

# HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



## Papeles el tiempo de los derechos

### ***NEVER SEND TO KNOW ...*, COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA *JESNER V. ARAB BANK*, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS**

**Francisco Javier Zamora Cabot**

Universitat Jaume I

**Maria Chiara Marullo**

Universitat Jaume I

**Palabras clave:** Empresas Transnacionales - Derechos Humanos – Litigios Transnacionales - Alien Tort Claims Act - Estados Unidos - *Jesner*

**Keywords:** Transnational Companies – Human Rights – Transnational Litigations – Alien Tort Claims Act – United States - *Jesner*

Número: 32

Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**NEVER SEND TO KNOW ..., COMENTARIO CRÍTICO A LA  
SENTENCIA *JESNER V. ARAB BANK*, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS<sup>+</sup>**

Francisco Javier Zamora Cabot\*  
Maria Chiara Marullo\*\*

**Resumen:** En estas páginas, que reflejan en lo fundamental nuestra Ponencia conjunta al IV Seminario Internacional UJI/URV Sobre Empresas y DDHH, (Castellón, Octubre de 2018), proponemos nuestras reflexiones críticas, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Jesner v. Arab Bank*, que ha sentado un precedente importante en el proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los Derechos Humanos, haciéndolos imposibles respecto de las empresas extranjeras y, probablemente, preparando el terreno para que suceda lo propio con las domésticas. Gracias a una lectura historicista del *Alien Tort Claims Act* (ATS o ATCA), el Alto Tribunal afirma que ni el tenor literal del texto ni los precedentes apoyan una excepción a los principios generales, deduciendo que debe ser el Poder Legislativo el que considere si el interés público podría servirse en caso de imponer nuevas responsabilidades sustantivas y, entre ellas, una norma que impusiese responsabilidad sobre entidades artificiales como las empresas. De todo lo cual deduce que "...sería inapropiado que los tribunales extendiesen la responsabilidad bajo el ATS a las empresas extranjeras, a salvo de una acción en tal sentido a cargo del Congreso".

**Abstract:** All along these pages that basically are a reflection of our joint presentation carried out within the framework of the IV International Seminar UJI/URV on Corporations and Human Rights (Castellon, October, 2018), we propose our critical insights, from the International private law perspective, of the ruling of the Supreme Court of the United States in the case *Jesner v. Arab Bank*. This judgment has set an important precedent in relation with the process of access restriction to courts in the United States as far as international disputes involving serious infringements on Human Rights are concerned, making them impossible with regard to foreign corporations, and probably setting the land for this to happen with domestic ones as well. Due to a historical reading of the Alien Tort Claims act (ATS or ATCA), the High Court states that neither the literal wording of the text nor the precedents support an exception to the general principles, reaching the conclusion that it falls within the scope of the Legislative Power to consider whether the public interest could be a resource in the event that new substantive responsibilities were imposed and, among them, a rule requiring liability over artificial entities as it happens with companies. It therefore follows that "...it would be inappropriate that courts might enlarge the field of action of responsibility following the application of ATS to foreign corporations, except by action arising out of Congress in the same direction".

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat Jaume I.

\*\* Profesora Ayudante Doctor de Derecho internacional privado, Universitat Jaume I.

## I- Introducción

La idea de un Seminario como éste, es crear un espacio de especialistas, investigadores y personas comprometidas, en definitiva, con la protección de los Derechos Humanos, para analizar estas cuestiones y poder transmitir mensajes a la sociedad, no solamente al ámbito académico, sobre problemas de tanto relieve como los aquí tratados.

Lo que nos motiva para la creación de este espacio y también para esta ponencia relativa a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*<sup>1</sup>, es en particular el impulso de promover políticas legislativas estatales e internacionales que protejan los intereses y derechos de los individuos. Políticas nuevas para dar soluciones a problemas que están afectando a millones de personas y entre ellas, en especial, a comunidades indígenas<sup>2</sup> y trabajadores que a menudo ven sus derechos lesionados por las actividades de grandes empresas transnacionales a lo largo y ancho de este mundo<sup>3</sup>. Como investigadores, abogados y profesores, tenemos que seguir con este gran compromiso, impulsando medidas para erradicar la impunidad de grandes corporaciones y defender los derechos de las víctimas de graves ilícitos internacionales.

---

<sup>1</sup> *Jesner et. Al. V. Arab Bank, PLC.*, No. 16-499, USSC, decided April 24, 2018, en adelante, cit. *Jesner*. Vid. el texto de la Decisión y una completa documentación del caso en <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/jesner-v-arab-bank-plc/> Para otra decisión de interés relativa a financiación del terrorismo, el ATS y el *Anti Terrorism Act* (ATA), vid., *Ofisi v. BNP Paribas, S.A.*, del Juzgado del Distrito de Columbia, de 29 de Septiembre de 2017, comentada, v. gr., en [https://www.orrick.com/Insights/2017/09/The-World-in-US-Courts-Winter-2018--Ofisi-v-BNP-Paribas-SA?\\_id=C75D1B565F204112BADB81E0E79C9CF8&\\_z=z](https://www.orrick.com/Insights/2017/09/The-World-in-US-Courts-Winter-2018--Ofisi-v-BNP-Paribas-SA?_id=C75D1B565F204112BADB81E0E79C9CF8&_z=z).

<sup>2</sup> Sobre estos temas, nuestros compañeros de la Universitat Jaume I (la Profesora María Victoria Camarero Suárez, el profesor Natan Elkin y la doctoranda Nuria Reguart Segarra) y de la Universitat Rovira y Virgili (el doctorando Jeronimo Basilio Sao Mateus), han presentado ponencias relativas a la defensa de los Derechos Humanos y de los territorios sagrados de las poblaciones indígenas. María Victoria Camarero Suárez: "El caso Dakota Access: Defensa del territorio sagrado ante grandes infraestructuras"; Natan Elkin: "El Convenio núm. 169: balance preliminar de 20 años de aplicación para las empresas y los derechos indígenas"; Núria Reguart Segarra: "El derecho a la vida de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; Jeronimo Basilio Sao Mateus: "El derecho a la libertad religiosa y la protección de los Sitios Naturales Sagrados: análisis del caso nación Ktunaxa vs. Columbia Británica".

<sup>3</sup> Sobre temas relativos al cambio climático y litigios medioambientales, véanse las ponencias de los profesores Agustín Viguri Perea y Juan Carlos Blanco y del doctorando Gastón Alejandro Médici. Agustín Viguri Perea: "Nuevas tendencias en materia de derechos de la persona, medio ambiente y empresas"; Juan Carlos Blanco: "Cuenca matanza riachuelo: la megacausa ambiental Argentina"; Gastón Alejandro Médici: "Buscando un responsable: cambio climático, litigación y empresas".

Sobre las políticas legislativas el profesor José Manuel Sánchez Patrón<sup>4</sup>, la profesora Adoración Guamán<sup>5</sup> y Antoni Pigrau Solé<sup>6</sup> nos han evidenciado los esfuerzos a nivel internacional para la creación de normas vinculantes: el camino hacia un tratado internacional sobre las obligaciones de las grandes corporaciones de respetar, proteger de los derechos humanos y responsabilizar a las corporaciones en caso de graves violaciones<sup>7</sup> y las novedades introducidas a nivel estatal en los Planes Nacionales sobre empresas y Derechos Humanos<sup>8</sup>. Nuestro compañero, el profesor José Elías Esteve Moltó<sup>9</sup> nos ha puesto de relieve los remedios judiciales existentes para la rendición de cuentas<sup>10</sup>; sobre el tema de las cadenas de suministro, en un artículo reciente, junto a nuestra compañera, la Profesora Lorena Sales Pallarés<sup>11</sup>, se ha podido tratar el tema de las nuevas iniciativas legislativas a nivel estatal para controlar las empresas, como puede ser el *Modern Slavery Act*<sup>12</sup>, o la *Proposition de Loi relative au devoir de*

---

<sup>4</sup> Ponencia titulada: "Las obligaciones de las empresas transnacionales en el futuro tratado internacional sobre derechos humanos".

<sup>5</sup> Ponencia titulada: "Del documento de elementos al draft 0: el camino hacia el binding treaty".

<sup>6</sup> Ponencia titulada: "El Plan de acción nacional español de empresas y derechos humanos".

<sup>7</sup> Sobre este tema, véanse el documento publicado por el Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) "Legally binding instrument to regulate, in international Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business Enterprise", el texto se puede consultar en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

<sup>8</sup> Más información sobre los Estados que han adoptado los Planes en la web de Business and Human rights centre: <https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>. En particular, el Plan español fue publicado en el BOE n.º 222, de 14 de septiembre de 2017, mediante Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

<sup>9</sup> Ponencia titulada: "Mecanismos judiciales de exigencias de responsabilidades penales internacionales a las empresas transnacionales".

<sup>10</sup> Sobre este aspecto véanse los resultados del grupo de Trabajo Human Rights in Business, en el marco del Proyecto Europeo: Human Rights in Business, publicados en el Informe final "Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union", Edited By Juan José Álvarez Rubio, Katerina Yiannibas, Routledge, Londres. Más información sobre el proyecto: <http://humanrightsinbusiness.eu/>. De gran interés también el estudio sobre las barreras legales y procedimentales de ICAR, CORE, ECCJ. This study was conducted by Professor Gwynne Skinner, Robert McCorquodale and Olivier De Schutter and refers to the analysis of the Third Pillar and access to judicial remedies. There It has been shown that the currently existing barriers prevent, all or in part, of the access to justice for victims of serious violations of international law perpetrated by multinational companies. El texto se puede consultar en: <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/EI-TercerPilar.pdf>.

<sup>11</sup> Ponencia titulada: "Las Cadenas de suministro en el punto de mira judicial".

<sup>12</sup> "The Modern Slavery Act will give law enforcement the tools to fight modern slavery, ensure perpetrators can receive suitably severe punishments for these appalling crimes and enhance support and protection for victims". Más información en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

*vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*<sup>13</sup> o el *Transparency Supply Chains Act*<sup>14</sup>.

Ahora bien, por lo que aquí nos concierne, y desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en diferentes publicaciones y ponencias hemos enfatizado el papel del llamado *Alien Tort Claims Act*<sup>15</sup> o *Alien Tort Statute* como medio de reparación de violaciones graves de los derechos humanos. Esta norma ha sido utilizada para prevenir y reparar esas conductas perpetradas tanto por individuos como por empresas, desde la perspectiva civil<sup>16</sup>. En otras palabras, en las últimas décadas a través de este ATCA se ha otorgado una respuesta reparadora, indemnizaciones, a las víctimas, en un País, Estados Unidos (EE.UU.), que no necesita estar directamente relacionado con la conducta ilícita que ha provocado un daño o perjuicio como grave violación a los Derechos Humanos<sup>17</sup>. Sin embargo, este sistema descrito anteriormente se ha visto menoscabado por decisiones jurisprudenciales que han vaciado casi de contenido el ATCA y con pocas posibilidades de ser aplicado respecto de conductas que se verifican

---

<sup>13</sup> Assemblée Nationale Constitution du 4 octobre 1958 Quatorzième Législature Session Ordinaire de 2016 2017, 21 février 2017. Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (Texte définitif). Más información en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/ta/ta0924.pdf>.

<sup>14</sup> Senate Bill n.º 657. CHAPTER 556. An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking. [Approved by Governor September 30, 2010. Filed with Secretary of State September 30, 2010.]. El texto completo de la ley se puede consultar en: [http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb\\_0651-0700/sb\\_657\\_bill\\_20100930\\_chaptered.pdf](http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.pdf). Sobre este tema, Sales Pallarés, Lorena y Marullo, Maria Chiara, “El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro”, *Persona y Derecho*, n. 78, 2018, pp.261-291.

<sup>15</sup> ATS, Judiciary Act of 1789, ch. 20, §9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789), codified in 28 U.S.C. §1350 (1976). Sobre este tema, veáanse, entre otros, Zamora Cabot, Francisco Javier, “Los Derechos Fundamentales en Clave del Alien Tort Claims Act of 1789 de los EE.UU. y su Aplicación a las Corporaciones Multinacionales: The ATCA Revisited”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, p. 349; Marullo, Maria Chiara El Alien Tort Claims Act de 1789: Su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas. ICIP WORKING PAPERS, número 34 de mayo 2014, accessible en: [http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/workingpapers/2014/arxiu/wp\\_2014\\_-\\_03\\_cast.pdf](http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/workingpapers/2014/arxiu/wp_2014_-_03_cast.pdf). Asimismo, vid., v.gr., entre la doctrina más reciente, Sterio, Milena, “Corporate liability for human rights violations: The future of the ATCA”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 50, 1, 2018, pp.127-150 y Kelly, Michael, “Atrocities by corporate actors: A historical perspective”, *ibidem*, pp. 49-88.

<sup>16</sup> Requejo Isidro, Marta, “Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil Transnational Human Rights Claims”, *REEI*, n.17, 2009; Idem, “Litigación Civil Internacional por Abusos Contra Derechos Humanos. El Problema de la Competencia Judicial Internacional”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, n. 10, Idem, “La Responsabilidad de las Empresas por Violación de Derechos Humanos: Deficiencias del Marco Legal”, *Scientia Juris* vol. 1, 2011. Pigrau Solé, Antoni, “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la alien tort claims act por su participación en violaciones de derechos humanos”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, No 25, Madrid, 2010, Universidad Complutense de Madrid, 113-130, p.114.

<sup>17</sup> Zamora Cabot, Francisco Javier, “Una luz en el corazón de las tinieblas: el Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA) de los EEUU”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Tomo II., 2005 Universidad de Sevilla, Sevilla

fuera o que no tengan una fuerte conexión con el territorio de los Estados Unidos. En el año 2013 dos decisiones del Supremo de los EE.UU. en los casos *Kiobel II*<sup>18</sup> y *Daimler*<sup>19</sup>, han puesto de manifiesto esta postura rígida del Supremo y *de facto* han sentado un precedente gravísimo que ha obstaculizado los derechos de las víctimas de graves ilícitos internacionales a obtener una justa compensación por lo sufrido<sup>20</sup>.

## II- Los antecedentes de la Decisión: referencia especial a *SOSA*, *Kiobel* y *Daimler*.

Si en *Sosa* el Alto Tribunal supedita de modo general la aplicación del ATCA a que las conductas impliquen violaciones de las normas de *Jus Cogens*, en los otros dos casos, considerados como desvinculados de los EE.UU. o *F-Cubed Cases*, el Tribunal Supremo situó, en primer término, al ATCA y su aplicación en el océano turbio y tempestuoso de la extraterritorialidad de las leyes. Así, en *Kiobel II*, conforme a la jurisprudencia en *Morrison v. National Australia Bank*<sup>21</sup> se extendió, no poco forzosamente, la presunción contra la extraterritorialidad a una norma jurisdiccional, como es el caso del ATCA; es decir, el ATCA no posibilitaría una vía a la justicia respecto de las víctimas que sufran abusos de los Derechos Humanos fuera del territorio de los EE. UU., a salvo, para compensar quizá de la restricción sentada, del juego del llamado Test de *Touch and Concern* al que hemos dedicado un extenso estudio, cit., y que ha sido utilizado como una herramienta para posibilitar que los tribunales inferiores conozcan aquellos casos que tengan una *conexión real* con el territorio de los EE.UU. Con todo, la doctrina sentada por el Alto Tribunal dejó asimismo ciertos márgenes de discrecionalidad a los tribunales interiores respecto de la interpretación de los requisitos para poder superar el test/prueba de no extraterritorialidad. Esta discrecionalidad ha venido generando posicionamientos contradictorios a la espera de que el Supremo se

---

<sup>18</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, Supreme Court of the United States 569 U.S. No. 10-1491. (Decided April 17, 2013).

<sup>19</sup> *Daimler AG v. Bauman et al*, Supreme Court of the United States No. 11-965. (Decided January 14, 2014).

<sup>20</sup> Para profundizar el caso *Kiobel*, véanse nuestro trabajo y la doctrina allí citada sobre las consecuencias del caso *Kiobel* en los juicios civiles transnacionales sobre empresas y Derechos Humanos: Marullo, Maria Chiara and Zamora Cabot, Francisco Javier, “Transnational Human Rights Litigations: *Kiobel’s Touch and Concern: A Test Under Construction*” (April 14, 2016). HURI-AGE, Vol. 1, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765068>. Asimismo, v.gr., Bright, Claire, “The implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Case* for the exercise of extraterritorial jurisdiction”, accessible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2364707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2364707).

<sup>21</sup> 561 U.S. 247, 255 (2010).

volviera a pronunciar, enervando definitivamente el ATCA o dejando margen a la aplicación de este texto en caso de graves ilícitos internacionales perpetrados por individuos o por empresas.

Pero, luego de la Decisión en el caso *Daimler* este Tribunal va, en la práctica, más allá, al introducir en el ámbito de la llamada Jurisdicción Personal General, (*General Personal Jurisdiction*) y respecto de las empresas, el requisito de que las extranjeras solo puedan ser demandadas donde se sientan “*essentially at home*” lo que, en realidad, abona limitar la competencia sobre ellas a los tribunales de países en los que están registradas o tengan su administración principal<sup>22</sup>.

Por su parte, la Decisión *Jesner* da un paso más, e importante, en este proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los Derechos Humanos, haciéndolos, como veremos, imposibles respecto de las empresas extranjeras y, probablemente, preparando el terreno para que suceda lo propio con las domésticas.

### III- Decisión en el caso *Jesner v. Arab Bank*

Veamos en primer lugar, brevemente, el supuesto que se enjuicia, según los términos del resumen (*Syllabus*) que acompaña el texto de la Decisión y en el que nos basaremos también para presentarla en esta sede.

“Los demandantes (en número de varios miles) entablaron demandas bajo el *Alien Tort Statute* (ATS), alegando que ellos, o sus representados, sufrieron lesiones o perdieron la vida por actos terroristas perpetrados en el extranjero, y que tales actos fueron causados en parte o facilitados por el demandado, Arab Bank, OLC, una institución financiera jordana con sucursal en Nueva York. Sostienen que el banco usó esa sucursal para llevar a cabo transacciones nominadas en dólares que beneficiaron a los terroristas a través del sistema CHIPS (*Clearing House Interbank Payments System*) y para blanquear dinero para una entidad con fines no lucrativos radicada en Texas, que presuntamente se encontraba afiliada a Hamás. Pendiente el litigio, el Tribunal Supremo dictaminó, en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit., (*Kiobel II*), que el ATS no se extiende contra empresas extranjeras cuando ‘toda la conducta relevante aconteció fuera

---

<sup>22</sup> Vid., v.gr., D’Angelo, Nicholas, “Emerging from Daimler’s Shadow: Registration Statutes as a means to General Jurisdiction over foreign corporations”, *St. John’s Law Review*, vol. 91 (1), pp. 211-246.



de los Estados Unidos’, pero dejó sin resolver la doctrina más general avanzada por el prestigioso Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en *Kiobel I*, en el sentido de que las empresas extranjeras no pueden ser demandadas bajo el ATS. En base a ello, en *Jesner*, el Juzgado Federal de Distrito del Distrito Oriental de Nueva York, (perteneciente a ese Segundo Circuito y ante el que se habían presentado las demandas), desestimó las pretensiones de los demandantes, siendo confirmada su sentencia por el citado Tribunal de Apelación”.

Importa señalar que tal doctrina general tenía detractores dentro del propio Segundo Circuito, y permanecía aislada frente a la práctica sobre el ATS del resto de Circuitos Federales<sup>23</sup>.

Así las cosas, los demandantes solicitan al Tribunal Supremo que revise el caso, a lo que responde afirmativamente, y hará, respecto de la responsabilidad de las empresas en relación con los crímenes en violación del Derecho Internacional perpetrados por sus “agentes humanos”, cuando estos hubieren usado la maquinaria corporativa a tales fines, y según los términos que el Alto Tribunal se fija, considerando “*si el Poder Judicial tiene autoridad, en una acción basada en el ATS...(a establecer tal responsabilidad) y después a ejecutarla en pleitos en base al ATS, todo ello sin la explícita autorización del Congreso para llevarlo a cabo*”<sup>24</sup>.

En muchas ocasiones el propio planteamiento de la pregunta parece prefigurar lo que se desea contestar, y ésta es, creemos, una de ellas.

Pero no adelantemos lo que responde el Alto Tribunal, del que es Ponente en esta ocasión un Magistrado, el *Justice* Kennedy, al que tradicionalmente se considera como un punto de equilibrio entre los sectores conservador y liberal de aquél.

Cabe indicar, iniciando ya el resumen de la Decisión, que ésta se presenta a efectos de la doctrina sentada en términos complejos, pues si bien otros cuatro *Justices* asumen los planteamientos de Kennedy respecto de algunos puntos, en otros el Ponente no consigue que le siga una mayoría del Alto Tribunal. También hay que anotar el Voto Particular de

---

<sup>23</sup> Con una crítica a la actuación del citado Tribunal de Apelación en este caso, vid., v. gr., Frazier, Dane, “Falling short of international standards: The Second Circuit narrows its human rights jurisprudence despite an expanding global economy (*In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation*, 808 F.3d 144 (2d Cir. 2015)”, *Washburn Law Journal*, vol. 57, p. 203 y ss. (2018).

<sup>24</sup> *Jesner*, Slip. op. p.2.

la *Justice* Sotomayor, en el que disiente del fallo y con el que logra el apoyo de los otros tres jueces del ala liberal del Tribunal Supremo. En todo caso, éste decide confirmar las decisiones de instancia y apelación y, con ello, ***fija el precedente de que las empresas extranjeras no puedan ser demandadas en base al ATS.***

En el núcleo de su razonamiento, el Ponente, en primer lugar, lleva a cabo un sumario desarrollo histórico del ATS, indicando que se trata de un texto “estrictamente jurisdiccional” que no provee por sí un título para accionar (*cause of action*) respecto de las violaciones del derecho internacional, aunque el precedente *Sosa* permita a los tribunales, en circunstancias estrictamente definidas y respecto de lo que cabe asumir como violaciones del *Jus Cogens*, que concedan tal título a partir del derecho común federal (*federal common law*). Con todo, Kennedy, expresa, asimismo, que en *Sosa* el Alto Tribunal había puesto de relieve la necesidad de respetar la separación de poderes de los Estados Unidos y las posibles consecuencias de lo que pudiera deducirse en estos casos respecto de las relaciones exteriores del País. Tras de lo cual el *Justice* recuerda el precedente *Kiobel*, citado, y la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes consagrada respecto del ATS por el Alto Tribunal, que solo puede enervarse, en relación con demandas que “toquen y conciernan el territorio de los Estados Unidos...si lo hacen con suficiente fuerza para desplazar” tal presunción.

El Ponente trata después del poder de los jueces respecto de la creación o extensión judicial de títulos para accionar o *causes of action* partiendo de lo que afirma ser una actitud general del Alto Tribunal reacia a ello. Y trae a colación varios precedentes recientes que lo confirmarían, v.gr., *Ziglar*<sup>25</sup>, *Correctional Services Corp.*<sup>26</sup> o *Bivens*<sup>27</sup>. Desprende de ellos que debe ser el Poder Legislativo el que considere si “el interés público podría servirse en caso de imponer nuevas responsabilidades sustantivas...(y entre ellas)...una norma que impusiese responsabilidad sobre ‘entidades artificiales’ (sic), como las empresas”.

Según Kennedy, ni el tenor literal del ATS ni el precedente apoyan una excepción a esos principios generales, y particularmente bajo la luz de las consideraciones de

---

<sup>25</sup> James W. Ziglar v. Ahmer Iqbal Abbasi, et. al., Supreme Court of the United States, n. 15-1358, DECIDED Jun 19, 2017.

<sup>26</sup> Correctional Services Corporation v. Malesko, Supreme Court of the United States, n. 00-860, Decided November 27, 2001.

<sup>27</sup> *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U. S. 388.

política exterior que pueden verse afectadas, que caen bajo el dominio de las correspondientes ramas políticas del Estado. De todo lo cual deduce que “...sería inapropiado que los tribunales extendiesen la responsabilidad bajo el ATS a las empresas extranjeras, a salvo de una acción en tal sentido a cargo del Congreso”.

El *Justice Kennedy* concluye, en fin, su línea principal de razonamientos, remontándose a los orígenes del ATS y su concepción como un medio de evitar conflictos internacionales en caso de violaciones del Derecho Internacional que, de no proveerse un remedio para las víctimas extranjeras, pudiera resultar en responsabilidad para la naciente República. Sería, pues, un medio para promover unas relaciones internacionales armónicas y, afirma, justo lo contrario de lo que ha sucedido en el caso *Jesner*, donde se han visto deterioradas durante 13 años las relaciones con Jordania, fiel aliado de los EE. UU. y país de sede de la empresa. A partir de todo lo cual, y sentando ya una doctrina con alcance general, el Tribunal Supremo sustrae a las empresas extranjeras, como hemos dicho, del sometimiento al ATS en un nuevo y verdadero hito en la práctica de ese texto.

#### IV. Comentario crítico de la Decisión<sup>28</sup>.

En los términos sucintos en los que nos es dado actuar aquí, llevaremos ahora a cabo nuestro análisis, partiendo de algunas apreciaciones generales.

Destacamos en primer lugar, entre éstas, el que el resultado al que llega el Alto Tribunal, la impunidad de las empresas extranjeras ante los tribunales de los Estados Unidos respecto de graves violaciones de los Derechos humanos, lo que en muchas ocasiones conducirá, pura y simplemente, a que **nunca** respondan de esos actos, **no nos ha sorprendido**. Incluso prefigura ya muy probablemente el que suceda lo propio con sus empresas domésticas. Como hemos indicado, es notorio y se ha reflejado con anterioridad en otros precedentes, el ánimo de un número sustancial de los miembros del Tribunal Supremo en el sentido de ir desligando a los tribunales inferiores de estos litigios transnacionales en los que se ven implicadas las empresas y los Derechos Humanos.

---

<sup>28</sup> Entre los avanzados hasta el momento, destacaremos inicialmente el análisis ofrecido por Catá Backer, L., “Brief thoughts on *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 US...(2018): The state of judicial remedies for corporate liability for human rights violations”, *Working Papers, Coalition for Peace and Ethics*, No. 4/3 (April 2018).

Sobre este particular, no sería ocioso traer a colación, asimismo, el sesgo pro-empresarial palpable en muchas de las recientes decisiones del Alto Tribunal, reflejado al hilo de sectores y problemas muy diversos, como el de las relaciones laborales<sup>29</sup>. Tampoco, el situar la decisión en *Jesner* dentro de una tendencia que por su parte tiene ya largo recorrido y de la que fue adalid el extinto *Justice* Scalia, que abonaba una lectura contraria a la extraterritorialidad de las leyes lo que, si por una parte, parece conforme a las tesis internacionalistas de la limitación y auto-moderación en el ejercicio del poder, por otra, se antoja forzada y extemporánea en los citados litigios. Y ello, por un lado, porque el ATS, que los sustenta, no es como se ha dicho una norma sustantiva, sino jurisdiccional y, por otro, porque ésta contención en el ejercicio del poder se echa a faltar en muchos supuestos en los que se encuentran en juego no *ya la protección de los Derechos Humanos y la piedra angular del acceso a la justicia dentro del imperio de la ley*, sino los descarnados intereses estatales albergados en múltiples componentes del acervo normativo de los Estados Unidos, cuyo vigor frente a la comunidad internacional y sus miembros se defiende sin apenas vacilaciones, y en la estela del Alto Tribunal, por el resto de las sedes judiciales. Comedimiento y respeto a la separación de poderes y a las repercusiones internacionales cuando se habla de reparar las gruesas violaciones perpetradas por las empresas en el ámbito del Jus Cogens y los Derechos Humanos. Oídos sordos a la comunidad internacional cuando los referidos intereses estatales se encuentran en juego. La era Trump sería terreno abonado para este peculiar doble rasero.

Hasta ahora, y con esto concluimos nuestras observaciones generales, salvo una Sala de Apelación del Segundo Circuito Federal, ninguna de las múltiples instancias judiciales que han dirimido estas cuestiones veían problema en someter al ATS a las empresas extranjeras, si se cumplían los previos requisitos del *Due Process*. Estos, no son sino litigios sobre ilícitos civiles en los que su particularidad radica en que la causa o título para accionar proviene del Derecho internacional, contemplado a la luz de los precedentes más que conocidos que desarrollan en el derecho federal común aspectos como, por ejemplo, la ayuda e incitación, *aiding and abetting*, referidos aquí a la actividad de las empresas y su impacto sobre los Derechos Humanos. Unos litigios, en realidad, que se acomodan perfectamente a los casos cubiertos por el D° internacional

---

<sup>29</sup> Vid., v. gr., Sandberg, Katherine, “United States: Scotus feeds cake to employers”, *Mondaq*, August 7, 2018.

privado, en lo que atiene a la competencia judicial y el derecho aplicable, y en los que pueden traerse a colación todos los instrumentos técnicos contemplados por el llamado Conflicto de Leyes, en los Estados Unidos: Forum Non Conveniens y Political Question, juego de la International Comity, Act of State, etc. Así lo han visto, y con razón, durante largos años y como decimos, la inmensa mayoría de las sedes federales de ese País. Pero la deriva del Alto Tribunal hacia posturas abstencionistas le conduce a sacrificar, y no es la primera vez, todo ese acervo laboriosamente creado por las sedes inferiores. Como se ha dicho desde doctrina autorizada, ni era preciso, ni parece haber acertado en el resultado al que se llega<sup>30</sup>.

No era preciso, y entramos ya en nuestras observaciones particulares, porque el caso se podía haber resuelto, eventualmente, si se considera que sus vínculos con los EE. UU. son tenues, por ejemplo, a través del Test de *Touch and Concern*, cit. o, en otras circunstancias, mediante el uso de alguno o varios de esos instrumentos técnicos recién aludidos. Pero, en cambio, se ha preferido sentar esa doctrina, verdaderamente demoleadora respecto del uso de los litigios internacionales para el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas de gruesas violaciones de los Derechos Humanos.

Asimismo, entendemos que tal doctrina es desacertada, y ello por una serie de razones. En primer término, porque da por bueno el postulado de esa Sala de Apelación del Segundo Circuito Federal según el cual el Derecho internacional, y el núcleo de prohibiciones que sustenta frente a las conductas contrarias al *Jus Cogens*, no vincula a las empresas, tomando como referencia supuestos en el ámbito penal internacional. Entendemos que, aún desde lecturas tradicionales, se trata de una visión en exceso tajante y abierta a la discusión, pues existen precedentes de importancia en un sentido contrario y no somos los únicos en mantener que existen determinados componentes del ordenamiento internacional que de modo cierto obligan **también** a las empresas<sup>31</sup>. Algo lógico, porque, en definitiva, todo ejercicio del poder, y el de las empresas es enorme, debe llevar aparejada su cuota de responsabilidad, aparte del hecho, patente por ejemplo en el sector de inversiones, del creciente reconocimiento de su subjetividad en el marco del citado ordenamiento.

---

<sup>30</sup> Vid., v. gr., Bernaz, Nadia, “Unnecessary, wrong and misguided-The US Supreme Court’s blanket ban on all ATS suits against foreign corporations”, accesible en <http://www.rightsasusual.com/?p=1202> .

<sup>31</sup> Vid., v.gr., Van Schank, Beth, “The inconsequential choice-of-law question posed by *Jesner v. Arab Bank*, *Ilsa Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2, 2018, pp. 363-367.

Por otra parte, entendemos que los EE. UU. están perfectamente habilitados para proyectar hacia el exterior sus criterios domésticos en cuanto a la responsabilidad de las empresas, otorgando títulos para accionar por violaciones del Dº internacional, como han venido haciendo a través de sus tribunales en sede del ATS. Y ello porque una cosa es la existencia de una norma y otra la posibilidad de su aplicación. Como corolario, sostenemos que cabe separar la cuestión de si una determinada conducta viola una norma internacional, de la referente a *quién* puede ser considerado responsable de tal violación. Así, en la vista previa a su Decisión en el caso, las *Justices* Sotomayor y Kagan<sup>32</sup> parecían abonar esta interpretación, que finalmente decayó ante la mostrada en tal momento por el Ponente, según la cual, la cuestión de *quién* puede ser responsable es asimismo *normativa*, dado su efecto en la conducta de los demandados potenciales.

Pero, en definitiva, la Decisión asume esa habilitación por parte de los Estados Unidos respecto de la posibilidad de someter las conductas de las empresas extranjeras que lesionan gravemente el Dº internacional, con base en el ATS. Si bien, condiciona tal posibilidad a que el Congreso *establezca una norma a tal efecto*. Para llegar a ello, se hace uso por parte de la mayoría de los *Justices* de una *lectura historicista* de la Constitución de los Estados Unidos y los textos normativos del período fundacional, una lectura que el eminente Profesor Catá Backer considera previsible en el caso, en la medida en que es la que ha arraigado en el Alto Tribunal desde hace tiempo, existiendo ya muchas confirmaciones en variados aspectos de su jurisprudencia<sup>33</sup>. Una lectura que, en la práctica, y es algo que nos puede llamar la atención, impide acomodar a la evolución de los tiempos la consideración de aquellos supuestos que habilitaban la competencia de los tribunales federales, por ejemplo, a partir del ATS y las concretas categorías de conductas a las que en sus orígenes se vinculaba. El mundo puede cambiar, la piratería de antaño cubierta por ese texto, por ejemplo, puede haber dado paso a otras formas de conculcar el ordenamiento internacional a partir de los que, como dijimos, el *Justice* Kennedy, califica como *entes artificiales*, refiriéndose a las empresas, pero los jueces no pueden asumir esas mutaciones y actuar, por sí mismos, en consecuencia<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Vid., v.gr., Hughes-Jennet, Juliaanne, y Berthet, Alison, “*Jener v. Arab Bank*: corporate liability under the Alien Tort Statute?”, *Lexology*, October 12, 2017.

<sup>33</sup> Op. cit, pp. 4-6.

<sup>34</sup> Ibidem.

Esa lectura historicista, por otra parte, lleva a desenfocar la realidad en la que vivimos en la medida en la que, por ejemplo, conduce a una especie de petrificación de las relaciones internacionales, asimilando las actuales a las que existían en el último tramo del Siglo XVIII, cuando –en 1789- se promulga el ATS. En tal momento, cabe admitir que la mayor preocupación cubierta por ese texto era, como hemos indicado, evitar problemas bélicos de la joven y frágil República con el resto de Países y, en especial, las potencias coloniales de la época. Pero esa joven República ha dado paso al que con mucho es el mayor poder sobre el Planeta, un poder que destina a sus ejércitos unos fondos que se equiparan a la suma de los 40 Países que le siguen en cuanto al dispendio militar y en el que, por ejemplo, destacan y es algo único en el escenario mundial, sus 10 grupos navales de combate alrededor de otros tantas embarcaciones del tipo *Nimitz*. Bien se puede, pues, aplicar el ATS en la hora actual desvinculándola de la que, como decimos, pudiera haber sido la principal razón en su origen.

Pero, incluso, en el entorno del ATS y en otros, son los propios Estados extranjeros los que solicitan en muchas ocasiones que los casos se diriman ante los tribunales de los EE. UU. No hay en ello dejación de soberanía, sino un análisis realista de los márgenes de efectividad de sus sistemas judiciales frente al poder efectivo de las empresas multinacionales. Casos célebres, como *Bhopal* o la saga *Chevron/Texaco in re Ecuador* lo podrían confirmar<sup>35</sup>.

Concluimos ya este Apartado señalando el desfase al que la reiteradamente citada lectura historicista conduce también respecto de la propia evolución del ordenamiento internacional y la creciente influencia en él del **acceso a la justicia**. Múltiples son los reflejos de ello en sus diversos planos, recogeremos, por ejemplo, el haber sido incluido en uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible –el 16- y, en especial, el núcleo de iniciativas y desarrollos vinculado a la protección de las víctimas de las violaciones de los Derechos Humanos perpetradas por las empresas. Todo ello no debiera haber sido pasado por alto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, si se nos permite y dada su fijación en este punto por los tiempos pretéritos, podría haber centrado también

---

<sup>35</sup> Sobre ambos casos y, por todos, vid., v. gr., respectivamente, Esteve Moltó, José Elías, “The impunity veil of transnational corporations: the judicial saga of Bhopal”, en Marullo, Maria Chiara y Zamora Cabot, Francisco Javier, (Eds.), *Empresas y Derechos Humanos, temas actuales*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, pp. 249-276 y Requejo, Marta, “Effective access to remedy: The *Lago Agrio* litigation as a testing field”, en Zamora Cabot, Francisco Javier, Heckendorn Urscheler, Lucas y De Dycker, Stéphanie, (Eds.), *Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Genève-Zurich- Bâle, Schulthess, 2017, pp. 93-115.

su atención en cual ha sido la evolución del citado acceso en su antigua potencia colonial, el Reino Unido. Al punto, podría haber resultado muy esclarecedora, entre otras, la firme toma de postura de su homólogo, el Tribunal Supremo británico, en su reciente decisión en el caso *Belhaj*<sup>36</sup> donde, estando implicados grandes intereses del Estado, hace prevalecer los de unas víctimas de terribles sucesos acaecidos dentro del infame programa de *Entregas Extraordinarias – Extraordinary Renditions-* en el que participaron, junto a la CIA, un número de Países europeos y de otras latitudes<sup>37</sup>. Pero esta mirada al pasado por parte del Alto Tribunal estadounidense no se ha extendido, desafortunadamente, al buen ejemplo en cuanto al progreso del ordenamiento que, ellos sí, los magistrados británicos, han querido ofrecer al mundo en esta ciertamente difícil época en la que nos movemos.

## V. Reflexiones Conclusivas

La Decisión *Jesner* tiene muchos matices y es, como dijimos, compleja técnicamente. Contando con ello se cree que resulta muy posible, por ejemplo, que aspectos importantes del ATS como su ámbito y aplicación surjan de nuevo ante el Tribunal Supremo, que deberá ir completando su interpretación sobre ese texto. Pero, respecto de su aplicación a las empresas extranjeras, la doctrina está ya sentada, en los términos vistos. “Nunca envíes a preguntar por quién doblan las campanas, doblan por ti”, así se recoge en nuestro título y en el bello poema de John Donne, y ese tañido de campanas y cuanto significa afecta sin duda a buena parte de los litios transnacionales sobre Derechos Humanos planteados ante las instancias judiciales de los Estados Unidos, hasta ahora las más activas en un plano comparado. No nos engañemos, es un golpe muy fuerte para la defensa de esos Derechos. Pero ni mucho menos debemos considerar que la partida está ya jugada, ni en el País transatlántico ni, por supuesto, en el resto del mundo.

Respecto de los EE. UU., la acción del Legislativo reclamada por los *Justices* sobre el ATS, muy improbable en el actual estado de cosas, ya se ha realizado, sin embargo, por ejemplo, a través de un número de poderosas leyes extraterritoriales que, desde luego, someten a las empresas, extranjeras y domésticas. Es el caso de la *Trafficking Victims*

---

<sup>36</sup>Belhaj and another (Appellants) v Director of Public Prosecutions and another (Respondents), UK Supreme Court, 4 July 2018.

<sup>37</sup> Vid., v. gr., Zamora Cabot, Fransisco Javier, “Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica”, *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2017 (3).



*Protection Act*<sup>38</sup>, con un gran potencial para proyectarse sobre aspectos como el trabajo forzado, que pueden vincularse a la actividad de aquéllas<sup>39</sup> y de un elenco de otras normas que pueden cubrir desde la lucha contra el terrorismo o la tortura, a la cada vez más activa frente a la corrupción, o a la que, en contextos determinados, sale al paso de graves problemas en el ámbito de los acaparamientos de tierra, etc.<sup>40</sup>.

Por su parte, y sirva de botón de muestra para otros ámbitos, menudean ya en la UE los ejemplos de litigios transnacionales sobre Derechos Humanos relacionados con las actividades empresariales, reflejo de una creciente toma de consciencia por la sociedad y los poderes públicos, traducida en un favorecimiento del acceso a la justicia de las víctimas de lesiones de aquéllos Derechos en el presente contexto<sup>41</sup>. Lo consideramos importante, aunque todavía quede un largo camino por recorrer, en el que el impulso de la sociedad civil debe ser firme y constante.

*Jesner*, en fin, marca sin duda un hito, aunque no favorable a la defensa de los Derechos Humanos y de las víctimas de sus lesiones. Pero que en todo caso debe constituir otro acicate para perseverar en tal defensa y, en definitiva, de la de un futuro digno para nuestra especie.

---

<sup>38</sup> Pub. L. No. 106-386, 114 Stat. 1464 (2000).

<sup>39</sup> Vid., v.gr., Beale, Sara, “The Trafficking Victim Protection Act: The best hope for international human rights litigation in the US courts?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 50, 1, 2018, pp. 17-47.

<sup>40</sup> Vid., v. gr., Zamora Cabot, Francisco Javier, “Extraterritoriality: Outstanding Questions”, en Zamora Cabot, Francisco Javier, et. al. (Eds.), *Implementing...*, op. cit., pp. 77-92.

<sup>41</sup> Vid., v.gr., “Civil Litigation in response to corporate human rights abuses: The European Union and its Member States”, *Case Western Reserve of International Law*, Vol. 50, 1, 2018, pp. 235-248.