contexto de las actividades realizadas por empresas que tengan repercusiones en el disfrute de los derechos humanos. Entre estas características se incluye que los mecanismos de presentación de reclamación sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos, una fuente de aprendizaje continuo y que se basen en la participación y el diálogo.⁴¹³ Cualquier mecanismo que no se ajuste plenamente estos criterios no cumple con lo estipulado por los Principios Rectores y “un mecanismo de reclamación mal diseñado o mal aplicado puede intensificar el sentimiento de agravio de las partes afectadas, al aumentar su sensación de impotencia y falta de respeto del proceso”.⁴¹⁴

La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH) emitió un dictamen en julio de 2013 sobre el procedimiento de reclamación de Barrick, a la luz de los Principios Rectores.⁴¹⁵ El ACNUDH establece lo siguiente en relación a la renuncia:

Se debe asumir que, en la medida de lo posible, no se imponga ningún tipo de renuncia a las reclamaciones que se resuelvan mediante mecanismos de reclamación extrajudiciales, sin embargo, y debido a que no existe de por sí una prohibición relativa a la renuncia legal según la actual normativa y práctica internacional, pueden plantearse situaciones en las que las empresas deseen tener garantías, por razones de previsibilidad y de finalidad, y se pida a los demandantes la firma de una renuncia legal al final de un proceso de reparación. En estos casos, la renuncia legal debe interpretarse de la forma más restrictiva posible y se debe proteger el derecho de los demandantes a recurrir a mecanismos judiciales de recurso para cualquier querrela criminal.⁴¹⁶

La Oficina del ACNUDH subrayó también que cualquier procedimiento de reclamación debe cumplir con lo establecido en los Principios Rectores, incluso en lo relativo al Principio 31.

La declaración de la Oficina del ACNUDH sobre la limitación de las renunciaciones legales se refiere exclusivamente a denuncias penales. Sin embargo, el lenguaje utilizado en el comentario del Principio 29, cuando dice que no deben utilizarse para impedir el acceso a los mecanismos de reclamación judiciales, no realiza distinción entre mecanismos civiles y penales.

Es demasiado pronto aún para determinar si los mecanismos de reclamación, incluso aquellos que cumplen sin lugar a dudas los criterios establecidos por los Principios Rectores, serán capaces de proporcionar a las víctimas de abusos de los derechos humanos una reparación efectiva. Por todas las razones anteriormente expuestas, este tipo de mecanismos deben ser considerados con prudencia.

han aumentado significativamente, tras la aprobación de la Ley sobre asistencia jurídica gratuita, sentencias e imposición de penas a infractores de 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*), que entró en vigor en abril de 2013.⁴¹⁷ Las costas correspondientes a un demandante cuando gana el litigio, deberán ser pagadas a partir de la indemnización por daños que le sea otorgada y no podrá superar el veinticinco por ciento de dicha indemnización.⁴¹⁸ De forma general se propone que las costas no sean más elevadas que la indemnización por daños, si bien no siempre es posible que así sea debido a la complejidad de estos casos en cuanto a los hechos y a la labor forense que se debe llevar a cabo en lugares lejanos. Además, debido al Reglamento Roma II, la evaluación de los daños se llevará a cabo según la ley y el procedimiento del país en el que tuvo lugar el daño,⁴¹⁹ lo que puede ser considerablemente inferior, debido a las condiciones económicas de ese otro Estado.

Este cambio aumentó la dificultad de este tipo de casos. Después de todo, una de las razones por las que se plantean casos contra las empresas matrices es debido a que puede ser que en el país en el que ocurrieron las violaciones de los derechos humanos no existan las leyes y las prácticas, o el estado de derecho, o que no actúen de forma efectiva o justa. Así, es probable que no existan decisiones sobre indemnizaciones en este tipo de casos, que no se hayan probado nunca o que estén sujetas a presión política o de otro tipo.

Los cambios introducidos por la mencionada Ley sobre asistencia jurídica gratuita, indujeron al Representante Especial John Ruggie a escribir al ministro de Justicia del Reino Unido para expresar su preocupación sobre estos nuevos “desincentivos”, con repercusiones potenciales:

[S]obre la postura de demandantes legítimos ante las demandas civiles, en casos en los que estén involucradas grandes empresas multinacionales [y que las reformas constituirían un] obstáculo efectivo para la interposición de demandas legítimas de vulneración de los derechos humanos por parte de empresas ante los tribunales [del Reino Unido] en situaciones en las que no existen vías alternativas de reparación.⁴²⁰

ii. Suiza

En Suiza, si la víctima tiene éxito en la demanda, puede exigirse a la parte demandada el pago parcial de las costas del litigio, incluyendo los honorarios de los abogados. Sin embargo, esto raramente cubre la totalidad de las costas y honorarios en los que se han incurrido. Lo contrario es igualmente cierto, ya que si se declara que la demanda está infundada y fracasa, el demandado puede pedir que las costas sean pagadas por la parte perdedora. Esto incluye los honorarios de los abogados y, debido a que pueden suponer importes muy elevados, tiene un efecto claramente disuasorio sobre los demandantes potenciales.

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE TERCEROS PARA PRESENTAR DEMANDAS

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos casi todos los casos son presentados por víctimas individuales o por múltiples víctimas que tienen una capacidad jurídica para ello.⁴²¹ Se permite la llamada legitimación de organizaciones, un tipo de capacidad jurídica de terceros, en las siguientes circunstancias: 1) si los miembros de una organización tuvieran de otro modo capacidad jurídica para interponer una demanda en su propio nombre, 2) si los intereses que la organización en cuestión intenta defender guardan relación con sus objetivos, y 3) si ni la demanda presentada, ni la reparación solicitada requieren la participación de miembros individuales de la organización en la acción judicial.⁴²²

Los litigantes que tengan un interés en el resultado de un caso y que no hayan sufrido daño de otro tipo por los actos del demandado no pueden comparecer ante los tribunales estadounidenses en nombre de terceros.⁴²³ Sin embargo, los tribunales han permitido que algunos litigantes con capacidad

jurídica presenten acciones judiciales en nombre de terceros, cuando 1) el litigante ha sufrido un “daño o perjuicio de hecho” lo que le otorga “interés suficientemente concreto” por el resultado de la cuestión objeto del litigio, 2) el litigante tienen una estrecha relación con el tercero, y 3) debe existir algún impedimento para que el tercero pueda defender sus propios intereses.⁴²⁴

Los juristas no han señalado que la falta de capacidad jurídica por parte de terceros sea un obstáculo para los litigios sobre derechos humanos en los Estados Unidos,⁴²⁵ ya que no parecen existir muchas trabas para que los demandantes extranjeros interpongan demandas antes los tribunales estadounidenses. Sin embargo, han existido algunos intentos de presentar casos con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros en nombre de otros y han sido siempre desestimados.⁴²⁶

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

Cada vez se reconoce de forma más generalizada en los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la UE el hecho de que las asociaciones puedan interponer demandas por daños así como querellas conformes a los intereses estatutarios que representan, o dicho de otro modo, de acuerdo al objeto con el que fueron creadas.

i. Francia

El Tribunal de Casación francés estimó en 2008 que una asociación que defendía los derechos de algunos pacientes con discapacidad podía interponer una demanda contra la institución que supuestamente les había maltratado y que se le otorgase una indemnización por daños sobre la base de este fundamento.⁴²⁷

ii. Los Países Bajos

En los Países Bajos está generalmente aceptado el hecho de que una asociación con plena capacidad jurídica presente una demanda civil con objeto de proteger intereses similares de otras personas.⁴²⁸ Los requisitos formales, según las leyes neerlandesas, para presentar este tipo de demandas son que la asociación lleve a cabo actividades reales vinculadas con el caso y que el caso en cuestión esté relacionado con su objeto legal. Debería señalarse que solo es posible presentar una demanda de reparación declaratoria o de desagravio por mandato judicial pero no por indemnización monetaria. Además, la demanda en cuestión solo puede ser interpuesta una vez la asociación haya intentado resolver el asunto mediante consultas.⁴²⁹

iii. El Reino Unido

No se reconoce ningún tipo de interés público a este tipo de litigios en el Reino Unido aunque esta falta de interés público no ha supuesto normalmente ningún obstáculo para acceder a la justicia.⁴³⁰ Sin embargo, al igual que en lo relativo a la inquietud que generan los recientes cambios en la legislación británica sobre costas, los litigios de interés público pueden suponer un enfoque útil para lograr que estos casos salgan adelante, como mecanismos para recaudar fondos para el proceso y como un instrumento para abogar a favor de grupos o individuos vulnerables.

LOS RECURSOS COLECTIVOS Y LOS MECANISMOS DE ACCIÓN COLECTIVA INDEMNIZATORIA

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Iniciar un proceso de derechos humanos como acción colectiva indemnizatoria, en la que una clase entera de víctimas está representada por uno o varios representantes, presenta algunas ventajas, concretamente el hecho de que obtener un resultado positivo puede dar lugar a una reparación para muchas víctimas, sin necesidad de que estas se involucren en el caso y de una manera relativamente

ESTUDIO DE CASO

Cuatro campesinos nigerianos v. Royal Dutch Shell

En el caso Dutch Shell,⁴³¹ el Tribunal del distrito confirmó su propio auto de 2010 sobre la admisibilidad de la demanda de Amigos de la Tierra Países Bajos (Milieudefensie). El tribunal confirmó que la ONG podía presentar una demanda relativa a intereses situados completamente fuera de la esfera legal neerlandesa.⁴³² La ONG cumplía el requisito formal establecido de llevar a cabo actividades realmente vinculadas con el caso (campañas para detener la contaminación ambiental debido a la producción de crudo en Nigeria) y de que el caso encajase en su objetivo estatutario (la protección del medio ambiente mundial).⁴³³ De acuerdo a lo dictaminado por el tribunal, las demandas superaban ampliamente el interés personal de los demandantes, ya que las medidas que podían ser ordenadas por el tribunal podían redundar en beneficio, no solo de los demandantes, sino también del resto de miembros de la comunidad, así como del medio ambiente en los alrededores de las poblaciones. Además, el tribunal observó que, debido a que había muchas personas implicadas, defender el caso en nombre de las partes interesadas podría resultar problemático, de lo que surge la posibilidad de que la ONG iniciase un caso de interés público.⁴³⁴ De este fallo se desprende que el sistema legal neerlandés no plantea mayores dificultades a la hora de admitir que las organizaciones intenten presentar acciones representativas en nombre de los derechos humanos de las personas y del medio ambiente de otros lugares.

Para más información sobre este caso, consulte el caso de estudio completo, que se encuentra en el Apéndice.

eficaz. Otra ventaja es que, al contrario de lo que ocurre en otros tipos de procesos en los que normalmente no se permite que los abogados paguen los gastos, el reembolso de dichos gastos puede estar sometido a contingencia según el resultado del litigio.⁴³⁵ En ese caso, el bufete de abogados es responsable de las costas. Esto puede hacer posible que un grupo de víctimas plantee una demanda sin tener que preocuparse por su costo. Asimismo, esta forma de proceder ayuda a proteger a los demandantes de posible intimidación y amenazas. Algunos casos presentados con arreglo a la Ley de agravios a ciudadanos extranjeros han sido declarados acciones de clase.⁴³⁶

Sin embargo, los litigios de acción colectiva indemnizatoria en los Estados Unidos resultan más difíciles tras la decisión del Tribunal Supremo en 2011 en el caso *Wal-Mart v. Dukes*.⁴³⁷ El caso concernía a un millón y medio de mujeres que habían demandado a Wal-Mart por discriminación de género, y que se habían basado fundamentalmente en datos estadísticos en vez de en demostrar la existencia de una política general de discriminación.⁴³⁸ Resulta complejo lograr que un caso sea declarado acción colectiva indemnizatoria, pero, entre otras cosas, requiere que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes y que las demandas de los representantes sean típicas del conjunto del grupo o clase.⁴³⁹ En el caso *Wal-Mart*, el tribunal estimó que por cada miembro putativo de la clase, podía existir una razón diferente para explicar su despido, incluso cuando todas las razones fueran de tipo discriminatorio.⁴⁴⁰ Así, en razón de la variabilidad potencial de la situación de cada demandante, los demandantes no tenía en común lo suficiente como para constituir una clase.⁴⁴¹ El tribunal puso el listón más alto para el establecimiento de rasgos comunes y básicamente sostuvo que la única manera de hacerlo era demostrando la existencia de una política general que tratase a un grupo de personas de la misma forma y que si existieran diferencias en el modo en que eran tratadas las personas, no podría proceder una acción colectiva indemnizatoria. En el contexto de muchos casos, incluyendo los abusos de los derechos humanos, en los que pueden variar las circunstancias de las víctimas, esto puede suponer dificultades importantes.

Los juristas no están considerando siquiera la posibilidad de presentar ninguna demanda más como acción colectiva indemnizatoria ya que piensan que no es factible ni posible después del caso *Wal-Mart*.⁴⁴² Aunque pueden seguir planteándose casos individuales y casos con varios demandantes, limitar las acciones de clase tendrá repercusiones sobre la capacidad de grupos muy numerosos de víctimas de presentar determinadas y bien fundadas demandas para obtener reparación, cuando la forma más efectiva de hacerlo sería a través de una acción colectiva indemnizatoria. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad de los procesos de acciones de clase, entre los que se encuentra la dificultad asociada con la notificación requerida a todos los miembros del grupo o clase,⁴⁴³ no hubo muchos casos presentados como acción colectiva indemnizatoria con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros (ATS) antes del caso *Wal-Mart*. Por tanto, a pesar de que en estos momentos supone un obstáculo más para los casos ATS que podrían ser planteados como acción colectiva indemnizatoria, no suponen un obstáculo significativo para los litigios.

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

A pesar de que los Estados miembros de la UE no han adoptado el mecanismo de acción colectiva indemnizatoria como lo hicieron los Estados Unidos, en los últimos años han surgido algunos mecanismos de reparación colectiva análogos. El recurso colectivo es un “concepto que integra cualquier mecanismo para lograr la cesación y la prevención de prácticas empresariales ilegales que pueden afectar a multitud de demandantes o bien la indemnización por el daño causado por tales prácticas”.⁴⁴⁴ Se puede considerar que los litigios de acción colectiva indemnizatoria son un subgrupo dentro de los mecanismos de recurso colectivo,⁴⁴⁵ pero el término “acción colectiva indemnizatoria” normalmente no se emplea en la Unión Europea.⁴⁴⁶ A continuación exponemos los tipos de recursos colectivos que ofrecen las principales jurisdicciones europeas.

i. Francia

En Francia, la *action en représentation conjointe* o acción en representación conjunta fue introducida en 1992.⁴⁴⁷ Esta forma de acción permite que una organización de consumidores, por ejemplo, si recibe el mandato de al menos dos consumidores individuales que hayan sufrido un ilícito civil por la misma conducta, presente una demanda en su nombre, siendo a todos los efectos como si fuera su propia demanda. Representa el ejercicio conjunto, a través de la organización de consumidores, de demandas individuales contra un único demandado.⁴⁴⁸ Un tipo de acción similar puede ser realizada por ONG del ámbito del medio ambiente,⁴⁴⁹ de las finanzas,⁴⁵⁰ y de la salud,⁴⁵¹ si bien en estos casos tienen escasas posibilidades de éxito debido a las restrictivas condiciones que se imponen para estas acciones. Por ejemplo, la cantidad de ONG cuyo campo de actuación corresponde a estos ámbitos y que tiene capacidad jurídica para interponer demandas es muy limitado. Solo aquellas que disponen de una autorización especial del Estado pueden hacerlo.⁴⁵² De ahí que solo las ONG más grandes y poderosas puedan alegar poseer la capacidad jurídica necesaria. En segundo lugar, la ley no permite que estas ONG lleguen a todas las víctimas ya que no tienen derecho a anunciar la acción para generar clientes, ni pueden ponerse en contacto con las víctimas.⁴⁵³ Pueden actuar únicamente a partir de un mandato escrito de la víctima nombrándoles representantes legales, como ocurre en un sistema de adhesión voluntaria.⁴⁵⁴ Como consecuencia, resulta difícil para una ONG lograr llegar a las víctimas o a los consumidores, y mucho menos obtener un mandato de representación.

ii. Alemania

En Alemania, un demandante puede, bajo unas estrictas y determinadas condiciones, transferir la demanda a otra parte para que esta la lleve ante los tribunales. Es lo que se conoce como el *gewillkürte Prozessstandschaft* (capacidad jurídica por acuerdo). Las condiciones son las siguientes: a) la demanda debe ser de tal tipo que no sea estrictamente personal sino transferible, b) el derechohabiente debe haber otorgado al demandante poderes de representación, c) el demandante debe tener un interés

legítimo propio en ganar el litigio, y d) la capacidad jurídica por acuerdo no debe tener un efecto perjudicial para el demandado. Por ejemplo, si el demandante que sigue adelante con la demanda, tras haberle sido transferida la demanda por otros demandantes, está en situación de quiebra, es posible que la parte demandada no pueda recuperar las costas en caso de que la demanda sea rechazada.⁴⁵⁵

iii. Los Países Bajos

En los Países Bajos se puede presentar ante un tribunal un acuerdo alcanzado fuera de él para que lo declare vinculante en todo su alcance para ambas partes, una vez éstas hayan acordado firmarlo.⁴⁵⁶ El acuerdo así alcanzado puede ser presentado ante el tribunal por una organización representativa y si es declarado vinculante, lo es para todos aquellos a los que otorga daños y perjuicios por el hecho perjudicial en cuestión y que tengan conocimiento del arreglo, a no ser que hayan optado por no suscribirlo.⁴⁵⁷ Este mecanismo es relativamente nuevo y todavía no se sabe de qué modo puede funcionar en el contexto de los litigios transnacionales.

iv. El Reino Unido

El Reino Unido carece de un procedimiento legislativo concreto que permita los recursos colectivos o las acciones de clase.⁴⁵⁸ Por tanto, el procedimiento para plantear una acción colectiva indemnizatoria lo establecen las normas procesales, por ejemplo, las normas de procedimiento civil de Inglaterra y País de Gales.⁴⁵⁹ Existen dos vías posibles: la demanda representativa⁴⁶⁰ y el llamado *group litigation order* o mandato para litigios de grupo.⁴⁶¹ Este último permite que actúe un representante cuando exista más de una persona con el mismo interés en una demanda y este representante representa a las partes ante el tribunal, si bien es el tribunal quien determina si su mandato se aplica a todos los demandantes. Una acción a través de mandato para litigios de grupo es flexible y permite a un funcionario del tribunal, con aprobación de un magistrado decano, determinar si el hecho de que los casos se presenten juntos, cuando se refieran a cuestiones comunes de hecho o de derecho, contribuirá a una mejor gestión de la demanda y si es posible a una mayor eficacia en el costo. Se eligen entonces una serie de casos principales a través de los cuales se resolverán las cuestiones comunes.⁴⁶² Estas acciones de grupo requieren que el inicio o el registro de las demandas sea realizado en principio por todos los miembros del grupo y el abogado que representa al demandante representativo (o “principal”) debe seguir las instrucciones de todos los miembros del grupo. Solamente aquellos que deciden adscribirse a esta acción están obligados por las decisiones que se tomen en relación al grupo. A pesar de que el funcionamiento del sistema mediante mandato para litigios de grupo ha permitido que algunos grupos planteen demandas como si fueran un colectivo, es necesario un largo proceso de negociación entre los abogados de cada una de las partes en la causa para que sea efectivo como acción colectiva aunque queda a discreción del tribunal permitirlo o no.⁴⁶³

v. Suiza

No existe ningún tipo de acción colectiva indemnizatoria en Suiza, ni las ONG pueden presentar demandas relacionadas con el objeto social con el que fueron constituidas. Sin embargo, la ley suiza permite a las víctimas ceder a una asociación su derecho a presentar una demanda civil, como hicieron las cinco víctimas románies que fueron deportadas durante la Segunda Guerra Mundial con la organización Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA), a quien estas personas cedieron sus derechos para intentar que la empresa IBM les compensase por su supuesta complicidad en crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis.⁴⁶⁴

CUESTIÓN 9: LA ESTRUCTURA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

Una dificultad clásica en los litigios transnacionales contra empresas es que los grupos empresariales están organizadas como una red de entidades legales diferenciadas, con un grado variable de

influencia de la empresa matriz sobre sus filiales (cuando existe un vínculo inversor), por una empresa sobre sus relaciones comerciales (cuando existe un vínculo contractual) o entre empresas participadas y consorcios así como entre otras estructuras empresariales. De hecho, los Principios Rectores reconocen la diversidad de organizaciones empresariales al referirse a ellas como “empresas” o *business enterprises*.⁴⁶⁵

En esta parte del informe se abordan los diferentes enfoques de las jurisdicciones analizadas sobre esta cuestión. Analiza en primer lugar, las condiciones bajo las cuales puede levantarse el velo corporativo y en segundo lugar, las condiciones según las cuales una empresa puede ser considerada responsable por la conducta de otra con la que tiene una relación comercial, de naturaleza contractual.

La doctrina de la responsabilidad limitada sostiene que, en principio, los accionistas de una empresa no pueden ser considerados responsables de las deudas de la empresa más allá del valor de su inversión.⁴⁶⁶ También establece que la personalidad jurídica de una empresa es diferente de la personalidad jurídica de otra, incluso si esta última pertenece y es controlada por completo por la primera. La historia que subyace tras esta doctrina está bien documentada. Esta protección existe para que los inversores puedan invertir en empresas sin miedo a la responsabilidad, animando así el crecimiento económico.⁴⁶⁷ Este tipo de protección de los inversores se aplica a las empresas matrices que son el único o el principal accionista de sus filiales.⁴⁶⁸ Así, esta protección de la responsabilidad limitada protege a las empresas matrices de responsabilidad por ilícitos civiles, entre los que se incluyen los abusos de los derechos humanos cometidos por sus filiales en el extranjero.

El derecho internacional refuerza esta distinción ya que el Estado en el que está registrada la empresa es el que se considera para determinar la “nacionalidad” de la misma. Por consiguiente, durante mucho tiempo se ha afirmado que “[una] filial es una entidad legalmente separada y por ello necesariamente distinta de su matriz. Según el derecho internacional, la empresa matriz y la filial están sometidas cada una de ellas a la competencia exclusiva de sus [Estados respectivos]”.⁴⁶⁹ Esta opinión se basa fundamentalmente en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Barcelona Traction*.⁴⁷⁰ En este caso, sin embargo, la Corte indicó que:

Las diferentes formas de constituir una empresa y sus entidades legales no siempre han sido empleadas para los fines a los que estaban originalmente destinados. A veces la entidad corporativa no ha podido proteger los derechos de aquellos que le confiaron sus recursos económicos, lo que inevitablemente puede suponer un riesgo de abuso, como es el caso en otras muchas instituciones legales. Aquí, por tanto, como en otras partes, la ley se confronta a la realidad económica y ha tenido que establecer medidas de protección y reparación en interés de aquellos que forman parte de la sociedad mercantil así como de los que no pertenecen a ella pero mantienen tratos con ella. La ley ha reconocido que la existencia independiente de la entidad legal no puede ser considerada un principio absoluto. Es en este contexto en el que se plantea que puede ser justificado y equitativo el proceso de “levantamiento del velo corporativo” o “de desentendimiento de la entidad legal” en determinadas circunstancias y con ciertos fines. La experiencia acumulada sobre la cuestión en el derecho municipal es un patrimonio que se revela útil y que nos dice que se levanta el velo, por ejemplo para evitar el mal uso de los privilegios vinculados a la personalidad jurídica, como ocurre en ciertos casos de fraude o de actividades ilícitas, para proteger a terceros como un acreedor o un comprador, o para impedir la evasión ante determinados requisitos u obligaciones legales. De conformidad con los principios generales anteriormente expuestos, el proceso de levantamiento del velo corporativo, al ser una medida excepcional que las leyes municipales solo admiten cuando afecta a una institución creada por ella misma, es igualmente admisible que pueda desempeñar un papel similar en el derecho internacional.⁴⁷¹

De hecho, ya existe una práctica sustancial por parte de los Estados de hacer extensible el derecho nacional para regular la conducta de las empresas nacionales que operan de forma extraterritorial a través de filiales extranjeras, en dominios tales como la ley de competencia, de protección del accionista y del consumidor y el derecho fiscal.⁴⁷² En lo referido a sobornos y corrupción, los estados han ratificado tratados en virtud de los cuales están obligados a regular la conducta extraterritorial de las empresas nacionales y de sus filiales.⁴⁷³ Sin embargo, esta práctica no se ha hecho extensiva a la protección de los derechos humanos en relación a las actividades de las empresas que operan, ya sea en su propio nombre o a través de filiales, fuera del territorio o de la jurisdicción del Estado de origen de la empresa. Esto origina obstáculos a las vías judiciales de reparación que se analizan a continuación.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Uno de los mayores obstáculos para acceder a la reparación por vías judiciales a los que se enfrentan las víctimas es la falta de responsabilidad por parte de las empresas matrices sobre las que el Estado ejerce competencia personal en relación a las acciones de sus filiales, debido a los reglamentos de responsabilidad limitada. Las leyes de constitución de empresas de los Estados Unidos se rigen por las normas de cada uno de los diferentes estados.

Los demandantes pueden intentar superar la responsabilidad limitada demostrando la participación activa de la empresa matriz o pueden intentar levantar el velo corporativo⁴⁷⁴ y que la empresa matriz sea considerada responsable al demostrar la existencia de una relación estrecha entre la matriz y

El deber directo de diligencia de la empresa matriz

Otro método, distinto del levantamiento del velo corporativo tradicional, consiste en abandonar totalmente la idea de vincular el comportamiento de la filial al de la empresa matriz y centrarse en la responsabilidad directa de la empresa matriz originada por el hecho de que no haya actuado con la diligencia debida en la supervisión de las actuaciones de las filiales sobre las que puede ejercer control. Las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales parecen seguir este enfoque, cuando afirman que “se dirigen también a los grupos de empresas, aunque el consejo de administración de las filiales pueda tener obligaciones derivadas de la legislación del país donde están constituidas como sociedad. Los sistemas de cumplimiento y de control también deben extenderse, en lo posible, a estas sociedades”.⁴⁷⁵ Esta expresión supone la imposición a una empresa matriz del deber de supervisar las actividades de la filial, conforme a la cada vez más extendida noción de que las empresas matrices tienen el deber de actuar con la diligencia debida para velar por que se respeten los derechos humanos en su esfera de influencia. Este concepto de responsabilidad corporativa y de diligencia debida es un elemento central de los Principios Rectores e implica el deber de identificar, prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. Los Principios Rectores son claros cuando afirman que “se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”.⁴⁷⁶

Este enfoque supone un incentivo para que las empresas matrices velen por que sus filiales respeten los derechos humanos. Por el contrario, una doctrina que exija que los demandantes aporten elementos para justificar el levantamiento del velo corporativo es un incentivo para que las empresas matrices continúen manteniéndose al margen de las actividades de sus filiales con objeto de no ser consideradas responsables de sus acciones.

la filial (*alter ego*),⁴⁷⁷ ya que muchas veces disponen de juntas directivas similares, de responsables comunes de las políticas empresariales, de políticas comunes, de toma de decisiones común, etc.⁴⁷⁸ Los demandantes pueden defender la responsabilidad de la empresa matriz alegando teorías como la de agencia,⁴⁷⁹ la teoría de la empresa conjunta⁴⁸⁰ o la teoría de la empresa.⁴⁸¹ Los juristas en el ámbito de los derechos humanos han logrado levantar el velo corporativo o superar la responsabilidad limitada de las empresas matrices, pero ha sido en contadas ocasiones.⁴⁸²

Cuando los demandantes no pueden establecer esta participación directa, ni levantar el velo corporativo ni probar de algún otro modo hechos suficientes para sostener la responsabilidad de la empresa matriz, las víctimas quedan sin reparación por los abusos cometidos contra sus derechos humanos.

La estructura empresarial tiene asimismo implicaciones en materia probatoria en los litigios transnacionales sobre derechos humanos. En lo referido al descubrimiento de pruebas y obtención de los documentos necesarios para el litigio (véase más arriba), el proceso de descubrimiento y el acceso a documentos públicos proporcionan en la mayoría de los casos información suficiente sobre las relaciones existentes entre las empresas matrices con sede en los Estados Unidos y sus filiales,⁴⁸³ a pesar de que siguen existiendo obstáculos. Así, las empresas matrices sobre las que los tribunales son competentes pueden negar cualquier implicación en las acciones de sus filiales y a menudo no proporcionan información sobre estas filiales, incluso cuando se trata de información sobre la relación que mantienen con ellas.⁴⁸⁴ A no ser que un demandante pueda demostrar que la empresa matriz tiene información que solo ella posee y sepa exactamente lo que está buscando, el tribunal normalmente rechazará cualquier solicitud de descubrimiento de prueba.

B. CANADÁ

La responsabilidad limitada de la empresa matriz constituye uno de los mayores obstáculos para las víctimas que buscan la rendición de cuentas en Canadá por abusos de los derechos humanos cometidos en el extranjero. En Canadá, la mayor parte de los litigios contra empresas matrices se fundamenta en su implicación directa en los hechos o en el levantamiento del velo corporativo. Para levantar el velo corporativo en Canadá, el demandante debe establecer que la empresa matriz tenía control o dominio absoluto sobre la filial y que se había constituido con un propósito indebido para ocultar el fraude, o bien los demandantes deben probar que la filial actuó como agente autorizado de la matriz. Además, evitar la responsabilidad no se considera un propósito indebido, por lo que levantar el velo corporativo resulta muy difícil.

Las cuestiones de la responsabilidad limitada y del levantamiento del velo corporativo han sido recientemente discutidos en *Choc, et al v. HudBay Minerals, Inc.*, un caso en el que se alega que el personal de seguridad del antiguo proyecto minero de la empresa HudBay Minerals en Guatemala cometió numerosos abusos entre los que se incluyen el asesinato de una persona abiertamente crítica, haber disparado contra otro hombre, así como la violación de numerosas mujeres cuando eran trasladadas por el personal de seguridad, la policía o los militares fuera de la aldea donde vivían tradicionalmente.⁴⁸⁵ En esa causa, el tribunal rechazó el argumento de la empresa HudBay Minerals alegando que la demanda debía ser desestimada en virtud de la responsabilidad limitada de la matriz con respecto a las actividades de su filial en Guatemala.⁴⁸⁶ El tribunal determinó, en primer lugar, que los demandantes habían alegado correctamente que la filial actuaba como agente autorizado de HudBay Minerals, de modo que si los demandantes podían demostrarlo en un juicio, podía procederse al levantamiento del velo corporativo. Además, el tribunal estimó que los demandantes habían alegado la implicación directa de HudBay Mineral en algunos de los actos ilícitos y por tanto podía pedírsele que respondiera de su propia conducta.⁴⁸⁷

C. LOS ESTADOS EUROPEOS

El Reglamento Bruselas I y Roma II hacen referencia al “domicilio” de una empresa, que aparece definido concretamente como “su sede estatutaria”, “su administración central” o “su centro de actividad principal”.⁴⁸⁸ Esto amplía la competencia de un Estado miembro de la Unión Europea más allá de la simple constitución de una empresa en ese Estado.

Depende del derecho aplicable al caso en cuestión si el velo corporativo puede ser alzado y si la empresa matriz puede ser considerada responsable por la conducta de las filiales que controla o debería controlar, si bien el principio de responsabilidad limitada sigue siendo dominante y la mayoría de los sistemas jurídicos permiten alzar el velo corporativo solo de manera excepcional. De acuerdo con este principio, la responsabilidad de la empresa matriz no puede determinarse únicamente en virtud del hecho de que ejerce control sobre la filial del lugar donde vulnera los derechos humanos o donde contribuye a esta vulneración. Esto puede hacer que resulte difícil para las víctimas de las acciones de la filial intentar obtener reparación mediante una demanda presentada contra la empresa matriz.

i. Francia

Al parecer, uno de los obstáculos más significativos en el acceso al recurso judicial eficaz en Francia es la estricta interpretación del principio de responsabilidad limitada en los casos relacionados con violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero. Sin embargo, las obligaciones autoimpuestas por las empresas, como los códigos de conducta, pueden hacer que incurran en responsabilidad legal. En el caso del *Erika*, los tribunales franceses establecieron que Total SA era responsable civil y penalmente por las consecuencias del vertido de petróleo del petrolero *Erika* que se rompió en 1999 delante de la costa de Bretaña. Los jueces franceses justificaron parcialmente la responsabilidad de la empresa matriz debido a su práctica voluntaria de investigar los petroleros contratados por sus filiales.⁴⁸⁹

ii. Los Países Bajos

La postura de los tribunales neerlandeses sobre la cuestión de la responsabilidad limitada queda reflejada en lo sucedido tras la presentación de varias demandas contra algunas empresas del grupo Shell. El tribunal estableció que en último término, según el derecho de responsabilidad civil nigeriano, las empresas matrices no tienen ninguna obligación de impedir que sus filiales causen daños a otros a través de sus actividades comerciales.⁴⁹⁰ En lo que a la demanda contra la empresa matriz se refiere, este caso ilustra los obstáculos que pueden derivarse del principio de responsabilidad limitada en combinación con la organización del grupo empresarial en entidades legales separadas.

iii. El Reino Unido

Como se menciona anteriormente, el “domicilio” de una empresa es el criterio para poder presentar una demanda contra ella. La cuestión principal a este respecto se refiere al control y al deber de diligencia de la empresa matriz. Un demandante intentará demostrar el control ejercido por la empresa matriz sobre la filial o el deber de diligencia directo que debe ejercer la empresa matriz, lo que generalmente ocurre porque dicha matriz está domiciliada en el Reino Unido y no la filial. Debido a la complejidad del grupo empresarial, puede resultar difícil establecer que la empresa matriz tiene un deber de diligencia.

Identificar a la empresa acusada que corresponde puede resultar muy difícil y complejo.⁴⁹¹ Mientras que en algunos casos puede que la única demandada sea la empresa matriz en el Estado del foro, en otras ocasiones las demandadas pueden ser la empresa matriz en el Estado del foro así como la filial con sede en otro país, o puede que haya más filiales u otras empresas en calidad de demandadas. Por ejemplo, en el caso *Guerrero v. Monterrico*, la empresa minera que operaba en Perú fue inicialmente designada como segunda demandada. Sin embargo, cuando quedó claro que la falta de un tratado entre Perú y el Reino Unido, hacía que la decisión del tribunal británico fuera difícil de ejecutar, se retiró la demanda contra la empresa peruana.⁴⁹²

Una vez identificada la empresa matriz propia, el tribunal debe determinar la existencia de un deber de diligencia de la empresa matriz. El Tribunal de Apelación británico en el caso *Lubbe v. Cape* estableció el siguiente criterio:

Quando una empresa matriz que se ha demostrado ha ejercido control de hecho sobre las actividades de la empresa filial (extranjera) y que tiene conocimiento, a través de sus directores, de que estas operaciones conllevan riesgos para la salud de los trabajadores empleados por la filial o para las personas que se hallen cerca de la fábrica o de otras instalaciones de la empresa, tiene un deber de diligencia sobre dichos trabajadores o sobre cualquier otra persona, en razón del control que ejerce sobre ella y del consejo que presta a su filial.⁴⁹³

La sentencia más reciente de un tribunal británico sobre la diligencia debida es la del caso *Chandler v. Cape plc*,⁴⁹⁴ a partir de una demanda contra una empresa matriz británica por lesiones sufridas por empleados de la empresa filial, asbestosis contraída por exposición al polvo de asbestos. Aunque la cuestión concernía principalmente a una empresa británica, el Tribunal de Apelación del Reino Unido sostuvo que bajo unas circunstancias adecuadas, la ley puede imponer a una empresa matriz la obligación de ejercer el deber de diligencia sobre la salud y la seguridad de los empleados de la filial. El Tribunal estableció lo siguiente:

[S]i una empresa matriz tiene responsabilidades hacia los empleados de una de sus filiales, no tiene por qué existir una correlación entre la responsabilidad de ambas empresas. Es improbable que la empresa matriz acepte asumir responsabilidades con respecto a los empleados de su filial en todos los aspectos, sino solo en lo que puede denominarse asesoramiento de alto nivel o estratégico.⁴⁹⁵

El Tribunal afirmó que los siguientes elementos pueden dar lugar al establecimiento de dicho deber:

En determinadas circunstancias la ley puede imponer a la empresa matriz responsabilidad sobre la salud y la seguridad de los empleados de su filial. Estas circunstancias incluyen situaciones, como en el caso actual en que, 1) la empresa matriz y la filial son la misma en los aspectos más relevantes, 2) la empresa matriz tiene, o debe tener, un conocimiento superior sobre algún aspecto de la salud y de la seguridad de la industria concreta de la que se trata, 3) el método de trabajo de la filial no es seguro y la matriz lo sabía o habría debido saber, y 4) la empresa matriz sabía o debía haber previsto que la filial o sus empleados recurrirían a su mayor conocimiento para la protección de los empleados. A efectos del punto 4) no es necesario demostrar que la empresa matriz generalmente interviene en cuestiones relativas a la salud y la seguridad de las filiales. El tribunal examinará de un modo más amplio la relación existente entre ambas empresas. El tribunal puede estimar que el punto 4) se cumple cuando las pruebas demuestren que la empresa filial tiene por costumbre intervenir en las operaciones comerciales de la filial, como las cuestiones relativas a la producción y a la financiación.⁴⁹⁶

En este caso, el tribunal estimó que la empresa matriz debía ejercer el deber de diligencia.⁴⁹⁷ El tribunal

rechazó con firmeza cualquier sugerencia de que tuviera algún tipo de interés en lo que normalmente se denomina el levantamiento del velo empresarial. Una filial y su empresa matriz son entidades separadas. No existe ninguna imposición ni asunción de responsabilidad únicamente porque una empresa sea la matriz de otra. La cuestión consiste simplemente en saber si lo que había hecho la empresa matriz suponía asumir una obligación directa con respecto a los empleados de la filial.⁴⁹⁸

Además, el párrafo 2 del artículo 2 del Código Civil suizo prohíbe el abuso de derechos, y donde existe un abuso de la forma social de la empresa, se debe aplicar el principio de transparencia o de *Durchgriff* de modo que sea posible para el demandante levantar el velo empresarial para alcanzar a la matriz.⁵⁰² Sin embargo, el Tribunal Federal impuso unas condiciones muy estrictas para poder invocar esta doctrina.⁵⁰³ Las posibilidades prácticas de levantar el velo corporativo son, por tanto, muy limitadas.

CUESTIÓN 10: EL ALCANCE Y LA EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS

Las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidos por empresas desean obtener una reparación adecuada al daño sufrido. En casi todos los casos se ha llevado a cabo mediante compensación monetaria, cuando las demandas se resuelven favorablemente o se alcanza un acuerdo. Algunos órganos jurisdiccionales han dictado mandatos judiciales de desagravio. Este apartado examina el modo en el que las jurisdicciones que nos ocupan plantean la cuestión de las reparaciones, especialmente las indemnizaciones para las víctimas.

A. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los órganos jurisdiccionales estadounidenses en los casos de responsabilidad civil otorgan por lo general indemnizaciones compensatorias, para compensar por el daño causado. Las indemnizaciones punitivas, aquellas cuyo objeto es sancionar o disuadir de determinados comportamientos, también son posibles en las demandas presentadas con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros y a la Ley de Protección de Víctimas de la Tortura, y de hecho algunos casos relativos a la primera de ellas han dado resultado en indemnizaciones punitivas.⁵⁰⁴ Los tribunales tienen igualmente la potestad de emitir órdenes de prohibición para interrumpir determinados comportamientos.

B. LOS ESTADOS EUROPEOS

El Reglamento Roma II establece que el tipo de reparación, inclusive el carácter y el importe de la misma, debe ser establecido a partir de las leyes del lugar en que ocurrió el daño.⁵⁰⁵ Los tipos de reparación existentes pueden no resultar siempre apropiados, especialmente cuando se refieren a un importe máximo de indemnización que resulta demasiado bajo para cubrir siquiera las costas del litigio. En el caso excepcional de que la aplicación de las leyes del lugar en el que ocurrió el daño para establecer el importe de la indemnización condujese a una denegación de justicia, los tribunales pueden aplicar el artículo 26 del Reglamento Roma II, que permite que rechacen la aplicación de una ley extranjera manifiestamente incompatible con el orden público del foro.⁵⁰⁶ Alegar simplemente el carácter inadecuado de la reparación no justificaría probablemente el uso de esta excepción.

En casos relativos a daños ambientales, el artículo 7 del Reglamento Roma II permite a la persona que reclama resarcimiento elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.⁵⁰⁷ Sin embargo, en este ámbito concreto, sigue sin resolverse si este hecho puede ser, por ejemplo, una decisión adoptada por la dirección de la empresa, o si los tribunales interpretarían esta disposición de modo que solo fuese aplicable a hechos físicos como accidentes industriales, avería de un buque, etc.

En las raras ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales deciden aplicar la ley del foro, los países europeos de derecho civil permiten a los demandantes solicitar indemnizaciones compensatorias y requerimientos judiciales.⁵⁰⁸ Las indemnizaciones compensatorias, sin embargo, pueden ser desproporcionadas en relación a los costos reales del litigio. El efecto combinado de la imposibilidad de reclamar indemnizaciones punitivas o de presentar acciones de clase, así como la ausencia de una financiación eficaz para este tipo de casos en los Estados europeos regidos por el derecho civil, hace que para las víctimas de violaciones de los derechos humanos sea imposible, desde el punto de vista económico, plantear este tipo de litigios. Este problema se acrecienta debido a la falta de persecución penal de estos casos extraterritoriales, que podría, de producirse, proporcionar una alternativa para que las víctimas lograsen una reparación.

i. El Reino Unido

Los tribunales británicos generalmente otorgan indemnizaciones compensatorias de tipo monetario en casos de responsabilidad civil pero no es posible conceder indemnizaciones punitivas en estos órganos jurisdiccionales. Hasta 2012, cuatro de cada cinco litigios sobre empresas y derechos humanos llevados a cabo ante los tribunales del Reino Unido se concluyeron con pagos a los demandantes, frente a dos sentencias en rebeldía y trece acuerdos, de las aproximadamente ciento ochenta demandas presentadas en los Estados Unidos con arreglo a la Ley de agravios a ciudadanos extranjeros.⁵⁰⁹ De los datos de los acuerdos que han sido divulgados públicamente, aquellos alcanzados en el Reino Unido son más favorables que los celebrados en los Estados Unidos, como ocurre con el acuerdo del caso estadounidense de Unocal de 30 millones de dólares frente al acuerdo en el caso británico contra Trafigura de 30 millones de libras esterlinas además de las costas.⁵¹⁰

Durante el litigio pueden surgir toda una serie de cuestiones de procedimiento, entre otras, que pueden llevar a que los tribunales dicten otros requerimientos. Por ejemplo, la empresa demandada puede intentar poner sus bienes fuera del alcance del tribunal.⁵¹¹ Durante la preparación del caso *Sithole v. Thor Chemicals*, los documentos revelaron que la empresa matriz de Thor había iniciado una operación de desconcentración que implicaba la transferencia de sus filiales, valoradas en 19,55 millones de libras esterlinas, a una empresa de nueva formación, Tato Holdings Limited.⁵¹² Thor se dirigió por escrito a la Comisión de Servicios Jurídicos del Reino Unido, que financiaba la representación legal de los demandantes, con el argumento de que proporcionar financiación pública para el caso era inútil debido a la reestructuración en curso. Dos semanas antes del inicio del juicio que duraría tres meses, se remitió al tribunal una solicitud en nombre de los demandantes de conformidad con la sección 423 de la Ley de Sociedades de 1986, indicando que el “objetivo principal” de la operación de desconcentración era defraudar a los acreedores, entre otros, los demandantes, y era por tanto nula. Thor y su presidente negaron que este fuera el propósito, pero el Tribunal de Apelación del Reino Unido sostuvo que a falta de información en sentido contrario, podía deducirse “irresistiblemente” que el proceso estaba relacionado con las demandas en curso.⁵¹³ El Tribunal ordenó a Thor depositar 400.000 libras en el tribunal en el plazo de siete días, así como divulgar los documentos relativos a la operación de desconcentración. Se llegó a un acuerdo sobre el caso el primer día del juicio.⁵¹⁴

ESTUDIO DE CASO

Guerrero v. Monterrico Metals plc

Además de conceder indemnizaciones por daños y perjuicios, los tribunales pueden dictar medidas coercitivas o de equidad cuando lo consideren necesario. Así, en el caso *Guerrero v. Monterrico Metals plc*,⁵¹⁵ Monterrico había decidido trasladar la sede de la empresa a Hong Kong y anunció su intención de dejar de cotizar en el Mercado de Valores Alternativos (AIM) de la bolsa de Londres.⁵¹⁶ Debido a que el traslado de la sede estaba relacionado con motivos comerciales no vinculados a la demanda, no había ninguna posibilidad de aplicar el artículo 423 de la Ley británica de Insolvencia.⁵¹⁷ Por tanto, los demandantes del caso Monterrico solicitaron y obtuvieron una orden judicial, dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido, de congelación de bienes pertenecientes a la empresa en todo el mundo, por un importe de más de cinco millones de libras esterlinas. Asimismo, se logró que el Tribunal Superior de Justicia del Hong Kong dictase una orden adicional de congelación de bienes para apoyar a la orden británica.⁵¹⁸ Esto permitió que los demandantes pudieran proceder con el caso y evitó que sus pretensiones resultaran inútiles.

Para más información sobre este caso, consulte el caso de estudio completo, que se encuentra en el Apéndice.

IV. CONCLUSIONES

Poder acceder a los mecanismos de reparación cuando se vulneran los propios derechos humanos es un requisito fundamental en materia de protección de los derechos humanos. Esta afirmación aparece reforzada por los Principios Rectores, que establecen que el acceso a una reparación adecuada es uno de los tres pilares del marco para las empresas y los derechos humanos. Uno de los elementos fundamentales de estos Principios Rectores es la obligación que tiene el Estado de proporcionar a las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas acceso a las vías judiciales de reparación. Hasta la fecha, las diferentes jurisdicciones han hecho poco para cumplir con esta obligación y las víctimas continúan teniendo que enfrentarse a obstáculos que a veces pueden llegar a bloquear completamente su acceso a una reparación adecuada.

El ejercicio de distribución geográfica que presentamos en este informe se ha basado tanto en consultas realizadas a quienes trabajan sobre el terreno como a nuestra propia investigación en los países pertinentes. Demuestra que los Estados, por lo general, no cumplen con su obligación de proporcionar acceso a recursos judiciales eficaces a las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas cuando ocurren fuera del territorio del Estado del foro. Este informe identifica numerosos obstáculos que impiden el acceso a la justicia y limitan la capacidad que tienen las víctimas de abusos de los derechos humanos de hacer que los tribunales entiendan de sus demandas y dicten medidas de reparación que puedan ser ejecutadas. Estos obstáculos existen en todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de las diferencias en materia de legislación, de enfoque por parte de los tribunales, de protección de los derechos humanos a escala nacional y de la tradición jurídica.

Además, repercuten negativamente en el acceso de las víctimas a la reparación por vía judicial desde el inicio de la redacción de la demanda, en la que es crucial identificar a la empresa y a las víctimas, hasta la decisión de si debe plantearse un proceso civil o penal y la naturaleza de la propia demanda, es decir, si se trata, entre otros, de una demanda por responsabilidad civil, de una petición relacionada con violaciones de derechos humanos o de otro tipo de acción judicial. De hecho, en la actualidad tan sólo la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros (ATS) permite interponer una demanda en términos de derechos humanos internacionales, lo que, unido a la limitación del acceso a este recurso legal tras la sentencia del caso *Kiobel*, significa que gran parte de los casos serán introducidos como demandas por responsabilidad civil general sin que reflejen la naturaleza y la realidad de los abusos de los derechos humanos cometidos, tales como tortura, asesinatos extrajudiciales, etc. Las consecuencias de estos obstáculos se hacen sentir a lo largo de todo el proceso judicial, incluso en asuntos sustantivos que van desde la competencia, la legislación aplicable y el deber de diligencia de la empresa matriz hasta la capacidad jurídica, la prescripción y la divulgación de información. Incluso al final del procedimiento judicial, continúan existiendo barreras para que las víctimas de abusos de los derechos humanos obtengan una reparación adecuada. A lo largo de todo el proceso, existen otros obstáculos adicionales que limitan las actividades y la efectividad de los abogados de la parte

demandante en términos de reunión de pruebas, acceso a la información, pago de honorarios, garantías para la seguridad de las víctimas así como el hecho de disponer de recursos limitados. Por encima de todo, existe una disparidad evidente de recursos entre las empresas y las víctimas, que afecta a su capacidad para obtener un acceso igualitario a la justicia en todos los ordenamientos jurídicos.

Se trata de obstáculos que se han logrado superar en contadas ocasiones y, cuando así ha sido, normalmente es gracias a enfoques innovadores utilizados por los abogados, a la paciencia de las víctimas y a la voluntad de compromiso demostrada por algunos jueces preclaros. Para lograr identificar y superar estos obstáculos es necesario poseer un conocimiento adecuado de una compleja combinación del derecho público internacional, derecho privado internacional, derecho comparado y derecho constitucional, así como del derecho internacional en materia de derechos humanos, tarea que entraña gran dificultad, incluso cuando se cuenta con la cooperación internacional y con defensores altamente cualificados.

Los Estados deben tomar una serie de medidas para garantizar que las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas tengan acceso a un recurso judicial eficaz. Es necesario para ello que los Estados regulen más y de forma más eficaz estas cuestiones, tanto a través de la legislación como de otros procedimientos, así como mediante la toma de decisiones políticas claras en favor de una tutela judicial efectiva.

Los cambios reglamentarios y legislativos necesarios incluyen la introducción de una modificación a la legislación de estos Estados para permitir el acceso al recurso judicial para este tipo de causas. La legislación debe aplicarse a las actividades extraterritoriales de las empresas y a los actos cometidos por sus filiales y otras partes de las empresas. Debería existir una legislación así como otros reglamentos, entre ellos los que regulan los procedimientos judiciales, para permitir que las víctimas puedan alegar la capacidad jurídica necesario para presentar acciones colectivas, ampliar los plazos contemplados por las leyes de prescripción y garantizar que no se aplican a determinados abusos de los derechos humanos, permitir una divulgación de información más rápida y sencilla y permitir asimismo los honorarios de los abogados sean reembolsados en consonancia con las dificultades asociadas a este tipo de litigio. El enfoque general adoptado por la Unión Europea en materia del Reglamento Bruselas I y del Reglamento Roma II, con algunas modificaciones propuestas, debería seguirse en todos los países desarrollados de modo que se elimine la barrera que supone el *forum non conveniens* y que exista claridad en la determinación del derecho aplicable. Los órganos jurisdiccionales también deberían estar preparados para entender de asuntos relacionados con el deber de diligencia de las empresas matrices, sin el obstáculo que supone la estrechez de miras del principio de la responsabilidad limitada de las empresas, ya que la realidad actual demuestra que las empresas actúan de forma global en su actividad comercial. Tanto los Principios Rectores como las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales reconocen este concepto.

Por encima de todo, debe existir coherencia en la forma en que los diferentes Estados se plantean la cuestión de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas y su responsabilidad. Esto evitaría que existiesen actuaciones incoherentes entre los diferentes Estados y sus órganos jurisdiccionales, incompatibilidades entre los sistemas y mecanismos, búsqueda del foro más favorable para las víctimas y toma de decisiones empresariales con vistas a evitar determinadas vías de reparación. Además, los Estados deben adoptar medidas políticas enérgicas y coherentes que sirvan para reafirmar que los derechos humanos de las víctimas son más importantes que los intereses económicos de las empresas y no al contrario, como ha sido el caso hasta ahora. Las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidos por empresas tienen derecho a un acceso completo y eficaz a los mecanismos judiciales de reparación, independientemente de donde ocurran estas violaciones. Para ello, cada Estado debería analizar los obstáculos que existen en su ordenamiento jurídico y tener en cuenta las medidas que pueden adoptar para paliarlos y, concretamente, las recomendaciones contenidas en el presente informe.

RECOMENDACIONES

A. RESUMEN DE RECOMENDACIONES

Con objeto de garantizar que las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas tengan acceso a una tutela judicial efectiva, tal como establecen los Principios Rectores y, de forma más general, el derecho internacional, los Estados deben adoptar una serie de medidas legislativas y políticas para paliar los obstáculos a los que se enfrentan estas víctimas. A continuación emitimos una serie de recomendaciones que los autores del presente informe consideran son necesarias para superar los obstáculos más importantes que existen en los Estados analizados.

Antes de proceder con las recomendaciones concretas para los diferentes Estados objeto de análisis, debemos señalar que gran parte de ellas son extensivas a todos los ordenamientos jurídicos, si bien las mencionaremos en cada una de las jurisdicciones a las que hagamos referencia. Estas recomendaciones incluyen, en primer lugar, la revisión de la protección de la responsabilidad limitada de las empresas matrices multinacionales u oficinas centrales de las empresas para los casos en que estas empresas causen repercusiones negativas sobre los derechos humanos, concretamente garantizando la responsabilidad de estas empresas en virtud de su deber de diligencia debida en materia de derechos humanos. En segundo lugar, garantizar que los Estados del foro pueden admitir demandas relacionadas con conductas ilegales extraterritoriales. En tercer lugar, garantizar que la resolución de estas demandas es factible desde el punto de vista económico y, por último, garantizar un adecuado enjuiciamiento penal en casos de violaciones penales extraterritoriales llevadas a cabo por las empresas, de un modo que contemple una indemnización para la víctima.

1. Velar por que las entidades que ejercen el control en las empresas comerciales estén legalmente obligadas a responder por las repercusiones negativas sobre los derechos humanos que pudieran tener las acciones de cualquier parte de dicha empresa.

Existen múltiples obstáculos que impiden el acceso al recurso judicial en el contexto transnacional y que, en su conjunto, suponen que el acceso de las víctimas a la justicia resulte excepcionalmente difícil y a menudo imposible. Las complejas estructuras empresariales y las cadenas de valor que caracterizan la organización de las empresas modernas son el núcleo de estos obstáculos. En la práctica, las víctimas tienen que luchar contra el efecto combinado de los principios gemelos de personalidad jurídica independiente y de responsabilidad limitada, de las limitaciones en materia de competencia extraterritorial y de la carga probatoria. Determinar que una empresa es responsable por las repercusiones negativas que pueda causar sobre los derechos humanos, por deficiencias en las actividades de su grupo, es una tarea compleja que tiene lugar sin excepciones en el contexto del proceso judicial y que además lleva mucho tiempo y resulta costosa. Al mismo tiempo, la entidad local del grupo empresarial multinacional o la empresa con la que tiene una relación comercial a menudo está fuera del alcance de la competencia del tribunal del Estado de origen y puede carecer de responsabilidad legal en el Estado anfitrión debido tanto a la debilidad de muchos sistemas judiciales del mundo como, a veces, a la protección que se ejerce sobre los derechos de los inversores extranjeros. Una legislación que impusiera unas normas mínimas en materia de diligencia debida a las entidades de control dentro de las empresas, por ejemplo, sobre las empresas del lugar donde tienen su sede principal central, establecería claramente su responsabilidad legal y reduciría de forma significativa la necesidad de llevar a cabo costosos procedimientos judiciales.

El principio de responsabilidad limitada y de independencia de la personalidad jurídica de las entidades dentro de una misma empresa, así como la compleja organización de la cadena de valor, no deben constituir un obstáculo que impida que una empresa deba responder legalmente por las

repercusiones negativas sobre los derechos humanos que puedan causar la conducta de su grupo. Para ello, debería establecerse claramente el deber de la empresa de ejercer la diligencia debida en relación a todos los aspectos del grupo, de modo que se garantice que la empresa no causa directa ni indirectamente, ni contribuye a causar repercusiones negativas sobre los derechos humanos. Todo ello debería ser considerado como parte de la diligencia debida necesaria para lograr que las empresas cumplan con la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, tal como se establece en los Principios Rectores. El concepto de responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos supone que es necesario imponer a las entidades de control de las mismas el deber de evitar causar o contribuir a causar repercusiones negativas sobre los derechos humanos y, de ocurrir, deben poner los remedios necesarios para paliarlas. Supone también el deber de identificar, prevenir y mitigar las repercusiones negativas directamente vinculadas a las operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando estas repercusiones no han sido causadas directamente por las empresas del grupo. A diferencia del enfoque de la responsabilidad limitada, esto incentiva a la empresa comercial a velar por que las entidades pertenecientes al grupo así como sus relaciones comerciales cumplen con los derechos humanos.

2. Permitir que las víctimas de violaciones de los derechos humanos planteen acciones judiciales en el Estado de origen de la empresa.

En todos los ordenamientos jurídicos analizados es un problema resolver las violaciones extraterritoriales de los derechos humanos relacionadas con empresas. En los Estados Unidos, el reciente fallo del Tribunal Supremo sobre el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* ha contribuido a generar aún mayor confusión sobre la cuestión. En Europa, por el contrario, el Reglamento Bruselas I encomienda a los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE que acepten su competencia en casos de responsabilidad civil presentados contra demandados domiciliados en el Estado del foro y la situación es similar en Suiza. Sin embargo, las legislaciones de los Estados miembros actualmente no contemplan la cuestión de la competencia de los tribunales sobre las empresas no domiciliadas en la Unión Europea, como las filiales de las empresas europeas. Cada ordenamiento jurídico nacional trata la cuestión de forma diferente. Teniendo en cuenta esta divergencia de enfoque, deberían establecerse unas normas mínimas en este asunto. Si todos estos Estados adoptaran las medidas recomendadas que se detallan a continuación, se lograría un mayor grado de coherencia entre los diferentes Estados de origen, lo que permitiría a las víctimas de violaciones ocurridas fuera del Estado del foro presentar la demanda en estos Estados. Esto proporcionaría estabilidad y certidumbre a las empresas, Gobiernos y a la sociedad civil.

3. Promulgar leyes para limitar o eliminar los obstáculos financieros que impidan a las víctimas plantear y llevar a juicio estas cuestiones.

Un obstáculo muy importante que se ha advertido en todas las ordenamientos jurídicos examinados son los costos y los riesgos financieros inherentes a las acciones judiciales. Los litigios sobre las empresas y los derechos humanos en contexto transnacional son extremadamente caros. Esta situación se ve agravada por la desigualdad entre las partes, ya que mientras los demandantes pertenecen normalmente a los grupos más marginados, los demandados poseen por lo general recursos muy abundantes. Tanto en los Estados Unidos como en Europa, incluyendo Suiza, así como en Canadá, la situación mejoraría notablemente si se reformase el sistema de recurso colectivo y la responsabilidad del pago de las costas procesales en las que incurrir cada una de las partes en un juicio, para permitir que los abogados presenten las demandas en estos Estados. En Europa, la situación también mejoraría si se llevasen a cabo reformas del sistema de asistencia jurídica gratuita. Los detalles concretos de tales reformas, que presentamos a continuación, dependen de las diferentes legislaciones y tradiciones legales en cada uno de los Estados considerados.

4. Desarrollar y mejorar las leyes penales para que las empresas rindan cuentas por su implicación en violaciones extraterritoriales de los derechos humanos.

En cada jurisdicción existe la posibilidad de mejorar el acceso a la reparación a través de los mecanismos del derecho penal. Los detalles de las recomendaciones de la reforma dependen de la situación de cada jurisdicción. El enjuiciamiento penal de las empresas por su participación en delitos que supongan violaciones de los derechos humanos es posible y a menudo procede, aunque con frecuencia es tan solo una posibilidad remota. Con el fin de solucionarlo, es necesario tomar medidas para aclarar las normas relativas a la responsabilidad de las empresas en materia penal y en contexto extraterritorial, definir el mandato del ministerio fiscal para actuar en estos casos y poner a su disposición los recursos suficientes para hacerlo. Cualquier decisión de un fiscal de no actuar debería ser susceptible de ser sometida a un recurso judicial a petición de las víctimas.

B. RECOMENDACIONES CONCRETAS PARA CADA UNA DE LAS JURISDICIONES EXAMINADAS

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA GARANTÍA DE REPARACIÓN PARA ABUSOS QUE OCURREN EXTRATERRITORIALMENTE:

1. Modificar la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros para que sea aplicable a actividades extraterritoriales.

Reformar la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros para establecer claramente que concierne a actos cometidos en el extranjero es la forma más clara de avanzar en el sentido de paliar el obstáculo que supuso el fallo del caso *Kiobel*. Aunque puede resultar muy difícil lograr esta reforma legislativa con el actual Congreso, existen suficientes argumentos para llevar a cabo este cambio legislativo.

Por ejemplo, muchos responsables políticos que simpatizan con los intereses de las grandes empresas, son también sensibles a las preocupaciones relativas a los derechos humanos y entienden que las empresas se pueden dirigir de manera responsable, dentro del respeto a los derechos humanos. Ha habido ejemplos recientes de legislaciones favorables a los derechos humanos que han sido aprobadas a pesar de contar con la oposición de las empresas, tales como el artículo 1502, relativo a los minerales de guerra, y el artículo 1504, sobre la transparencia de las industrias extractivas, de la Ley Dodd Frank.

En segundo lugar, si el requisito marcado por el caso *Kiobel* de que la demanda “afecte y concierna” a los Estados Unidos da lugar a que los únicos demandados factibles en casos de litigios ATS sean las empresas estadounidenses en vez de otras empresas sobre las que los tribunales estadounidenses tengan competencia personal, existiría entonces un argumento para que la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros se aplique de forma general a conductas extraterritoriales, de modo que existan las mismas condiciones para todas las empresas que realicen actividades en el extranjero, incluidas las estadounidenses.

Otra posibilidad sería modificar la propia Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o añadir una nota a la misma en la que se definan los tipos de actividades que “afectan y conciernen” a los Estados Unidos para reducir la barrera extraterritorial que supone el fallo del caso *Kiobel*.⁵¹⁹ Esto

seguiría limitando la posibilidad de establecer litigios que invoquen el ATS para hechos ocurridos fuera de los Estados Unidos, pero permitiría utilizar una definición más amplia del concepto “afecta y concierne” del que se ha venido utilizando en los tribunales de distrito tras el caso *Kiobel*. Otra alternativa sería que el Congreso considerase la posibilidad de promulgar una ley de “competencia por necesidad” que permita que se aplique la competencia por razón de materia a las demandas presentadas que invoquen la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, de modo que el tribunal pueda declarar su competencia personal sobre la empresa cuando no haya otra jurisdicción adecuada en la que las víctimas puedan razonablemente obtener reparación.

Como nota de atención sobre esta potencial vía de avance, cabe señalar que los litigios siguen teniendo lugar tras el caso *Kiobel*, y es posible que los litigantes logren argumentar que los casos que “afectan y conciernen” a los Estados Unidos incluyen casos de violaciones del derecho internacional sobre derechos humanos, especialmente si la parte demandada es una empresa estadounidense o una empresa que realice un gran número de actividades en los Estados Unidos. Por ende, cualquier recomendación relativa a la reforma de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros para establecer que casos “afectan y conciernen” a los Estados Unidos puede ser prematura. Deberían suspenderse los trabajos sobre esta reforma hasta que el resultado de los litigios sobre este asunto aclare cómo van a interpretar los tribunales el concepto de “afecta y concierne” en el contexto de los litigios ATS.

2. Modificar la Ley de protección de víctimas de la tortura para que sea aplicable a personas y a diferentes tipos de demandas.

Muchos de los obstáculos sobre la extraterritorialidad se resolverían con una reforma de la Ley de protección de víctimas de la tortura de modo que las personas jurídicas, incluyendo las empresas, puedan ser demandados, en vez de únicamente las personas físicas. Esta ley es un motivo de demanda concreto para las violaciones extraterritoriales de los derechos humanos promulgado por el Congreso. Esto puede resultar atractivo para algunos responsables políticos debido a que ya existe una limitación inherente a las demandas en virtud de esta ley, ya que se aplica solo a aquellos que “actúen con una autoridad real o aparente o con el pretexto de alguna ley de una nación extranjera”, frente a cualquier empresa que realice actividades en el extranjero. Así, incluso si se llevara a cabo este cambio, solo aquellas empresas que trabajen de forma activa bajo la autoridad de un Estado extranjero y que al hacerlo participe en violaciones de los derechos humanos, podrían ser demandados potenciales. Además, cualquier modificación de este tipo debería idealmente establecer claramente que también las personas jurídicas pueden ser demandadas en aquellos casos en los que hayan conspirado, hayan sido cómplices o instigado tales actos junto con Gobiernos extranjeros. Por último, para corregir las limitaciones impuestas a los casos en materia de derechos humanos para actividades extraterritoriales surgidas a raíz del caso *Kiobel*, cualquier reforma efectuada sobre la Ley de protección de víctimas de la tortura para incluir que se pueda demandar a personas jurídicas debería incluir igualmente más tipos de violaciones que las que se recogen actualmente en dicha ley, a saber, tortura y asesinatos extrajudiciales. Así, esta ley debería ampliarse para permitir que incluya violaciones como los crímenes de guerra de manera general, desapariciones forzadas, limpieza étnica y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Una nota de cautela: Los defensores de un cambio deben ser prudentes en relación a una potencial reforma de la ley para que no afecte a los derechos de las víctimas recogidos en otros textos legales. Cuando se promulgó la Ley de protección de víctimas de la tortura en 1991 la historia del proceso legislativo al que fue sometida estableció claramente que el Congreso no quería que esta ley sustituyese a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o a las demandas presentadas con arreglo a ella, y que el Congreso creía que era adecuado que los tribunales federales conociesen de las demandas en materia de derechos humanos ocurridas en el extranjero

con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Todo intento de modificar la Ley de protección de víctimas de la tortura o de promulgar nuevos textos legales, debería velar por que se incluya la historia legislativa correspondiente y que se establezca claramente que la reforma no tiene la intención de limitar los derechos existentes en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o de otras leyes.

3. Promulgar leyes estatales que reconozcan como delitos las violaciones del derecho internacional sobre derechos humanos y que otorgue derecho a iniciar una acción legal por estas violaciones.

Habida cuenta de que cada estado resuelve individualmente la mayor parte de las cuestiones legales, las asambleas legislativas de los estados deberían promulgar o modificar las leyes estatales para criminalizar las violaciones extraterritoriales del derecho internacional sobre derechos humanos cometidas por empresas, así como proporcionar derecho privado paralelo para iniciar acciones legales contra estas empresas por las violaciones cometidas.⁵²⁰ Además, los estados deberían velar por que, con estos derechos privados para iniciar acciones legales, la determinación del derecho aplicable, para estos casos debería ser el derecho internacional consuetudinario en lo que a la violación subyacente se refiere y la ley del estado del foro en lo que respecta a otras cuestiones.

4. Establecer claramente la determinación de la ley a aplicar.

Como se menciona anteriormente, el análisis de la determinación del derecho aplicable que se lleva a cabo en la mayoría de los tribunales estatales, y en los federales en casos de diversidad de ciudadanía, ya sea con arreglo a una norma legal o al derecho común. Los tribunales aplican la ley del estado en el que tuvo lugar el daño salvo si el estado del foro tiene un interés mayor por resolver una cuestión determinada, o tiene una relación más significativa con lo ocurrido y con las partes. Los tribunales estatales deberían establecer claramente, mediante la reforma de la norma legal actual sobre la determinación de la ley a aplicar, o bien a través de la promulgación de nuevas normas legales relativas a la determinación de la ley a aplicar, estableciendo que cuando en los procesos se acuse a las empresas, sobre las que el tribunal tiene competencia personal, de cometer actividades ilegales en el extranjero, los tribunales deben aplicar la ley del estado en el que este tiene su sede, es decir el estado del foro, en caso de que los demandantes no pudieran recibir una reparación adecuada si se aplicase la ley del estado en el que tuvo lugar el daño. Este podría ser un requisito único o bien la legislación podría establecer claramente que deberían tenerse en cuenta tales consideraciones cuando el tribunal determine si tiene mayor interés en un asunto concreto.

5. Establecer claramente que las empresas son personas jurídicas a efectos del derecho internacional.

Los legisladores, tanto federales como estatales, deben modificar o promulgar leyes que establezcan claramente que las empresas son personas jurídicas a efectos del derecho internacional y que pueden ser consideradas responsables por violaciones o ilícitos civiles contra el derecho internacional consuetudinario.

6. Codificar el principio del *forum non conveniens* para garantizar que los tribunales no desestimen casos indebidamente.

Tanto los legisladores federales como estatales deberían codificar la doctrina del *forum non conveniens* de modo que los tribunales no desestimen estos casos de forma inapropiada. Esto podría realizarse elaborando un modelo de norma sobre *forum non conveniens* para que fuera

adoptada en varios estados y en los Estados Unidos en general para casos de los que conozcan los tribunales federales. Dicha norma debería establecer que cuando un demandante extranjero planteé una acción judicial en los Estados Unidos o en los tribunales estatales por hechos ocurridos en el extranjero se debería presuponer que el foro extranjero no es adecuado. Esto es debido a que muchos de los demandantes, si no todos, preferirían iniciar una acción judicial en el Estado en el que se hallan o en el que se produjo el daño, y el hecho de que decidan presentar el caso en el Estado del foro demuestra que no es posible obtener reparación de forma sencilla o simplemente obtenerla, en el foro anfitrión. El paso de rebatir esta presunción debería recaer en los demandados, que tendrían que establecer que el foro extranjero es mejor y resulta una alternativa más conveniente para los testigos y las partes, que se pueden cumplir las políticas públicas de los Estados Unidos a través de una acción judicial iniciada en ese foro extranjero, que es posible lograr una reparación adecuada, similar a la que el demandante podría lograr en los tribunales de los Estados Unidos, y que se logrará con igual celeridad que la que se obtendría en los tribunales estadounidenses, que el país en cuestión posee un sistema judicial estable, que el demandado aceptará someterse a la competencia personal y a la competencia por razón de materia en el foro extranjero, que no existen normas que impidan al demandante obtener reparación y que el Estado carece de leyes de bloqueo que prohíban al demandante volver a presentar el caso en el foro extranjero. Cualquier norma legal de este tipo debería igualmente permitir a los órganos jurisdiccionales establecer condiciones para desestimar demandas por motivos de *forum non conveniens*. Además, debería prever que cualquier caso que haya sido desestimado por motivos de *forum non conveniens* lo sea “sin perjuicio”, es decir, que permita iniciar una nueva acción ante los tribunales estadounidenses, y con la garantía de que los tribunales acojan el caso de nuevo si no se cumple una de las condiciones anteriormente mencionadas. Otra posibilidad sería que el órgano jurisdiccional en cuestión mantuviera competencia sobre la materia, a la espera de que se resuelva el litigio en el foro anfitrión.

7. Exigir o fomentar que las empresas contraten seguros que cubran de manera adecuada los riesgos de sus actividades en el extranjero.

Todas las empresas y especialmente las empresas transnacionales contratan seguros que cubren las diversas responsabilidades vinculadas a las actividades de la empresa. Este tipo de seguro abarca tanto los costos de defensa como cualquier indemnización por daños. Las empresas contratan de forma rutinaria seguros por cosas como cuestiones ambientales, demandas laborales y otras áreas en las que puedan tener lugar negligencias, si bien casi todos los seguros excluyen de sus pólizas las faltas intencionadas. A pesar de que el objeto del presente informe no es entender las complejidades de este tipo de seguro y por tanto nuestras recomendaciones al respecto son limitadas, se recomienda a quienes abogan por este cambio que se velen por que los responsables políticos investiguen la aplicación de dicha legislación a escala federal o estatal, que exige o alienta a las empresas a suscribir pólizas de seguro que cubran claramente las demandas presentadas en el extranjero por ciudadanos que han sido perjudicados por actividades empresariales. Las empresas aseguradoras proporcionan normalmente recursos para evaluar y prevenir los riesgos, ya que hacerlo redundaría en su propio interés económico. Estos recursos y mecanismos de aversión al riesgo podrían ser de gran utilidad para las empresas.

RECOMENDACIONES SOBRE LAS LEYES DE PRESCRIPCIÓN:

8. Aumentar el plazo establecido por la ley de prescripción para ilícitos civiles ocurridos en el extranjero y no aplicar prescripción alguna para genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Debería fomentarse que las asambleas legislativas de los estados reformasen sus leyes de prescripción que limitan el tiempo del que disponen las víctimas para presentar una demanda, en el sentido de ampliar el plazo de prescripción para demandas en materia de derechos humanos o por ilícitos civiles causados en el extranjero. Además, se debería alentar tanto a los legisladores estatales como a los federales para cambiar toda normativa que afecte a la prescripción de ciertos delitos, tales como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. De hecho, en agosto de 2012, el Colegio de Abogados de los Estados Unidos aprobó una resolución retomando esta postura.⁵²¹

RECOMENDACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD INDIRECTA DE LAS EMPRESAS:

9. Establecer claramente que la inducción y complicidad en casos civiles se rige por la norma del conocimiento.

Dependiendo del modo en que se resuelvan los casos ATS en los que sea cuestión de inducción y complicidad, los legisladores deberían considerar la posibilidad de reformar esta ley o de promulgar otras normas para establecer claramente que la inducción y complicidad en casos civiles se rige por la norma de la existencia de conocimiento, no por la norma de la intención, y que dichas normas se deberían aplicar a casos que impliquen responsabilidades civiles con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o de normas jurídicas similares. Este debería ser el procedimiento estándar para todos los casos de demanda por responsabilidad civil, lo que resulta especialmente importante habida cuenta de que se trata de una cuestión no resuelta sobre la que existen divergencias de derecho.

RECOMENDACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA EMPRESA Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA.

10. Eliminar la responsabilidad limitada para las empresas matrices con filiales participadas al cien por cien que operan en el extranjero.

Los legisladores de los diversos estados de los Estados Unidos deberían promulgar cambios en las leyes estatales sobre responsabilidad limitada, anulando la limitación de responsabilidad para las empresas matrices que posean filiales participadas al cien por cien que operen en el extranjero, especialmente cuando se trate de demandas por responsabilidad civil. Existe un reconocimiento cada vez mayor de que esto es injusto y de que las empresas reciben beneficios fiscales y de otro tipo gracias a que utilizan estas filiales que son de su propiedad, mientras que siguen pudiendo evitar toda responsabilidad cuando estas mismas filiales cometen violaciones de los derechos humanos. Desde 1947, muchas personas han abogado por un concepto conocido como “teoría de la empresa” que defiende que la empresa en su conjunto contribuye al beneficio de la matriz como parte de un sistema económico unificado y que por tanto la empresa en su totalidad debería ser considerada responsable de las violaciones de los derechos humanos.⁵²²

Tal vez como mínimo, las normas sobre la responsabilidad limitada deberían ser modificadas por ley para crear la presunción de la responsabilidad de la matriz en los casos en los que la filial haya participado en violaciones de los derechos humanos o en cualquier tipo de ilícito civil grave. Para poder rebatir esta suposición, la empresa matriz tendría que demostrar que llevó a cabo acciones de algún tipo en materia de diligencia debida relacionada con los derechos humanos con respecto a la filial.

Las obligaciones de las empresas en materia de diligencia debida están o deberían estar diseñadas en gran medida para crear mecanismos capaces de garantizar que la empresa tenga conocimiento de abusos reales o potenciales y que toma medidas para velar por que estos abusos no tengan lugar.

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA VIABILIDAD ECONÓMICA:

11. Permitir la recuperación de los honorarios de abogados.

Los legisladores tanto federales como estatales deberían promulgar leyes que prevean que se otorgue los honorarios de los abogados a los demandantes que resulten ganadores del litigio, para que los casos relacionados con los derechos humanos tengan una mayor viabilidad desde el punto de vista económico. Estos honorarios proporcionan a los abogados un incentivo para implicarse personalmente en la aplicación del derecho internacional sobre las violaciones de los derechos humanos, que viene siendo una cuestión de política pública. Existen importantes precedentes de estas provisiones para honorarios de abogados, especialmente en las leyes del área de los derechos civiles, la discriminación y los abusos contra el medio ambiente. Como advierte el Servicio de Investigación del Congreso [de los Estados Unidos]:

Existen también aproximadamente doscientas excepciones reglamentarias [a la norma general], que por lo general se promulgaron con vistas a fomentar las acciones judiciales privadas para lograr la aplicación de las políticas públicas. A menudo, cuando se conceden los honorarios de abogados, se hace para intentar equilibrar las diferencias entre los demandantes individuales privados y los demandados empresariales o gubernamentales. Así, las provisiones para honorarios de abogados se dan más a menudo en normas legales sobre derechos civiles, protección del medio ambiente y protección de los consumidores.⁵²³

12. Modificar las normas que regulan los requisitos de las acciones de clase.

En principio, las Reglas Federales de Procedimiento Civil son el texto legal utilizado para determinar si un caso puede ser admitido como acción colectiva indemnizatoria. El Tribunal Supremo, en su interpretación de dicha norma, hizo que resultase más difícil que el caso *Wal-Mart v. Dukes* procediese como acción colectiva.⁵²⁴ Los miembros del Congreso de los Estados Unidos o de los diferentes estados que poseen leyes similares, deberían modificar estas normas para que sea más sencillo presentar una acción judicial como acción colectiva indemnizatoria en aquellos casos en los que esta acción deba redundar en beneficio de una cantidad elevada de víctimas. El hecho de que el caso sea admitido o no como acción colectiva indemnizatoria tiene serias repercusiones sobre la posibilidad de que las víctimas de abusos de los derechos humanos cometidos en el extranjero obtengan reparación por vía judicial. El no permitir que un caso siga adelante como acción colectiva indemnizatoria tiene un efecto desproporcionado sobre las víctimas de otros países, para quienes resulta mucho más difícil acceder a los tribunales.

13. Impedir las represalias judiciales.

Con el fin de resolver el creciente problema de las represalias judiciales, cada estado debería promulgar una legislación contra los litigios estratégicos que impidan la participación pública o anti SLAPP (por su sigla en inglés, *Strategic Lawsuit Against Public Participation*) para impedir que se inicien acciones judiciales cuya única intención es desanimar a las víctimas para que no planteen casos legítimos. El Congreso debería igualmente promulgar una ley contra este tipo de litigios estratégicos, dada la falta de certeza sobre si la legislación anti SLAPP de un estado se puede aplicar en un tribunal federal que conozca en casos de diversidad de jurisdicción. Estas leyes son necesarias dado el creciente número de demandas estratégicas contra la participación pública.

RECOMENDACIONES SOBRE LOS OBSTÁCULOS RELATIVOS A LAS PRUEBAS:

14. Crear presunciones legales por no actuar con la diligencia debida en materia de derechos humanos para superar la carga probatoria.

Cuando proceda un caso contra una empresa matriz o una filiar por su participación en abusos de los derechos humanos, los legisladores deberían considerar la posibilidad de establecer una presunción legal de incumplimiento del deber de cuidado en los casos en los que la empresa no tenga o no haya seguido las normas de diligencia debida en materia de derechos humanos. Esto es necesario ya que, incluso cuando los casos pueden seguir adelante, resulta extremadamente difícil obtener información mediante el procedimiento tradicional de descubrimiento de elementos probatorios, y más si los hechos han tenido lugar en el extranjero. En vista del reciente hincapié sobre la importancia de la diligencia debida que deben ejercer las empresas, esta presunción parece oportuna.

15. Crear visados especiales para las víctimas y los testigos y permitir que se preste declaración a través de vídeo.

Habida cuenta de la dificultad que supone para algunos testigos y víctimas desplazarse a los Estados Unidos para iniciar un proceso judicial, por otra parte plenamente válido, los legisladores deberían considerar la posibilidad de crear un visado especial para litigios destinado a las víctimas y testigos, y establecer el procedimiento para solicitarlo y obtenerlo con la participación de los tribunales. En lo que respecta a las declaraciones, podrían hacerse algunos cambios en el reglamento para permitir de forma clara las declaraciones filmadas en vídeo. Esto, aunque no eliminaría todas las trabas, sería un buen comienzo.

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL:

16. Prever la “responsabilidad de mando” en la legislación sobre responsabilidad penal, así como mejorar la aplicación de las sanciones penales.

Las leyes sobre responsabilidad penal tal como están redactadas en la actualidad no contemplan la responsabilidad de mando. Un único cambio en este sentido permitiría extender la responsabilidad con arreglo a las leyes penales y aplicarla a las actividades empresariales.

Del mismo modo, el Gobierno federal debería perseguir de una forma más decidida a aquellas empresas e individuos dentro de las mismas que jueguen un papel en las violaciones de los derechos humanos actualmente susceptibles de ser perseguidas por el Gobierno federal, a saber, genocidio,⁵²⁵ crímenes de guerra,⁵²⁶ tortura,⁵²⁷ y reclutamiento forzoso de niños soldados.

17. Promulgar leyes que prevean indemnizaciones para las víctimas cuando las empresas o sus empleados sean declarados culpables de abusos de los derechos humanos.

Actualmente no existe ningún mecanismo específico en vigor para que las víctimas de empresas o de sus empleados condenados por un delito de derechos humanos sean indemnizadas. Los legisladores deberían dictar normas que garanticen esta reparación, para lo cual existe un precedente, el de las personas condenadas por implicación en pornografía infantil internacional, que deben pagar una indemnización a las víctimas.⁵²⁸ Habida cuenta de la dificultad que tienen quienes viven en otros países para acceder a los recursos civiles en casos de conducta criminal de las empresas, y considerando que esta recomendación solo se aplica a aquellas empresas o a los empleados que hayan sido declarados culpables de un delito grave, la presente recomendación no debería ser motivo de controversia.

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE CANADÁ

Gran parte de las recomendaciones realizadas en las páginas anteriores para los Estados Unidos son igualmente aplicables a Canadá. Entre ellas está incluido 1) establecer claramente que las empresas son personas jurídicas según del derecho internacional; 2) exigir que las empresas contraten seguros adecuados para cubrir los abusos de los derechos humanos llevados a cabo en el extranjero; 3) ampliar los plazos marcados por las leyes de prescripción; 4) permitir que sea posible levantar el velo corporativo en virtud de varios principios e impedir que las leyes sobre responsabilidad limitada imposibiliten la obtención de reparación; 5) impedir las represalias judiciales promulgando leyes contra los litigios estratégicos que impidan la participación pública o anti SLAPP; 6) crear presunciones legales para violaciones de la diligencia debida y similares.

Sin embargo, las siguientes recomendaciones se aplican concretamente a Canadá:

18. Promulgar una legislación que prevea el inicio de acciones legales por violaciones del derecho internacional consuetudinario.

Ni Canadá en su conjunto ni sus provincias poseen una ley que permita a los demandantes interponer una demanda directamente fundamentada en una violación del derecho internacional consuetudinario. Existe sin embargo jurisprudencia que sugiere que el derecho internacional consuetudinario forma parte del derecho común canadiense, si bien no existe un fundamento privado de la demanda como tal, como sí existe en los Estados Unidos. Ha habido algunos intentos de introducir un proyecto de ley que proporcionaría competencia sobre este tipo de demandas, pero por el momento estos intentos han sido infructuosos. Habida cuenta de la cantidad de empresas canadienses que llevan a cabo actividades en el extranjero, que en algunas ocasiones han dado lugar a casos de supuestas violaciones de los derechos humanos, los defensores de los derechos deben realizar más esfuerzos para promover que se promulgue una legislación en este sentido, tanto a escala nacional como provincial. Si fuera necesaria una mayor claridad sobre la prescripción y las formas de limitar los fundamentos de estas demandas, véanse los párrafos anteriores sobre Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros y la Ley de protección de víctimas de la tortura en los Estados Unidos.

19. Codificar el principio del *forum non conveniens* para establecer claramente su forma de aplicación y verificar, antes de desestimar un caso, que las víctimas disponen de recursos judiciales adecuados.

Parece ser que la noción de que las víctimas deben tener acceso a recuso judicial en el extranjero es un principio que aún no está firmemente arraigado en la legislación sobre *forum non conveniens* en Canadá y este requisito no está recogido ni en la legislación de la Columbia Británica, que supuestamente codifica el derecho común, ni en la Ley uniforme sobre la competencia de los tribunales y la remisión de procedimientos (*Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*) elaborada por la Conferencia de Derecho Uniforme de Canadá. Tampoco está contemplada en la legislación de Quebec. Para rectificar esta situación, la Conferencia de Derecho Uniforme de Canadá y los legisladores, especialmente a escala provincial, donde tienen lugar los litigios relativos a los derechos humanos, deberían modificar su ley modelo y las normas para exigir que los tribunales comprueben si existen mecanismos de reparación adecuados en el foro extranjero antes de desestimar el caso por motivos de *forum non conveniens*. La Conferencia de Derecho Uniforme debería igualmente considerar la posibilidad de elaborar una norma modelo en la que figuren los elementos para determinar el foro de necesidad y que se declare competentes a los tribunales canadienses para entender de las demandas por daños causados por empresas canadienses en aquellos casos en los que, de otro modo, las víctimas no podrían acceder a una reparación adecuada en el Estado anfitrión.

20. Crear excepciones al principio del vencimiento en costas para litigios de interés público y velar por que en dichos litigios se incluyan los casos internacionales sobre derechos humanos.

El principio del vencimiento en costas que se aplica en Canadá limita de manera muy notable el acceso de las víctimas a los recursos judiciales en este país. Los legisladores canadienses deberían considerar la posibilidad de codificar ciertas normas para permitir a quienes presenten demandas de interés público solicitar un fallo sin condena en costas y que establezca claramente que pueden realizarse este tipo de litigios de interés público contra empresas por violaciones de los derechos humanos en el extranjero. Las empresas deben prever el riesgo de litigios cuando realicen actividades en países extranjeros y deberían comprender que las acciones judiciales son un costo inherente a sus actividades en el exterior. Las variables de esta ecuación deberían estar del lado de las víctimas, especialmente de las víctimas que presumiblemente carecen de los medios financieros para plantear este tipo de acciones legales, y de sus defensores, los grupos de derecho de interés público. Los legisladores podrían permitir que los tribunales de justicia concedan indemnizaciones por daños y perjuicios si estiman se trata de un juicio sin fundamento, en caso de que la preocupación sea el aumento de este tipo de acciones judiciales.

RECOMENDACIONES A LOS RESPONSABLES POLÍTICOS DE EUROPA

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA GARANTÍA DE REPARACIÓN PARA ABUSOS QUE OCURREN EXTRATERRITORIALMENTE:

21. Declarar a las empresas domiciliadas en la Unión Europea y en Suiza, así como a sus filiales, responsables de los daños que se deriven de las repercusiones de sus actividades sobre los derechos humanos.

Los Estados europeos, incluida Suiza, deberían velar por que las empresas puedan ser consideradas responsables civiles por los daños causados a terceros a consecuencia de violaciones de las normas sobre derechos humanos, en aquellos casos en los que no haya ejercido la diligencia debida para impedir que tuviese lugar ese daño. Esto podría hacerse extensivo a todas las partes y a todas las actividades de una empresa multinacional.

Además, debería mejorarse, a través de declaraciones efectuadas por los ministros implicados en los respectivos parlamentos nacionales, en las que expresen su esperanza de que todas las empresas domiciliadas en su país, incluyendo las filiales y las partes que componen la empresa, cumplan con la responsabilidad de respetar los derechos humanos en todas las actividades que realicen, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Estas declaraciones, sin embargo, no pueden ni deben ser consideradas en modo alguno como sustitutorias de una reforma de la normativa.

22. Permitir que se tramiten causas en la Unión Europea cuando no haya otro foro disponible.

La Comisión Europea debería volver a presentar su propuesta, que había considerado incluir en el texto refundido del Reglamento Bruselas I, para añadir una disposición relativa al foro de necesidad a dicho Reglamento. Esto significaría que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los que no existiera ya esta disposición podrían ejercer su competencia ante la falta de otro foro disponible que garantice el derecho a un juicio justo, siempre y cuando el litigio guarde un vínculo suficiente con el Estado miembro del que se trate.

Esto proporcionaría un medio adicional para que los Estados miembros de la UE pudieran cumplir con su obligación legal de garantizar el acceso efectivo a la justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas domiciliadas en su territorio.

Como advertencia para futuras revisiones en Europa de las normas sobre la competencia, cabe indicar que cualquier reforma que se proponga debe ser cuidadosamente analizada para velar por que no limite la competencia de los tribunales sobre casos extraterritoriales que ya está contemplada en algunos Estados miembros de la UE.

23. Aplicar la legislación del Estado en el que se tramite la causa en aquellas situaciones en las que las leyes del Estado en el que tuvo lugar el daño no proporcionen una tutela judicial efectiva.

Una Comunicación interpretativa de la Comisión Europea o una Resolución del Parlamento europeo debería establecer claramente que, de conformidad con el artículo 16 del Reglamento Roma II, debería aplicarse la legislación del foro y no la del lugar donde tuvo lugar el daño, cuando esta última no garantice una protección suficiente de los derechos humanos de las víctimas. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando la legislación del Estado en el que tuvo lugar el daño no reconoce algunos derechos humanos, como los derechos laborales fundamentales, o cuando restrinja de forma importante la capacidad de las víctimas para iniciar acciones judiciales.

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA VIABILIDAD ECONÓMICA DE LAS DEMANDAS:

24. Modificar las acciones judiciales colectivas.

Las violaciones de los derechos humanos a menudo afectan a un gran número de víctimas, como puede ser un pueblo que sufra las repercusiones negativas de un proyecto de desarrollo o todos los trabajadores de un establecimiento industrial concreto. Resulta muy improbable que estas violaciones colectivas puedan obtener una reparación adecuada a través de demandas individuales. Aunque muchos Estados europeos no han adoptado el mecanismo de acción colectiva, en los últimos años han ido surgiendo otros sistemas análogos de recurso colectivo. Sin embargo, la efectividad de dichos mecanismos normalmente se ve limitada por la imposición de condiciones restrictivas. El Reino Unido dispone del mecanismo de recurso colectivo más eficaz, con normas procesales que permiten a los tribunales aceptar acciones colectivas y un sistema en el que es posible sumarse a la demanda. A pesar de que este mecanismo ha permitido llevar ante los tribunales lo que vienen a ser demandas colectivas, se requiere una intensa negociación entre los abogados de cada parte para que el proceso sea eficaz y, en todo caso, su admisión sigue siendo a discreción del tribunal.

Es necesario reformar la legislación de los Estados miembros de la UE, así como la de Suiza, para permitir que se planteen acciones colectivas contra las empresas domiciliadas en Europa. Estas acciones judiciales colectivas deberían ser de varias formas, incluyendo las acciones de clase y los litigios de interés público planteados por organizaciones no gubernamentales. En esta reforma debería incluirse la posibilidad de presentar demandas utilizando expresamente la terminología de los derechos humanos y haciendo referencia a los derechos humanos incluidos en los Principios Rectores y en los tratados sobre derechos humanos de la Unión Europea, incluida la Convención Europea de Derechos Humanos, La Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

25. Ampliar la asistencia jurídica gratuita.

Suiza, los Estados miembros de la UE y la Comisión Europea deberían analizar la posibilidad de proporcionar ayuda económica a las víctimas de supuestas violaciones de los derechos humanos de modo que les permita iniciar acciones judiciales en la Unión Europea y en Suiza, respectivamente.

A escala de la UE, una opción podría incluir la ampliación de la Directiva 2002/8/EC del Consejo, del 27 de enero de 2003 que ya establece un marco para la asistencia jurídica gratuita en casos de litigios transfronterizos en el seno de la UE. Esta asistencia jurídica gratuita podría ampliarse para cubrir todos los casos en los que las demandas se presentan alegando una competencia otorgada con arreglo al Reglamento Bruselas I. Hacer extensivo este marco a litigios extraterritoriales en relación a otros Estados podría justificarse en virtud del artículo 81.2.e) del TFUE que permite la adopción de medidas legislativas “cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, para garantizar una tutela legal efectiva”.

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA CARGA PROBATORIA Y A LA DILIGENCIA DEBIDA:

26. Afirmar el deber de las empresas de actuar con la diligencia debida en lo que se refiere a las filiales del grupo o a las relaciones comerciales del mismo.

Con el objeto de hacer efectiva la primera recomendación general, los Estados europeos deberían promulgar disposiciones legislativas o dar a la Comisión Europea un mandato claro para que presente una propuesta de ley que establezca la presunción de incumplimiento del deber legal para aquellas empresas que no tengan o no hayan aplicado las normas relativas a la diligencia debida, para identificar y corregir las deficiencias que pudiesen derivar en daños a terceros. Esto debería aplicarse tanto a la propia implicación de la empresa matriz del grupo con las actividades perjudiciales como con la labor de identificar y corregir las repercusiones negativas cuando estas están relacionadas con otras partes de la empresa. Esto es necesario ya que, incluso cuando los casos siguen adelante, resulta extremadamente difícil obtener información sobre las responsabilidades y el control dentro de un grupo empresarial, lo que resulta aún más difícil si las acciones en cuestión ocurren fuera del territorio.

27. Aumentar los requisitos relativos a la presentación de informes periódicos en materia de responsabilidad sobre derechos humanos de las empresas.

Con el fin de mejorar la transparencia y la rendición de cuentas, debería exigirse a las empresas la presentación de informes públicos sobre riesgos y repercusiones importantes en materia de derechos humanos, incluso realizando evaluaciones concretas de sus efectos sobre los derechos humanos, relacionados con las actividades principales de la empresa, y supervisar el cumplimiento de la presentación de los informes periódicos obligatorios. En línea con el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos, debería incluirse la presentación de informes periódicos sobre las filiales, independientemente del lugar en el que estén registradas y en el que operen, así como sobre sus relaciones comerciales. La obligación de divulgar esta información debería estar sujeta a la evaluación de la gravedad de las repercusiones sobre las personas y las comunidades afectadas, no a consideraciones vinculadas con su importancia en relación a los intereses económicos de la empresa o de sus accionistas.

Podría reforzarse, además, velando por que la normativa relativa a la divulgación de información y a la denuncia de prácticas irregulares exija que las empresas proporcionen información sobre las

violaciones de los derechos humanos y que apoyen a quienes disponen información de modo que puedan comunicarla sin consecuencias legales o problemas para su seguridad personal.

También se mejoraría haciendo que este tipo de informes y de evaluaciones fuera un requisito indispensable para que las empresas accedieran a créditos a la exportación, para obtener contratos públicos o para lograr acceder a otros beneficios económicos otorgados por el Estado.

28. Modificar las normas de acceso a las pruebas.

La capacidad de las víctimas de acceder a las pruebas es fundamental, ya que los demandantes deben proporcionar pruebas de que la empresa demandada dirigió, fracasó en su intento de dirigir o de algún modo participó en la actividad causante del daño llevada a cabo por su filial o por otra relación comercial. Sin embargo, esta información rara vez está disponible públicamente y en la mayoría de las situaciones se halla en posesión del demandado. En la UE, cada país define las condiciones bajo las cuales sus tribunales de justicia examinan las pruebas que les son presentadas. En los sistemas de derecho común, las normas de divulgación de información exigen que los demandados hagan pública la información que poseen. En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, cuando existe una normativa equivalente está considerablemente atenuada, lo que supone un escollo importante para los demandantes.

Por tanto, debería llevarse a cabo una reforma legislativa en todos los Estados europeos para mejorar el acceso a las pruebas y ampliar las normas relativas a la divulgación de información. Esta reforma debería estar vinculada y ser discutida conjuntamente con las propuestas legislativas relativas a las acciones colectivas, tal como se describe anteriormente.

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA:

29. Hacer que sean reconocidos como delitos las violaciones de los derechos humanos, incluso aquellas que tienen lugar fuera de la Unión Europea o de Suiza.

Los Estados miembros de la UE y de Suiza deberían reconocer como delito que las empresas domiciliadas en su jurisdicción contribuyan a violaciones de los derechos humanos, incluidas las violaciones que se efectúen fuera de sus respectivos territorios nacionales. Además de establecer claramente las normas sobre responsabilidad penal de las empresas aplicables, debería facilitarse a las autoridades encargadas de la acusación las directrices y recursos necesarios para la aplicación efectiva de la ley en dichos casos. Por ejemplo, se podrían ampliar dos leyes británicas para cubrir específicamente los abusos de los derechos humanos cometidos por empresas en sus actividades extraterritoriales, la Ley de delitos graves (artículos 30 a 32) y la Ley de Homicidio.

Idealmente, los Estados miembros de la UE deberían actuar de forma colectiva y buscar el modo de adoptar una legislación sobre esta cuestión aplicable a toda la Unión. Aun así, los Estados miembros de la UE seguirían teniendo enfoques diferentes sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de los derechos humanos, por lo que sería deseable que se llevara a cabo una acción a escala de la Unión, para evitar también que se produzcan situaciones en las que se desincentiven las acciones judiciales en un Estado miembro por temor a distorsionar la competencia. Los instrumentos de la UE adoptados hasta la fecha ilustran el potencial de la Unión para adoptar una legislación que establezca que el hecho de que las empresas domiciliadas en su territorio contribuyan a que se cometan determinadas violaciones de los derechos humanos, incluso cuando estas violaciones tienen lugar fuera de su territorio, constituye un delito penal.

30. Formación y concienciación de los jueces y fiscales.

Incluso en las jurisdicciones europeas en las que es posible exigir responsabilidades penales a las empresas por abusos de los derechos humanos cometidos en el exterior, los enjuiciamientos siguen siendo raros. Debido a toda una serie de razones, relacionadas tanto con los sistemas jurídicos en cuestión como con la actitud de las autoridades encargadas de la acusación, así como con la complejidad de este tipo de casos, la falta de recursos y de conocimiento especializado y la falta de mandato, los fiscales no inician causas relacionados con complicidad por parte de las empresas en violaciones de los derechos humanos que ocurran en el extranjero. Para comenzar a resolver esta cuestión, los Gobiernos de los Estados en los que es posible entablar este tipo de acciones judiciales deben velar por que tanto los fiscales como los jueces estén mejor equipados para resolver los casos de los que conocen. Esto puede lograrse mediante la adopción de una serie de medidas prácticas tales como la formación y el intercambio de competencias específicas, así como dotando a los fiscales de mandatos claros y de recursos suficientes para que puedan perseguir estas causas.

APÉNDICE: ESTUDIO DE CASOS

AMESYS EN LIBIA



Historia y antecedentes:

Amesys⁵²⁹ es una empresa tecnológica con sede en Aix en Provence, Francia,⁵³⁰ especializada en “el desarrollo y la mejora de sistemas críticos de alta tecnología para la protección de activos digitales y de la seguridad física del personal de sus clientes”.⁵³¹ Desde 2010, la empresa es una filial del Grupo Bull.⁵³² Uno de los programas desarrollados por Amesys—denominado *Eagle* [Águila]—estaba “concebido para ayudar a las fuerzas del orden y a las agencias de inteligencia a reducir el nivel de criminalidad, a mejorar la protección contra las amenazas terroristas y a identificar nuevos peligros para la seguridad”.⁵³³ Permite analizar, vigilar y almacenar el tráfico de internet así como transformar estos datos en información que puede ser explotada como una base de datos así como integrarlos con otros sistemas de inteligencia y vigilancia.⁵³⁴ El propio programa ofrece a los usuarios la posibilidad de “mostrar y analizar visualmente la información de una investigación al permitir ver directamente las conexiones entre personas sospechosas así como sus comunicaciones”.⁵³⁵

A pesar de que a principios de la década de 2000 la comunidad internacional estuviese acercándose cada vez más al régimen libio de Gadafi,⁵³⁶ el Estado seguía ejerciendo una “represión extrema sobre los sistemas de comunicación digitales, lo que incluía severos castigos contra cualquier elemento crítico con el Gobierno”.⁵³⁷ En 2007, Amesys “firmó un contrato con las autoridades libias”,⁵³⁸ aparentemente por un importe superior a los 26 millones de euros,⁵³⁹ para suministrar “equipos de análisis para una pequeña parte de las líneas de internet instaladas en Libia en aquella época, unos pocos”.⁵⁴⁰ Más tarde, en 2008, se suministraron los “equipos pertinentes”⁵⁴¹ y se instalaron varios centros de datos y de control en Libia, de modo que en 2009 el programa de Amesys estaba ya operativo en el país.⁵⁴² Supuestamente, el régimen represivo de Gadafi utilizó el programa de Amesys para vigilar, recopilar y analizar todas las comunicaciones electrónicas de activistas anti Gadafi, periodistas y críticos, tanto los que vivían en Libia como en el extranjero.⁵⁴³ Posteriormente se demostró que algunas de estas personas críticas con Gadafi, que fueron detenidas, torturadas y encarceladas, habían sido sometidas por el Gobierno a vigilancia mediante el programa Eagle de Amesys.⁵⁴⁴

Según Amesys, “todos sus acuerdos comerciales cumplían estrictamente los requisitos legales y reglamentarios establecidos por los convenios internacionales, europeos y franceses”.⁵⁴⁵ En 2012, Amesys cedió Eagle y lo vendió a Advanced Middle East Systems, más tarde conocida como Celebro, y se unió a la empresa francesa Nexa Technologies.⁵⁴⁶

El caso y las alegaciones:⁵⁴⁷

En octubre de 2011, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la Liga de los Derechos Humanos (LDH) interpusieron una querrela criminal en Francia contra Amesys, en la que acusaban a la empresa de complicidad en graves violaciones de los derechos humanos cometidas por miembros del régimen de Gadafi.⁵⁴⁸ La parte demandante sostiene asimismo, que, además de suministrar el programa y los equipos Eagle al Gobierno libio, Amesys también proporcionó soporte técnico y conocimiento especializado de forma continuada.⁵⁴⁹ En mayo de 2013, fueron admitidas como partes civiles en el proceso cinco víctimas, una mujer y cuatro hombres residentes en Libia, que habían sido detenidos y torturados mientras se encontraban privados de libertad.⁵⁵⁰ Durante los interrogatorios, se habían mostrado a estas víctimas extractos de sus comunicaciones electrónicas, lo que les llevó a concluir que se había utilizado el programa Eagle para su identificación y posterior detención.⁵⁵¹ Aunque Amesys admitió que “el contrato estaba relacionado con la puesta a disposición [del Gobierno libio] de equipos de análisis” en 2007,⁵⁵² “rechazó rotundamente la acusación de ‘complicidad en tortura’”.⁵⁵³

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

A pesar de la rapidez con la que ha avanzado esta causa desde la presentación de la querrela criminal en octubre de 2011, los demandantes se han enfrentado a diferentes obstáculos para intentar obtener reparación. Entre ellos se incluye la falta de imparcialidad por parte de la Fiscalía de París, dificultades para acceder a las pruebas, problemas de seguridad en el desarrollo las investigaciones después del conflicto libio, problemas de comunicación con las víctimas, así como otras dificultades de carácter práctico.

La Fiscalía de París anunció en abril de 2012 que no tenía previsto abrir una investigación sobre el caso debido a que los hechos objeto de la acusación no eran constitutivos de delito.⁵⁵⁴ Esto habría significado el final de la causa, pero el juez de instrucción intervino y ordenó que se abriese una investigación para establecer si Amesys y su equipo directivo podían ser considerados responsables penalmente.⁵⁵⁵ Así, el Tribunal de Gran Instancia de París inició la instrucción en mayo de 2012, siete meses después de la presentación de la demanda.⁵⁵⁶ El fiscal de París apeló esta decisión, que fue rechazada por el Tribunal de Apelaciones en enero de 2013.⁵⁵⁷ La FIDH declaró públicamente que “la Fiscalía de París había puesto continuas trabas” a lo largo de todo el proceso y sugirió que el fiscal se había mostrado “reacio a permitir que se llevase a cabo una investigación imparcial e independiente sobre este asunto”.⁵⁵⁸ Actualmente el caso se halla en manos de la recién creada sección del Tribunal del París especializada en crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra.⁵⁵⁹

Además de las dificultades planteadas por la Fiscalía de París, continuar con el caso ha resultado todavía más difícil y oneroso debido a los problemas de seguridad que siguen existiendo en Libia. En 2011, una investigación llevada a cabo por Human Rights Watch (HRW) y el Wall Street Journal (WSJ), tuvo acceso a un depósito de documentos de archivo procedentes de un centro de vigilancia de internet de Trípoli que se encontraba abandonado.⁵⁶⁰ Estos materiales, entre los que se hallaron manuales y expedientes de vigilancia de ciudadanos y ciudadanas libios marcados con el logo de Amesys, constituyen pruebas documentales sobre el papel que desempeñó el programa Eagle de esta empresa.⁵⁶¹ Los expedientes de vigilancia contenían correos electrónicos de febrero de 2011, cuando ya había comenzado la revuelta libia.⁵⁶² Si HRW y el WSJ no se hubieran hecho con estos materiales, sería muy probable que Amesys no hubiera tenido que responder ante los tribunales, ya que algunos de estos documentos fueron posteriormente destruidos durante el conflicto.⁵⁶³

Además de la destrucción del material de Amesys durante el conflicto libio, ha habido algunas dificultades relacionadas con la posibilidad de que las partes civiles personadas en la causa participen plenamente en el proceso legal, debido a los problemas para poder llevarlos a Francia para declarar ante el tribunal.⁵⁶⁴ Además, la FIDH y la LDH tuvieron que encontrar miembros de la sociedad civil libia con quien colaborar en este caso, lo que revistió una especial dificultad, habida cuenta de la compleja situación política de Libia.⁵⁶⁵

La diferencia de idioma supuso igualmente un impedimento, ya que muchos de los materiales estaban en inglés o árabe y tuvieron que ser traducidos para comprobar que eran relevantes para la querrela.⁵⁶⁶ Además, reunir las declaraciones de las víctimas fue complicado debido a que la dificultad de tener que contar con traducción simultánea se agravaba por los problemas que tenían las víctimas para hablar libremente de las inconcebibles torturas a las que habían sido sometidas.⁵⁶⁷ La FIDH y la LDH hablaron con numerosas personas que habrían podido ser denunciantes, pero tan solo cinco de ellas decidieron proseguir.⁵⁶⁸ Muchos no querían o no podían hablar de la tortura que habían padecido⁵⁶⁹ y a otros que vivían aún en Libia les preocupaba legítimamente revelar su identidad en documentos legales sin que se pudiera garantizar la confidencialidad.⁵⁷⁰



ANVIL MINING EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO

Historia y antecedentes:

Anvil Mining, con sede en Perth, Australia y que cotiza en las bolsas de Toronto y Sydney, explotó la mina de cobre Dikulushi en la provincia de Katanga, República Democrática del Congo (RDC), desde 2002 hasta que el negocio fue vendido a Minmetals en 2011.⁵⁷¹ La población de Kilwa, situada a cincuenta kilómetros, era el principal punto de salida hacia el extranjero del producto de la mina de Dikulushi.⁵⁷²

El 14 de octubre de 2004, el ejército congoleño (FARDC, por sus siglas en francés) entró en Kilwa tras una “revuelta menor”.⁵⁷³ A consecuencia de ello, Anvil Mining “interrumpió las operaciones en la mina de Dikulushi y trasladó a veinticinco miembros no esenciales de su personal desde la mina hasta Lubumbashi, al tiempo que mantenía en la mina al personal de seguridad, entre quienes se encontraba el director de seguridad del grupo y el director de la explotación”.⁵⁷⁴ La empresa fletó tres aviones para evacuar al personal “no esencial” y, en los vuelos de retorno, trasladó a unos ciento cincuenta soldados de las FARDC hasta la zona.⁵⁷⁵ Además, tres chóferes de Anvil Mining condujeron vehículos de la empresa utilizados por las FARDC⁵⁷⁶ para transportar tropas hasta Kilwa.

En menos de cuarenta y ocho horas, más de setenta civiles, entre los que había mujeres y niños, fueron masacrados.⁵⁷⁷ Veintiocho de ellos fueron asesinados sumariamente y enterrados en fosas comunes⁵⁷⁸ y los camiones de Anvil Mining fueron supuestamente utilizados para transportar los cadáveres de las personas ejecutadas.⁵⁷⁹ Las FARDC también sometieron presuntamente a la población civil de Kilwa a otras violaciones de los derechos humanos, tales como violación, tortura, detención ilegal, destrucción de viviendas y saqueo.⁵⁸⁰ Tras el incidente, los soldados permanecieron en Kilwa durante nueve meses.⁵⁸¹ Anvil Mining también suministró raciones de comida al ejército y pagó sus salarios.⁵⁸²

Anvil Mining admitió haber proporcionado apoyo logístico al ejército y haber “contribuido al pago de un cierto número de soldados”.⁵⁸³ Sin embargo, en 2005, la empresa indicó que se había visto obligada a proporcionar esta ayuda.⁵⁸⁴ La Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) indicó que la versión de los hechos facilitada a su personal investigador por Anvil Mining parece contradecir declaraciones previas realizadas por la empresa.⁵⁸⁵

Una de las víctimas, Pierre Kunda Musopelo, que en aquel momento era el jefe de policía de Kilwa, explicó en una entrevista concedida a Rights and Accountability in Development (RAID):

Cuando llegué a Kilwa, me detuvieron y me dieron una paliza. Después me encerraron en una habitación pequeña con otras cuarenta y ocho personas. Estábamos tan apretados los unos contra los otros que nadie podía moverse ni sentarse. En esa habitación solo cabían diez personas. Hacía mucho calor y no podíamos respirar, murieron cuatro personas.⁵⁸⁶

Kunda fue trasladado a Lubumbashi donde fue retenido y torturado durante todo un mes.⁵⁸⁷ Fue acusado de traición y juzgado por un tribunal militar, que le absolvió en abril de 2005 y decretó su puesta en libertad.⁵⁸⁸ Tras su liberación, Kunda nunca consiguió recuperarse físicamente y murió en noviembre de 2009.⁵⁸⁹ La hija de Kunda, Dorcas Monga, de veintidós años, estaba embarazada de siete meses y prometida para casarse cuando fue violada y agredida sexualmente por tres soldados de las FARDC que sabían que era hija del jefe de policía.⁵⁹⁰ Monga se quedó paralizada tras dar a luz y fue finalmente trasladada al hospital de Lubumbashi, donde murió a finales de 2004.⁵⁹¹

El caso y las alegaciones:

En noviembre de 2010, la Asociación Canadiense contra la Impunidad (ACCI) solicitó al Tribunal Superior de Quebec (Montreal, Canadá), que admitiese la demanda contra Anvil Mining como acción colectiva indemnizatoria.⁵⁹² ACCI alegó que la empresa había actuado en defensa de sus intereses comerciales durante sucesos de Kilwa, pero había mostrado una falta total de respeto por los derechos humanos de las víctimas. Anvil Mining había proporcionado ayuda a las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo. Al hacerlo y al permanecer después en silencio, Anvil se convirtió en cómplice de los crímenes cometidos contra los ciudadanos y ciudadanas de Kilwa.⁵⁹³

Anvil Mining se opuso a que la demanda fuera admitida como acción colectiva indemnizatoria, argumentando que carecía de sede en Quebec en el momento de los hechos y que el conflicto no había surgido en Quebec ni estaba relacionada con sus actividades comerciales en Quebec.⁵⁹⁴ La empresa también presentó una petición para que la demanda fuera desestimada en virtud del principio de *forum non conveniens*.⁵⁹⁵

El juez Benoît Emery del Tribunal Superior de Quebec se pronunció a favor de la ACCI, declarando que “el texto de la ley, la jurisprudencia y el sentido común demuestran que lo que resulta relevante no es cuándo ocurren los hechos sino cuándo se realiza la solicitud [de admisión]”.⁵⁹⁶ Decidió asimismo que existía vínculo suficiente entre Quebec y las actividades de Anvil Mining, debido a que Anvil Mining era “una empresa de Quebec, constituida en Canadá y cuya sede principal se hallaba en Quebec”.⁵⁹⁷ El juez Emery declaró, sobre la cuestión del *forum non conveniens*, que la ley exige que se demuestre que el tribunal de Quebec es claramente inadecuado y que existe un foro manifiestamente más adecuado para conocer del asunto en caso de que este tribunal, bajo circunstancias excepcionales, se declarase incompetente. Cuando existan varios tribunales adecuados o competentes en igual medida para entender de una causa, sin que uno de ellos presente ninguna ventaja concreta, debe existir presunción en favor del foro elegido por la parte demandante y este es el tribunal que debería prevalecer *ipso facto* en caso de no existir otro que fuera claramente más adecuado.⁵⁹⁸

En su decisión a favor de la ACCI, el juez Emery observó igualmente que, “todo indica que si el tribunal desestima con arreglo a lo establecido por el artículo 3135 del Código Civil de Quebec,⁵⁹⁹ las víctimas no tendrían ninguna otra posibilidad de ser oídas por el sistema de justicia civil”.⁶⁰⁰

Anvil Mining recurrió esta sentencia ante el Tribunal de Apelación, quien falló a favor de la empresa.⁶⁰¹ El tribunal consideró que los demandantes no había demostrado que se cumplían los requisitos relativos a la competencia ya que Anvil Mining no tenía ninguna oficina en Quebec en el momento en que tuvieron lugar los abusos referidos.⁶⁰² Según el tribunal, la demanda no podía presentarse en Quebec, porque la oficina de Montreal de Anvil Mining no estaba implicada en modo alguno en las decisiones

que llevaron a la supuesta participación de la empresa en la masacre de Kilwa.⁶⁰³ Además, el tribunal decidió no declararse competente según el principio del foro de necesidad,⁶⁰⁴ al considerar que las víctimas no habían demostrado la imposibilidad de reclamar justicia en Australia.⁶⁰⁵ Sin embargo, el juez André Forget del Tribunal de Apelación, afirmó:

Resulta lamentable constatar lo difícil que es para los ciudadanos obtener justicia. A pesar de toda la simpatía que hay que sentir hacia las víctimas y de la admiración que nos causa la implicación de las ONG con la [ACCI], en mi opinión la legislación no permite admitir que Quebec pueda ser competente para juzgar este tipo de acción colectiva indemnizatoria.⁶⁰⁶

La ACCI solicitó posteriormente al Tribunal Supremo de Canadá la revisión del caso, al creer que el Tribunal de Apelación había incurrido en un error en la sentencia. Sin embargo, en noviembre de 2012, el Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso.⁶⁰⁷

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

El caso canadiense contra Anvil Mining se inició cuando tanto el sistema de justicia congoleño como el sistema penal australiano se habían demostrado incapaces de proporcionar reparación a las víctimas de la masacre de Kilwa. En la República Democrática del Congo, los demandantes se enfrentaron a dificultades para hacer valer sus derechos debido a las irregularidades del propio sistema de justicia congoleño, a las importantes trabas a las que se enfrentaron los abogados para tener acceso a las víctimas, así como a amenazas e intimidación.⁶⁰⁸ En este caso en concreto, los obstáculos para acceder a la justicia en la RDC afectaron directamente a la capacidad de los demandantes para interponer recursos en Australia y Canadá, como se indica a continuación.

En 2005, después de la emisión de un documental de la Australian Broadcasting Corporation,⁶⁰⁹ la televisión pública australiana, la Policía Federal australiana, inició una investigación sobre la complicidad de Anvil Mining en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en la República Democrática del Congo.⁶¹⁰ Un año más tarde, un fiscal militar de la RDC imputó a un coronel de las FARDC y a ocho de sus hombres por infringir la Convención de Ginebra.⁶¹¹ Además, tres empleados expatriados de Anvil Mining fueron acusados de “perpetrar, conspirar o ser cómplices, en una de las modalidades de participación criminal definidas por los artículos 5 y 6 del Código Penal Militar”.⁶¹²

Sin embargo, el juicio en la República Democrática del Congo se caracterizó por la falta de imparcialidad y de independencia de los tribunales, por injerencias políticas y por la falta de cooperación por parte de las autoridades militares, así como por otras muchas irregularidades.⁶¹³ Expertos independientes, entre los que se encuentran el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados y la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) cuestionaron el juicio y su resultado.⁶¹⁴ Todos los demandados fueron declarados no culpables de crímenes de guerra o de otros crímenes, “a pesar de la presentación en el juicio de testimonios de numerosos testigos presenciales sustanciales y de pruebas materiales que indicaban la comisión de violaciones serias y deliberadas de los derechos humanos”.⁶¹⁵ Las peticiones realizadas por las víctimas en su condición de partes civiles, fueron rechazadas,⁶¹⁶ y sus intentos por apelar estas decisiones fueron rechazados sumariamente por los tribunales militares congoleños en 2007.⁶¹⁷

Desde el inicio de esta acción legal, las personas involucradas en la causa recibieron amenazas y fueron intimidadas, como lo fueron quienes llevaron a cabo tareas de investigación relacionadas con el caso.⁶¹⁸ Los abogados congoleños que representaban a los demandantes recibieron amenazas de muerte⁶¹⁹ y la MONUC informó de que “los soldados habían advertido a testigos presenciales potenciales de que no colaborasen con la MONUC”.⁶²⁰ Por otra parte, “la organización de defensa de

los derechos humanos ASADOHO/Katanga fue objeto de amenazas y de intimidación tras llevar a cabo una investigación sobre lo sucedido en Kilwa”.⁶²¹

En agosto de 2007, la AFP abandonó su investigación mencionando la absolución de los sospechosos por parte del tribunal militar de la RDC.⁶²² RAID solicitó entonces a la AFP que aclarase la finalidad y la naturaleza de la investigación, pero esta organización rechazó la solicitud.⁶²³ Sesenta y una víctimas, con la asistencia de un bufete de abogados australiano, presentaron entonces “una solicitud preliminar en nombre de las víctimas ante el Tribunal Supremo del Estado de Australia Occidental para obtener acceso a los documentos”, al tiempo que consideraban la posibilidad de iniciar una acción civil contra la empresa.⁶²⁴ La parte demandada, sin embargo, cuestionó la validez de los acuerdos de representación de los abogados de los demandantes,⁶²⁵ y como resultado de ello, se instó a los abogados a que volviesen a la República Democrática del Congo para obtener una nueva confirmación de dichos acuerdos de representación.⁶²⁶ Al intentar llevarlo a cabo, el Gobierno de la RDC les dificultó el trámite, al impedir a “un grupo de defensores congoleños de los derechos humanos volar a Kilwa”.⁶²⁷ Tras este intento fallido de llegar hasta las víctimas y debido a la grave preocupación por la seguridad de los abogados congoleños, el bufete australiano se retiró del caso.⁶²⁸



CACI EN IRAQ

Historia y antecedentes:

CACI International, Inc (CACI), con sede en Arlington, Virginia, Estados Unidos⁶²⁹ y que cotiza en la Bolsa de Nueva York, es una “empresa de tecnología de la información”⁶³⁰ que “suministra soluciones de información y servicios de apoyo a misiones de seguridad nacional y de transformación de Gobierno para clientes de los sectores de inteligencia, defensa y de la administración civil federal”.⁶³¹ Entre 2003 y 2005 CACI actuó en Iraq como contratista del Gobierno de los Estados Unidos, suministrando “analistas de información e interrogadores” en la prisión de Abu Ghraib, entre otras instalaciones.⁶³²

En 2004, algunos medios de comunicación publicaron fotografías en las que aparecía personal militar estadounidense cometiendo abusos de los derechos humanos contra prisioneros civiles iraquíes en la prisión de Abu Ghraib.⁶³³ En estas fotografías aparecen prisioneros encapuchados, desnudos y sometidos a agresiones físicas y sexuales.⁶³⁴ CACI declaró que ningún miembro de su personal estaba involucrado en este tipo de actos,⁶³⁵ aunque once militares fueron luego acusados y condenados por un consejo de guerra, y posteriormente se les licenció con deshonor del ejército de los Estados Unidos.⁶³⁶ Sin embargo, y pese a la existencia de informes que incriminaban a varios contratistas civiles, incluido un archivo de la División de Investigación Criminal del ejército estadounidense (CID, por sus siglas en inglés) que indicaba que el fiscal general de los Estados Unidos había intentado “obtener un auto de acusación federal contra una de las empresas civiles” en 2005,⁶³⁷ ningún civil ha sido inculcado por los abusos cometidos en Abu Ghraib.

El caso y las alegaciones:⁶³⁸

En junio de 2008, cuatro demandantes iraquíes, que habían permanecido detenidos en manos del ejército estadounidense en la prisión de Abu Ghraib durante varios periodos entre 2003 y 2008, iniciaron el proceso *Al Shimari v. CACI International, Inc.*,⁶³⁹ una demanda civil contra CACI en los Estados Unidos, en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros o *Alien Tort Statute* (ATS, por sus siglas en inglés)⁶⁴⁰ así como una demanda de responsabilidad civil sujeta al derecho común. En dicha demanda alegaban que representantes de la empresa habían conspirado con el personal militar de los Estados Unidos que había cometido crímenes de guerra en Abu Ghraib, entre los que se incluyen tortura,⁶⁴¹ trato cruel, inhumano o degradante,⁶⁴² crímenes de guerra,⁶⁴³ agresión con

lesiones,⁶⁴⁴ agresión sexual con lesiones,⁶⁴⁵ causar intencionalmente estrés emocional,⁶⁴⁶ contratación y supervisión negligente del personal,⁶⁴⁷ y causar estrés emocional por negligencia.⁶⁴⁸ Los demandantes alegaron, concretamente, que fueron privados de agua y comida, agredidos sexualmente, apaleados, obligados a presenciar violaciones de otros prisioneros y sometidos a privación sensorial.⁶⁴⁹ Los demandantes continúan sufriendo las consecuencias derivadas de las lesiones físicas y psicológicas causadas por los abusos a los que fueron sometidos en Abu Ghraib.⁶⁵⁰

En una declaración hecha pública en 2008, CACI rechazó estas “absurdas acusaciones” y afirmó que “tenía la intención de defenderse enérgicamente y de restablecer el buen nombre de la empresa”.⁶⁵¹ CACI sostiene que estas acusaciones son infundadas, no están corroboradas ni demostradas. Además, la empresa ha declarado que “siempre se ha tomado muy en serio el escándalo de Abu Ghraib [y] que detesta y condena los abusos cometidos [allí]”.⁶⁵²

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

Tras aproximadamente cinco años de procedimientos judiciales ante el tribunal federal del Distrito Oriental de Virginia, “tribunal del distrito”, el caso de CACI llegó a un momento crucial en mayo de 2013,⁶⁵³ cuando el tribunal del distrito consideró la posibilidad de desestimar la demanda presentada con arreglo a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, a la vista de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del 17 de abril de 2013 en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*.⁶⁵⁴ El Tribunal Supremo había decidido, en el caso *Kiobel*, que la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes estadounidenses impide la presentación de demandas según la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros, cuando pretenden obtener resarcimiento por violaciones que hayan tenido lugar fuera de los Estados Unidos.⁶⁵⁵ Sin embargo, el Tribunal Supremo estableció también que si una demanda que invoca esta misma ley “afecta y concierne” a los Estados Unidos con “fuerza suficiente”, la presunción contra la extraterritorialidad podría ser obviada, permitiendo, por tanto, que el caso prosiguiera.⁶⁵⁶

Antes de la sentencia *Kiobel* los demandantes del caso CACI habían pasado por cinco años de peticiones y de audiencias sobre cuestiones relativas a la inmunidad y a la no justiciabilidad. Al inicio de los procedimientos judiciales, CACI había argumentado que el caso debía ser desestimado por diversos motivos, entre ellos, los derivados de la inmunidad soberana bajo la ley de ocupación militar y la Autoridad Provisional de la Coalición, la doctrina de la cuestión política,⁶⁵⁷ la prioridad del derecho federal y la insuficiencia de las alegaciones.⁶⁵⁸

En 2009, el tribunal del distrito rechazó los argumentos de CACI sobre la inmunidad, la prioridad del derecho federal y la cuestión política, pero admitió la petición de desestimación parcial y desestimó la demanda que invocaba la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros al considerar que las demandas contra contratistas militares privados eran “demasiado novedosas” para ser admitidas por el tribunal.⁶⁵⁹ Un panel del Tribunal de Apelación del Cuarto Distrito decidió, por dos votos contra uno, desestimar el caso en su totalidad, al considerar que el tribunal del distrito carecía de competencia para entender de esta demanda, habida cuenta de los argumentos de prioridad del derecho federal alegados por CACI.⁶⁶⁰ Sin embargo, en 2011 se concedió a los demandantes un nuevo juicio de apelación ante el Tribunal del Cuarto Distrito.⁶⁶¹ El Tribunal en pleno rechazó la apelación y devolvió el caso al tribunal del distrito.⁶⁶² Los demandantes presentaron una petición—que fue posteriormente aceptada—para que su demanda fuera restablecida invocando la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.⁶⁶³

Sin embargo, como se menciona anteriormente, el Tribunal Supremo dictó la sentencia del caso *Kiobel* cuando el proceso del caso CACI estaba en curso, lo que llevó finalmente a la desestimación de las pretensiones de los demandantes. En junio de 2013, el juez Gerald Bruce Lee del tribunal del distrito desestimó el caso CACI basándose en la sentencia de *Kiobel*.⁶⁶⁴ El tribunal del distrito determinó que no

se podía obviar la presunción contra la extraterritorialidad de la demanda sujeta a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros debido a que los abusos tuvieron lugar exclusivamente en Iraq.⁶⁶⁵ Los demandantes presentaron un escrito de apelación ante el Tribunal de Apelación del Cuarto Distrito en octubre de 2013.⁶⁶⁶

El Centro de Derechos Constitucionales (CCR, por sus siglas en inglés), organización sin ánimo de lucro especializada en asuntos legales, que ha venido prestando apoyo a los demandantes ejerciendo su defensa, indicó que, en su opinión:

El tribunal del distrito interpretó, equivocadamente, la sentencia del caso *Kiobel* de una forma estrecha y técnica, ya que este fallo dio lugar, en la práctica, a la aparición de espacios sin ley en los que entidades con sede en los Estados Unidos pueden cometer actos de tortura y crímenes de guerra impunemente. La Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros y la sentencia *Kiobel* no pueden ser interpretadas de modo tal que se proporcione refugio en los Estados Unidos a entidades que hayan cometido abusos atroces de los derechos humanos en el extranjero.⁶⁶⁷

A pesar de haber contado con algunas consultas jurídicas gratuitas, los costos de este caso han sido muy importantes e incluyen tanto costos relativos a la obtención de pruebas, como peritos (entre los que hay peritos médicos) y declaraciones, así como el costo de mantener a los demandantes al corriente de la evolución del caso.⁶⁶⁸ Debido a los problemas de seguridad de Iraq, al principio del caso hubo que organizar reuniones entre los demandantes y sus abogados en un tercer Estado, lo que, no solo dio lugar a elevados gastos de viaje, sino que conllevó el que los demandantes tuvieran que pasar algún tiempo alejados de sus respectivos trabajos.⁶⁶⁹

Por otra parte, en agosto de 2013, CACI presentó una reclamación de gastos según establece la Regla Federal de Procedimiento Civil 54.d) contra los cuatro demandantes, por el importe de los gastos en los que la empresa incurrió durante el proceso legal.⁶⁷⁰ El tribunal del distrito ordenó a los demandantes el pago de 14.000 dólares,⁶⁷¹ aunque teniendo en cuenta la situación económica de los demandantes, es poco probable que CACI logre recuperar estos costos.⁶⁷² Por este motivo, Baher Azmy, director legal del Centro de Derechos Constitucionales, considera este acto como un “intento de intimidar y castigar”⁶⁷³ a los demandantes y de disuadir a otros que en el futuro podrían considerar la posibilidad de plantear demandas de este tipo.

Además de los costos financieros indicados, los demandantes han incurrido en costos significativos desde el punto de vista emocional y de seguridad personal. En una ocasión, cuando tres de los demandantes intentaban acudir a prestar declaración en las audiencias que se celebraban en los Estados Unidos, se les prohibió subir al avión.⁶⁷⁴ Los demandantes disponían de los visados adecuados, habían realizado correctamente el proceso de facturación para el vuelo y habían superado los controles de seguridad de acceso a la puerta de embarque.⁶⁷⁵ La persona que acompañaba a los demandantes fue obligada a viajar sin ellos y autoridades impidieron a las tres víctimas efectuar el desplazamiento.⁶⁷⁶ Habida cuenta de su experiencia previa a manos de las autoridades, este hecho debe haber supuesto una vivencia extremadamente difícil para ellos. Al no haber podido viajar a los Estados Unidos, los demandantes no han podido hablar de su experiencia en un contexto formal.⁶⁷⁷

Ha transcurrido ya una década desde los hechos de Abu Ghraib. Los demandantes siguen sufriendo las consecuencias físicas y emocionales de la tortura y son incapaces de superar estos traumáticos acontecimientos mientras el caso siga abierto. El caso no ha logrado todavía vencer las dificultades procesales anteriormente mencionadas y puede que nunca se logre que los hechos sean examinados.⁶⁷⁸

DANZER EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO:



Historia y antecedentes:

Danzer,⁶⁷⁹ una empresa de propiedad alemana con sede en Suiza,⁶⁸⁰ dedicada a la explotación forestal en la República Democrática del Congo (RDC) desde principios de los años setenta.⁶⁸¹ Más recientemente, ha continuado estando presente en el país a través de una filial de su propiedad, la Société Industrielle et Forestière du Congo (SIFORCO, por sus siglas en francés).⁶⁸²

Desde 2005, han tenido lugar una serie de conflictos entre SIFORCO y las comunidades locales en las áreas en las que opera, algunos de los cuales han terminado con la intervención violenta del ejército y la policía.⁶⁸³ El conflicto más reciente tuvo lugar en la madrugada del 2 de mayo de 2011, cuando el ejército congoleño y la policía entraron en el pueblo de Bongulu, en la zona de Yalisika,⁶⁸⁴ donde cometieron numerosos abusos de los derechos humanos, entre ellos, violaciones, detenciones arbitrarias y destrucción de bienes.⁶⁸⁵

Según lo establecido por la legislación congoleña, todos los contratos de explotación forestal deben incluir un pliego de condiciones⁶⁸⁶ que obliga a la empresa a llevar a cabo proyectos sociales en la zona en la que opera.⁶⁸⁷ A pesar de haber firmado dicho pliego de condiciones con los jefes tradicionales de Yalisika en enero de 2005, SIFORCO ha incumplido repetidamente sus obligaciones en la zona.⁶⁸⁸ En 2009, SIFORCO modificó el pliego de condiciones para esta área y estableció nuevos plazos para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.⁶⁸⁹ Sin embargo, en 2011 el trabajo seguía sin llevarse a cabo⁶⁹⁰ por lo que el 20 de abril de 2011, varios individuos tomaron algunas herramientas y equipos pertenecientes a la empresa, en un acto de protesta por el incumplimiento de sus obligaciones en la zona, intento equivocado de mejorar su posición negociadora con SIFORCO.⁶⁹¹

SIFORCO emitió un comunicado en el que sostiene que había intentado trabajar con la comunidad para facilitar la devolución de sus bienes. Sin embargo, según la empresa, las negociaciones se interrumpieron y “pidió a las autoridades administrativas que le ayudasen a solucionar el conflicto”.⁶⁹² En la madrugada del 2 de mayo, se desplegaron en la zona seis oficiales de la marina de guerra así como miembros de la policía.⁶⁹³ Miembros de estas fuerzas quemaron por completo al menos una casa, apalearon a dieciséis hombres, uno de los cuales murió a consecuencia de la paliza y al menos cinco mujeres, entre las que había tres niñas, que fueron violadas.⁶⁹⁴ Además, quince hombres, entre

ellos dos chicos, fueron detenidos arbitrariamente en Yalisika y recluidos en Bumba, la ciudad más cercana, durante cuatro días, antes de ser puestos en libertad sin cargos.⁶⁹⁵ Por último, un camión que supuestamente conducía un empleado de SIFORCO destruyó una cantidad considerable de bienes.⁶⁹⁶

La situación recuerda de forma alarmante al caso Anvil Mining de 2004.⁶⁹⁷ En ambas ocasiones, las empresas proporcionaron a las autoridades congoleñas camiones y conductores que luego fueron utilizados para cometer abusos de los derechos humanos contra la población civil. En este caso, SIFORCO facilitó al menos un camión con conductor para transportar a las autoridades administrativas del pueblo y llevar a las personas detenidas a la cárcel,⁶⁹⁸ aunque la empresa sostuvo a través de un comunicado que lo hizo bajo coacción ya que “la administración local insistió en que SIFORCO le proporcionase un camión con conductor”.⁶⁹⁹ El testimonio de los testigos señala asimismo que el gerente de la planta de la empresa en la zona, Klaus Hansen,⁷⁰⁰ pagó a las autoridades administrativas que transportaban a la cárcel a las personas detenidas.⁷⁰¹ Por otra parte, SIFORCO facilitó a estas fuerzas de seguridad un local de reunión en Kpengbe, pocos días antes de la intervención de las autoridades congoleñas.⁷⁰²

Si bien la empresa “no niega el hecho de que la [SIFORCO] proporcionase camiones, combustibles y los conductores necesarios para llevar a cabo la intervención”,⁷⁰³ Danzer declaró que en ningún momento “tuvo la intención de ejercer violencia contra la población del pueblo de Yalisika, ni propició que se hiciera”⁷⁰⁴ y que “los incidentes ocurrieron sin que SIFORCO tuviera control o responsabilidad alguna sobre ellos”.⁷⁰⁵ La empresa sostiene, además, que con frecuencia tuvo que “prestar apoyo a la administración local facilitando medios logísticos como vehículos y salas de reunión sin que se le informase de la finalidad del uso” que la administración iba a dar a sus camiones y conductores y que “sin duda se habría negado a colaborar si hubiera conocido el propósito con el que iban a ser utilizados sus medios y las consecuencias de estos actos”.⁷⁰⁶

El caso y las alegaciones:

Tras los sucesos del 2 de mayo, los habitantes de la zona de Yalisika, con el apoyo de un abogado congoleño, pidieron la apertura de una investigación criminal en la República Democrática del Congo contra los miembros de la policía y del ejército involucrados en los hechos. A pesar de haber recibido “llamadas anónimas aconsejándole dejar el caso”,⁷⁰⁷ el abogado de las víctimas, John Biselele Tshikele, convocó una conferencia de prensa en Kinshasa en agosto de 2011,⁷⁰⁸ en la que “informaba a los ciudadanos congoleños y a la comunidad internacional que había presentado una demanda formal para velar por la estricta aplicación de la ley”.⁷⁰⁹ La demanda fue presentada en Mbandaka, capital de la provincia de Ecuador, contra las personas que supuestamente habían cometido los hechos, entre los que se encontraba Klaus Hansen.⁷¹⁰ A principios de octubre, el equipo directivo de Danzer intentó negociar un acuerdo extrajudicial, que la comunidad rechazó.⁷¹¹ A partir de ese momento, el caso avanzó lentamente hasta finales de 2013, cuando “la Fiscalía Militar inició la investigación”.⁷¹² Se prevé que se pueda celebrar un juicio contra la policía local y el personal militar “dos meses después de concluida la instrucción”.⁷¹³

Más allá de la acción legal llevada a cabo en la República Democrática del Congo el Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR, por sus siglas en inglés) y Global Witness presentaron una querrela criminal ante la Fiscalía del Estado de Tubinga, Alemania, el 25 de abril de 2013.⁷¹⁴ Estas organizaciones alegaron que Olof Von Gagern, un alto directivo de Danzer que además de tener la nacionalidad alemana reside en el país, es culpable, según el Código Penal alemán, de inducción y complicidad en violación, lesiones, detención ilegal e incendio provocado.⁷¹⁵ La querrela sostenía que Van Gagern, que era responsable de supervisar y vigilar al personal de SIFORCO en la República Democrática del Congo, no cumplió con su obligación de impedir que el personal fuese cómplice de los crímenes cometidos por la policía y no dio instrucciones claras a los directivos de SIFORCO para que las fuerzas de seguridad no interviniesen en el conflicto entre los habitantes y la empresa.⁷¹⁶

Al ser preguntado sobre la cuestión durante la preparación de este Caso de Estudio, Danzer declaró lo siguiente:

Convenimos en que los hechos acaecidos en la zona de Yalisika en 2011 son totalmente inaceptables y lamentamos sinceramente que nuestra empresa se haya visto indirectamente relacionada con estos incidentes. Danzer no niega ni disputa la veracidad de las acusaciones, pero señala que hay diferentes fuentes y diversas informaciones sobre el incidente y sobre el papel de Danzer en el mismo. Desde entonces, nuestro equipo ha venido trabajando internamente con una serie de colaboradores para establecer y aplicar una serie de medidas con objeto de minimizar el riesgo de que algo así vuelva a ocurrir en una zona en la que operamos.⁷¹⁷

SIFORCO respondió igualmente a la solicitud realizada para que hiciera llegar sus comentarios⁷¹⁸ y rechazó la veracidad de las acusaciones de violación y asesinato. Reconoció “el trato inhumano hacia las personas y la destrucción de bienes” llevado a cabo por los militares, pero sugirió que las acusaciones se habían exagerado.⁷¹⁹

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

Para poder iniciar una demanda de responsabilidad civil en Alemania contra Von Gagern era fundamental establecer su papel en Danzar, así como su influencia en las operaciones y actividades de SIFORCO. No resultó fácil obtener esa información debido a que los datos de acceso público son extraordinariamente limitados. Recientemente, la República Democrática del Congo estableció un nuevo registro mercantil en una nueva ubicación para almacenar todos los datos digitalizados,⁷²⁰ pero los documentos históricos o en papel no se transfirieron a la nueva oficina.⁷²¹ Las ONG implicadas en el caso tuvieron que realizar numerosas visitas al registro mercantil de la República Democrática del Congo hasta lograr finalmente acceder a información sobre la posición que Von Gagern ocupaba en la junta directiva de SIFORCO, de modo que pudiesen demostrar la relación entre la empresa matriz y la filial.⁷²² Resultó aún más difícil acceder a documentación que probase la responsabilidad y el papel de Von Gagern en Europa. Todo ello se vio agravado por la circunstancia de que Danzer es una empresa de propiedad privada y familiar que no está obligada a difundir públicamente datos en igual medida que lo están las empresas que cotizan en bolsa.

Asimismo, algunas cuestiones culturales han amenazado con ejercer una influencia negativa sobre el caso. En la República Democrática del Congo, existe un estigma social importante ligado a la violación, lo que hace que resulte muy difícil para las mujeres que fueron violadas en Yalisika hablar de lo sucedido en un foro público. Otro obstáculo es la estructura comunitaria de Yalisika, que hace que sean los hombres más ancianos de la comunidad quienes participan en cualquier tipo de diálogo y de toma de decisiones. En este caso, Maurice Ambena, el “jefe local”, apoyó inicialmente el caso, pero un año después cambió de idea. En un principio designó al Sr. Bisele, abogado congoleño, para que le representase a él mismo y a la comunidad. Sin embargo, cuando Ambena se retiró de la acción legal, intentó que la comunidad entera abandonase el proceso,⁷²³ aunque la comunidad no apoyó este abandono y designó al Sr. Bisele para que continuase en su nombre.⁷²⁴ Todo esto ha tenido una enorme repercusión en la comunidad y ha provocado divisiones y problemas de cohesión social,⁷²⁵ lo que puede repercutir en la estrategia legal, ya que la credibilidad de los testigos y de las víctimas pueden verse influida por miembros de la comunidad que no hayan estado directamente afectados por estos crímenes, pero sí por la división social posterior.⁷²⁶

Como ocurre con la mayoría de los casos extraterritoriales, entran también en juego cuestiones lingüísticas. En Yalisika, las víctimas solo hablan el dialecto local, por lo que todos los documentos y las entrevistas del caso tienen que traducirse al francés y a veces al alemán,⁷²⁷ lo que supone una dificultad añadida al causar mayores costos, así como algunas dudas relativas al grado de consistencia de los

testimonios.⁷²⁸ La cuestión de la consistencia influirá, muy probablemente, en la opinión del fiscal a la hora de valorar la fuerza de la demanda y, si el caso procede, Danzer probablemente la utilizará para cuestionar la fiabilidad de las víctimas y de los testigos.

Por último, cabe indicar que no existe un sistema plenamente eficaz para la protección de testigos en estos casos, debido a problemas de seguridad, de accesibilidad⁷²⁹ y a cuestiones de costo. Lamentablemente, algunas víctimas y testigos han sido objeto de amenazas y presiones,⁷³⁰ incluso mediante el pago de cantidades de dinero no especificadas.⁷³¹ No está claro si se trataba de acuerdos de resolución informal o de sobornos, y tampoco está claro quién está detrás de estos pagos y de estas amenazas.

DALHOFF, LARSEN AND HORNEMAN (DLH) EN LIBERIA



Historia y antecedentes:

Dalhoff, Larsen, and Horneman (DLH), empresa con sede central en Copenhague, Dinamarca, cotiza en la Bolsa de Copenhague y es una de las mayores empresas madereras internacionales del mundo.⁷³² Entre 2001 y 2003, DLH fue un importante comprador de madera procedente de empresas madereras liberianas que las Naciones Unidas (ONU) afirmaban habían estado implicadas en actividades delictivas graves.⁷³³ Estas actividades incluyen tráfico de armas, que viola las sanciones establecidas por la ONU, corrupción, relaciones comerciales ilegales con el entonces presidente de Liberia y Señor de la guerra Charles Taylor, violaciones de los derechos humanos y expolio del medio ambiente contrario a la legislación local.⁷³⁴

En 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ordenó el embargo de los diamantes de sangre y del tráfico de armas procedente de Liberia, con objeto de detener las guerras civiles que estaban teniendo lugar en Liberia y Sierra Leona.⁷³⁵ La madera había pasado a jugar un papel fundamental en la financiación del régimen de Taylor y en su capacidad de armar soldados para luchar contra los grupos rebeldes de la región noroeste del país.⁷³⁶ Hacia 2002, los ingresos procedentes de la venta de madera constituían también una fuente de financiación esencial para las actividades extrapresupuestarias del Gobierno, y entre ellas, corrupción y obtención ilegal de armas y municiones.⁷³⁷

En aquel momento, todas las empresas madereras que operaban impunemente en Liberia, lo hacían contraviniendo la legislación nacional en materia de obligaciones contractuales, ambientales y/o financieras. Además, incluso algunos de los contratos firmados con el Gobierno liberiano, se revelaron ilegales.⁷³⁸ Por otra parte, las fuerzas de seguridad empleadas por estas empresas madereras estaban dirigidas por conocidos jefes de milicias que cometieron abusos flagrantes de los derechos humanos contra la población civil mientras trabajaban para las madereras.⁷³⁹

Nadie cuestiona la brutalidad de la guerra civil de Liberia. La población civil fue a menudo víctima de violaciones, tortura y otros actos de extrema violencia.⁷⁴⁰ Se estima que perdieron la vida unas 250.000 personas⁷⁴¹ y el Estado quedó desprovisto de cualquier tipo de estructura básica de tipo político, social y económico. La mala gobernanza dio lugar a la práctica desaparición del estado de derecho, a un entorno político dominado por una corrupción creciente y generalizada y al saqueo del Estado que dejó a la economía en ruina.⁷⁴² Han pasado diez años desde estas guerras y el Estado aún sigue trabajando en su reconstrucción.⁷⁴³

El caso y las alegaciones:

Desde inicios de 2001, Global Witness y Greenpeace empezaron a cooperar con DLH en un intento de que la empresa abandonase el comercio de la madera de conflicto procedente de Liberia.⁷⁴⁴ Como consecuencia de ello, la empresa declaró que dejaría de adquirir madera a empresas que violasen los derechos humanos o que llevasen a cabo prácticas forestales destructivas y “suspendió temporalmente” a dos proveedores. Posteriormente “se levantó el boicot alegando la información más detallada que habían proporcionado los nuevos informes de la ONU, a la vez que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha seguido negándose a establecer un veto general contra el sector de la madera.”⁷⁴⁵ DLH continuó manteniendo actividades comerciales con empresas liberianas hasta la aplicación de las sanciones de la ONU sobre la madera de origen liberiano en 2003.⁷⁴⁶

Debido a la situación posbélica que reinaba en el país, no existía ninguna posibilidad legal de plantear una acción judicial en Liberia contra DLH. Sin embargo, y debido a que la sede de la empresa está ubicada en Copenhague, se estimó que Dinamarca era un foro adecuado. Además, el Código Penal danés había sido modificado en 2002 para permitir que las empresas pudieran ser consideradas responsables de delitos que estuvieran recogidos en este texto legal.⁷⁴⁷

Además, se estableció Francia como foro alternativo para llevar a cabo una acción legal contra DLH porque más del 25 % de las exportaciones de madera liberiana, mucha de la cual era importada por DLH, llegaba a través de los puertos franceses de Sète y Nantes.⁷⁴⁸ Debido a diferentes dificultades encontradas para presentar la demanda en Dinamarca, un grupo de ONG y un abogado liberiano presentaron una querrela criminal ante el fiscal francés de Nantes en noviembre de 2009, alegando que DLH, a través de DLH France y de DLH-Nordisk, era culpable del delito de *recel* (venta y/o manipulación de bienes obtenidos ilícitamente) ya que la empresa sabía o debía haber sabido que sus proveedores estaban operando ilegalmente.⁷⁴⁹

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

Antes de plantear el caso a la Fiscalía francesa de Nantes, Global Witness se dirigió a la dirección de la Oficina Especial de Delitos Internacionales de Dinamarca (SICO), que posteriormente transmitió el caso a la Fiscalía encargada de delitos económicos graves de Dinamarca (SØK).⁷⁵⁰ Global Witness se puso entonces en contacto con un investigador de la SØK para informarle brevemente de la gravedad de las acusaciones.⁷⁵¹ Sin embargo, desde el principio surgieron problemas lingüísticos ya que el investigador asignado no dominaba el idioma inglés. Posteriormente, Global Witness se dirigió a la ONG danesa Nepenthes⁷⁵² en busca de más apoyo.⁷⁵³ Varios meses más tarde, Global Witness y Nepenthes se reunieron de nuevo con el investigador, en una reunión en la que el personal de Nepenthes hizo las veces de intérpretes no oficiales de danés. Sin embargo, debido a las dificultades lingüísticas surgidas anteriormente, el investigador había malinterpretado partes sustanciales del material proporcionado por Global Witness.⁷⁵⁴ Asimismo, indicó erróneamente que, según la ley danesa, no era posible exigir responsabilidades penales a una empresa.⁷⁵⁵

Como consecuencias de estos obstáculos encontrados para iniciar la causa en Dinamarca, se consideró que Francia era un foro más accesible. Sin embargo, debido a que Global Witness no era una ONG francesa en aquel momento y por tanto carecía de la capacidad jurídica necesaria para presentar la demanda según establecía la ley francesa, Sherpa, una ONG francesa, colaboró con Global Witness para proceder con el caso.⁷⁵⁶ A lo largo de los dos años siguientes, Global Witness y Sherpa fueron preparando el caso contra DLH en el que acusaban a la empresa de infringir la ley al cometer el delito de *recel*, tipificado por la legislación gala.

Una de las preocupaciones en la preparación del caso fue la obtención de pruebas suficientes para fundamentar la demanda legal en Francia. Mientras estaban teniendo lugar los abusos objeto del caso, Global Witness había reunido un conjunto importante de pruebas para publicarlas en el marco de sus

campañas de promoción de 2000 y 2004.⁷⁵⁷ Debido a que las pruebas no habían sido recopiladas con vistas a un proceso penal, fue necesario llevar a cabo ulteriores investigaciones en Liberia para reunir más pruebas que pudieran sustentar las alegaciones legales.⁷⁵⁸ Lamentablemente, a consecuencia de las guerras civiles liberianas, todas las pruebas documentales habían sido destruidas y no existía ningún tipo de registro accesible.⁷⁵⁹

En la época en la que se presentó el caso contra DLH en Francia, Liberia atravesaba por un periodo de relativa estabilidad. Sin embargo, los constantes problemas de seguridad en el país provocaron un importante aumento del costo de las investigaciones.⁷⁶⁰ Además, las diferencias lingüísticas entre Liberia y Francia incrementaron aún más el costo, ya que todas las pruebas del caso estaban en inglés, el idioma principal de Liberia. Por ello, las pruebas clave tuvieron que ser traducidas al francés para garantizar que la fiscalía entendiese sencilla y completamente la importancia de dichos materiales. Además, la demanda se había preparado inicialmente en inglés y tuvo que ser posteriormente traducida al francés para ser presentada. Todas estas traducciones fueron extremadamente costosas, especialmente en el contexto de los presupuestos que manejan las organizaciones sin ánimo de lucro que interponían la demanda,⁷⁶¹ y al menos en dos ocasiones diferentes causaron retrasos importantes debido a discrepancias en los textos.⁷⁶²

Después de casi dos años de preparación del caso, Sherpa y Global Witness interpusieron, en noviembre de 2009, la demanda contra DLH ante el fiscal francés de Nantes,⁷⁶³ que aceptó la demanda a trámite y abrió la instrucción en 2010⁷⁶⁴ pero transfirió el caso al fiscal de Montpellier en 2011.⁷⁶⁵ Sin embargo, tras dos años sin realizar acción alguna, en 2013 el fiscal de Montpellier informó a la parte demandante que no iba a llegar a cabo una investigación preliminar.⁷⁶⁶

Hasta la fecha no se ha tenido éxito ni una sola demanda contra DLH ni contra ninguna otra empresa maderera por hechos relacionados con las actividades ilegales o con las vulneraciones de los derechos humanos que tuvieron lugar durante las guerras civiles liberianas.



MONTERRICO EN PERÚ

Historia y antecedentes:

Monterrico Metals PLC⁷⁶⁷ (Monterrico) es una empresa de aprovechamiento de recursos constituida en el Reino Unido.⁷⁶⁸ La sede corporativa de Monterrico está en Hong Kong y realiza sus operaciones principales en Perú.⁷⁶⁹ En 2002, una filial peruana de Monterrico, Minera Majaz, logró la concesión de la explotación⁷⁷⁰ de la mina de cobre de Río Blanco⁷⁷¹ en la región de Piura, situada en el norte del país.⁷⁷²

Ya en 2003, las comunidades locales de la zona de la mina de cobre cuestionaron la pretensión de Monterrico que decía contar con la aprobación de dos tercios de la comunidad para iniciar la explotación, tal como requiere la ley peruana.⁷⁷³ La mayoría de estas comunidades dependen de las actividades agropecuarias para subsistir y, por ello, su principal preocupación se centraba en las potenciales repercusiones negativas sobre el medio ambiente que podían tener las actividades mineras, especialmente en lo relativo al uso del agua.⁷⁷⁴

En abril de 2004, estas comunidades organizaron una marcha pacífica hasta la mina para expresar su rechazo hacia las operaciones de la empresa.⁷⁷⁵ La policía respondió con gas lacrimógeno y los violentos altercados que siguieron terminaron con un manifestante muerto y numerosos heridos, tanto manifestantes como agentes de policía.⁷⁷⁶ Estos violentos altercados aumentaron el deterioro de las relaciones entre la empresa y la comunidad.

Como consecuencia, el Gobierno regional de Piura organizó rondas de conversaciones con las diferentes partes interesadas en relación al proyecto minero, entre los que se hallaban las comunidades circundantes.⁷⁷⁷ Sin embargo, estas conversaciones se interrumpieron en julio de 2005 debido a acusaciones contra el Estado de presunta falta de objetividad y de favorecer a Monterrico.⁷⁷⁸ Las comunidades locales organizaron, en respuesta, una segunda marcha que culminó con la congregación de varios miles de manifestantes en la mina el 1 de agosto de 2005.⁷⁷⁹ De nuevo, la protesta degeneró en violencia cuando la policía intentó dispersar a los manifestantes con armas y gas lacrimógeno.⁷⁸⁰ Muchos manifestantes resultaron heridos y uno de ellos murió a consecuencia de un disparo en el cuello.⁷⁸¹

Tras la protesta, al menos veintiocho personas, entre ellas dos mujeres y un adolescente, fueron retenidos durante más de setenta y dos horas en las instalaciones de la empresa.⁷⁸² Los manifestantes declararon que durante su cautiverio les golpearon, les maniataron, les obligaron a ingerir comida podrida y les amenazaron con violencia, violación y la muerte.⁷⁸³ Las dos mujeres fueron agredidas sexualmente.⁷⁸⁴ Monterrico ha negado su implicación en estos abusos. Finalmente, todas las personas

fueron puestas en libertad sin cargos, aunque las víctimas siguen padeciendo los efectos a largo plazo de este suplicio. Una de las mujeres que fueron retenidas, Elizabeth Cunya Novillo, afirmó, “Los tres días que estuve detenida fueron de los peores de mi vida. Cuando me golpearon todo cambió para mí”.⁷⁸⁵ Algunas fotos tomadas aquellos días y publicadas de forma anónima mostraban a los detenidos heridos y con capuchas cubriéndoles la cabeza,⁷⁸⁶ así como a agentes de policía posando con la ropa interior de algunas de las mujeres.⁷⁸⁷ Además, varias de las víctimas fueron diagnosticadas de trastorno severo por estrés postraumático por especialistas del Hospital Madsley y por diversos profesionales de Physicians for Human Rights.⁷⁸⁸ Como afirma una de las víctimas: “Lo que vivimos allí fue salvajismo brutal”.⁷⁸⁹

En 2006, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) de Perú,⁷⁹⁰ declaró que la empresa estaba ocupando ilegalmente la tierra que rodeaba a la mina, ya que “carecía del consentimiento requerido por parte de las comunidades”.⁷⁹¹ Monterrico cuestiona este hecho y el asunto es objeto de una causa pendiente en Perú.⁷⁹² A pesar de estas tres objeciones, la empresa prosigue con sus operaciones de explotación minera. En septiembre de 2007, más de 18.000 personas de los tres distritos que iban a resultar afectados por las actividades de la mina participaron en un referéndum no vinculante convocado por las autoridades locales.⁷⁹³ El resultado fue un voto mayoritario, que se estima alcanzó el 95 %, contra el funcionamiento de la mina.⁷⁹⁴

El caso y las alegaciones:

En 2009, las víctimas presentaron “una demanda multimillonaria por daños y perjuicios ante el Tribunal Superior de Justicia de Londres”⁷⁹⁵ contra Monterrico y Río Blanco Copper S.A., la filial de la empresa en Perú en el momento de la demanda. La demanda se presentó con arreglo al Código Civil peruano⁷⁹⁶ por los daños cometidos contra las personas retenidas y por negligencia por parte de la empresa matriz británica.

Los demandantes alegaron que “personal perteneciente a Río Blanco o a Monterrico debería haber intervenido para impedir que se cometieran abusos contra los derechos humanos de los demandantes y/o son responsables por las lesiones que sufrieron [los demandantes]”.⁷⁹⁷ Los demandantes, además, indicaron que Monterrico “tenía conocimiento del grave riesgo que corrían de ser objeto de violencia, malos tratos y abusos de los derechos humanos a manos de la policía, en respuesta a la protesta que habían planificado para finales de julio o inicios de agosto de 2005” y que la “detención de los demandantes fue una operación realizada conjuntamente por los demandados, la policía y los guardias de seguridad de la mina, empleados de Forza”.⁷⁹⁸ Asimismo indicaron que “los demandados autorizaron a la policía y a sus guardias de seguridad a retener a los demandantes en las instalaciones de los demandados durante un periodo de tres días” y que la empresa había proporcionado apoyo logístico y de otro tipo a la policía durante el tiempo en que estuvieron detenidos los demandantes.⁷⁹⁹

Cuando salieron a la luz más pruebas, las víctimas realizaron una solicitud de modificación de la demanda para incluir en ella otros actos de violencia que podían constituir “una prueba de que el maltrato cometido en 2005 había sido ordenado y organizado por Monterrico/Río Blanco [y] que los actos cometidos por los agentes de Monterrico/Río Blanco en julio de 2005 formaban parte de una estrategia más amplia de intimidación y violencia contra quienes se oponían a la mina”.⁸⁰⁰ Tras una vista de dos días, el tribunal permitió la modificación de la demanda para que se incluyesen las nuevas acusaciones de complicidad contra la empresa.⁸⁰¹ La empresa apeló esta decisión, si bien el recurso fue desestimado en noviembre de 2010.⁸⁰²

A lo largo de todo el procedimiento, Monterrico “negó firmemente que alguno de sus agentes o empleados hubieran estado implicados en cualquiera de los abusos objeto de la acusación”,⁸⁰³ y afirmaba que dichos abusos tuvieron lugar durante una operación policial sobre la que no tenían ningún control. La empresa declaró también que consideraba que “cualquier acusación en el sentido contrario realizada por los demandantes a lo largo del proceso carece totalmente de fundamento”.⁸⁰⁴

Los abogados británicos apenas habían comenzado a investigar la demanda anterior, cuando, en mayo de 2009, Monterrico anunció su intención de dejar de cotizar en el Mercado de Valores Alternativos (AIM) de la Bolsa de Valores del Reino Unido.⁸⁰⁵ Este anuncio tuvo lugar inmediatamente después de la venta de la empresa a Zijin, una compañía china,⁸⁰⁶ y del traslado de su sede a Hong Kong en 2007.⁸⁰⁷ Preocupados por la posibilidad de que el hecho de que la empresa dejase de cotizar pudiera implicar la salida de todos los activos de Monterrico del Reino Unido, por lo que sus pretensiones resultarían inútiles, los abogados de los demandantes solicitaron al Tribunal Superior de Justicia de Londres que congelase los activos de la empresa en todo el mundo.⁸⁰⁸ La empresa argumentó que el caso debería ser desestimado porque “el proceso se había iniciado como parte de una campaña política en defensa del medio ambiente orquestada y continuada, los hechos habían sucedido cuatro años antes [y] se habían investigado en Perú y habían prescrito tanto en Inglaterra como en Perú”.⁸⁰⁹ Sin embargo, el juez decidió que las víctimas “habían presentado un caso lo suficientemente sólido como para solicitar una orden judicial” de embargo de bienes por un valor de más de cinco millones de libras esterlinas.⁸¹⁰ En respuesta a esto, uno de los abogados de los demandantes afirmó que “sin esta orden de embargo, se habría denegado, de hecho, el acceso a la justicia”.⁸¹¹

Afortunadamente, la venta y la posterior salida de la bolsa de la empresa no tuvieron repercusiones negativas de forma general el caso, gracias a la rápida acción de los abogados de los demandantes. Sin embargo, la venta de empresas acusadas de cometer abusos es una dificultad añadida a la que han tenido que enfrentarse en algunas ocasiones las víctimas que intentan obtener reparación.⁸¹²

Los obstáculos para acceder a los mecanismos de reparación:

A pesar de las pruebas contundentes de los abusos cometidos contra los manifestantes que existen en este caso, hasta 2008 no se abrió una investigación en Perú, cuando la ONG local Fundación EcuMénica para el Desarrollo y la Paz (Fedepaz)⁸¹³ presentó una demanda ante el fiscal local de Piura.⁸¹⁴ Aunque en marzo de 2009 el fiscal rechazó la demanda,⁸¹⁵ Fedepaz apeló a los fiscales superiores, quienes, en abril de 2009, decidieron la reapertura del caso alegando que el fiscal inicial no había llevado a cabo investigaciones suficientemente exhaustivas.⁸¹⁶ A pesar de todo, los fiscales locales intentaron cerrar la investigación dos veces más⁸¹⁷ y hubo asimismo numerosas acusaciones de intimidación de las víctimas y de los testigos del caso. Las víctimas alegaron que habían recibido amenazas de muerte⁸¹⁸ y sufrieron otras formas de intimidación. Julio Vásquez, el periodista que publicó las fotografías en las que se mostraba cómo las víctimas eran torturadas, afirmó igualmente haber recibido las mismas amenazas.⁸¹⁹

Además, las víctimas y los testigos implicados en el caso tuvieron que hacer frente a la posibilidad de ser enjuiciados por su papel en las manifestaciones.⁸²⁰ Aproximadamente en la misma época en la que las víctimas presentaban la demanda en Perú, una asociación civil local interpuso otra demanda en la que acusaba a treinta y cinco activistas ambientales y de derechos humanos, así como a políticos locales, de terrorismo y extorsión por el papel que habían jugado en el referéndum.⁸²¹ El caso inicialmente se sobreseyó hacia finales de 2008,⁸²² aunque la unidad antiterrorista de la policía volvió a abrirlo algunos meses más tarde para investigarlo. En septiembre de 2010 el fiscal del caso terminó por decidir su sobreseimiento por falta de pruebas.⁸²³ La “finalidad aparente [de este caso] era castigar a los líderes de la protesta por ejercer su derecho a la libertad de expresión y manifestación, y de ese modo disuadir a quienes se opusieran al proyecto.”⁸²⁴

Asimismo se llevó a cabo una campaña mediática bastante importante contra las comunidades y sus defensores, en la que las personas a menudo aparecían retratadas como terroristas o traficantes de droga.⁸²⁵ El director de la mina de Monterrico llegó supuestamente incluso a calificar a los manifestantes de ser miembros de Sendero Luminoso, la organización guerrillera maoísta que había actuado en los ochenta durante el conflicto interno peruano y a la que hoy en día se asocia con el tráfico de drogas.⁸²⁶ Como resultado de este clima político y de la incapacidad del fiscal local para lograr que la empresa rindiera cuentas ante la justicia, las víctimas presentaron una demanda civil en el Reino Unido.

Sin embargo, los investigadores del Reino Unido también fueron intimidados cuando viajaron a Perú y tuvieron serios problemas para garantizar la protección de sus testigos, especialmente de los que habían trabajado para Monterrico.⁸²⁷ A pesar de todo, esta intimidación no impidió que al menos ocho testigos, entre los había personal de Monterrico, se preparasen para declarar como testigos en un juicio de diez semanas que debía celebrarse en 2011 ante el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido.⁸²⁸ Al final, poco antes de la celebración de la audiencia programada, se alcanzó un acuerdo extrajudicial confidencial por el que se indemnizó a treinta y tres víctimas sin que hubiera ninguna admisión de responsabilidad por parte de la empresa.⁸²⁹

Aunque la indemnización pueda ser considerada una forma de reparación, “una de las consecuencias [del acuerdo] es que hace que sea muy poco probable que lleguen a establecerse algún día o a hacerse públicos todos los detalles de los hechos acaecidos en agosto de 2005”.⁸³⁰ Además, los acuerdos de indemnización pueden conllevar problemas añadidos para las víctimas afectadas, como así ocurrió en este caso. La decisión de las víctimas de alcanzar un acuerdo fue percibida por muchos como una forma de “venderse” y de impedir que las comunidades pudieran expresarse ante un tribunal, aunque no hubiera sido este el objetivo inicial de los demandantes.⁸³¹ El carácter confidencial del acuerdo confirma esta idea.⁸³² En Perú, este acuerdo ha dado lugar a una importante división entre los miembros de comunidades antes muy unidas, y a que algunas víctimas hayan sentido la necesidad de marcharse a otro lugar.⁸³³ Ha llegado incluso a haber tensiones entre los propios demandantes. El acuerdo distribuyó las indemnizaciones en función del daño causado a cada persona, lo que hizo que algunas de las víctimas se sintieran presionadas para firmar el acuerdo para apoyar a los demás, y otras se sintieron culpables al recibir cantidades de dinero más importantes.⁸³⁴ Aunque las treinta y tres personas que fueron detenidas y torturadas durante la manifestación presentaron la demanda, hubo otras personas que sufrieron a consecuencia del uso excesivo de la fuerza por parte de las autoridades peruanas y que no recibieron ninguna compensación.⁸³⁵

A lo largo de todo el caso se plantearon dudas sobre la divulgación de información. El sistema de divulgación del Reino Unido es supuestamente favorable para la parte demandante, pero no es tan sencillo como podría parecer. La ley establece que las búsquedas de las partes deben ser “razonables”, si bien sigue existiendo una batalla sobre la definición del término. En este caso, el debate sobre “lo razonable” conllevó negociar las palabras exactas que se podían utilizar para realizar las búsquedas en los documentos electrónicos de Monterrico.⁸³⁶ Además, los abogados de los demandantes tuvieron que iniciar procedimientos legales en Suecia para “garantizar la ejecución de una petición formulada por el Tribunal Superior de Justicia inglés para la obtención de pruebas en la empresa matriz sueca de Forza (Perú), encargada de proporcionar el personal de seguridad a la mina de Río Blanco en el momento en que se cometieron las supuestas violaciones de los derechos humanos”.⁸³⁷

Por último, han quedado sin resolver las cuestiones subyacentes que llevaron a que tuvieran lugar estos abusos, es decir la construcción de la mina y la criminalización de la protesta de las comunidades. Algunas comunidades pueden pensar que este tipo de acciones legales contribuye a apoyar campañas más amplias para impedir que salgan adelante proyectos mineros similares y a plantear en los tribunales cuestiones relativas a las comunidades.⁸³⁸ Tal como declaró una ONG refiriéndose al caso Monterrico:

Por muy bien recibido que sea por los campesinos, este acuerdo no resuelve el hecho de que la criminalización de la protesta y las amenazas y la violencia contra activistas están aumentando en todo el mundo y que, cada vez en más casos, existe colusión entre la policía y las autoridades militares, por una parte, y las empresas mineras multinacionales, por otra. Incluso en este caso, a pesar del acuerdo, [la] mina sigue adelante sin que se haya realizado una consulta adecuada a la comunidad.⁸³⁹



ROYAL DUTCH SHELL EN NIGERIA

Historia y antecedentes:

Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC o Shell Nigeria) es la filial nigeriana de Royal Dutch Shell plc⁸⁴⁰ (Shell), una empresa multinacional anglo-neerlandesa constituida en el Reino Unido y cuya sede se encuentra en La Haya, Países Bajos.⁸⁴¹ Shell Nigeria y sus antecesoras operaron en Ogoni, Nigeria, desde 1958 hasta 1993,⁸⁴² cuando cesó la producción “ante los disturbios y la violencia que imperaban en la comunidad”.⁸⁴³ Sin embargo, Shell continúa utilizando los oleoductos de la región Ogoni para transportar petróleo producido en otras zonas de Nigeria. Según un reciente estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), los oleoductos de Ogoniland, donde se sitúa la aldea de Goi, “tienen un mantenimiento inadecuado”⁸⁴⁴ y la contaminación por petróleo “está muy extendida”.⁸⁴⁵

Los vertidos de petróleo en las aldeas del delta del Níger, entre las que se encuentra el de Goi de 2004,⁸⁴⁶ Oruma en 2005⁸⁴⁷ e Ikot Ada Udo entre 1996 y 2006⁸⁴⁸ han tenido como consecuencia la pérdida de hectáreas de árboles viables comercialmente, de estanques piscícolas y de viveros.⁸⁴⁹ Además, estos vertidos han contaminado los manantiales de agua potable y han dañado otras fuentes de recursos para los campesinos de la zona.⁸⁵⁰ Aunque Shell Nigeria ha intentado limpiar las zonas que circundan las aldeas, los esfuerzos de la empresa se iniciaron mucho tiempo después de que ocurrieran los vertidos⁸⁵¹ y son, en opinión de muchos, ineficaces.⁸⁵² Según el PNUMA, el trabajo de limpieza llevado a cabo en Goi “no alcanza el nivel que dicta la normativa ambiental exigida por la ley nigeriana, ni por el que establece la propia SPDC” (Shell Petroleum Development Company).⁸⁵³ Además, las fugas existentes en Goi hacen que cualquier esfuerzo de limpieza resulte totalmente inútil, y, desde que tuvo lugar un nuevo vertido en septiembre de 2007, el pueblo ha sido abandonado por completo.⁸⁵⁴ Según los demandantes de Oruma, los trabajos de limpieza en su comunidad solo consistieron en prender fuego al suelo empapado de petróleo.⁸⁵⁵ Este fuego no solo afectó seriamente a los árboles cercanos, de valor económico, sino que se dejaron prácticamente sin limpiar los estanques piscícolas que habían sufrido daños por el petróleo, lo que obligó a los habitantes de la zona a abandonar las pesquerías.⁸⁵⁶

EL CASO Y LAS ALEGACIONES:⁸⁵⁷

En 2008, los afectados por los vertidos de petróleo de las poblaciones de Goi, Oruma e Ikot Ada Udo, junto con los miembros de Milieudefensie (Amigos de la Tierra Países Bajos⁸⁵⁸), presentaron una

demanda civil contra Shell y Shell Nigeria en los Países Bajos.⁸⁵⁹ Este fue el primer proceso iniciado en los tribunales neerlandeses contra una empresa multinacional neerlandesa por daños ambientales cometidos en el extranjero.

Los demandantes alegaron que las acciones de Shell y de su filial “habían vulnerado sus derechos y ocasionado daños considerables al medio ambiente” y que “estos daños podían y debían haber sido evitados mediante un buen mantenimiento del oleoducto y una gestión y respuesta adecuadas tras el vertido de petróleo”.⁸⁶⁰ Alegaron, además, que Shell debía ser considerada responsable porque “la empresa matriz de Shell Nigeria y la dirección del grupo Shell, no utilizaron su conocimiento y su capacidad de control sobre Shell Nigeria para prevenir el vertido de petróleo y sus consecuencias”.

En lo que a las acciones de la filial se refiere, los demandantes alegaron que “Shell Nigeria era responsable de los mismos daños, ya que su actuación había infringido las normas legales y el grado de diligencia que debía cumplir como operador de los oleoductos”.⁸⁶¹ Concretamente, los demandantes creían que las fugas se debían al insuficiente mantenimiento de los oleoductos, que provocó la corrosión y la aparición de fisuras en los conductos.⁸⁶² Además, los demandantes alegaron que los oleoductos contaban con medidas de seguridad inadecuadas y recorrían las poblaciones sin recubrimiento alguno, de modo que resultaba fácil acceder a ellos y cometer actos delictivos y de sabotaje.⁸⁶³ Los demandantes alegaron, además, que incluso si el incidente hubiera sido causado por sabotaje, Shell era responsable ante la ley nigeriana de llevar a cabo “las tareas de contención y de recuperación de cualquier vertido que se descubriese en su zona de operaciones, fuese o no de fuente conocida” ya que las Directrices sobre el Medio Ambiente y Normas para la Industria Petrolera en Nigeria (EGASPIN, por sus siglas en inglés) exigen que la “empresa operadora tome medidas urgentes y adecuadas para contener, retirar y eliminar el vertido”.⁸⁶⁴

Shell, de forma general, ha aceptado “la responsabilidad en materia de pagos de indemnizaciones en casos de vertidos ocurridos como resultado de un fallo operativo”.⁸⁶⁵ Además, la empresa indicó que “se compromete a limpiar el petróleo vertido y a restaurar la zona circundante” cuando este haya sido causado por “un acto ilícito como sabotaje o robo”,⁸⁶⁶ como sostiene es el caso en varias ocasiones.⁸⁶⁷

LOS OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN:

Los obstáculos a los que el proceso legal de este caso tuvo que enfrentarse fueron las limitaciones para obtener a peritos, análisis legales, ayuda legal y recursos financieros. A pesar de que los demandantes nigerianos pudieron obtener asistencia jurídica gratuita en los Países Bajos, esta ayuda solo cubrió una parte de los gastos necesarios para llevar el caso ante los tribunales.⁸⁶⁸ Los Amigos de la Tierra Países Bajos, no cumplían los requisitos para solicitar el beneficio de la asistencia jurídica gratuita y tuvieron que gastar miles de euros en honorarios legales y en viajes de investigación para velar por que todos los demandantes pudieran preparar el caso de la mejor manera posible.⁸⁶⁹ Estos costos se incrementaron aún más cuando el tribunal neerlandés aplicó la ley nigeriana,⁸⁷⁰ que exigía que los abogados de la parte demandante adquiriesen conocimientos sobre la ley de Nigeria, la entendiesen y contratasen a expertos legales nigerianos para defender el caso.⁸⁷¹ Fueron igualmente necesarios peritos técnicos para refutar las alegaciones de Shell, que afirmaba que los vertidos habían sido causados por actos de sabotaje. Sin embargo, muchos expertos de la zona de Ogoni tenían una relación profesional con Shell y por lo tanto se mostraron reacios a declarar.⁸⁷² Shell, al haber trabajado en Nigeria durante más de cincuenta años y poseer recursos financieros más importantes que los de la parte demandante, se hallaba en una posición de fuerza en términos tanto de conocimiento de la ley nigeriana aplicable, como de acceso a los correspondientes peritos sobre el terreno.

Otro obstáculo importante al que los demandantes tuvieron que enfrentarse al llevar el caso ante la justicia, fue la dificultad para acceder a información interna sobre las actividades de la empresa, tanto de Shell como de Shell Nigeria.⁸⁷³ Los abogados de la parte demandante llevaron esta cuestión al

tribunal, en un intento de obligar a Shell que permitiese la divulgación de los documentos. Sin embargo, en septiembre de 2011, el tribunal decidió que según la ley neerlandesa Shell no estaba obligada a divulgar esta información, lo que puso a los demandantes en una situación de clara desventaja, al no permitírseles el acceso a pruebas necesarias para demostrar sus alegaciones.⁸⁷⁴ Esto supuso que los demandantes dispusieran tan solo de la información que ya era de dominio público al iniciar el proceso, mientras que Shell tenía a su disposición información perteneciente a ambas partes de la cuestión. Esto “afectó gravemente a la igualdad jurídica de las partes”, y dio lugar a un “desequilibrio de partida en el desarrollo del caso”, colocando a los demandantes en situación de clara desventaja.⁸⁷⁵

Los demandantes tuvieron que hacer frente a dificultades al tratar de acceder a información accesible públicamente. En una ocasión, al tratar de obtener información sobre los accionistas de Shell Nigeria a través de la oficina del Registro Mercantil de Nigeria, se informó a los demandantes que solo podrían acceder a esa información previo pago de una cantidad de dinero adicional e ilegal.⁸⁷⁶ Se negaron a hacerlo y solo les fue proporcionada una pequeña parte de la información solicitada.⁸⁷⁷ Además, los demandante alegaron que se les intimidó.⁸⁷⁸

Por otra parte, los obstáculos señalados vinieron a sumarse a trabas procesales que retrasaron la causa e incrementaron de manera importante el costo para los demandantes.⁸⁷⁹ Así, Shell declaró que no era responsable por los daños causados por su filial de Nigeria y que los tribunales neerlandeses no eran el foro adecuado para resolver la demanda formulada contra Shell Nigeria.⁸⁸⁰ Resolver estas cuestiones llevó diez meses, hasta que en diciembre de 2009 el tribunal finalmente decidió que por “razones de eficacia estaba justificada la celebración de una audiencia conjunta sobre las demandas contra Shell y contra Shell Nigeria”.⁸⁸¹ Shell continuó argumentando que la demanda presentada por Friday Alfred Akpan, el demandante del caso de Ikot Ada Udo, debería ser pospuesta por motivos de litispendencia,⁸⁸² doctrina que permite al tribunal suspender procedimientos que estén siendo objeto de acciones judiciales en otra jurisdicción, aunque este argumento fue asimismo rechazado.⁸⁸³ Shell también declaró que Amigos de la Tierra Países Bajos carecía de capacidad jurídica suficiente para presentar la demanda, si bien finalmente el tribunal decidió en otro sentido.⁸⁸⁴ Tras casi cuatro años y medio, el caso fue, por fin, oído por el tribunal.

En enero de 2013, el tribunal desestimó todas las demandas de los pueblos de Goi y Oruma contra Shell y Shell Nigeria, si bien decidió que Shell Nigeria era responsable de los vertidos ocurridos cerca del pueblo de Ikot Ada Udo.⁸⁸⁵ Por ello, se ordenó a Shell Nigeria el pago de daños y perjuicios al Sr. Akpan,⁸⁸⁶ aunque la empresa ha recurrido esta decisión.⁸⁸⁷ En Mayo de 2013, los demandantes de Goi y de Oruma, junto con los Amigos de la Tierra Países Bajos, interpusieron un recurso que impugnaba “la decisión del tribunal en su totalidad” en lo relativo a estas dos poblaciones.⁸⁸⁸ Amigos de la Tierra Países Bajos presentó igualmente un recurso sobre la responsabilidad de Shell como empresa matriz de Shell Nigeria por los daños causados en Ikot Ada Udo.⁸⁸⁹ El caso sigue abierto y las audiencias de apelación probablemente empezarán a principio de 2014.

NOTAS

¹ Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos se refieren a la responsabilidad que tienen las empresas de respetar los derechos humanos. Naciones Unidas, Representante Especial del Secretario General sobre empresas y los derechos humanos (2001). *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. ONU A/HRC/17/L.17/31, junio de 2011, en adelante *Principios Rectores*. El término “empresa” hace referencia a toda la variedad de estructuras empresariales, incluidas las grandes empresas, empresas conjuntas, consorcios, franquicias, etc. En el resto de este informe, utilizaremos el término “empresa” para referirnos ese mismo concepto.

² *Ibíd.*

³ International Corporate Accountability Roundtable, www.accountabilityroundtable.org [15 de noviembre de 2013].

⁴ CORE, www.corporate-responsibility.org [15 de noviembre de 2013].

⁵ European Coalition for Corporate Justice, www.corporatejustice.org [15 de noviembre de 2013].

⁶ De Schutter, Olivier et al. (2012). *La Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos: El Papel de los Estados*. Disponible en: <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf> [en adelante, Informe sobre Diligencia Debida].

⁷ Se utiliza el término “Reino Unido” para mayor facilidad a pesar de que en el Reino Unido existen tres ordenamientos jurídicos diferentes: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte, si bien en lo que respecta a todos los aspectos relevantes mencionados en este informe, las legislaciones son idénticas o muy similares. Toda la jurisprudencia mencionada se refiere a casos de tribunales ingleses.

⁸ *Principios Rectores*, nota 1, principio 25.

⁹ *Ibíd.*, principio 26.

¹⁰ Véase Naciones Unidas, Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2012). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2013*, tabla 28 del anexo: “The World’s Top 100 Non-Financial TNCs, Ranked by Foreign Assets, 2012”, Doc. ONU UNCTAD/WIR/2013, 26 de junio de 2013. Disponible en: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>.

¹¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales*. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

¹² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S., 133 S.Ct. 1659, 1669 (2013).

¹³ *Principios Rectores*, nota 1.

¹⁴ *Principios Rectores*, nota 1.

¹⁵ *Principios Rectores*, nota 1, principio 25.

¹⁶ *Ibíd.*, principio 26.

¹⁷ Véase, p.ej., Mowbray, Alastair (2012). *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3ª ed. 2012.

¹⁸ Ruggie, John (2008). *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrs. 89-90.

¹⁹ Véase Naciones Unidas, Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2012). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2013*, tabla 28 del anexo: “The World’s Top 100 Non-Financial TNCs, Ranked by Foreign Assets 2012”, UNCTAD/WIR/2013, 26 de junio de 2013. Disponible en: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>.

²⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales*. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

²¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 8.

²² “La obligación de *proteger* requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1995). *Comentario General No. 12: El derecho a una alimentación adecuada*, Doc. ONU E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1995, art. 11, párr. 15.

²³ Véase *Young, James y Webster contra el Reino Unido*, sentencia del TEDH serie A, ap. 49 (1981); véase también *X e Y contra los Países Bajos*, sentencia del TEDH, serie ap. 27 (1985); de conformidad con la Carta Social Europea, véase *Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos (FMDH) contra Grecia*, Comité Europeo de Derechos Sociales Reclamación nº. 30/2005, párr. 14 (decisión de 10 de octubre de 2005 sobre la admisibilidad), “[e]l Estado es el responsable de garantizar el respeto a los derechos consagrados en la carta dentro de su jurisdicción. El Comité es por tanto competente para examinar las alegaciones del demandante sobre violaciones cometidas, aunque el Estado no haya actuado como autor sino que simplemente no haya cumplido con la obligación que le compete en su calidad de regulador de poner fin a esas violaciones”; de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del CIDH, (ser. C) No. 4, párr. 172 (1988), “[e]n efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”; de conformidad con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, véase *Commission Nationale des Droits de l’Homme et des Libertés contra Chad*, decisión de la CADHP, comunicación 74/92, párr. 20 (1990), “[e]l artículo 1 de la Carta especifica que los Estados miembros, no solo reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta sino que también se comprometerán a adoptar ‘medidas con el fin de llevarlos a efecto.’ En otras palabras, si un Estado ignora el deber de garantizar los derechos recogidos en la Carta Africana, esto puede constituir una vulneración de la misma, incluso si el Estado o sus agentes no son la causa inmediata de la violación”; véase también SERAC y CESR contra *Nigeria*, CADHP, comunicación No. 155/96, ACHPR/COMM/A004/1, párr. 46, (2002), “[e]l Estado tiene la obligación legal de proteger a los titulares de derechos frente a terceros mediante la legislación y el establecimiento de recursos eficaces. Esta obligación exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para proteger a los beneficiarios de los derechos protegidos contra interferencias políticas, económicas y sociales. La protección exige por lo general la creación y el mantenimiento de un clima o marco a través de la interacción efectiva de las leyes y los reglamentos, de modo que las personas puedan ejercer libremente sus derechos y libertades”.

²⁴ Véase Naciones Unidas (1949). *Trail Smelter Arbitration* (Estados Unidos c. Canadá), en *Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas*, vol. 3, p. 1905; Vattel, Emmerich de (1822). *El Derecho de Gentes y Principios de la Ley Natural aplicados a la conducta y a los asuntos de las naciones y de los Soberanos*, p. 1758.

²⁵ Brownlie, Ian (1983). *System of the Law of Nations: State Responsibility*, p. 165. Véase también Jägers, Nicola (2002). *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, p. 172, a partir del principio general formulado en *Corfu Channel* según el cual el Estado tiene la obligación de no autorizar conscientemente la utilización de su territorio para la comisión de actos que vulneren los derechos de otros Estados, que el Estado de origen es responsable en caso de no ejercer su deber de diligencia para controlar a las empresas matrices que se hallan bajo su control efectivo.

²⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Comentario General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, art. 12, párr. 39; véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Comentario General No. 15: El derecho al agua*, Doc. ONU E/C.12/2002/11, 26 de noviembre de 2002, art. 11-12, párr. 31.

²⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2001). *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*, Doc. ONU E/C.12/2011/1, 20 de mayo de 2011, párr. 5.

²⁸ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2007). *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*, Doc. ONU CERD/C/CAN/CO/18, 25 de mayo de 2007, párr. 17.

²⁹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho a un recurso efectivo puede referirse a un recurso de naturaleza judicial o administrativa y que “cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998). *Comentario General No. 9: La aplicación interna del Pacto*, Doc. ONU E/C.12/1998/24 3 de diciembre de 1998, párr. 9. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Comité de Derechos Humanos subrayó la importancia de utilizar tanto los mecanismos de recurso judiciales como los administrativos, poniendo de relieve la necesidad de utilizar los recursos judiciales en los casos de violaciones graves del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase *Bithashiwiwa y Mulumba c. Zaire*, en Comité de Derechos Humanos (1989). *Comunicación No. 241/1987*, Doc. ONU CCPR/C/37/D/241/1987, 29 de noviembre de 1989, párr. 14, en la que el Comité considera que el Estado había proporcionado a los solicitantes acceso a un recurso efectivo según el art. 2.3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, “concretamente velar por que pudieran luchar contra esas violaciones de forma efectiva ante un tribunal de justicia”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que la protección efectiva incluye medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización, medidas preventivas y medidas de protección. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992). *Recomendación General Nº19: Violencia contra la mujer*, Doc. ONU A/47/38, párr 24.t). En el contexto regional, el derecho al “recurso judicial” está consagrado por el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), OEA/Ser. L./V./II.23, doc. 21 rev. 6; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 18 de julio de 1978, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 1144, p. 123. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos las víctimas deberían tener acceso a recursos judiciales de modo que se respeten las debidas garantías procesales. Véase *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, CIDH, (ser. C) No. 1, p. 91, de 26 de junio de 1987. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos afirma que “toda

persona tiene derecho a un recurso efectivo establecidas por la constitución, la ley o la Carta”, lo que significa que un recurso solamente puede ser realmente efectivo cuando se trata de un recurso judicial. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2005). *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, principio C.a). Disponible en: <http://www.achpr.org/instruments/fair-trial/> [13 de noviembre de 2013]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que el artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos no exige que el recurso disponible sea en todos los casos un recurso judicial, pero sea cual sea el tipo de recurso, debe proporcionar garantías suficientes, y aunque las obligaciones de los Estados contratantes pueden variar dependiendo de la naturaleza del acto lesivo al que se refiera el demandante, el recurso recogido en el artículo 13 debe ser efectivo tanto de hecho como de derecho. TEDH (2002). *Čonka c. Bélgica*, nº51564/99, 5 de febrero de 2002, párr. 75.

³⁰ Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas (2006). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Doc. ONU A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, art. 3 [en adelante, *Principios y Directrices sobre el Derecho a Reparación*]. Véase también Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (2005). *Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Comisión de Derechos Humanos, Res. 2005/81, principio 31, Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, 21 de abril de 2005 [en adelante, *Principios contra la Impunidad*]. “Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”.

³¹ *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 29 de febrero de 2012, principio 38 [en adelante *Principios de Maastricht*].

³² *Principios y Directrices sobre el Derecho a Reparación*, *supra*, nota 30, en art. 22.b): “[La satisfacción ha de incluir] [l]a verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones”.

³³ De Schutter, Olivier (2010). *International Human Rights Law: Cases, Materials and Commentary*, Cambridge University Press, cap. 4.

³⁴ Naciones Unidas, Asamblea General (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Doc. ONU A/RES/217(III) 10 de diciembre de 1948, art. 8; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, art. 2.3), p. 171; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 26 de junio de 1987, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 1465, art. 13-14, p. 1987. 85, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 7 de marzo de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 660, art. 6., p. 195; *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 1577, art. 39, p. 3; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 18 de julio de 1978, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 1979, art. 25, 63.1). p. 144; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, art. 7.1.a), 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 1988 p. 217; *Carta Árabe de Derechos Humanos*, 15 de septiembre de 1994, art. 12, 23; *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 3 de noviembre de 1950, 213 Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 213, art. 6, 13. p. 221.

³⁵ *Principios Rectores*, *supra*, nota 1, principio 26 (aspectos operativos del deber del estado de proteger los derechos humanos).

³⁶ Un Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comentó a este respecto: “Las violaciones cometidas por las empresas transnacionales en sus actividades, que suelen ser transfronterizas, escapan a la competencia de un solo Estado; para evitar contradicciones e insuficiencias en las medidas de reparación y de represión adoptadas por los Estados individualmente o por un grupo de Estados, esas violaciones deberían ser objeto de una atención muy especial. Los Estados y la comunidad internacional deben aunar esfuerzos para reprimirlas creando normas jurídicas que permitan lograrlo”. Comisión de Derechos Humanos (1997). *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales)*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 de junio de 1997, párr. 131.

³⁷ *Principios rectores, supra*, nota 1.

³⁸ La International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) y el Danish Institute for Human Rights (DIHR) lanzaron conjuntamente el Proyecto de Planes de Acción Nacionales (PAN) en agosto de 2013, para proporcionar apoyo y orientaciones para que los Estados avancen hacia la aplicación efectiva de su deber de protección de los derechos humanos a través de PAN, según los Principios Rectores. El Informe del Proyecto de PAN se publicará en marzo de 2014. Para mayor información sobre el Proyecto de PAN, véase *Launch of the National Action Plans (NAPs) Project*, International Corporate Accountability Roundtable, 26 de agosto de 2013, [<http://accountabilityroundtable.org/analysis/launch-of-the-national-action-plans-nap-project/>].

³⁹ Foreign & Commonwealth Office (2013). *Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Cm. 8695, Reino Unido. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf [en adelante PAN R.U.].

⁴⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁴¹ Código de los Estados Unidos, título 28, párr. 1350. La Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros establece que “Los tribunales de distrito deben tener competencia en primera instancia para entender de cualquier acción civil interpuesta por un ciudadano extranjero, por un ilícito civil que vulnere el derecho de las naciones o un tratado de los Estados Unidos”. Los tribunales han sostenido que en lo referido las demandas por violaciones de los tratados, el Congreso debería adoptar una legislación que prevea una causa de acción específica. Véase *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1298, 3d. Cir. 1979. No es este el caso de las violaciones planteadas por determinadas demandas que invocan al derecho internacional consuetudinario. Véase Forrest Martin, Francisco; Schnably, Stephen J.; Wilson, Richard; Simon, Jonathan; Tushnet, Mark (2011). *International human rights and humanitarian law: Treaties, Cases, and Analysis*, Francisco Forrest Martin ed., p. 250.

⁴² La Torture Victim Protection Act de 1991, Código de los Estados Unidos, título 28, párr. 1350, n° 2. [en adelante, TVPA]. La TVPA establece que “un individuo que, bajo la autoridad aparente o real, con el pretexto de alguna ley de una nación extranjera, 1) sometiese a tortura a una persona, deberá responder a una demanda civil y será considerado responsable del pago de daños y perjuicios a dicha persona; o 2) ejecuta extrajudicialmente a una persona, deberá responder a una demanda civil y será considerado responsable del pago de daños y perjuicios al representante legal de dicha persona, o a cualquier persona que ejerza como demandante en una acción judicial por muerte injusta”. La TVPA exige igualmente el agotamiento de los recursos y establece un plazo de prescripción de diez años. *Ibid.*

⁴³ Los litigios en los que se alegan violaciones de los derechos humanos mediante demandas que apelan al derecho del estado, presentadas ante los tribunales del estado, incluyen *Doe c. Unocal*, casos BC 237 980, BC 237 679, Cal. App. Dep’t Super. Ct., 7 de junio de 2002. Disponible en: <http://>

www.earthrights.org/files/Legal%20Docs/Unocal/TortLiabilityMSARuling.pdf. Sentencia sumaria parcialmente en favor de los demandantes, otorgando adjudicación sumaria parcial a favor de los acusados y parcialmente en su contra. Finalmente el caso se resolvió mediante un acuerdo extrajudicial antes del juicio. *Bowoto v. Chevron Texaco Corp.*, caso CGC-03-417580, Cal. App. Dep't Super. Ct., de 20 de febrero de 2003. Disponible en: http://webaccess.sftc.org/minds_asp_pdf/Viewer/DownloadDocument.asp?PGCNT=0 y *Doe I c. Wal-Mart Stores, Inc.*, caso CV 05-7307 AG(MANx), 2007 WL 5975664, C.D. Cal., de 30 de marzo de 2007. Asunto remitido al tribunal federal.

⁴⁴ Código de los Estados Unidos, título 28, párr. 1332. Un ejemplo de demanda invocando el derecho del estado pero presentada en un tribunal federal a causa de la diversidad de ciudadanía es *Linder c. Portocarrero*, 963 F.2d 332, 11th Cir. 1992. En los procedimientos civiles se utiliza el término diversidad de jurisdicción (*diversity jurisdiction*) para designar la situación en la que un tribunal federal es competente para entender de un caso civil en razón del asunto, porque las partes son de estados diferentes. Garner, Bryan A. (ed.) (2009). *Jurisdiction*, en *Black's Law Dictionary*, MN: West Pub. Co., 9ª edición.

⁴⁵ Para un buen debate sobre los litigios relativos a los derechos humanos fundados en el derecho del estado y examinados tanto por tribunales del estado como por tribunales federales en razón de una diversidad de jurisdicción véase, Hoffman, Paul; Stephens, Beth (2013) *International Human Rights Cases Under State Law and In State Courts*, UC Irvine Law Review, 2013, vol. 3, p. 9.

⁴⁶ El lenguaje de la TVPA hace referencia a "personas", (*individuals*), aspecto que el Tribunal Supremo aclaró en 2012 indicando que se refería solo a personas físicas. Véase *Mohamad v. Palestinian Authority*, U.S., 132 S.Ct. 1702 (2012). En uno de los casos el Undécimo Circuito decidió que se podía plantear una acción judicial contra empresas apelando a la TVPA ni a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Véase *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1247, 1250-53, 11th Cir. 2005.

⁴⁷ 630 F.2d 876, 2d Cir. 1980.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 878. Para poder oír una demanda, un tribunal debe poseer competencia personal sobre cualquier demandado. *Burnham v. Super. Ct. of Cal.*, 495 U.S. 604 (1990).

⁴⁹ Resultado de la búsqueda efectuada en el motor de búsqueda jurídico Westlaw por la autora G. Skinner, el 23 de octubre de 2014.

⁵⁰ 542 U.S. 692, 693-695 (2004).

⁵¹ *Ibíd.*, p. 725. Algunos autores consideran que el requisito establecido en *Sosa* era el aplicable al derecho internacional consuetudinario, mientras que otros estiman que este requisito tiene una aplicación aún más restringida.

⁵² *Ibíd.*, p. 727-728.

⁵³ *Ibíd.*, p. 733.

⁵⁴ *Kiobel*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

⁵⁵ A partir de principios del siglo XIX, se ha utilizado la presunción contra la extraterritorialidad para limitar el alcance de los actos de piratería y de la legislación federal en materia de aduanas. Dodge, William S. (1998) *Understanding the Presumption Against Extraterritoriality*, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 16, 1998, p. 85. El Tribunal Supremo estimó que cuando una ley prevé que puede ser aplicada extraterritorialmente, la presunción contra la extraterritorialidad tiene por efecto limitar los términos de esta disposición. *Morrison v. National Australian Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 130 S. Ct. 2869, 2883 (2010).

⁵⁶ *Kiobel*, 133 S.Ct. p. 1669 (2013).

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 1669, 1673. El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de certiorari sobre la cuestión de si una empresa puede ser responsable de violaciones del derecho internacional relativo a los derechos humanos, tras el fallo del Segundo Circuito que había determinado que no era posible. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 132 S. Ct. 472 (2011). Sin embargo, el Tribunal Supremo decidió no resolver la cuestión y solicitó volver a oír a la defensa para poder pronunciarse sobre el caso en razón de la extraterritorialidad. Continúa existiendo una división de opiniones en los tribunales de circuito sobre la cuestión de la responsabilidad de las empresas. Para mayor información sobre la responsabilidad de las empresas, tanto civil como penal, véase la Cuestión 3.

⁵⁹ Consulta en Washington, D.C. realizada el 24 de junio de 2013.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ De hecho, cuatro magistrados del Tribunal Supremo, los jueces Breyer, Ginsburg, Kagan, y Sotomayor, defienden que la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros puede aplicarse extraterritorialmente. Estos jueces, sin embargo, habrían desestimado la demanda pero entienden que un tribunal es competente si, “1) el perjuicio que se alega ocurre en territorio estadounidense, 2) el demandado es ciudadano estadounidense, o 3) la conducta del demandado tiene una repercusión negativa sustancial sobre un interés nacional norteamericano importante, lo que incluye el interés claro de impedir que los Estados Unidos se transformen en refugio seguro, exento de responsabilidad civil y penal, para torturadores u otros enemigos comunes de la humanidad”. *Kiobel*, 133 S.Ct. p. 1671 (opinión de J. Breyer). Un quinto juez deja abierta la posibilidad de que las violaciones graves del derecho internacional puedan cumplir con el requisito establecido de “concernir y afectar” a los Estados Unidos (*touch and concern*). *Ibíd.*, p. 1669 (opinión de J. Kennedy). De este modo, es importante señalar que una mayoría de tribunales puede estimar que tales violaciones graves del derecho internacional que perjudican a personas, incluso cuando son cometidas por no ciudadanos, conciernen y afectan a los Estados Unidos con fuerza suficiente para rechazar la presunción contra la territorialidad de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros.

⁶² Los casos que, en el momento de la redacción de este informe, habían logrado superar el requisito de concernir y afectar a los Estados Unidos con fuerza suficiente que se había establecido en el asunto *Kiobel* son *Mwani v. Laden*, 2013 WL 2325166, D.D.C., de 29 de mayo de 2013; *Sexual Minorities Uganda v. Lively*, 2013 WL 4130756, D.Mass., de 14 de agosto de 2013 y *Ahmed v. Magan*, 2013 WL 4479077, S.D.Ohio, de 20 de agosto de 2013. Nótese que ninguno de estos casos implicaba a empresas.

⁶³ A la luz del fallo de *Kiobel*, los tribunales federales han desestimado varios casos: *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 722 F.3d 1109, 1110, 9th Cir., de 28 de junio de 2013, confirmando la decisión de desestimarlo que había dictado un tribunal inferior tras el caso *Kiobel*); *Giraldo v. Drummond Co., Inc.*, 2013 WL 3873960, N.D.Ala., de 25 de junio de 2013; *Chen Gang v. Zhao Zhizhen*, 2013 WL 5313411, D.Conn. de 20 de septiembre de 2013; *Mohammadi v. Islamic Republic of Iran*, 2013 WL 2370594, D.D.C. de 31 de mayo de 2013; *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 1:08-CV-827 GBL/JFA 2013 WL 3229720, E.D.Va., de 25 de junio de 2013; *Ahmed-Al-Khalifa v. Travers*, 2013 WL 3326212, D.Conn., de 1 de julio de ; *Tymoshenko v. Firtash*, 2013 WL 4564646, S.D.N.Y. 28 de agosto de 2013; *Adhikari v. Daoud*, 2013 WL 4511354, S.D.Tex., de 23 de agosto de 2013 y *Kaplan v. Cent. Bank of Islamic Republic of Iran*, 2013 WL 4427943, D.D.C., de 20 de agosto de 2013.

⁶⁴ *Al Shimari*, 2013 WL 3229720 p. 1.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 8.

⁶⁶ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 1:08-CV-827 GBL/JFA, 4th Circ., de 29 de octubre de 2012, No. 13-1937, 2013 WL 3229720, *Brief for Plaintiffs-Appellants*. Disponible en: http://ccrjustice.org/files/2013-10-29_Al-ShimariPlaintiffs-Appelants_Opening_Brief.pdf.

⁶⁷ Con frecuencia, los litigios fundados en la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros alegan también violaciones de las leyes estatales de responsabilidad civil, por lo que estas demandas no resultan especialmente novedosas.

⁶⁸ Del mismo modo, los tribunales federales que serían competentes en razón de la diversidad de jurisdicción, utilizaran las normas de determinación de la ley a aplicar del estado del foro en el que se reúnen. Véase la Cuestión 6 para una información en profundidad sobre los obstáculos que pueden surgir de la determinación de la ley a aplicar.

⁶⁹ Véase *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604, 611 (1990). En el derecho común cuando se trata de acciones transitorias, los recursos pueden presentarse en cualquier lugar en el que pueda encontrarse el demandado, referenciado por Story, Joseph (1846). *Commentaries on the conflict of laws*, párrs. 554, 543.

⁷⁰ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659, p. 1666. “Sin embargo, según la doctrina de ilícitos civiles transitorios, la única justificación que puede permitir a una de las partes plantear un recurso en otra jurisdicción civilizada diferente a la que correspondería es una creencia justificada de que existe un derecho a actuar judicialmente en ese lugar”, según el caso *Cuba R.R. Co. v. Crosby*, 222 U.S. 473, 479 (1912) (opinión mayoritaria de J. Holmes).

⁷¹ Véase *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (1971), párr. 6.

⁷² *Burnham v. Super. Ct. of Cal.*, 495 U.S. 604, 1990, p. 610-611.

⁷³ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S., 1945, p. 310, 317.

⁷⁴ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, 2d Cir. 2000, p. 569, 579.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ 644 F.3d 909, 9th Cir. 2011, p. 569, 579.

⁷⁷ *DaimlerChrysler AG v. Bauman*, 571 U.S., de 14 de enero de 2014.

⁷⁸ Véase, p.ej., Ku, Julian G. (2001) Customary International Law in State Courts, *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 265; Bradley, Curtis A. ; Goldsmith, Jack (1997). Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, *Harvard Law Review*, 1997, vol. 110, p. 815, 834, 870. Durante todo el siglo XIX, los tribunales del estado aplicaron algunos aspectos del derecho de las naciones a los litigios que resolvían, por lo general aquellos relativos al derecho de guerra. Muchos de estos casos se fundaban en las leyes estatales de responsabilidad civil. Sin embargo, los tribunales apelaban al derecho internacional consuetudinario, normalmente el derecho de guerra, para determinar los derechos y medios de defensa del demandado, demostrando así que consideraban que el derecho internacional consuetudinario formaba parte de su derecho común. Véase, p.ej., *Cochran v. Tucker*, 43 Tenn., 3 Cold., 1866, p. 186. El tribunal apeló al derecho de guerra para establecer los derechos de las partes beligerantes, y estimó que tales derechos no permitían atacar a civiles.; *Hedges v. Price*, 2 W. Va., 1867, p. 192; *Caperton v. Martin*, 4 W. Va., 1870, p. 138; *Johnson v. Cox*, 3 Ky. Op. 1869, pág. 559; *Ferguson v. Loar*, 68 Ky. 1869, p. 689; *Bryan v. Walker*, 64 N.C. 1870, p. 141; *Koonce v. Davis*, 72 N.C. 1875, p. 218. En otro ejemplo de lo anterior, el Tribunal Supremo de Oregón afirmó “Cuando nuestra nación firmó la Carta de las Naciones Unidas, nos comprometimos a respetar los principios enunciados en el art. 55.c) y 56. “El respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”. *Namba v. McCourt*, 204 P.2d, Or. 1949, p. 569, 579.

⁷⁹ La doctrina de la prevalencia federal sobre los asuntos exteriores, según la cual corresponde al Gobierno federal velar por que las leyes del estado no interfieran en el ámbito de los asuntos extranjeros que según la Constitución son potestad del presidente y del Congreso, véase *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 1968, p. 429, 432.

⁸⁰ *Mujica v. Occidental Petroleum Corp.*, 381 F. Supp. 2d 1164, C.D. Cal. 2005, p. 1187-888. En el que rechazaba la reivindicación del estado tras constatar que tenía un interés muy débil en las pretensiones de los demandantes, lo que fue fácilmente superado por la preocupación por la política exterior enunciada en la declaración de interés suplementario, *Supplemental Statement of Interest*, del Departamento de Estado.

⁸¹ *Bill C-300 (Historical) Corporate Accountability of Mining, Oil, and Gas Corporations in Developing Countries Act*, 40º Parlamento, 3ª Sesión, 2010. Disponible en: <http://openparliament.ca/bills/40-3/C-300/>. Para información sobre los antecedentes de la ley, véase *Bill C-300 Backgrounder*, Canadian Network on Corporate Accountability, 3 de septiembre de 2010, <http://cnca-rcrce.ca/issuesbill-c-300backgrounder/>.

⁸² *Bill C-323, An Act to Amend the Federal Courts Act (International Promotion and Protection of Human Rights)*, 41º Parlamento, 1ª Sesión, 2011. Disponible en: <http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?billId=5138027&Mode=1&Language=E>. Este proyecto de ley se volvió a presentar más recientemente, en octubre de 2013. Véase [https://openparliament.ca/bills/41-2/C-323/\[21 de noviembre de 2013\]](https://openparliament.ca/bills/41-2/C-323/[21 de noviembre de 2013]).

⁸³ Párr. 1. El tribunal federal puede ser competente para resolver los litigios relativos a delitos de genocidio, esclavitud o trata de esclavos, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones de personas, tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, detención arbitraria prolongada, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, discriminación sistemática, comisión sistemática de violaciones graves de los derechos del hombre reconocidos internacionalmente, prostitución forzada y otras actividades sexuales ilícitas con personas de menos de 18 años, reclutamiento forzoso de personas de menos de 18 años para las fuerzas armadas o grupos paramilitares, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, destrucción injustificada del medio ambiente que cause directa o indirectamente daños graves y extensos a un ecosistema y contaminación transfronteriza, entre otros. *Ibíd.*, párr. 2.

⁸⁴ Terry, John; Shody, Sarah (2012). Could Canada Become a New Forum for Cases Involving Human Rights Violations Committed Abroad?, *Commercial Litigation & Arbitration Review*, vol. 1, n. 4, p. 63-64. Este artículo pone de relieve el reciente aumento de demandas civiles presentadas en Canadá por responsabilidad derivada de violaciones de los derechos humanos cometidas en el extranjero. El artículo indica que el Tribunal Supremo de Canadá deberá establecer el modo en el que los principios establecidos en el caso *Club Resorts Ltd. v. Van Breda* serán aplicados en las causas de abusos de los derechos humanos cometidos por empresas en el extranjero. *Ibíd.*, La decisión del Tribunal Supremo de Canadá en *Club Resorts*, en la que el Tribunal estableció cuatro supuestos factores de conexión para las demandas por ilícito civil que, cuando concurren, establecen la existencia de una “conexión real y sustancial” y confirman por tanto la competencia de un tribunal. Estos cuatro factores son, a) el demandado reside o está domiciliado en la provincia; b) el demandado lleva a cabo actividades comerciales en la provincia; c) el ilícito civil ha sido cometido en la provincia; (d) un contrato vinculado con el litigio se firmó en la provincia. El Tribunal insistió en que estos factores de conexión no son los únicos que pueden ser utilizados para establecer la conexión entre la demanda por responsabilidad civil y la provincia. *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, (2012) 1 S.C.R. 572, Canadá.

⁸⁵ Consulta telefónica, realizada el 19 de junio de 2013.

⁸⁶ Consejo de la Unión Europea (2001). *Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE L 12 de 16 de enero de 2001 [en adelante Reglamento Bruselas I]. El Reglamento Bruselas I refundió el Convenio de la Comunidad Europea sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 en el derecho de la Unión. Sus principios se extendieron a los Estados de la AELC

mediante Convenio de Lugano de 1988. Para consultar la última versión refundida del Convenio de Bruselas, véase DOCE C 27/1 de 26 de enero de 1998. El Reglamento de 2001 (DOCE L12/1) entró en vigor el 1 de marzo de 2002. El derecho comunitario empezó a interesarse por la cuestión de la cooperación judicial en materia civil a partir de las modificaciones introducidas en el Tratado de Roma por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Para mayor información sobre la relación entre el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento Bruselas I, véase Reglamento Bruselas I, art. 68. Para más información sobre el Reglamento Bruselas I, véase Gaudemet-Tallon, Hélène (2002). *Compétence et exécution des jugements en Europe*; Kennett, Wendy (2001). The Brussels I Regulation, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 50, p. 725 ; Droz, J.; Gaudemet-Tallon, H. (2001). La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, p. 601; Nuyts, Arnaud (2001). La Communautarisation de la Convention de Bruxelles, *Journal des Tribunaux*, vol. 120, p. 913; Schmidt, Guus E. (2001). De EEX-Verordening: de Volgende Stap in het Europese Procesrecht, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 150; Watté, Nadine; Nuyts, Arnaud; Boularbah, Hakim (2002). Le Règlement 'Bruxelles I' Sur la Compétence Judiciaire, la Reconnaissance et L'exécution des Décisions en Matière Civile et Commerciale, *Journal des Tribunaux-Droit Européen*, vol. 90, p. 161.

⁸⁷ En lo que concierne la aplicación de esta base de competencia en los litigios transnacionales en materia de derechos humanos, véase Betlem, Gerritt (2002). Transnational Litigation Against Multinational Corporations Before Dutch Civil Courts, en *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi eds., p.283; Van Hoek, Aukje A.H. (2008). Transnational Corporate Social Responsibility: Some Issues with Regard to the Liability of European Corporations for Labour Law Infringements in the Countries of Establishment of their Suppliers, en *Social Responsibility in Labour Relations: European and Comparative Perspectives*, Frans Pennings, Yvonne Konijn, & Albertine Veldman eds., p. 147.

⁸⁸ Informe sobre Diligencia Debida, *supra*, nota 6, p. 54.

⁸⁹ Rechtbank's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 30 de diciembre de 2009, docket no. 330891/HA ZA 09-579, *Vereniging Milieudefensie/Royal Dutch Shell PLC*, Países Bajos. Para más información sobre este caso, véase también el estudio de caso indicado más adelante, en el Apéndice.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Cass. Civ. 1ère, 19 de noviembre de 1985, Cognacs et Brandies, JDI 1986; Cass. Civ. 1ère, 23 de mayo de 2013, Prieur.

⁹² Grabosch, Robert (2013). Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen, en *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, Ralph Nikol, Thomas Bernhard, & Nina Schniederjan, eds. p. 69. Sin embargo, tal como advierte Grabosch, esta es una situación bastante poco habitual que ha planteado cuestiones sobre si era compatible con la soberanía de otros Estados, concretamente de la del Estado en el que ocurrió el daño, en los casos de responsabilidad civil. Los tribunales alemanes y gran parte de la doctrina alemana consideran que Alemania no ejerce competencia extraterritorial de una forma que constituya una violación del derecho internacional, debido a que el vínculo con Alemania sigue siendo importante y la competencia extraterritorial es "razonable". A pesar de la preocupación que causa la restricción que el derecho internacional impone a la competencia extraterritorial, el Tribunal Federal de Justicia ha estimado que el párr. 23.1) exige la existencia de un nexo entre el objeto del litigio y el foro. Aunque dicho nexo pueda encontrarse en la existencia de un vínculo contractual, por ejemplo cuando un comprador o cliente alemán o ha pedido

que se produzcan bienes o que se construya infraestructura en el extranjero y el proveedor exige el pago, no está claro si podría considerarse existente en otras circunstancias.

⁹³ Rv, art. 7.1). Países Bajos.

⁹⁴ Sv 9.b)-c). Países Bajos. Esta norma de procedimiento penal no se ha aplicado con frecuencia en los Países Bajos, y en todo caso, aún no ha sido aplicada contra un demandado empresarial. Sin embargo, en un caso muy conocido el tribunal se declaró competente sobre demandas civiles presentadas por pilotos iraquíes que afirmaron no podían obtener un juicio justo si se les obligaba a presentar sus pretensiones ante los tribunales de Kuwait. Véase, *Saloum/Kuwait Airways Corp.*, Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, 27 de abril de 2000, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2000, vol. 315, p. 472; Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, 5 de enero de 1996, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1996, vol. 145, p. 222. La doctrina del *forum necessitatis* solo se aplica en casos excepcionales como la falta de un tribunal extranjero debido a un desastre natural o a la guerra, o si los demandantes no puede esperar obtener un juicio justo debido a normas jurídicas discriminatorias. Esta disposición está estrechamente relacionada con el derecho a un juicio justo, garantizado por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 3 de noviembre de 1950, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 213, art. 6, p. 221 [en adelante Convención Europea de Derechos Humanos]. En marzo de 2012 esta norma proporcionó una base para que el Tribunal de Distrito de La Haya se declarase competente para entender de una demanda civil planteada por un demandante extranjero por haber sido encarcelado ilegalmente y torturado en Libia. En este caso, la única conexión que existía con los Países Bajos era la presencia del demandante en el país. El caso refería a una demanda por daños y perjuicios presentada por un médico palestino que alegaba haber sufrido daños a consecuencia de haber permanecido encarcelado ilegalmente durante ocho años en Libia acusado de haber infectado a niños con VIH/SIDA. Se desconocía el lugar de residencia de los acusados. El tribunal recurrió a la regla del *forum necessitatis* que permitía a los tribunales neerlandeses declararse competentes para entender de demandas civiles sobre las que en condiciones ordinarias no habrían podido ejercer competencia, pero que en estas circunstancias era simplemente imposible presentar estas demandas fuera de los Países Bajos, tanto desde un punto de vista legal como práctico. *Rechtbank's-Gravenhage* [Tribunal de distrito de La Haya], 21 de marzo de 2012, LJN: BV9748, *El-Hojouj/Unnamed Libyan Officials*, Países Bajos.

⁹⁵ *Yao Essaie Motto v. Trafigura Ltd.* (2011). EWHC 90206.

⁹⁶ *Guerrero v. Monterrico Metals plc* (2009). EWHC 2475. Para más información sobre este caso, véase también el estudio de caso más adelante, en el Apéndice.

⁹⁷ En el caso *Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA) v. IBM*, GIRCA alegó que IBM había sido cómplice de los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis contra los romaníes. La supuesta conducta de la empresa habría ocurrido en la sede central de IBM entre 1933 y 1945. En una sentencia histórica dictada el 22 de diciembre de 2004, el Tribunal Federal, el más alto órgano jurisdiccional del Estado, reconoció que los tribunales suizos eran competentes para oír el caso. Tribunal Fédéral [Tribunal Federal Supremo], 22 de diciembre de 2004, ATF 131 III p. 153, Suiza. Sin embargo, no se resolvió el fondo del caso, ya que en abril de 2005, el tribunal de primera instancia desestimó la demanda, alegando que había transcurrido demasiado tiempo desde que había tenido lugar el daño. Tanto el Tribunal de Apelación de Ginebra como el Tribunal Federal confirmaron esta decisión. Tribunal Fédéral [Tribunal Federal Supremo], 14 de agosto de 2006, ATF 132 III 661, p. 668, Suiza. Sin embargo, el caso GIRCA puede sentar un importante precedente para la presentación de demandas contra empresas que operan en Suiza y que hayan cometido o sido cómplices de violaciones de los derechos humanos fuera del territorio nacional suizo.

⁹⁸ *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*, 18 de diciembre de 1987, RS 291, arts 2. y 60, Suiza. [en adelante LDIP].

⁹⁹ Bucher, Andreas; Bonomi, Andrea (2004). *Droit International Privé*, Sellier, p. 177-179.

¹⁰⁰ Véase TVPA, *supra*, nota 42. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (codificado en el Código de los Estados Unidos, título 28, párr. 1350 (1992)). En *Sarei v. Rio Tinto*, el Noveno Circuito decidió que no era apropiado reconocer el principio del agotamiento de recursos en relación a la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. Véase, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193, 1213, 9th Cir., 2007.

¹⁰¹ Diaz Jr., Victor Manuel. (2003). Litigation in U.S. Courts of Product Liability Cases Arising in Latin America, Panel Talk Before the Miami Conference, Key Concepts in Product Liability Law in Latin America Today, en Miami Conference Summary of Presentations, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2003, vol. 20, nº 47, 93, John F. Molloy ed., en relación al estudio.

¹⁰² Se trata de elementos de la doctrina del *forum non conveniens* tal como fueron enunciados por primera vez por el Tribunal Supremo en el caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 1947.

¹⁰³ Véase, p.ej., *Aldana v. Del Monte Fresh Produce N.A., Inc.*, 578 F.3d 1283, 11th Cir., 2009. En lo que se refiere a los factores pertinentes, los tribunales tienen cuenta la facilidad relativa de acceso a las fuentes de las pruebas, la disponibilidad de procedimientos para garantizar la comparecencia de testigos reacios y el costo de la comparecencia de testigos voluntarios, la posibilidad de ver las instalaciones y otro tipo de cuestiones prácticas que pueden hacer que el juicio del caso se desarrolle de manera sencilla, rápida y poco costosa, así como la ejecutoriedad de una resolución, si se obtiene una, en los Estados Unidos. Recae sobre el demandado la carga de establecer que es posible acceder una reparación adecuada alternativa en el Estado de origen.

¹⁰⁴ Esto no ha supuesto un obstáculo en las causas que invocan a la Ley de protección de víctimas de la tortura, ya que el Congreso ha introducido una causa de la demanda posible en los tribunales federales en casos de violaciones de esta ley, indicando que considera que los tribunales de los Estados Unidos son un foro apropiado para casos ocurridos en el extranjero. Consulta efectuada en Washington, D.C. el 24 de junio de 2013.

¹⁰⁵ *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470, 2d Cir. 2002.

¹⁰⁶ *Bhopal v. Union Carbide Corporation*, 809 F.2d 195, 2d Cir. 1987.

¹⁰⁷ Stewart, James B. (1985). Legal Liability: Why Suits for Damages Such as Bhopal Claims Are Very Rare in India, *Wall Street Journal*, 23 de enero de 1985, que cita las palabras de a Y.V. Chandrachud, presidente del Tribunal supremo de La India.

¹⁰⁸ Buncombe, Andrew (2008). *The Cursed Children of Bhopal*, *The Independent*. London, 19 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/the-cursed-children-of-bhopal-1024600.html>; véase también *Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse* (2008), Oxford Pro Bono Publico, Univ. of Oxford, p. 174. Disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-08.pdf>.

¹⁰⁹ Véase Oxford Pro Bono Publico, *supra*, nota 108, p. 174. Véase el caso de estudio Monterrico para ver otro ejemplo de un acuerdo que se considera ha proporcionado una reparación ineficaz para algunas víctimas, más adelante, en el Apéndice.

¹¹⁰ Para más ejemplos de casos que implican a demandantes extranjeros, en los que los tribunales del estado se declararon incompetentes debido a que el tribunal estimó que existía un foro alternativo disponible, véase *Forum non conveniens doctrine in state court as affected by availability of alternative forum*, A.L.R.4th 973 párr. 11.b), p. 57. Para casos en los que los tribunales del estado se declararon incompetentes incluso cuando estimaron que no había un foro alternativo disponible, véase *Forum non conveniens Doctrines – Alternative forum unavailable – Jurisdiction denied* A.L.R. 973 párr. 12.b), p. 57.

- ¹¹¹ *Dow Chem. Co. v. Castro Alfaro*, 786 S.W.2d 674, Tex. 1990, reemplazado por la ley, *Texas Civil Practice and Remedies Code Annotated*, párr. 71.051, West, 2009.
- ¹¹² *Ciba-Geigy Ltd. v. Fish Peddler, Inc.*, 691 So. 2d 1111, 1118, Fla. Dist. Ct. App. 1997.
- ¹¹³ Véase *Scotts Co. v. Hacienda Loma Linda*, 2 So.3d 1013, 1015, Fla. Dist. Ct. App. 2008.
- ¹¹⁴ *Ciba-Geigy Ltd.*, 691 So. 2d p. 1118.
- ¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 1017-1018.
- ¹¹⁶ *Aldana v. Del Monte Fresh Produce N.A., Inc.*, 578 F.3d 1283, 11th Cir., 2009.
- ¹¹⁷ *Ibíd.*, El tribunal concluyó que el tribunal de distrito no había abusado de su poder discrecional al desestimar el caso por motivos de *forum non conveniens*.
- ¹¹⁸ Véase *Aldana v. Fresh Del Monte Produce*, International Rights Advocates <http://www.iradvocates.org/case/latin-america-guatemala/aldana-v-fresh-del-monte-produce> [22 de noviembre de 2013].
- ¹¹⁹ *Ibíd.*
- ¹²⁰ *Ibíd.*
- ¹²¹ *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470, 2d Cir. 2002.
- ¹²² Véase *Amicus Briefs in Chevron/Ecuador Litigation*, EarthRights International <http://www.earthrights.org/publication/amicus-briefs-chevron-ecuador-litigation> [22 de noviembre de 2013].
- ¹²³ Véase *Texaco/Chevron lawsuits*, Business and Human Rights Resource Centre <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador> [15 de noviembre de 2013].
- ¹²⁴ Véase Barrett, Paul M. Ecuadorian Court Cuts Chevron's Pollution Bill in Half, *Bloomberg Businessweek* <http://www.businessweek.com/articles/2013-11-13/ecuadorian-court-cuts-chevrons-pollution-bill-in-half> [15 de noviembre de 2013].
- ¹²⁵ *Ibíd.*
- ¹²⁶ Véase *Texaco/Chevron lawsuits*, *supra*, nota 123.
- ¹²⁷ *Republic of Ecuador v. Chevron Corp.*, 638 F.3d 384, 2d Cir., 2011.
- ¹²⁸ *Chevron v. Donziger*, 11-cv-00691, U.S. Dist. Ct., So. Dist. of N.Y.
- ¹²⁹ Se estaba celebrando el juicio de este caso en el momento de la elaboración de este informe.
- ¹³⁰ *Chevron Corp. v. Naranjo*, 667 F.3d 232, 2d Cir., 2012.
- ¹³¹ Véase Manolis Mikos et al. (2009). *The Doctrine of Forum Non Conveniens: Canada and the United States Compared*, FDCC, Q. 6. Disponible en: http://www.vermettelaw.com/uploads/tmp_files/13_151d956c246254e0e78ae164de21cea0.pdf. Se omiten las citas internas.
- ¹³² *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C., cap. 28, párr. 11. Esta ley dice, 1) Tras hacer considerado los intereses de las partes de un proceso y los fines de la justicia, un tribunal puede negarse a ejercer su competencia territorial en el proceso alegando que un tribunal de otro estado es un foro más apropiado para examinar la demanda. 2) Un tribunal, para decidir sobre la cuestión de si ese tribunal o un tribunal fuera de la Columbia Británica es el foro más apropiado para entender de un procedimiento, debe tener en cuenta las circunstancias relevantes del caso, incluyendo, a) las ventajas comparativas y los gastos ocasionados a las partes en el proceso y a los testigos de someter el caso a ese tribunal o a un foro alternativo; b) la ley aplicable a las cuestiones del caso; c) la oportunidad de evitar múltiples procedimientos legales; d) la oportunidad de evitar decisiones

contradictorias tomadas por tribunales diferentes; e) la ejecución del fallo si lo hubiera; y f) el funcionamiento justo y eficaz del sistema judicial canadiense en su conjunto.

El objetivo de esta ley era codificar el principio de derecho común. Véase *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009, 1 S.C.R. 321, párr. 22, 2009 SCC 11, Canadá. Además, la Conferencia de Derecho Uniforme de Canadá propuso una ley para homogeneizar las cuestiones relativas a la competencia y a la doctrina del *forum non conveniens* (véase *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C., c. 28 [en adelante CJPTA] cuyo contenido es sustancialmente el mismo. Véase *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 1 SCR 572 párrs. 40-41, 2012 SCC 17, Canadá.

¹³³ *Van Breda Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 1 SCR 572, párrs. 101-112.

¹³⁴ Con anterioridad a este caso, las provincias estaban divididas con respecto a la cuestión de sobre quien recaía la carga en este asunto, si sobre los demandados o sobre los demandantes. Manolis, *supra*, nota 131, p 9, 33.

¹³⁵ *Van Breda*, 2012 1 SCR 572, párr. 109.

¹³⁶ *Ibid.*, párr. 110.

¹³⁷ *Code civil du Québec*, 1991, c. 1 s. 3135, Canadá.

¹³⁸ *Recherches Internationales du Québec v. Cambior, Inc.*, 1998 Q.J. n° 2554, C.S. Québec, Canadá.

¹³⁹ *Bil'in (Village Council) c. Ahmed Issa Yassin*, 2009 QCCS 4151, 2009 R.J.Q. 2579, párr. 175-76, Canadá.

¹⁴⁰ *Motion Introducing a Suit, Bil'in (Village Council) & Ahmed Issa Yassin v. Green Park International, Inc.*, No. 500-17-044030-081, Cour Supérieure, Provincia de Quebec, Distrito de Montreal, 7 de julio de 2008.

¹⁴¹ *Bil'in*, 2009, QCCS 4151, párr. 335.

¹⁴² *Association Canadienne Contre l'Impunité (A.C.C.I.) v. Anvil Mining Ltd.*, 2011 QCCS 1966, Quebec, Canadá. [en adelante *Anvil Mining I*].

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Choc v. Hudbay Minerals, Inc.*, 2013, ONSC 1414, Ontario, Canadá.

¹⁴⁵ Véase *Choc v. HudBay Minerals Inc. & Caal v. HudBay Minerals Inc.*, <http://www.chocversushudbay.com/> [22 de noviembre de 2013].

¹⁴⁶ Consulta telefónica realizada el 19 de junio de 2013; correos electrónicos sobre el caso con la autora G. Skinner.

¹⁴⁷ Véase la lista de factores *supra*, nota 132. No hay listas sobre foro adecuado o futilidad.

¹⁴⁸ Goldhaber, Michael (2013). Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard, *U.C. Irvine Law Review*, vol. 3, n° 1, p. 27, 137.

¹⁴⁹ *Association Canadienne Contre l'Impunité (A.C.C.I.) c. Anvil Mining Ltd.*, 2011 QCCS 1966, Quebec, Canadá Para más información véase Estudio de Casos, más adelante, en el Apéndice.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Unión Europea (2009). *Libro verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento (CE) N° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, COM (2009) 175 final de 21 de abril de 2009; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, COM (2010) 748 final, 14 de diciembre de 2010.

¹⁵² Unión Europea (2010). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, COM (2010) 748 final 14 de diciembre de 2010.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Véase Cass. Civ. 1ère, 19 de noviembre de 1985, *Cognacs et Brandies*, JDI 1986; Cass. Civ. 1ère, 23 de mayo de 2013, Prieur.

¹⁵⁵ *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*, 18 de diciembre de 1987, Suiza.

¹⁵⁶ El artículo 3 de la Ley Federal sobre derecho internacional privado (LDIP) establece lo siguiente: “Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu’une procédure à l’étranger se révèle impossible ou qu’on ne peut raisonnablement exiger qu’elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes”. *Ibid.*, art. 3.

¹⁵⁷ *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse* [Tribunal Federal] 22 de mayo de 2007, 4C.379/2006, Suiza, que excluyen la aplicación de esta disposición por crímenes internacionales cometidos en Túnez contra un ciudadano tunecino residente en Italia en el momento de los hechos: “en l’espèce, le demandeur se plaint d’actes de torture qui auraient été commis en Tunisie, par des tunisiens domiciliée en Tunisie, à l’encontre d’un tunisien résidant en Italie. L’ensemble des caractéristiques de la cause ramène en Tunisie, sauf la résidence en Italie à ce moment-là. Les faits de la cause ne présentent donc aucun lien avec la Suisse, si bien que la question de savoir si le lien avec ce pays est suffisant ou non ne se pose pas. Dans ces circonstances, il n’est pas possible d’admettre la compétence des tribunaux helvétiques, sauf à violer le texte clair de l’art. 3 de la LDIP. Que le demandeur ait ensuite choisi de venir en Suisse ne peut rien y changer, car il s’agit d’un fait postérieur à la cause, et qui n’en fait du reste pas partie”.

¹⁵⁸ Dutoit, Bernard (2005). *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing & Lichtenhahn.

¹⁵⁹ Véase Collins, Lawrence (1990). Forum non conveniens and the Brussels Convention, *Law Quarterly Review*, vol. 106, p. 535; Fentiman, Richard (1993) Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention, *Cornell International Law Journal*, vol. 26, p. 59, 73; Hartley, Trevor C. (1992). The Brussels Convention and Forum Non Conveniens, *European Law Review*, vol. 17, p. 553-555; Kennett, Wendy (1995) Forum non conveniens in Europe, *Cambridge Law Journal*, vol. 54, p. 552, 555; Gaudemet-Tallon, Hélène (1991) Le forum non conveniens, une menace pour la Convention de Bruxelles?, *Revue critique de Droit international privé*, vol. 491, p. 510; Buanaitu, Marongiu (1999) Forum Non Conveniens Facing the Prospective Hague Convention and E.C. Regulation on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *Rivista di diritto europeo*, nº 3; North, Peter (1993). La liberté d’appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la Convention de Bruxelles, en *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux, Bruylant*, p. 373-385; Nuyts, Arnaud (2002) *L’exception de forum non conveniens: étude de droit international privé comparé*, 2002, p. 187.

¹⁶⁰ Véase Muchlinski, Peter (2001). Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases, *International & Comparative Law Quarterly*, vol 50, nº 1, p. 12-13.

¹⁶¹ Pero véase *Marc Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*, Caso C-190/89, Rec. 1991, p. I-3855.

¹⁶² *Group Josi Reinsurance Co. SA v. Universal Gen. Ins. Co.* (UGIC), Caso C-412/98, Rec. 2000, p. I-05925, párr. 34.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 53.

¹⁶⁴ Véase *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”*, COM (2001) 366 - C5-0161/2002 - 2002/2069(COS), de 30 de mayo de 2002, que “Señala que el Convenio de Bruselas de 1968 establece la jurisdicción de los Tribunales de los Estados miembros para las demandas contra empresas registradas o con domicilio social en la UE por los daños sufridos en terceros países; pide a la

Comisión que elabore un estudio en relación con la aplicación de este principio de extraterritorialidad por parte de los tribunales de los Estados miembros de la Unión; pide a los Estados miembros que incluyan este principio de extraterritorialidad en su legislación”.

¹⁶⁵ *Lubbe v. Cape plc*, (1998) C.L.C. 1559, 1998 EWCA Civ. 1351, Inglaterra.

¹⁶⁶ Meeran, Richard (2000). *Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK*, in *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Menno T. Kamminga, Saman Zia-Zarifi (eds.), p. 251, 258-261; Muchlinski, Peter (2001). Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, nº 1; Fentiman, Richard (2001). Stays and the European Conventions: End-Game?, *Cambridge Law Journal*, vol. 60, p. 10.

¹⁶⁷ *Lubbe v. Cape plc*, (1998) C.L.C. 1559, 1998 EWCA Civ. 1351, Inglaterra.

¹⁶⁸ En la segunda sentencia dictada por el Tribunal de Apelación, de 29 de noviembre de 1999), Pill L.J. indicó expresamente que los demandantes, que no deseaban que el procedimiento se retrasase mientras se introducía una consulta al Tribunal Europeo de Justicia, no habían perseguido su afirmación de que el artículo 2 del Convenio de Bruselas de 1968 dejaba al tribunal inglés sin poder discrecional para suspender un caso presentado contra un demandado domiciliado en los Estados Unidos. *Lubbe v. Cape plc* (2000). 1 Lloyd's Rep. 139, Inglaterra.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 15. Esta formulación Lord Bingham of Cornhill, aunque parece inspirarse en los términos de la Civil Jurisdiction and Judgments Act de 1982 que traspuso el Convenio de Bruselas de 1968 al ordenamiento jurídico del Reino Unido, esta ley indica que “nada en este texto legal debe impedir un tribunal del Reino Unido suspenda, cierre o desestime un procedimiento por motivos de *forum non conveniens* o de otra doctrina, siempre que esto no sea incompatible con lo establecido por el Convenio”, *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, 1982, c. 27, art. 49, establece que se aplique el Convenio de Bruselas o la doctrina del *forum non conveniens*. Sin embargo, esta delimitación del ámbito de aplicación respectivo de ambas normas, no significaba lo mismo que el artículo 49 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act*. Por el contrario, esta disposición no excluía que el Convenio de Bruselas pudiese referirse a los principios del derecho nacional, incluida la doctrina del *forum non conveniens* en el Reino Unido, para aquellas cuestiones que no regulaba.

¹⁷⁰ *Owusu v. Jackson*, Caso C-128/01, Rec. 2005 p. 1383.

¹⁷¹ Véase, p.ej., *Bodo Cmty. v. Shell Petroleum Dev. Co. of Nigeria*, (2012) EWHC (QB) HQ11X01280 (Inglaterra), *Motto & Others. v. Trafigura Ltd.*, (2011) EWHC 90201, Costas, Inglaterra.

¹⁷² Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 1091.

¹⁷³ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2441.

¹⁷⁴ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2340A.

¹⁷⁵ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2442.

¹⁷⁶ Código de los Estados Unidos, título 1, párr. 1.

¹⁷⁷ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2. Por el momento, ninguna ley relativa a los derechos humanos ni otra ley penal general permite que se establezca responsabilidad invocando a la teoría de la “responsabilidad de mando” (*command responsibility*), según la cual los funcionarios de grado superior pueden ser considerados responsables de los malos tratos ejercidos por sus subordinados cuando tienen conocimiento de dichos abusos y no terminan con ellos. Véase Sepinwall, Amy J. (2009) Failures to Punish: Command Responsibility in Domestic and International Law, *Michigan Journal of International Law*, vol 30, p. 251, 261.

¹⁷⁸ El Departamento de Justicia creó una unidad encargada de derechos humanos y de

procesamientos especiales (HRSP) en 2009, tras la adopción de la Human Rights Enforcement Act de 2009 por el Congreso. Esta unidad puede perseguir también delitos relacionados con violaciones de los derechos humanos, incluido fraude. Sección de Derechos Humanos y Enjuiciamientos Especiales, Departamento de Justicia de los Estados Unidos <http://www.justice.gov/criminal/hrsp/> [16 de noviembre de 2013]. La Unidad de Enjuiciamiento de Tráfico de Personas de la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia se ocupa de perseguir los casos de tráfico de personas. Unidad de Enjuiciamiento de Tráfico de Personas, Departamento de Justicia de los Estados Unidos <http://www.justice.gov/crt/about/crm/htpu.php> [16 de noviembre de 2013].

¹⁷⁹ Aparentemente, la única condena hasta el momento pronunciada contra Chuckie Taylor por una violación concreta de los derechos humanos, se refiere a tortura. Véase División Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Sección de Derechos Humanos y Enjuiciamientos Especiales. Disponible en: <http://www.justice.gov/criminal/hrsp/additional-resources/2012/HRSP-Brochure-HRV-Rev-912.pdf> [última modificación septiembre de 2012].

¹⁸⁰ Consulta realizada en Washington, D.C., el 24 de junio de 2013.

¹⁸¹ Véase Departamento de Justicia (2007). *Conferencia de Prensa, Chiquita Brands International Pleads Guilty to Making Payments to a Designated Terrorist Organization and Agrees to Pay \$25 Million Fine*, 19 de marzo de 2007. Disponible en: http://www.justice.gov/opa/pr/2007/March/07_nsd_161.html.

¹⁸² El pleito basado en la ATS alega, entre otros, que al financiar a las AUC, Chiquita ayudó y fomentó las violaciones de los derechos humanos, incluidas ejecuciones extrajudiciales, crímenes de guerra y otras violaciones del derecho internacional. La HRSP no fue la unidad responsable de enjuiciar los elementos penales de este caso en el que Chiquita se declaró culpable, sino que corrió a cargo de otra división del Departamento de Justicia. Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2339A-B. *Doe v. Chiquita Brands International, Inc.*, Case No. 12-14898-B, 11th Circ. 2013.

¹⁸³ Oficina para Víctimas del Delito, *Victim Compensation*, Oficina de Programas Judiciales, <http://ovc.ncjrs.gov/topic.aspx?topicid=58> [16 de noviembre de 2013].

¹⁸⁴ *Crime Victim Compensation*, Catalog of Federal Domestic Assistance, <https://www.cfda.gov/?s=program&mode=form&tab=step1&id=64527cda3113be6597c4cd105368de71> [16 de noviembre de 2013].

¹⁸⁵ La única excepción son las víctimas del terrorismo internacional cuando son contratistas de los Estados Unidos. *International Terrorism Victim Expense Reimbursement Program, Who Is Eligible?*, Oficina de Programas Judiciales, <http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/itverp/eligibility.html> [16 de noviembre de 2013].

¹⁸⁶ Véase, Código de los Estados Unidos, título 18, párrs. 1801; 2441; 2340A; 2442.

¹⁸⁷ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 1091.

¹⁸⁸ Véase, p.ej., *Decisión marco del Consejo 2002/629/JAI*, DOCE L 203/1, de 1 de agosto de 2002, art. 6.2. [en adelante *Decisión marco del Consejo sobre la Lucha contra el Terrorismo*], modificada por la *Decisión marco del Consejo 2008/919/JAI*, DOCE L330/221; *Decisión marco del Consejo 2002/629/JAI*, DOCE L 20/1; *Decisión marco del Consejo 2004/68/JAI*, DOCE L 13/44; *Decisión marco del Consejo 2000/375/JAI*, DOCE L 138/1. Con anterioridad incluso a la adopción del Tratado de Lisboa, la entonces Comunidad Europea adoptó la llamada directiva de delitos ambientales, que justificaba por la necesidad de velar por al aplicación efectiva de la política de la Unión en un ámbito que ha sido objeto de medidas de armonización, véase *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*, de 19 de noviembre de 2008, 2008/99/CE, DOCE L 328/28-37.

¹⁸⁹ *Versión refundida del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, DOUE C 115/47, de 9 de mayo de 2008 [en adelante TFEU].

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Véase *Decisión marco del Consejo sobre la Lucha contra el Terrorismo*, *supra*, nota 188; *Informe de la Comisión*, de 6 de noviembre de 2007, basado en el artículo 11 de la *Decisión marco del Consejo*, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, COM (2007) 681 final, DOCE C 9 de 15 de enero de 2008; *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, de 2 de mayo de 2006, basado en el artículo 10 de la *Decisión marco del Consejo*, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, COM (2006) 187 final, no publicado en el Diario Oficial.

¹⁹² Sr art. 51, Países Bajos.

¹⁹³ *What does the Public Prosecution Service Do?*, Openbaar Ministrie, http://www.om.nl/vast_menu_blok/english/about_the_public/what_does_the_public/ [19 de noviembre de 2013].

¹⁹⁴ *Geen verder onderzoek naar kraanverhuurder*, Openbaar Ministrie, <http://www.om.nl/actueel/nieuws-persberichten/@160903/verder-onderzoek/> [14 de mayo de 2013].

¹⁹⁵ *Wet Internationale Misdriften* [Ley de Delitos Internacionales]: Ley del 19 de junio de 2003, Staatsblad No. 270, 2003.

¹⁹⁶ Al-Haq (2010). *The Case Against Riwal: Corporate Complicity in International Crimes*, 16 de octubre de 2010, <http://www.alhaq.org/advocacy/targets/accountability/71-riwal/307-the-case-against-riwal-corporate-complicity-in-international-crimes->

¹⁹⁷ La carta del fiscal general neerlandés explicando su decisión de desestimar el caso está disponible en el sitio web de la ONG Al-Haq, una organización no gubernamental de defensa de los derechos humanos palestinos, en cuyo nombre se realizó la demanda sobre las actividades de Riwal y la empresa matriz ante el fiscal neerlandés. Véase *Carta del fiscal general neerlandés A.R.E. Schram al Sr. B.C.W. van Elijck* (traducción del original en neerlandés, al inglés), 13 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.alhaq.org/images/stories/Brief_Landelijk_Parket_13-05-2013_ENG__a_Sj_crona_Van_Stigt_Advocaten.pdf [en adelante *Carta del fiscal general*].

¹⁹⁸ Bernaz, Nadia (2013). *Investigative or Political Barriers? Dutch Prosecutors Dismisses Criminal Complicity Case Against Riwal*, Rights as Usual 29 de mayo de 2013, <http://rightsasusual.com/2013/05/investigative-or-political-barriers-dutch-prosecutor-dismisses-criminal-complicity-case-against-riwal/>.

¹⁹⁹ *Carta del fiscal general*, *supra*, nota 197, p. 3.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Para más información véase el estudio de caso DLH, más adelante, en el Apéndice.

²⁰³ Para más información véase el estudio de caso Amesys, más adelante, en el Apéndice.

²⁰⁴ Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) (2013). *FIDH and LDH File a Complaint Concerning the Responsibility of the Company AMESYS in Relation to Acts of Torture*, 19 de octubre de 2013, <http://www.fidh.org/en/north-africa-middle-east/libya/FIDH-and-LDH-file-a-complaint>.

²⁰⁵ Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) (2013). *Amesys Case: The Investigation Chamber Green Lights the Investigative Proceedings on the Sale of Surveillance Equipment by Amesys to the Khadafi Regime*, 15 de enero de 2013, http://www.fidh.org/spip.php?page=article_pdf&id_article=12752 [en adelante *FIDH Amesys*].

²⁰⁶ Véase Rice, Matt (2013). *A Giant Leap Backwards: Corporations Divesting Toxic Surveillance Companies*, *Privacy International*, 25 de octubre de 2013, <https://www.privacyinternational.org/blog/a-giant-leap-backwards-corporations-divesting-toxic-surveillance-companies>.

²⁰⁷ Sonne, Paul; Gauthier-Villars, David (2012) Tech Firm Amesys Faces French Judicial Probe, *Wall Street Journal*, 22 de mayo de 2012. Disponible en: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304791704577420392081640000>.

²⁰⁸ FIDH Amesys, *supra*, nota 205.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) (2012). *Opening of a Judicial Inquiry Targeting Amesys for Complicity in Acts of Torture in Libya*, 24 de mayo de 2012, <http://www.fidh.org/en/north-africa-middle-east/libya/Opening-of-a-judicial-inquiry>.

²¹¹ Véase Ormerod, David; Hooper, J. (2012) *Blackstone's Criminal Practice*, p. 162.

²¹² *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, (2007). C,19, párr. 28 (Reino Unido).

²¹³ Ministerio del Interior del Reino Unido (s.f.), *Human trafficking: Tough sentences to help end modern slavery*, 18 de octubre de 2013. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/human-trafficking-tough-sentences-to-help-end-modern-slavery>.

²¹⁴ Véase *Serious Crime Act* (2007). C.27, párrs. 44-46, 52, Reino Unido. Según el artículo 52, párrafo 2, sección 4 de la *Serious Crime Act*, una persona que, a través de acciones cometidas en el Reino Unido, alienta o ayuda a la comisión de actos que constituyan una infracción en el territorio en el que se cometan, será culpable de infringir dicha ley. En ese caso, no se requiere condición alguna para que estos actos sean considerados delito en el Reino Unido.

²¹⁵ *Ibíd.*, párr. 53.

²¹⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (2008). *Working Group on Bribery Annual Report 2008*, p. 43. Disponible en: http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/OCDE_anti_bribery.pdf The U.K. Was criticized for failing to comply with the requirements of the OECD Anti-Bribery Convention.

²¹⁷ *Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, COM (2007) 328 final, 18 de junio de 2007.

²¹⁸ *Bribery Act* (2010). C. 23, Inglaterra. La ley contra el soborno entró en vigor en el Reino Unido el 1 de julio de 2011. Para orientaciones sobre la ley, véase Ministerio de Justicia del Reino Unido (2010). *The Bribery Act 2010 – Guidance*. Disponible en: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

²¹⁹ *Ibíd.*, párr. 1.

²²⁰ Véase Brants-Langeraar, C.H. (2007). Consensual Criminal Procedures: Plea and Confession Bargaining and Abbreviated Procedures to Simplify Criminal Procedure, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, p. 9. Disponible en: <http://www.ejcl.org/111/art111-6.pdf>; Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE); Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) (2009). *Bordeaux Declaration – Judges and Prosecutors in a Democratic Society*, CM(2009)192. Disponible en: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1560897&site=CM#P30_883.

²²¹ *Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, 2001/220/JAI, DOCE L 82.

²²² Esta información debe incluir al menos, información sobre los tipos de ayuda y servicios u organizaciones disponibles para las víctimas; lugares y formalidades necesarios para denunciar un delito así como los procedimientos subsecuentes necesarios; las condiciones para obtener protección; las condiciones para acceder asistencia legal o consejo y ayuda; los requisitos para recibir

una indemnización; lo dispuesto para los no residentes. Los Estados miembros de la UE deben velar por que se reduzcan al mínimo las dificultades de comunicación que puedan tener las víctimas que actúen como testigos o como partes para entender su participación en el procedimiento. *Ibíd.*

²²³ *Directiva 2004/80/EC del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos*, DOUE L 261/15, 2004.

²²⁴ DOUE L 315/57, 2010.

²²⁵ Langbien, John H. (1974) Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, *University of Chicago Law Review*, vol. 41(3), p. 439-463.

²²⁶ Brants-Langeraar, *supra*, nota 226, p. 10.

²²⁷ Braun, Kerstin (2013) Giving Victims a Voice: On the Problems of Introducing Victim Impact Statements in German Criminal Procedure, 14(9) *German Law Journal*, vol. 14, nº 9, p. 1889, 1891. Sobre ejemplos de fiscales que deciden no enjuiciar este tipo de casos, véase estudio de casos, DLH y Amesys, más adelante, en el Apéndice.

²²⁸ Sobre ejemplos de fiscales que deciden no enjuiciar este tipo de casos, véase estudio de casos, DLH y Amesys, más adelante, en el Apéndice.

²²⁹ *France*, European Justice, https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_victims_of_crime_in_criminal_proceedings-171-FR-maximizeMS-fr.do?clang=fr&idSubpage=1&member=1 [26 de noviembre de 2013].

²³⁰ *Code pénal*, art. 40.2); *Code de procédure pénale*, article 40.3), Francia.

²³¹ Consulta realizada en Bruselas el 15 de mayo de 2013.

²³² Véase Consejo de Europa (2008) *Victims: Support and Assistance*, 2ª edición, p. 241.

²³³ *Bribery Act*, *supra*, nota 218, párr. 2.

²³⁴ *Ibíd.*, párr. 6.

²³⁵ *Ibíd.*, párr. 12.2). Los tribunales británicos son competentes sobre personas que tengan un vínculo estrecho con el Reino Unido. *Ibíd.*, párr. 12.2.b). Además, el término persona se define asimismo como un individuo que reside normalmente en el Reino Unido o un organismo constituido de acuerdo con la legislación de cualquier parte del Reino Unido. *Ibíd.*, párrs. 12.4.g); 12.4.h).

²³⁶ *Ibíd.*, párr. 12.1).

²³⁷ *Ibíd.*, párr. 7.

²³⁸ *Ibíd.*, párr. 7.5). Este artículo define una organización comercial pertinente como “a) una entidad constituida en virtud de la ley de cualquier región del Reino Unido, b) cualquier otra entidad comercial independientemente de su lugar de constitución, si todas o una parte de sus actividades comerciales se desarrollan en el Reino Unido, c) una relación comercial establecida en virtud de la ley de cualquier región del Reino Unido cuyas actividades comerciales o parte de ellas, tengan lugar en esta u otra región del Reino Unido, o d) cualquier otra relación comercial independientemente de su lugar de establecimiento, cuyas actividades comerciales, o parte de ellas, tengan lugar en cualquier región del Reino Unido, y, en el marco de este artículo, una actividad de comercio o un servicio profesional se considera una actividad comercial”.

²³⁹ *Ibíd.*, párr. 8.

²⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 9.

²⁴¹ Crown Prosecution Service, *Consents to Prosecute – Principle*, http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/consent_to_prosecute/ [19 de noviembre de 2013].

²⁴² *Strafgesetzbuch* [Código Penal suizo], 21 de diciembre de 1937, RS 311, art. 102, Suiza.

²⁴³ *Ibíd.*, párr. 102.1).

²⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 260.3).

²⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 260.5).

²⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 305.1).

²⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 322.3).

²⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 322.5).

²⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 102.2).

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ El derecho de las naciones generalmente se asimila al derecho internacional consuetudinario. *The Estrella*, 17 U.S. 298, p. 307-308 (1819), se refiere al derecho de las naciones no basado en tratados como “el derecho consuetudinario de las naciones”; *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233, 237 n.2, 2d Cir., 2003.

²⁵² *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 729, 2004.

²⁵³ *Ibíd.*, p. 725.

²⁵⁴ Como se verá más adelante, los jueces difieren en la cuestión de si es el derecho internacional o el derecho nacional quien gobierna la regla de decisión para otros aspectos que afectan a las demandas que invocan la ATS, por ejemplo, si las empresas pueden ser consideradas responsables, si la complicidad es una acción en potencia y en lo que se refiere a la determinación de las normas de complicidad.

²⁵⁵ Por ejemplo, durante todo el siglo XIX, los tribunales del estado aplicaron algunos aspectos del derecho de las naciones a los litigios que resolvían, por lo general aquellos relativos al derecho de guerra. Muchos de estos casos se fundaban en las leyes estatales de responsabilidad civil. Sin embargo, los tribunales apelaban al derecho internacional consuetudinario, normalmente el derecho de guerra, para determinar los derechos y medios de defensa del demandado, demostrando así que consideraban que el derecho internacional consuetudinario formaba parte de su derecho común. Véase, p. ej., *Cochran v. Tucker*, 43 Tenn. 186, 1866. El tribunal apeló al derecho de guerra para establecer los derechos de las partes beligerantes, y estimó que tales derechos no permitían atacar a civiles; *Hedges v. Price*, 2 W. Va., 192 (1867); *Caperton v. Martin*, 4 W. Va. 138 (1870); *Johnson v. Cox*, 3 Ky. Op. 599 (1869); *Ferguson v. Loar*, 68 Ky. 689 (1869); *Bryan v. Walker*, 64 N.C. 141 (1870); y *Koonce v. Davis*, 72 N.C. 218 (1875).

En otro ejemplo de lo anterior, el Tribunal Supremo de Oregón afirmó “Cuando nuestra nación firmó la Carta de las Naciones Unidas, nos comprometimos a respetar los principios siguientes, art. 55.c. y art. 56: “El respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”. *Namba v. McCourt*, 204 P.2d, Or.

²⁵⁶ En *Sosa*, el Tribunal Supremo indicó que en los casos de ATS, una cuestión que se plantea es “si la ley internacional extiende el ámbito de la responsabilidad para la violación de una norma determinada al autor que se enjuicia, si el demandado es un agente privado, es decir, una persona moral o física”. *Sosa*, 542 U.S. p. 732, n. 20.

²⁵⁷ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111, 145 (2010).

²⁵⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co.*, 133 S.Ct 1659, 1663. El Tribunal Supremo admitió a trámite el

recurso de certiorari sobre la cuestión de si una empresa puede ser responsable de violaciones del derecho internacional relativo a los derechos humanos, tras el fallo del Segundo Circuito que había determinado que no era posible.

²⁵⁹ Véase *ibíd.*, p. 1669.

²⁶⁰ Véase, p.ej., *Doe v. Exxon*, 654 F.3d 11, 41 (D.C. Cir. 2011), anulado por otros motivos a la vista del caso *Kiobel*, 2013 WL 3970103 (D.C. Cir. 2013), que rechaza el análisis del Segundo Circuito, afirmando que las empresas no pueden ser responsables en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros; *Sarei v. Rio Tinto*, 671 F.3d 736, 747 (9th Cir. 2011), anulado por otros motivos a la vista del caso *Kiobel*, 133 S. Ct. 1995 (2013), rechazando seguir la opinión del Segundo Circuito y estimando que las empresas pueden ser responsables en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros; *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009) 2d 702, 753 (D. Md. 2010) 2009) (Scheindlin, J.), rechazando el argumento de que no es posible la responsabilidad de una empresa en virtud de la ATS; en el asunto *XE Servs. Alien Tort Litig.*, 665 F.Supp.2d 569, 588 (E.D.Va.2009), indicando que nada permite entender en la ATS o en la sentencia de *Sosa*, si existe una diferencia entre las personas particulares y las empresas. De hecho, *Sosa*, se refiere simplemente a las personas particulares y a las entidades como “agentes privados”. . . No existe ningún principio de responsabilidad civil que permita distinguir en estas circunstancias entre individuos y empresas”. Se omiten las citas internas; en el asunto sobre el Agente Naranja, 373 F.Supp.2d 7, 58 (E.D.N.Y. 2005), “una empresa no es immune a las acciones legales civiles basadas en el derecho internacional.”); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 374 F.Supp.2d 331, 335 (S.D.N.Y. 2005), “el argumento de Talisman relativo a que la responsabilidad empresarial en virtud del derecho internacional no está suficientemente. . . aceptada en el derecho internacional para poder motivar que una demanda ATS es errónea”; *Talisman*, 244 F.Supp.2d 289, 319 (S.D.N.Y. 2003), “una empresa privada es una persona jurídica y no tiene *per se* inmunidad con respecto al derecho de los Estados Unidos ni al derecho internacional. [C]uando los demandandos alegan violaciones *jus cogens*, debe exigirse responsabilidad empresarial.”); véase el litigio sobre el apartheid en Sudáfrica, p. 2 (S.D.N.Y. Dec. 31, 2009), denegando la solicitud de admisión de la apelación interlocutoria, por no existir “motivo serio para sostener una opinión contraria en lo que se refiere a saber si la responsabilidad en virtud de la ATS se puede hacer extensiva a las empresas”.

²⁶¹ “La idea de que las empresa son “personas” con deberes, responsabilidades y derechos tiene una larga historia en el derechos estadounidense”. *Kiobel*, 621 F.3d p. 117, n. 11 (que cita *N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 492 (1909)).

²⁶² Véase *Abdelrazik v. Att’y Gen. of Canada & Cannon*, (2010) T-1580-09 (F.C.) Demanda, Canadá. Disponible en: http://ccij.ca/web/yep-system/program/download.php?FILENAME=74-4-at-File_Upload_6.pdf&ORG_FILENAME=Abdelrazik_Judgment%28Aug30-10%29.pdf.

²⁶³ *R v. Hape*, 2007 SCC 26, 2 S.C.R. 292, Canadá.

²⁶⁴ *Ibíd.*, párrs. 35-36, 39 “En mi opinión, según la tradición del derecho común, parece que la doctrina de la adopción opera en Canadá de manera que las reglas prohibitivas del derecho consuetudinario internacional deberían ser incorporadas al derecho nacional cuando no exista conflicto de ley. Esta incorporación automática se justifica por la costumbre internacional, dado que el derecho de las naciones es también el derecho de Canadá, a menos que, en un ejercicio válido de su soberanía Canadá declare que su derecho es contrario a ello”. No se trata de un asunto relativo a los derechos humanos, sino que se trata de un caso de blanqueo de capitales de tipo delictivo.

²⁶⁵ *Bil’in (Village Council) c. Ahmed Issa Yassin*, 2009 QCCS 4151, 2009 R.J.Q. 2579, párr. 175-176, Canadá.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ El *forum non conveniens* se examina con más detalle, en la Cuestión 2, que figura más arriba.

²⁶⁸ Para estudios comparativos del estatus de la Convención Europea de Derechos Humanos en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, véase Blackburn, Robert; Polakiewicz, Jörg (ed.) (2001). *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and Its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press; Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (ed.) (2008) *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press.

²⁶⁹ Una de las demandas del litigio Ocesa Pipeline se refería a incumplimiento de contrato. Véase *Arroyo v. BP Exploration Co. (Colom.) Ltd.*, (2010) EWHC 1643 (QB), 6 de mayo de 2010, Reino Unido.

²⁷⁰ Para poder formular una demanda por negligencia en el Reino Unido, existen un número de factores clave:

- El demandado ha actuado o ha omitido una acción.
- La acción o la omisión causaron daños y perjuicios al demandante.
- En cualquier caso, el demandado tenía una obligación de diligencia de actuar o de no actuar. A este respecto: a) el daño debe ser razonablemente previsible, b) es necesario que exista un vínculo lo suficientemente estrecho entre el demandante y el demandado, c) debe ser justo, equitativo y razonable imponer una responsabilidad al demandado.
- La parte demandada ha violado su deber de diligencia, por sus actos u omisiones, y su actuación estuvo por debajo de la norma de cuidado objetivamente esperada en estas circunstancias.
- Los daños y perjuicios son suficientemente previsibles y de un tipo que la ley del Reino Unido reconoce.

Véase Dugdale, Anthony M.; Jones, Michael (2010). *Clerk & Lindsell on Torts*, Ed. Sweet & Maxwell, cap. 8. [en adelante *Clerk & Lindsell*].

²⁷¹ Este es un acto u omisión que interfiere o molesta a una persona en el ejercicio del disfrute de su propiedad u ocupación de la tierra o cualquier facilidad, beneficio o derecho utilizado o disfrutado en relación a la tierra (molestia privativa), o un derecho que le pertenece como miembro del público en general (molestia pública). *Ibíd*, cap. 20.

²⁷² Esto incluye agresión física, lesiones y encarcelamiento falso, cometido de forma negligente o intencional. Existe igualmente un ilícito civil de intimidación, cuando interviene amenaza de violencia. Véase Milsom, Stroud (1958). Trespass from Henry III to Edward III, *Law Quarterly Review*, vol 74, nº 195, p. 207-10, 407, 561.

²⁷³ Esto puede deberse a un abuso de confianza o a un uso indebido de la información de carácter personal. Existe igualmente un recurso en virtud del artículo 8 de la CEDH (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”). *Convención Europea de Derechos Humanos, supra*, nota 94, art. 8.

²⁷⁴ Esto resulta de la situación concreta en la que una persona, para sus propios fines, lleva a su terreno y conserva cualquier cosa “no natural” y susceptible de causar perjuicio si escapa. Esta persona es así, responsable *prima facie* de todos los daños previsibles que pudiera ocasionar una huida, sin importar quien fuera el causante. *Cambridge Water Co. v Eastern Countries Leather Plc* (1994) 2 AC 264, Reino Unido. Véase también *Mehta v Union of India*, A.I.R. 1987 SC 965, India.

²⁷⁵ Se trata principalmente de cuestiones de empleo o de responsabilidad en material de productos, incluida la *Employers Liability Defective Equipment Act de 1969*, *Occupiers Liability Act de 1984*, *Environmental Protection Act 1990* y algunos textos legales referidos a la protección del consumidor.

²⁷⁶ En algunas ocasiones también el TEDH se ha referido a esto en sus argumentaciones, pero sin que haya sido utilizado como elemento decisivo. Véase *Lubbe v. Cape plc*, (2000). 4 All ER 268 (HL) 277, Cámara de los Lores, Reino Unido. Nótese también que en el caso *Yukos Capital SARL v. OJSC Rosneft Oil Co.*, el Tribunal de Apelación del Reino Unido consideró que podían investigar la alegación de falta de independencia de los tribunales rusos. *Yukos Capital SARL v. OJSC Rosneft Oil Co.* (No 2) (2012) EWCA Civ 855, [2013] 1 All ER (Comm) 327. Sobre la posibilidad de apelar al artículo 6 (juicio justo) de la CEDH, véase nota 94, más arriba.

²⁷⁷ *Guerrero v. Monterrico Metals plc* (2009) EWHC 2475 (QB). Para más información sobre este caso, véase también el estudio de caso más adelante, en el Apéndice.

²⁷⁸ Esto es especialmente cierto para los Principios Rectores 12 y 14. Véase Robert McCorquodale, (2013). Waving Not Drowning: Kiobel Outside the United States, *American Journal of International Law*, vol. 107, diciembre 2013.

²⁷⁹ Compárese, p.ej., con *Khulumani v. Barclay Nat. Bank*, 504 F.3d 254, 268, 277 (2007) (Katzmann, C.J., opinion individual), examinando el derecho internacional y concluyendo que la responsabilidad por complicidad existe y que exige la asistencia práctica con el objetivo de violar la norma, con *ibíd.*, p. 336-37 (Korman, J., por una parte opinión individual y por otra opinión parcialmente contraria), examinando el derecho internacional para determinar la norma y concluyendo que la cuestión de saber si la responsabilidad por complicidad existe debe determinarse caso por caso, y si existe, exige una asistencia sustancial y el conocimiento del objetivo común.

²⁸⁰ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 259, 2d Cir. 2009.

²⁸¹ *Doe v. Exxon*, 654 F.3d 11, 32, anulado por otros motivos a la vista del caso *Kiobel*.

²⁸² *Ibíd.*, p. 33-35, 39.

²⁸³ *Khulumani*, 504 F.3d at 284, 288-89, J. Hall, en el mismo sentido.

²⁸⁴ *Halberstam v. Welch*, 705 F.2d 472 (D.C. 1983).

²⁸⁵ *Restatement (Second) of Torts*, párr. 876(b) (1979).

²⁸⁶ IT-04-81-A, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 28 de febrero de 2013.

²⁸⁷ SCSL-03-01-A, 10766-11114, Tribunal Especial para Sierra Leona, 26 de septiembre de 2013.

²⁸⁸ Es posible que algunos tribunales estimen que el conocimiento, junto con una asistencia sustantiva, demuestran intención deliberada, incluso si adoptan el propósito.

²⁸⁹ Los tribunales de los Estados Unidos estiman el plazo de prescripción de diez años establecido para las demandas presentadas en virtud de la Ley de protección de las víctimas de la tortura puede aplicarse también a las demandas presentadas en virtud del ATS. Véase, p.ej., *Chavez v. Carranza*, 559 F.3d 486, 492 (6th Cir. 2009); *Jean v. Dorelien*, 431 F.3d 776, 778 (11th Cir. 2005); *Van Tu v. Koster*, 364 F.3d 1196, 1199 (10th Cir. 2004); *Papa v. United States*, 281 F.3d 1004, 1012-13 (9th Cir. 2002).

²⁹⁰ Véase, p.ej., *Chavez* 559 F.3d p. 492. “Del mismo modo, las justificaciones para la aplicación del principio de suspensión por motivos de equidad según la Ley de protección de víctimas de la tortura, también es aplicable a las demandas que invocan la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros. El Congreso emitió directivas concretas sobre la aplicación del principio de suspensión por motivos de equidad en casos relacionados con la Ley de protección de las víctimas de la tortura. La TVPA hace que sea necesario tener en cuenta todos los principios relacionados con la doctrina del principio de suspensión por motivos de equidad en el cálculo del periodo ideal del para la prescripción, para poder hacer justicia a los derechos de los demandantes.”; *Jean*, 431 F.3d p. 778. “Sin embargo, esta ley de prescripción está sujeta a la doctrina de la suspensión por motivos de equidad”.

- ²⁹¹ Véase, p.ej., *Cal. Civ. Proc. Code*, párr. 355.1 (West 2013); N.Y.C.P.L.R. 215 (McKinney 2006).
- ²⁹² Véase, p.ej., *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 26 de noviembre de 1968*, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 754. 73; *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, UN Doc. A/Conf. 183/9.
- ²⁹³ *Barton Legum*, Resolution 107A, A.B.A. Sec. International. L. Rep. (adoptado por la cámara de delegados en agosto de 2013).
- ²⁹⁴ *Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)*, DOUE L 199/40, 2007, art. 4. [en adelante *Reglamento Roma II*].
- ²⁹⁵ Naciones Unidas, Asamblea General (2001). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones*, art. 6, UN Doc. A/56/10, 21 de agosto de 2001, [en adelante *Artículos de la CDI*]. Véase también McCorquodale, Robert; Simons, Penelope: (2007). *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, *Modern Law Review*, vol. 70, 598.
- ²⁹⁶ *Artículos de la CDI*, nota 296, art. 5.
- ²⁹⁷ Crawford, James (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, vol. 74, p. 91-121.
- ²⁹⁸ Véase *Artículos de la CDI*, nota 295, art. 11. Las empresas pueden desear que sus acciones puedan ser atribuidas al Estado con el fin de evitar demandas legales nacionales, y, sin embargo, al mismo tiempo afirman que son entidades privadas.
- ²⁹⁹ Asamblea General de las de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones*, UN Doc. A/56/10, 21 de agosto de 2001, p. 81 “Un Estado receptor no es responsable, como tal, por los actos cometidos por personas particulares cuando ocupen una embajada, pero será responsable si no toma las medidas necesarias para evitar que la embajada sea ocupada o para recuperar el control de la misma”. Véase también el caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán), Recueil CIJ 1980, 3, párr. 2, 8.a), p. 63, 68-71.
- ³⁰⁰ En *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estimó que la Foreign Sovereign Immunities Act no se aplica a funcionarios individuales, pero sostuvo igualmente que estos funcionarios pueden estar protegidos por la inmunidad soberana extranjera en virtud del derecho común federal.
- ³⁰¹ 580 F.3d 1, 9, (D.C. Cir. 2009). Un panel del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito dictó una sentencia igual en el caso *Al Shimari* antes de que esta decisión fuera anulada por todo el Cuarto Circuito, en sesión plenaria, basándose en que carecía de competencia para oír el recurso. *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 658 F.3d 413 (4th Cir. 2011), anulado por *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 679 F.3d 205 (4th Cir. 2012).
- ³⁰² El tribunal desestimó igualmente las demandas de los demandantes en virtud del ATS alegando que no existía consenso con respecto a si los hechos alegados de abuso y tortura de los que fueron objeto los prisioneros iraquíes detenidos por contratistas privados que trabajaban para el ejercido de los Estados Unidos en Iraq, violaban las normas establecidas por el derecho internacional. *Saleh*, 580 F.3d en15. En vez de dirimir si las normas subyacentes violaban lo establecido por el derecho consuetudinario internacional, el tribunal se centró en si los contratistas podían ser considerados responsables en virtud del derecho consuetudinario internacional.
- ³⁰³ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 733 n.21 (2004). “Otra posible limitación que no es necesario aplicar aquí es la política de la deferencia por un caso concreto de la rama política”. En *Sosa*, el

tribunal indicó un caso en virtud del ATS que implicaba complicidad empresarial en la antigua política de apartheid de Sudáfrica, como ejemplo de un caso en el que la doctrina puede impedir que los tribunales examinen un caso que, por lo demás, sería propio.

³⁰⁴ Véase *Corrie v. Caterpillar*, 503 F.3d 974, 979–80, 983–84 (9th Cir. 2007); *Saldana v. Occidental Petroleum Corp.*, No. CV 11-8957 PA, p. 2-4 (C.D. Cal. Feb. 13, 2012); *Mujica v. Occidental Petroleum Corp.*, 381 F. Supp. 2d 1164, 1195 (C.D. Cal. 2005); *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 483–85 (D.N.J. 1999); *Burger-Fischer v. Degussa AG*, 65 F. Supp. 2d 248, 285 (D.N.J. 1999).

³⁰⁵ Véase, p.ej., *Whiteman v. Dorotheum GmbH & Co. KG*, 431 F.3d 57, 74 (2d Cir. 2005), que desestimó un caso de la época nazi contra una empresa austriaca en el que se pretendía recuperar una propiedad sobre la base de la cuestión política y de la doctrina de deferencia a casos concretos.

³⁰⁶ Véase, p.ej., *Corrie*, 503 F.3d 974.

³⁰⁷ Véase, p.ej., *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F.3d 11, 89 (D.C. Cir. 2011), 30 de Agosto de 2005, que examinaba la declaración de interés en la que se expresaba preocupación por la potencial repercusión sobre las relaciones exteriores de un caso en el que se alegaba que la empresa petrolera canadiense demanda había sido cómplice de violaciones de los derechos humanos cometidas por el Gobierno de Sudán; *Mujica v. Occidental Petroleum Corp.*, 381 F. Supp. 2d 1134, 1140 (C.D. Cal. 2005), en la que se refería a una declaración de interés que se oponía al litigio e incluía una objeción a la demanda emitida por el Gobierno colombiano en un caso en el que se alegaba que una empresa petrolera estadounidense había cometido abusos en cooperación con las fuerzas armadas colombianas.

³⁰⁸ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, No. 1:08-cv-827 (GBL/JFA), 2013 WL 3229720, p. 1, *12, *13 (E.D.Va. 25 de junio de 2013).

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 15.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 12-13.

³¹¹ Consejo de Europa (1976). *Convenio Europeo sobre la inmunidad del Estado*, nº 74, 11 de junio de 1976, abierto a la firma el 16 de mayo de 1972.

³¹² Los ocho Estados que han ratificado este instrumento son: Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y el Reino Unido. Oficina de Tratados del Consejo de Europa, *European Convention on State Immunity Chart of Signatures and Ratifications*, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=&DF=&CL=ENG> [23 de noviembre de 2013].

³¹³ Consejo de Europa (1976). *Convenio Europeo sobre la inmunidad del Estado*, nº 74, 11 de junio de 1976, art. 6.

³¹⁴ Consejo de Europa (1976). *Convenio Europeo sobre la inmunidad del Estado*, nº 74, 11 de junio de 1976, art. 7.

³¹⁵ *Doe v. Unocal*, Nos. BC 237 980, BC 237 679 (Cal. App. Dep't Super. Ct., 7 de junio de 2002. Sentencia sumaria parcialmente en favor de los demandantes, otorgando adjudicación sumaria parcial a favor de los acusados y parcialmente en su contra. Disponible en: <http://www.earthrights.org/files/Legal%20Docs/Unocal/TortLiabilityMSARuling.pdf>.

³¹⁶ *Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.*, 313 U.S. 487 (1941).

³¹⁷ Véase, p.ej., *DP Aviation v. Smiths Industries Aerospace and Defense Systems Ltd.*, 268 F.3d 829, 845 (9th Cir. 2001).

³¹⁸ Cuando existe un conflicto de leyes en los asuntos de perjuicio corporal, es necesario considerar los siguientes principios:

- a. Las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales.
- b. Las políticas pertinentes del foro.
- c. Las políticas pertinentes de otros Estados interesados y los intereses de estos Estados en relación a la determinación de una cuestión en concreto.
- d. La protección de las expectativas legítimas.
- e. Las políticas de base subyacentes en un ámbito concreto del derecho.
- f. La certeza, la previsibilidad y la uniformidad del resultado, y
- d. La facilidad de la determinación y de la aplicación de la ley que deba ser aplicada.

Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971), párr. 6.

³¹⁹ Muchos tribunales, si no la mayoría, aplican la prueba de la relación más significativa para establecer la ley a aplicar. Al Determinar qué estado tiene el vínculo más significativo en relación al hecho y a las partes, los contactos que deben ser tenidos en cuenta al aplicar estos principios son: a) el lugar donde ocurrió la lesión, b) el lugar en el que ocurrió la conducta que causó la lesión, c) el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución y lugar donde desarrollan sus actividades comerciales las partes, y d) el lugar en el que ocurre la relación entre las partes, si existe. *Restatement (Second) Conflict of Laws* (1971), párr. 145.

³²⁰ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, F.Supp.2d, 2013 WL 3229720, p. 1, 12-13, 15 (E.D.Va. 2013).

³²¹ Véase, p.ej., *Alvarez-Machain v. United States*, 331 F.3d 604, 635 (9th Cir. 2003), anulado por otros motivos, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

³²² Reglamento Roma II, *supra*, nota 294.

³²³ DOUE L 199/40, 2007.

³²⁴ Reglamento Roma II, *supra*, nota 294, art. 4.1).

³²⁵ Existen, por ejemplo, excepciones en las que el perjuicio está manifiestamente vinculado de forma más estrecha a otro Estado y el demandante y la empresa comparten una residencia común habitual". Véase *ibíd.*, art. 4.3), 4.2).

³²⁶ *Ibíd.*, art. 16.

³²⁷ Saage-Maaß, Miriam (2011). *Labour Conditions in the Global Supply Chain: What is the Extent and Implications of German Corporate Responsibility?*, ed. Friedrich Ebert Stiftung, p. 7, que cita Bundesarbeitsgerichts [BAG] [Tribunal Federal del Trabajo] 12 de diciembre de 2001, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts [BAGE] párr. 100,130-14 I MuSchG y párr. 3 EFZG.

³²⁸ Para otros ejemplos, véase Grabosch, *supra*, nota 92, pp. 84-86.

³²⁹ Reglamento Roma II, *supra*, nota 294, art. 17.

³³⁰ Principios Rectores *supra*, nota 1, principio 2.

³³¹ Reglamento Roma II, *supra*, nota 294, art. 26.

³³² *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co.*, [2002] 2 A.C. 883, párr. 18, Inglaterra.

³³³ Consulta realizada en Washington, D.C., el 24 de junio de 2013.

³³⁴ *Ibíd.*

³³⁵ Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2012). *Attorney General Guidelines for Victim & Witness Assistance*, mayo de 2012, p. 12. Disponible en: http://www.justice.gov/olp/pdf/ag_guidelines2012.pdf.

³³⁶ Consulta realizada en Washington, D.C., el 24 de junio de 2013.

³³⁷ Véase “Demandas civiles vinculadas a demandas penales” cuadro de texto anterior, Cuestión 3.

³³⁸ *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* [Rv] art. 150, Países Bajos.

³³⁹ *Ibíd.*, art. 843a.

³⁴⁰ Véase Milieudéfensie. *Oruma Subpoena*, <https://www.milieudéfensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/viewm> [14 de noviembre de 2013].

³⁴¹ *Ibíd.*

³⁴² *Vereniging Milieudéfensie/Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank ‘s-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 14 de septiembre de 2011, docket no. 337050/HA ZA 09-1580. Países Bajos, párrs. 4.8, 4.11. Disponible en: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529>.

³⁴³ *Ibíd.*, párr. 4.8.

³⁴⁴ *Lubbe v. Cape plc* (2000) UKHL 41, párr. 20.

³⁴⁵ *Civil Procedure Rules* de 1998, 31(12), Reino Unido.

³⁴⁶ *Ibíd.*, norma 18. Nótese sin embargo que la divulgación solo necesita ser “proporcional”, concretamente al valor, a la complejidad y a la importancia del caso.

³⁴⁷ *Vava & Others v. Anglo American South Africa Ltd.*, (2012) EWHC 1969 (QB), párr. 69.

³⁴⁸ TEDH (Gran Sala). *Stoll v. Switzerland, Application* no. 69698/01, Sentencia del 10 de diciembre de 2007. Este caso implicaba a un periodista suizo que publicó dos artículos utilizando un documento confidencial estratégico escrito por el embajador suizo en los Estados Unidos sobre la estrategia del Gobierno suizo en relación a las negociaciones entre el sector bancario suizo y el Congreso Judío Mundial con motivo de la indemnización a las víctimas del Holocausto por los bienes no reclamados durante la guerra. Stoll criticaba la postura del embajador y el Consejo de Prensa Suizo, el organismo responsable de los asuntos relacionados con los medios de comunicación) estimaron que estos artículos vulneraban las normas del Consejo de Prensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que no había vulneración del artículo 10, referido a la libertad de expresión.

³⁴⁹ El Código de Procedimiento Civil suizo entró en vigor en 2011. Algunas de sus disposiciones incluían la negativa a cooperar (artículo 62), el derecho a negarse a cooperar (artículo 163) y la negativa injustificada (artículo 164). Véase *Código de Procedimiento Civil suizo*, arts. 162, 163, 164, Suiza.

³⁵⁰ *Código de Procedimiento Civil suizo*, art. 163.2), Suiza.

³⁵¹ De hecho, esta puede ser uno de los motivos por los que las víctimas, en Europa, prefieren proceder a través del sistema penal en vez de acudir al sistema civil. Además de otros obstáculos que presenta el sistema civil, implica costos más elevados y tiene requisitos probatorios que hacen que resulte difícil plantear una demanda civil.

³⁵² Aunque la tasa de inicio de un proceso varía en cada estado, la tasa para iniciar una acción civil en un tribunal de distrito de los Estados Unidos es de 400 dólares norteamericanos. Véase D. S.C., *Fee Schedule*, <http://www.scd.uscourts.gov/Resources/fee.asp> [13 de noviembre de 2013]; D. Conn., *Fee & Payment Information*, <http://www.ctd.uscourts.gov/fee-payment-information> [13 de noviembre de 2013].

³⁵³ *Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia*

en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, DOCE L 26/41 2003 [en adelante Directiva del Consejo 2002/8/CE]. Esta directiva se basa en los artículos 61(c) y 67 CE. Estas disposiciones se refieren a la cooperación judicial en asuntos civiles. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, artículo 81.2.e) del TFUE, permite la adopción de medidas legislativas, “en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, (...) para garantizar una tutela judicial efectiva”. Versión refundida del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 83/47, 30 de marzo del 2010, art. 81.2.e).

³⁵⁴ Directiva del Consejo 2002/8/CE, *supra*, nota 353, preámbulo, párr. 6.

³⁵⁵ *Ibíd.*, art. 7, esto cubre la interpretación, la traducción de los documentos exigidos por la jurisdicción o autoridad competente y remitido al beneficiario, que son necesarios para el pago de un litigio, los gastos de desplazamiento en que debe incurrir el demandante cuando la ley o el juez de ese Estado miembro exige la presencia física en la vista de las personas implicadas por la demanda y cuando el juez decide que las personas implicadas no pueden ser oídas de modo satisfactorio, de ninguna otra forma.

³⁵⁶ *Ibíd.*, arts. 3.2) y 6.

³⁵⁷ *Ibíd.*, preámbulo. párr. 6.

³⁵⁸ *Ibíd.*, art. 4. El artículo 4 de la directiva establece explícitamente que “Los Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita sin discriminación a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros”. Según la directiva, estas categorías de litigantes pueden optar a la justicia gratuita en disputas transfronterizas si cumplen con los requisitos establecidos por la directiva.

³⁵⁹ A este respecto, sus disposiciones pueden servir como fuente de inspiración para interpretar el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a una reparación eficaz como principio general del derecho de la Unión que se deriva de los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado regularmente que el derecho a la tutela judicial efectiva es extensivo a todos los derechos otorgados por el derecho de la Unión Europea. Véase Caso C-364/07, *Vassilakis and Others v. Dimos Kerkyras*, 2008 E.C.R. I-90; Caso C-362/06, *Sahlstedt and Others v. Commission*, 2009 E.C.R. I-2903; Caso C-378/07, *Angelidaki and Others v. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, 2009 E.C.R. I-3071.

³⁶⁰ Ley No. 91-647 10 de julio de 1991, art. 3, Journal officiel de la République de Française [J.O.] [Diario oficial de Francia], July 13, 1991, p. 9170 (“... à titre exceptionnel, ... lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d’intérêt au regard de l’objet du litige ou des charges prévisibles du procès.”); C. pén art. 3.

³⁶¹ Ley No. 2010-769 de 8 de julio de 2010, art. 15, Journal officiel de la République de Française [J.O.] [Diario oficial de Francia], July 10, 2010, p. 12763 (“L’aide juridictionnelle est accordée sans condition de résidence aux étrangers lorsqu’ils sont mineurs, témoins assistés, inculpés, prévenus, accusés, condamnés ou parties civiles”).

³⁶² Esto fue introducido por el art. 4a de la *Attorney Remuneration Act*. Grabosch, *supra*, nota 92, p. 84-86.

³⁶³ *Wet op de rechtsbijstand* art. 12.1), párr. 1993.

³⁶⁴ Los objetivos de un pleito anti SLAPP son normalmente intimidar y silenciar a los elementos críticos. Normalmente son pleitos por difamación, pero pueden incluir también otras demandas, como fraude y persecución malintencionada. Muchos estados, veintisiete, han promulgado leyes anti SLAPP. Estas leyes dotan a los demandados de medios de defensa sustantivos y de procedimientos

para evitar que demandas no motivadas ocasionen altos costos.

³⁶⁵ El caso estaba siendo juzgado en el momento de la publicación de este informe, *Chevron v. Donziger*, No. 11 Civ. 0691 (LAK), 2013 WL 5575833, p. 1 (S.D.N.Y. 10 de octubre de 2013).

³⁶⁶ *Chevron v. Bonifaz*, No. 09-05371 CW, 2010 WL 1948681, p. 1 (N.D.Cal. 12 de mayo de 2010).

³⁶⁷ *Ibíd.*

³⁶⁸ *Baloco ex rel. Tapia v. Drummond Co.*, 640 F.3d 1338 (11th Cir. 2011).

³⁶⁹ *Doe v. Drummond Co., Inc.*, No. 7:09–CV–01041–RDP, 2009 WL 9056091, p. 1 (N.D.Ala. 9 de noviembre de 2009).

³⁷⁰ *Giraldo v. Drummond Co., Inc.*, No. 2:09–CV–1041–RDP, 2013 WL 3873960, p. 1 (N.D.Ala. 25 de julio de 2013). Este caso fue desestimado tras el fallo de *Kiobel*.

³⁷¹ Véase *Drummond Co., Inc. v. Collingsworth*, No. 2:11-cv-3695-RDP (N.D. Ala.).

³⁷² Véase Scarcella, Mike (2013). *Human Rights Lawyer Fights Drummond Over Subpoena*, The BLT: The Blog of Legal Times, [19 de Agosto de 2013], <http://legaltimes.typepad.com/blt/2013/08/human-rights-lawyer-fights-drummond-over-subpoenas.html>.

³⁷³ *Godin v. Schencks*, 629 F.3d 79 (1st Cir. 2010) (anulando la decisión del tribunal de distrito); *Henry v. Lake Charles Am. Press, LLC*, 566 F.3d 164 (5th Cir.2009) (anulando la decisión del tribunal de distrito); *U.S. ex rel. Newsham v. Lockheed Missiles & Space Co., Inc.*, 190 F.3d 963 (9th Cir. 1999) (anulando la decisión del tribunal de distrito y sosteniendo que su primera impresión es que la ley anti SLAPP de California podía aplicarse a los litigios ante tribunales federales por motivo de diversidad de jurisdicción.

³⁷⁴ *3M Co. v. Boulter*, 842 F. Supp. 2d 85 (D.D.C. 2012).

³⁷⁵ *Intercon Solutions, Inc. v. Basel Action Network*, No. 12 C 6814, 2013 WL 4552782, p. 1 (N.D.Ill. 28 de agosto de 2013).

³⁷⁶ *S. Middlesex Opportunity Council, Inc. v. Town of Framingham*, Civil Action No. 07-12018-DPW, 2008 WL 4595369, p. 1 (D. Mass. Sept. 30, 2008).

³⁷⁷ *Oguru et al./ Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank ‘s-Gravenhage [RG] [Tribunal de distrito de La Haya], 30 de enero de 2013, docket no. C/09/330891, Países Bajos. Disponible en: <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-oguru-vs-shell-oil-spill-goi>. Véase estudio de caso más adelante.

³⁷⁸ Consulta en realizada en Bruselas, el 15 de mayo de 2013.

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ Enneking, Liesbeth F. H. (2012). *Foreign Direct Liability and Beyond*, p. 257, citando un informe del WODC escrito por Faure and Moerland en 2006 sobre la cuestión de las costas judiciales en los Países Bajos.

³⁸¹ Rv 79(2).

³⁸² Enneking, *supra*, nota 380, at 257-258. El litigio de Dutch Shell es un caso emblemático. La sentencia fue dictada en enero de 2013, solo cuatro años después del inicio del proceso. Comparado con el desarrollo de los procesos en otras jurisdicciones, esto puede ser considerado rápido.

³⁸³ *Gedrageregels* R. 25. Disponible en: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Netherlands_EN_Code_1_1236161752.pdf [23 de noviembre de 2013].

³⁸⁴ *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*, 2012, c. 10, Inglaterra [en adelante LASPO].

Véase también Ministerio de Justicia del Reino Unido (2013). *Transforming Legal Aid: Delivering a more credible and efficient system*, <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/transforming-legal-aid> [23 de noviembre de 2013], sobre las últimas decisiones relativas a esta política, de septiembre de 2013; Duffy, Jim (2013). “Good lawyers save money”: *Supreme Court President Weighs in on Legal Aid*, U.K. Hum. Rights Blog, 19 de junio de 2013, <http://ukhumanrightsblog.com/2013/06/19/good-lawyers-save-money-supreme-court-president-weighs-in-on-legal-aid/>, para la respuesta del presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido a esta política del Gobierno.

³⁸⁵ *Courts and Legal Services Act*, 1990, c. 41, arts. 58, 58A, Inglaterra.

³⁸⁶ *Civil Rules and Practice Directions, Practice Direction 44*, art. 9.1, Reino Unido.

³⁸⁷ Goldhaber, *supra*, nota 148, at 131.

³⁸⁸ Véase *LDIP*, art. 11c, Suiza, revisado por *Zivilprozessordnung [ZPO]*, 19 de diciembre de 2008, SR 272, RS 210, annex 1, ch. II(18), Suiza, del 19 de diciembre de 2008. “La asistencia jurídica se otorga a las personas domiciliadas en el extranjero en las mismas condiciones que a las personas domiciliadas en Suiza”.

³⁸⁹ Child Rights Network Switzerland (2013) *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz. Eine Bestandaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft*, p. 43-44. Disponible en: http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/index.php?id=71&L=0&tx_ttnews%5Byear%5D=2013&tx_ttnews%5Bmonth%5D=09&tx_ttnews%5Btt_news%5D=305&cHash=6f91cb68b6ef197474f160b3e57be858.

³⁹⁰ Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE), *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Naciones Unidas, Series de Tratados, vol. 2161, p. 447, 30 de octubre de 2001, el Convenio se aprobó en nombre de la Comunidad Europea el 17 de febrero de 2005. *Decisión del Consejo (2005/370) DOCE. L 124/1, 2005*.

³⁹¹ *Ibíd.*, arts. 4, 5 (el énfasis en nuestro). De conformidad con el artículo 10a de la Directiva 85/337/CEE y con el artículo 15a de la Directiva 96/61/CE, que se refieren respectivamente a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente así como la prevención y control integrados sobre contaminación, ambos adoptados para integrar el contenido del Convenio de Aarhus en el derecho de la Unión. Véase Directiva del Consejo 85/337/CEE, DO L 175/40 1985 y Directiva del Consejo 96/61/CE DO L 257/26 1996, modificada por la Directiva 2003/35/CE DO L 156/17 2003; Véase también Directiva 2011/92/EU DO L 26/1 2012 art. 11(4), que codifica la Directiva 85/337 y el art. 16(4) de la Directiva 2008/1/CE, DO L 24/8 2008 art. 16.4), que contienen ambas disposiciones idénticas a la citada anteriormente.

³⁹² *Case C-260/11, Edwards & Pallikaropoulos v. Environment Agency*, párr. 33 (2013).

³⁹³ *Ibíd.*, párr. 35.

³⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 40. Entre los factores que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta en este aspecto, está, “la situación de las partes afectadas, si el demandante tiene buenas probabilidades de éxito, la importancia que tiene lo que está en juego para el demandante y para el interés público, como la protección del medio ambiente, a lo que la demanda privada puede contribuir, la complejidad de la ley y el procedimiento en cuestión y la naturaleza potencialmente fútil de la demanda en sus diferentes etapas”. *Ibíd.*, párr. 42. También se tiene en cuenta la existencia de un sistema nacional de justicia gratuita o un régimen de protección de costos. *Ibíd.*, párr. 46.

³⁹⁵ Consulta realizada en Bruselas, el 15 de mayo de 2013.

³⁹⁶ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, F.Supp.2d, 2013 WL 3229720 (E.D.Va.,2013).

- ³⁹⁷ *Bill of Costs, Al Shimari v. CACI International, Inc.* No. 1:08-CV-827 (GBL/JFA) (E.D. Va. 20 de agosto de 2013).
- ³⁹⁸ Véase, en relación con un debate reciente sobre los litigios de interés público y los costos, Tollefson, Chris (2012). *Costs in Public Interest Litigation Revisited*, *Advoc. Quarterly*, vol. 39, p. 197.
- ³⁹⁹ Véase *Quebec, An Act Respecting the Class Action*, R.S.Q. c.R-2.
- ⁴⁰⁰ Véase, p.ej., Rv. 237 art., Países Bajos, ZPO art. 91 (F.R.G.), C.P.C. art. 700, Francia.
- ⁴⁰¹ Cour d'appel [CA] [tribunal de apelación] Versailles, 3e ch., 22 de marzo de 2013, Francia. Disponible en: <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2013/04/French-Ct-decision.pdf>.
- ⁴⁰² Human Rights Watch (2011). *Gold's Costly Dividend: Human Rights Impacts of Papua New Guinea's Porgera Gold Mine*. Disponible en: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/png0211webwcover.pdf>.
- ⁴⁰³ *Ibíd.*, p. 9.
- ⁴⁰⁴ *Ibíd.*, p. 63, 84-91.
- ⁴⁰⁵ Mining Watch Canada (2013). *Global Condemnation of Barrick's Effort to Secure Legal Immunity from Rape Victims*, 4 de junio de 2013, <http://www.miningwatch.ca/article/global-condemnation-barrick-s-effort-secure-legal-immunity-rape-victims> [en adelante *Global Condemnation*].
- ⁴⁰⁶ Barrick (2012). *Update on Addressing Violence Against Women in the Porgera Valley (Papua New Guinea)*, 23 de octubre de 2012, <http://www.barrick.com/files/porgera/Update-on-Addressing-Violence-Against-Women-in-the-Porgera-Valley.pdf>.
- ⁴⁰⁷ *Ibíd.*, nota 409.
- ⁴⁰⁸ Barrick (2013). *A Summary of Recent Changes to the Porgera Remediation Framework*, 7 de junio de 2013, <http://www.barrick.com/files/porgera/Summary-of-Recent-Changes-to-the-Porgera-Remediation-Framework.pdf>.
- ⁴⁰⁹ *Ibíd.*, p. 4.
- ⁴¹⁰ *Ibíd.*, nota 409.
- ⁴¹¹ *Principios Rectores*, *supra*, nota 1, principios 29, 30 y 31.
- ⁴¹² *Ibíd.*, principio 29.
- ⁴¹³ *Ibíd.*
- ⁴¹⁴ *Ibíd.*, principio 31, Comentario.
- ⁴¹⁵ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2013). *Re: Allegations regarding the Porgera Joint Venture remedy framework*, julio de 2013, http://www.barrick.com/files/doc_downloads/Opinion-of-the-UN-Office-of-the-High-Commissioner-for-Human-Rights.pdf.
- ⁴¹⁶ *Ibíd.*
- ⁴¹⁷ LASPO, *supra*, nota 384.
- ⁴¹⁸ *Ibíd.*, párr. 44.
- ⁴¹⁹ Reglamento Roma II, *supra*, nota 294, arts. 4 y 15.
- ⁴²⁰ Bowcott, Owen (2011). *Legal aid cuts will stop cases like Trafigura, UN Official warns*, *Guardian*, 15 de junio de 2011, <http://www.theguardian.com/law/2011/jun/16/united-nations-legal-aid-cuts-trafigura> (que cita una carta enviada por John Ruggie, Representante Especial del Secretario General

de las Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos al ministro de Justicia del Reino Unido Jonathon Djanogly, el 16 de mayo de 2011.

⁴²¹ Esta exigencia proviene de la sección “casos y controversias” del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos. El requisito de “perjuicio de hecho” resulta de la separación de poderes y del concepto de la limitación de los poderes del tribunal. Un demandante debe también demostrar un elemento de “causalidad”, o que la conducta del demandado fue la causa o la causa inmediata del daño, así como que el daño sufrido por la víctima podría ser reparado en caso de ganar el pleito. Constitución de los Estados Unidos, art. III, párr. 2.

⁴²² *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm’n*, 432 U.S. 333, 343 (1977).

⁴²³ Véase *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 410 (1991) “En el curso normal de las cosas, un demandante debe demostrar su interés o derecho para actuar y no puede apelar a una demanda de reparación basada en intereses o derecho legítimo de acción de terceros”.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 411.

⁴²⁵ Tal vez los obstáculos más importantes de vencer en lo que se refiere a la legitimación para actuar en justicia, residen en aquellas situaciones en las que un miembro de la familia inicia una demanda en nombre de una víctima fallecida. Los demandantes rechazan la legitimidad de este miembro de la familia. Cada Estado tiene leyes diferentes en cuanto a la autorización para iniciar una acción judicial por responsabilidad civil en nombre de una víctima. Los tribunales federales aplican por lo general la ley del estado en el que tiene su sede. A menudo, el demandante tiene que aceptar la herencia y ser nombrado representante de los herederos, etapa esta que toma tiempo y dinero, pero que es tal vez un mal necesario para garantizar que la persona fallecida esté representada por la parte adecuada. Además, algunos estados permiten a determinados miembros de la familia iniciar acciones en su nombre por la pérdida de la persona. Se trata este de un ámbito complejo del derecho y tal vez esta complejidad constituye en sí misma un obstáculo.

⁴²⁶ Véase, p.ej., *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.*, 969 F.Supp. 362, 368 y 31. 1997); *In re African-American Slave Descendants Litigation*, 304 F.Supp.2d 1027, 1047 (N.D.Ill. 2004); *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F.Supp.2d 1, 25 (D.D.C. 2010); *Yaodi Hu v. Communist Party of China*, 2013 WL 634719, p. 1 (W.D.Mich. 20 de febrero de 2013).

⁴²⁷ Cass. 1e civ. [Tribunal de casación, primera sala civil], 18 de septiembre de 2008, No. 06-22.038, Bull. I, No. 201, Francia (“même hors habilitation législative, et en l’absence de prévision statutaire expresse quant à l’emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d’intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social”). Esta decisión se basa en el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil. “L’action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d’agir aux seules personnes qu’elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé”). Véase también Cass. 2e civ. [Tribunal de casación, segunda sala civil], 27 de mayo de 2004, No. 02-15.700, Bull. II, No. 239.

⁴²⁸ BW 3.305a, Países Bajos.

⁴²⁹ BW 3.305a.2), Países Bajos.

⁴³⁰ Esta percepción refleja la experiencia de los abogados de los demandantes que participaron en el proyecto de consulta de Londres. Consulta realizada en Londres, 29 de mayo de 2013.

⁴³¹ *Milieudefensie/Royal Dutch Shell*, Rechtbank ‘s-Gravenhage [RG] [Tribunal de distrito de La Haya], 24 de febrero de 2010, RBSGR 2010: BM 1470, Países Bajos.

⁴³² *Barizaa Manson Tete Dooh/Royal Dutch Shell*, Rechtbank ‘s-Gravenhage [RG] [Tribunal de distrito de La Haya], 30 januari 2013, NO. C/09/337058/Ha ZA 09-1581, Países Bajos.

⁴³³ *Ibíd.*

⁴³⁴ *Ibíd.*

⁴³⁵ Véase, p. ej., *Washington State Rules of Professional Conduct*, R. 1.8.e.2), Conflicto de intereses.

⁴³⁶ Véase, p. ej., *In re South African Apartheid Litigation*, 617 F.Supp.2d 228 (S.D.N.Y., 2009); *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 221 F.Supp.2d 1116 (C.D.Cal., 2002).

⁴³⁷ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011).

⁴³⁸ *Ibíd.*, 2459.

⁴³⁹ Fed. R. Civ. P. 23.

⁴⁴⁰ 131 S.Ct. p. 2552.

⁴⁴¹ *Ibíd.*, p. 2550-57.

⁴⁴² Consulta en Washington, D.C., el 24 de junio de 2013.

⁴⁴³ Véase en general, Fed. R. Civ. P. 23.

⁴⁴⁴ Véase Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Interiores de la Unión (2011). *Overview of Collective Redress Schemes in EU Member States*, sec. 1.2, IP/A/IMCO/NT/2011-16, julio de 2011. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, sec. 1.4.2.

⁴⁴⁶ Freshfields Bruckhaus Deringer (2009). *Briefing—Consumer class actions in the EU: The Status of the Debate within the Consumer Products and Retail Sector*, abril de 2009, <http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Consumer%20class%20actions%20in%20the%20EU.pdf>. (“La Comisión han querido insistir en que las acciones de clase del tipo estadounidense no van a ser importadas en Europa”).

⁴⁴⁷ Ley n° 92-60 del 18 de enero de 1992, art. L-422, *Journal Officiel de la République Française* [J.O.] [Diario Oficial de Francia], 21 de enero de 1992, p. 968.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, (“Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d’un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs”).

⁴⁴⁹ C. environ. art. L422-3 (Francia).

⁴⁵⁰ C. mon. art. L452-2 y ss. (Francia).

⁴⁵¹ C. sant. art. L252-22 y ss. (Francia).

⁴⁵² Correo electrónico de un participante en la consulta de la UE a Filip Gregor, 15 de noviembre de 2013.

⁴⁵³ Véase, p. ej., C. cons. art. L-422 (Francia).

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

⁴⁵⁵ *Rechtswörterbuch, Prozessstandschaft*, <http://www.rechtswörterbuch.de/recht/p/prozessstandschaft/> [25 de noviembre de 2013].

⁴⁵⁶ BW arts. 7.907-7.910; Rv Karts. 1013-1018, Países Bajos; Ley sobre arreglos colectivos de daños y

perjuicios de masa, BW arts. 90 7-910, Rv art. 1013, Países Bajos. Para más información sobre estos dos mecanismos, véase Heijden, Marie-José van der (2012). *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities. Linking Standards of International Public Law to National Civil Litigation Procedures*, cap. VIII.

⁴⁵⁷ *The Dutch 'Class Action (Financial Settlement) Act' ('WCAM')*, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.rijksoverheid.nl%2Fbestanden%2Fdocumenten-en-publicaties%2Fcirculaires%2F2008%2F06%2F24%2Fthe-dutch-class-action-financial-settlement-act-wcam%2Fwcamenglish.pdf&ei=PiGFUvfuHlrMsASO54HlCw&usq=AFQjCNEKJxnANseELbp3U98M3Hwvsb4Daw&bvm=bv.56343320,d.cWc> [25 de noviembre de 2013].

⁴⁵⁸ Véase Sorabji, John (2012). Collective Action Reform in England and Wales, en *Extraterritoriality and Collective Redress*, Duncan Fairgrieve & Eva Lein eds., p. 43. Señala que existe algún tipo concreto de acción representativa en el derecho de la competencia.

⁴⁵⁹ Véase Fairgrieve, Duncan; Howells, Geraint (2012). Collective Redress Procedures: European Debates, en *Extraterritoriality and Collective Redress*, Duncan Fairgrieve & Eva Lein eds., p. 15, p. 28-32.

⁴⁶⁰ *Civil Procedure Rules 1998 19.6*, Reino Unido.

⁴⁶¹ *Civil Practice Direction 19-B – Group Litigation*, http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19/pd_part19b#5.1 [11 de noviembre de 2013]. Véase también Ministerio de Justicia. *Group litigation orders*, <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders> [11 de noviembre de 2013].

⁴⁶² Se solicitó una acción de grupo en el caso *Ocensa Pipeline*. Véase *Arroyo & Others v. BP Exploration Co. (Colo.) Ltd.*, [2010] EWHC 1643 (QB).

⁴⁶³ Consulta realizada en Londres, 29 de mayo de 2013.

⁴⁶⁴ Bundesgericht [BGer] [Tribunal Federal] 131 Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [BGE] III 153, Suiza.

⁴⁶⁵ *Principios Rectores*, *supra*, nota 1.

⁴⁶⁶ *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349, 361-2 (1944). Normalmente la empresa está protegida de las acciones que puedan exigirle responsabilidad por parte de sus acreedores. El hecho que que constituirse como sociedad sea deseable para poder obtener la aplicación del principio de responsabilidad limitada no constituye un obstáculo para este fin. La responsabilidad limitada es la regla, no la excepción...”. Se omiten las cita internas. ; *Burnet v. Clark*, 287 U.S. 410, 415 (1932). “Una empresa y sus accionistas deben por lo general ser tratados como entidades separadas”.

⁴⁶⁷ *Anderson*, 321 U.S. at 362; Véase también Blumberg, Phillip I. (1993). *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, p. 56-59.

⁴⁶⁸ Véase *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51, 62 (1998), reconociendo que la protección otorgada a los accionistas también se aplica a las matrices de filiales; Véase también *IDS Life Ins. Co. v. SunAmerica Life Ins. Co.*, 136 F.3d 537, 540 (7th Cir.1998). “Las empresas matrices de filiales participadas por estas al cien por cien necesariamente ejercen sobre ellas un cierto control, dirección y supervisión, pero salvo que existan bases suficientes para levantar el velo corporativo y por ende atribuir a la matriz los perjuicios causados por la filial, la matriz no es responsable de dichos perjuicios, y no puede ser atacada en justicia en el marco de una disposición legal relativa a un ilícito civil. Se omiten las citas internas.

⁴⁶⁹ Mann, Frederick Alexander (1984). *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years*, p. 56.

⁴⁷⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Co.* (Bélgica c. España), Sentencia, 1970 TIJ, p. 3, 5 de febrero.

⁴⁷¹ *Ibid.*, párrs. 56, 58.

⁴⁷² Véase Sornarajah, Muthucumaraswamy (2001). Linking State Responsibility for Certain Harms Caused by Corporate National Abroad to Civil Recourse in the Legal Systems of Home States, en *Torture as Tort*, Craig Scott ed., p. 491-512.

⁴⁷³ Véase, p. ej., OCDE (2004). *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* Oct. 31, 2003, 43 ILM 37. Este Convenio exige que los Estados partes adopten leyes y sanciones penales en relación al soborno de funcionales públicos oficiales extranjeros y funcionales de organizaciones internacionales (artículo 16) y extiende la responsabilidad, ya sea penal, civil o administrativa, así como las sanciones, a las personas jurídicas (artículo 26).

⁴⁷⁴ Véase *Bestfoods*, 524 U.S. p. 54. “Sin embargo existe un principio de derecho comercial que reviste la misma importancia, aplicable igualmente de forma general a la relación entre la matriz y su filial, que reconoce que el velo corporativo puede levantarse y el accionista puede ser considerado responsable por el comportamiento de su empresa, cuando, *inter alia*, la forma social hubiera sido utilizada de forma abusiva para fines ilegales, concretamente para cometer fraude, en beneficio del accionista; véase también *IDS Life Ins. Co.* 136 F.3d 537.

⁴⁷⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales*, cap. II, párr. 9. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

⁴⁷⁶ *Principios Rectores*, *supra*, nota 1, Principios Generales. Para más información sobre el modo en que los Estados pueden exigir o fomentar a las empresas que actúen con la diligencia debida en materia de derechos humanos, véase *Informe sobre Diligencia Debida*, *supra*, nota 6.

⁴⁷⁷ La doctrina de la responsabilidad del “alter ego” se aplica cuando una empresa matriz o un propietario utiliza la forma societaria para “cometer fraude, o cuando la empresa ha estado tan sometido al dominio de un individuo o de otra empresa, normalmente la empresa matriz, y se ha descuidado tanto su propia identidad diferenciada, que se ha ocupado principalmente de los intereses de la parte dominante y no de los suyos propios”. *Gartner v. Snyder*, 607 F.2d 582, 586 (2d Cir.1979), que interpreta el derecho de Nueva York.

⁴⁷⁸ Véase *Bridgestone/Firestone, Inc. v. Recovery Credit Servs., Inc.*, 98 F.3d 13, 18 (2d Cir.1996), al decidir si levantar el velo corporativo, “los tribunales tienen en cuenta toda una serie de factores, que incluyen la interrelación entre los fondos empresariales y los de los accionistas, la subcapitalización de la empresa, la inobservancia de formalidades empresariales como el mantenimiento de cuentas y registros contables separados, no pagar dividendos, insolvencia en el momento de realizar una transacción, el desvío de fondos hacia el accionista mayoritario y la inactividad de otras oficinas y directivos”.

⁴⁷⁹ El establecimiento de la relación de agencia, entre mandante y mandatario, difiere en los diferentes estados. “Según la ley tanto de Nueva York como de Georgia, los mandantes o principales pueden ser considerados responsables de los ilícitos civiles cometidos por sus agentes o mandatarios, cuando estos agentes actúan en el ámbito de su mandato”. *Bigio v. Coca-Cola Co.*, 675 F.3d 163, 175 (2d Cir. 2012).

⁴⁸⁰ Véase, p.ej., *Sarei v. Rio Tinto*, 221 F. Supp. 2d 1116, 1128 (C.D. Cal. 2002); *Mujica v. Occidental Petroleum Corp.*, 381 F.Supp.2d 1164, 1172 (C.D. Cal. 2005).

⁴⁸¹ *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 573 F.Supp.2d 16, 30 (D.D.C. 2008).

⁴⁸² Véase, p.ej., *Bowoto v. Chevron Texaco Co.*, 312 F. Supp. 2d 1229, 1235-40 (N.D. Cal. 2004), que

rechaza el levantamiento del velo corporativo, pero sostiene que el caso procede según la ley de agencia. Un juicio con jurado celebrado con posterioridad falló a favor de los demandados. *Bowoto v. Chevron Corp.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 21944 (N.D. Cal. 2009); *In re South African Apartheid Litigation*, 633 F.Supp.2d 117 (S.D.N.Y. 2009); *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 256 F. Supp. 2d 1345, 1354 (C.D. Fla. 2003), *aff'd*, 578 F. 3d 1252 (11th Cir. 2009).

⁴⁸³ Consulta en Washington, D.C., el 24 de junio de 2013.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*

⁴⁸⁵ Véase *Choc v. Hudbay Minerals, Inc.*, 2013 ONSC 1414, párrs. 4 -6 (2013).

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 49.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, párr 54.

⁴⁸⁸ *Reglamento Bruselas I, supra*, nota 86.

⁴⁸⁹ Tribunal de grande instance (TGI) [tribunal ordinario] París, 16 de enero de 2008, No. 9934895010; Cour d'appel (CA) [tribunal de apelación] París, sala 11ª, 24 de marzo de 2010, No. 08/02278; Cass. Crim., 25 de septiembre de 2012, No. 3439.

⁴⁹⁰ *Oguru et al./ Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank 's-Gravenhage (RG) [Tribunal de distrito de La Haya], 30 de enero de 2013, docket no. C/09/330891 párr. 4.33, Países Bajos. Disponible en: <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-oguru-vs-shell-oil-spill-goi>. Véase Estudio de Casos más adelante.

⁴⁹¹ Consulta en Londres, 29 de mayo de 2013.

⁴⁹² *Guerrero v. Monterrico Metals plc*, EWHC 2475 (QB). (2009).

⁴⁹³ *Lubbe v. Cape plc*, (2000) 1 WLR 1545, párr. 6.

⁴⁹⁴ *Chandler v. Cape plc*, (2012) EWCA Civ 525, párr. 66.

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 66.

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 80.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*, párrs. 72-76.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, párrs. 69-70.

⁴⁹⁹ Loi federale completant le Code civile Suisse [CO], 30 de marzo de 1911 SR 220 RS 220, art. 963 al. 1, Suiza.

⁵⁰⁰ Consulta en Bruselas, 15 de mayo de 2013.

⁵⁰¹ Loi federale completant le Code civile Suisse [CO], 30 de marzo de 1911 SR 220 RS 220, art. 754, Suiza.

⁵⁰² Planta, Andreas von (2000). La Théorie de la Transparence, en Chappuis, Christine et al. (eds.). *Responsabilité de l'Actionnaire Majoritaire: Séminaire de l'Association Genevoise de Droit des Affaires*, p. 19-26.

⁵⁰³ Véase Schweizerisches Bundesgericht (BGer) [Tribunal Federal] 30 de junio de 2009, 5A_404/2008; Schweizerisches Bundesgericht [BGer] [Tribunal Federal] 28 de octubre de 2010, 4A_263/2010, en los que el Tribunal Federal rechazó la aplicación de la doctrina del *Durchgriff*.

⁵⁰⁴ Véase, p.ej., *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767, 787 (9th Cir. 1996); *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844, 846 (11th Cir. 1996), clasificación denegada, 519 U.S. 830 (1996); véase también Stephens, Beth; Chomsky, Judith; Green, Jennifer; Hoffman, Paul; Ratner, Michael (1996). *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Martinus Najhoff (2008), p. 526.

⁵⁰⁵ Reglamento Roma II, *supra*, nota 294.

⁵⁰⁶ *Ibíd.*, art. 26.

⁵⁰⁷ *Ibíd.*, art. 7.

⁵⁰⁸ Consulta en Bruselas, el 15 de mayo de 2013.

⁵⁰⁹ Goldhaber, Michael (2013). Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard, *U.C. Irvine Law Review*, vol. 3, p. 127, 131.

⁵¹⁰ *Ibíd.*

⁵¹¹ El autor agradece este ejemplo a Richard Meeran.

⁵¹² *Sithole v. Thor Chemicals Holding Ltd.*, (2000) A2/2000/2894 (A.C.) Recurso interpuesto por el Q.B.

⁵¹³ *Ibíd.*

⁵¹⁴ *Ibíd.*

⁵¹⁵ *Guerrero v. Monterrico Metals plc*, EWHC 2475 (QB). (2009).

⁵¹⁶ *Ibíd.*, párr. 28.

⁵¹⁷ El artículo 423 de esta ley, establece que deberían dictarse ese tipo de órdenes si el tribunal concluye de manera satisfactoria que se han realizado las transacciones... con la finalidad de a) poner los bienes fuera del alcance de la persona que interpone, o puede interponer en algún tiempo, una demanda contra el demandado, o b) causar perjuicio a los intereses de esta persona en relación a la demanda que ha presentado o que presentará". *Insolvency Act* (1986). C. 45, art. 423, Inglaterra.

⁵¹⁸ *Guerrero*, HCMP 1736/2009.

⁵¹⁹ Además, condicionar la aplicación de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros (ATS) al agotamiento de las vías de recurso, de forma similar a lo que está establecido en la Ley de protección de las víctimas de la tortura, podría constituir una modificación a la ATS, lo que haría que su aplicación extraterritorial fuese más aceptable para algunos.

⁵²⁰ No existe necesidad alguna de promulgar una legislación a nivel del estado para establecer claramente que los ilícitos civiles en virtud del derecho común juzgados por tribunales del estado pueden ser aplicadas en el extranjero debido a que: 1) el derecho común del estado ya asume que es así en los casos de violaciones de la ley del estado, cuando esta es de aplicación, y 2) los estados ya disponen de normas para resolver la determinación de la ley a aplicar en los casos de violaciones transitorias del derecho de responsabilidad civil.

⁵²¹ *Resolución de la ABA, 107A*, adoptada el 12 de agosto de 2013.

⁵²² Véase, p.ej., Dearborn, Meredith (2009) Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, *California Law Review*, vol. 97, p. 195. También se defendió esta teoría en los casos Unocal, anteriormente presentados. *Ibíd.*, Este concepto no ha avanzado en el derecho estadounidense, pero puede que esto cambie en un futuro próximo.

⁵²³ *CRS Report for Congress, Awards of Attorney Fees by Federal Courts and Federal Agencies*, 20 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/94-970.pdf>.

⁵²⁴ *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011).

⁵²⁵ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 1091.

⁵²⁶ Código de los Estados Unidos, título 18, par. 2441.

⁵²⁷ Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2340A.

- ⁵²⁸ La restitución obligatoria era parte de un amplio marco regulatorio federal que además incluía penalizar la participación en cualquier etapa del mercado de pornografía infantil. Código de los Estados Unidos, título 18, párr. 2251–2260 (2012).
- ⁵²⁹ Amesys se creó en 2007 mediante la unión de dos empresas, i2e y Artware. Véase *Historique*, Bull: Amesys, <http://www.amesys.fr/index.php/fr/amesys/historique> [12 de noviembre de 2013].
- ⁵³⁰ Bull. *Contact*, <http://www.amesys.fr/index.php/fr/contact> [25 de noviembre de 2013].
- ⁵³¹ Bull (2011). *Comunicado de prensa de Amesys*, 1 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.wcm.bull.com/internet/pr/new_rend.jsp?DocId=673289&lang=en.
- ⁵³² Véase Bull (2010). *Bull Confirms Its Resilience and Consolidates Its New Dimension with the Acquisition of Amesys*, Bull 11 de febrero de 2010, http://www.wcm.bull.com/internet/pr/new_rend.jsp?DocId=539635&lang=en; Bull (2009). *Bull Entre en Négociation Exclusive en Vue d’Acquérir le Group Amesys*, 18 de noviembre de 2009, http://www.bull.com/download/investors/20091118_-_Bull_-_Bull_enters_exclusive_negotiations_to_acquire_Amesys_group_-_FR.pdf.
- ⁵³³ Amesys (2009). *Eagle Glint Operator Manual*, p. 4 [en lo sucesivo Manual Eagle] Disponible en: http://www.wikileaks.org/spyfiles/files/0/99_AMESYS-EAGLE-GLINT-Operator_Manual.pdf.
- ⁵³⁴ Véase Aikins, Matthieu (2012). Jamming Tripoli: Inside Moammar Gadhafi’s Secret Surveillance Network, *Wired*, 18 de mayo de 2012, http://www.wired.com/threatlevel/2012/05/ff_libya/.
- ⁵³⁵ *Manual Eagle*, nota 533, págs. 20, 23-4.
- ⁵³⁶ Según Amesys, “el contrato se firmó en un momento en el que la comunidad internacional estaba en proceso de acercamiento diplomático con Libia, que intentaba luchar contra el terrorismo y las actividades llevadas a cabo por Al Qaeda”. *Comunicado de prensa de Amesys*, nota 531; véase Solomon, Andrew (2006). Circle of Fire, *New Yorker*, 8 de mayo de 2006. Disponible en: http://www.newyorker.com/archive/2006/05/08/060508fa_fact_solomon?currentPage=all.
- ⁵³⁷ Freedom House (2013). *Libya*. Disponible en: http://freedomhouse.org/sites/default/files/resources/FOTN%202013_Libya.pdf.
- ⁵³⁸ Rice, *supra*, nota 206.
- ⁵³⁹ Véase Agence France-Presse (AFP) (2011). French Firm Sold Gadhafi Stealth 4X4: Report, *DefenseNews*, 18 de septiembre de 2011, <http://www.defensenews.com/article/20110918/DEFSECT04/109180302/French-Firm-Sold-Gadhafi-Stealth-4x4-Report>; Manach, Jean Marc (2011). *Doing Business with Gaddafi: Making Millions and Risking Lives*, OWNI.eu, 13 de octubre de 2011, <http://owni.eu/2011/10/13/doing-business-with-gaddafi-making-millions-and-risking-lives/>.
- ⁵⁴⁰ *Comunicado de prensa de Amesys*, *supra*, nota 531.
- ⁵⁴¹ *Ibíd.*
- ⁵⁴² Véase Aikins, *supra*, nota 534; Sonne, Paul; Coker, Margaret (2011). Firms Aided Libyan Spies, *Wall Street Journal*, 30 de agosto de 2011. Disponible en: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424053111904199404576538721260166388>.
- ⁵⁴³ Véase Reporteros Sin Fronteras, *Enemigos de Internet, Informe de 2013, Edición especial Vigilancia*, p. 6, http://surveillance.rsf.org/en/wp-content/uploads/sites/2/2013/03/enemies-of-the-internet_2013.pdf; Aikins, *supra*, nota 534; Manach, *supra*, nota 539.
- ⁵⁴⁴ Véase Aikins, *supra*, nota 534; Reporteros Sin Fronteras. *Amesys*, <http://surveillance.rsf.org/en/amesys/> [12 de noviembre de 2013]; Coker, Margaret; Sonne, Paul (2011). Life Under the Gaze of Gadhafi’s Spies, *Wall Street Journal*, 14 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203764804577056230832805896.html>; Amnistía Internacional (2011).

Freed Libyan Prisoner of Conscience Hails Amnesty International, 5 de septiembre de 2011, <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/freed-libyan-prisoner-conscience-hails-amnesty-international-2011-09-05>; *Libya: Front Line Defenders* (2010). *Trial of Human Rights Defender Mr. Jamal Al Hajj*, 11 de marzo de 2010, <http://www.frontlinedefenders.org/node/2411>.

⁵⁴⁵ *Comunicado de prensa de Amesys, supra*, nota 531.

⁵⁴⁶ Véase *Comunicado de prensa, Bull*, 8 de marzo de 2012 (conservado por ICAR).

⁵⁴⁷ El autor de este caso de estudio, junto con la International Corporate Accountability Roundtable, se puso en contacto con Bull Groupe y con Amesys para que comentase las acusaciones aquí contenidas. Bull respondió y aclaró que “El programa del sistema Eagle fue vendido en 2012 y que la compañía ya no está involucrada en esta actividad”. Bull envió asimismo dos comunicados de prensa, uno en el que anunciaba la venta de Eagle, y otro aclarando su punto de vista con respecto a las alegaciones. El último comunicado de prensa está disponible también en el sitio web de Bill. Correo electrónico de Aurélie Negro, Bull a Katie Shay, International Corporate Accountability Roundtable, de 25 de noviembre de 2013, archivado por ICAR. Para el segundo comunicado de prensa, véase *Comunicado de prensa de Amesys, supra*, nota 531.

⁵⁴⁸ Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) (2013). *FIDH and LDH File a Complaint Concerning the Responsibility of the Company AMESYS in Relation to Acts of Torture*, 19 de octubre de 2013, <http://www.fidh.org/en/north-africa-middle-east/libya/FIDH-and-LDH-file-a-complaint>.

⁵⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁵⁰ La Justice Poursuit son Enquête Sur les Activités d’Amesys en Libye, *Le Monde*, 15 de enero de 2013. Disponible en: http://www.lemonde.fr/libye/article/2013/01/15/la-justice-poursuite-son-enquete-sur-les-activites-d-amesys-en-libye_1817115_1496980.html.

⁵⁵¹ Véase Nielsen, Nikolaj (2013). *Gaddafi-Tainted Firm Scoops EU Contract*, euobserver.com, 19 de septiembre de 2013, <http://euobserver.com/priv-immigration/121449>.

⁵⁵² *Comunicado de prensa de Amesys, supra*, nota 531.

⁵⁵³ Agence France-Presse (AFP). (2012). French Firm Amesys Probed Over ‘Complicity in Torture’, *France 24*, 22 de mayo de 2012, <http://www.france24.com/en/20120522-libya-france-gaddafi-amesys-war-crimes-technology-firm-court-justice>.

⁵⁵⁴ Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) (2013). *Caso Amesys: La Sala de Instrucción del Tribunal da luz verde al proceso sobre la venta de equipos de vigilancia por parte de Amesys al régimen de Gaddafi*, 15 de enero de 2013, http://www.fidh.org/spip.php?page=article_pdf&id_article=12752.

⁵⁵⁵ Rice, *supra*, nota 206.

⁵⁵⁶ Sonne, Paul; Gauthier-Villars, David (2012). Tech Firm Amesys Faces French Judicial Probe, *Wall Street Journal*, 22 de mayo de 2012. Disponible en: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304791704577420392081640000>.

⁵⁵⁷ *FIDH Amesys, supra*, nota 205.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ *Opening of a Judicial Inquiry Targeting Amesys for Complicity in Acts of Torture in Libya, supra*, nota 210.

⁵⁶⁰ Sonne, Paul; Coker, Margaret, *supra*, nota 542.

⁵⁶¹ *Ibíd.*

⁵⁶² *Ibíd.*

⁵⁶³ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 24 de julio de 2013.

⁵⁶⁴ *Ibíd.*

⁵⁶⁵ *Ibíd.*

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

⁵⁶⁷ *Ibíd.*

⁵⁶⁸ *Ibíd.*

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ *Ibíd.*

⁵⁷¹ Véase Company Overview of Anvil Mining Limited, *Bloomberg Businessweek*, <http://investing.businessweek.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=1192450> [14 de noviembre de 2013]; China's Minmetal Buys Anvil Mining for \$1.3bn, *BBC News*, 30 de septiembre de 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/business-15121393>.

⁵⁷² Anvil Mining Limited (2005). *News Release, Anvil Confirms Denial of Unfounded Allegations*, 21 de junio de 2005. Disponible en: <http://www.anvilmining.com/files/2005June212005Allegations.pdf> [en adelante *Anvil News Release 2005*].

⁵⁷³ RAID (2006). *Comunicado de prensa, Congolese Military Judge Calls for the Prosecution of Former Anvil Mining Staff for Complicity in War Crimes*, 15 de octubre de 2006. Disponible en: http://raid-uk.org/news/Anvil_15_Oct_06.htm.

⁵⁷⁴ Anvil Mining Limited (2004). *News Release, Advice on Rebel Activity in Village of Kilwa*, DRC, 15 de octubre de 2004. Disponible en: www.anvilmining.com/files/2004October15KilwaEvent.pdf.

⁵⁷⁵ Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) (2005). *Report on the Conclusions of the Special Investigation into Allegations of Summary Executions and Other Violations of Human Rights Committed by the FARDC in Kilwa (Province of Katanga) on 15 October 2004*, párr. 36. Disponible en: www.abc.net.au/4corners/content/2005/MONUC_report_oct05.pdf [en adelante *MONUC*].

⁵⁷⁶ *Ibíd.*

⁵⁷⁷ Véase *ibíd.*, párr. 24.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, párrs. 26-29.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 36.

⁵⁸⁰ Trudel; Johnston (2011). *Human Rights: Canadian Mining Company Accomplice of Acts of Violence in DRC*, junio de 2011, http://www.trudeljohnston.com/en/recours_collectifs/nos_recours/droit/anvil_mining/index.php [en adelante *Trudel; Johnston*].

⁵⁸¹ Rights & Accountability in Development (RAID) et al. (2007). *Kilwa Trial: a Denial of Justice*, p. 4. Disponible en: http://raid-uk.org/docs/Kilwa_Trial/Kilwa-chron-EN-170707.pdf [en adelante *RAID et al.*]; *MONUC, supra*, nota 575, párr. 36.

⁵⁸² Canada 40th Parliament Standing Committee on Foreign Affairs & International Development (2009). *Evidence - November 24, 2009*, párr. 920, 24 de noviembre de 2009, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4255338&Language=E&Mode=1&Parl=40&Ses=2#TOC-TS-0920>.

⁵⁸³ MONUC, *supra*, nota 575, párr. 36. La asistencia logística de la empresa a las FARDC incluían también el suministro de aviones que evacuaron a ciento cincuenta soldados de las FARDC de la zona de operaciones, el uso de vehículos Anvil Mining conducidos por personal de Anvil Mining, así como el suministro de raciones de comida a las fuerzas armadas. *Ibíd.*

⁵⁸⁴ RAID (2006). *Comunicado de prensa, Trial Begins for Congolese Military and Anvil Mining Ex-Employees Accused of Crimes Related to the October 2004 Kilwa Massacre*, 12 de diciembre de 2006. Disponible en: http://raid-uk.org/news/Kilwa_Trial_12DEC06.html.

⁵⁸⁵ Véase MONUC, *supra*, nota 575, párr. 40; *Anvil News Release junio 2005, supra*, nota 574. Anvil sigue alegando que fue obligada a proporcionar ayuda.

⁵⁸⁶ RAID; Global Witness (2010). *Kilwa Massacre: Stories From the Families of Victims and Survivors*, p. 1. Disponible en: <http://www.globalwitness.org/sites/default/files/library/Kilwa%20Massacre%20-%20Stories%20from%20the%20families%20of%20victims%20and%20survivors%20EN%20-%20November%202010.pdf>.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*

⁵⁸⁸ *Ibíd.*

⁵⁸⁹ *Ibíd.*

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, p. 2.

⁵⁹¹ *Ibíd.*

⁵⁹² Leger, Kathryn (2010). Anvil Named in Class-Action Suit: NGOs Say Firm Liable for Role in Congo Massacre, *Montreal Gazette*, 9 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.ccij.ca/media/ccij-in-the-news/congolese-class-action-media-excerpts.pdf>.

⁵⁹³ Trudel; Johnston, *supra*, nota 580. Véase también *Association Canadienne Contre l'Impunité c. Anvil Mining Ltd.*, (2010) 2011 QCCS 1996, Canadá.

⁵⁹⁴ *Motion By Respondent to Dismiss For Declinatory Exception and to Dismiss on the Ground of Forum Non Conveniens*, párr. 20-21, 23-24, 26-28, *Association Canadienne Contre L'Impunité v. Anvil Mining Ltd.*, (2011) No. 500-06-000530-101. Disponible en: http://www.ccij.ca/webjep-system/program/download.php?FILENAME=74-5-at-File_Upload_13.pdf&ORG_FILENAME=Motion_to_Dismiss_for_Declinatory_Exception_%28FINAL%29.pdf.

⁵⁹⁵ *Ibíd.*, párrs. 40-42.

⁵⁹⁶ *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia*, párr. 11, *Association Canadienne Contre L'Impunité v. Anvil Mining Ltd.*, (2011) No. 500-06-000530-101. Disponible en: http://raid-uk.org/docs/KilwaClassAction/Emery_Judgment_en.pdf [en adelante *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia*].

⁵⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 11.c.3).

⁵⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 11.

⁵⁹⁹ El artículo 3135 del Código Civil de Quebec (C.C.Q.) permite a los tribunales declararse incompetente cuando exista un foro más apropiado. Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3135 (Canadá).

⁶⁰⁰ *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, supra*, nota 596, párr. 39.

⁶⁰¹ Canadian Centre for International Justice (CCIJ) (2013). *CCIJ's Public Cases and Interventions: Anvil Mining*. http://www.ccij.ca/programs/cases/index.php?DOC_INST=14 [14 de noviembre de 2013].

⁶⁰² *Anvil Mining Limited c. Association Canadienne Contre L'Impunité* (2012) No. 500-09-021701-115, párr. 93. Disponible en: http://raid-uk.org/docs/KilwaClassAction/Judgment_QCA.pdf.

⁶⁰³ *Ibíd.*, párr. 104.

⁶⁰⁴ *Ibíd.*, párrs. 101-103. En Canadá, la doctrina del foro de necesidad permite a los tribunales, que de otra forma no serían competentes, declararse competentes en circunstancias extraordinarias, como en el caso de que resultara legal o prácticamente imposible para las víctimas presentar el caso en otra jurisdicción. *Ibíd.*, párrs. 97-98.

⁶⁰⁵ *Ibíd.*, párrs. 101-02.

⁶⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 104.

⁶⁰⁷ Solicitud de autorización de recurso de apelación, *Association Canadienne Contre L'Impunité c. Anvil Mining Ltd.*, (2012) No. 34733. Disponible en: http://www.cciij.ca/web/yep/system/program/download.php?FILENAME=74-6-at-File_Upload_18.pdf&ORG_FILENAME=CAAI_motion_for_leave.pdf; Global Witness (2012). *No Justice in Canada for Congolese Massacre Victims as Canada's Supreme Court Dismisses Leave to Appeal in Case Against Anvil Mining*, 1 de noviembre de 2012, <http://www.globalwitness.org/library/no-justice-canada-congolese-massacre-victims-canada%E2%80%99s-supreme-court-dismisses-leave-to-appeal>.

⁶⁰⁸ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2010). *Report of the Mapping Exercise Documenting the Most Serious Violations of Human Rights and International Humanitarian Law Committed Within the Territory of the Democratic Republic of the Congo Between March 1993 and June 2003*, párr. 63, 869, 904, 1068, agosto de 2010. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_EN.pdf.

⁶⁰⁹ Four Corners: The Kilwa Incident, *Australian Broadcasting Corporation*, programa de televisión, 6 de junio de 2005. Disponible en: <http://www.abc.net.au/4corners/content/2005/s1384238.htm>.

⁶¹⁰ Véase *ibíd.*; Global Witness (2007). *Victims of Kilwa Massacre Denied Justice by Congolese Military Court*, <http://www.globalwitness.org/zh-hans/node/3644>, destaca el hecho de que la investigación se inició en virtud del capítulo 8 del Código Penal Australiano de 1995.

⁶¹¹ RAID et al., *supra*, nota 581, p. 9.

⁶¹² Global Witness, Action Contre l'Impunité Pour les Droits Humains et al. (2007). *Human Rights Groups Denounce Obstruction of Justice Following Transfer of Kilwa Trial's Military Prosecutor*, 12 de marzo de 2007, p. 2. Disponible en: <http://www.globalwitness.org/library/human-rights-groups-denounce-obstruction-justice-following-transfer-kilwa-trial%E2%80%99s-military>.

⁶¹³ Véase Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) (2007) *The Human Rights Situation in the Democratic Republic of Congo (DRC) During the Period of July to December 2006*, párr. 7, 8 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/46caab000.html>; MONUC, *supra*, nota 575, párr 7.

⁶¹⁴ Louise Arbour “manifestó su preocupación” ante el veredicto. Naciones Unidas, *Comunicado de prensa, High Commissioner for Human Rights Concerned at Kilwa Military Trial in the Democratic Republic of the Congo*, 4 de julio de 2007. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/0/9828B052BBC32B08C125730E004019C4?opendocument> [en adelante Comunicado de prensa de Arbour]. Leandro Despouy escribió al Gobierno congoleño para expresar su preocupación por la impunidad y la creciente injerencia en la independencia de los tribunales militares. Global Witness (2008). *The Kilwa Appeal – A Travesty of Justice*, 5 de mayo de 2008, <http://www.globalwitness.org/library/kilwa-appeal-travesty-justice>. MONUC indicó que “la decisión judicial tomada durante el caso Kilwa era una muestra de la falta de imparcialidad y de independencia existente en el sistema judicial militar. A lo largo de todo el desarrollo del caso se observó injerencia política, falta de cooperación por parte de las autoridades militares y numerosas irregularidades. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *supra*, nota 608, párr. 869.

⁶¹⁵ Comunicado de prensa de Arbour, *supra*, nota 614.

⁶¹⁶ *The Kilwa Appeal – A Travesty of Justice*, *supra*, nota 614.

⁶¹⁷ *Ibíd.*

⁶¹⁸ RAID et al., *supra*, nota 581, p. 5-7.

⁶¹⁹ Amnistía Internacional (2008). *Death Threats/Fear for Safety*, 4 de abril de 2008, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR62/002/2008/en/84362c99-0268-11dd-9f22-c78dcd6ee044/afr620022008eng.html>.

⁶²⁰ MONUC, *supra*, nota 575 párr. 43.

⁶²¹ *Ibíd.*

⁶²² Barrett, Liz (2012). *Anvil Silver Mine and the Search for Accountability*, Publish What You Pay, 7 de agosto de 2012, <http://www.publishwhatyoupay.org/newsroom/blog/anvil-silver-mine-and-search-accountability>.

⁶²³ Entrevista por correo electrónico a RAID, 5 de noviembre de 2013, archivado por el autor.

⁶²⁴ Action Contre l'Impunité Pour les Droits Humains et al. (2008). *Comunicado de prensa, Human Rights Defenders Prevented From Meeting Victims of Kilwa Massacre*, 3 de abril de 2008. Disponible en: http://raid-uk.org/docs/Kilwa_Trial/kilwa-flight-3avril.doc [en adelante Comunicado de prensa de abril 2008].

⁶²⁵ *Requête Pour Autorisation D'Exercer Un Recours Collectif et Pour Être Désignée Représentante*, párr. 2.206, Association Canadienne Contre L'Impunité c. Anvil Mining Limited (2010) No. 500-06-000530-101. Disponible en: http://www.trudeljohnston.com/en/recours_collectifs/nos_recours/droit/anvil_mining/docs/procedures/Requete%20autorisation%20recours%20collectif.pdf [en adelante Requête].

⁶²⁶ Comunicado de prensa de abril 2008, *supra*, nota 624; Requête, *supra*, nota 625, párr. 2.206.

⁶²⁷ Comunicado de prensa de abril 2008, *supra*, nota 624.

⁶²⁸ Requête, *supra*, nota 625, párr. 2.207.

⁶²⁹ CACI International, Inc., es la sociedad que cotiza en bolsa y la matriz del grupo empresarial CACI. Véase CACI. *Frequently Asked Questions About CACI*, http://www.caci.com/main_faq.shtml [13 de noviembre de 2013].

⁶³⁰ CACI International Inc. (2010). News Release, CACI Demands Retraction of False Statements, *New York Times*, Editorial, 20 de enero de 2010. Disponible en: http://www.caci.com/about/news/news2010/1_20_10_NR.html [en adelante News Release]. CACI ha publicado su visión acerca del papel y de la misión que desempeñó en Abu Ghraib en el libro, *Our Good Name*, resultado de una investigación exhaustiva, con citas de documentos públicos, testimonios jurados de congresistas, tribunales y numerosas investigaciones por parte del Gobierno. *Ibíd.*

⁶³¹ CACI. *CACI Profile*, <http://www.caci.com/about/profile.shtml> [13 de noviembre de 2013].

⁶³² News Release, *supra*, nota 630.

⁶³³ 60 Minutes II y el *New Yorker* fueron los primeros en publicar las fotografías. Véase Leung, Rebecca (2009). Abuse of Iraqi POWs by GIs Probed, *CBS News*, 1 de febrero de 2009, <http://www.cbsnews.com/stories/2004/04/27/60ii/main614063.shtml>; The Abu Ghraib Pictures, *New Yorker*, http://www.newyorker.com/archive/2004/05/03/slideshow_040503 [13 de noviembre de 2013].

⁶³⁴ Torture Scandal: The Images That Shamed America, *Guardian*, <http://www.theguardian.com/>

gall/0,8542,1211872,00.html [13 de noviembre de 2013].; Blame Widens for Abu Ghraib Abuse, *BBC News*, 26 de agosto de 2004, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/3596686.stm> [en adelante BBC News].

⁶³⁵ News Release, *supra*, nota 630.

⁶³⁶ Véase Abu Ghraib Soldier Gets One Year in Jail, *Guardian*, 19 de mayo de 2004, <http://www.theguardian.com/world/2004/may/19/iraq.usa1>; Shanker, Thom (2004). *The Struggle for Iraq: The Military*; 6 G.I.'s in Iraq Are Charged With Abuse of Prisoners, *New York Times*, 21 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2004/03/21/world/struggle-for-iraq-military-6-gi-s-iraq-are-charged-with-abuse-prisoners.html>; Ex-Abu Ghraib Inmates Get \$5m Settlement From US Firm, *BBC News*, 8 de enero de 2013, <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-20953889>.

⁶³⁷ Hawkins, Katherine (2013). CACI's Forgotten Role in Abu Ghraib (II), *Huffington Post*, 9 de noviembre de 2013, http://www.huffingtonpost.com/katherine-hawkins/cacis-forgotten-role-in-a_1_b_3847081.html. Véase, en general, *BBC News, supra*, nota 634. Además, tanto las investigaciones militares de Taguba y Fay/Jones implicaron a empleados de CACI. Véase *Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade* (2004). Disponible en: http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf; *Executive Summary: Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib*, (s.f.) Disponible en: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>. Véase también Center for Constitutional Rights. *Al-Qarishi et al. v. Nakhla et al.*, <http://ccrjustice.org/Al-Quraishi-v-Nakhla-L3> [13 de noviembre de 2013].

⁶³⁸ El autor de este caso de estudio, junto con la International Corporate Accountability Roundtable, se puso en contacto con CACI para que comentase las acusaciones aquí contenidas. CACI no envió ninguna respuesta, pero un abogado defensor del caso se puso en contacto con ICAR para discutir sobre las acusaciones. El estudio de caso fue modificado en consecuencia, de modo que reflejase el punto de vista de la empresa. Conversación telefónica entre William Koegel, Jr., Partner, Steptoe & Johnston LLP y Katie Shay de ICAR, 5 de noviembre de 2013.

⁶³⁹ *Al Shimari v. CACI Premier Tech., Inc.*, 657 F. Supp. 2d 700 (E.D. Va. 2009); *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, No. 1:08-CV-827 (GBL/JFA), 2013 WL 3229720 (E.D. Va. 25 de junio de 2013). El caso *Al Shimari v. CACI* es diferente del caso *Saleh et al. v. Titan et al.*, otra causa presentada en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros por prisioneros iraquíes contra CACI. Los demandantes del caso *Saleh et al.* también acusaban a CACI de torturas y de otros actos ilegales, pero el caso fue desestimado por un panel del Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia el 11 de septiembre de 2009. Center for Constitutional Rights. *Saleh et al. v. Titan et al.*, <http://ccrjustice.org/Saleh-v-Titan> [18 de noviembre de 2013].

⁶⁴⁰ Código de los Estados Unidos, título 28, párr. 1350 (1948).

⁶⁴¹ Demanda, párr. 81, 86, 90, *Al Shimari v. Dugan* (S.D. Ohio 2008) No. 2:08-cv-637. Disponible en: <http://ccrjustice.org/files/Al%20Shimari%20Complaint.pdf>. Esta demanda inicial fue modificada varias veces. Para consultar la demanda final modificada, que menciona la decisión de rechazar a Timothy Dugan/L-3 Services y a CACI International, Inc. como demandados en 2008 y en 2013, respectivamente, véase *Tercera demanda modificada, Al Shimari v. CACI Premier Tech., Inc.* (E.D. Va. 2013) (No. 08-cv-0827). Disponible en: <http://ccrjustice.org/files/Al%20Shimari%20TAC%20redacted.pdf>.

⁶⁴² *Ibid.*, párrs. 93, 100, 104.

⁶⁴³ *Ibid.*, párrs. 107, 115, 119.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, párrs. 123, 130, 133.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 138, 139, 145, 149.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 152, 158, 161.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, párr. 165.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, párr. 168.

⁶⁴⁹ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 658 F.3d 413, 416 (4th Cir. 2011).

⁶⁵⁰ Center for Constitutional Rights. *Al Shimari v. CACI et al.*, <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/al-shimari-v-caci-et-al> [13 de noviembre de 2013].

⁶⁵¹ CACI (2008). *Statement Regarding Baseless CCR Lawsuit*, 7 de mayo de 2008, http://www.caci.com/iraq/ccr_state_5-7-08.shtml.

⁶⁵² News Release, *supra*, nota 630.

⁶⁵³ *Al Shimari c. CACI et al.*, *supra*, nota 650.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, En el caso *Kiobel* planteado en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros los demandantes alegaron que Royal Dutch Petroleum (Shell) era cómplice de abuso de derechos humanos en Ogoniland, Nigeria. Véase *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659, 1662 (2013).

⁶⁵⁵ *Kiobel*, 133 U.S., p. 1669.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Brief for Defendants-Appellees, Al Shimari v. CACI*, 658 F.3d 413 (4th Cir. 2010) (No. 09-1335). Disponible en: <https://ccrjustice.org/files/CACI%20Opening%20Brief%2004.05.10.pdf>. La doctrina de la cuestión política establece que los tribunales federales no deben oír casos que traten directamente de cuestiones que según la Constitución de los Estados Unidos son responsabilidad exclusiva de otros órganos del Gobierno de los Estados Unidos. Debido a que las relaciones exteriores son responsabilidad exclusiva de la rama ejecutiva del Gobierno de los Estados Unidos, los casos que cuestionan el modo en el que esta rama utiliza su poder, plantean cuestiones políticas que no pueden ser oídas en los tribunales federales, en virtud de la doctrina de la cuestión política. Véase Legal Information Institute. *Political Question Doctrine*, http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine [13 de noviembre de 2013].

⁶⁵⁸ *Brief for Defendants-Appellees, supra*, nota 657, p. 16; O'Dell, Larry (2013). Abu Ghraib Contractors Seek Civil Immunity, NBC News, 26 de octubre de 2013, http://www.nbcnews.com/id/39852644/ns/us_news-security/.

⁶⁵⁹ *Al Shimari v. CACI Premier Tech., Inc.*, 657 F. Supp. 2d 700, 705 (E.D. Va. 2009). Además de desestimar las demandas presentadas por los demandantes invocando la ley ATS, el tribunal de distrito desestimó igualmente el resto de las demandas de derecho común en el caso, debido a la inmunidad otorgada por la ley iraquí a los contratistas que trabajaban en Iraq, concretamente en virtud del Decreto No. 17 del Gobierno provisional de coalición. *Ibid.* Sin embargo, el tribunal de distrito readmitió las demandas en virtud de la Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros en noviembre de 2012. Véase, *supra*, nota 38.

⁶⁶⁰ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 658 F.3d 413, 417 (4th Cir. 2011).

⁶⁶¹ *Al Shimari c. CACI et al.*, *supra*, nota 650.

⁶⁶² *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, 679 F.3d 205 (4th Cir. 2012) La apelación fue admitida en una decisión 11 a 3.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Al Shimari v. CACI International, Inc.*, No. 1:08-cv-827 (GBL/JFA), 2013 WL 3229720, at p. 1 (E.D. Va. 25

de junio de 2013.

⁶⁶⁵ *Ibíd.*, p. 8.

⁶⁶⁶ *Brief for Plaintiffs-Appellants, supra*, nota 66; *Al Shimari v. CACI et al., supra*, nota 650.

⁶⁶⁷ Center for Constitutional Rights (2013). *No Accountability for Military Contractor's Role in Abu Ghraib Torture, Federal Judge Says*, 25 de junio de 2013, <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/no-accountability-military-contractor%E2%80%99s-role-abu-ghraib-torture,-federal-judge-says>.

⁶⁶⁸ Entrevista telefónica al Centro de Derechos Constitucionales, 30 de octubre de 2013.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*

⁶⁷⁰ *Ibíd.*

⁶⁷¹ Censer, Marjorie (2013). Court Grants CACI's Request for Legal Fees, *Washington Post*, 4 de septiembre de 2013, http://www.washingtonpost.com/blogs/capital-business/post/court-grants-cacis-request-for-legal-fees/2013/09/04/e1b2562c-1567-11e3-804b-d3a1a3a18f2c_blog.html. *Bill of Costs, Al Shimari v. CACI International, Inc.* No. 1:08-CV-827 (GBL/JFA) (E.D. Va. 20 de agosto de 2013).

⁶⁷² *Ibíd.*

⁶⁷³ Lennard, Natasha (2013). Abu Ghraib Torture Victims Sued by Contractors, *Salon*, 14 de agosto de 2013, http://www.salon.com/2013/08/14/abu_ghraib_torture_victims_sued_by_contractors/.

⁶⁷⁴ Véase *Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, Al Shimari v. CACI International, Inc.* (E.D. Va. 2013) (No. 08-cv-0827 GBL-JFA). Disponible en: http://ccrjustice.org/files/232_2013_3_22%20Memo%20in%20support%20of%20EOT%20for%20Plantiffs%20Deps.pdf; *Declaration of Baher Azmy, Esq. in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, Al Shimari v. CACI International, Inc.* (E.D. Va. 2013) (No. 08-cv-0827 GBL-JFA). Disponible en: http://ccrjustice.org/files/273_2013-04-05AzmyDeclCorrectedPlaintiffsMotionforExtentionofTimePlaintiffs'Deposition.pdf; *Declaration of Baher Azmy, Esq., Al Shimari v. CACI International, Inc.* (E.D. Va. 2013) (No. 08-cv-0827 GBL-JFA). Disponible en: [http://ccrjustice.org/files/2013-05-06_%20\(REDACTED\)%20Azmy%20Decl_OpptoSanctions.pdf](http://ccrjustice.org/files/2013-05-06_%20(REDACTED)%20Azmy%20Decl_OpptoSanctions.pdf).

⁶⁷⁵ Véase *Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq. in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq., supra*, nota 674.

⁶⁷⁶ Véase *Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq. in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq., supra*, nota 674.

⁶⁷⁷ Véase *Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq. in Support of Plaintiffs' Motion to Enlarge Time to Complete Plaintiffs' Depositions, supra*, nota 674; *Declaration of Baher Azmy, Esq., supra*, nota 674.

⁶⁷⁸ Entrevista telefónica al Centro de Derechos Constitucionales, *supra*, nota 668.

⁶⁷⁹ Danzer (2011), www.danzer.com [8 de noviembre de 2013].

⁶⁸⁰ Greenpeace (2011). *Stolen Future: Conflicts and Logging in Congo's Rainforests – the Case of Danzer*, n. 1, p.1. Disponible en: <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/forests/2011/stolen%20future.pdf> [en adelante Greenpeace].

⁶⁸¹ Danzer, *Restructuring in North America*, <http://www.danzer.com/70s-80s.278.0.html?&L=0> [25 de noviembre de 2013].

⁶⁸² Danzer vendió SIFORCO al Groupe Blattner Elwyn (GBE) en febrero de 2012. Danzer (2012). *Danzer Sells Its Operations in the Democratic Republic of Congo*, 28 de febrero de 2012, http://www.danzer.com/Press-Releases-Detail.87.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=470&tx_ttnews%5BbackPid%5D=80&cHash=2c2f234ad7c70b7caa50c7210fc62fc7.

⁶⁸³ Véase en general Greenpeace, *supra*, nota 680.

⁶⁸⁴ El agrupamiento Yalisika es una zona de la provincia de Ecuador, en el norte de la República Democrática del Congo. Comprende veintisiete poblaciones situadas en el territorio Bumba y en él residen 10.000 personas. Resource Extraction Monitoring (REM) (2012). *Rapport de Mission 1B, Affaire Yalisika: Observation Indépendante de la mise en Application de la loi Forestière et de la Gouvernance en RDC (OIFLEG - RDC)*, p. 1, 5, http://www.observation-rdc.info/documents/Rapport_REM_001b_OIFLEG_RDC.pdf [en adelante Informe REM].

⁶⁸⁵ Véase Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 1-4.

⁶⁸⁶ *Cahier de charges* o pliego de condiciones se refiere a las condiciones contractuales.

⁶⁸⁷ Estos proyectos sociales incluyen la construcción de carreteras, la rehabilitación de hospitales y escuelas, así como la creación de instalaciones para el transporte. Gobierno de la RDC (2002). *Code Forestière*, 2002b, Loi n° 011/2002, art. 89, 29 de agosto, Kinshasa.

⁶⁸⁸ Informe REM, *supra*, nota 684, p. 8.

⁶⁸⁹ Danzer (2013) *Statement of Danzer Regarding the Occurrences at Yalisika in 2011*, 26 de abril de 2013, http://www.danzer.com/Press-Releases-Detail.87.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=482&tx_ttnews%5BbackPid%5D=80&cHash=fe2864ba8e2f4d7c166fd6787341a164.

⁶⁹⁰ Véase Matthaëi, Katrin (2013). German Court Investigates Raid on Congolese Village, *Deutsche Welle*, 8 de mayo de 2013, <http://www.dw.de/german-court-investigates-raid-on-congolese-village/a-16800263#>.

⁶⁹¹ *Equateur: Les Victimes de l'Exploitation Forestière de Yalisika Saisissent la Justice*, Digitalcongo.net, 1 de septiembre de 2011, <http://www.digitalcongo.net/article/78055> [en adelante Digitalcongo]; Greenpeace, *supra*, nota 680, 3.

⁶⁹² Danzer (2011). *Siforco Statement About the Conflict of Yalisika*, 28 de junio de 2011, http://www.danzersino.com/Press-Releases-Detail.87.0.html?&L=%20%20%20%20%25&tx_ttnews%5Bpointer%5D=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=458&tx_ttnews%5BbackPid%5D=80&cHash=14e358c09424350874a96f7c9078234f.

⁶⁹³ Véase Greenpeace (2011). *Violations des Droits de l'Homme à l'Encontre de Villageois de la Communauté Bosanga, Suite à des Protestations Contre la Société d'Exploitation Forestière Siforco dans la Province de l'Equateur*, 16 de junio de 2011, www.greenpeace.org/africa/global/africa/publications/RDC_Forets_RAPPEL%20DES%20FAITS.FR.20.06.2011.pdf.

⁶⁹⁴ European Center for Constitutional & Human Rights (ECCHR) (2013). Criminal Complaint Against Senior Manager of Danzer, *Special Newsletter, Berlin, Alemania*, 25 de abril de 2013, at 3. Disponible en: <http://www.ecchr.de/index.php/danzer-en.html> [en adelante Demanda ECCHR]; Greenpeace, *supra*, nota 680, at 1-4.

⁶⁹⁵ Greenpeace, *supra*, nota 680, at 3-4; Véase también Le Groupement Yalisika à Bumba Saisit la Justice, *Le Phare*, 1 de septiembre de 2011, <http://www.lephareonline.net/le-groupement-yalisika-a-bumba-saisit-la-justice/>.

⁶⁹⁶ Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 2-4.

⁶⁹⁷ Véase Estudio de caso Anvil, *infra*.

⁶⁹⁸ Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 3-4.

⁶⁹⁹ Véase *Statement from DanzerGroup to the Greenpeace Report*, p.1., 11 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.fsc-watch.org/docs/Danzer_statement_about_GP_report_09_11_2011.pdf; *Statement of Danzer Regarding the Occurrences at Yalisika in 2011*, *supra*, nota 689.

⁷⁰⁰ Klaus Hansen, ciudadano danés, trabajó para Danzer durante muchos años en diferentes puestos. Recientemente y durante los sucesos de Yalisika, trabajó como director de la filial en el campamento de Engengele (director de la planta de SIFORCO K8). Informe REM, *supra*, nota 684, 12.

⁷⁰¹ *Ibíd.*, p. 2, 4.

⁷⁰² *Ibíd.*, p. 2. Declaraciones de Dieter Haag, Director General, SIFORCO, a ICAR, 26 de noviembre de 2013, archivado por ICAR.

⁷⁰³ Matthaei, *supra*, nota 690.

⁷⁰⁴ *Statement from DanzerGroup to the Greenpeace Report*, *supra*, nota 699, p. 1.

⁷⁰⁵ *Ibíd.*

⁷⁰⁶ *Ibíd.*

⁷⁰⁷ Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 1.

⁷⁰⁸ Digitalcongo, *supra*, nota 691.

⁷⁰⁹ Traducción no oficial de Greenpeace. Véase Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 4.

⁷¹⁰ Greenpeace, *supra*, nota 680, p. 5.

⁷¹¹ *Ibíd.*, 1, p. 5.

⁷¹² En abril de 2013, la investigación seguía abierta. Avocats Sans Frontières (2013). Logging and Human Rights in DR Congo, 26 de abril de 2013, <http://www.asf.be/blog/2013/04/26/logging-and-human-rights-in-dr-congo>.

⁷¹³ *Ibíd.*

⁷¹⁴ Véase en general, Demanda ECCHR, *supra*, nota 694. Aunque este caso y el proceso en curso en la RDC se refieren a los mismos hechos, los supuestos responsables son diferentes. En la RDC, el asunto apela a la responsabilidad de las autoridades congoleñas implicadas en el ataque, así como a la de uno los responsables de la planta de SIFORCO, Klaus Hansen. Se les acusa de crímenes contra la humanidad. En Alemania, el asunto apela a la responsabilidad de Olof Von Gagern, un ciudadano alemán establecido en Alemania y que era empleado de Danzer en el momento de los incidentes de Yalisika. Se le acusa de haber violado su obligación de prevención de los crímenes cometidos por las autoridades congoleñas. Los dos casos revisten la misma importancia. Sin embargo, estos procesos paralelos han planteado una serie de cuestiones relativas a la colaboración de todas las ONG y de los abogados que trabajan en ambos casos.

⁷¹⁶ Demanda ECCHR, *supra* 694, 3; Matthaei, *supra* 690. Las acusaciones contra Olof Von Gagern se basan en el concepto de *Garantenstellung* (o “garante”), que conlleva un deber de diligencia con respecto a quienes estén afectados por las acciones del personal de la empresa.

⁷¹⁶ Demanda ECCHR, *supra*, nota 694, 8.

⁷¹⁷ Carta de Ulrich Grauert, COO Lumber Africa, Danzer, a Amol Mehra, director, International

Corporate Accountability Roundtable, 25 de noviembre de 2013, archivada por ICAR. Disponible en: <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/Danzer-Reply-Letter.pdf>.

⁷¹⁸ Correo electrónico de Gabriel Tagba Munzonzo, SIFORCO, a Amol Mehra, director, International Corporate Accountability Roundtable, 26 de noviembre de 2013, archivado por ICAR; Declaración de Dieter Haag, director general, SIFORCO, a ICAR, 26 de noviembre de 2013, archivado por ICAR.

⁷¹⁹ Correo electrónico de Gabriel Tagba Munzonzo, SIFORCO, a Amol Mehra, director, International Corporate Accountability Roundtable, 26 de noviembre de 2013, archivado por ICAR.

⁷²⁰ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, 11 de noviembre de 2013.

⁷²¹ *Ibíd.*

⁷²² *Ibíd.*

⁷²³ *Ibíd.*

⁷²⁴ *Ibíd.*

⁷²⁵ *Ibíd.*

⁷²⁶ *Ibíd.*

⁷²⁷ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico al ECCHR, 12 de noviembre de 2013.

⁷²⁸ *Ibíd.*

⁷²⁹ El pueblo de Bongulu está a más de 200 km de la ciudad más cercana, Bumba, y a más de 1000 km de Kinshasa. La infraestructura en la RDC es inadecuada, especialmente en las áreas rurales de explotación maderera, lo que hace especialmente difícil el acceso a las víctimas y a los testigos. Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Democratic Republic of the Congo*, <http://www.unhcr.org/pages/49e45c366.html> [8 de noviembre de 2013].

⁷³⁰ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico al ECCH, *supra*, nota 727.

⁷³¹ *Ibíd.*

⁷³² Véase DLH. *Important Years in Our History*, Disponible en: <http://www.dlh.com/About-the-DLH-Group/History/Timeline.aspx> [12 de noviembre de 2013]; Greenpeace (2002). *DLH: A Partner in Global Forest Crime*, p. 1-2. Disponible en: <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/planet-2/report/2002/2/dlh-a-partner-in-global-fores.pdf>.

⁷³³ Las empresas de DLH compraban madera en los lugares en los que operaban conocidos socios de Charles Taylor, entre otros Gus Kouwenhoven de la Oriental Timber Company y Mohammed Salamé del Mohammed Group of Companies, ambos sancionados por las Naciones Unidas por su colaboración con el régimen de Taylor. Véase Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2000). *Nota del presidente del Consejo de Seguridad*, párrs. 23, 49, 88, 215, 217, 272, Doc. ONU S/2000/1195, 20 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/7832533.71715546.html>; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2001). *Comunicado de prensa, Expert Panel on Liberia Presents Report to Security Council, with Proposals for Furthering Peace in Mano River Region*, Doc. ONU SC/7196, 5 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7196.doc.htm>; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2005). *Comunicado de prensa, Committee on Liberia Adds New Identifying Information in Its Travel Ban List*, Doc. ONU SC/8377, 4 de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8377.doc.htm>.

⁷³⁴ Véase Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *supra*, nota 733.

⁷³⁵ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2001). Resolución del Consejo 1343, párrs. 5.a), 6, Doc. ONU S/RES/1343, 7 de marzo de 2001.

⁷³⁶ Véase Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *supra*, nota 733; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2002). *Resolución del Consejo 1408*, párr. 10, Doc. ONU S/RES/1408, 6 de mayo de 2002.

⁷³⁷ *Ibíd.*

⁷³⁸ En mayo de 2005, el Forest Concession Review Committee de Liberia declare que “tras haber revisado caso por caso, ninguna de las empresas concesionarias cumplía con los criterios mínimos establecidos”. *Forest Concession Review – Phase III: Report of the Concession Review Committee* (2005).

⁷³⁹ Global Witness (2008). *Logging Off*, p. 3, 5, 7, 9. Disponible en: http://www.globalwitness.org/sites/default/files/import/logging_off_september_2008.pdf [en adelante *Logging Off*]; SAMFU Foundation (2002). *Plunder: The Silent Destruction of Liberia’s Rainforest*, p. 16. Disponible en: http://www.forestsmonitor.org/uploads/2e90368e95c9fb4f82d3d562fea6ed8d/plunder_1_.pdf; Global Witness (2001). *Taylor-made*, p. 10, 11. Disponible en: <http://www.globalwitness.org/sites/default/files/pdfs/taylormade2.pdf> [en adelante *Taylor-made*].

⁷⁴⁰ Randolph, Toni (2007). Liberians in Minnesota Tell Stories of Abuse, Torture, *Minn. Pub. Radio*, 1 de mayo de 2007, <http://minnesota.publicradio.org/display/web/2007/04/30/reconcile>.

⁷⁴¹ Liberia Profile, *BBC News Afr.*, 11 de octubre de 2013, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13729504> [12 de noviembre de 2013].

⁷⁴² Global Witness (2010). *Bankrolling Brutality*, p. 4. Disponible en: http://www.globalwitness.org/sites/default/files/import/bankrolling_brutality_hi.pdf [en adelante *Bankrolling Brutality*]; Drakenberg, Olof; Dahlberg, Emelie (2008). *Draft Liberia Environment and Climate Analysis*, Department of Economy, Universidad de Göteborg, p. 1. Disponible en: <http://www.sida.se/Global/Countries%20and%20regions/Africa/Liberia/Environmental%20policy%20brief%20Liberia.pdf>; Liberia Profile, *supra*, nota 741.

⁷⁴³ World Bank (2013). *Country Partnership Strategy for the Republic of Liberia for the Period FY13-17*, p. 2. Disponible en: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/2013/07/29/000112742_20130729094758/Rendered/PDF/746180IDA0R20130019102.pdf.

⁷⁴⁴ Greenpeace, *supra*, nota 732, p. 7.

⁷⁴⁵ Liberia: Danish Company Stops Buying Liberian Lumber, *IRIN*, 19 de Julio de 2001, <http://www.irinnews.org/report/23438/liberia-danish-company-stops-buying-liberian-lumber>; Dalhoff Larsen & Horneman A/S (2001). *Annual Report 2001*, p. 19. Disponible en: http://www.dlh.com/Investor/Download/Old_annual_reports/~media/files/Website%20specific%20files/GROUP/IR/UK/annual%20reports%20UK/annual_accounts_2001_english.ashx.

⁷⁴⁶ DLH. *Environmental Policy – Specific Targets and Results*, p. 2 (s.f.). Disponible en: <http://www.dlh.com/csr/~media/files/shared%20files%20cross%20websites/corporate%20responsibility/environment/dlh%20environmental%20policy%202010.ashx> [12 de noviembre de 2013].

⁷⁴⁷ Sun Beale, Sara; Safwat, Adam G. (2004). What Developments in Western Europe Tell Us About American Critiques of Corporate Criminal Liability, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 8, p. 89, p. 111 (2004).

⁷⁴⁸ Véase *Logging Off*, *supra*, nota 739, p. 12; *Taylor-made*, *supra*, nota 739, p. 17-18.

⁷⁴⁹ Global Witness (2009). *International Timber Company DLH Accused of Funding Liberian War*, 18 de noviembre de 2009, <http://www.globalwitness.org/fr/node/3896>. En el periodo que interesa a la demanda y hasta 2007, DLH Nordisk A/S operó en Francia a través de dos empresas, Indubois y Nordisk Bois.

⁷⁵⁰ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, 11 de noviembre de 2013. La Oficina Danesa del Fiscal de Delitos Económicos Graves (SØK) se ocupa de “los casos más complejos

y graves de delitos económicos”. International Association Anti-corruption Authorities (2012). *The Public Prosecutor for Serious Economic Crime (SØK)*, 9 de febrero de 2012, http://www.iaaca.org/AntiCorruptionAuthorities/ByCountriesandRegions/Denmarkkjigou/201202/t20120209_801339.shtml.

⁷⁵¹ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, *supra*, nota 750.

⁷⁵² Nepenthes se llama ahora Verden Skove. Véase *Nepenthes Skifter Navn til Verdens Skove*, VerdensSkove.org 26 de abril de 2011, <https://www.verdensskove.org/artikler/nepenthes-skifter-navn-til-verdens-skove>.

⁷⁵³ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, *supra*, nota 750.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*

⁷⁵⁵ *Ibíd.*

⁷⁵⁶ Véase *Bankrolling Brutality*, *supra*, nota 742, p. 2. La ley francesa anteriormente prohibía que las organizaciones no inscritas en el país iniciaran acciones legales y por ello Global Witness tuvo que asociarse con Sherpa en este caso. Véase Martens, Kerstin (2003). Examining the (Non-)Status of NGOs in International Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, p. 1, p. 16.

⁷⁵⁷ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, *supra*, nota 750.

⁷⁵⁸ *Ibíd.*

⁷⁵⁹ *Ibíd.*

⁷⁶⁰ *Ibíd.*

⁷⁶¹ *Ibíd.*

⁷⁶² *Ibíd.*

⁷⁶³ A lo largo de estos dos años, Global Witness y Sherpa unieron sus fuerzas a las de Greenpeace Francia, Amigos de la Tierra y al abogado y activista liberiano Alfred Brownell. Véase *International Timber Company DLH Accused of Funding Liberian War*, *supra*, nota 749.

⁷⁶⁴ Entrevistas telefónicas y por correo electrónico a Global Witness, *supra*, nota 750.

⁷⁶⁵ *Ibíd.*

⁷⁶⁶ *Ibíd.*

⁷⁶⁷ En adelante Monterrico.

⁷⁶⁸ Monterrico Metals PLC, <http://www.monterrico.com/s/home.asp> [8 de noviembre de 2013].

⁷⁶⁹ Monterrico Metals Plc. *Company Profile*, <http://www.monterrico.com/s/CompanyProfile.asp> [25 de noviembre de 2013].

⁷⁷⁰ Un convenio de concesión es un “contrato negociado entre una empresa y un Gobierno, que autoriza a la empresa a llevar a cabo una determinada actividad comercial en la jurisdicción del Gobierno”. *Convenio de concesión*, Investopedia, <http://www.investopedia.com/terms/c/concessionagreement.asp> [8 de noviembre de 2013].

⁷⁷¹ Se estima que la mina de cobre de Río Blanco tiene potencial para producir mineral por valor de aproximadamente 1.000 millones de dólares estadounidenses al año durante al menos veinte años. Bank Track. *Dodgy Deal: Río Blanco Copper Mine Peru*, p. 1 (s.f.). Disponible en: http://www.banktrack.org/manage/ajax/ems_dodgydeals/createPDF/rio_blanco_copper_mine [8 de noviembre de 2013].

⁷⁷² *Ibíd.*

⁷⁷³ Constitución Política del Perú, art. 89, párr. 2; Perú. Ley General de Comunidades Campesinas, Ley nº 24656; Perú. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley nº 26505.

⁷⁷⁴ International State Crime Initiative. *Torture at the Río Blanco Mine—A State-Corporate Crime?*, cap. 1 (s.f.). Disponible en: <http://www.statecrime.org/testimonyproject/peru#> [8 de noviembre de 2013].

⁷⁷⁵ *Ibíd.*, cap. 3.

⁷⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁷⁹ *Ibíd.*

⁷⁸⁰ *Ibíd.*, cap. 1.

⁷⁸¹ *Ibíd.*

⁷⁸² *The Devil Operation* (Guarango Films 2010).

⁷⁸³ Peruvian Torture Claimants Compensated by UK Mining Company, *Leigh Day*, 20 de julio de 2011, <http://www.leighday.co.uk/News/2011/July-2011/Peruvian-torture-claimants-compensated-by-UK-minin>.

⁷⁸⁴ *Ibíd.*

⁷⁸⁵ *Ibíd.*

⁷⁸⁶ *Ibíd.*

⁷⁸⁷ *The Devil Operation*, *supra*, nota 782.

⁷⁸⁸ *Ibíd.*; Véase Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2009). *Photographs Confirm Torture of Peasants Who Protested Against Majaz Mining*, 9 de enero de 2009, <http://derechoshumanos.pe/2009/01/photographs-confirm-torture-of-peasants-who-protested-against-majaz-mining/>.

⁷⁸⁹ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2008). Majaz Mine is Responsible for Tortures Against Peasants from Ayabaca and Huancabamba, *Diario El Regional De Piura*, 7 de junio de 2008, p. 1. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/909462>.

⁷⁹⁰ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, <http://derechoshumanos.pe/> [8 de noviembre de 2013].

⁷⁹¹ Peruvian Torture Claimants Compensated by UK Mining Company, *supra*, nota 783.

⁷⁹² *Ibíd.*

⁷⁹³ Environmental Defender Law Center. *Mining Opponents Tortured in Peru*, <http://www.edlc.org/cases/corporate-accountability/peru-mining-opponents-tortured/> [8 de noviembre de 2013].

⁷⁹⁴ Low, Peter (2012). *Río Blanco and the Conga Fallout*, Peru Support Group, febrero-marzo de 2012, <http://www.perusupportgroup.org.uk/article-545.html>.

⁷⁹⁵ Cobain, Ian (2009). Abuse Claims Against Peru Police Guarding British Firm Monterrico, *Guardian*, 18 de octubre de 2009, <http://www.theguardian.com/environment/2009/oct/18/british-mining-firm-peru-controversy>.

⁷⁹⁶ Código Civil de Perú, arts. 1969, 1978, 1981, 1983.

⁷⁹⁷ *Guerrero v. Monterrico*, EWHC 2475 (Q.B.) (2009). Disponible en: <http://www.leighday.co.uk/>

LeighDay/media/LeighDay/documents/Guerrero-v-Monterrico-QBD-16-10-09.pdf?ext=.pdf.

⁷⁹⁸ *Ibíd.*

⁷⁹⁹ *Ibíd.*

⁸⁰⁰ Environmental Defender Law Center (2013). *English Mining Company Agrees to Compensate Peruvian Torture Victims*, http://espanol.dir.groups.yahoo.com/group/RED_VERDE_PERU/message/10100 [8 de noviembre de 2013].

⁸⁰¹ *Ibíd.*

⁸⁰² *Guerrero v. Monterrico*, EWHC 3228 (Q.B.) (2010).

⁸⁰³ Monterrico Metals PLC (2009). *Comunicado de prensa, actualización de Monterrico Metals*, 27 de octubre de 2009. Disponible en: http://www.monterrico.com/s/PressReleases.asp?ReportID=391374&_Type=Press-Releases&_Title=Update-from-Monterrico-Metals.

⁸⁰⁴ *Ibíd.*

⁸⁰⁵ Peruvian Torture Victims Obtain Worldwide Freezing Injunction Over Mining Company Assets, *Leigh Day*, 19 de octubre de 2009, <http://www.leighday.co.uk/News/2009/October-2009/Peruvian-torture-victims-obtain-worldwide-freezing>.

⁸⁰⁶ *Zijin*, <http://www.zjky.cn/> [8 de noviembre de 2013].

⁸⁰⁷ Peruvian Torture Victims Obtain Worldwide Freezing Injunction Over Mining Company Assets, *supra*, nota 805.

⁸⁰⁸ *Guerrero v. Monterrico*, EWHC 3228 (Q.B.) (2010). Estas medidas tenían por objeto determinar “si había habido o no divulgación de información, si los demandantes tenían un caso sólido, si existía un riesgo de desaparición de bienes, así como el importe que había de ser congelado”. *Ibíd.*

⁸⁰⁹ *Ibíd.*

⁸¹⁰ *Ibíd.*

⁸¹¹ Peruvian Torture Victims Obtain Worldwide Freezing Injunction Over Mining Company Assets, *supra*, nota 805.

⁸¹² Durante una acción legal en Canadá, Anvil Mining vendió su mina de Dikilushi a la empresa china Minmetals. Behrmann, Elisabeth (2011). *Minmetals Acquires Congolese Copper Producer Anvil Mining for \$1.3 Billion*, *Bloomberg*, 30 de septiembre de 2011, <http://www.bloomberg.com/news/2011-09-30/minmetals-offers-1-3-billion-for-anvil-mining-39-premium-to-stock-price.html>. En el caso Bhopal, la venta de Union Carbide a Dow Chemical ha impedido a las víctimas obtener reparación. Kripalani, Manjeet (2008). *Dow Chemical: Liable for Bhopal?*, *Bloomberg Businessweek*, 27 de mayo de 2008, <http://www.businessweek.com/stories/2008-05-27/dow-chemical-liable-for-bhopal>. A pesar del fallo de 19.000 millones de dólares americanos contra la empresa, Chevron ha sido absuelto recientemente de responsabilidad con respecto al litigio abierto en Ecuador debido al acuerdo firmado en 1995 por Texaco Corp., que fue adquirida por Chevron en 2001; Gayathri, Amrutha (2013). *Ecuador Suffers Yet Another Setback in Case Against Chevron as International Tribunal Absolves the Company of Responsibility for ‘Collective’ Damage*, *International Business Times*, 20 de septiembre de 2013, <http://www.ibtimes.com/ecuador-suffers-yet-another-setback-case-against-chevron-international-tribunal-absolves-company>.

⁸¹³ Fundación Ecuémica para el Desarrollo y la Paz, <http://www.fedepaz.org/> [8 de noviembre de 2013].

⁸¹⁴ *Guerrero v. Monterrico*, EWHC 2475 (Q.B.) (2009). Disponible en: <http://www.leighday.co.uk/>

LeighDay/media/LeighDay/documents/Guerrero-v-Monterrico-QBD-16-10-09.pdf?ext=.pdf.

⁸¹⁵ *Ibíd.*

⁸¹⁶ *Ibíd.*

⁸¹⁷ International State Crime Initiative, *supra*, nota 774.

⁸¹⁸ Amnistía Internacional (2013). *Peru Death Threats*, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/003/2009/en/e61e37ea-f868-11dd-a0a9-2bd73ca4d38a/amr460032009en.html> [8 de noviembre de 2013].

⁸¹⁹ Periodista Que Denunció Torturas en Majaz es Amenazado, *Spacio Libre*, <http://www.spaciolibre.net/periodista-que-denuncio-torturas-en-majaz-es-amenazado/> [8 de noviembre de 2013].; Peruvian Journalist Receives Death Threats After Denouncing Torture, *MAC: Mines & Communities*, 23 de febrero de 2009, <http://www.minesandcommunities.org/article.php?a=9080>.

⁸²⁰ Environmental Defender Law Center. *Protecting Protest Leaders in Peru*, <http://www.edlc.org/cases/individuals/peru-leaders/> [8 de noviembre de 2013].

⁸²¹ Salazar, Milagros (2008). Peru: Mine Opponents Face Lawsuit Based on Press Clippings, *Gáldu*, 15 de abril de 2008, <http://www.galdu.org/web/index.php?odas=2702&giella1=eng>.

⁸²² Environmentalists Cleared of Terrorism, *Peru Support Group*, 31 de marzo de 2009, <http://www.perusupportgroup.org.uk/news-article-135.html>.

⁸²³ *Protecting Protest Leaders in Peru*, *supra*, nota 820.

⁸²⁴ *Ibíd.*

⁸²⁵ Peru: The Majaz Case, *Catapa*, <http://www.catapa.be/en/south-action/peru> [8 de noviembre de 2013].; Editorial: Mining and Development in Peru, *Peru Support Group*, <http://www.perusupportgroup.org.uk/article-159.html> [8 de noviembre de 2013].

⁸²⁶ Meeran, Richard (2011). *Tort Litigation Against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States*, p. 40. Disponible en: <http://www.leighday.co.uk/LeighDay/media/LeighDay/documents/Anglo%20-%20silicosis/Tort-litigation-against-multinational-corporations-by-Richard-Meeran.pdf>.

⁸²⁷ Entrevista a Leigh Day en Londres, Reino Unido, 9 de julio de 2013.

⁸²⁸ Peruvian Torture Claimants Compensated by UK Mining Company, *supra*, nota 783.

⁸²⁹ Zijin Unit Settles Case Over Peru Torture Claims, *Reuters*, 20 de julio de 2011, <http://www.reuters.com/article/2011/07/20/zijin-peru-idAFN1E76J01F20110720>.

⁸³⁰ Legal Proceedings Against Monterrico Metals Settled, *Peru Support Group*, 20 de julio de 2011, <http://www.perusupportgroup.org.uk/news-article-509.html#509>.

⁸³¹ Entrevista a Leigh Day, *supra*, nota 827; entrevista a la Catholic Agency for Overseas Development (CAFOD) en Londres, Reino Unido, 9 de julio de 2013.

⁸³² Peru: Undermining Justice, *Al Jazeera*, 6 de diciembre de 2012, <http://aje.me/J2k8Ki>.

⁸³³ Entrevista a la CAFOD, *supra*, nota 831.

⁸³⁴ Entrevista a Leigh Day, *supra*, nota 827.

⁸³⁵ Entrevista a la CAFOD, *supra*, nota 831.

⁸³⁶ Entrevista a Leigh Day, *supra*, nota 827.

⁸³⁷ Meeran, *supra*, nota 826, p. 20. La solicitud de realizó de conformidad con el Reglamento (CE) N° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO L 174 de 27 de junio de 2001, art 4.

⁸³⁸ Los abogados que intervinieron en este caso concreto señalan, sin embargo, que “aunque la acción legal podía haber sido utilizada por las comunidades como parte de una campaña para detener la mina, todos eran conscientes de que este no era el objetivo de la acción legal, sino que su finalidad era obtener una indemnización por las lesiones sufridas por las personas que habían presentado la demanda”. Entrevista con Leigh Day, *supra*, nota 827.

⁸³⁹ Catholic Agency for Overseas Development (CAFOD) (2011). *CAFOD Calls on UK Mining Company to Change Its Ways as Torture Case Settled Out of Court*, 20 de julio de 2011, <http://www.cafod.org.uk/News/International-News/Monterrico-Metals-2011-07-20> [última actualización 12 de junio de 2012].

⁸⁴⁰ Royal Dutch Shell plc se creó en 2004 cuando el Grupo Shell anunció que iba a transformarse en una estructura de capital único, dando lugar a una nueva empresa matriz. Shell Shareholders Approve Merger, *BBC News*, 28 de junio de 2005. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/4628983.stm>.

⁸⁴¹ *Shell at a Glance*, Shell.com, <http://www.shell.com/global/aboutshell/at-a-glance.html> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁴² *The Ogoni Issue*, Shell.com, <http://www.shell.com.ng/environment-society/ogoni.html> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁴³ *SPDC Operated Joint Venture Secures Wells in Ogoni Area*, Shell.com, <http://www.shell.com.ng/aboutshell/media-centre/news-and-media-releases/archive/2010/ogoni.html> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁴⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (2011) *Environmental Assessment of Ogoniland*, p. 25. Disponible en: http://postconflict.unep.ch/publications/OEA/UNEP_OEA.pdf [en adelante PNUMA].

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 204.

⁸⁴⁶ Véase en general, Milieudéfensie, *The Goi Case: A Reluctant Boxing Match Against Shell*, (s.f.). Disponible en: <http://www.milieudéfensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-go> [14 de noviembre de 2013]. [en adelante *The Goi Case*].

⁸⁴⁷ Milieudéfensie, *The Oruma Case: Oil Spill from a High-Pressure Oil Pipeline*, (s.f.). Disponible en: <http://www.milieudéfensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-oruma> [14 de noviembre de 2013]. [en adelante *The Oruma Case*].

⁸⁴⁸ El caso legal se refería tan solo a dos vertidos concretos ocurridos en 2006 y 2007. Milieudéfensie (2007). *The Ikot Ada Udo Case: The Hissing and Leaking 'Christmas Tree'* (2007). Disponible en: <http://www.milieudéfensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-ikot-ada-udo> [en adelante *The Ikot Ada Udo Case*].

⁸⁴⁹ Milieudéfensie (2013). *Milieudéfensie v. Shell: The 4 Nigerian Plaintiffs*. Disponible en: <http://www.milieudéfensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-nigerian-plaintiffs-in-shell-court-case/>.

⁸⁵⁰ *The Goi Case*, *supra*, nota 846; *The Oruma Case*, *supra*, nota 847; *The Ikot Ada Udo Case*, *supra*, nota 848.

⁸⁵¹ Las Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry (EGASPIN) establecen que, “las operaciones de limpieza deben empezar dentro de las primeras 24 horas desde que ocurre el vertido”. Steiner, Richard (2010). *Double Standard: Shell Practices in Nigeria Compared with*

International Standards to Prevent and Control Pipeline Oil Spills and the Deepwater Horizon Oil Spill, p. 17. Disponible en: <http://milieudedefensie.nl/publicaties/rapporten/double-standard>. En los vertidos ocurridos en el delta del Níger, Shell no inició los trabajos de limpieza hasta treinta y tres meses más tarde en Goi, cuatro meses más tarde en Oruma y más de once meses después en Ikot Ada Udo. *The Goi Case, supra*, nota 846; *The Oruma Case, supra*, nota 847; *The Ikot Ada Udo Case, supra*, nota 848.

⁸⁵² *The Oruma Case, supra*, nota 847; *The Ikot Ada Udo Case, supra*, nota 848; Allen, Fidelis (2012), *The Enemy Within: Oil in the Niger Delta*, *World Policy Journal*, nº 29, invierno 2012-2013, p. 46. Disponible en: <http://www.worldpolicy.org/journal/winter2012/enemy-within-oil-niger-delta>.

⁸⁵³ PNUMA, *supra*, nota 844, 150.

⁸⁵⁴ *The Goi Case, supra*, nota 846.

⁸⁵⁵ *The Oruma Case, supra*, nota 847.

⁸⁵⁶ *Ibíd.*

⁸⁵⁷ El autor de este Estudio de Caso, junto con la International Corporate Accountability Roundtable, se puso en contacto con Royal Dutch Shell y Shell Nigeria para que comentasen el contenido de este informe. Un representante de Shell respondió indicando que la empresa deseaba enviar un comentario, pero en el momento de la publicación no se había recibido ninguna respuesta. Véase correo electrónico de Jonathan French, portavoz, U.K. Media Relations, Shell International enviado a Katie Shay, International Corporate Accountability Roundtable, 22 de noviembre de 2013, archivado por ICAR. En caso de que Shell envíe una respuesta, será publicada en el sitio internet de ICAR, www.accountabilityroundtable.org.

⁸⁵⁸ Milieudedefensie, <https://www.milieudedefensie.nl/english> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁵⁹ Milieudedefensie, *Factsheet: The People of Nigeria Versus Shell* (s.f.). Disponible en: www.milieudedefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-the-people-of-nigeria-versus-shell-timeline-shell-courtcase [14 de noviembre de 2013].

⁸⁶⁰ *Statement of Defense in the Motion Contesting Jurisdiction, Oguru et al./Shell Petroleum Development Company of Nigeria*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 8 de Julio de 2009, Países Bajos. Disponible en: <http://www.milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/s-the-response-of-milieudedefensie-and-the-nigerian-plaintiffs-to-shell2019s-argument-for-non-jurisdiction>.

⁸⁶¹ *Ibíd.*

⁸⁶² Milieudedefensie. *Information for Press*, <http://www.milieudedefensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁶³ *Ibíd.*

⁸⁶⁴ *Vereniging Milieudedefensie/Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 14 de septiembre de 2011, docket no. 337050/HA ZA 09-1580, párr. 4.6, Países Bajos. Disponible en: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529>.

⁸⁶⁵ Sunmonu, Mutiu (2011). *An Open Letter on Oil Spills From the Managing Director of the Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, Shell.com, 8 de abril de 2011, <http://www.shell.com.ng/aboutshell/media-centre/news-and-media-releases/archive/2011/open-letter-04082011.html>.

⁸⁶⁶ *Ibíd.*

⁸⁶⁷ *Royal Dutch Shell plc/Oguru et al.*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 13 de mayo de 2009, docket no. 2009/0579, Países Bajos. Disponible en: <http://milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shells-response-to-the-subpoenas>.

⁸⁶⁸ Entrevista telefónica con Böhler Franken Koppe Wijngaarden, 6 de junio de 2013.

⁸⁶⁹ *Ibíd.*

⁸⁷⁰ *Ibíd.*

⁸⁷¹ *Ibíd.*

⁸⁷² *Ibíd.*

⁸⁷³ Véase Milieudéfensie. *Oruma Subpoena*, <https://www.milieudéfensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/viewm> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁷⁴ *Vereniging Milieudéfensie/Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 14 de septiembre de 2011, docket no. 337050/HA ZA 09-1580, Países Bajos. Disponible en: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529>.

⁸⁷⁵ *Oruma Subpoena*, *supra*, nota 873.

⁸⁷⁶ Entrevista telefónica a Böhler Franken Koppe, *supra*, nota 868.

⁸⁷⁷ *Ibíd.*

⁸⁷⁸ *Ibíd.*

⁸⁷⁹ Milieudéfensie. *Documents on the Shell Legal Case*, <https://www.milieudéfensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press/documents/documents-on-the-shell-legal-case> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁸⁰ *Royal Dutch Shell plc/Oguru et al.*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 13 de mayo de 2009, docket no. 2009/0579, Países Bajos. Disponible en: <http://milieudéfensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shells-response-to-the-subpoenas>.

⁸⁸¹ *Oruma et al./Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito de La Haya], 30 de diciembre de 2009, docket no. 330891/HA ZA 09-579, Países Bajos. Disponible en: <http://milieudéfensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/judgment-courtcase-shell-in-jurisdiction-motion-oruma>.

⁸⁸² Los artículos 27 a 30 del Reglamento Bruselas I exigen concretamente que las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE se abstengan de entender de un asunto cuando ese asunto, u otro relacionado con él, esté pendiente ante otra jurisdicción nacional de un Estado miembro de la UE, para evitar conflictos positivos de competencia, así como el riesgo de pronunciar decisiones contradictorias. Enneking, *supra* note 380, p. 211. Aunque las normas del Reglamento Bruselas I sobre *lis pendens* solo se aplican cuando el mismo asunto está pendiente ante una jurisdicción nacional de otro Estado miembro de la UE, son asimismo generalmente aplicadas cuando se trata de tribunales situados fuera de la Unión Europea. Las autoridades judiciales nacionales disponen de un amplio poder discrecional para suspender un procedimiento en tales circunstancias. Por ejemplo, en los Países Bajos, “si las víctimas extranjeras de violaciones de los derechos humanos tienen un interés razonable en que su demanda sea igualmente examinada por los tribunales neerlandeses, porque existe, por ejemplo, un retraso en el procedimiento que se desarrolla en el extranjero, los tribunales neerlandeses pueden entonces decidir entender de un asunto”. *Ibíd.*, p. 212. Esta regla de *lis pendens* puede resultar especialmente importante en los litigios transnacionales, debido a que los sistemas jurídicos de los Estados de acogida no están siempre capacitados para examinar de forma adecuada o eficaz los asuntos, debido a la complejidad que implica este tipo de litigios. Grabosch, Robert (2013). *Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen*, in *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, Ralf Nikol et al. eds., p. 69, 78.

⁸⁸³ *Vereniging Milieudéfensie/Royal Dutch Shell plc*, Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal de distrito

de La Haya], 14 de septiembre de 2011, docket no. 337050/HA ZA 09-1580, Países Bajos. Disponible en: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3529>.

⁸⁸⁴ Milieudefensie. *Factsheet: The Legal Case, Step by Step*, (s.f.), <https://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/factsheet-court-case-step-by-step> [14 de noviembre de 2013].

⁸⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁸⁷ Entrevista telefónica a Böhler Franken Koppe, *supra*, nota 868.

⁸⁸⁸ Milieudefensie (2013). *Nigerians and Milieudefensie Appeal in Shell Case*, 1 de mayo de 2013, <http://www.milieudefensie.nl/english/pressreleases/nigerians-and-milieudefensie-appeal-in-shell-case>.

⁸⁸⁹ *Ibíd.*

Los Estados están fracasando en su obligación de garantizar el acceso a recursos judiciales eficaces a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas que operan fuera de su territorio.

Las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas tienen derecho a un acceso completo y eficaz a los mecanismos judiciales de reparación, independientemente de donde ocurran estas violaciones. A dos años de la adhesión universal a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aún queda mucho trabajo por hacer.

“El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales” identifica y analiza las barreras a los mecanismos de recurso en los Estados Unidos, Canadá y Europa, al tiempo que formula recomendaciones sobre las acciones que los Estados deberían llevar a cabo para resolver la cuestión.



CORE PUTTING PEOPLE
& THE PLANET AT THE
CORE OF BUSINESS



Co-financiado por el Programa de Justicia Civil de la Unión Europea

La presente publicación contó con el apoyo financiero del Programa Justicia Civil de la Unión Europea. El contenido de esta publicación es la responsabilidad exclusiva de sus autores y en ningún caso se debe considerar que reflejan la opinión de la Comisión Europea.